

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS RESOLUCIONES DENEGATORIAS DE LA AUTORIZACIÓN DEL CONSORCIO DE LA ZONA ESPECIAL CANARIA (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 29 y de 30 de enero de 2018)

VÍCTOR MANUEL SÁNCHEZ BLÁZQUEZ

Profesor Titular de Derecho financiero y tributario acreditado a Catedrático
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Los hechos.
- III. La doctrina del Tribunal Supremo.
 1. Las cuestiones de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia en los autos del Tribunal Supremo de 10 de abril y de 18 de septiembre de 2017
 2. La doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2018
 3. La doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2018

IV. Comentario.

1. El centro de la problemática suscitada: ¿discrecionalidad administrativa o concepto jurídico indeterminado en el requisito de la contribución al desarrollo económico y social de las Islas Canarias?
2. El pleno control jurisdiccional de las potestades discrecionales: la sentencia del TSJ de Canarias (sede en Las Palmas) de 1 de febrero de 2017
3. El limitado control jurisdiccional de las potestades discrecionales: la sentencia del TSJ de Canarias (sede en Santa Cruz de Tenerife) de 15 de septiembre de 2016
4. El concepto jurídico indeterminado y no la discrecionalidad con posible empleo de criterios de oportunidad en el requisito de la contribución al desarrollo económico y social de las Islas Canarias: las sentencias del Tribunal Supremo de 29 y de 30 de enero de 2018
5. ¿Compatibilidad del requisito de la contribución al desarrollo económico y social de las Islas Canarias con las exigencias derivadas de la reserva de ley y seguridad jurídica en las normas tributarias?

V. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los requisitos que debe comprobar el Consejo Rector del Consorcio de la Zona Especial Canaria (ZEC), en ejercicio de su competencia de *"tramitar y resolver las solicitudes de autorización de las entidades que pretenden acogerse al régimen especial de la Zona Especial Canaria"* [art. 38 a) de la Ley 19/1994, de 6 de julio], es que las actividades económicas a desarrollar por aquellas entidades contribuyan al desarrollo económico y social de las Islas Canarias.

Así se deduce de lo dispuesto en el artículo 31.3 de la Ley 19/1994, conforme al cual *"solamente serán inscribibles aquellas personas jurídicas que reúnan"* determinados requisitos entre los que se incluye el de *"Presentar una memoria descriptiva de las actividades económicas a desarrollar, que avale (...) su contribución al desarrollo económico y social de las Islas Canarias (...)"* [letra f)]. O, en los términos del artículo 45 d) del Real Decreto 1758/2007, de 28 de diciembre: *"En la*

memoria descriptiva de actividades a desarrollar a que se refiere el artículo 31. 3 f) de la Ley 19/1994, de 6 de julio, que se presentará junto con el impreso de solicitud de autorización previa, la entidad (...) Deberá acreditar la contribución del proyecto empresarial al desarrollo económico y social de las Islas Canarias (...)”.

Esta contribución al desarrollo económico y social de las Islas Canarias, que deberá avalarse o acreditarse en la memoria descriptiva de las actividades a desarrollar, será algo sobre lo que también debe pronunciarse la Comisión Técnica, en sus informes preceptivos a las solicitudes de autorización. Puesto que de conformidad con lo establecido en el artículo 35.1 de la misma norma legal, la Comisión Técnica, “*adscrita al Consejo Rector de la Zona Especial Canaria*”, tiene por “*finalidad (...) la emisión de informes sobre las solicitudes de inscripción en el Registro Oficial de las Entidades de la Zona Especial Canaria, previa comprobación de los requisitos legales y reglamentarios para obtener la inscripción (...)*”.

Este requisito de la contribución al desarrollo económico y social de las Islas Canarias, en el marco del “*Procedimiento de autorización de las entidades de la Zona Especial Canaria*” (así es denominado por la Instrucción de organización, gestión y procedimiento del Registro Oficial de Entidades de la Zona Especial Canaria, anuncio de 29 de abril de 2008, publicado en el BOCA de 28 de agosto), había generado ya algunos problemas en la práctica, tal como pusimos de relieve en su momento¹. Concretamente, en relación con determinadas actividades de asesoramiento y de gestión empresarial, cuya suficiente implantación en Canarias había llevado a la Comisión Técnica a entender que de modo automático y general no suponían en ningún caso una contribución al desarrollo económico y social de las Islas Canarias, incumpléndose así aquel requisito normativo², aunque en algún supuesto particular había admitido excepciones³. A diferencia de lo que entendía el Consejo Rector del

¹ SÁNCHEZ BLÁZQUEZ, V.M., “La posible autorización en la zona especial canaria de entidades dedicadas a actividades de asesoramiento empresarial”, en HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. y SÁNCHEZ BLÁZQUEZ, V.M. (Dir.), *El Régimen Económico y Fiscal de Canarias. Problemas actuales y soluciones*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 195-261.

² De este modo, la Comisión Técnica defendió reiteradamente en algunos de sus informes el rechazo de la autorización a determinadas actividades “por estar suficientemente implantadas en Canarias, y por tanto no contribuir al desarrollo económico y social de este territorio, conforme expresa el artículo 31. 3 f) de la Ley 19/1994, de 6 de julio (...)” (actas de 20 de octubre de 2004, de 16 de junio de 2005, de 14 de diciembre de 2005, de 6 de abril de 2006, de 10 de mayo de 2006, de 6 de julio de 2006, de 22 de septiembre de 2008). Esto ocurrió de modo particular en relación con determinadas actividades de servicios: las actividades jurídicas (NACE 74.11), de contabilidad, teneduría de libros, auditoría y asesoría fiscal (NACE 74.12) y de asesoramiento, dirección y gestión empresarial (NACE 74.14). En esta misma línea, también se pronunció en contra de la autorización de algunas de estas actividades al “no suponer en absoluto un intento de diversificación de la economía canaria [que es una de las finalidades perseguidas con la creación de la Zona Especial Canaria, según el artículo 28 de la Ley 19/1994], cuando pretende potenciar el sector del asesoramiento jurídico claramente implantado en Canarias” (acta de 26 de marzo de 2008).

Consortio de la ZEC, que rechazaba aquel automatismo, al considerar necesario un análisis caso por caso del concreto proyecto empresarial presentado, que podía llevar a admitir la autorización de determinadas solicitudes⁴.

En fechas más recientes la interpretación y aplicación de este requisito de la contribución al desarrollo económico y social de las Islas Canarias de las actividades económicas a desarrollar por las entidades que pretenden acogerse al régimen especial de la ZEC ha generado nuevos problemas en la práctica. No obstante, ahora lo ha hecho en relación con otras actividades económicas diferentes, en concreto, con las de inspección técnica de vehículos (ITV). Y, además, estos problemas no se han suscitado en el ámbito interno del Consorcio de la ZEC, como ocurrió entonces, al ser coincidente el criterio del Consejo Rector y de la Comisión Técnica de entender que tales actividades de ITV no contribuyen al desarrollo económico y social de las Islas Canarias, que es lo que llevó a que se denegaran las solicitudes de autorización presentadas. Por el contrario, estos problemas han tenido su reflejo, tras la presentación de los recursos correspondientes contra tales resoluciones denegatorias, en diversos pronunciamientos de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, no uniformes, por otra parte, y que hicieron necesarias dos sentencias del Tribunal Supremo (TS) para resolver la polémica suscitada.

Nos referimos a las sentencias del TS de 29 y de 30 de enero de 2018 (rec. 2059/2017, ponente D. Eduardo Espín Templado, y rec. 981/2017, ponente D. Eduardo Calvo Rojas, respectivamente), que serán objeto de nuestro análisis.

³ Así, en ocasiones admitió por la Comisión Técnica la autorización de este tipo de actividades “suficientemente implantadas en Canarias”, aunque de un modo excepcional, al reunir dichas actividades ciertas características adicionales. O se condicionó la autorización a que el desarrollo de aquellas actividades fuera de acuerdo a esas características adicionales: “que exclusivamente desarrollen tales actividades respecto a personas o entidades extranjeras no radicadas en Canarias” (actas de 20 de octubre de 2004, de 16 de junio de 2005, de 6 de abril de 2006, de 10 de mayo de 2006, de 6 de julio de 2006); “que exclusivamente se desarrolle actividades de asesoramiento y representación en relación a la inscripción en los registros pertinentes de patentes y marcas, así como a la cesión y concesión de las mismas” (actas de 14 de diciembre de 2005, de 10 de mayo de 2006); o que la actividad “se destine exclusivamente al ámbito de las energías renovables” (acta de 6 de abril de 2006).

⁴ En este sentido, el Consejo Rector manifestó su parecer acerca de que “lo relevante a efectos de valorar la efectiva contribución al desarrollo económico y social del archipiélago no ha de ser el sector objetivo de las actividades, sino cada uno de los proyectos empresariales que, dentro de las actividades genéricamente admitidas, soliciten la autorización” (acta de 3 de abril de 2008). También señaló en algún caso que “la actividad de asesoramiento se encuentra dentro de las susceptibles de autorización, y que la misma fue autorizada anteriormente a la empresa de la que deriva (...), por ello siendo congruentes con la decisión anterior, debería autorizarse” (acta de 27 de noviembre de 2008).

Se trata de dos pronunciamientos importantes, que no son muy conocidos, pese a que fueron reseñados en su momento en la revista *Hacienda Canaria*⁵.

II. LOS HECHOS

Tres solicitudes de autorización presentadas por los promotores de determinadas entidades que pretendían acogerse al régimen especial de la ZEC en relación con la actividad de ITV fueron denegadas por varias resoluciones del Consejo Rector de la ZEC en los años 2013 y 2015 (hemos podido encontrar la mención a las resoluciones denegatorias de 30 de abril de 2013 y de 26 de febrero de 2015). El motivo de la denegación radicó en entender que con dicha actividad no se contribuía al desarrollo económico y social de las Islas Canarias.

Sin embargo, al no estar de acuerdo con estas denegaciones, se interpusieron los recursos contencioso-administrativos correspondientes (según se señala, contra la primera resolución denegatoria se interpuso con carácter previo un recurso de reposición que no fue resuelto expresamente por el Consorcio de la ZEC, presentándose el recurso contencioso-administrativo contra la resolución desestimatoria presunta de dicho recurso de reposición). No obstante, estos recursos contencioso-administrativos obtuvieron una respuesta dispar:

- de un lado, las sentencias del Juzgado Contencioso-Administrativo número 6 de Las Palmas de 27 de julio y de 15 de diciembre de 2015 (rec. 396/2013 y rec. 244/2013, respectivamente) dieron la razón a los recurrentes (ITV Santa Cruz de La Palma e ITV Puerto de Las Palmas) entendiendo que la solicitud debía haberse autorizado al resultar innegable la contribución al desarrollo económico y social de las Islas Canarias de las actividades de ITV que se pretendían desarrollar; y, el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Canarias (sede en Las Palmas) confirmó estas sentencias, al resolver de forma desestimatoria los recursos de apelación interpuestos por el Consorcio de la ZEC en sus sentencias de 19 de abril de 2016 (rec. 388/2015, ponente D. Jaime Borrás Moya) y de 1 de febrero de 2017 (rec. 146/2016, ponente D^a Inmaculada Rodríguez Falcón);
- de otro lado, la sentencia del TSJ de Canarias (sede en Santa Cruz de Tenerife) de 15 de septiembre de 2016 (rec. 143/2016, ponente D^a Adriana Fabiola

⁵ LÓPEZ TEJERA, D., “Criterios jurisprudenciales relativos al sistema tributario canario (agosto 2017-enero 2018)”, en *Hacienda Canaria*, núm. 48, 2018, págs. 314-324.

Martín Cáceres), desestimó el recurso interpuesto por Atimase Tenerife S.A contra la resolución denegatoria de la autorización, al considerar conforme a Derecho dicha resolución.

Esta sentencia del TSJ de Canarias (sede en Santa Cruz de Tenerife) que confirmó la resolución denegatoria del Consorcio de la ZEC, de 15 de septiembre de 2016 (rec. 143/2016, ponente D^a Adriana Fabiola Martín Cáceres), así como también la segunda de las sentencias mencionadas del TSJ de Canarias (sede en Las Palmas) que dio la razón a los recurrentes, de 1 de febrero de 2017 (rec. 146/2016, ponente D^a Inmaculada Rodríguez Falcón), fueron recurridas en casación, siendo admitidos los recursos correspondientes por autos del TS de 10 de abril y de 18 de septiembre de 2017, respectivamente (rec. 981/2017 y rec. 2059/2017, en ambos es ponente D. Diego Córdoba Castroverde).

El TS deliberó en la misma sesión y de manera conjunta ambos recursos de casación, que fueron resueltos, no obstante, en sentencias de distinta fecha:

- el recurso que interpuso Artimase Tenerife S.A. contra la sentencia del TSJ de Canarias (sede en Santa Cruz de Tenerife) de 15 de septiembre de 2016 (rec. 143/2016, ponente D^a Adriana Fabiola Martín Cáceres) fue estimado por la sentencia del TS de 29 de enero de 2018 (rec. 2059/2017, ponente D. Eduardo Espín Templado); y,
- el recurso interpuesto por el Consorcio de la ZEC contra la sentencia del TSJ de Canarias (sede en Las Palmas) de 1 de febrero de 2017 (rec. 146/2016, ponente D^a Inmaculada Rodríguez Falcón) fue desestimado por la sentencia del TS de 30 de enero de 2018 (rec. 981/2017, ponente D. Eduardo Calvo Rojas).

Los criterios de decisión contenidos en estas sentencias del TS, que condujeron a la misma conclusión de que las solicitudes de autorización debieron ser aceptadas por el Consorcio de la ZEC, fueron semejantes, e incluso la sentencia de anterior fecha (la de 29 de enero) cita y reproduce parte de la de fecha posterior (la de 30 de enero). Esto es lo que llevó a que la sentencia de 29 de enero de 2018 (rec. 2059/2017, ponente D. Eduardo Espín Templado) fuera estimatoria del recurso de casación interpuesto por Artimase Tenerife S.A., mientras que la sentencia de 30 de enero de 2018 (rec. 981/2017, ponente D. Eduardo Calvo Rojas) desestimara el recurso de casación que interpuso el Consorcio de la ZEC.

II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. Las cuestiones de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia en los autos del Tribunal Supremo de 10 de abril y de 18 de septiembre de 2017

El auto del TS de 10 de abril de 2017 (rec. 981/2017, ponente D. Diego Córdoba Castroverde), que admitió el recurso de casación contra la sentencia del TSJ de Canarias (sede en Santa Cruz de Tenerife) de 15 de septiembre de 2016 (rec. 143/2016, ponente D^a Adriana Fabiola Martín Cáceres), declaró como cuestión de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia la de “determinar si el concepto «contribución al desarrollo económico y social», previsto en los artículos 31.2.f) Ley 19/1994 y 45 del RD 1758/2007, puede o no predicarse de aquellas actividades, como es el caso de las ITV, en las que en virtud de la normativa sectorial existente deben ser utilizadas obligatoriamente por la ciudadanía”.

Por su parte, el auto del TS de 18 de septiembre de 2017 (rec. 2059/2017, ponente D. Diego Córdoba Castroverde), que admitió el recurso de casación contra la sentencia del TSJ de Canarias (sede en Las Palmas) de 1 de febrero de 2017 (rec. 146/2016, ponente D^a Inmaculada Rodríguez Falcón), citando el auto anterior, identifica también como cuestión de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia la de ese otro auto, más allá de ligeras variaciones en su redacción. Pero a partir de lo argumentado ampliamente por el Consorcio de la ZEC en su escrito de preparación añade un segundo aspecto relativo al alcance del control jurisdiccional sobre las decisiones de autorización del Consejo Rector de la ZEC.

En concreto, la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia que se planteó en el segundo de dichos autos fue la siguiente: “determinar si el concepto «contribución al desarrollo económico y social», previsto en el artículo 31.2.f) de la Ley 19/1994 puede o no proyectarse sobre aquellas actividades que, como las ITV, con arreglo a la normativa sectorial vigente constituyen servicios de recepción obligatoria y el alcance del control judicial sobre las decisiones del Consejo Rector de la Zona Especial Canaria al respecto”.

2. La doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2018

Tras haber recogido el posicionamiento de los litigantes en el proceso de instancia ante el TSJ de Canarias (sede en Santa Cruz de Tenerife) y las razones que ofreció la sentencia recurrida para fundamentar la desestimación del recurso contencioso-administrativo, lo que hace reproduciendo una parte importante de la sentencia del órgano jurisdiccional canario de 15 de septiembre de 2016, así como también después de haber reproducido los preceptos normativos relevantes, tanto los que se refieren a los requisitos para la inscripción en el Registro Oficial de las entidades ZEC como los relativos a las funciones y competencias del Consejo Rector del Consorcio de la ZEC, el TS, en su sentencia de 30 de enero de 2018 (rec. 981/2017, ponente D. Eduardo Calvo Rojas), concreta inicialmente un primer bloque de conclusiones:

“1.- Para que proceda la inscripción de una entidad en el Registro Oficial de Entidades de la Zona Especial Canaria no basta con que cumpla el requisito de que constituya su objeto social la realización en el ámbito geográfico de la Zona Especial Canaria de actividades económicas incluidas en el anexo de esta Ley (artículo 41.2.c/ de la Ley 19/1994 ...), pues es necesario que se cumplan los demás requisitos que se enumeran en los restantes apartados del artículo 41.2 de la Ley, y, en particular, en lo que ahora nos interesa, el de la letra f (... *Presentar una memoria descriptiva de las principales actividades económicas a desarrollar, que avale su solvencia, viabilidad, competitividad internacional y su contribución al desarrollo económico y social de las islas Canarias ...*).

2.- La Memoria descriptiva de actividades a que se refiere el citado artículo 41.2.c/ Ley 19/1994 debe cumplir los contenidos y cometidos que le asigna el artículo 45 del (...) Real Decreto 1758/2007 (...) y, en particular, el señalado en el apartado d/ de dicho artículo 45 (... *Deberá acreditar la contribución del proyecto empresarial al desarrollo económico y social de las Islas Canarias...*).

3.- Corresponde al Consejo Rector del Consorcio de la Zona Especial Canarias tramitar y resolver las solicitudes de autorización de las entidades que pretendan acogerse al régimen especial de la Zona Especial Canaria (artículo 38.a/ de la Ley 19/1994...). Ahora bien, ni ese ni ningún otro precepto de la Ley de la Ley 19/1994 permite sostener que en el ejercicio de esta atribución

el Consejo Rector pueda decidir de manera discrecional con criterios de oportunidad. Por tanto, debe rechazarse la afirmación de la Abogacía del Estado de que la potestad de decisión del Consejo constituye una potestad discrecional (...)

4.- El requisito de que proyecto empresarial contribuya al desarrollo económico y social de las Islas Canarias alberga un concepto jurídico indeterminado; lo que obliga a reconocer al Consejo Rector un margen de apreciación técnica para determinar si se cumple no ese requisito. Pero ese margen de apreciación, vinculado a la existencia de aquel concepto jurídico indeterminado, de ninguna manera supone que se confiera al Consejo Rector una potestad discrecional -que permitiría, por ejemplo, autorizar o denegar la inscripción atendiendo a criterios de oportunidad-; pues si se constata el cumplimiento de los requisitos que establece la norma la inscripción «debe» ser autorizada”.

Y a partir de estas conclusiones, entra a examinar si fue o no ajustada a Derecho la sentencia del TSJ de Canarias (sede en Santa Cruz de Tenerife) que confirmó la resolución denegatoria del Consejo Rector del Consorcio de la ZEC principalmente al no concurrir “en la apreciación efectuada por el órgano administrativo arbitrariedad o irracionalidad alguna que justifique su corrección”.

“El planteamiento de la Sala de Santa Cruz de Tenerife -afirma el TS- no puede ser compartido, pues, al no encontrarnos (...) ante el desempeño por la Administración una potestad discrecional, el control jurisdiccional no debe limitarse a un test sobre la racionalidad o arbitrariedad de la decisión supuestamente discrecional sino que debe adentrarse a examinar, en términos de legalidad, si la actuación administrativa se ajusta o no a las normas que la delimitan y regulan.

Pues bien, llevando a cabo el enjuiciamiento del modo que acabamos de indicar -continúa el Alto Tribunal-, entendemos que no hay razones para denegar la inscripción solicitada. La sentencia recurrida considera justificado el parecer del Consejo Rector de que la actividad consistente en la prestación del servicio de inspección técnica de vehículos (ITV) no contribuye al desarrollo económico y social de las Islas; pero lo cierto es que esa conclusión carece de respaldo legal. Según hemos visto, la sentencia señala que aquella apreciación se justifica «...por tratarse de un servicio de solicitud obligatoria para los ciudadanos, por lo que no precisa de ninguna ayuda o incentivo fiscal al no responder dicho servicio a una necesidad de

mercado, sino a la obligación de las Administraciones Públicas de garantizar que los vehículos en circulación estén sujetos a unos controles periódicos que contribuyan a una mayor seguridad en las carreteras». Pero el hecho de que la inspección técnica de vehículos sea obligatoria para los ciudadanos de ninguna manera excluye que la entidad que desarrolla ese servicio pueda acreditar la solvencia económica y técnica del proyecto empresarial, contribuir a la creación de empleo, impulsar la capacitación técnica de la plantilla que prevea contratar, mejorar la calidad del servicio, fomentar la competitividad entre empresas del sector, etc.

De hecho, la sentencia recurrida y la resolución que en ella se confirma no reprochan al proyecto que nos ocupa la ausencia de ninguna de aquellas facetas o potencialidades, ni achacan a la Memoria descriptiva carencias relacionadas con cualquiera de ellas. La única objeción que se formula se centra en señalar que, tratándose de un servicio que los ciudadanos están obligados a solicitar, no precisa de ninguna ayuda o incentivo fiscal. Pero esta razón para denegar la inscripción carece de respaldo legal y reglamentario, pues no habiéndose cuestionado el cumplimiento de los demás requisitos establecidos en los preceptos que antes hemos reseñado de la Ley 19/1994 (...) y del Reglamento aprobado por Real Decreto 1758/2007 (...) el hecho de que el servicio de inspección técnica del vehículos (ITV) sea de solicitud obligatoria para los ciudadanos no permite afirmar que un proyecto empresarial que tenga por objeto la prestación de ese servicio no pueda contribuir al desarrollo económico y social de las Islas, en los términos que antes hemos señalado, ni es razón por tanto, para denegar la inscripción solicitada”.

Y recapitulando de modo sintético lo antes argumentado puede el Alto Tribunal dar respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia del modo siguiente: “En relación con lo dispuesto en los artículos 31.2.f) de la Ley 19/1994, de 6 de julio, de modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias, y 45 del Reglamento de desarrollo de dicha Ley aprobado por Real Decreto 1758/2007, de 28 de diciembre, y a efectos de determinar si procede o no la inscripción de una entidad en el en el Registro Oficial de Entidades de la Zona Especial Canaria, el hecho de que el servicio de inspección técnica del vehículos (ITV) sea de solicitud obligatoria para los ciudadanos no es razón para afirmar que un proyecto empresarial que tenga por objeto la prestación de ese servicio no pueda contribuir al desarrollo económico y social de las Islas”.

3. La doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2018

En la sentencia del TS de 29 de enero de 2018 (rec. 2509/2017, ponente D. Eduardo Espín Templado), resolviendo el recurso de casación interpuesto por el Consorcio de la ZEC frente a la sentencia del TSJ de Canarias (sede en Las Palmas) de 1 de febrero de 2017, se afrontaron separadamente los dos aspectos contenidos en la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia antes enunciada: sobre el concepto contribución al desarrollo económico y social de las Islas Canarias; y, sobre el control jurisdiccional de las decisiones del Consejo Rector de la ZEC. Y en ellas se vino a entender de modo amplio el concepto de contribución al desarrollo económico y social de las Islas Canarias a efectos de verificar si podría cumplirse este requisito legal de la autorización relativa a las actividades de ITV cuestionadas. Al tiempo que se puso de relieve también el amplio alcance del control jurisdiccional sobre las decisiones del Consejo Rector en este ámbito.

En relación con el primer aspecto, el relativo el concepto de contribución al desarrollo económico y social de las Islas Canarias en el ámbito específico cuestionado, inicialmente pone de relieve el Alto Tribunal que lo que aquí se plantea es "si puede considerarse que la creación de una empresa de ITV, con sus rasgos específicos de constituir un servicio de uso obligatorio para los ciudadanos y de características técnicas homogéneas en todo el territorio nacional, es una actividad empresarial que contribuye al desarrollo económico y social del archipiélago canario". Y tras referirse a los aspectos principales de la normativa aplicable, señala ya que a partir de los preceptos reproducidos "podemos afirmar que no hay en ellos base para afirmar que la actividad desarrollada por las empresas dedicadas a los servicios de ITV no contribuye al desarrollo económico y social del territorio donde se establecen".

"En efecto -añade-, acierta la sentencia recurrida al rechazar las dos razones expresadas por Consejo Rector en el sentido de que se trata de una actividad concesional y de que la prestación del servicio es idéntica en Canarias que en el resto de España. Baste subrayar, por no reiterar las razones expresadas por la sentencia recurrida, que se trata de una actividad, que si bien precisa de autorización, no es ya concesional sino que ha sido liberalizada; pero además, es que ni siquiera la naturaleza concesional sería por sí sola una razón bastante para excluir que una actividad contribuya al desarrollo económico y social de una región.

En cuanto a la homogeneidad en la prestación del servicio -señala el TS-, la Sala de instancia argumenta correctamente en que la implantación de una empresa más introduce diversidad en la oferta del producto y que el reparto de los beneficios entre un sector más amplio de la población supone fomentar el desarrollo económico y social. Cabe subrayar, en este sentido, que el incremento de la competitividad en el sector, fuertemente concentrado en el archipiélago canario, es también un factor positivo para el desarrollo económico de las islas. No parece discutible que implantar una empresa más que compita en un determinado sector supone un incremento de actividad económica (más inversión, más empleo, empresas auxiliares en torno a la nueva empresa), superior al supuesto de que toda la población tenga que hacer uso de los servicios de ITV en las empresas ya existentes. Esto es, como sostiene la sentencia recurrida, la diversificación supone en alguna medida un incremento del desarrollo. Por otra parte, que el servicio prestado se tenga que ajustar a especificaciones regladas no equivale a una exacta identidad en la prestación del servicio al público, ya que siempre cabe una mayor o menor calidad en la oferta del mismo servicio”.

Sale al paso a continuación el Alto Tribunal de uno de los argumentos que empleó el Abogado del Estado, en concreto, al relativo a que si se considera que cualquier actividad económica contribuye al desarrollo económico y social, se está privando de contenido al requisito. “Sin embargo -señala el TS-, dicho requisito tiene la configuración que le ha dado el legislador, y lo que no es posible es añadirle restricciones no impuestas por la Ley. La concepción amplia del concepto se confirma al examinar el anexo de la Ley, que prácticamente comprende de una forma y otra cualquier actividad económica.

Además de estos argumentos positivos -añade el Alto Tribunal-, hay que señalar, como ya hemos indicado más arriba, que la escueta formulación legal (que el objetivo de la zona es fomentar el desarrollo económico y social del archipiélago - artículo 28 de la Ley 19/1994- y que los sujetos que quieran beneficiarse de la zona de promoción deben presentar una memoria que avale su contribución al desarrollo económico y social -artículo 31.2.f del mismo cuerpo legal-) no ofrece base suficiente para excluir una determinada actividad incluida en el anexo correspondiente por el hecho de que la prestación sea sustancialmente análoga a la de las restantes empresas del sector en el resto del territorio nacional, pues ello constituye una condición restrictiva no establecida expresamente y que no puede afirmarse que esté comprendida implícitamente en la Ley.

Debemos declarar por tanto -concluye el TS-, en interpretación del inciso «contribución al desarrollo económico y social», que no hay ninguna razón para considerar una actividad económica de prestación de un servicio de utilización obligatoria no contribuya al desarrollo económico y social del territorio donde se emplaza, ya que en todo caso supone un incremento y diversificación de la oferta en los términos ya expuestos”.

Finalmente, se ocupa el Alto Tribunal del segundo aspecto de la cuestión planteada, el relativo al control jurisdiccional de las decisiones del Consejo Rector de la ZEC. Y aquí enuncia el TS el problema jurídico planteado desde la óptica de lo defendido en el recurso de casación interpuesto y que había de resolver: “Sostiene a este respecto el Abogado del Estado -afirma- que la revisión de legalidad judicial puede anular una resolución de dicho órgano que considere arbitraria o inmotivada, pero no en caso contrario. Pues de anular una resolución motivada y no arbitraria se estaría invadiendo al ámbito de la discrecionalidad técnica y asumiendo las funciones que el artículo 38.a) de la Ley 19/1994 atribuye al citado Consejo”.

El TS, sin embargo, rechaza esta idea, lo que hace principalmente resaltando que no se está aquí en el ámbito de una auténtica discrecionalidad en sentido estricto, sino en el de un concepto jurídico indeterminado sobre el cual recae un pleno control jurisdiccional.

“No es posible estimar esta alegación. No se trata -señala el Alto Tribunal- de suplir la decisión de un órgano administrativo, sino estrictamente de confrontarla con los parámetros estipulados por la Ley para dichas decisiones. No es dudoso el amplio margen que la Ley otorga al Consejo en la decisión de que se trata, pero dicha decisión no goza propiamente de discrecionalidad, sino que además de motivada y no arbitraria, debe mantenerse dentro de los términos legales. Y, en el supuesto de autos, los términos de los preceptos reproducidos *supra* no admiten la exclusión de actividades económicas por las razones que ya se han rechazado en el fundamento anterior.

Como hemos expresado en la sentencia ya mencionada dictada en el recurso de casación 981/2017 [se refiere a la otra sentencia del TS que estamos analizando, de 30 de enero de 2018], «el requisito de que el proyecto empresarial contribuya al desarrollo económico y social de las Islas Canarias alberga un concepto jurídico indeterminado; lo que obliga a reconocer al Consejo Rector un margen de apreciación técnica para determinar si se cumple o no ese requisito. Pero ese margen de

apreciación, vinculado a la existencia de aquel concepto jurídico indeterminado, de ninguna manera supone que se confiera al Consejo Rector una potestad discrecional -que permitiría, por ejemplo, autorizar o denegar la inscripción atendiendo a criterios de oportunidad-; pues si se constata el cumplimiento de los requisitos que establece la norma la inscripción ´debe` ser autorizada».

Debemos pues concluir -afirma finalmente el TS- que el control de legalidad en el supuesto de las decisiones del Consejo Rector en relación con las actividades económicas que justifican que las personas jurídicas solicitantes hayan de ser incluidas en el Registro Oficial de Entidades de la Zona Especial de Canarias, comprende la verificación de que sus decisiones, además de motivadas y no arbitrarias, han de ajustarse en cuanto a su contenido a los requisitos y exigencias legales reglados, tal como éstas hayan sido interpretadas, en su caso, por los órganos judiciales”.

IV. COMENTARIO

1. El centro de la problemática suscitada: ¿discrecionalidad administrativa o concepto jurídico indeterminado en el requisito de la contribución al desarrollo económico y social de las Islas Canarias?

El centro de la problemática que se planteó en el marco de los procesos jurisdiccionales que dieron lugar a las dos sentencias del TS objeto de nuestra atención giraba en torno a la precisa naturaleza o carácter de la potestad que se atribuye legalmente al Consejo Rector para resolver las solicitudes de autorización de las entidades que pretenden acogerse al régimen de la ZEC, concretamente en lo relativo a su comprobación de la concurrencia en el caso particular del requisito de la contribución al desarrollo económico y social de las Islas Canarias de las actividades económicas a desarrollar. Y en relación con esta cuestión, en diversos momentos y por unos u otros intervinientes u órganos jurisdiccionales, se manejan, básicamente, dos grandes posturas:

- la de que se trata de una potestad discrecional; y,
- la de que realmente constituye una potestad que ha de aplicar, o concretar en el caso particular, un concepto jurídico indeterminado.

2. El pleno control jurisdiccional de las potestades discrecionales: la sentencia del TSJ de Canarias (sede en Las Palmas) de 1 de febrero de 2017

Curiosamente, la tesis de que aquí se estaría en presencia de una auténtica potestad discrecional encuentra su reflejo más explícito y detallado en la sentencia del TSJ de Canarias (sede en Las Palmas) de 1 de febrero de 2017 (rec. 146/2016, ponente D^a Inmaculada Rodríguez Falcón). Y esto es así a pesar de que en ella se rechaza la postura defendida por el Consorcio de la ZEC, que era el que interpuso el recurso de apelación frente a la sentencia anterior del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 6 de Las Palmas, de 15 de diciembre de 2015, que se resuelve en ella.

En este sentido, saliendo al paso del segundo argumento que contenía el informe de la Comisión Técnica para considerar que la actividad de ITV no contribuía al desarrollo económico y social de las Islas Canarias (el que esta prestación de servicio es idéntica en Canarias que en el resto del territorio nacional), y tras mencionar el criterio sostenido a este respecto por la anterior sentencia del propio TSJ de Canarias (sede en Las Palmas) de 19 de abril de 2016 (se habían otorgado anteriormente otras autorizaciones respecto de actividades que también se dan en el resto del territorio nacional que no contienen especificidad alguna en relación con las llevadas a cabo en la península), el TSJ de Canarias adelanta ya su idea de que aunque “se ostente una potestad discrecional para el otorgamiento de la autorización el criterio tiene que ser el mismo para todos los solicitantes caso contrario se incurriría en arbitrariedad. Si en la zona ZEC -se añadía- se ha permitido la instalación de entidades que desarrollan la misma actividad que en otras zonas del resto del territorio nacional, no cabe argüir esta cuestión”.

Y sobre esta idea vuelve después, con mayor grado de desarrollo, tras señalar uno de los aspectos que tendrían en común las dos sentencias anteriores del TSJ de Canarias, la de 19 de abril de 2016 (sede en Las Palmas) y la de 15 de septiembre de 2016 (sede en Santa Cruz de Tenerife), que sería el de que la potestad del Consejo Rector para el otorgamiento de la autorización es discrecional y que, sin embargo, había conducido a un resultado distinto en uno y otro pronunciamiento judicial en lo relativo a si la actividad de ITV contribuía o no al desarrollo económico y social de las Islas Canarias. “La Sala de Las Palmas pese a los razonados argumentos -se afirma- considera que debe mantener su doctrina al considerar que cualquier potestad discrecional es susceptible siempre del control jurisdiccional, art. 106.1 de

la Constitución, tanto por la vía del control de los hechos determinantes como por el cauce de la exigencia de una racionalidad de la actuación administrativa impuesta por el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos recogido en el art. 9.3 de la Constitución”.

Y a partir de esta concepción del control jurisdiccional sobre las potestades discrecionales centra su atención: primero, en las alegaciones presentadas por el recurrente ante el Consorcio; y, segundo, en los motivos aducidos por el Consejo Rector para la denegación.

Así, en las alegaciones presentadas por el recurrente ante el Consorcio se explicaba que en la “totalidad de las Islas Canarias se encuentran en funcionamiento un parque de Quince ITV'S pertenecientes todas a dos sociedades foráneas, que las han venido explotando en régimen de concesión administrativa” (...); que la inversión prevista para la estación era de dos millones ciento setenta y cuatro mil quinientos veintidós con once euros (2.174.522,11 €) y que las personas que se tenían previsto contratar cuando las cuatro líneas de inspección alcanzaran su pleno rendimiento eran de 28 personas, de las cuales 20 serían contratadas inmediatamente después de la obtención de la condición ZEC. También en las conclusiones que presentó al Consejo Rector, al folio 17, la entidad señalaba que pretendía introducir clara competencia en un sector cuasimonopolizado en el que solo dos empresas controlan el cien por cien de las existentes “mediante una clara apuesta por la inversión, el empleo y la competencia tecnológica”.

Por su parte, los dos motivos aducidos por el Consejo Rector para denegar la autorización solicitada eran: que la actividad se ejerce en régimen de concesión (lo que fue rebatido por la sentencia apelada, según señala el TSJ de Canarias, puesto que es una actividad liberalizada); y que la prestación del servicio es idéntica al resto del territorio nacional, a lo cual responde también el órgano jurisdiccional señalando que “esta cuestión no impide la autorización, por razón de la vinculación con los actos propios”, como había señalado ya la anterior sentencia del TSJ de Canarias (sede en Las Palmas) de 19 de abril de 2016.

Para finalmente, a continuación, exponer su postura propia, recogiendo algunas de las ideas anteriores: “Por último -señala el TSJ de Canarias-, consideramos que una actividad que crea empleo e introduce capital permitiendo la diversidad en la oferta del producto y el reparto de los beneficios entre un mayor sector de la población es sinónimo de desarrollo económico y social para las islas; y en el caso

tratándose de una actividad de reciente liberalización se precisa si efectivamente se quiere que exista la liberalización que las empresas que pretendan introducirse en el sector disfruten de los beneficios e incentivos fiscales territoriales. El acento para rechazar que la actividad contribuya al desarrollo económico y social no puede ser la liberalización de la actividad, es cierto que existe una demanda fija del servicio constituida por todos los vehículos obligados a pasar la inspección, pero precisamente el hecho de que intervengan otras empresas en la actividad permitirá que ese capital se distribuya y, además, repercuta en la sociedad, en general. Esta interpretación estimamos respeta el auténtico sentido de la ZEC, que en la Exposición de Motivos de La ley 19/1994 abogaba por un elevado nivel de flexibilidad en aspectos formales y materiales relacionados, con las entidades que pudieran acogerse a dicho régimen, para facilitar las posibilidades efectivas para el establecimiento de capitales y empresas que pudieran colaborar al desarrollo económico del archipiélago”.

3. El limitado control jurisdiccional de las potestades discrecionales: la sentencia del TSJ de Canarias (sede en Santa Cruz de Tenerife) de 15 de septiembre de 2016

Por su parte, fue verdaderamente paradójico el debate dialéctico respecto a la cuestión aquí analizada acerca de la naturaleza y carácter de la potestad de autorización del Consejo Rector reflejado en las posturas de las partes y en la argumentación y decisión del órgano jurisdiccional en el proceso que dio lugar a la sentencia del TSJ de Canarias (sede en Santa Cruz de Tenerife) de 15 de septiembre de 2016 (rec. 143/2016, ponente D^a Adriana Fabiola Martín Cáceres).

En este sentido, el recurrente frente a la resolución denegatoria de autorización señalaba en su recurso contencioso-administrativo, entre otros argumentos, el de que “aunque el artículo 38 de la Ley 19/1994 concede al Consejo Rector la potestad discrecional para autorizar la inscripción en el Registro, el artículo 31 de la citada Ley establece los requisitos exigibles, por lo que el Consejo Rector no puede establecer requisitos no previstos o interpretarlos de forma contraria a su espíritu”. Y a estos efectos ponía de relieve especialmente que al “establecer [el Anexo con el listado de actividades permitidas] las actividades que pueden desarrollarse, la norma no distingue si estas deben estar regladas o no, por lo que (...) donde la ley no distingue no puede hacerlo tampoco el Consejo Rector estableciendo requisitos que la ley no establece”.

El Consejo Rector, por su parte, en su defensa frente a este recurso contencioso-administrativo, señalaba que “la contribución al desarrollo económico y social que constituye la finalidad de la ZEC es un concepto jurídico indeterminado cuya valoración corresponde al Consejo Rector de la ZEC, de modo que la denegación por entender que falta en la actividad a desarrollar la contribución al desarrollo económico obedece a este margen de apreciación que le corresponde”.

En este marco, y en el del resto de los argumentos manejados por las partes en el proceso contencioso-administrativo, el TSJ de Canarias (sede en Santa Cruz de Tenerife) identifica como la segunda de las cuestiones que han de analizarse para la resolución del recurso la relativa “al alcance de la potestad conferida por la ley 19/1994 al Consejo Rector de la ZEC para la autorización de la inscripción de los interesados en el Registro de las entidades de la ZEC”. Y tras resolver la primera de las cuestiones que, en su opinión, debían analizarse que le lleva a afirmar “la necesidad de que concurren de forma cumulativa el requisito de que la actividad a desarrollar se incluya en el Anexo de la Ley y el de que la misma contribuya al desarrollo económico y social de las islas”, se plantea ya la cuestión relativa al “carácter de la potestad legalmente atribuida al Consejo Rector de la ZEC para apreciar el cumplimiento de este último”.

A tal fin reproduce los preceptos relevantes, que son el art. 38 de la Ley 19/1994 y el art. 45 del Real Decreto 1758/2007, tras lo cual puede señalar: “De todo lo anterior se desprende claramente que a falta de una concreción normativa sobre lo que deba entenderse por «contribución al desarrollo económico y social» y visto que el mismo no puede derivar de modo automático del desarrollo de una de las actividades económicas incluidas en el Anexo de la Ley, corresponde al Consejo Rector de la ZEC determinar en cada supuesto si concurre aquella condición. En el presente caso, la denegación de la autorización se sustenta fundamentalmente en que la actividad a desarrollar no contribuye al desarrollo económico y social de las Islas ya que la prestación del servicio de inspección técnica del vehículo, es un servicio de solicitud obligatoria para los ciudadanos, por lo que no precisa de ninguna ayuda o incentivo fiscal al no responder dicho servicio a una necesidad de mercado, sino a la obligación de las Administraciones Públicas de garantizar que los vehículos en circulación estén sujetos a unos controles periódicos que contribuyan a una mayor seguridad en las carreteras. Así justificado el acuerdo denegatorio, esta Sala considera que no concurre en la apreciación efectuada por el órgano administrativo arbitrariedad o irracionalidad alguna que justifique su corrección, por lo que en aplicación de la jurisprudencia expresada, entre otras en la STS de 19 de julio de

2000, invocada por la Administración demanda, y la STS de 25 de mayo de 1998, el acuerdo denegatorio recurrido debe declararse conforme a Derecho, lo que conduce a la desestimación del recurso”.

4. El concepto jurídico indeterminado y no la discrecionalidad con posible empleo de criterios de oportunidad en el requisito de la contribución al desarrollo económico y social de las Islas Canarias: las sentencias del Tribunal Supremo de 29 y de 30 de enero de 2018

El planteamiento teórico o dogmático más preciso, desde nuestro punto de vista, se contiene en las dos sentencias del TS objeto de nuestro análisis. Puesto que en ellas se señala con total claridad como aspecto clave para resolver la problemática suscitada el que en la comprobación por el Consejo Rector del Consorcio de la ZEC del cumplimiento en el caso particular de la contribución al desarrollo económico y social de las Islas Canarias no existe una potestad discrecional porque se trata aquí de un concepto jurídico indeterminado.

Esto es precisamente lo que consideramos en su momento al hilo de la similar polémica surgida con anterioridad a que hicimos mención en relación con determinadas actividades de asesoramiento y gestión empresarial⁶.

En este sentido, podemos señalar que la contribución al desarrollo económico y social de las Islas Canarias de las actividades económicas a desarrollar constituye uno de los requisitos para la aplicación del régimen fiscal especial de las entidades de la ZEC. Se trata, por tanto, de un requisito que, desde una contemplación general de la norma, debe unirse a otros también previstos en el artículo 31. 3 de la Ley 19/1994 como son, por ejemplo, que la entidad tenga “*su domicilio social y la sede de dirección efectiva en el ámbito geográfico de la Zona Especial Canaria*” [letra a)], que “*al menos uno de los administradores resida en las Islas Canarias*” [letra b)], que constituya “*su objeto social la realización en el ámbito geográfico de la Zona Especial Canaria de actividades económicas incluidas en el anexo*” [letra c)] o que se realicen determinadas inversiones o se creen determinados puestos de trabajo, de acuerdo a los términos y condiciones recogidas en las letras d) y e) de ese artículo.

Sin embargo, una simple comparación entre aquel requisito de la contribución al desarrollo económico y social de las Islas Canarias, de un lado, y el resto de los

⁶ SÁNCHEZ BLÁZQUEZ, “La posible autorización...”, *cit.*, págs. 213-214.

requisitos recién mencionados, de otro, pone de relieve una importante diferencia existente entre ellos. Es cierto que son muchas las dudas doctrinales acerca de los criterios de distinción entre los conceptos jurídicos determinados y los conceptos jurídicos indeterminados, lo que ha revelado los imprecisos contornos de la línea divisoria entre unos y otros⁷. Pero lo cierto es que no parece ofrecer duda alguna que el requisito de la contribución al desarrollo económico y social de las Islas Canarias, a diferencia de los restantes antes señalados, es un concepto jurídico indeterminado. Y es que, efectivamente, qué se entiende por contribución al desarrollo económico y social de las Islas Canarias de las actividades económicas a desarrollar por una entidad, tanto desde una perspectiva general como desde la óptica de su aplicación a casos concretos, es algo que ofrece un grado o margen de indeterminación que no se da en los otros requisitos antes reseñados.

El propio Derecho positivo también parece reconocerlo. Porque así puede deducirse de lo dispuesto en el artículo 45 d) del Real Decreto 1758/2007, según el cual “*el Consejo Rector podrá recabar de los interesados la información adicional que juzgue necesaria para apreciar la contribución de la entidad al desarrollo económico y social de las Islas Canarias*”. Lo que debe realizar el Consejo Rector es, por tanto, “*apreciar*” dicha contribución al desarrollo económico y social de las Islas Canarias, que es una expresión que intenta reflejar las peculiaridades que conlleva la aplicación de la norma en estos supuestos de conceptos jurídicos indeterminados, en los que puede hablarse más que de una subsunción de una “*integración valorativa*” o de una “*integración del hecho en el supuesto de hecho*”⁸.

A esta idea de la inexistencia de una auténtica discrecionalidad administrativa al tratarse en realidad de un concepto jurídico indeterminado se refiere la sentencia de 30 de enero de 2018 cuando recoge un primer bloque de conclusiones a partir fundamentalmente de los preceptos reguladores de la materia, tanto los que se refieren a los requisitos para la inscripción en el Registro Oficial de las entidades ZEC como los relativos a las funciones y competencias del Consejo Rector del Consorcio de la ZEC. Así, las dos últimas conclusiones afectaban directamente a esta idea:

⁷ SÁINZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, págs. 198-213.

⁸ LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, págs. 267-270; ALGUACIL MARÍ, P., *Discrecionalidad técnica y comprobación tributaria de valores. La problemática de su control judicial*, Diálogo, Valencia, 1999, pág. 137.

“3.- Corresponde al Consejo Rector del Consorcio de la Zona Especial Canarias tramitar y resolver las solicitudes de autorización de las entidades que pretendan acogerse al régimen especial de la Zona Especial Canaria (artículo 38.a/ de la Ley 19/1994...). Ahora bien, ni ese ni ningún otro precepto de la Ley de la Ley 19/1994 permite sostener que en el ejercicio de esta atribución el Consejo Rector pueda decidir de manera discrecional con criterios de oportunidad. Por tanto, debe rechazarse la afirmación de la Abogacía del Estado de que la potestad de decisión del Consejo constituye una potestad discrecional (...)

4.- El requisito de que proyecto empresarial contribuya al desarrollo económico y social de las Islas Canarias alberga un concepto jurídico indeterminado; lo que obliga a reconocer al Consejo Rector un margen de apreciación técnica para determinar si se cumple no ese requisito. Pero ese margen de apreciación, vinculado a la existencia de aquel concepto jurídico indeterminado, de ninguna manera supone que se confiera al Consejo Rector una potestad discrecional -que permitiría, por ejemplo, autorizar o denegar la inscripción atendiendo a criterios de oportunidad-; pues si se constata el cumplimiento de los requisitos que establece la norma la inscripción «debe» ser autorizada”.

Y esta idea es la decisiva para rechazar el criterio que había sostenido el TSJ de Canarias (sede de Santa Cruz de Tenerife) en la sentencia recurrida en casación, que desestimó el recurso contencioso-administrativo y confirmó la resolución denegatoria de la autorización por el Consejo Rector principalmente al no concurrir “en la apreciación efectuada por el órgano administrativo arbitrariedad o irracionalidad alguna que justifique su corrección”.

“El planteamiento de la Sala de Santa Cruz de Tenerife -afirma el TS- no puede ser compartido, pues, al no encontrarnos (...) ante el desempeño por la Administración una potestad discrecional, el control jurisdiccional no debe limitarse a un test sobre la racionalidad o arbitrariedad de la decisión supuestamente discrecional sino que debe adentrarse a examinar, en términos de legalidad, si la actuación administrativa se ajusta o no a las normas que la delimitan y regulan”.

También esta misma idea es la que está presente en la sentencia del TS de 29 de enero de 2018 cuando se salía al paso de lo alegado por el Abogado del Estado acerca de que “la revisión de legalidad judicial puede anular una resolución de dicho órgano que considere arbitraria o inmotivada, pero no en caso contrario. Pues de anular una resolución motivada y no arbitraria -continuaba el representante público-

se estaría invadiendo al ámbito de la discrecionalidad técnica y asumiendo las funciones que el artículo 38.a) de la Ley 19/1994 atribuye al citado Consejo”.

“No es posible -señala el Alto Tribunal- estimar esta alegación. No se trata de suplir la decisión de un órgano administrativo, sino estrictamente de confrontarla con los parámetros estipulados por la Ley para dichas decisiones. No es dudoso el amplio margen que la Ley otorga al Consejo en la decisión de que se trata, pero dicha decisión no goza propiamente de discrecionalidad, sino que además de motivada y no arbitraria, debe mantenerse dentro de los términos legales. Y, en el supuesto de autos, los términos de los preceptos reproducidos *supra* no admiten la exclusión de actividades económicas por las razones que ya se han rechazado en el fundamento anterior”.

“Debemos pues concluir -afirma finalmente el TS más adelante- que el control de legalidad en el supuesto de las decisiones del Consejo Rector en relación con las actividades económicas que justifican que las personas jurídicas solicitantes hayan de ser incluidas en el Registro Oficial de Entidades de la Zona Especial de Canarias, comprende la verificación de que sus decisiones, además de motivadas y no arbitrarias, han de ajustarse en cuanto a su contenido a los requisitos y exigencias legales reglados, tal como éstas hayan sido interpretadas, en su caso, por los órganos judiciales”.

5. ¿Compatibilidad del requisito de la contribución al desarrollo económico y social de las Islas Canarias con las exigencias derivadas de la reserva de ley y seguridad jurídica en las normas tributarias?

En cualquier caso, no puede dejar de reconocerse que el debate suscitado en torno a si las actividades de ITV contribuyen al desarrollo económico y social de las Islas Canarias, como también sucedió con la polémica surgida en su momento respecto a determinadas actividades de asesoramiento y gestión empresarial, constituye solo un ejemplo de los problemas que puede plantear la previsión de un concepto jurídico indeterminado dotado de un amplio grado de indeterminación como es el relativo a la contribución al desarrollo económico y social de las Islas Canarias de las actividades económicas a desarrollar⁹, como uno de los requisitos a comprobar por la Comisión Técnica y el Consejo Rector, en el ámbito de sus propias competencias, en el procedimiento previo de autorización de las entidades que

⁹ También se muestra crítica con este requisito MALDONADO GARCÍA-VERDUGO, A., “¿Es la Zona Especial Canaria un paraíso fiscal? Análisis conforme a los trabajos desarrollados por la OCDE en materia de competencia fiscal perjudicial”, en *Hacienda Canaria*, núm. 1, 2002, pág.149, nota 19.

pretenden acogerse al régimen especial de la ZEC¹⁰. Además, estos problemas se verán incrementados en la práctica, en nuestra opinión, a partir de la doctrina sentada por el TS en las sentencias objeto de nuestro análisis que ha destacado y potenciado en gran medida el alcance del control jurisdiccional en este ámbito que va más allá del simple control de interdicción a la arbitrariedad y de racionalidad que, sin embargo, consideraban adecuado el Consorcio de la ZEC y el TSJ de Canarias (sede en Santa Cruz de Tenerife) en su sentencia de 15 de septiembre de 2016.

Desde esta perspectiva, cabría cuestionar la misma decisión legislativa de prever este requisito, que se introdujo con el Real Decreto-Ley 2/2000, que fue la norma con la que este régimen especial comenzó su funcionamiento.

Probablemente tal decisión normativa fue consciente, pretendiéndose “dar a la norma la holgura necesaria para que, siendo más adaptable a la realidad, el resultado de su aplicación pueda ajustarse con mayor exactitud a la solución que la norma preconiza, al «espíritu y finalidad de aquella», como dice el artículo 3º del Código Civil”¹¹, que es lo que se pretende con el empleo de conceptos jurídicos indeterminados.

Además, la atribución por la norma a la Comisión Técnica y al Consejo Rector, en el ámbito de sus propias competencias, de la facultad de apreciar en cada caso concreto la contribución al progreso económico y social de las Islas Canarias debe entenderse en un contexto en el que se está ante un régimen fiscal especialmente ventajoso y, por lo tanto, atractivo, pero en el que la inicial autorización comunitaria incluía un determinado volumen de gasto fiscal que no podía superarse. De ahí que lo que posiblemente se ha pretendido en la práctica es dar la posibilidad a los órganos gestores del Consorcio de la ZEC de modular la concesión de este régimen fiscal especial, en función de las diversas circunstancias concurrentes, según el mayor o menor número de solicitudes presentadas y de priorizar, en su caso, las mismas a partir de la toma en consideración de la mencionada contribución al progreso económico y social de las Islas Canarias de las actividades económicas a desarrollar por las entidades que solicitan la autorización ante el Consorcio.

¹⁰ SÁNCHEZ BLÁZQUEZ, “La posible autorización...”, *cit.*, págs. 249-252.

¹¹ SÁINZ MORENO, *Conceptos jurídicos...*, *cit.*, pág. 194.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, la atribución de esta facultad de apreciar la contribución al desarrollo económico y social de las Islas Canarias de las actividades económicas proyectadas por una entidad que solicita su autorización para disfrutar del régimen de la ZEC, en el sentido indicado, se compadece mal con las exigencias derivadas del principio de reserva de ley tributaria y de seguridad jurídica, que han de respetarse en este ámbito. Puesto que no puede olvidarse en ningún momento que el régimen de la ZEC constituye un grupo normativo especial aplicable a determinadas entidades, compuesto, esencialmente, por un régimen de beneficios fiscales¹², al contenerse en su normativa reguladora en la Ley 19/1994 sobre todo diferentes beneficios fiscales de los que pueden disfrutar las entidades de la ZEC y que afectan a distintos impuestos: Impuesto sobre Sociedades (artículos 42 a 44), Impuesto sobre la Renta de No Residentes (artículo 45), Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (artículo 46) e Impuesto General Indirecto Canario (artículo 47).

Por este motivo, los requisitos o condiciones de la aplicación de este régimen especial constituyen al mismo tiempo requisitos o condiciones del disfrute o aplicación de aquellos beneficios fiscales. Es decir, se trata de una serie de requisitos o condiciones que forman parte del presupuesto de hecho de cada una de las disposiciones desgravatorias correspondientes.

En este contexto, resulta cuestionable dejar en manos del aplicador de la norma, en este caso, el Consorcio de la ZEC, en el seno de su potestad de autorización, y, en concreto, en manos del Consejo Rector y de la Comisión Técnica, dentro de sus propias competencias, un amplio margen de apreciación en la decisión de conceder o no la posibilidad de acogerse a un régimen fiscal especialmente favorable. Y este amplio margen de apreciación se deja en estos órganos con la previsión de este requisito de la contribución al desarrollo económico y social de las Islas Canarias de las actividades económicas a desarrollar, que habrá de acreditarse en la memoria a presentar junto con la solicitud. En consecuencia, en nuestra opinión, este requisito debería suprimirse en una futura reforma de este régimen especial.

Por el contrario, si se decide seguir manteniendo este requisito, se continuará dando pie a posibles interpretaciones equivocadas, en la siempre difícil tarea de llenar de contenido un concepto jurídico indeterminado y de aplicarlo a casos concretos.

¹² HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., "Presupuestos de aplicación del régimen ZEC. Consecuencias de su incumplimiento", en *Revista Interactiva. AEDAF*, 36, 2001, pág. 1. También publicado en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 203, 2001.

Esto es lo que ocurrió, desde nuestro punto de vista, con la interpretación que sostuvo en su momento la Comisión Técnica en relación con determinadas actividades de asesoramiento y de gestión empresarial. Y esto es lo que habría sucedido también, según el criterio que finalmente ha prevalecido en el TS, respecto a las actividades de ITV que no fueron autorizadas, con el criterio unánime del Consejo Rector y de la Comisión Técnica, al considerar que no contribuían en ningún caso al desarrollo económico y social de las Islas Canarias.

Y de igual modo, si se siguiera manteniendo este requisito, se continuará dando la posibilidad de que se realicen tratamientos desiguales, carentes de justificación razonable alguna, en la valoración por parte del Consorcio de la ZEC de las solicitudes presentadas, según el momento o período en el que presenten, en función de la mayor o menor flexibilidad del Consejo Rector y de la Comisión Técnica del Consorcio de ZEC, en el seno de sus respectivas competencias, en la apreciación de la contribución al desarrollo económico y social de las Islas Canarias.

Así parece que ha podido suceder también en la práctica en los años de funcionamiento de este régimen especial¹³.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

El TS, en sus sentencias de 29 y de 30 de enero de 2018, ha llegado a la conclusión, acertada desde nuestro punto de vista, de que el requisito a comprobar por el Consejo Rector del Consorcio de la ZEC relativo a la contribución al desarrollo económico y social de las Islas Canarias de las actividades económicas a desarrollar, en el marco del procedimiento de autorización de entidades de la ZEC, constituye un concepto jurídico indeterminado, no existiendo en relación con la comprobación de su concurrencia en el caso particular potestad administrativa discrecional alguna que permitiría acudir a criterios de oportunidad. Por este motivo, en opinión del TS, el control jurisdiccional sobre las decisiones del Consejo Rector del Consorcio de la ZEC en este ámbito comprende la verificación de que sus decisiones, además de motivadas y no arbitrarias, han de ajustarse en cuanto a su contenido a los requisitos

¹³ En este sentido, en el documento resultado de un grupo de trabajo promovido por el Consorcio de la Zona Especial Canaria (OLIVERA HERRERA, A., RUIZ-HUERTA CARBONELL, J., RODRÍGUEZ MARTÍN, J.A., KESSOMAL KAKNANI, M. y SÁNCHEZ BLÁZQUEZ, V.M., *La ZEC del futuro: balance y propuestas de reforma*, Consorcio de la Zona Especial Canaria, 2012, pág. 93), se pusieron de relieve algunos de estos problemas: “El listado de actividades admitidas con su correspondiente código NACE que aparecen recogidas en el texto legal y las actividades aceptadas por los órganos rectores de la ZEC, han creado una gran inseguridad jurídica entre los empresarios, ya que se observan distintos criterios de aceptación de algunas actividades, admitiéndolas en determinadas épocas, para rechazarlas en otras, alegando criterios de competencia desleal”.

y exigencias legales reglados, tal como estos han sido interpretados, en su caso, por los órganos judiciales.

Bajo estos parámetros, y en el ámbito concreto donde se suscitó esta problemática, el Alto Tribunal ha considerado que el hecho de que el servicio de ITV sea de solicitud obligatoria para los ciudadanos y de que su prestación sea sustancialmente análoga a la de las restantes empresas del sector en el resto del territorio nacional, no es razón para afirmar que un proyecto empresarial que tenga por objeto la prestación de ese servicio no pueda contribuir al desarrollo económico y social del territorio donde se emplaza, en concreto, en las Islas Canarias. Entre otros motivos, además de porque aquellas constituyen condiciones restrictivas no establecidas en la Ley y que tampoco pueden considerarse implícitas en ella, porque la realización de aquella actividad por nuevas entidades supone en todo caso un incremento y diversificación de la oferta.

Sin embargo, más allá de este supuesto problemático de las actividades de ITV y del que se planteó también en su momento en relación con determinadas actividades de asesoramiento y de gestión empresarial, surgen importantes dudas acerca de la adecuación a las exigencias del principio de reserva de ley tributaria y de seguridad jurídica de un requisito normativo que contiene un elevado grado de indeterminación como es el de la contribución al desarrollo económico y social de las Islas Canarias de las actividades económicas a desarrollar. Puesto que no puede olvidarse en ningún momento que el régimen de la ZEC constituye un grupo normativo especial aplicable a determinadas entidades, compuesto, esencialmente, por un régimen de beneficios fiscales, y con la previsión normativa de aquel requisito se está dejando en gran medida abierta a su concreción por el Consorcio de la ZEC, sin perjuicio de su eventual control jurisdiccional posterior, la determinación de una parte importante de su ámbito objetivo y subjetivo de aplicación.