

La Deuda pública: análisis de su evolución jurídica desde la aprobación de la Constitución de 1978

Fernando de la Hucha Celador

*Catedrático de Derecho Financiero
Universidad Pública de Navarra*

SUMARIO: I INTRODUCCIÓN.— II. LA DEUDA PÚBLICA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978.— III. LA DEUDA PÚBLICA DEL ESTADO EN LA LEY GENERAL PRESUPUESTARIA.— IV. LA DEUDA PÚBLICA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.— V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El endeudamiento público —o Derecho del Crédito Público— constituye, junto con el Derecho Financiero Patrimonial (para quienes consideren que esta disciplina constituye una rama del Derecho Financiero), el recurso financiero menos estudiado por nuestra disciplina, situación sólo parcialmente paliada en los años siguientes a la aprobación de la CE de 1978 y normalmente mediante trabajos que, frecuentemente, se limitaban a constituir meras exégesis del artículo 135 de la CE y de la Ley General Presupuestaria (—LGP—, en aquél momento y durante mucho tiempo la aprobada mediante Ley 11/1977 de 4 de enero, objetivamente preconstitucional y contraria a la propia CE en alguno de los aspectos relacionados con el régimen jurídico de la Deuda pública).

Las razones de este desprecio científico por el tratamiento jurídico de la Deuda pública desde el Derecho Financiero no son fáciles de explicar y, desde luego, las afirmaciones subsiguientes constituyen opinión personal del autor. De un lado, cabe destacar la atracción y la importancia que, de forma indiscutible, tiene el tributo en nuestro sistema de recursos financieros lo que ha

hecho que sobre él o sobre las distintas figuras de nuestro sistema tributario pivoten la mayoría de las monografías, libros, artículos que se publican en nuestro país desde la aprobación de la CE. De otro, hay una sensación subjetiva en buena parte de la doctrina en cuya virtud la delimitación jurídica de la Deuda pública está consolidada desde el artículo pionero que publicase el profesor Ferreiro Lapatza en 1967¹ y aunque todos somos deudores de éste, mucho nos tememos que, conservando su estructura, algunas de las partes del edificio no han podido, lógicamente, acomodarse al paso del tiempo. De forma acrítica se sigue manteniendo que la Deuda pública es un contrato de préstamo entre el ente público emisor² y los suscriptores (institucionales o particulares) y se observa una reiteración en los manuales de la parte general de la disciplina que no ha logrado ser removida ni siquiera tras la aprobación del Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la LGP, ni tras la promulgación de la nefasta pero vigente LGP, aprobada mediante Ley 47/2003, de 26 de noviembre³.

La Deuda pública no genera litigios ni cuestiones controvertidas entre suscriptores y ente emisor, de forma que se trata de una materia que, por utilizar una terminología moderna, no vende. Y, desde luego, constituye un hecho objetivo que muchos de los funcionarios de los cuerpos docentes universitarios de nuestra disciplina hayan llegado a dicha condición sin haber escrito una línea sobre Derecho Presupuestario o sobre Derecho del Crédito Público, situación cuya etiología no vamos aquí a describir, pero que tiene su origen en la LRU y su continuación en la LOU. Y si hemos hecho mención al Derecho Presupuestario es por la relación entre éste y el endeudamiento público como consecuencia de un principio tan constitucional y básico como poco estudiado, en concreto el principio de inclusión presupuestaria automática que establece el artículo 135.2 de la CE.

Aunque parezca paradójico, el principio de reserva de ley que establece la CE en relación con este recurso financiero ha sido progresivamente recortado por la legislación ordinaria postconstitucional, siendo minoritarias las voces que se han alzado contra esta práctica, que claramente vulnera las consecuencias deducibles del artículo 135.1. En este sentido se ha producido en la legislación ordinaria un sacrificio del principio de reserva de ley en aras de las exigencias económicas de los mercados financieros cuando entendemos –y así lo postularemos– que es perfectamente posible cohonestar reserva de ley y colocación de la Deuda pública a tipos de interés determinables por el mercado sin

¹ Análisis jurídico de la Deuda pública en *Revista de Administración Pública*, IEP, Madrid, n.º 53, 1967.

² No sólo los manuales y artículos al uso sino también el legislador sigue insistiendo en el contrato de préstamo; así, la Exposición de Motivos de la vigente LGP –aunque con alguna novedad significativa– señala que «La Deuda del Estado, constituida por el conjunto de capitales tomados a préstamo por el Estado, podrá realizarse por diferentes medios: emisión pública, concertación de préstamos, etc., no estableciéndose de forma exhaustiva los medios a través de los cuales puede realizarse».

³ Cuyo único mérito en la materia que nos ocupa es que, a diferencia de la LGT, su anteproyecto no fue encargado a una Comisión de Expertos de Derecho Financiero. Caso contrario, el resultado podría haber resultado mucho peor, a la vista de la experiencia acumulada.

que para ello sea menester conceder, normalmente a través de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, habilitaciones en blanco al Gobierno y al Ministerio de Hacienda para que regulen la práctica totalidad (salvo el volumen máximo de emisión) de los elementos esenciales de la Deuda pública, entendiéndose por tales aquéllos que determinan el gasto público que, para el Estado u otro ente público, representa la apelación a este recurso financiero como medio para allegar ingresos públicos.

Un factor en contra de la proliferación de estudios sobre este recurso financiero es la escasez de jurisprudencia constitucional, limitada casi exclusivamente a resolver conflictos de competencias o a determinar si para determinada emisión por parte de las Comunidades Autónomas es o no preceptiva la autorización estatal contemplada en el artículo 14 de la LOFCA. De tal manera que hoy conocemos la opinión sedimentada del TC sobre el alcance, carácter y límites del principio de reserva de ley en materia tributaria o sobre el contenido material de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, pero carecemos de doctrina constitucional sólida sobre el contenido y alcance del principio de reserva de ley en materia de Deuda pública.

Incluso, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 134.7 de la CE no sabemos, desde la jurisprudencia del TC, si el artículo 135 de la CE es aplicable o no a las Comunidades Autónomas, en especial en lo que atañe a su apartado 2 (principio de inclusión presupuestaria automática), precepto que no aparece recogido en ninguno de los diecisiete Estatutos de Autonomía ni tampoco en la legislación autonómica reguladora de la Hacienda pública.

En definitiva, en materia de Deuda pública la aprobación de la CE y sus veintisiete años de vigencia han supuesto un páramo doctrinal y jurisprudencial y un crecimiento exagerado —a la par que inconstitucional— de las facultades del Gobierno y del Ministerio de Hacienda, propiciado por las sucesivas Leyes Generales Presupuestarias, así como por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, vehículo normativo a través del cual se contiene la autorización para la emisión. Y, ciertamente, aunque nuestro trabajo pivotará básicamente sobre la Deuda del Estado, no cabe olvidar que la utilización de este recurso financiero es posible por parte de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, con una diferencia importante y es que en el caso de las primeras su reconocimiento aparece en el artículo 157.2 de la CE, mientras que en el caso de las segundas la indefinición de su régimen de recursos financieros en el artículo 142 de la CE (que, en puridad sólo proclama el principio de suficiencia financiera ligada a la existencia de tributos propios y a la participación en tributos estatales y autonómicos) hace necesario descender a la legislación ordinaria de régimen local para tratar de determinar el régimen jurídico del endeudamiento público de las entidades locales.

Por razones sistemáticas nos centraremos, en primer lugar, en la regulación del endeudamiento público en la CE, deduciendo de ella las conclusiones pertinentes en torno al principio de reserva de ley para posteriormente examinar el entendimiento que del mismo ha realizado la legislación ordinaria. En el caso de las Comunidades Autónomas, nos limitaremos a examinar las

condiciones impuestas para el recurso al endeudamiento por parte de la LOFCA con una breve incursión en el examen del estado de la cuestión en la legislación autonómica (con especial referencia a los Estatutos) y, por razones de espacio, no entraremos en el examen de los condicionantes y límites a que se encuentra sometido el endeudamiento de las Corporaciones Locales, pese a las cuestiones de interés que suscita, entre las que destaca, como sucede en el caso de los tributos, su carencia de potestad legislativa, necesaria para cubrir las exigencias del principio de reserva de ley.

II. LA DEUDA PÚBLICA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978

De acuerdo con el artículo 135.1 de la CE la potestad para emitir Deuda pública o contraer crédito corresponde al Gobierno, el cual, sin embargo, habrá de estar autorizado por ley (ordinaria, puesto que no se trata de materia sujeta a reserva de ley orgánica conforme el artículo 81 de la CE). De donde se colige, *prima facie*, que la ley de emisión (a diferencia de lo que ocurre en el caso de los tributos) no crea la Deuda pública sino que constituye el instrumento para que el Gobierno pueda ejercitar sus potestades en el ámbito del endeudamiento público. Y, avanzando ideas que desgranaremos con posterioridad, también se colige que la ley de emisión ha de ser una norma con forma –y no sólo rango– de ley o, dicho en otros términos, que se trata de un terreno vedado a la intervención del Decreto-Ley⁴, puesto que, empleando expresiones de la Corte Constitucional italiana creemos que el artículo 135.1 de la CE configura una *reserva de acto normativo y no sólo una reserva de norma primaria*.

Ciertamente, el artículo 86 de la CE no prohíbe expresamente que el Decreto-ley regule la materia de la Deuda pública pero existe un argumento lógico inobjetable para defender dicha prohibición. Si el Decreto-ley es un producto normativo emanado del Gobierno (por más que ulteriormente se sujete a convalidación por parte del Congreso y/o se transforme en proyecto de Ley), la autorización para emitir Deuda pública mediante dicho instrumento normativo constituiría una autoautorización que atentaría claramente contra los objetivos previstos por el constituyente y esta observación queda reforzada si tenemos en cuenta las limitaciones que las condiciones establecidas por la ley de emisión imponen –o deberían imponer– a la Ley de Presupuestos Generales del Estado, de acuerdo con el artículo 135.2 de la CE. Obviando la

⁴ Aunque esta figura se haya utilizado excepcionalmente como instrumento habilitante para la emisión de Deuda pública, como fue el caso de la emitida para financiar el agujero patrimonial de Rumasa (Real Decreto-Ley 8/1984, de 28 de junio). Sintomático pero anecdótico resulta que la primera autorización para emitir Deuda pública tras la aprobación de la CE de 1978 se produjera, precisamente, mediante Decreto Ley, en concreto el Decreto-Ley 9/1979, de 18 de mayo que, literalmente, anticipaba a su fecha de promulgación la aplicación de los preceptos referidos a la Deuda pública contenidos en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado.

tesis –más económica que jurídica– en cuya virtud la Deuda pública es un impuesto diferido, resulta elemental que la suscripción (no la creación ni la ley de emisión) de aquélla por particulares o instituciones genera, automáticamente, unas obligaciones económicas para el ente emisor, que se traducen (en la concepción clásica) en el pago de los intereses convenidos y en la devolución del capital una vez llegado el plazo de amortización⁵. Esas obligaciones económicas sólo pueden ser cumplidas mediante la oportuna consignación presupuestaria, es decir, mediante la autorización por parte del legislador presupuestario de los créditos oportunos para satisfacer lo que, con expresión añeja, se denominaba el servicio de la Deuda pública.

Para evitar que los derechos de los acreedores puedan verse afectados por el principio de legalidad presupuestaria, el constituyente estableció un principio que anula completamente las facultades de enmienda o de modificación por parte de las Cortes Generales en relación con el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado y que, a nuestro juicio, vinculan también al propio Gobierno en cuanto titular exclusivo de la iniciativa legislativa⁶. No obstante, esta anulación (absoluta, frente a la relativa del artículo 134.6 de la CE) del derecho de enmienda de las Cortes Generales se supedita a que los créditos consignados en los estados de gastos de los Presupuestos «se ajusten a las condiciones de la ley de emisión».

De tal manera que el principio de inclusión presupuestaria automática⁷ de los créditos para el pago de intereses y capitales de la Deuda pública queda condicionado a la existencia de unas condiciones en la ley de emisión (*sic*) que no pueden ser delegadas en el Decreto anual de creación de la Deuda pública de cada ejercicio presupuestario (cuando existía, circunstancia que, como veremos, ha desaparecido a partir de 2004, de forma que la creación-emisión de Deuda pública se realiza directamente mediante Orden ministerial), ya que, en el caso contrario, sería una norma reglamentaria la que vincularía al poder legislativo de un modo absoluto impidiendo el ejercicio del derecho de enmienda, consecuencia que, evidentemente, no ha sido querida por el constituyente. Pero, además, el frecuentemente ignorado por nuestra doctrina artículo 135.2 de la CE sienta un principio presupuestario del que se derivan,

⁵ El hecho de que los intereses puedan ser explícitos (emisión de Deuda al 3,75%, por ejemplo) o implícitos (caso de las Letras del Tesoro u otros títulos emitidos al descuento donde el Estado se compromete a reembolsar el principal pero el suscriptor sólo abona, en el momento de la emisión, una cantidad inferior) no empee nuestra tesis principal. En el primer caso, es evidente que el Estado habrá de abonar anualmente el 3,75% y, llegado el vencimiento de la emisión, devolver el capital principal. En el segundo caso, los intereses se calculan y se pueden matemáticamente porcentualizar en función de tres variables: precio pagado en la suscripción, precio comprometido a devolver en la amortización y plazo temporal que media ente suscripción y amortización o reembolso. Existen otras variables en las que no vamos a entrar porque afectan a la contabilización de la Deuda y no a su régimen jurídico: emisiones bajo la par con interés explícito, emisiones con prima de amortización, etc.

⁶ Dicho en otros términos, no cabe constitucionalmente la existencia de proposiciones de Ley de Presupuestos Generales del Estado, ya que el monopolio de la iniciativa legislativa corresponde al Gobierno, de acuerdo con el artículo 134.1 de la CE.

⁷ Véase DE LA HUCHA CELADOR, F. *El principio de inclusión presupuestaria automática: acotaciones al artículo 135.2 de la Constitución* en REDE, n.º 63, pp. 347-361, Ed. Civitas, Madrid, 1989.

a nuestro juicio, consecuencias directas para la delimitación del principio de reserva de ley en materia de Deuda pública; a saber, que la ley de emisión no puede ser una ley en blanco que puramente habilite al Gobierno para proceder a la emisión de Deuda pública o para concertar operaciones de créditos sino que dicha autorización habrá de contener, como mínimo, los elementos sustantivos de la Deuda pública imprescindibles para anular el derecho de enmienda en sede de tramitación parlamentaria de los Presupuestos Generales del Estado.

Y, por conexión entre ambos apartados del artículo 135 de la CE, parece elemental que la ley de emisión no puede limitarse a fijar el techo máximo de endeudamiento anual, sino que habrá de fijar las condiciones de dicho endeudamiento y, en concreto, aquéllas que generan obligaciones económicas para el ente emisor y derechos para los suscriptores; en concreto y sin pretensión de exhaustividad, habrá de fijar el plazo de amortización y los tipos de interés (explícitos o implícitos) así como las eventuales condiciones adicionales que tengan influencia a la hora de determinar los créditos a consignar en los Presupuestos al servicio del pago de la Deuda pública (por ejemplo, primas de amortización, posibilidad uni o bilateral de cancelación anticipada, etc.).

Si la ley de emisión no tiene este contenido mínimo cabría entender que el artículo 135.2 de la CE deviene inoperativo y cabría plantear una rehabilitación del derecho de enmienda que aparece concebido, en primer lugar, como una garantía para los acreedores y, en segundo lugar, como una manifestación lógica (en aras de la preservación del crédito público y de los derechos de los acreedores) de la primacía del principio de reserva de ley en materia de crédito público sobre el principio de legalidad presupuestaria. Dicho en otros términos, simples pero inteligibles, el constituyente ha considerado que si el legislador ha determinado en la ley de emisión las condiciones de la Deuda pública, los Presupuestos han de limitarse a trasladar cuantitativamente a los estados de gastos los créditos necesarios para atender las obligaciones económicas que se autorizaron a contraer al Gobierno. De forma que el principio de inclusión presupuestaria automática condiciona el contenido de la ley de emisión, puesto que si a través de ésta no pueden determinarse los créditos presupuestarios oportunos para atender el servicio de la Deuda pública parece evidente que no es defendible el desapoderamiento constitucional a la presentación de enmiendas al proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado.

Cuestión distinta es que el principio de reserva de ley en materia crediticia haya de ser relativo y no absoluto, por utilizar adjetivos manejados por el TC en relación con la reserva de ley tributaria del artículo 31.3 de la CE. Y la relatividad ha de ser aún mayor por las peculiaridades de los mecanismos de colocación de la Deuda pública entre los inversores, pero ello no implica la ausencia, como sucede desde 1978 hasta la actualidad, de una mínima intervención del poder legislativo en la fijación de las condiciones de la emisión.

Aunque el ejemplo pueda parecer demagógico es, sin embargo, real: nadie defendería que una ley crease un tributo y habilitase al Gobierno para fijar los tipos de gravamen pero nadie, desde la doctrina, salvo raras excepciones entre las que nos contamos, defiende que sería igualmente inconstitucional que la Ley de Presupuestos autorizase al Gobierno a apelar al crédito público sin fijar las condiciones de tipos de interés, plazos de amortización, etc., en suma, de aquellas condiciones que influyen en el gasto público *blindado* por el artículo 135.2 de la CE.

Desde los años ochenta hasta la actualidad, los argumentos para negar la fijación de las condiciones de la emisión a la ley prevista en el artículo 135.1 de la CE son económicos, pero no jurídicos. Puesto que la evolución de los mercados financieros, tipos de interés, paridad de las monedas, inflación, etc., en el lapso que media entre la aprobación de la ley de emisión y el ejercicio de la autorización por parte del Gobierno para emitir la Deuda pública es impredecible (recordemos que la economía es la ciencia que predice el pasado), la fijación de las condiciones por parte de la ley de emisión encorsetaría al Gobierno hasta el punto de posibilitar resultados económicos indeseables; por ejemplo, si la ley de emisión fija que el tipo al que puede endeudarse el Estado durante el ejercicio presupuestario será el 2,75% podemos encontrarnos con dos situaciones: *a*) que un repunte de los tipos de interés y de otras variables económicas impidiese la colocación de las emisiones por la existencia de otros activos financieros (públicos o privados) que ofreciesen mayor rentabilidad⁸, con lo cual los ingresos previstos por la emisión de Deuda pública no se cubrirían por falta de demandantes o *b*) que, a la inversa, hubiera un descenso de tipos de interés de tal manera que se cubriría la totalidad de la emisión pero a cambio de un sobrecoste en términos de intereses, con el quebranto subsiguiente para el ente emisor.

De forma muy sintética, éste es el argumento principal para negar que la ley de emisión determine el tipo de interés. En el caso de los plazos de amortización los argumentos son similares, especialmente en el caso de las Obligaciones del Estado u otros títulos con ésta u otra denominación a medio o largo plazo. Así como en las emisiones a corto plazo el riesgo (Letras del Tesoro desde seis a dieciocho meses) para el emisor es casi nulo, no sucede lo mismo en el caso de emisiones a treinta años, salvo que, evidentemente, cubra la contingencia de posibles bajadas de tipos de interés mediante el establecimiento de cláusulas que permitan la conversión y/o la amortización anticipada. Pero los argumentos económicos no pueden ocultar la realidad que dimana del artículo 135 de la CE y es que la ley autorizante de la emisión debe establecer las condiciones de ésta y, como mínimo, debería establecer el techo de endeudamiento máximo (que el Gobierno no está obligado a agotar), el tipo de interés, el plazo de amortización y cuantas otras condiciones determinen la

⁸ Realmente utilizamos argumentos muy simples, porque las decisiones de los inversores vienen determinadas por tres factores, cuya combinación no siempre resulta fácil: rentabilidad, seguridad y liquidez. Y, desde luego, las emisiones de Deuda del Estado garantizan estos tres elementos, frente a emisiones privadas (o públicas) donde el mayor tipo de interés puede encubrir otras deficiencias (menor liquidez y/o menor seguridad). Entre los *hedge fund* o fondos de bonos-basura y la Deuda del Estado existen diferenciales en tipos de interés que no condicionan la decisión de los inversores, puesto que depende si la opción es el riesgo o la seguridad.

consignación presupuestaria automática ordenada por el apartado 2 del citado precepto. De lo contrario, entendemos que la supresión del derecho de enmienda o modificación respecto de un concreto Proyecto de Ley de Presupuestos constituiría un acuerdo parlamentario inconstitucional, si bien es cierto que los culpables serían las propias Cortes Generales por no exigir, al aprobar la ley de emisión, que la misma contenga los requisitos que justifican *ex post* la supresión del derecho de enmienda o de modificación de los créditos presupuestarios al servicio del pago de capital e intereses derivados de la apelación al endeudamiento público.

No obstante, el principio de reserva de ley crediticio ha de ser relativo y no absoluto, aunque esta calificación tenga un sentido diferente al establecido por la doctrina respecto de la reserva de ley tributaria. Y aquí entramos en la cohesión necesaria entre los argumentos económicos –sumariamente expuestos– y los argumentos jurídicos. En efecto, como ya postulamos en su momento⁹, la ley de emisión puede fijar horquillas mínimas y máximas entre las cuales el Gobierno determinar el tipo de interés (con independencia de que sea implícito o explícito) y puede amoldar los plazos de amortización a la impredecible evolución de los tipos de interés en el caso de emisiones a largo plazo. Igualmente sería conveniente que autorizase explícitamente la conversión y/o la amortización anticipada cuando de ello se derive un ahorro presupuestario. Incluso, de forma más simple, cabría referenciar los tipos de interés a determinados índices (por ejemplo el Euribor a los que sumar, en su caso, la prima de riesgo-país que en España es nula dados los *ratings* internacionales).

Soluciones hay y, desde luego ni la LGP ni las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado (donde normalmente se contiene la autorización para el endeudamiento) desde 1978 hasta la fecha han cumplido las exigencias mínimas derivadas del texto constitucional. Y parece algo elemental que el contenido de la ley de emisión no puede ser fijado por el legislador ordinario –que, es, como veremos, lo que hace la LGP desde el texto preconstitucional de 1977 hasta el vigente de 2003– puesto que como reiteradamente y en relación con otras materias ha puesto de relieve el TC no corresponde a aquél determinar el alcance y contenido de las materias sometidas al principio de reserva de ley.

En el caso de las Comunidades Autónomas, la única mención constitucional es la contenida en el artículo 157.1.e) de la CE cuando enumera, dentro de los recursos financieros de aquéllas «el producto de las operaciones de crédito», confundiendo algo que magistralmente explicara Sáinz de Bujanda, como es la diferencia entre recursos, derechos económicos e ingresos de la Hacienda Pública. Pero, dejando de lado cuestiones metodológicas, el ejercicio financiero de las competencias de dichas Comunidades en relación con los recursos económicos reconocidos por la norma suprema está sujeto a reserva de ley orgánica, conforme el artículo 157.3 de la CE, reserva que, como es conocido se plasmó en la LOFCA de 1980 (objeto de sucesivas modificacio-

⁹ Véase nuestro trabajo «La nueva era de la Deuda pública en España: aspectos jurídicos en Perspectivas del Sistema Financiero», *Papeles de Economía Española*, n.º 46, pp. 66-108, 1994.

nes, que, en el caso de la Deuda pública han tenido la difícil virtud de empeorar el ya de por sí deficiente artículo 14 de la misma).

En cualquier caso, nos interesa resaltar dos cuestiones en este punto: de un lado, que el precepto y la norma armonizadora de la LOFCA en materia de Deuda pública se aplica a todas las Comunidades Autónomas y territorios históricos, es decir, que no se puede apelar a la foralidad para, en el caso del País Vasco y de Navarra, excluir la aplicación del artículo 14 de dicha ley orgánica. En otros términos, en materia crediticia y presupuestaria, la LOFCA se aplica a las diecisiete Comunidades Autónomas, sin que los territorios forales puedan invocar, en este punto, los derechos históricos amparables bajo el paraguas de la Adicional Primera de la CE. De otro, y ha sido adelantado con anterioridad, cabe la duda (que, a diferencia de lo que ocurre respecto del artículo 134 de la CE, no ha sido resuelta por el TC, puesto que no se ha planteado la cuestión) de determinar si las exigencias del artículo 135 de la CE son trasladables a las leyes de emisión de Deuda pública de las Comunidades Autónomas. Y aunque es arriesgado emitir una opinión, entendemos que, superando el nominalismo (el artículo 135.2 habla de «Deuda Pública del Estado»), la norma constitucional sienta un principio general aplicable a todas las entidades territoriales con independencia de que la inclusión presupuestaria automática y la anulación del derecho de enmienda no se recoja en los Estatutos de Autonomía. Mucho nos tememos, empero, que si se plantease el supuesto concreto, el TC no compartiría nuestra opinión, entendiendo que se trata de una cuestión cuya regulación corresponde a los Estatutos y que en ausencia de precepto expreso en éstos, el derecho de enmienda de los créditos para el servicio de la Deuda no sería aplicable a las Comunidades Autónomas, lo cual no empecería que el endeudamiento de las mismas estaría sujeto a un doble límite: el derivado del principio de reserva de ley que impone el artículo 135.1 de la CE –con el mismo contenido y alcance que le hemos asignado para la Deuda del Estado– y los dimanantes del artículo 14 de la LOFCA, de tal manera que, parafraseando la materia tributaria, podemos afirmar sin ambages que también el poder crediticio de las Comunidades Autónomas en materia de Deuda pública es un poder derivado en cuanto sujeto a unos dobles límites, constitucionales y estatales.

III. LA DEUDA PÚBLICA DEL ESTADO EN LA LEY GENERAL PRESUPUESTARIA

a) De la LGP de 1977 al Texto Refundido de 1988.

La aprobación de la CE de 1978 no conllevó la necesaria adaptación de la LGP de 1977 en materia de endeudamiento público. Se mantuvo la diferenciación entre Deuda del Estado y Deuda del Tesoro (que, sin recurrir a la diferencia semántica, pervive aún hoy en el caso de las Comunidades Autónomas) con procedimientos y, sobre todo, exigencias distintas para la emisión (la deslegalización

de la segunda era evidente), cuando el constituyente no distingue entre Deuda emitida para la financiación del gasto público y Deuda emitida para cubrir necesidades transitorias de tesorería a la hora de establecer las exigencias derivadas del principio de reserva de ley. Incluso se falseó, en términos económicos que no jurídicos, el coste del servicio de la Deuda pública por la vía del reconocimiento de deducciones en la cuota del IRPF como consecuencia de la suscripción de Deuda del Estado, estableciendo deducciones diferenciales respecto de otras alternativas de inversión o de ahorro, provocando una distorsión en la asignación de recursos económicos por parte de los oferentes privados de capitales y con unos efectos de expulsión del sistema de los demandantes privados de capitales que corresponde estudiar a los economistas. El resultado, en el período 1978-1985, fue doble: ni se respetaba el principio de reserva de ley en materia crediticia ni se conocía exactamente el coste de los intereses de las emisiones –con las repercusiones que ello tenía sobre el principio de inclusión presupuestaria automática– puesto que a los tipos de interés (en aquella época fijos y determinados unilateralmente por el emisor, que no por la ley de emisión, es decir, sin acudir, salvo excepcionalmente, al procedimiento de subasta) nominales habría que añadir los beneficios fiscales (que oscilaron entre el 15, 18 y 20% de la inversión) reconocidos en el IRPF. De forma rudimentaria el coste del servicio vendría representado por los créditos para el pago de intereses consignados en las Leyes de Presupuestos más el importe de las deducciones previstas en el presupuesto de gastos fiscales. Lógicamente, en términos de rentabilidad para el suscriptor, la misma venía determinada no sólo por el interés nominal sino que al mismo habría que sumar el impacto de la deducción en función del tipo medio de gravamen en el IRPF¹⁰.

Pues bien, tanto la LGP como las sucesivas leyes de presupuestos sólo contenían referencia al volumen máximo de endeudamiento autorizado –y ello sólo para la Deuda del Estado, no para la del Tesoro– de forma que el único elemento cubierto por el principio de reserva de ley que afectase indirectamente a la Deuda pública –amén del citado– provenía de los artículos 31.3 y 133 de la CE (la concreción de los beneficios fiscales reconocidos a los suscriptores de Deuda) y ello por imperativo del principio de reserva de ley tributaria.

No obstante, la LGP de 1977 y las Leyes de Presupuestos Generales del Estado poseían y poseen el mismo rango normativo, de forma que éstas podían modificar determinados preceptos de aquélla (siempre con la duda permanente en esa época sobre el carácter temporal o no de la Ley de Presupuestos

¹⁰ No vamos a aburrir al lector con formulaciones matemáticas para determinar el coste efectivo de cada emisión en esa época; pero, simplemente, constataremos que en el caso de emisiones bajo la par el tipo de interés efectivo no coincide con el nominal; así por ejemplo, una emisión al 12,50% y al 99% de precio de suscripción determina un tipo real del 12,375%. A la inversa en emisiones sobre la par el tipo de interés real es inferior al nominal y, por ejemplo, una emisión al 102% con el mismo tipo de interés nominal del 12,50% determinaría un tipo de interés real del 12,2549%.

Los cálculos se complicarían en el caso de emisiones con prima de amortización puesto que en este caso el tipo de interés efectivo dependería no sólo del nominal sino también de la prima y del plazo de amortización. De forma fácil, una emisión de Deuda del 12,50% a cinco años con prima de amortización del 5% –es decir, el emisor se compromete a reembolsar 105 llegado el vencimiento– determinaría un tipo de interés efectivo (no confundir con el TIR o tasa interna de rentabilidad) del 12,625%

Generales del Estado cuando según el artículo 134 de la CE el carácter anual se predica de los Presupuestos Generales y no de la Ley a través de la cual se aprueban, salvo que expresamente, ésta establezca de forma directa o indirecta mecanismos que permitan deducir una vigencia temporal limitada o circunscrita al ejercicio presupuestario), lo cual generó una situación de inseguridad jurídica –más en el ámbito presupuestario que en el crediticio– a la que se trató de poner coto mediante una habilitación ex artículo 82 de la CE al Gobierno para que dictase un texto refundido de la LGP de 4 de enero de 1977 «al que se incorporarán, con autorización para regularizar, actualizar y armonizar, las disposiciones legales vigentes de carácter permanente en materia de gestión presupuestaria contenidas en las Leyes anuales de presupuestos posteriores a la entrada en vigor de la citada Ley General Presupuestaria»; dicha previsión se contenía en la Disposición Final Tercera de la Ley 21/1986, de Presupuestos para 1987¹¹. El anteproyecto de texto refundido recibió un dictamen crítico del Consejo de Estado¹², al entender éste que había habido un exceso en los límites de la habilitación puesto que se habían incorporado normas que no procedían de leyes presupuestarias posteriores a la LGP de forma que el dilema planteado por el órgano consultivo era doble: bien se retiraban dichas normas, bien se intentaba lograr una nueva habilitación que diese cobertura legal a las pretensiones del anteproyecto de texto refundido. El Gobierno optó por la segunda de las soluciones propuestas y a través de la Disposición Final Primera de la Ley 33/1987, de Presupuestos para 1988 (y otra vez no cabe realizar objeción constitucional puesto que se trata de una ley ordinaria a efectos del artículo 82.2 de la CE) se ampliaron notablemente los límites de la refundición puesto que la misma comprendía «la adaptación del nuevo texto refundido a la Constitución [por fin alguien se había dado cuenta de que la LGP de 1977 era parcialmente contraria a aquella] y a las Leyes promulgadas con posterioridad al 4 de enero de 1977» (obsérvese cómo se suprime la referencia a las leyes anuales de presupuestos y se generaliza a cualquier ley, presupuestaria o no, sutil diferencia que unida a la anterior explica los cambios habidos en la materia que nos ocupa).

En virtud de esta segunda habilitación –modificada en los términos señalados– se dicta el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el TRLGP, derogado a partir del 1 de enero de 2005, salvo determinados preceptos del mismo derogados a partir del 1 de enero de 2004¹³, tras la aprobación de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

¹¹ Desde el artículo 82.2 de la CE no existía, a nuestro juicio, impedimento constitucional para que la ley ordinaria a que se refiere el citado precepto en caso de textos refundidos sea la Ley de Presupuestos Generales del Estado. No obstante, la terminología empleada en la norma habilitante es peculiar sobre todo en lo que atañe al verbo *regularizar*.

¹² Véase dictamen del órgano consultivo de 24 de septiembre de 1987.

¹³ En materia de Deuda pública, la Disposición Final Quinta declaraba la entrada en vigor el 1 de enero de 2004 de los Capítulos I y II del Título IV (Del Tesoro Público, de la Deuda del Estado y de las Operaciones Financieras); el Capítulo I (Normas Generales) define el Tesoro público y sus funciones así como la Deuda del Estado, en tanto que el Capítulo II (De la Deuda del Estado) no agota pese a su denominación el endeudamiento público, puesto que se regulan en capítulos separados los avales del Estado (Capítulo V) y el endeudamiento de los organismos autónomos y entidades públicas empresariales. Como puede observarse, todo un ejemplo de incoherencia a la hora de determinar las distintas fechas de entrada en vigor, cuya explicación en la Exposición de Motivos brilla por su ausencia.

El TRLGP de 1988 sienta el principio de preferencia de ley (que no de reserva de ley, ya que el mismo sólo puede venir consagrado en la CE, algo que se olvida con frecuencia)¹⁴ señalando en su artículo 7.d) que se regulará por ley el régimen jurídico de la Deuda pública y las grandes operaciones de carácter económico y financiero, concepto éste último verdaderamente indeterminado sobre todo porque no puede utilizarse para distinguir entre Deuda pública y avales del Estado o de sus organismos autónomos¹⁵ (formalmente integrados en el mismo Título IV –De las operaciones financieras– pero diferenciados en capítulos separados). De tal manera que los avales del Estado –por grandes o pequeñas operaciones financieras que generen– están sometidos al principio de reserva de ley y ello porque el artículo 135.1 de la CE establece el meritado principio respecto de cualquier operación que suponga la contracción de crédito, no exigiendo que el mismo se traduzca en la obtención de ingresos o se traduzca en derechos económicos para la Hacienda pública. El endeudamiento público no es sólo un recurso generador de ingresos, sino un mecanismo, ante todo, generador real o potencialmente de obligaciones económicas para el Estado, de forma que puede haber endeudamiento sin ingresos (caso de los avales) o sin obligaciones económicas (caso de que no sea necesario que el avalista cumpla con las obligaciones del avalado); pero, en todo caso, sea como recurso financiero sea como potencial mecanismo de creación de obligaciones económicas cae bajo el paraguas del artículo 135 de la CE.

Por su parte, el artículo 28 de TRLGP de 1988 –con el afán definidor y no constitutivo de normas jurídicas *stricto sensu* que suele atacar a nuestro legislador no sólo en ésta sino también en otras materias como la tributaria– determina que la Deuda pública está constituida por los capitales tomados a préstamo por el Estado o sus organismos autónomos, lo cual es inexacto porque el contrato de préstamo no es consustancial a la Deuda pública, puesto que un recurso financiero no puede definirse en función del instrumento a través del cual se ejercita, sobre todo teniendo en cuenta la fungibilidad de los esquemas jurídicos para la exacción de los meritados recursos¹⁶.

¹⁴ Así, por ejemplo, en el artículo 8 de la vigente LGT donde se habla expresamente de «Reserva de ley tributaria». Desgraciadamente, sigo siendo fiel a mi maestro y director de la tesis sobre la Deuda Pública (D. Fernando Sainz de Bujanda) y considero que la diferencia entre los conceptos de reserva y preferencia no sólo es material sino también formal, aun cuando algunos ilustres administrativistas distinguen entre reserva material y reserva formal de ley (subtitulando ésta última bajo la expresión de principio de congelación del rango); así, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ GARCÍA, T. R. *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, séptima edición, pp. 232-243.

¹⁵ La vigente LGP de 2003 ha suprimido la posibilidad de que los organismos autónomos puedan otorgar avales, algo que destaca como *novedad esencial (sic)* la Exposición de Motivos de la Ley 47/2003. Desde luego si la novedad esencial de la LGP en materia de endeudamiento público es ésta, apañados vamos, dicho en lenguaje castizo.

¹⁶ El problema, y no sólo en Derecho crediticio, sino también en otros sectores de nuestro ordenamiento, es que la repetición contumaz (como la sequía franquista) de lugares comunes cala en el legislador y en la doctrina. La Deuda pública es un recurso financiero a cuyo través se obtienen ingresos sobre los que pesa (normalmente) la obligación de devolución con independencia de que se instrumente o no a través de un

La concreción del principio de preferencia de ley en materia de Deuda pública se contenía en los artículos 101 a 106 del TRLGP, preceptos que, de consuno con su traducción en las sucesivas leyes de emisión (las leyes de presupuestos generales del Estado), constituyen ejemplo paradigmático del incumplimiento de las exigencias constitucionales derivadas del principio de reserva de ley. En 1988 desaparece, de forma aparente y semántica, la diferencia entre Deuda del Estado y Deuda del Tesoro, existente desde la LGP de 1977. La filosofía que pervivía bajo esta dualidad, no obstante, se mantiene incluso en la vigente LGP de 2003 (bajo el eufemismo de posiciones activas de tesorería) y, desde luego, en la LOFCA para las Comunidades Autónomas, y sobre este punto volveremos. De igual manera la diferencia entre Deuda interior y exterior, subsiste todavía para las Comunidades Autónomas aunque no reciba esta denominación por parte de la LOFCA, pero sí es relevante en términos de autorización o no del Estado para el endeudamiento de estos entes territoriales.

Las variopintas diferenciaciones de la LGP de 1977 se sustituyen por la existente entre Deuda del Estado y Deuda de los organismos autónomos (lo cual no obsta para que el Estado pueda avalar la Deuda emitida por éstos u otros entes públicos), pero existen cuestiones relevantes como son, en primer lugar, el contenido de la ley de emisión. En efecto, señalaba el artículo 101.2 del TRLGP que la creación (*sic*) de la Deuda pública habrá de ser autorizada por ley cuyo contenido mínimo será el señalar el importe máximo autorizado (sin perjuicio de fijar cualesquiera otras características de la Deuda a crear, circunstancia que nunca, desde 1988, se ha producido). Dos observaciones sobre este precepto (empeorado a nuestro juicio con la vigente LGP): en primer lugar, la ley no crea la Deuda pública y ni siquiera dicha creación se produce (artículo 101.6 del TRLGP) por el Gobierno. La ley autoriza al Gobierno la emisión y la transformación del recurso financiero en derecho económico se produce cuando los particulares, instituciones, etc., suscriben la emisión que es cuando se genera el ingreso presupuestario. En segundo lugar, el legislador ordinario no puede determinar el contenido de la ley de emisión ya que éste viene prefijado en la CE, de forma que la ley de emisión no puede limitarse a señalar el importe máximo autorizado, porque ello supone que las Cortes Generales –a la hora de votar los créditos pertinentes, si no se les anula, como hace el artículo 135.2 de la CE, el derecho de enmienda o modificación– sólo conocen uno de los parámetros posibles para determinar el servicio de la

contrato de préstamo o de crédito, por utilizar categorías jurídico-privadas. No vamos a entrar aquí a discernir entre préstamo y crédito (tema propio del Derecho mercantil), porque la forma jurídico-privada no puede influir sobre la naturaleza sustantiva del recurso financiero. Incluso, la existencia de Deuda perpetua (o la mera posibilidad) haría saltar las alarmas de clasificación sobre los esquemas cómodos de la Deuda pública que maneja la mayor parte de nuestra doctrina. Ni todas las obligaciones *ex lege* exigibles por un ente público son tributos ni todos los préstamos concertados por una entidad pública se encuadrarían en el concepto de Deuda pública. Y un recurso financiero se define por su régimen sustantivo y no por sus características formales. Pero teniendo en cuenta, como hemos destacado en la introducción, el comodismo doctrinal en el examen jurídico de la Deuda pública, creemos que seguir ofreciendo argumentos sobre este punto es predicar en el desierto intelectual del Derecho del Crédito Público en España.

Deuda pública, pero ignoran elementos esenciales como son el tipo de interés, el plazo de amortización, la cancelación anticipada, las emisiones sobre o bajo la par, etc.

Además, si el órgano competente para la emisión es el Gobierno –previa autorización legal– había –y ya no subsiste, puesto que, como veremos, el Gobierno desaparece en la LGP de 2003 y el Ministro de Economía y Hacienda crea y emite– una contradicción entre los apartados 6 y 7 del artículo 101 del TRLGP, puesto que el Gobierno crea (*sic*) la Deuda, mientras que el Ministro de Hacienda autoriza la emisión, pero se halla supeditado al límite máximo de creación de Deuda establecido por el Gobierno. De donde se desprendería que el Gobierno podía no autorizar que la emisión ordenada por el Ministro de Hacienda cubriese el límite máximo autorizado por la ley de emisión, lo cual es un contrasentido, que partía de la inexistente distinción constitucional entre creación y emisión de la Deuda pública.

La imposibilidad de descubiertos del Tesoro en su cuenta ante el Banco de España y la imposibilidad de concesión de créditos a las Administraciones públicas por parte de éste –consecuencia del Tratado de Maastricht y la nueva redacción dada al artículo 104 del Tratado de la Comunidad Europea– motivó la modificación introducida en el artículo 101.3 del TRLGP por parte de la Ley 21/1993, de 29 de diciembre y, por conexión, del apartado 4. Y ello carecería de importancia si no fuera porque arrastra otros preceptos del citado TR y, sobre todo, porque supone una modificación en el modelo de determinación del límite máximo de autorización para el endeudamiento que es, en puridad, lo único que han establecido las Leyes de Presupuestos Generales del Estado (norma que, como hemos señalado, contiene la autorización).

Con el propósito de desentrañar la limitación que el artículo 101.5 imponía a las Leyes de Presupuestos Generales del Estado –límite fácilmente enervable teniendo en cuenta el rango similar de ambas normas– conviene tener presente que el producto de la emisión tiene como destino genérico financiar los gastos previstos en los Presupuestos del Estado y/o constituir posiciones activas de tesorería, concepto éste preñado de connotaciones económicas y que constituye un puro eufemismo para señalar que a su través se financian las necesidades temporales de tesorería, habiendo en teoría de quedar canceladas dichas emisiones al finalizar el ejercicio presupuestario. Dicho en otros términos, de forma sibilina para los juristas pero clara desde perspectivas económicas, se resucita la distinción entre Deuda del Estado y Deuda del Tesoro existente en la primitiva redacción de la LGP de 1977. Quien determina el destino del producto de una emisión no es el Gobierno, sino el Ministro de Hacienda, el cual, como veremos, goza de amplísimas facultades para regular los elementos sustantivos de la Deuda pública con incidencia en la consignación de los pertinentes créditos presupuestarios.

Lógicamente, la amortización del principal y los gastos por intereses y por «conceptos conexos»¹⁷ (*sic*) de las emisiones de Deuda Pública se aplican al

¹⁷ Los conceptos conexos aparecen también reflejados en el artículo 101.10 del TRLGP y pueden abarcar desde las primas de emisión, las primas de colocación hasta cualesquiera otro gasto que, distinto de los intereses *stricto sensu*, lleve aparejada la emisión de la Deuda pública.

Presupuesto del Estado o del organismo autónomo emisor. No obstante, el producto de las Letras del Tesoro, emisiones continuas en el exterior de papel comercial y notas a medio plazo (¿todavía hay alguien que pueda seguir defendiendo que la Deuda pública se explica sólo a través del contrato de préstamo?), de las disposiciones a corto plazo de líneas de crédito y, en general de cualesquiera otros instrumentos de financiación con plazo inferior al año se contabilizan transitoriamente en una cuenta de operaciones del Tesoro, traspasándose al Presupuesto del Estado por el importe de la diferencia neta al cierre del ejercicio. En teoría estas emisiones con plazo inferior al año (que no son todas las que contempla el artículo 101.10 del TRLGP) deberían servir para cubrir necesidades temporales de tesorería (o, como eufemísticamente se denomina, para mantener posiciones activas de tesorería en el Banco de España o en otras entidades financieras), pero nada impide que se destinen a financiación genérica de los gastos previstos en los Presupuestos Generales del Estado.

Sin embargo, existen y han existido emisiones de Letras del Tesoro a tres, seis, doce y dieciocho meses¹⁸, de forma que el plazo del año no es decisivo para la aplicación del régimen especial de contabilización por el saldo derivado de la diferencia neta al cierre del ejercicio presupuestario. Y, desde luego, esta reflexión es extensible a las líneas de crédito que no tienen plazo prefijado de antemano, al menos desde el TRLGP, ya que seguirán el régimen especial presupuestario previsto en éste.

Sirva este exordio preliminar para determinar cómo, según el TRLGP, la ley de emisión (*rectius* la Ley de Presupuestos, puesto que el artículo 101.5 sólo se refiere a ésta, obviando que la ley de emisión a que se refiere la CE no tiene porqué ser únicamente la Ley de Presupuestos) fija el importe máximo autorizado que se definirá por «referencia a la variación neta autorizada del saldo vivo del conjunto de la Deuda pública y de cada uno de los organismos autónomos», incluido el saldo neto (que en teoría y desde 1993 no puede ser negativo) de las cuentas frente al Banco de España. Es decir —y lo veremos con un ejemplo extraído de la última Ley de Presupuestos¹⁹— que el legislador autori-

¹⁸ Como regla general, las Letras del Tesoro tienen un plazo de amortización de entre tres y dieciocho meses; por su parte, los Bonos del Estado tienen un plazo de amortización de tres o cinco años, en tanto que las Obligaciones del Estado se emiten a diez, quince o treinta años. Estos datos corresponden a los momentos actuales y no impiden que el Ministro de Hacienda o la Dirección General del Tesoro procedan a su modificación. Es decir que la denominación del título-valor (realmente este concepto ya no existe como mecanismo de formalización de la Deuda pública) o de la anotación en cuenta no predetermina, *pro futuro*, el plazo de amortización ni la forma de determinación de los intereses o el procedimiento de colocación de la emisión.

¹⁹ El artículo 46 de la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2005 señala lo siguiente: «Uno. Se autoriza al Ministro de Economía y Hacienda para que incremente la Deuda del Estado, con la limitación de que el saldo vivo de la misma a 31 de diciembre de 2005 no supere el correspondiente saldo a 1 de enero de 2005 en más de 14.011.048,29 miles de euros. Dos. Este límite será efectivo al término del ejercicio, pudiendo ser sobrepasado en el curso del mismo, y quedará automáticamente revisado:

- a) Por el importe de las modificaciones netas de créditos presupuestarios correspondientes a los capítulos I a VIII.
- b) Por las desviaciones entre las previsiones de ingresos contenidas en la presente Ley y la evolución real de los mismos.

za al Gobierno el volumen máximo de endeudamiento no mediante una cifra concreta (por diferencia entre ingresos previstos y gastos autorizados, que era el sistema clásico hasta 1993) sino a través de una fórmula que depende exclusivamente del autor del proyecto de ley (es decir, del Gobierno) consistente en autorizar el volumen máximo de incremento o variación de pasivos financieros anuales. Pero creemos que el legislador presupuestario es incapaz de determinar si el proyecto del Gobierno se ajustaba o no a las previsiones del TRLGP (y el razonamiento es extrapolable a la vigente LGP), puesto que hay parámetros que no controla –en una escandalosa huida del principio de reserva de ley que se extiende incluso hasta la determinación del volumen máximo de endeudamiento autorizado anualmente–, como el saldo neto frente al Banco de España y/o el saldo neto de la cuenta de operaciones transitorias del Tesoro por mucho que el artículo 101.10 *in fine* del TRLGP impusiera al Gobierno el deber de informar trimestralmente a las Comisiones de Presupuestos del Congreso y del Senado de la evolución del saldo detallado de la cuenta de operaciones del Tesoro. Obsérvese –y la contumacia en la estulticia y en el desprecio al Derecho se repite, como veremos, en el artículo 94 de la vigente LGP– que la ley de emisión no establece ninguna de las características de la emisión y que, con límites cuantitativos, el Gobierno puede modificar libremente el importe máximo autorizado que ya no es tal sino que puede ser automáticamente revisado –al alza o a la baja– en el caso de cumplimiento de alguna de las condiciones propuestas por el propio Gobierno al presentar el proyecto de Ley de Presupuestos.

Dos cuestiones conviene subrayar a la vista del TRLGP y de las sucesivas Leyes de Presupuestos habidas desde 1988 hasta 2004: por un lado, que el principio de reserva de ley en materia crediticia no se cumple ni siquiera en lo que se refiere al volumen máximo de endeudamiento autorizado; por otro, que la esotérica fórmula para determinar dicho volumen máximo prevista en el TRLGP y en la vigente LGP de 2003 sólo afecta a la Ley de Presupuestos, lo cual plantea un problema elemental: ¿qué ocurre si la autorización para el endeudamiento no se contiene en una Ley de Presupuestos Generales del Estado? ¿Puede el legislador ordinario no presupuestario obviar los requisitos de la LGP? A nuestro juicio, la respuesta es afirmativa en ambos casos e incluso se extiende a la propia Ley de Presupuestos Generales del Estado y ello por una causa fundamental ya señalada: ésta tiene el mismo rango que la LGP y, por tanto, puede excepcionarla, modificarla e, incluso, derogarla. Y, por último, una conclusión provisional válida para el TRLGP pero también para la vigente LGP: la voladura controlada del principio de reserva de ley previsto en

c) Por los anticipos de tesorería y la variación neta de las operaciones no presupuestarias previstas legalmente.

d) Por la variación neta en los derechos y las obligaciones del Estado reconocidos y pendientes de financiación del Estado.

Las citadas revisiones incrementarán o reducirán el límite señalado en el apartado anterior según supongan un aumento o una disminución, respectivamente, de la necesidad de financiación del Estado».

el artículo 135.1 de la CE conlleva, *ex necesse*, la inaplicación del apartado 2 de dicho precepto o, dicho en otros términos, que el principio de inclusión presupuestaria automática no existe en nuestro sistema jurídico –aunque lo proclame solemnemente la CE– y, a nuestro juicio, la privación del derecho de enmienda sobre los créditos presupuestarios consignados para el pago del servicio de la Deuda pública no puede ser opuesta a la vista de la inexistencia de condiciones que permitan cuantificar aquéllos en la ley de emisión.

La gran paradoja de la evolución del régimen jurídico de la Deuda pública desde la aprobación de la CE en 1978 hasta nuestros días ha sido, aunque la tesis pueda parecer exagerada, que la legislación preconstitucional (la LGP de 1977) era quizá más respetuosa con el principio de reserva de ley que la habida con el Texto Refundido de 1988 (y modificaciones ulteriores) y con la vigente LGP de 2003. La conclusión a la que se llega es que, en aras de una presunta eficiencia económica en la colocación de las emisiones (con una innegable reducción del peso del servicio de la Deuda pública respecto de los años ochenta-noventa del pasado siglo y una reducción del peso de los intereses anuales consecuencia de una política de alargamiento de los plazos de amortización, acompañada de una reducción del peso del saldo vivo de la Deuda en circulación respecto del PIB), hemos dinamitado las exigencias jurídicas mínimas derivadas de la CE. Si se lee bajo un prisma constitucional, con todas las relatividades que hemos asignado al contenido del principio plasmado en el artículo 135 de la norma suprema y con todos los intentos de coonestación con la realidad económica innegable, tanto la LGP de 1977, como el TRLGP de 1988 como la vigente LGP de 2003 son inconstitucionales a la hora de regular el régimen jurídico de la Deuda pública en lo que se refiere a los elementos esenciales que conforman el núcleo del que parte su dimensión presupuestaria. Y, lógicamente, ello arrastra a las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado dictadas desde la instauración de la democracia y desde la aprobación de la Constitución, ninguna de las cuales ha fijado ni siquiera con los límites laxos y la flexibilidad por nosotros propuesta en el anterior capítulo los elementos esenciales de la apelación al crédito público.

Ya hemos visto como se entiende, desde 1988, la fijación del volumen máximo de endeudamiento autorizado, pero nos queda determinar quién fija las condiciones esenciales (tipos de interés, plazos de amortización, etc.) que permitirían determinar los créditos presupuestarios al servicio de la Deuda y cuya fijación por la ley de emisión es condición inexcusable para poder aplicar, y somos reiterativos, la limitación impuesta al legislador presupuestario. Y, conviene tener presente, que el único supuesto en que una ley vincula a otra en nuestra actual CE es la ley de emisión de la Deuda pública respecto de la Ley de Presupuestos Generales del Estado y esa vinculación imperativa ha desaparecido, a nuestro juicio, por obra exclusiva del propio legislador ordinario que al incumplir el artículo 135.1 de la CE –no fijando las condiciones mínimas de la Deuda pública– arrastra al incumplimiento del artículo 135.2.

Según la CE, el Gobierno es el competente para emitir Deuda pública pero la determinación de las condiciones económicas de ésta corresponde a la ley de

emisión. Sin embargo, ni ésta ni el Gobierno son quienes, según la legislación ordinaria, determinan dichas condiciones sino que es el Ministro de Economía y Hacienda quien, según la LGP, establece éstas, gozando de una libertad omnímoda en este punto que supone una deslegalización total en cuanto no sólo se vulnera el principio de reserva de ley, sino también el de preferencia de ley. Puesto que no se trata de discernir entre elementos cubiertos o no por el primero de los principios citados, examinaremos la cuestión a la vista del TRLGP de 1988 para, de dicho examen, extraer las conclusiones pertinentes.

En efecto, sin perjuicio de las limitaciones –escasas por no decir nulas como hemos visto– impuestas por los apartados 2, 5 y 6 del artículo 101 del TRLGP, el artículo 104 facultaba al Ministro de Economía y Hacienda para, entre otras cosas, proceder a la emisión de Deuda pública, señalar o concertar su plazo, tipo de interés y demás características, es decir, que dentro de los límites máximos del endeudamiento establecidos de consuno por la Ley de Presupuestos Generales y el Decreto de creación de la Deuda dictado por el Gobierno normalmente en el mes de enero de cada año, una Orden ministerial –e incluso una Resolución de la Dirección General del Tesoro– es la que determina, fija y condiciona un gasto público cuya asunción deberá hacerse a través de los pertinentes créditos presupuestarios cuya enmienda está vedada a las Cortes por imperativo del artículo 135.2 de la CE. La conclusión es obvia: una norma de naturaleza reglamentaria vincula al legislador presupuestario, consecuencia evidentemente no querida por el constituyente.

Pero hay más, porque también el artículo 104 del TRLGP facultaba igualmente al Ministro de Economía y Hacienda para regular, en su integridad, el régimen jurídico de la Deuda pública y así, por ejemplo y entre las que pueden incidir en el principio de reserva de ley, puede determinar si se vende la emisión a precio único preestablecido, proceder al reembolso anticipado (aquí supeditado a lo que dispongan las normas de emisión –dictadas por él mismo– o al acuerdo con los acreedores), revisar alguna de sus condiciones (¿el tipo de interés, el plazo de abono de los cupones?), acordar o concertar operaciones voluntarias de canje o conversión, prórroga o intercambio financiero, así como, entre otras facultades, habilitar en la sección de Deuda pública los créditos o ampliaciones necesarios para hacer frente a los reembolsos contractuales o anticipados de este instrumento financiero.

Incluso y por último, en esta breve exégesis del artículo 104, el Ministro de Economía y Hacienda podía y puede emitir Deuda del Estado sin ley de emisión (o, mejor dicho con una ley de emisión prorrogada, expresión que sería técnicamente más correcta), lo que constituye un peligro potencial y una demostración mayor del desprecio del legislador ordinario por el cumplimiento del principio de reserva de ley. En efecto, el apartado 10 de dicho precepto faculta al citado Ministro para disponer la emisión de Deuda durante el mes de enero de cada año con sujeción a las normas reguladoras de emisiones de similares características dictadas en desarrollo de la autorización de creación de Deuda contenida en la Ley de Presupuestos del año precedente. Estas emisiones no pueden sobrepasar el 15% del límite autorizado para este último año y

se computarán dentro del límite autorizado para el año en curso por la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

La norma, amén de ociosa, es peligrosa y constituye una muestra definitiva de la elefantiasis competencial del Ministro de Economía y Hacienda en materia de Deuda Pública. Y decimos ociosa, porque cabría intuir (ya veremos que esta intuición es falsa) que está pensando en supuestos en los que se inicie el ejercicio presupuestario sin Ley de Presupuestos aprobada, en cuyo caso se produciría, como bien es sabido, la prórroga de los Presupuestos del año anterior por imperativo del artículo 134 de la CE y, en este caso, entendemos que la prórroga afecta también a la autorización al Gobierno para emitir Deuda pública con el mismo techo cuantitativo que los Presupuestos prorrogados. De forma que el tope del 15% carece de sentido porque, además, no va referido al mes de enero sino que será en esta fecha cuando se disponga la emisión pero no necesariamente el plazo de suscripción.

Y también la calificamos de peligrosa porque hay que entenderla inaplicable en supuestos en los que la ley de emisión no es la Ley de Presupuestos Generales del Estado sino otra norma distinta (aunque ello no sea lo usual). Y ciertamente, hay otro peligro latente a la vista de una interpretación literal del artículo 134.4 de la CE, ya que la prórroga presupuestaria automática prevista en dicho precepto se refiere a los Presupuestos (no a la Ley de Presupuestos), y la norma autorizante de la emisión se contiene en el articulado de la Ley, no en los estados numéricos de previsión de ingresos y de autorización de gastos. Sin embargo, como dichos estados recogen las previsiones de variación de activos y pasivos financieros, entendemos que la prórroga de aquéllos arrastra indefectiblemente la prórroga de la autorización para la emisión de Deuda pública, de forma que el límite establecido puede ser peligroso si, por ejemplo, ocurriera que la Ley de Presupuestos Generales del año en curso no se aprobara hasta junio, por ejemplo.

Pero, en fin, creemos haber demostrado paladinamente que ni la LGP de 1977 (hasta 1988) ni el TRLGP desde 1988 hasta 2004, ni las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado (hasta la fecha) han cumplido las exigencias mínimas impuestas por el artículo 135 de la CE y que la deslegalización de la Deuda pública es un fenómeno completo y total, cuya redención sólo puede realizarse mediante la coonestación de las exigencias jurídicas y económicas en los términos planteados en el capítulo anterior.

b) El régimen jurídico de la Deuda pública en la vigente LGP.

Como decíamos páginas atrás, el TRLGP fue derogado y sustituido por la vigente Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, cuya Exposición de Motivos destila una obsesión casi enfermiza por la estabilidad o el equilibrio presupuestarios. El endeudamiento público (incluidos los avales) aparece recogido en el Título IV dedicado a regular las operaciones financieras del Tesoro Público, lo que ya demuestra una subordinación orgánica que estamos lejos de compartir, ya que hubiera sido preferible dedicar un título inde-

pendiente, como venía, sucediendo, a la Deuda pública o a las operaciones financieras. Ello, unido a una distribución peculiar del régimen jurídico de la Deuda pública en capítulos diferenciados, nos obliga a un juicio previo necesariamente crítico sobre el modelo jurídico adoptado por la LGP de 2003. La Exposición de Motivos, por una parte, sigue insistiendo en la calificación de la Deuda pública como conjunto de capitales tomados a préstamo por el Estado y, por otra, no contiene ninguna referencia a las exigencias derivadas del artículo 135 CE, limitándose a subrayar la metodología a través de la cual habrán de computarse los límites autorizados de variación del saldo vivo, técnica ya conocida e iniciada con el TRLGP tras la modificación de 1993. No se produce variación alguna en las relaciones financieras con el Banco de España (lo cual es elemental, desde 1993, a la vista del Tratado de la Unión Europea), es decir, que se mantiene la prohibición de apelación al crédito de éste o a la formalización de descubiertos en la cuenta del Tesoro y, por último, se contempla el endeudamiento y la gestión de tesorería de los organismos autónomos y entidades públicas empresariales, donde se alude al condicionante de la previa autorización de la Ley de Presupuestos Generales del Estado (¿por qué la obsesión observable en la anterior legislación en erigir dicha norma como ley de emisión cuando ex artículo 135 CE no existe obstáculo para que sea cualquier otra norma distinta de la presupuestaria?) a la que se asigna la función de establecer *los términos y límites* de dichas operaciones.

Obsérvese que, frente a lo que ocurre con la Deuda del Estado, donde no se habla de términos (sino sólo de límites) en el caso de los organismos autónomos se utiliza esta expresión que bien puede ir referida a las condiciones del endeudamiento. Pero ello esconde una doble falacia que, como veremos, se manifiesta en el articulado de la LGP. Y decimos doble, ya que, por un lado, se impone una tutela –lógica– del Estado sobre el endeudamiento de los organismos autónomos (cuya libertad para fijar las condiciones queda supeeditada a la autorización estatal), pero, por otro y esto es más preocupante, parece que existe un doble rasero o vara de medir en punto al cumplimiento del principio de reserva de ley, entre endeudamiento estatal y endeudamiento de los organismos autónomos cuando el texto constitucional no establece discriminación alguna no sólo entrambos sino tampoco para las Comunidades Autónomas.

Por último, y como ya señalamos, se sienta como novedad esencial (*sic*) frente al TRLGP, la imposibilidad de que los organismos autónomos (no así las entidades públicas empresariales)²⁰ puedan otorgar avales, sin que se explique, razone o justifique dicha medida.

A la vista de la diferenciación que establece el artículo 5 de la LGP entre derechos de la Hacienda pública de naturaleza pública y de naturaleza privada –definiendo únicamente los primeros e incluyendo *nominatim* los tributos y los derechos de contenido económico que deriven del ejercicio de potestades

²⁰ Realmente la LGP de 2003 sólo menciona éstas al rotular los preceptos correspondientes, pero en el contenido del articulado no contiene referencia a las mismas. Sobre este punto, vid *infra*.

administrativas— resulta difícil encajar la Deuda pública entre los primeros, puesto que el recurso financiero es de naturaleza pública pero el derecho económico y el ingreso serían de naturaleza privada en cuanto no derivan *stricto sensu* del ejercicio de potestades administrativas. No obstante, ignoramos el sentido y alcance de la diferenciación —al menos en lo que se refiere al objeto de nuestro estudio— y, por tanto, prescindiremos de ahondar en la misma. El régimen jurídico de la Deuda del Estado se contiene en el Capítulo II del Título IV, dejando de lado el artículo 92 (contenido en el Capítulo I) donde, como señalamos, se insiste en tipificar la Deuda sobre la base del contrato de préstamo y en resaltar que el destino de su producto será la financiación de los gastos del Estado o la constitución de posiciones activas de tesorería, se supone que con misión de cubrir necesidades temporales de ésta y/o de adelantar —mediante la oportuna cobertura en posiciones de activos financieros— eventuales subidas de tipos de interés²¹.

De forma más descarada que en el precedente TRLGP, el artículo 94 sólo somete a preferencia de ley (recordemos que la reserva deriva del artículo 135 de la CE) la creación de la Deuda, estableciendo que el contenido único de la ley de emisión (expresión que desaparece) y que será la Ley de Presupuestos Generales del Estado vendrá constituido por el importe máximo de la Deuda a emitir; es decir la coletilla de «sin perjuicio de fijar otras características» del precedente TRLGP desaparece en la LGP de 2003 y, además, se vincula ley de emisión a Ley de Presupuestos, todavía no sabemos por qué al suponer un encorsetamiento inútil del legislador ordinario.

Dado el rango de la LGP entendemos que cualquier ley ordinaria y no sólo la de Presupuestos puede autorizar la emisión de Deuda pública (la obsesión del legislador por hablar de creación viene de lejos como hemos visto), constituyendo un corsé injustificado la previsión de la LGP. Pero, ésta da un paso más y, aunque constituya una novedad poco relevante respecto del texto precedente, se encarga de determinar el contenido material de la autorización, definido como el límite de variación del saldo vivo de la Deuda de cada ejercicio presupuestario, al que se ajustarán las operaciones financieras que impliquen creación de Deuda²²; evidentemente de este límite habrá que excluir las posiciones activas de tesorería mantenidas por el Estado en el Banco de España o en otras entidades financieras, lo que permite manipular el límite autorizado por la Ley de Presupuestos.

Ninguna novedad relevante existe respecto del régimen presupuestario del servicio de la Deuda pública, salvo la habilitación al ministro de Economía y Hacienda para aprobar las modificaciones presupuestarias que fueran necesarias en la sección correspondiente para hacer frente a reembolsos contractuales

²¹ La pregunta que inmediatamente surge consiste en determinar si se puede emitir Deuda pública sólo para la constitución de las citadas posiciones, es decir, cuando el producto sea innecesario para la cobertura de los gastos públicos o para la cobertura de necesidades transitorias de tesorería.

²² La norma esconde una trampa, de ahí el empeño de la LGP por diferenciar entre creación y emisión. Dicho en otros términos, cualquier operación financiera que no implique creación no estaría sometida al límite de variación del saldo vivo al que se refiere el artículo 94.

o anticipados así como a los gastos financieros de la Deuda, pero, además, se le autoriza expresamente para modificaciones que impliquen la creación de nuevos créditos, con lo que ello supone de respeto al principio de legalidad presupuestaria, cuya voladura controlada en materia de Deuda pública se produjo hace tiempo pese a la previsión del artículo 135.2 CE.

La *modernidad* económica –ligada al incumplimiento de las previsiones jurídicas dimanantes del artículo 135 CE– se manifiesta en la triple distinción que efectúa la nueva LGP entre emisiones de valores, operaciones de crédito y e instrumentos financieros vinculados a la Deuda. No vamos a entrar en el examen de las dos primeras manifestaciones que podemos denominar tradicionales (si bien reconoce el artículo 100 que las operaciones de crédito pueden ser de préstamo, confundiendo una vez más conceptos básicos del Derecho privado que, además, carecen de utilidad para definir el recurso financiero), pero sí en la tercera cuya codificación constituye una novedad en nuestro sistema. Y ello porque respecto de la misma, los artículos 97 y 101 de la LGP sí establecen limitaciones a las facultades omnímodas que para la determinación de las condiciones básicas (tipos de interés, plazos de amortización, conversiones, reembolsos, etc.) del endeudamiento público estatal corresponden ya no al Ministro de Economía y Hacienda sino, potestativamente para éste y por delegación del mismo, al Director General del Tesoro y Política Financiera como veremos.

Pues bien, las operaciones basadas en instrumentos financieros (*swap*, permutas²³, opciones, futuros, bonos nocionales, etc.) tienen en la LGP unas finalidades determinadas como son limitar el riesgo cambiario, diversificar o modificar el riesgo del coste de la Deuda en función de la evolución de los tipos de interés y facilitar su administración, gestión o colocación.

Frente al precedente TRLGP –que ya, como vimos, deslegalizaba la emisión de Deuda pública, habilitando al Ministro de Economía y Hacienda para la fijación de las condiciones esenciales que influyen en los créditos presupuestarios que no pueden ser enmendados por el legislador presupuestario–, la vigente LGP da una vuelta más de tuerca a la situación. En principio, la competencia para la contratación y formalización (ya no se habla de tipos de interés ni de plazos de amortización, ni de emisiones sobre o bajo la par) corresponde al Ministro del ramo que, sin embargo, podrá delegar aquélla en el Director General del Tesoro y Política Financiera. Y no sólo podrá delegar sino que podrá autorizar provisionalmente a éste la concertación de las operaciones relativas a la Deuda cuya efectiva realización se somete a la posterior autorización definitiva del propio Ministro²⁴.

²³ Realmente, la permuta financiera es la única operación basada en instrumentos financieros que menciona nominativamente la LGP.

²⁴ Como consuelo para el pobre suscriptor que se atreva a realizar una operación financiera con autorización provisional a favor del director general del Tesoro, el artículo 98.2 de la LGP previene que en las cláusulas y condiciones de la emisión habrá de hacerse constar el procedimiento y circunstancias de la adjudicación de la operación.

Pero, al menos en el caso de las emisiones de valores, la delegación voluntaria del Ministro de Economía y Hacienda a favor del Director General del Tesoro parece transformarse en obligatoria o darse por supuesta que se va a conceder, ya que el artículo 99 de la LGP señala que la Dirección General correspondiente podrá proceder a la emisión de valores (sea en moneda nacional o en divisas, en el interior o en el exterior), «estableciendo su forma de representación, naturaleza y nombre, *plazo, tipo de interés y las demás características de ésta* [se refiere a la Deuda]». Obsérvese la degradación más absoluta en que han quedado las consecuencias jurídicas derivadas de una interpretación sistemática del artículo 135 de la CE; en que sea una Dirección General quien en definitiva determine las condiciones esenciales del endeudamiento público con repercusión en los correspondientes créditos presupuestarios que no pueden ser objeto de enmienda o modificación, recordemos, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión.

De forma muy resumida –y lo veremos en el siguiente epígrafe de este capítulo con el ejemplo seguido para la emisión de Deuda en 2005– la LGP de 2003 permite establecer las siguientes conclusiones:

- a) La ley de emisión ha de ser la Ley de Presupuestos Generales del Estado, restricción que la CE no impone.
- b) La ley de emisión sólo fija el volumen máximo de endeudamiento autorizado mediante la referencia cabalística al incremento del saldo vivo de la Deuda en circulación menos las posiciones activas de tesorería.
- c) La creación (*sic*) de la Deuda Pública correspondería al Gobierno mediante Real Decreto, aunque, curiosamente, esta mención haya desaparecido de la vigente LGP. Otra desaparición dudosamente compatible con la CE porque el titular para emitir Deuda pública o apelar al endeudamiento es el Gobierno, no el Ministro de Hacienda.
- d) La emisión de Deuda pública y la fijación de las condiciones esenciales de la misma corresponde, por delegación del Ministro de Economía y Hacienda, al Director General del Tesoro y Política Financiera.
- e) En teoría, las Resoluciones de éste vincularían al legislador presupuestario, en una lectura tan laxa del artículo 135.2 CE que produce sonrojo dado el diferente rango de las disposiciones en cuestión. O tenemos una visión muy tozuda del citado precepto o resulta difícil de digerir que la anulación del derecho de enmienda de las Cortes Generales se produzca en virtud de una Resolución de una Dirección General.
- f) Como puede verse, por comparación con la LGP de 1977 y con el TR de 1988, asistimos a un progresivo vaciamiento de los principios deducibles del artículo 135 CE, de forma que el retroceso ha sido notable en los veintisiete años de vigencia del texto constitucional.

No experimentan variación, respecto del TR de 1988, cuestiones relativas a la aplicación presupuestaria de los ingresos y gastos provenientes de la Deuda

(en el caso de Letras del Tesoro, disposiciones a corto plazo de líneas de crédito, etc se establece su consideración de operación no presupuestaria, según el artículo 96 de la LGP) y se mantienen las facultades reconocidas al Ministro de Economía y Hacienda (artículo 102 LGP), sin especificar si son o no delegables en el Director General del Tesoro y Política Financiera, en orden a la realización de operaciones de conversión, amortización anticipada, reembolso parcial y modificación de cualesquiera condiciones de la Deuda pública; igualmente, en un intento de cuadratura del círculo se le faculta para acordar cambios en las condiciones que obedezcan a su mejor administración, sin que se perjudiquen los derechos económicos del tenedor²⁵.

Para concluir y no alargarnos en exceso, en el caso de los organismos autónomos y entidades públicas empresariales, el artículo 111 de la LGP establece, en principio, la prohibición de apelación al endeudamiento (y no sólo a la prestación de avales como se deduce de la Exposición de Motivos), salvo que la Ley de Presupuestos (otra vez la obsesión por la norma presupuestaria anual), ante la especial naturaleza de las condiciones y actividad a realizar por el organismo autónomo, autorice la concertación de tales operaciones, efectuadas en los términos y con los límites establecidos en dicha norma. A diferencia de lo que ocurre en el caso de la Deuda del Estado para la determinación de los límites cuantitativos de la autorización especial no se deducirán las posiciones activas de tesorería constituidas por el organismo autónomo, lo cual tiene sentido porque la ley de emisión fija, de forma excepcional, la cuantía exacta del endeudamiento permitido²⁶.

En el caso de las entidades públicas empresariales, el artículo 111.4 de la LGP sienta una obviedad –la necesaria autorización legal para emitir deuda o contraer crédito– que deriva del artículo 135 de la CE, pero introduce una excepción que contraría las exigencias de éste: la inexistencia de autorización legal para concertar operaciones de endeudamiento que se concierten y se cancelen dentro del mismo ejercicio presupuestario. El citado precepto constitucional no distingue, a la hora de exigir autorización legal, entre emisiones a corto y/o medio-largo plazo y, por tanto, la distinción del legislador ordinario huelga. Por otro lado, obsérvese –y contrástese esta idea respecto de lo que ocurre en el caso de las Comunidades Autónomas, que veremos en el capítulo siguiente– cómo la inexistencia de autorización legal no va ligada al destino del endeudamiento (financiación de gastos o cobertura de necesidades de tesorería) sino a un puro concepto temporal: concertación y cancelación dentro del

²⁵ Y si hablamos de la cuadratura del círculo es por una razón muy sencilla: si la mejor administración se interpreta en términos de reducción del coste de la Deuda es imposible cohonestar dicha reducción con la no producción de perjuicios económicos al tenedor, de forma que el precepto sólo tiene sentido si la mejor administración se refiere a otras cuestiones. Y conviene no confundir esta facultad (contemplada en el artículo 102.5 de la LGP) con las relativas a las conversiones o amortizaciones (artículo 102.1) porque en éstas se exige la anuencia de los acreedores, circunstancia que no se exige en la que ahora comentamos.

²⁶ Ello no es óbice para que exista un mecanismo de elusión de esta prohibición de endeudamiento, consistente en la concertación de préstamos o la realización de operaciones de crédito sin autorización en la Ley de Presupuestos Generales, pero con el aval del Estado. Algunos ejemplos son sobradamente conocidos (RTVE) y demuestran cómo un ente público en quiebra técnica puede acudir a los mercados de capitales.

mismo ejercicio presupuestario, lo cual posibilita conductas económicas de dichas entidades que, formalmente, cumplan el citado precepto pero que materialmente constituyan incumplimiento flagrante del mismo. Por razones de espacio, no profundizaremos en esta cuestión, puesto que el meritado artículo 111.4 de la vigente LGP es, directamente, inconstitucional, sin que ello requiera de explicaciones adicionales si se tiene en cuenta el razonamiento seguido al hablar del principio de reserva de ley en materia crediticia.

Por último, en el caso de los avales del Estado (que forman parte del concepto de crédito público del artículo 135 de la CE) existe una curiosa remisión recíproca entre los artículos 114 y 115 de la LGP. El primero de los preceptos citados señala que el otorgamiento de avales deberá ser autorizado por medio de ley –lo cual es correcto desde el punto de vista constitucional– pero el artículo 115 –sólo en relación con una clase concreta de avales, los contemplados en el artículo 114.2²⁷– exige que esa autorización se contenga –cómo no– en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Incluso, el artículo 115.1, segundo párrafo permite deducir que el otorgamiento de avales puede hacerse mediante una doble vía: la Ley de Presupuestos (que, en teoría sólo afecta a los contemplados en el ya citado artículo 114.2 de la LGP) o la ley de concesión. Paradójicamente, las exigencias impuestas por la LGP al Estado para la concesión de avales son más concordantes con el artículo 135 CE que las previstas para la emisión de Deuda pública, puesto que el artículo 115 de la LGP precisa que el aval no podrá garantizar más que el pago de los intereses y del principal (salvo que se disponga lo contrario) y que el otorgamiento del aval deberá comprender, en todo caso, la identidad de los avalados, el plazo dentro del cual podrán ser otorgados y su importe máximo individual o global.

c) El procedimiento de emisión de la Deuda del Estado.

De forma sinóptica, el procedimiento de emisión comienza con la aprobación de la ley de emisión, a la que debería seguir (así fue hasta 2003) el correspondiente Decreto de creación de la Deuda pública y la Orden ministerial de desarrollo de la misma, donde, normalmente se contiene la delegación a favor del Director General del Tesoro y Política Financiera; ya veremos no obstante, cómo esta trilogía normativa ha desaparecido desde 2004, y el Decreto de creación de la Deuda ha pasado a engrosar la Historia del Derecho. De tal manera que el emisor de la Deuda no es el Gobierno (lo cual sería conforme con el artículo 135 de la CE), sino el Ministro de Economía y Hacienda, con lo que el retroceso, en el incumplimiento del principio de reserva de ley y de la distribución competencial Cortes-Gobierno desde 1978 hasta nuestros días, se hace cada vez más evidente.

Además, y desde la modificación en 1993 del TRLGP –permaneciendo la situación invariable a la vista del artículo 94.2 de la vigente LGP, aunque con

²⁷ Se trata de avales otorgados, previa declaración de interés público, por el Consejo de Ministros a favor de determinadas entidades públicas o privadas, cuya enumeración sería ociosa aquí.

variación significativa a la que aludiremos a continuación- el Ministro de Economía y Hacienda puede disponer la creación (ya no es el Gobierno quien crea, como sucedía con la primitiva redacción –1988– del TRLGP) de Deuda del Estado durante el mes de enero del año siguiente por un importe que no incremente la misma en más del 15% de dicha autorización. Obsérvese, y así lo señalamos, que mientras el artículo 104.10 del TRLGP señalaba que estas emisiones excepcionales no podían sobrepasar el 15% del límite autorizado en la Ley de Presupuestos del año anterior, la nueva LGP permite, de forma aparente ya que sucede que el precepto está mal redactado, emitir hasta un 15% más de dicho límite con lo que nos encontramos con una suerte de ultraactividad de la autorización concedida para un ejercicio presupuestario concreto, donde técnicamente no hay ley de emisión, por mucho que se quiera disfrazar la cuestión identificando ésta con la Ley de Presupuestos del año anterior más la previsión legal del citado artículo 94.2 de la LGP.

A nuestro juicio, este último precepto es inconstitucional porque vulnera lo dispuesto en los artículos 134.4 y 135 de la CE, ya que si la norma está pensada para supuestos de prórroga presupuestaria (aunque no se explicita esta circunstancia), dicha prórroga opera automáticamente sobre los Presupuestos del año anterior y lo que está haciendo la LGP –de forma sibilina²⁸– es actuar como norma modificadora del límite cuantitativo para la emisión de Deuda pública, con un riesgo fácilmente advertible, pese a que el precepto disponga que dicho incremento se computará a efectos del cumplimiento del límite de creación de Deuda que legalmente se autorice para el segundo de los años. El riesgo advertible consiste en determinar qué ocurre si la autorización cuantitativa contemplada en la Ley de Presupuestos del segundo año es inferior al 15% del año precedente y el Ministro de Economía y Hacienda ha «creado» Deuda hasta el límite máximo que le autoriza el artículo 94.2 de la LGP. Empero el citado precepto, como decíamos, está mal redactado porque, como veremos, la situación no varía mucho respecto de la existente bajo la vigencia del TRLGP y esa defectuosa redacción se manifiesta en la Orden Ministerial de creación de Deuda para 2005 –primer año de entrada en vigor en su integridad de la LGP de 2003–.

La LGP de 2003 ha roto la diferencia entre «creación de Deuda» (Gobierno) y «emisión de Deuda» (Ministro de Economía y Hacienda), de forma que ha hecho desaparecer el Decreto de creación que normalmente se dictaba en enero de cada año. Así, tomando como referencia el presente año y una vez vista la autorización contenida en la Ley de Presupuestos correspondiente, la creación se ha llevado a cabo mediante la Orden EHA 73/2005, de 25 de enero, por la que se dispone la creación de Deuda del Estado durante el año 2005 y enero de 2006 y se delegan determinadas facultades en el Director General del Tesoro y Política Financiera. La norma en cuestión no tiene desperdicio desde

²⁸ Si contrastamos el precepto en cuestión con el concomitante del TRLGP cabe observar la desaparición de cualquier referencia a la Ley de Presupuestos del año anterior.

una perspectiva jurídica, y haremos hincapié sólo en sus características más relevantes en cuanto afectan al entendimiento y cumplimiento de las exigencias derivadas de los principios constitucionales contenidos en el artículo 135 de la CE. Las características más sobresalientes de la citada Orden son las siguientes:

- a) La autorización para emitir o contraer Deuda se extiende hasta el mes de enero de 2006 hasta el límite (para este mes) del 15% de la cantidad autorizada para el año 2005 (lo cual es contradictorio con el artículo 94.2 de la LGP, precepto al que de forma expresa se remite).
- b) Se establece la trilogía (bajo el eufemismo de formalización de la Deuda a emitir) entre Letras del Tesoro, Bonos y Obligaciones del Estado –trilogía que sólo afecta a la Deuda denominada en euros– en base sobre todo, aunque no de forma exclusiva, a los distintos plazos de amortización²⁹.
- c) Las fechas de emisión y amortización se determinan mediante Resolución de la Dirección General del Tesoro; no obstante, en el caso de la amortización se faculta para que el emisor o el suscriptor puedan exigir la amortización anticipada, cumpliendo una serie de requisitos en los que no vamos a entrar. Aquí también se está jugando con un elemento esencial para determinar el servicio de la Deuda y, por ende, los créditos presupuestarios consignables para el cumplimiento de las correspondientes obligaciones económicas.
- d) Ciertamente, nadie puede discutir que el tipo de interés forma parte del contenido esencial del principio de reserva de ley en materia crediticia, por muy relativo, laxo y acompasado a las circunstancias económicas que aquél resulte. Pues bien, en este punto existen diferencias en función del modo de formalización de la Deuda, pero todas ellas vulneran el artículo 135.1 de la CE; así en el caso de las Letras del Tesoro, el tipo de interés (que siempre será implícito puesto que se emiten al descuento) se determinará bien mediante subasta, bien mediante decisión del Director General del Tesoro³⁰. En el caso de los Bonos y Obligaciones

²⁹ Así, las Letras del Tesoro constituyen una modalidad de Deuda pública, por plazo no superior a veinticuatro meses y emitida al descuento, es decir, con tipo de interés implícito, de donde se colige la imposibilidad de emitir Letras a tipo de interés explícito. Por su parte, los Bonos del Estado constituyen una modalidad de Deuda pública emitida entre dos y cinco años, en tanto que las Obligaciones del Estado son anotaciones en cuenta (no está permitida la representación mediante títulos-valores) emitidas por plazo superior a cinco años. En el caso de Bonos y Obligaciones la amortización será a la par, salvo que la Resolución de la Dirección General del Tesoro disponga otra cosa. Nada se dice del precio de emisión –que podría ser sobre o bajo la par–. Pero obsérvese cómo un elemento (el precio de amortización) que puede influir en el servicio de la Deuda se deja en manos de una Resolución de una Dirección General.

³⁰ La dicotomía es incorrecta, porque el tipo de la subasta queda en manos del citado director general, es decir, que el Tesoro podría determinar el precio de coste respecto del cual no se admiten ofertas o no se cubre total o parcialmente la emisión. No obstante, profundizar en esta cuestión exigiría entrar en consideraciones económicas, de no fácil comprensión para nuestros lectores acostumbrados a razonamientos jurídicos.

del Estado, su emisión se realizará al tipo de interés nominal que determine el Director General del Tesoro³¹.

- e) En el caso de las subastas (que es el procedimiento previsto para las Letras del Tesoro), el Director General del Tesoro, mediante la preceptiva Resolución, determinará las condiciones de las mismas, diferenciando entre las subastas competitivas y las no competitivas³², teniendo en cuenta que el procedimiento de subasta, pese a lo señalado anteriormente, no se ciñe a las Letras del Tesoro sino que puede –y de hecho se extiende– a los Bonos y Obligaciones del Estado.
- f) Por último, la Orden en cuestión –que, mucho nos tememos, se repetirá en años sucesivos con similar contenido e igual desprecio a principios constitucionales– contiene, ex artículo 98 de la LGP– la delegación de competencias en el Director General del Tesoro y Política Financiera, como si las normas que hemos visto en párrafos anteriores no constituyeran, *in se*, una delegación permanente *ope legis*. *Ex abundantia cordis*, y amén de las facultades que corresponden a tan importante cargo (en el organigrama derivado de la CE y de la LOFAGE), se delegan, entre otras, las siguientes facultades en principio atribuibles al ministro de Economía y Hacienda: las reconocidas en los artículos 63.1 y 95 de la LGP respecto de los créditos presupuestarios correspondientes a la Sección de la Deuda pública; las facultades reconocidas al Ministro de Economía y Hacienda por los artículos 94, 98, 99 y 102 de la LGP, ya se refieran a emisiones en euros o en divisas (preceptos que hemos examinado con anterioridad y cuya reiteración sería ociosa) y, entre otras y sin agotar el tema, las facultades para autorizar a las concesionarias de autopistas de peaje la emisión o concertación de préstamos.

Parece evidente que, tras esta sinopsis de la Orden ministerial actualmente vigente en materia de Deuda pública, el régimen jurídico sustantivo o material –es decir, el que afecta o se proyecta sobre el artículo 135. de la CE– de la Deuda pública queda, íntegramente, en manos de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, con absoluta preterición del papel del Parlamento, del Gobierno e, incluso, del propio Ministro de Economía y Hacienda, al que la LGP impone una suerte de delegación obligatoria. O, dicho en otros términos, las Resoluciones de una Dirección General vinculan al legislador presupuestario y permitirían entender cumplido el principio de reserva de ley en materia crediticia. Desde luego, no creemos que el constitu-

³¹ También por razones de espacio y de comprensión, renunciamos a explicar la facultad del director general del Tesoro para disponer que Bonos y Obligaciones adopten la forma de cupón cero o cupón único, aunque ello también influya en el servicio de la Deuda pública derivado de la formalizada a través de estos instrumentos.

³² De forma muy esquemática, en las segundas, los oferentes no designan tipo de interés o precio de suscripción, circunstancias que no concurren en las primeras; es decir la adjudicación se produce al tipo medio ponderado resultante de la subasta. Existen otras diferencias, como son las personas y entidades que pueden concurrir a unas u otras, así como los límites cuantitativos mínimos en las pujas u ofertas competitivas.

yente hubiera pretendido dar este contenido al artículo 135 de la CE, pero la responsabilidad jurídica y política es del Parlamento cuando asiente dos aberraciones jurídicas: la LGP de 2003 y las Leyes de Presupuestos Generales del Estado en lo que atañe a las autorizaciones para la emisión de Deuda pública. Y nada cabría oponer a este harakiri parlamentario si no fuera porque la concreción y determinación de los principios constitucionales no corresponde establecerla al legislador ordinario, sino al TC, de cuyo silencio no es culpable en la parte en que los escasos recursos planteados ante el mismo se han referido a cuestiones de competencia en las relaciones Estado-Comunidades Autónomas y no han entrado en el meollo de la cuestión: determinar el alcance, contenido y significado del artículo 135 de la CE.

Para concluir este epígrafe, veremos en la práctica cómo se desarrollan las facultades, por delegación, otorgadas al Director General del Tesoro, escogiendo, al azar, sendas resoluciones referidas a los distintos tipos de formalización de la Deuda del Estado, teniendo en cuenta la tipología establecida anteriormente. *Ad exemplum*, en el caso de las Letras del Tesoro, la última Resolución de la Dirección General del Tesoro de 17 de noviembre de 2005 –donde se combinaban emisiones a doce y dieciocho meses– establece para las primeras una adjudicación de 798,91 millones de euros frente a unas peticiones de 1.941,92 millones, con un tipo medio de interés ponderado del 2,520% y un precio equivalente del 97,702%. Evidentemente, quien decide el precio de corte de las peticiones es la propia Dirección General del Tesoro, sin sujeción alguna a límite o criterio legal, inexistente tanto en la autorización contenida en la Ley de Presupuestos como en Orden ministerial de creación de la Deuda para 2005. ¿Acaso costaría tanto que, como hemos propuesto, la ley de emisión limitase las facultades de una Dirección General y/o del Ministro de Economía y Hacienda –órganos constitucionalmente no competentes para la creación y/o emisión de Deuda pública, puesto que el artículo 135 de la CE se refiere al Gobierno– acompasando la situación de los mercados, las necesidades de financiación del Estado y las exigencias del principio de reserva de ley, estableciendo un tope (incluso revisable) referenciado o indexado al euribor o a cualquier otro parámetro que demostrase que la autorización para emitir o contraer Deuda pública no es, en la práctica, una habilitación en blanco? Aunque el argumento constituya, y se acepta de antemano la crítica, un sofisma absoluto, ¿alguien concebiría que el tipo de gravamen de un tributo se estableciera mediante subasta entre los contribuyentes o mediante concierto entre éstos y el Ministerio de Economía y Hacienda?. Y pese al sofisma y a las diferencias entrambos principios de reserva de ley (tributario y crediticio), debemos recordar y reiterar hasta la saciedad el diferente papel que la CE otorga a uno y otro en relación con la Ley de Presupuestos, hasta el punto que en un caso (tributario) el cumplimiento o no de las exigencias de dicho principio carecen de relevancia sobre el derecho de enmienda, mientras que en otro se establece una inclusión presupuestaria automática que constituye, a la vista de la legislación ordinaria y de los procedimientos de emisión, una verdadera burla a los derechos esenciales de los parlamentarios.

En el caso de los Bonos y Obligaciones del Estado, puede verse la emisión del cuarto trimestre del año 2005 (Resolución de 18 de octubre de 2005)³³ donde simplemente se establece la tabla de equivalencias entre el tipo de interés de los Bonos a tres años y al 3% de tipo de interés y las Obligaciones a diez años al tipo del 3,15%, con diferencias entre el precio excupón y rendimiento bruto de unos y de otros en función de dicho precio. Puesto que no se trata de ahondar en matemáticas financieras, basta la mera lectura de dicha Resolución para demostrar –al igual que en el caso de las Letras del Tesoro– el grado de cumplimiento no ya sólo de la CE sino incluso de la propia LGP y de la Orden ministerial de creación/emisión de Deuda pública para el año 2005.

IV. LA DEUDA PÚBLICA DE LAS COMUNIDADES AUTONÓMAS

a) El endeudamiento autonómico en la LOFCA.

El Estado –y sus organismos autónomos– no es el único ente territorial con capacidad constitucional para apelar al endeudamiento público. Como vimos, también el producto de las operaciones de crédito forma parte de los ingresos de las Comunidades Autónomas (sean de régimen común o no, ya que la foralidad en este punto es inaplicable), al amparo del artículo 157 CE. Las desviaciones y errores del sistema de financiación autonómico previsto por la LOFCA (incoregible, salvo una profunda reflexión y revisión del mismo desde un plano político y no sólo económico)³⁴ han llevado a la paradoja de que determinadas Comunidades cuya renta *per capita* es superior a la media española presenten una *ratio* Deuda/PIB regional superior a la media nacional. La etiología de esta aparente sinrazón³⁵ exige un profundo análisis económico al que no se destina esta colaboración. No obstante, cabe realizar una reflexión previa: mientras que el sistema de financiación autonómico ha sido objeto de

³³ Como puro ejercicio de divertimento, el lector interesado puede comprobar que la Resolución sólo establece tipos de interés orientativos –admitiendo implícitamente subastas que oferten precios sobre y/o bajo la par– y que no señala, a *priori*, el volumen máximo de endeudamiento de dicha emisión. Para bucear en los nominales adjudicados, los cortes de la subasta y otras cuestiones menores desde el punto de vista económico, pero básicas desde el punto de vista jurídico, hay que entrar en la correspondiente Resolución de la inefable y sempiterna Dirección General del Tesoro, donde, *ex post*, se señalan estas cuestiones *menores*.

³⁴ El dilema del sistema de financiación autonómico –y sus sucesivas modificaciones– es cohonestar un sistema político descentralizado con una asignación de recursos dependiente –pese a los avances logrados– de los recursos del Gobierno central y ello por mucho que se hayan producido avances en la cesión recaudatoria de impuestos o en la asunción de potestades normativas por parte de las Comunidades Autónomas. En otros términos, hay una asimetría evidente entre capacidad de ingreso y capacidad de gasto por parte de las Comunidades de régimen común; empero no corresponde aquí ahondar en esta cuestión que no afecta, sino de forma colateral, a la Deuda pública y resaltamos la colateralidad porque esta asimetría explica el endeudamiento de determinadas Comunidades Autónomas.

³⁵ Que en términos económicos no es tal, puesto que baste comparar países como Italia o Japón cuyo PIB y renta per capita es superior a la española y, sin embargo, tienen una *ratio* Deuda/PIB superior a la de nuestro país.

sucesivas modificaciones, el artículo 14 de la LOFCA ha permanecido inalterado (y, por tanto, ha conservado todos sus defectos, desde la primitiva redacción de 1980), salvo su apartado 3, que fue objeto de nueva redacción por la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre.

La LOFCA de 1980 tenía como referente en materia crediticia la LGP de 1977 (profundamente modificada con el TR de 1988 y en 1993 como vimos) y esa herencia referencial se ha trasladado al endeudamiento autonómico. Recuérdese la diferencia entre Deuda del Estado y Deuda del Tesoro (inexistente en los momentos actuales) y el destino del producto o de los ingresos de una u otra clase de Deuda estatal. De tal manera que la única modificación del vetusto texto de 1980 se ha realizado sobre la base de la obsesión por la estabilidad (confundido, a nuestro juicio, con la inexistencia de déficits presupuestarios y brillantemente maquillado bajo un prisma contable con la suma algebraica del sector público donde los superávits de la Seguridad Social –si se utilizaran técnicas actuariales propias del sector de los seguros o sistemas de previsión social privados el resultado sería, quizá, otro y cabría pronosticar la quiebra, salvo reforma sustantiva del sistema, en un horizonte situado entre los años 2025-2030– se utilizan para presentar déficits del 0,1% o, incluso para este ejercicio y si se cumplen las previsiones, superávits en las cuentas del sector público español

La LOFCA parte de la división entre operaciones de crédito por plazo inferior o superior al año, asignando a cada una de ellas finalidades distintas; en tanto que las primeras deben destinarse a cubrir necesidades transitorias de tesorería, las operaciones por plazo superior al año deben destinarse a la financiación de gastos de inversión. Dicho en otros términos, el producto de la Deuda pública de las Comunidades Autónomas tiene unas restricciones básicas que no afectan a la Deuda del Estado, el cual puede emitir ésta para financiar genéricamente los gastos presupuestarios y/o para constituir posiciones activas de tesorería, sin que la LGP establezca diferenciación alguna en función del plazo de emisión de la Deuda o de concertación de la operación financiera.

Junto a ello, el artículo 14.2.b) de la LOFCA impone un límite adicional a las operaciones de crédito concertadas por plazo superior al año, puesto que el servicio de la Deuda autonómica –entendiendo por tal importe de las amortizaciones anuales por capital e intereses– no puede exceder del 25% de los ingresos corrientes de la Comunidad Autónoma afectada. Evidentemente, no se aclara –ni siquiera apelando a la LGP– qué se entiende por ingresos corrientes, ni se establecen mecanismos de control para verificar que el producto de las operaciones de crédito no se destina a la financiación de gastos corrientes. La experiencia de algunas Comunidades Autónomas en el pasado (Cantabria o Cataluña, por citar dos casos significativos) ha demostrado que operaciones de crédito por plazo inferior al año han servido para financiar gastos corrientes (mediante el mecanismo de la consolidación del saldo pendiente de amortizar al finalizar el ejercicio presupuestario) y que, por mucho maquillaje que se haya aplicado a la liquidación del Presupuesto, no se haya sobrepasado el límite cuantitativo que establece la LOFCA.

La modificación del apartado 3 del artículo 14 por obra de la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, ha servido para dejar sin resolver un problema que arranca de la primitiva redacción de 1980 de la LOFCA y para introducir nuevos límites al endeudamiento autonómico, al tiempo que constata la pervivencia material que no nominal de la diferencia entre Deuda interior y Deuda exterior (existente en la LGP de 1977 y desaparecida desde el TRLGP de 1988). Pero vayamos por partes, porque se trata de cuestiones diferenciadas. En primer lugar, se trata de determinar si la autorización del Estado —exigida por el primer párrafo del artículo 14.3— afecta sólo a las operaciones concertadas en el extranjero (cualquiera que sea la divisa en que se emita o concierte la Deuda) o si afecta a todo tipo de emisión como se deduciría de una lectura literal del citado precepto³⁶, sin distinguir entre Deuda interior o exterior (teniendo en cuenta, como hemos señalado, que esta distinción latente y rediviva no afecta a la denominación en euros o en otra divisa, sino al lugar de la emisión) y entre Deuda a corto o a medio-largo plazo.

En pro de la tesis en cuya virtud la autorización afecta a cualesquiera clase de endeudamiento autonómico cabe invocar el segundo apartado del artículo 14.3 de la LOFCA, donde se señala que el Estado tendrá en cuenta, para la concesión o denegación de la autorización, el cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria, entendido como la situación de equilibrio o de superávit, computada en términos de capacidad de financiación, de acuerdo con la definición establecida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales. Y hay que tener en cuenta que, conforme el artículo 2.1.b) de la LOFCA, el Estado —invocando como títulos competenciales los artículos 40.1, 131 y 138 de la CE— es el encargado de adoptar las medidas tendentes a conseguir, entre otros objetivos, la estabilidad presupuestaria. Sin discutir la competencia estatal en este punto, pero siendo críticos con la citada estabilidad (el santo temor al déficit de la Hacienda clásica hasta la revolución keynesiana), el precepto en cuestión puede introducir dosis de irracionalidad que posibilitarían la denegación de la autorización a Comunidades Autónomas con cuentas saneadas por el mero hecho de que otras entidades públicas (comenzando por el propio Estado, siguiendo por otros entes autonómicos y terminando con las entidades locales, por no mencionar la Seguridad Social) hayan seguido una política presupuestaria que ponga en peligro la citada estabilidad. Es decir, que una Comunidad puede ver denegada la autorización no obstante cumplir los requisitos del artículo 14.2 para la emisión de Deuda por plazo superior a un año y presentar internamente una situación económica saneada o cumplidora del principio de estabilidad.

³⁶ El citado párrafo señala lo siguiente: «Para concertar operaciones de crédito en el extranjero y para la emisión de deuda o cualquier otra apelación de crédito público, las Comunidades Autónomas precisarán autorización del Estado». La conjunción copulativa utilizada induciría a pensar que la autorización es necesaria para cualquier tipo de emisión. Sin embargo, como veremos en el texto principal, una interpretación sistemática del artículo 14.3 lleva a conclusiones igualmente contradictorias, sobre todo teniendo en cuenta la introducción del principio de estabilidad presupuestaria como parámetro que el Estado habrá de tener en cuenta para conceder o no la pertinente autorización

Teóricamente dicha autorización no podría denegarse si ponemos en conexión el precepto en cuestión con el último apartado del artículo 14.3 de la LOFCA que exige, en todo caso y de forma imperativa, la autorización estatal³⁷ cuando de la información suministrada por la propia Comunidad Autónoma se constata el incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria. Pero este objetivo debe tener un contenido distinto del contemplado en el artículo 2.1.b) de la propia LOFCA y parece ir referido a la estabilidad interna de la Comunidad solicitante de la autorización, con lo cual asistiríamos a una situación peculiar si ponemos en conexión los párrafos segundo y cuarto del artículo 14.3 de la LOFCA, ya que podríamos encontrarnos con Comunidades Autónomas que cumpliesen internamente el objetivo de estabilidad presupuestaria pero vieran denegada la autorización preceptiva para endeudarse, mientras que, a la inversa, podrían existir Comunidades Autónomas que, según la información suministrada, incumpliesen el objetivo de la estabilidad pero recibieran autorización del Estado para apelar al endeudamiento público. La pésima técnica jurídica, empleada tras la modificación introducida por la Ley Orgánica 5/2001, aboca a estas conclusiones; en el caso de la estabilidad presupuestaria general, se habla de que el Estado «tendrá en cuenta» el cumplimiento de dicho principio para conceder la autorización, mientras que en el caso de la estabilidad presupuestaria autonómica (si se nos permite la disección) la autorización del Estado habrá de producirse «en todo caso», lo cual complica hasta extremos innecesarios la interpretación del artículo 14.3 de la LOFCA contemplado en su globalidad.

Por el contrario, que la autorización del Estado sólo se refiere a operaciones de crédito en el extranjero (salvo para el caso de Comunidades Autónomas cuya información permita constatar el incumplimiento del objetivo de estabilidad), se deduciría del tercer párrafo del artículo 14.3 de la LOFCA, que no considera financiación exterior «a los efectos de su preceptiva autorización» las operaciones de concertación o emisión denominadas en euros que se realicen dentro del espacio territorial de los países pertenecientes a la Unión Europea, de donde se colige que las operaciones de crédito que exigen autorización –para Comunidades Autónomas que no incumplan el objetivo de estabilidad– son las concertadas en monedas distintas del euro (aunque la emisión se realice dentro de la Unión Europea) y las concertadas o emitidas fuera de la Unión Europea, aunque la emisión o denominación se realice en euros y ello con independencia del destino del producto de la operación de crédito.

b) El endeudamiento de las Comunidades Autónomas en la normativa autonómica.

Frente al examen realizado en el caso de la Deuda del Estado, no podemos realizar un estudio pormenorizado de los diecisiete Estatutos de

³⁷ En este supuesto, es indiferente que la Deuda se emita para cubrir necesidades transitorias de tesorería o para financiar gastos de inversión y es igualmente indiferente que la financiación sea interior o exterior.

Autonomía, de las Leyes de Hacienda Pública autonómicas (con ésta u otra denominación, equivalentes a la LGP estatal) ni de las leyes que autorizan la emisión³⁸ por parte de estas entidades. De forma sinóptica, la consideración de la Deuda pública o del crédito público como recurso financiero de las Comunidades Autónomas se contiene en todos los Estatutos de Autonomía, salvo en el de Navarra que propiamente carece de un título dedicado a la regulación de su Hacienda pública, puesto que el artículo 45 se remite al Convenio Económico, norma donde no aparece ninguna referencia a la Deuda pública puesto que la concertación es puramente tributaria, de la misma forma que sucede en el caso del País Vasco.

En lo que atañe a la necesidad de una ley que autorice al Ejecutivo correspondiente de la Comunidad Autónoma para que proceda a la emisión, encontramos algunas variaciones significativas, derivadas del hecho de que con anterioridad a la aprobación de la LOFCA sólo dos Comunidades Autónomas (País Vasco y Cataluña) contaban con Estatutos aprobados. Como hemos visto, el artículo 135 de la CE no distingue, a la hora de exigir la preceptiva autorización legal, entre plazos de emisión de la Deuda y/o destino de ésta, de forma que el principio de reserva de ley se extiende a cualquier clase de apelación al crédito público. No obstante, encontramos varios Estatutos donde la exigencia de ley de emisión sólo se predica respecto de la Deuda emitida para financiar gastos de inversión y/o para la emitida por plazo superior al año e, incluso, dos (País Vasco y Castilla-León) no contienen referencia alguna a la necesidad de ley para poder apelar al endeudamiento público.

Por su parte, los Estatutos de Cataluña, Andalucía, Cantabria, Murcia, Comunidad Valenciana, Castilla-La Mancha, Extremadura e Illes Balears exigen la autorización mediante ley sólo en el caso de emisiones a medio y largo plazo y/o para financiar gastos de inversión; incluso Cantabria, Murcia y Extremadura (posiblemente bajo los influjos de la LGP de 1977, claramente contraria a la CE en este punto, sin que se hiciera nada por corregir ese desatino en la tramitación parlamentaria de los Estatutos de Autonomía) habilitan directamente al Gobierno autonómico para emitir Deuda pública destinada a cubrir necesidades temporales de tesorería sin necesidad de previa ley autorizante y sin que sea posible considerar que, en este caso, el Estatuto de Autonomía desempeña el papel de ley de emisión.

Ni que decir tiene que sólo las Comunidades restantes –Galicia, Asturias, La Rioja, Canarias, Navarra y Madrid³⁹– recogen en su articulado preceptos que guardan concomitancia y respeto con el artículo 135.1 de la CE. Son escasas, por no decir nulas, las referencias estatutarias al contenido de la ley de emi-

³⁸ Pese a su antigüedad es útil consultar FERREIRO LAPATZA, J. J. *La Hacienda de las Comunidades Autónomas en los diecisiete Estatutos de Autonomía*, Generalitat de Catalunya, Escola d'Administració Pública, Barcelona, 1985.

³⁹ Sólo la Comunidad Autónoma de Madrid menciona la Ley de Presupuestos como instrumento normativo a través del cual el Consejo de Gobierno podrá concertar operaciones de crédito para cubrir necesidades transitorias de tesorería, ordenando que dicha Ley determine las condiciones básicas de estas operaciones.

sión o de autorización y, como ya dijimos, ningún Estatuto de Autonomía recoge el principio de inclusión presupuestaria automática, consagrado en el artículo 135.2 CE, suscitándose así la duda sobre su aplicación o no en el ámbito autonómico, dado el silencio estatutario, pese a que consideremos que estamos en presencia de un principio general del ordenamiento aplicable a todos los entes infraordenados al Estado.

En lo que atañe al contenido de la ley de emisión en la normativa interna de las Haciendas autonómicas, se ha solido seguir el modelo del TRLGP de 1988, de forma que sólo se hace alusión al volumen máximo del endeudamiento autorizado como contenido de dicha norma (añadiendo la coletilla famosa y ahora desaparecida en el ámbito estatal del «sin perjuicio de fijar cualesquiera otras características de la Deuda», circunstancia que jamás se ha solido cumplir)⁴⁰. Incluso la mayoría de las Comunidades Autónomas, sin modificar su normativa interna en materia de Hacienda pública, han copiado del Estado la costumbre, amparada para éste por la LGP, de fijar el importe máximo de endeudamiento autorizado por referencia al volumen de saldo vivo de Deuda pública en circulación⁴¹. Sin embargo, la cuestión más conflictiva no es ésta sino el hecho de que todas las Comunidades señaladas anteriormente (salvo, repetimos, Madrid), al tratar del reflejo estatutario de la Deuda pública, no aprueban, en sus Presupuestos, norma que habilite al Ejecutivo correspondiente para emitir deuda pública por plazo inferior al año, siendo, en consecuencia, la emisión ordenada por el Consejo de Gobierno o por el Consejero de Economía y Hacienda, siendo la emisión inconstitucional por carencia absoluta de autorización legal, y sin que ésta autorización pueda entenderse suplida de forma genérica por la mención contenida en el Estatuto de Autonomía y/o por la contenida en la Ley autonómica reguladora de la Hacienda pública de la Comunidad en cuestión.

Pero esta es la consecuencia de haber construido, en materia de Deuda pública, la LOFCA sobre la LGP de 1977, norma inconstitucional en muchos de los aspectos del endeudamiento público. A su vez, los Estatutos de Autonomía se basaron en este punto en la LOFCA de 1980, con lo que la

⁴⁰ Véase, como ejemplo, el artículo 73.2 de la Ley Foral 8/1988, de 26 de diciembre, de la Hacienda Pública de Navarra; o, de forma más parca, el artículo 25 del Decreto Legislativo 1/1988 de 17 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre principios ordenadores de la Hacienda General del País Vasco, que atribuye al Parlamento vasco competencias sobre «el régimen de endeudamiento».

⁴¹ Así, artículo 11 de la Ley 10/2004, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del País Vasco para 2005, con la particularidad —herencia de la no reforma de la LOFCA— de que para computar el incremento del saldo vivo de la Deuda en circulación no se tendrán en cuenta las operaciones concertadas por plazo inferior al año destinadas a cubrir necesidades transitorias de tesorería, que quedan absolutamente deslealizadas, en contra de lo previsto en el artículo 135.1 de la CE y en el propio Estatuto del País Vasco. En el caso de Navarra, el artículo 14 de la Ley Foral 18/2004, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales para 2005 utiliza la misma técnica, con la peculiaridad de que no se autoriza ningún incremento del saldo vivo de la Deuda en circulación. Y es indiferente el ejemplo de una Comunidad Foral y de una Comunidad de régimen común constituida por territorios forales puesto que, como señalamos, ni el Convenio ni el Concierto se refieren a la Deuda pública y, por tanto, a dichos territorios les es de aplicación el artículo 157.3 de la CE en materia crediticia y, por tanto, el artículo 14 de la LOFCA.

inconstitucionalidad del modelo del artículo 14 de ésta se extiende a aquellos, a las Leyes de Presupuestos u otras leyes de emisión, encontrándonos así en una situación peor si cabe que en el caso del Estado respecto del cumplimiento del principio consagrado en el artículo 135 de la CE. Y este juicio valorativo deriva del hecho de que comparten con el Estado el vaciamiento del principio de reserva de ley en materia crediticia, en lo que se refiere no sólo al volumen máximo sino también en la determinación de las condiciones del endeudamiento, acrecentado por el hecho de considerar que las operaciones por plazo inferior al año no están sujetas al principio de reserva de ley cuando ésta es una consecuencia que ni se deriva del artículo 135 de la CE ni tampoco del artículo 14.1 de la LOFCA, salvo que la lectura de dicho precepto se haga desde la LGP de 1977, lo cual conduce a los resultados que hemos señalado.

V. CONCLUSIONES

Aun cuando el lector que haya tenido la paciencia de llegar hasta aquí, puede formarse una idea cabal de la evolución del régimen jurídico desde la aprobación de la CE hasta nuestros días, puede ser conveniente efectuar, de forma somera, las conclusiones más relevantes sobre la citada evolución, que pueden sistematizarse del siguiente modo:

- a) La CE de 1978 habilita al Gobierno para la emisión de Deuda pública o cualquier otra clase de apelación al crédito público (avales, etc.) pero el ejercicio de dicha habilitación está sujeto a la pertinente autorización legal, mediante la ley de emisión. De forma que ésta ni crea (a diferencia de lo que ocurre con los tributos) ni emite la Deuda pero sí permite remover el obstáculo constitucional que impide al Gobierno apelar directamente al endeudamiento público.
- b) Junto a ello, la CE establece la vinculación del legislador presupuestario al contenido material de la ley de emisión, anulando el derecho de enmienda de los créditos al servicio de la Deuda siempre que los consignados en el Proyecto de Ley de Presupuestos se ajusten a la ley de emisión.
- c) Como consecuencia de ello, la ley de emisión no puede ser una ley en blanco o meramente habilitante sino que habrá de contener –siquiera sea de forma relativa y/o con márgenes para adecuarse a la evolución de los mercados financieros– los elementos básicos que permitan determinar la cuantía de los créditos presupuestarios a consignar: entre dichos elementos, de forma preferente, que no exclusiva, encontraríamos el volumen máximo de endeudamiento autorizado, el tipo de interés, el plazo de amortización y cuantos derechos económicos se reconozcan a los suscriptores o tenedores de la Deuda y que influyan en el principio de inclusión presupuestaria automática.
- d) Ninguna de las condiciones mínimas exigibles de la lectura conjunta de los dos apartados del artículo 135 de la CE se han cumplido en nues-

tro sistema crediticio desde 1978, habiendo asistido a un proceso de progresiva deslegalización cuyo máximo exponente se sitúa en la vigente LGP de 2003, que ha logrado empeorar la situación existente bajo la vigencia de la LGP de 1977.

- e) Creemos inconstitucional que, salvo el volumen máximo de endeudamiento autorizado, el resto de elementos esenciales de la Deuda pública se fijen, por delegación del Ministro de Economía y Hacienda, mediante Resoluciones de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, que, por razón del rango jerárquico, no pueden vincular al legislador presupuestario. De forma que el incumplimiento del contenido mínimo de la ley de emisión, deducible de la CE, implica la posibilidad de incumplir el principio de inclusión presupuestaria automática y, por tanto, creemos que las Cortes pueden enmendar los créditos al servicio del pago de la Deuda pública.
- f) La ley de emisión no ha de ser, necesariamente, la Ley de Presupuestos Generales del Estado, sino que cualquier ley ordinaria puede servir para autorizar al Gobierno la apelación al crédito público. Por lo tanto, carece de sentido la autorrestricción impuesta por la LGP en este punto, fácilmente enervable teniendo en cuenta el rango de esta disposición, similar al de la ley de emisión.
- g) La Deuda pública ha de servir para financiar gastos públicos y/o cubrir necesidades transitorias de tesorería. En consecuencia, es discutible que el Estado o las Comunidades Autónomas puedan apelar al endeudamiento –en situaciones de equilibrio presupuestario– para mantener posiciones activas de tesorería que, además, no computan a los efectos de determinar el saldo vivo de la Deuda, cuya variación anual es el único contenido real de la ley de emisión.
- h) La ley de emisión a que alude el artículo 135 de la CE ha de ser una norma con forma y rango de ley, de forma que es inviable que la autorización al Gobierno se realice mediante Decretos-leyes puesto que en el caso se produciría una coincidencia entre el órgano habilitante y el órgano habilitado.
- i) En el caso de las Comunidades Autónomas, la mayoría de los Estatutos de Autonomía contienen normas contrarias al artículo 135 de la CE, al menos en lo que se refiere a la inexistencia de habilitación legal para la concertación de operaciones de crédito por plazo inferior al año. Ello es consecuencia, indirecta, de que los Estatutos aprobados se elaboraron bajo la vigencia de la LGP de 1977 y de la redacción primitiva (salvo el caso del País Vasco y Cataluña) de la LOFCA de 1980. Por lo tanto, en el caso de estos entes territoriales pervive la diferencia existente en el caso del Estado hasta 1988 entre Deuda del Estado y Deuda del Tesoro, cuando las exigencias del principio contenido en el artículo 135 de la CE se impone a la ley de emisión cualquiera que sea el plazo de la emisión o el destino del producto obtenido por la apelación al crédito público.

- j)* La introducción del principio de estabilidad presupuestaria ha contaminado o desvirtuado el sentido de la autorización estatal para la emisión de Deuda por parte de las Comunidades Autónomas; si el Estado es el garante de dicha estabilidad, habría que pensar en qué medida ello influye en la autonomía financiera de dichos entes territoriales, entendiéndola negativa la modificación del artículo 14.3 de la LOFCA, puesto que puede penalizar a Comunidades que cumplan los objetivos presupuestarios internos y, a la inversa, posibilitar que Comunidades incumplidoras de dichos objetivos obtengan la pertinente autorización.
- k)* Creemos, pese al silencio de los Estatutos de Autonomía y de la propia LOFCA, que el artículo 135.2 de la CE es directamente aplicable a las Comunidades Autónomas, y que, por tanto, también éstas tienen cercenado el derecho de enmienda o de modificación de los créditos consignados al servicio del pago de la Deuda mientras que los mismos se ajusten a las condiciones de la ley de emisión, puesto que estamos ante un principio general del ordenamiento general (artículo 149.1. 14 de la CE) en materia de Hacienda pública, aplicable a cualesquiera entes territoriales o institucionales, prescindiendo del nominalismo del precepto.
- l)* Carece de sentido, a efectos de la concesión o no de la autorización estatal para el endeudamiento autonómico, la pervivencia subliminal de la diferencia entre Deuda interior y exterior (existente en la primitiva redacción de la LGP de 1977), puesto que introduce factores de distorsión no deseables desde el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas.
- m)* En el caso de los organismos autónomos, la supresión desde la vigente LGP (salvo autorización excepcional por parte del Gobierno) de la posibilidad de endeudarse o de otorgar avales (en este caso sin excepción alguna) debería ser decidida, anualmente, por la ley de emisión (normalmente, la Ley de Presupuestos), puesto que no hemos encontrado razón alguna que justifique dicha amputación de su capacidad de obtención de ingresos. Por otro lado, resulta una falacia absoluta dicha prohibición, puesto que estos organismos recurren de facto al endeudamiento público bajo el paraguas de los avales del Estado.
- n)* No es constitucional que las entidades públicas empresariales no requieran autorización legal para emitir deuda o contraer crédito en el caso de que dichas operaciones se concierten y cancelen dentro del mismo ejercicio presupuestario, puesto que el artículo 135 de la CE, como hemos reiterado, no diferencia –a la hora de establecer la pertinente autorización legal– en función del plazo de amortización.
- o)* Por último, una cuestión dogmática y otra de pura técnica jurídica; por un lado, la Deuda pública no puede definirse a través del contrato de préstamo, puesto que su característica, como recurso financiero,

es que a su través se obtienen ingresos sobre los que pesa una obligación de devolución (salvo la Deuda perpetua, erradicada de nuestro sistema) y de pago de intereses, entendida esta expresión en un sentido amplio, comprensivo de cuantos beneficios económicos se reconocan a los tenedores o suscriptores (emisiones bajo la par, primas de amortización, etc.). Incluso en el caso de los avales del Estado, la LGP ordena de forma imperativa la percepción de comisiones y la concesión de aquéllos genera para el Estado un riesgo potencial de endeudamiento (en caso de falencia del avalado). Por otro lado, y como pura cuestión de técnica jurídica, hubiera sido deseable que la vigente LGP hubiera deslindado, mediante títulos diferenciados, la regulación de la Deuda pública y la regulación del Tesoro público, no obstante reconocer la existencia de interrelaciones entrambas instituciones.