

EL CONCEPTO EUROPEO DE DEUDA PÚBLICA

Ester Marco Peñas

TESIS DOCTORAL UPF / 2013

Dirección: Dra. Antonia Agulló Agüero
Co-dirección: Dra. M^a Luisa Esteve Pardo

Departamento de Derecho
Barcelona, Septiembre 2013



A Carmen

Resumen

La normativa europea en materia de disciplina presupuestaria establece un concepto autónomo de deuda pública que debe ser aplicado por los Estados miembros para dar cumplimiento a los mandatos europeos. La presente tesis doctoral parte del estudio de las normas europeas que regulan el concepto de deuda pública, para analizar posteriormente la introducción de este concepto en el ordenamiento jurídico nacional y su relación con el concepto de deuda pública tradicional preexistente. Finalmente, se delimitan los contornos del elemento subjetivo y objetivo del concepto europeo de deuda pública, a través del análisis del Reglamento (CE) núm. 2223/1996, relativo al Sistema europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Comunidad (SEC-95) y de los pronunciamientos de Eurostat (Oficina Estadística de la Comisión Europea).

Abstract

European regulations on budgetary discipline establish an autonomous concept of government debt that should be applied by the Member States, so as to comply with European mandates. This doctoral thesis is based on the study of the European legal framework that regulates the concept of government debt, to subsequently analyse the introduction of this concept in the national legal systems and its relation with the pre-existing traditional concept of government debt. Finally, the limits of the subjective and objective element of the European concept of government debt are defined in light of the Council Regulation (EC) No. 2223/1996, on the European System of National and Regional Accounts in the Community (ESA 95) and of the decisions from Eurostat (the Statistical Office of the European Commission).

“Il y a des dépenses, il faut les couvrir”

Gaston Jèze (1869-1953),
*Cours de science des finances et de législation
financière française*, Giard, Paris 1922.

*"Sometimes it is said that man cannot be trusted with the government of himself.
Can he, then, be trusted with the government of others?"*

Thomas Jefferson (1743-1826),
1st Inaugural, 1801.

ÍNDICE

ABREVIATURAS Y SIGLAS.....	1
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I. LA DISCIPLINA PRESUPUESTARIA EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA	15
I. FUNDAMENTOS DE LA DISCIPLINA PRESUPUESTARIA.....	15
II. REGULACIÓN DE LA DISCIPLINA PRESUPUESTARIA EN LA UNIÓN EUROPEA.....	22
1. Regulación contenida en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).....	24
1.A. El criterio del déficit público (art. 126.2 a) del TFUE).....	25
1.B. El criterio de la deuda pública (art. 126.2 b) del TFUE).....	30
2. El Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo	34
3. El Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC)	39
3.A. Antecedentes y proceso de aprobación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento	39
3.B. Naturaleza y estructura del Pacto de Estabilidad y Crecimiento	41
3.B.1. Vertiente preventiva: el procedimiento de alerta rápida	43
3.B.2. Vertiente correctiva: el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo	46
III. REFORMA DEL PACTO DE ESTABILIDAD Y CRECIMIENTO DE 2005	59
1. Situación precedente y causas de la reforma	59
2. Elementos de la reforma	69
3. Aplicación del PEC tras la reforma de 2005	83
IV. REFORMA DE LA GOBERNANZA ECONÓMICA Y DE LA DISCIPLINA PRESUPUESTARIA DE 2011	90
1. Crisis económica y aplicación del PEC	90
2. La aprobación del “Six Pack”	109
2.A. Reforma de los Reglamentos del PEC	113
2.B. Aprobación del Reglamento (UE) núm. 1173/2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria de la zona euro	127
2.C. Aprobación de la Directiva 2011/85/UE, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros	132

CAPÍTULO II. EL CONCEPTO DE DÉFICIT Y DE DEUDA PÚBLICOS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA	142
I. LA NECESIDAD DE DATOS ESTADÍSTICOS FIABLES PARA PODER DETERMINAR EL CUMPLIMIENTO DE LA DISCIPLINA PRESUPUESTARIA DE LA UE	142
II. EL SISTEMA EUROPEO DE CUENTAS NACIONALES Y REGIONALES (SEC-95).....	152
1. Antecedentes y situación actual del SEC-95	152
2. Naturaleza contable de los conceptos del SEC-95.....	158
3. Aplicación de los conceptos del SEC-95	163
III. LOS CONCEPTOS DE DÉFICIT Y DE DEUDA PÚBLICOS EN EL REGLAMENTO (CE) NÚM. 479/2009 Y EL SEC-95.....	175
1. El concepto de déficit público en el Reglamento (CE) núm. 479/2009 y el SEC-95.....	175
2. Los conceptos de deuda pública en el Reglamento (CE) núm. 479/2009 y en el SEC-95.....	188
IV. RELACIONES ENTRE EL DÉFICIT Y LA DEUDA PÚBLICOS.....	196
1. El recurso a la deuda pública como mecanismo para financiar el déficit público.....	196
2. La prohibición de acudir al préstamo de los Bancos Centrales y el papel actual del BCE.....	202
 CAPÍTULO III. LA DISCIPLINA PRESUPUESTARIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	 214
I. INTRODUCCIÓN.....	214
II. ADAPTACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL A LA DISCIPLINA PRESUPUESTARIA DE LA UNIÓN EUROPEA	232
1. Sobre la necesidad de transposición de la normativa europea en materia de disciplina presupuestaria.....	232
2. Aprobación de las Leyes de Estabilidad Presupuestaria	236
2.A. La estabilidad presupuestaria en la normativa previa a la aprobación de las Leyes de Estabilidad Presupuestaria.....	236
2.B. La aprobación de las Leyes de Estabilidad Presupuestaria.....	241
2.C. Principales cambios introducidos a través de las Leyes Generales de Estabilidad Presupuestaria.....	245
2.D. Reforma de 2006 de las Leyes Generales de Estabilidad Presupuestaria ..	255
2.E. La introducción en el TRLGEP de la regla de gasto de las Administraciones públicas.....	261

III. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 135 DE LA CE.....	266
1. Situación previa a la reforma del art. 135 de la CE.....	266
2. La reforma del art. 135 de la CE	306
2.A. La introducción del principio de estabilidad presupuestaria a nivel constitucional.....	306
2.B. El nuevo art. 135 de la CE.....	337
2.B.1. Procedimiento de tramitación de la reforma constitucional	349
2.B.2. Contenido.....	357
2.B.3. Control del cumplimiento de las disposiciones del art. 135 CE	383
3. La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera	391
3.A. Alcance de la reserva de ley orgánica recogida en el art. 135 de la CE.....	391
3.B. Principios generales regulados en la ley orgánica.....	402
3.C. Instrumentación de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.....	411
CAPÍTULO IV. EL ELEMENTO SUBJETIVO Y OBJETIVO DEL CONCEPTO EUROPEO DE DEUDA PÚBLICA.....	423
I. EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL CONCEPTO EUROPEO DE DEUDA PÚBLICA	423
1. INTRODUCCIÓN.....	423
2. LA CONFIGURACIÓN DEL SECTOR ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN EL SEC-95.....	425
2.A. Criterios para la clasificación de un ente en el sector Administraciones públicas.....	427
2.A.1. El concepto de unidad institucional.....	429
2.A.2. El carácter público o privado de la unidad institucional.....	432
2.A.3. La naturaleza o no de mercado de la unidad institucional.....	433
2.B. La subdivisión del sector Administraciones públicas en cuatro subsectores	442
2.C. Evolución de Eurostat en la aplicación de los criterios para la clasificación sectorial de entes: de la BIG austriaca a MINTRA	443
3. RELACIONES ENTRE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y LAS UNIDADES PÚBLICAS DE MERCADO	457
3.A. Criterios generales.....	457
3.B. Naturaleza de las inyecciones de capital de las Administraciones públicas a sociedades públicas.....	462
3.C. Aplicación del test de la naturaleza de las inyecciones de capital por Eurostat: el caso de ADIF.....	463

4.	LA CLASIFICACIÓN SECTORIAL DE ENTES CREADOS PARA EL APOYO AL SISTEMA FINANCIERO Y A LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UEM	477
4.A.	La clasificación sectorial de entes creados para el apoyo al sistema financiero y al sector eléctrico.....	477
4.A.1.	El Fondo de Adquisición de Activos Financieros	481
4.A.2.	El Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria.....	489
4.A.3.	El fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico	498
4.B.	La clasificación sectorial de entes creados para el apoyo financiero a Estados de la UEM.....	513
4.B.1.	Préstamos bilaterales: el Fondo de Apoyo a la República Helénica.....	513
4.B.2.	La sociedad Facilidad Europea de Estabilización Financiera y el Mecanismo Europeo de Estabilidad	515
(1)	Características y funciones.....	515
(2)	Clasificación en términos de SEC-95	530
5.	LA INTRODUCCIÓN DEL CONCEPTO EUROPEO DE SECTOR “ADMINISTRACIONES PÚBLICAS” EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO.....	540
5.A.	Delimitación del sector público en la Ley General Presupuestaria.....	540
5.B.	Delimitación del sector público en la Ley General de Estabilidad Presupuestaria y la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera	546
5.C.	Delimitación del sector público por los órganos de control: IGAE y Tribunal de Cuentas.....	556
II.	EL ELEMENTO OBJETIVO DEL CONCEPTO EUROPEO DE DEUDA PÚBLICA	564
1.	INTRODUCCIÓN.....	564
2.	MOMENTO DEL CÓMPUTO DE LAS OPERACIONES EN TÉRMINOS DE SEC-95	565
2.A.	El criterio del devengo	566
2.B.	La problemática de los contratos de obra pública con pago aplazado	568
2.B.1.	Generalización de los contratos de obra pública con pago aplazado.....	568
2.B.2.	La regulación de los contratos de obra pública con pago aplazado en el SEC-95	571
3.	OBLIGACIONES BRUTAS PENDIENTES DE ENTES FUERA DEL SECTOR ADMINISTRACIONES PÚBLICAS QUE INTEGRAN EL CONCEPTO EUROPEO DE DEUDA PÚBLICA.....	575
3.A.	Introducción	575
3.B.	Los contratos de colaboración público – privada.....	576
3.B.1.	Regulación de las colaboraciones público – privadas.....	576
(1)	En el ordenamiento jurídico europeo	576
(2)	En el ordenamiento jurídico español.....	580
3.B.2.	La distribución de los riesgos como elemento determinante para la calificación de las obligación derivadas del contrato como públicas.....	584

(1) Clases de riesgos	584
(2) Distribución del riesgo entre el sector público y el sector privado	591
(3) Alternativas al criterio de la distribución de los riesgos: el criterio del control	599
3.B.3. Aplicación del análisis de la distribución de los riesgos por Eurostat...	601
(1) Criterios generales	602
(2) Análisis de los contratos de colaboración público–privada españoles	607
3.B.4. Incidencia de los contratos de colaboración público–privada en la contabilidad presupuestaria y en la contabilidad nacional	619

CONCLUSIONES.....	626
--------------------------	------------

JURISPRUDENCIA CITADA.....	I
-----------------------------------	----------

ACTOS DE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS CITADOS.....	XI
---	-----------

BIBLIOGRAFIA	XXII
---------------------------	-------------

ABREVIATURAS Y SIGLAS

AA.VV.	Autores varios
ADIF	Administración de Infraestructuras Ferroviarias
AENA	Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea
art./arts.	artículo/s
ATC	Auto Tribunal Constitucional
BBVA	Banco Bilbao Vizcaya Argentaria
BCE	Banco Central Europeo
BGBI	<i>Bundesgesetzblatt</i> (Boletín Oficial Federal)
BIG	<i>Bundesimmobiliengesellschaft</i>
BOCG	Boletín Oficial Congreso Diputados
BOCM	Boletín Oficial Comunidad de Madrid
BOE	Boletín Oficial Estado
BVerfG	<i>Bundesverfassungsgericht</i> (Tribunal Constitucional Federal Alemán)
CAC	Cláusulas de acción colectiva
CC	Real Decreto Legislativo de 24 de julio de 1889. Código Civil
CE	Constitución Española de 1978
(CE)	Comunidad Europea
<i>cfr.</i>	compárese, confróntese
cit.	obra citada
CMFB	<i>Committee on Monetary, Financial and Balance of Payments statistics</i>
coord./s	coordinador/es
CPP	Colaboración público privada
CSP-SP	Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado
DC	<i>Décision du Conseil Constitutionnel français</i>
DGSJE	Dirección general servicio jurídico del estado
DO	Diario Oficial
EC Law	European Community law
ECB	<i>European Central Bank</i>
ECOFIN	Consejo de Asuntos Económicos y Financieros
Ed.	editorial
ed.	edición
EDP	<i>Excessive Deficit Procedure</i>
EFSF	<i>European Financial Stability Facility</i> (Sociedad Facilidad Europea de Estabilización Financiera).
EMU	<i>European Monetary Union</i>

EPSAS	<i>European Public Sector Accounting Standards</i> (Normas Europeas de Contabilidad para el Sector público)
ESA	<i>European System of Accounts</i> (Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Comunidad)
ESM	<i>European Stability Mechanism</i> (Mecanismo Europeo de Estabilidad)
EU	<i>European Union</i>
EUROSTAT	Oficina Estadística de la Comisión Europea
FAAF	Fondo de Adquisición de Activos Financieros
FEFF	Sociedad Facilidad Europea de Estabilización Financiera
FEOGA	Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola
FEP	Fondos Europeos para la Pesca
FJ/FFJJ	Fundamento/s jurídico/s
FMI	Fondo Monetario Internacional
FROB	Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria
FTA	Fondo de Titulización de Activos
FTPyme	Fondo de Titulización para financiación PYME
GAAP	<i>General accepted accounting principles</i>
GASB	<i>Governmental Accounting Standards Board</i>
GG	<i>Grundgesetz</i>
GIF	Gestor de Infraestructuras Ferroviarias
<i>HM Treasury</i>	<i>Her Majesty's Treasury</i>
IASB	<i>International Accounting Standards Board</i>
IFRIC	<i>International Financial Reporting Interpretation Committee</i>
IGAE	Intervención General de la Administración del Estado
ICE	Información Comercial Española
IMF	<i>International Monetary Fund</i>
INE	Instituto Nacional de Estadística
IPSAS	<i>International Public Sector Accounting Standards</i> (Normas Internacionales de Contabilidad del Sector Público)
LCAP	Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (Disposición derogada)
LCSP	Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (Disposición derogada)
LGEP	Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria (Disposición derogada)
LGP	Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
LHL	Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales (Disposición derogada)

LOCLGEP	Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria a la Ley General de Estabilidad Presupuestaria (Disposición derogada)
LOEPSF	Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera
LOFAGE	Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
LOFCA	Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas
LOLF	<i>Loi Organique n° 2001-692, du 1^{er} août 2001, relative aux Lois de Finances</i>
LOTCC	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional
LOTCCu	Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas
MEDE	Mecanismo Europeo de Estabilidad
MEEF	Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera
MFTA	<i>Medium Term Financial Agreement</i>
MINTRA	Madrid Infraestructuras del Transporte
MoU	<i>Memorandum of Understanding</i>
N	<i>number</i> (en inglés)
NHS	<i>National Health Service</i>
n.º	<i>numéro</i> (en francés)
Nr.	<i>number</i> (en alemán)
núm.	número/s
OCDE/OECD	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos/ <i>Organisation for Economic Cooperation and Development</i>
OMT	<i>Outright Monetary Transactions</i>
ONS	<i>Office for National Statistics</i>
ONU	Organización de las Naciones Unidas
p./pp.	página/s
PAC	Política Agrícola Común
PDE	Procedimiento de Déficit Excesivo
PEC	Pacto de Estabilidad y Crecimiento
PFI	<i>Private Finance Initiative</i>
PIB	Producto Interior Bruto
PPP	<i>Public Private Partnerships / Partenariat Public-Privé</i>
PSCC	<i>Public Sector Classification</i>
PYMES	Pequeñas y Medianas Empresas
R-3	Autopista de Peaje Radial 3
R-5	Autopista de Peaje Radial 5
RAP	Revista de Administración Pública

RCD	Reglamento Congreso Diputados
REDE	Revista Española de Derecho Europeo
REDF	Revista Española de Derecho Financiero
REV	Revisión
RFA	República Federal Alemana
RENFE	Red Nacional de Ferrocarriles Españoles
RTVE	Radiotelevisión Española
S.	Sector/Subsector
ss.	siguientes
S.A.	Sociedad Anónima
SAREB	Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria
S.L.	Sociedad Limitada
S.A.U.	Sociedad Anónima Unipersonal
SCN	Sistema de Cuentas Nacionales
SCUT	<i>Sem Custo para o Utilizador</i>
SEBC	Sistema Europeo de Bancos Centrales
SEC	Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Comunidad
SGP	<i>Stability and Growth Pact</i> (Pacto de Estabilidad y Crecimiento)
SNA	<i>System of National Accounts</i> de la ONU
SPD	<i>Sozialdemokratische Partei Deutschlands</i>
SoFFin	<i>Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung</i>
STC/SSTC	Sentencia/s del Tribunal Constitucional
SFEF	<i>Société de Financement de l'Économie Française</i>
STS/SSTC	Sentencia/s del Tribunal Supremo
SZAG	<i>Sanktionszahlungs-Aufteilungsgesetz</i>
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en la versión dada por el Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997
TCuE	Tribunal de Cuentas Europeo
TECG	Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria firmado, firmado 2 de marzo de 2012 por los Jefes de Estado y de Gobierno de todos los Estados miembros de la UE, salvo Reino Unido y República Checa
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en la versión dada por el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007
TJ	Tribunal de Justicia de Luxemburgo
TRLCSP	Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público

TRLGEP	Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria (Disposición derogada)
TRLGP	Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria (Disposición derogada)
TRLHL	Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales
TS	Tribunal Supremo
TUE	Tratado de la Unión Europea, en la versión dada por el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007
v. gr.	<i>Verbi gratia</i> , por ejemplo
Vol./vol.	Volumen
UEM	Unión Económica y Monetaria
UE	Unión Europea
UNED	Universidad Nacional Educación a Distancia
UNNIM	Unnim Caixa (<i>Caixa d'Estalvis Unió de Caixes de Manlleu, Sabadell i Terrassa</i>)
§	parágrafo (en leyes alemanas y austríacas)

INTRODUCCIÓN

JUSTIFICACIÓN, OBJETO DE ESTUDIO Y ESTRUCTURA

I. Justificación

Con anterioridad a la eclosión de la denominada “crisis de deuda soberana”, la deuda pública tenía un tratamiento menor por parte de la dogmática jurídico-financiera. Como excepción a este vacío teórico debemos destacar la existencia de algunos trabajos monográficos claves para la comprensión jurídica de la deuda pública, como son el estudio de FERREIRO LAPATZA¹ y la tesis doctoral y trabajos posteriores de DE LA HUCHA CELADOR². A su vez, los manuales de Derecho Financiero y Tributario destinan, con carácter general, uno o varios de sus capítulos a los ingresos crediticios. En ellos se analizan con mayor o menor extensión y profundidad las notas características de estos ingresos³.

Dada la situación presupuestaria existente, en los últimos años puede encontrarse un mayor número de trabajos relacionados con la deuda pública. Los nuevos estudios tratan, principalmente, aspectos como la estabilidad presupuestaria o la reforma del art. 135 de la CE de 2011, pero no tanto el concepto de deuda pública en sí mismo.

Ahora bien, a nuestro parecer, para la correcta comprensión y aplicación de la prolija normativa sobre estabilidad presupuestaria que se ha aprobado tanto a nivel europeo como nacional, existe un requisito apriorístico como es la determinación del concepto de deuda pública al que las normas se refieren. Solo se podrá limitar y controlar la deuda pública si se conoce con precisión el objeto sobre el que recaen los límites y controles. De lo contrario, es posible que estas normas no den cumplimiento a

¹ FERREIRO LAPATZA, José Juan, “Análisis jurídico de la deuda pública”, *Revista de Administración pública*, (53), 1967, pp. 131 – 228.

² DE LA HUCHA CELADOR, Fernando, *Ordenación Constitucional de la Deuda pública*, Tesis inédita, Tomo I, Universidad Complutense de Madrid, Curso académico 1984/1985, Madrid. En cuanto al resto de obras, nos remitimos en este punto a las reseñas bibliográficas que se recogen a lo largo del trabajo y que quedan recogidas en la bibliografía final.

³ Entre ellos destacan, SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Hacienda y Derecho I*, 3ª reimpresión (1ª edición 1955), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975 y *Sistema de Derecho Financiero*, Tomo I, Vol. 2, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1977-1985. PALAO TABOADA, Carlos, *Derecho Financiero y Tributario. Introducción. Derecho presupuestario. Ingresos no tributarios*, 2ª ed. Colex, Madrid, 1987.

la finalidad para la que han sido aprobadas, que no es otra que garantizar la sostenibilidad de las finanzas públicas a medio y largo plazo.

A pesar de la necesidad de delimitar los contornos del concepto de deuda pública instituido por la normativa europea, existen dos causas que, en nuestra opinión, han desalentado la consecución de esta tarea. La primera de ellas, la existencia de un concepto jurídico tradicional de deuda pública arraigado en el ordenamiento jurídico interno que vincula la deuda pública con el préstamo⁴. La introducción del concepto europeo de deuda pública no cambia el concepto de deuda pública tradicional, sino que ambos conceptos coexisten en el ordenamiento jurídico nacional. Precisamente, uno de los objetivos de este trabajo es determinar en qué supuestos la norma nacional hace referencia a uno u otro concepto.

La segunda causa, que consideramos la causa principal, es la naturaleza contable de las normas que dotan de contenido el concepto europeo de deuda pública. La normativa europea en materia de disciplina presupuestaria adopta como marco conceptual el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales (SEC)⁵. Ahora bien, la naturaleza contable del concepto europeo de deuda pública no excluye que sea un concepto jurídico, al estar regulado en normas jurídicas. Este obstáculo no debe impedir, a nuestro parecer, que los juristas se esfuercen por sistematizar y racionalizar el concepto jurídico europeo de deuda pública.

II. Objeto de estudio

El presente trabajo se enmarca en este esfuerzo por determinar el elemento subjetivo y objetivo del concepto europeo de deuda pública. Sin embargo, esta labor es compleja y los resultados obtenidos, como veremos, no siempre son definitivos. El motivo se encuentra, en nuestra opinión, en la naturaleza del elemento sobre el que bascula el concepto europeo de deuda pública, el riesgo.

⁴ Tanto la Ley General Presupuestaria como la mayor parte de la doctrina definen el concepto de deuda pública haciendo referencia al préstamo. Así, el art. 92 de la Ley General Presupuestaria de 2003 determina que “*Constituye la Deuda del Estado el conjunto de capitales tomados a préstamo por el Estado (...)*”. En los mismos términos se definía la deuda pública en el art. 28 de la Ley General Presupuestaria de 1977. En cuanto a las referencias doctrinales, pueden verse las notas bibliográficas del capítulo III de este trabajo relativas al art. 135 de la CE en su redacción previa a la reforma de 2011.

⁵ El art. 2 del Protocolo núm. 12, sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo remite la concreción de los conceptos en el recogidos a lo establecido en “*el sistema europeo de cuentas económicas integradas*”.

El concepto deuda pública tradicional, como hemos apuntado, “se caracteriza jurídicamente por el hecho de que la obligación del Estado tiene su origen en un préstamo recibido de otras personas”⁶; en cambio, en el caso del concepto europeo de deuda pública, una obligación pendiente constituirá deuda pública si las Administraciones públicas asumen un importante nivel de riesgo respecto al ente o a la operación que la genera. En este punto, como analizaremos en detalle, será indiferente la forma jurídica del ente o el tipo de operación que origina dicha obligación.

En relación con el riesgo y el concepto europeo de deuda pública debemos hacer algunas apreciaciones introductorias.

En primer lugar, la vinculación del riesgo con el tiempo y el futuro. Etimológicamente, la palabra riesgo proviene del italiano *risico* o *rischio* que, a su vez, tiene su origen en el árabe clásico *rizq* (lo que depara la providencia)⁷. Existe riesgo porque los entes que se han creado para llevar a cabo funciones públicas actúan durante un largo período de tiempo⁸, o porque los contratos que las Administraciones públicas han suscrito con entes privados para llevar a cabo obras o servicios públicos son contratos de larga duración⁹.

En segundo lugar, la determinación de la existencia de riesgo y de su asunción por parte de las Administraciones públicas es una tarea que no aporta resultados categóricos. Esto se debe a la incertidumbre inherente al riesgo¹⁰ y a la dificultad de

⁶ PALAO TABOADA, Carlos, *Derecho Financiero y Tributario. Introducción. Derecho presupuestario. Ingresos no tributarios*, cit., p. 263.

⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed.

⁸ Como estudiaremos, uno de los requisitos que determina la inclusión de un ente en el sector Administraciones públicas en términos de SEC-95 es la duración de sus actuaciones. A modo de ejemplo, respecto a los entes creados para la asistencia a las instituciones financieras y los mercados financieros durante la crisis financiera, si sus actuaciones tienen carácter temporal incrementan las posibilidades de su exclusión del sector Administraciones públicas. Véase, EUROSTAT, *Decision of Eurostat on deficit and debt: The statistical recording of public interventions to support financial institutions and financial markets during the financial crisis*, 15 de julio de 2009, Luxemburgo, p. 6.

⁹ Los contratos de colaboración público privada se caracterizan por ser contratos de larga duración. Véase, EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, Methodologies and Working papers, ed. 2013, Luxemburgo, p. 270.

¹⁰ Como señala ESTEVE PARDO, “el riesgo tiene una configuración muy diferente a la del daño, sobre todo en lo que a posibilidades de conocimiento se refiere, pues así como el daño se percibe con un conocimiento medio y por ello resulta accesible al jurista –al que sólo pueden escapar ciertos aspectos como pueda ser su cuantificación–, el gran problema del riesgo es su certidumbre: su presencia –y no digamos ya la valoración de su potencialidad y alcance– resulta en muchos casos sólo perceptible a través de un conocimiento técnico especializado del que carece el operador jurídico”. Véase, ESTEVE PARDO, José, *Técnica, riesgo y Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 1999, p. 81.

medirlo¹¹. Los resultados obtenidos del análisis del riesgo no siempre son los que finalmente acaban materializándose. Así, es posible que entes u operaciones que *ex ante* no poseían un elevado nivel de riesgo para las Administraciones públicas acaben generando *ex post* obligaciones que deben ser sufragadas por estas últimas. Y a la inversa, que entes u operaciones de los que se predicaba *ex ante* un elevado nivel de riesgo para las Administraciones públicas, y por ello sus obligaciones fueron consideradas inicialmente deuda pública en el sentido europeo, no acaben materializando dicho riesgo.

Esta incertidumbre sobre los entes y operaciones que conforman los elementos subjetivo y objetivo, respectivamente, del concepto europeo de deuda pública, hace que a través de esta noción se establezca una mera previsión de los niveles de deuda pública existentes. Como analizaremos, según las circunstancias futuras, los niveles de deuda pública derivados de la aplicación del concepto europeo de deuda pública podrán incrementar o disminuir.

En tercer lugar, las instituciones europeas han establecido una serie de criterios para determinar los entes y las obligaciones que integran el elemento subjetivo y objetivo del concepto europeo de deuda pública. Estos criterios evalúan, a nuestro parecer, directa o indirectamente, el nivel de riesgo que las Administraciones públicas asumen. Ahora bien, estos criterios no son inalterables, las instituciones europeas los han modificado, y a buen seguro que los modificarán en el futuro, en la medida en que sea necesario para evaluar de forma más precisa el riesgo contraído por el sector Administraciones públicas¹². Esta evolución constante y necesaria de los criterios que miden el riesgo hace que la determinación de los contornos del concepto europeo de deuda pública no sea una labor conclusa.

En cuarto y último lugar, cuando se llevan a cabo obras o servicios públicos, a pesar del establecimiento de mecanismos de distribución del riesgo entre el sector público y el sector privado, es muy difícil que la Administración pública no ocupe una posición de garante último de la operación. La asunción del denominado “*ultimate*

¹¹ PETER L. BERNSTEIN, *Against the Gods: The Remarkable Story of Risk*, John Wiley & Sons, Inc., p. 81.

¹² Al analizar estos criterios en el capítulo IV observaremos esta evolución. Inicialmente, los criterios evolucionan debido a la interpretación que de ellos hace Eurostat y, con posterioridad, en algunos casos, los criterios son directamente modificados en el texto del SEC (en el SEC-95 respecto al SEC-79 o en el SEC-2010 respecto del SEC-95). Como veremos, los cambios introducidos en la redacción del SEC con carácter general plasman las últimas interpretaciones de Eurostat (Oficina Estadística de la Comisión Europea).

risk”¹³ por el sector público dificulta la determinación del verdadero alcance del concepto europeo de deuda pública. Esta situación, como analizaremos, refuerza la necesidad de controlar todas aquellas operaciones generadoras de obligaciones contingentes para las Administraciones públicas.

III. Estructura

Este trabajo se estructura en cuatro capítulos. El Capítulo Primero se destina al estudio de la normativa en materia de disciplina presupuestaria de la Unión Europea (UE). En él se analizan los límites al déficit y a la deuda públicos establecidos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE¹⁴) y desarrollados en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (en adelante, PEC). Por tanto, se inicia el trabajo con un capítulo que no versa directamente sobre el concepto europeo de deuda pública, sino sobre la normativa en la cual este se insiere. Ahora bien, la naturaleza de los límites y la finalidad que a través de ellos se pretende alcanzar son factores que van a determinar la tipología del concepto europeo de deuda pública y la problemática relativa a su determinación¹⁵. Por este motivo, consideramos de obligado cumplimiento efectuar este estudio preliminar de los límites europeos a la deuda pública y su aplicación por parte de las autoridades europeas y los Estados miembros.

El Capítulo Segundo se dedica al análisis de los conceptos de déficit y deuda públicos recogidos en el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo y en el Reglamento (CE) núm. 479/2009, relativo a la aplicación del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo. Dado que el Protocolo y el Reglamento (CE) núm. 479/2009 remiten al SEC-95 para precisar las definiciones de déficit y deuda públicos, se analiza también la naturaleza del SEC-95 y la problemática

¹³ Esta es una de las potenciales desventajas de las *Private Finance Initiative*. Véase, HOUSE OF COMMONS (TREASURY COMMITTEE), *Private Finance Initiative*, Seventeenth Report of Session 2010 – 2012, Londres, agosto 2011, p. 5 (Tabla 1, relativa a los beneficios y desventajas teóricos de las *Private Finance Initiative*).

¹⁴ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en la versión dada por el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007 (DO C 83 de 30 de marzo de 2010), que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

¹⁵ Paradójicamente, el establecimiento de límites cuantitativos a la deuda pública para preservar la sostenibilidad de las finanzas públicas ha propiciado que los Estados recurran a formas de endeudamiento que, si bien no computan en el balance público en términos de SEC-95, se ha comprobado que son menos sostenibles. Así lo ha puesto de manifiesto el informe de la Treasury Committee de la House of Commons del Reino Unido en relación con las *Private Finance Initiative*. Véase, HOUSE OF COMMONS (TREASURY COMMITTEE), *Private Finance Initiative*, Seventeenth Report of Session 2010 – 2012, Londres, agosto 2011, p. 12.

relativa a su aplicación por parte de Eurostat. Finalmente, este capítulo se completa con una aproximación a dos cuestiones relacionadas con la deuda pública. La primera de ellas, la relación existente entre el déficit público y la deuda pública. Y la segunda, la posición del Banco Central Europeo (en adelante, BCE) ante la crisis de deuda pública de algunos de los Estados miembros de la Unión Europea.

El Capítulo Tercero detalla la adaptación del ordenamiento jurídico interno a la disciplina presupuestaria de la UE. El capítulo se inicia valorando la necesidad de tal adaptación, puesto que las normas europeas relativas a la disciplina presupuestaria, esencialmente el TFUE y los Reglamentos que conforman el PEC, gozan de aplicabilidad directa en los ordenamientos jurídicos nacionales. A continuación, se examinan las diferentes modificaciones del ordenamiento jurídico español, desde la aprobación de la primigenia legislación de estabilidad presupuestaria en 2001, hasta la reforma del art. 135 de la CE en 2011 y la consiguiente aprobación de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera en 2012. A través de este estudio se persiguen dos objetivos. El primero, establecer las similitudes y diferencias entre las normas nacionales y las normas europeas de las que traen causa¹⁶. El segundo, determinar cuándo las normas nacionales hacen referencia al concepto europeo de deuda pública y cuándo al concepto de deuda pública tradicional.

Finalmente, en el Capítulo Cuarto se delimitan los contornos del elemento subjetivo y objetivo del concepto europeo de deuda pública. En relación con el elemento subjetivo, primeramente, se analizan los criterios generales establecidos en el Reglamento (CE) núm. 2223/1996, relativo al Sistema europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Comunidad (SEC-95) y desarrollados en el *Manual del SEC-95* para la configuración del sector Administraciones públicas. Posteriormente, se estudian algunos de los últimos pronunciamientos de Eurostat en materia de clasificación sectorial de entes. En cuanto al elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública, el análisis se centra en los contratos de colaboración público-privada. El motivo es que estos contratos pueden generar obligaciones que, si bien son de titularidad privada, se contabilizan como deuda pública debido al elevado nivel de riesgo que las Administraciones públicas asumen en el contrato. A continuación, se analizan los pronunciamientos de Eurostat relativos a contratos de colaboración público-privada españoles.

¹⁶ Además, en algunas ocasiones, se ha valorado también la forma como se han introducido los mandatos europeos en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

Debemos precisar que el análisis del Capítulo Cuarto se centra en entes y contratos cuya inserción en el elemento subjetivo u objetivo, respectivamente, del concepto europeo de deuda pública plantea especiales dificultades. De hecho, la dificultad de su clasificación en términos de SEC-95 ha propiciado que Eurostat haya emitido pronunciamientos específicos al respecto.

A través de este estudio inductivo se pretende, en primer lugar, extraer conclusiones generales sobre la interpretación que Eurostat hace de los criterios establecidos en el Reglamento (CE) núm. 2223/1996 para delimitar el concepto europeo de deuda pública. Y en segundo lugar, que estas conclusiones ayuden a determinar si un ente o contrato, diferente al que ha sido objeto de pronunciamiento por parte de Eurostat, se integra en el elemento subjetivo u objetivo del concepto europeo de deuda pública.

CAPÍTULO I LA DISCIPLINA PRESUPUESTARIA EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

I. FUNDAMENTOS DE LA DISCIPLINA PRESUPUESTARIA

El Informe del Comité Delors¹⁷ titulado “*White Paper on Completion of the Internal Market*” (1985)¹⁸ definió la Unión Económica y Monetaria (en adelante, UEM) como una realidad unitaria cuyas vertientes monetaria y económica deben estar equilibradas entre sí. En palabras del Informe:

“21. —La unión económica y la unión monetaria son ambas partes integrantes de un solo conjunto y, por consiguiente, habrían de instaurarse de forma paralela (...).

25. — (...) para que la unión sea viable deberá existir un equilibrio adecuado entre los componentes económicos y los monetarios. Esto es fundamental debido a la fuerte interacción existente entre las realidades y las políticas económicas y monetarias. (...).

42.—Como ya se ha sostenido en el capítulo II, una unión monetaria sin que exista un grado suficiente de convergencia entre las políticas económicas tiene pocas probabilidades de ser duradera, y podría resultar perjudicial para la Comunidad. Será indispensable que la integración económica y la monetaria progresen paralelamente a fin de evitar desequilibrios, que podrían provocar tensiones económicas, así como la pérdida de apoyo político al proyecto de convertir la Comunidad en una unión económica y monetaria.”¹⁹

Este equilibrio interno, como apunta el apartado 30 del Informe Delors, requiere la coordinación de las políticas presupuestarias:

¹⁷ El Comité Delors fue creado por el Consejo Europeo para estudiar y proponer fases concretas para la consecución de la unión económica y monetaria. El Comité, que toma su nombre de su presidente Jacques Delors (en ese momento presidente de la Comisión Europea), se conformó por: los Gobernadores de los Bancos Centrales de los doce Estados miembros de la entonces Comunidad Europea, tres expertos (Alexandre Lamfalussy, Niels Thygesen y Miguel Boyer) y otro comisario.

El Informe Delors tiene como antecedente el Informe Werner, elaborado en 1970, que presentó el primer plan para la consecución de una unión económica y monetaria. En marzo de 1971, tras el informe Werner, los Estados miembros expresaron su voluntad política de instaurar una unión económica y monetaria. La evolución de la integración económica y monetaria en la Comunidad se recoge en la Sección 1 del Capítulo I del Informe Delors.

¹⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Commission White Paper to the European Council on Completion of the Internal Market*, COM(85) 310 final, de 14 de junio de 1985, Bruselas.

¹⁹ Traducción de Fundación Encuentro, núm. 62 (junio 1989), pp. 1 a 41, en concreto pp. 16 y 21.

“30.—(...) La tarea de fijar una postura a escala comunitaria, en materia de política fiscal, deberá llevarse a cabo a través de la coordinación (por la Comunidad) de las políticas presupuestarias nacionales. Sin esta coordinación, la Comunidad en su conjunto no podrá determinar una combinación («mix») de políticas fiscal y monetaria adecuada para salvaguardar el equilibrio interno, o desempeñar su papel en el proceso internacional de ajuste. No cabe esperar que la política monetaria por sí sola cumpla tales funciones.(...) Asimismo, las disposiciones que se tomen en el terreno presupuestario deberían permitir a la Comunidad aplicar una combinación coherente de políticas fiscal y monetaria.”

A pesar de la importancia que el Informe Delors concedió a la existencia de un paralelismo entre la vertiente monetaria y la vertiente económica de la UEM²⁰, el Tratado de la Unión Europea²¹ (en adelante TUE) estableció parámetros distintos para el desarrollo de cada una de las dos vertientes²². Así, las competencias en materia monetaria se encuentran en manos de las instituciones comunitarias y el Banco Central Europeo. Señaladamente, el art. 109 del TUE atribuyó al Consejo la competencia de determinar una política de tipo de cambio²³ y el art. 105.2 del TUE dotó al Sistema Europeo de Bancos Centrales, y especialmente al BCE de la competencia de definir y ejecutar la política monetaria de la Comunidad. Por el contrario, las competencias en materia económica y de disciplina presupuestaria quedan en manos de los Estados, el art. 104 C del TUE tan solo fijó los criterios básicos que deben cumplir los Estados miembros para evitar la existencia de déficits excesivos²⁴.

²⁰ A pesar de esta estrecha relación entre ambas vertientes existe doctrina económica que cuestiona la necesidad de coordinar las políticas fiscales, al entender que la política monetaria a largo plazo (no así a corto plazo) puede alcanzar la estabilidad de precios sin interferir con la política fiscal. VON HAGEN, Jürgen y MUNDSCHEK Susanne, “Fiscal and Monetary Policy Coordination in EMU”, *International Journal of Financial Economics*, (8), 2003, pp. 279 – 295.

²¹ Tratado de la Unión Europea, en la versión dada por el Tratado de Maastricht, de 7 de julio de 1992 (DO C 191 de 29 de julio de 1992), que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993.

²² La asimetría en el tratamiento de ambas vertientes y la tipología de competencias de la UE en materia económica han llevado a algunos autores a considerar la denominación “Unión Económica” “imprecisa e inadecuada, ya que da a entender la existencia de una política económica común, elaborada por las instituciones comunitarias, que no existe en modo alguno” LÓPEZ ESCUDERO, Manuel, “El Pacto de Estabilidad ante el Tribunal de Justicia. Comentario a la sentencia de 13 de julio de 2004”, *REDE*, (13), 2005, p. 62.

²³ El art. 109. 1 del TUE establece “No obstante lo dispuesto en el artículo 228, el Consejo, por unanimidad, sobre la base de una recomendación del BCE o de la Comisión y previa consulta al BCE con el fin de lograr un consenso compatible con el objetivo de estabilidad de precios, podrá, previa consulta al Parlamento Europeo y con arreglo al procedimiento previsto en el apartado 3, para las modalidades de negociación allí mencionadas celebrar acuerdos formales relativos a un sistema de tipos de cambio para el ecu en relación con monedas no comunitarias. (...)”.

²⁴ Los criterios en materia de disciplina presupuestaria contenidos en el art. 104 del TUE se detallarán en los siguientes apartados.

De este modo, los mandatos finalmente establecidos en el art. 104 C del TUE para evitar déficits excesivos difirieron sustancialmente de la “*coordinación (por la Comunidad) de las políticas presupuestarias*” que había sido propugnada por el Informe Delors. El Informe Delors entendía la coordinación como una verdadera “transferencia de competencias en materia económica de los Estados miembros a la Comunidad”²⁵, tal como sucede en la vertiente monetaria. Por el contrario, el art. 104 C del TUE instauró una coordinación económica y presupuestaria de distinta naturaleza a la del Informe Delors.

La coordinación del Tratado se concibió como el compromiso para imponer disciplina fiscal entre los Estados miembros de la UEM²⁶. Por ello, los mandatos de

²⁵ Como señala TORRENT MACAU, “el Informe Delors plantea un proceso de avance hacia la UEM centrado en una progresiva transferencia de competencias en materia económica y monetaria de los Estados miembros a la Comunidad que permitiera a ésta substituir a los Estados miembros en ciertas funciones y coordinarlos. (...) sobre la base de la atribución a la Comunidad de unas competencias *no exclusivas* que ejercería respetando el principio de subsidiariedad.”, TORRENT MACAU, Ramón, “¿Cómo gobernar aquello que se desconoce?: El caso de la Comunidad europea en tanto que Unión Económica y Monetaria”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (20), 2005, p. 73.

²⁶ Por su extensión reproducimos solo los 6 primeros apartados del art. 104 C del TUE, estos establecen que: “1. Los Estados miembros evitarán déficits públicos excesivos.

2. La Comisión supervisará la evolución de la situación presupuestaria y del nivel de endeudamiento público de los Estados miembros con el fin de detectar errores manifiestos. En particular, examinará la observancia de la disciplina presupuestaria atendiendo a los dos criterios siguientes:

a) si la proporción entre el déficit público previsto o real y el producto interior bruto sobrepasa un valor de referencia, a menos que

- la proporción haya descendido sustancial y continuadamente y llegado a un nivel que se aproxime al valor de referencia;

- o que el valor de referencia se sobrepase sólo excepcional y temporalmente, y la proporción se mantenga cercana al valor de referencia;

b) si la proporción entre la deuda pública y el producto interior bruto rebasa un valor de referencia, a menos que la proporción disminuya suficientemente y se aproxime a un ritmo satisfactorio al valor de referencia.

Los valores de referencia se especifican en el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, anejo al presente Tratado.

3. Si un Estado miembro no cumpliera los requisitos de uno de estos criterios o de ambos, la Comisión elaborará un informe, en el que también se tendrá en cuenta si el déficit público supera los gastos públicos de inversión, así como todos los demás factores pertinentes, incluida la situación económica y presupuestaria a medio plazo del Estado miembro.

La Comisión también podrá elaborar un informe cuando considere que, aun cumpliéndose los requisitos inherentes a los criterios, existe el riesgo de un déficit excesivo en un Estado miembro.

4. El Comité previsto en el artículo 109 C emitirá un dictamen sobre el informe de la Comisión.

5. Si la Comisión considerare que un Estado miembro presenta o puede presentar un déficit excesivo, informará de ello al Consejo.

6. El Consejo, por mayoría cualificada y sobre la base de una recomendación de la Comisión, considerando las posibles observaciones que formule el Estado miembro de que se trate, y tras una

disciplina presupuestaria recogidos en el art. 104 del TUE se configuraron como un “control *ex post* de las políticas económicas”, las cuales se establecen por los Estados miembros²⁷.

A través de este control se pretende evitar los eventuales efectos externos negativos²⁸ en el conjunto de los UEM causados por políticas económicas de los Estados miembros generadoras de elevados niveles de déficit y deuda públicos²⁹. En este contexto, la *coordinación* adoptó el carácter de *coherencia*, en el sentido de establecer un marco común que defina las reglas de buen comportamiento por parte de los Estados³⁰.

Esta necesidad de coherencia en las políticas económicas se reflejó en el establecimiento de cuatro *criterios de convergencia* (art. 109 J del TUE y Protocolo núm. 6 sobre los criterios de convergencia previstos en el artículo 109 J del TUE) que debían ser cumplidos por los Estados que aspiraban a formar parte de la tercera fase de la UEM.

valoración global, decidirá si existe un déficit excesivo”.

²⁷ Esta es la tesis sostenida por TORRENT MACAU “se ha pasado de la orientación del Informe Delors, centrada en que las instituciones comunitarias se ocuparan del establecimiento «ex ante» de un «policy mix» adaptado a circunstancias cambiantes, a una orientación, bien ejemplificada en el litigio resuelto por la sentencia analizada, por el que las instituciones se dedican a controlar «ex post» unos criterios preestablecidos”. TORRENT MACAU, Ramón, “¿Cómo gobernar aquello que se desconoce?: El caso de la Comunidad europea en tanto que Unión Económica y Monetaria”, cit., p. 77. Tesis suscrita por RUIZ ALMENDRAL, Violeta, *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España*, La Ley, Madrid, 2008, p. 62.

²⁸ Existen dos tipos de efectos externos negativos: *efectos negativos macroeconómicos*, asociados a la existencia de vínculos económicos entre Estado, y los *efectos negativos derivados de la confianza*, fruto de la existencia de un banco central común. Por tanto, si bien los efectos negativos macroeconómicos no son exclusivos de las uniones monetarias, sí son más probables en las uniones monetarias fruto de los tipos de cambio irrevocables y la mayor interconexión entre los mercados financieros nacionales. En este sentido, BANCO CENTRAL EUROPEO, “The relationship between monetary policy and fiscal policies in the euro area”, *Boletín Mensual*, Febrero 2003, pp. 41 y 42.

²⁹ La COMISIÓN EUROPEA apuntó los efectos, positivos y negativos, que la constitución de la UEM produciría en los Estados miembros, especialmente en sus políticas fiscales y presupuestarias. Se ponía especial énfasis en el carácter insostenible de grandes volúmenes de déficit, que tras la constitución de la UEM no podrían ser monetizados. COMISIÓN EUROPEA, *One market, one money: An evaluation of the potential benefits and costs of forming an economic and monetary union*, Directorate-General for Economic and Financial Affairs, (44), octubre 1990, p. 43, mecanismo 8.

Por *monetización* del déficit se entiende la financiación de este a través de la impresión de dinero (estos ingresos se denominan *señoraje*). Cuando el Gobierno imprime dinero para financiar el gasto aumenta la oferta monetaria y provoca, a su vez, inflación. MANKIW, Gregory N., *Macroeconomía*, 4ª ed. Bosch, Barcelona, 2005, p. 214.

³⁰ FATÁS, Antonio; MIHOV, Ilian, “On Constraining Fiscal Policy Discretion in Emu”, *Oxford Review of Economics Policy*, (19), 2003, pp. 112 – 113.

Los cuatro criterios de convergencia recogidos en el art. 109 J apartado 1 del TUE eran: i) el logro de un alto grado de *estabilidad de precios*, que debía ponerse de manifiesto a través de una tasa de inflación que fuera próxima a la de, como máximo, los tres Estados miembros más eficaces en cuanto a la estabilidad de precios; ii) las *finanzas públicas* debían encontrarse en una *situación sostenible*, lo que quedaba demostrado en caso de haberse conseguido una situación del presupuesto sin un déficit público excesivo, definido de conformidad con lo dispuesto en el apartado 6 del art. 104 C del TUE; iii) el respeto, durante dos años como mínimo, *sin que se haya producido devaluación frente a la moneda* de ningún otro Estado miembro, de los márgenes normales de fluctuación que establece el mecanismo de tipos de cambio del Sistema Monetario Europeo; iv) el carácter duradero de la convergencia conseguida por el Estado miembro y de su participación en el Mecanismo de Tipo de Cambio del Sistema Monetario Europeo debía verse reflejado en los *niveles de tipos de interés a largo plazo*.

Como se puede observar, el tercero de los criterios de convergencia hacía referencia a la situación del presupuesto público. Este criterio de forma expresa estableció que *“las finanzas públicas deberán encontrarse en una situación sostenible”*. El concepto de finanzas públicas en situación de sostenibilidad recogido en el tercer criterio de convergencia se unió al principio rector de finanzas públicas sólidas recogido en el art. 3 A apartado 3 del TUE³¹ (actual art. 119.3 del TFUE).

El Protocolo núm. 6 determinó que un Estado daría cumplimiento al criterio de finanzas públicas en situación sostenible recogido en el art. 109 J del TUE cuando *“en el momento del examen, el Estado miembro de que se trate no sea objeto de una decisión del Consejo con arreglo al apartado 6 del artículo 104 C del Tratado, relativa a la existencia de un déficit excesivo en dicho Estado miembro”*. Esta forma de control del cumplimiento el criterio de convergencia constituía la vinculación directa entre el concepto de finanzas públicas sostenibles y el mandato contenido en el art. 104 C del TUE de evitar déficits excesivos.

Pero el cumplimiento de las obligaciones del art. 104 C del TUE no solo se vinculó al principio de finanzas públicas en situación sostenible. A su vez, el Banco Central Europeo (en adelante, BCE) consideró indispensable la observancia de los criterios fijados en el art. 104 C del TUE para dar cumplimiento al resto de principios

³¹ Los principios rectores recogidos en el apartado art. 3 A apartado 3 del TUE son: “precios estables, finanzas públicas y condiciones monetarias sólidas y balanza de pagos estable” (actual art. 119.3 TFUE).

rectores recogidos en el art. 3 A apartado 3 del TUE: estabilidad de precios, condiciones monetarias sólidas y balanzas de pagos estables.

El BCE, como máximo garante del principio rector de estabilidad de precios (art. 105.1 del TUE, actual art. 282 TFUE), apuntó que la estabilidad de precios no podía alcanzarse sin importantes dosis de disciplina fiscal. Los comportamientos fiscales flexibles llevan aparejadas emisiones de mayores volúmenes de deuda pública y, en consecuencia, generan intentos de recurrir al BCE para que intervenga monetizando deuda pública y reduciendo los tipos de interés³². Por todo ello, el BCE abogó siempre por la disciplina presupuestaria, la cual permite el funcionamiento estable y predecible de los mercados³³.

Los requisitos de disciplina presupuestaria recogidos en el art. 104 C del TUE buscaban la corrección de los elevados niveles de deuda y déficit públicos existentes a principios de la década de los noventa en la mayor parte de los Estados que posteriormente conformarían la UEM. La ratio media de deuda pública era del 73 % del PIB, cuando a comienzos de la década de los ochenta era aproximadamente del 38 %³⁴. En cuanto al déficit público, la situación era especialmente complicada, puesto que tras la firma del TUE en 1992 casi todos los futuros Estados miembros de la UEM tenían déficits superiores al 3 % del PIB³⁵.

La situación descrita llegó a poner en entredicho la consecución de la tercera fase de la UEM³⁶, especialmente para los defensores de un control estricto del cumplimiento de los criterios de convergencia recogidos en el art. 109 J del TUE, entre los que se encontraba el Tribunal Constitucional alemán³⁷.

³² Como en la práctica ha sucedido, véase, *supra*, Capítulo II, epígrafe La prohibición de acudir al préstamo de los Bancos Centrales y el papel actual del BCE, pp. 202 y ss.

³³ BANCO CENTRAL EUROPEO, “The relationship between monetary policy and fiscal policies in the euro area”, *Boletín Mensual*, Febrero 2003, pp. 41 y 42.

³⁴ En algunos Estados como Bélgica, Italia o Irlanda, que posteriormente conformarían la UEM, el nivel de deuda pública a principios de la década de los noventa se encontraba por encima del 100 % del PIB.

³⁵ En 1994 solo Irlanda y Luxemburgo tenían niveles de déficit inferiores al 3 % del PIB.

³⁶ La puesta en marcha de la UEM supuso seguir una hoja de ruta que se conformaba por tres fases distintas. Estas fases fueron propuestas por el Comité Delors en cuanto a su contenido, considerando el citado Comité que los plazos de su entrada en vigor eran un aspecto de carácter político. La tercera fase, iniciada el 1 de enero de 1999, comportaba la fijación irrevocable de los tipos de cambio entre las monedas de los once Estados miembros que participaron inicialmente en la UEM y la adopción del euro como moneda única.

³⁷ El Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*) se mostró contrario a interpretaciones flexibles de los criterios de convergencia, en su sentencia de 12 de octubre de 1993 (2 BvR 2134/92 – 2 BvR 2159/92), denominada “Sentencia Maastricht”. El texto de la sentencia se

Sin embargo, la mejora de la situación económica de la mayor parte de los Estados miembros³⁸ y la realización por parte las instituciones comunitarias de una interpretación flexible de los criterios de convergencia, principalmente del criterio relativo a la situación presupuestaria, permitieron la consecución de la tercera fase de la UEM³⁹. Esta concepción más laxa del criterio de finanzas públicas en situación sostenible se fundamentó en “una interpretación literal del apartado 2 del art. 104 C, que establece los porcentajes de déficit público/PIB y deuda pública/PIB como valores de referencia sin carácter absoluto hacia los que debían converger las finanzas de los Estados miembros”⁴⁰.

Posteriormente, y partiendo de esta interpretación flexible, el Consejo derogó, por recomendación de la Comisión, las decisiones entonces vigentes que declaraban la existencia de déficit excesivo respecto de Bélgica, Alemania, Austria, Francia, Italia, España, Portugal, Suecia y el Reino Unido⁴¹.

Esta posición adoptada por las instituciones comunitarias, especialmente permisiva respecto a la revisión del cumplimiento de los criterios de convergencia, es contraria a la pretensión originaria del TUE de hacer de la disciplina presupuestaria un rasgo característico de la UEM. En este sentido, el TUE configuró el criterio de finanzas

encuentra traducido por la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores de España, disponible en la *Revista de Instituciones Europeas*, 1993, pp. 975 y ss.

³⁸ Todos los Estados menos Grecia lograron alcanzar déficits inferiores al 3 % del PIB en 1998. Los datos aportados por Grecia hacían prever que su déficit estaría por debajo del valor de referencia del 3 % del PIB en el año 2000. Grecia finalmente se incorporó a la zona euro en 2001.

Puede observarse la situación económica del conjunto de los Estados en el Informe de Convergencia de 1998. COMISIÓN EUROPEA, *Informe de Convergencia 1998 (elaborado de conformidad con el apartado 1 del artículo 109 J del Tratado)*, 25 de marzo de 1998, Bruselas, pp. 86 y ss.

³⁹ Algunos autores han destacado la benevolencia que marcó la comprobación, por parte de las instituciones comunitarias, de la corrección de los criterios de acceso a la tercera fase de la formación de la UME. A modo de ejemplo, difícilmente se puede aceptar la corrección del nivel de deuda pública italiana o belga (del 122,2 % del PIB y 121 % del PIB, respectivamente) muy superiores al valor de referencia del 60 % del PIB previsto en el art. 1 del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo. Esta flexibilización se ha entendido como una ponderación a favor de las posturas “monetarias” frente a las estrictamente “económicas”. BEGG, Iain, “Economic Governance in an enlarged euro area”, *European Economy*, Economic Papers (311), 2008, p. 4. Igualmente, señala la práctica de una interpretación flexible de los criterios de convergencia, LÓPEZ ESCUDERO, Manuel, “La articulación jurídica de la Unión Económica y Monetaria en su fase definitiva”, *Revista de Derecho Comunitario europeo*, Año 2, (4), 1998, p. 397.

⁴⁰ LÓPEZ ESCUDERO, Manuel, “La articulación jurídica de la Unión Económica y Monetaria en su fase definitiva”, cit., p. 398.

⁴¹ Decisiones del Consejo 98/307/CE a 93/315/CE, respectivamente. (DO L 177 de 1 de mayo de 1998).

públicas en situación sostenible no solo como un requisito de obligado cumplimiento para el acceso a la última fase de la UEM, sino como un principio rector de las actuaciones de los Estados miembros y de la Comunidad (*principio rector de finanzas públicas sólidas*, art. 3 A apartado 3 del TUE). De igual forma, el TUE dotó de voluntad de permanencia a los criterios relativos al déficit y a la deuda públicos recogidos en el art. 104 C del TUE y desarrollados en el Protocolo núm. 5 sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo.

Estos mandatos en materia de disciplina presupuestaria han permanecido prácticamente inalterados desde el originario TUE hasta el vigente TFUE, a pesar de la existencia a lo largo de los años de situaciones presupuestarias diversas. La inalterabilidad de los mandatos recogidos en el texto del Tratado contrasta con los cambios en la interpretación que de ellos han efectuado las instituciones europeas. Inicialmente, las obligaciones en materia de disciplina presupuestaria recogidas en el Tratado fueron interpretadas de forma más estricta. Sin embargo, con posterioridad, a pesar de no modificar el tenor de las obligaciones, se ha introducido un elevado nivel de flexibilidad a la hora de valorar su cumplimiento. Como veremos, este cambio en la interpretación ha sido posible, entre otros motivos, por la concepción más laxa de las excepciones a los criterios del déficit y la deuda públicos establecidas en el propio art. 104.2 C TUE (actual art. 126 del TFUE)⁴².

II. REGULACIÓN DE LA DISCIPLINA PRESUPUESTARIA EN LA UNIÓN EUROPEA

La disciplina presupuestaria en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea se regula en las siguientes normas:

1. El art. 126 del TFUE (antiguo art. 104 del TCE⁴³ y art. 104 C del TUE) recoge los elementos básicos de la disciplina presupuestaria: la indicación a los Estados miembros de evitar déficit públicos excesivos; los criterios del déficit y la deuda públicos; y la regulación básica del procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo.

⁴² Véase, *infra*, Capítulo I, epígrafe Regulación contenida en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), pp. 24 y ss.

⁴³ Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), en la versión dada por el Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, que entró en vigor el 1 de mayo de 1999 (DO C 340 de 10 de noviembre de 1997).

2. El Protocolo núm. 12 sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, anejo al TUE.

3. Reglamento (CE) núm. 3605/1993 del Consejo, de 22 de noviembre de 1993, relativo a la aplicación del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, que entró en vigor el 1 de enero de 1994⁴⁴ y ⁴⁵. Este último, tras sucesivas reformas, fue sustituido por el Reglamento (CE) núm. 479/2009, del Consejo, de 25 de mayo, relativo a la aplicación del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo⁴⁶.

4. El Pacto de Estabilidad y Crecimiento (aprobado por Resolución del Consejo, Ámsterdam, 17 de junio de 1997)⁴⁷. El Pacto de Estabilidad y Crecimiento posee dos vertientes: la vertiente *preventiva* regulada en el Reglamento (CE) núm. 1466/1997, del Consejo, de 7 de julio, relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas⁴⁸ (en adelante, Reglamento de supervisión). Y la vertiente *correctiva* regulada en el Reglamento (CE) núm. 1467/1997, del Consejo, de 7 de julio, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo⁴⁹ (en adelante, Reglamento del procedimiento de déficit excesivo).

⁴⁴ (DO L 332 de 31 de diciembre de 1993).

⁴⁵ Desde la aprobación del TUE, en 1992, hasta la aprobación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, en 1997, el Reglamento (CE) núm. 3605/1993 constituyó el marco jurídico de referencia en materia de disciplina presupuestaria. El Reglamento (CE) núm. 3605/1993 establecía la obligación de los Estados de remitir a la Comisión europea los datos relativos a sus niveles de deuda y déficit públicos de forma semestral. Este Reglamento fue modificado para dotarlo de mayor racionalidad y claridad después de los cambios vividos en el ordenamiento jurídico comunitario desde su entrada en vigor en 1993. Concretamente, fue modificado por el Reglamento (CE) núm. 475/2000, del Consejo, de 28 de febrero de 2000 (DO L 58 3.3.2000); el Reglamento (CE) núm. 351/2002, del Consejo, de 25 de febrero de 2002 (DO L 55 de 26 de febrero de 2002); y el Reglamento (CE) núm. 2103/2005, del Consejo, de 12 de diciembre de 2005 (DO L 337 de 22 de diciembre de 2005). El Reglamento (CE) núm. 475/2000 introdujo los ajustes necesarios para adaptar los conceptos del Reglamento (CE) núm. 3605/1993 al nuevo Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales (SEC) de 1995 (que sustituye al SEC-79 hasta entonces vigente); el Reglamento (CE) núm. 351/2002, introdujo modificaciones técnicas del SEC-95 ; y, finalmente, el Reglamento (CE) núm. 2103/2005 modificó el Reglamento (CE) 3605/1993 por lo que se refiere a la calidad de los datos estadísticos en el contexto del procedimiento relativo a los déficits excesivos.

⁴⁶ (DO L 145 de 10 de junio de 2009).

⁴⁷ (DO C 236 de 2 de agosto de 1997).

⁴⁸ (DO L 209 de 2 de agosto de 1997).

⁴⁹ (DO L 209 de 2 de agosto de 1997).

Estos dos reglamentos fueron objeto de reforma en 2005 a través de los Reglamentos (CE) núm. 1055/2005⁵⁰ y núm. 1056/2005⁵¹ que reformaron, respectivamente, el Reglamento de supervisión y el Reglamento del procedimiento de déficit excesivo.

Las dos vertientes que conforman el PEC volvieron a ser objeto de reforma en 2011 mediante la aprobación del denominado *Six Pack*⁵². El *Six Pack* se conforma por cinco Reglamentos (dos de ellos, el Reglamento (UE) núm. 1175/2011⁵³ y el Reglamento (UE) núm. 1177/2011⁵⁴, modifican, respectivamente, el Reglamento de Supervisión y el Reglamento del procedimiento de déficit excesivo) y una Directiva.

5. El Reglamento (CE) núm. 2223/96, del Consejo, de 25 de junio, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Comunidad (SEC-95)⁵⁵. Este Reglamento será sustituido por el Reglamento (UE) núm. 549/2013, relativo al Sistema de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea, de 21 de mayo de 2013 (SEC-2010), para los datos transmitidos por los Estados a las Instituciones europeas a partir de 1 de septiembre de 2014⁵⁶.

1. Regulación contenida en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)

El apartado 1 del art. 126 del TFUE (antiguo apartado 1 del art. 104 C TUE), establece que *“los Estados miembros evitarán déficit públicos excesivos”*. El apartado 2 del mismo artículo atribuye a la Comisión la supervisión de la situación presupuestaria y del nivel de endeudamiento público *“con el fin de evitar errores manifiestos”*.

La Comisión examinará la observancia de la disciplina presupuestaria atendiendo a dos criterios: el criterio del déficit público (art. 126.2 a) TFUE) y el criterio de la deuda pública (art. 126.2 b) TFUE)⁵⁷. En caso de incumplimiento por parte

⁵⁰ (DO L 174/1 de 7 de julio de 2005).

⁵¹ (DO L 174/5 de 7 de julio de 2005).

⁵² En el último epígrafe de este capítulo efectuaremos un análisis detallado del contenido y los cambios introducidos en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento a través del *Six Pack*. Capítulo I, epígrafe La aprobación del “Six Pack”, pp. 109 y ss.

⁵³ (DO L 306/12 de 23 de noviembre de 2011).

⁵⁴ (DO L 306/33 de 23 de noviembre de 2011).

⁵⁵ (DO L 310 de 3 de noviembre de 1996).

⁵⁶ (DO L 174/1 de 16 de junio de 2013).

⁵⁷ Tanto el criterio del déficit público como el criterio de la deuda pública se definen de forma negativa. Es decir, si el Estado cumple alguno de los dos criterios establecidos en el art. 126.2 del TFUE,

de un Estado de alguno de los dos criterios, o de ambos, la Comisión emitirá un informe en el que, junto al análisis del incumplimiento, se evaluarán otros aspectos de la situación presupuestaria del Estado (como, por ejemplo, si el nivel de déficit público supera los gastos públicos de inversión, las previsiones presupuestarias a medio y largo plazo, etc.)⁵⁸.

1.A. El criterio del déficit público (art. 126.2 a) del TFUE)

En el análisis para elaborar el citado informe, la Comisión “*examinará la observancia de la disciplina presupuestaria atendiendo a los dos criterios siguientes:*

“*a) si la proporción entre el déficit público previsto o real y el producto interior bruto sobrepasa un valor de referencia, a menos:*

— *que la proporción haya descendido sustancial y continuadamente y llegado a un nivel que se aproxime al valor de referencia.*

— *que el valor de referencia se sobrepase sólo excepcional y temporalmente, y la proporción se mantenga cercana al valor de referencia;”*⁵⁹

El *criterio de déficit público* regulado en el art. 126. 2 a) del TFUE constituye el punto de partida para el estudio del *concepto europeo de déficit público*.

pero no cumple alguna de las excepciones recogidas a ambos, este hecho capacitará a la Comisión para la emisión del correspondiente informe. Esta formulación de los criterios explica el tenor del art. 126.3 del TFUE: “*si un Estado miembro no cumple los requisitos de uno de estos criterios o de ambos, la Comisión elaborará un informe en el que también se tendrá en cuenta si el déficit público supera los gastos públicos de inversión, así como todos los demás factores pertinentes, incluida la situación económica y presupuestaria a medio plazo del Estado miembro*”.

⁵⁸ Sobre el contenido del informe y, en general, sobre el papel desempeñado por la Comisión en la apertura del procedimiento de déficit excesivo, véase, *infra*, Capítulo I, epígrafe Vertiente correctiva: el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, pp. 46 y ss.

⁵⁹ La redacción otorgada a las dos excepciones parece excluir que las mismas puedan producirse simultáneamente. La primera excepción se vincula a supuestos en los cuales el déficit, muy elevado, disminuye sustancial y continuamente, situándose en niveles cercanos al 3 % del PIB. Este escenario se ha producido básicamente en Estados que pretendían acceder a la segunda y tercera fase del UEM. A través de la segunda excepción se permiten excesos de déficit siempre que estos sean excepcionales y temporales, coyuntura en la cual se pueden encontrar tanto Estados que aspiran a la inclusión en la UEM como Estados que ya forman parte de la UEM. En la actualidad la mayor parte de los Estados con déficit excesivo pueden clasificarse dentro de esta segunda excepción. Como analizaremos con detalle, esta excepción requiere la existencia de una fluctuación excepcional en los niveles de ingresos y gastos del Estado, nacida de un evento imprevisible fuera del control del Gobierno.

Existen múltiples definiciones del concepto de déficit público⁶⁰. En la normativa de la UE, el concepto de déficit público, a efectos del procedimiento de déficit excesivo, se define a través de una remisión al concepto de déficit público del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales (en adelante, SEC-95)⁶¹.

Además, el criterio del déficit público del TFUE no hace referencia al déficit público en sentido estricto⁶², sino a la existencia de déficit público *excesivo*. Por tanto, para evaluar si un Estado da cumplimiento a este criterio se tendrá que tener en consideración no solo el concepto de déficit público, sino también otras variables. En concreto, se tendrá que determinar *la proporción de déficit público, actual o previsto, en relación con el PIB*.

⁶⁰ El concepto de déficit público posee carácter contable y tiene en consideración las partidas constitutivas de ingresos y gastos, vinculando estas a una fase o tiempo determinado. Se entiende por déficit “la necesidad de financiación de las Administraciones públicas, que muestra el importe neto de los recursos que los demás sectores de la economía proporcionan a los agentes incluidos dentro del sector Administraciones públicas” BAREA TEJEIRO, José, “El déficit público”, *Papeles de Economía*, (10), 1982, p. 38.

Pero este concepto de déficit público no es el único, a él se suman otros conceptos como:

i) El *déficit de caja*, constituido por la diferencia entre los ingresos y los pagos corrientes y de capital, excluyendo, por tanto, las operaciones financieras. En el cómputo del déficit de caja se extraen los Capítulos 8 y 9 del presupuesto, tanto del presupuesto de ingresos como de gastos, ya que ambos incluyen operaciones financieras. El capítulo 8 del presupuesto correspondiente a variaciones de activos financieros: su aumento es un gasto y su disminución es un ingreso. Y el capítulo 9 del presupuesto incluye las variación de pasivos financieros: su aumento es un ingreso y su disminución un gasto. El déficit de caja se diferencia de la necesidad de financiación (déficit en contabilidad nacional) en el saldo neto de las variaciones de ingresos pendientes de cobro y de gastos pendientes de pago.

ii) El *déficit de gestión*, entendido como la diferencia entre los derechos y las obligaciones presupuestarias devengados, excluyendo operaciones de presupuesto de capital (capítulos 6 y 7 del presupuesto). El concepto de déficit de gestión es coincidente con las necesidades de financiación de la contabilidad nacional.

Los conceptos de déficit de caja y de gestión, se recogen, entre otros por BAREA TEJEIRO José, “El déficit público”, cit., p. 38, y ATIENZA MENA, María Teresa, “El déficit público y el Presupuesto del Estado. Clases y consideraciones”, *Hacienda Pública Española*, (85), 1983, pp. 300 y 301.

iii) Por último, el *déficit monetario* (o *déficit de caja puro*) definido como la diferencia entre ingresos y pagos realizados por operaciones presupuestarias y extrapresupuestarias, exceptuando el Capítulo 9 del presupuesto el cual se considera fuente financiadora del déficit. ATIENZA MENA, María Teresa, “El déficit público y el Presupuesto del Estado. Clases y consideraciones”, cit. pp. 300 y 301.

⁶¹ Véase, *infra*, Capítulo II, epígrafe El concepto de déficit público en el Reglamento (CE) núm. 479/2009 y el SEC-95, pp. 175 y ss.

⁶² El déficit público como fenómeno se puede producir en el desarrollo de la actividad financiera de cualquier ente con personalidad jurídico-pública, y no es un efecto directamente vinculado a una determinada situación coyuntural de crisis económica, puesto que es posible no financiar la totalidad de los gastos públicos mediante ingresos tributarios o patrimoniales. NAVARRO FAURE, Amparo, *Aspectos jurídico-financieros del Déficit público. Especial referencia al déficit autonómico*, Generalitat Valenciana, Conselleria d’Economia i Hisenda, Valencia, 1993, p. 225.

Para poder llevar a cabo de forma eficiente esta comparación se asume que el concepto de déficit público (numerador) y el concepto de PIB (denominador) se encuentran armonizados. Esta armonización se alcanza a través de la definición de ambos conceptos mediante remisiones al SEC-95⁶³.

Desde una perspectiva temporal, el criterio del déficit toma en consideración dos tipos de déficit: el *déficit real (actual)* y el *déficit previsto (planned)*. La determinación de ambos conceptos de déficit se lleva a cabo en los arts. 1 y 2 del Reglamento (CE) núm. 479/2009 del Consejo, de 25 de mayo, relativo a la aplicación del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo.

El concepto *déficit previsto* hace referencia a déficits futuros en relación con el año actual, denominado año *n*. Es decir, déficits que han sido calculados con anterioridad al transcurso del año presupuestario examinado. Por su parte, el concepto de *déficit real* hace alusión a déficits de años previos al ejercicio presupuestario presente, por tanto, se trata de déficits que se presumen ciertos al pertenecer a ejercicios presupuestarios que ya han sido ejecutados por completo⁶⁴.

⁶³ El art. 1 del Reglamento (CE) núm. 479/2009, relativo a la aplicación del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, anejo al Tratado, determina que “*por producto interior bruto se entenderá el producto interior bruto a precios corrientes de mercado (PIB), conforme a las definiciones del SEC-95*”. El SEC-95 10.58, establece que el PIB “*a precios constantes mide la producción total (menos los consumos intermedios) del total de la economía en términos de volumen*”. Por tanto, el Producto Interior Bruto (PIB) de un país es el valor de los bienes y servicios finales generados por su economía en su territorio.

Para una explicación extensa de estos conceptos puede verse CARRASCO CANALS, Fernando, *Fundamentos del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1999, pp. 21 y ss.

⁶⁴ En función del tiempo, la doctrina económica distingue a su vez dos tipos de déficit, el *déficit inicial* y el *déficit final*. En cuanto al *déficit inicial*, ATIENZA MENA lo define como “la diferencia existente entre el Presupuesto inicial de Gastos e Ingresos de un ente”. El *déficit final* o de ejecución es “la diferencia entre las realizaciones presupuestarias de ingresos y pagos; en este punto deberá precisarse si el déficit presupuestario se refiere: a) a la fase de obligaciones y derechos reconocidos; b) a la fase de pagos ordenados; c) a la fase de ingresos y pagos materiales”. ATIENZA MENA, María Teresa, “El déficit público y el Presupuesto del Estado. Clases y consideraciones”, cit., p. 300.

Sobre el déficit inicial con frecuencia se ha puesto el acento en su carácter coyuntural, apuntando la dificultad de tomarlo en consideración por las múltiples posibilidades de que su valor se vea alterado debido a modificaciones posteriores en los niveles de ingresos y gastos. Como apunta GIMENO ULLASTRES, “el déficit previsto no pasa de ser una estimación indicativa de cuál es el objetivo que se pretende”. GIMENO ULLASTRES, Juan Antonio, *El déficit público y su financiación. Mitos y realidades*, Universidad Complutense, Madrid, 1984, p. 7.

Para algunos autores (DE LA CRUZ CORCOLL y ROLDÁN MESANAT) el déficit inicial tiene validez en el contexto de presentación de los Presupuestos Generales del Estado. Los autores apuntan que el déficit inicial “tiene validez más que en un contexto jurídico de presentación de los Presupuestos del Estado y no tiene una clara significación económica. Dicho déficit inicial del Estado se calcula como la diferencia

La coexistencia de estos dos conceptos de déficit en la regulación contenida en el art. 126 del TFUE se debe a la naturaleza de las comprobaciones que efectúa la Comisión con vistas a la realización de un eventual informe sobre la apertura del procedimiento de déficit excesivo. En función de lo establecido en el Reglamento de supervisión y el Reglamento del procedimiento de déficit excesivo, la Comisión formaliza peticiones de información a los Estados referentes al déficit del año actual (n) y de años previos, por ejemplo, $n - 4$. A su vez, la Comisión puede solicitar información sobre el déficit previsto ($n + 1$), el cual probablemente cuando sea analizado constituirá el déficit real (n).

El criterio de déficit público excesivo se cumplirá si la ratio de déficit público de un Estado en relación al PIB excede de un determinado valor (*common numerical benchmark*). Ahora bien, el *valor numérico* de referencia no se determina en el art. 126 del TFUE. La precisión del porcentaje se lleva a cabo en el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo. Este último, en su art. 1, determina que la proporción entre el déficit público y el PIB no podrá ser superior al 3 %⁶⁵.

Por último, debemos destacar que aunque un Estado supere el valor numérico de referencia, el criterio del déficit fija dos motivos de excepción a la realización por parte de la Comisión del informe por existencia de déficit excesivo. El primer motivo es que la proporción de déficit superior al valor de referencia “*haya descendido sustancial y continuadamente y llegado a un nivel que se aproxime al valor de referencia*”. Y el segundo motivo es “*que el valor de referencia se sobrepase sólo excepcional y temporalmente, y la proporción se mantenga cercana al valor de referencia*”.

entre el total de ingresos previstos, capítulos 1 a 8, y el total de gastos presupuestados, capítulos 1 a 9; la financiación de la magnitud obtenida la constituyen las emisiones brutas de deuda del Estado (interior o exterior) y deuda del Tesoro a corto plazo”. DE LA CRUZ CORCOLL, Rafael y ROLDÁN MESANAT, José Antonio, “El déficit público y su financiación”, *Hacienda pública Española*, (85), Madrid, 1983, pp. 303 y 304.

No obstante, la doctrina jurídica ha puesto en entredicho estas afirmaciones, al entender que “admitir la existencia de este déficit inicial supone admitir, a priori, que el equilibrio presupuestario consiste en que serán iguales los ingresos ordinarios y los gastos corrientes del Estado, manteniendo, por tanto, la división en recursos ordinarios y extraordinarios de la Hacienda pública”. NAVARRO FAURE, Amparo, *Aspectos jurídico- financieros del Déficit público. Especial referencia al déficit autonómico*, cit., p. 26.

⁶⁵ Los motivos y las consecuencias de la regulación del valor numérico de referencia en el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo y no en el texto del Tratado se analizarán con posterioridad. Véase, *infra*, Capítulo I, epígrafe El Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, pp. 34 y ss.

De este modo, la superación del valor de referencia no comporta indefectiblemente que la Comisión en su informe determine la existencia de un déficit excesivo. La Comisión goza de un cierto margen de apreciación dependiendo de las características concretas del déficit. Señaladamente, existen tres factores que pueden evitar la apertura del procedimiento de déficit excesivo: si el déficit es *excepcional* (el origen del déficit no debe encontrarse entre las circunstancias normales), *temporal* (el déficit superior al valor de referencia tan solo puede producirse durante un período limitado) y *cercano al valor de referencia*.

Estos motivos de excepción introducen nuevos conceptos que deben ser precisados. Respecto a la excepcionalidad debe determinarse qué se entiende por “*circunstancia excepcional*”. Según el art. 2.1 del Reglamento del procedimiento de déficit excesivo, se considera excepcional aquel déficit que obedece a “*una circunstancia inusual sobre la cual no tenga ningún control el Estado miembro afectado y que incide de manera significativa en la situación financiera de las administraciones públicas, o cuando obedezca a una grave recesión económica*”. Se considera “*grave recesión económica*” una caída real del PIB igual o superior al 2 % (art. 2.2 del Reglamento (CE) núm. 1467/1997 sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo). Las disminuciones situadas entre el 0,75 % y 2 % pueden ser evaluadas también como grave recesión económica. Reducciones del PIB inferiores al 0,75 % no se insertan dentro del concepto *grave recesión económica*, sino que se consideran *ligera recesión*⁶⁶.

⁶⁶ Los casos en los que se produce un crecimiento negativo durante dos o más años consecutivos (descendiendo el PIB en un 0,75 %, o más, en menos de un año) son considerados supuestos de recesión severa. Esta clasificación de la gravedad de la recesión económica se recoge en la Resolución del Consejo de 17 de junio de 1997 que aprueba el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, concretamente en el 7º compromiso de los Estados miembros. Se recoge un estudio detallado sobre este criterio en ANNETT, Anthony, DECRESSIN, Jörg, DEPPLER, Michael, “Reforming the Stability and Growth Pact”, *International Monetary Fund*, Policy Discussion Paper 05/02, European Department, Febrero 2005, p. 5.

Sobre el concepto *grave recesión económica* es de interés el análisis llevado a cabo por BUTI, FRANCO y ONGENA sobre las consecuencias presupuestarias de las recesiones sufridas por los Estados miembros en el período comprendido entre 1961 y 1996. Los autores analizan de forma retrospectiva cómo hubiera actuado el Pacto de Estabilidad y Crecimiento durante las recesiones ya acontecidas. En el plazo objeto de estudio se produjeron, en los quince Estados miembros iniciales, treinta y seis supuestos de crecimiento negativo del PIB del 0,75 % o superior. La media es de dos recesiones graves por Estado, si bien algunos Estados como Bélgica, Alemania, los Países Nórdicos, Portugal y el Reino Unido registraron mayor número de recesiones severas, y otros, como Irlanda o Austria, no experimentaron ninguna. BUTI, Marco, FRANCO, Daniele, ONGENA, Hedwig, “Budgetary policies during recessions. Retrospective Application of the “Stability and Growth Pact” to the Post Ward Period”, *Recherches économiques de Louvain*, Vol. 63, (4), 1997, pp. 326 a 328.

El Reglamento del procedimiento de déficit excesivo también determina la excepción relativa a la temporalidad. Un déficit será temporal cuando “*las previsiones presupuestarias facilitadas por la Comisión indiquen que el déficit se situará por debajo del valor de referencia al término de las circunstancias inusuales o de la grave recesión económica*” (art. 2.1 segundo párrafo). Por último, el Reglamento del procedimiento de déficit excesivo nada precisa sobre qué se considera “*valor cercano al valor de referencia*”.

En cuanto al modo de aplicación de estas tres excepciones (excepcionalidad, temporalidad y valor cercano al valor de referencia), de una interpretación literal del art. 126 del TFUE se desprende que las tres excepciones deben darse de forma cumulativa para permitir que el Estado incumpla el criterio del déficit público excesivo. No obstante, la Comisión ha tendido a evaluar de forma independiente cada una de las excepciones, sin requerir su presencia cumulativa sino alternativa. Este hecho se debe, como veremos⁶⁷, a la dificultad en términos prácticos de que las tres excepciones se produzcan simultáneamente (si un déficit es excepcional difícilmente será tan solo temporal o cercano al valor de referencia).

1.B. El criterio de la deuda pública (art. 126.2 b) del TFUE)

El *criterio de la deuda pública*, recogido en el art. 126.2 b) del TFUE es el segundo elemento que debe evaluar la Comisión en su informe sobre la situación presupuestaria de un Estado. Este precepto establece que:

“En particular, (la Comisión) examinará la observancia de la disciplina presupuestaria atendiendo a los dos criterios siguientes:

(...)

b) si la proporción entre la deuda pública y el producto interior bruto rebasa un valor de referencia, a menos que la proporción disminuya suficientemente y se aproxime a un ritmo satisfactorio al valor de referencia.”

La estructura del criterio de la deuda pública posee importantes similitudes con la estructura del criterio del déficit público. En primer lugar, el elemento que se toma en consideración para evaluar el incumplimiento del criterio no es la existencia de deuda pública en sí misma, sino la *proporción entre la deuda pública y el PIB* del Estado.

⁶⁷ La aplicación práctica por las instituciones europeas del criterio del déficit así como de las tres causas de excepción a este se detallarán más adelante. Véase, *infra*, Capítulo I, epígrafe El Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC), pp. 39 y ss.

En segundo lugar, el incumplimiento del criterio de la deuda pública se produce si la relación deuda pública/PIB supera un determinado *valor numérico de referencia* (*common numerical benchmark*), cuya concreción se lleva a cabo igualmente en el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo. El art. 1 del Protocolo precisa que la proporción de deuda pública en relación con el producto interior bruto no podrá ser superior al 60 %⁶⁸.

En tercer lugar, el criterio de la deuda pública recoge asimismo una excepción. El cumplimiento de la excepción comportará que, a pesar de que el Estado supere el valor de referencia, la Comisión no considerará que existe un nivel de deuda pública excesivo.

En la ordenación de esta excepción se encuentran las principales diferencias entre la configuración del criterio del déficit público y el criterio de la deuda pública. La excepción del criterio de la deuda pública no exige, como sucede en el criterio del déficit público, que el valor de deuda pública excesiva sea cercano al valor de referencia, sino que requiere simplemente “*que la proporción (deuda pública/PIB) disminuya suficientemente y se aproxime a un ritmo satisfactorio al valor de referencia*”. Con ello, si existe un nivel de deuda pública muy elevado, una disminución sustancial de este podría ser suficiente para entender que el Estado miembro da cumplimiento a la excepción (reducción a “*ritmo satisfactorio*”), a pesar de que el volumen de deuda pública sea lejano al valor de referencia. En cambio, si el nivel de deuda pública excesiva es menor, con disminuciones incluso pequeñas también se alcanzará el requerido “*ritmo satisfactorio*”. Por tanto, el decrecimiento requerido en el caso de la deuda pública está vinculado al volumen de deuda pública existente en cada uno de los Estados⁶⁹. Por el contrario, en la excepción del criterio del déficit, la reducción en el déficit público se vincula a un elemento objetivo e igual para todos los Estados: que la disminución de déficit sitúe a este en un valor cercano al valor de referencia.

Además, la excepción del criterio de la deuda pública incluye conceptos más indeterminados y menos severos –en términos cuantitativos– que los empleados en las excepciones del criterio del déficit público. En concreto:

⁶⁸ Véase, *infra*, Capítulo I, epígrafe El Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, pp. 34 y ss.

⁶⁹ ITALIANER, Alexander, “The Excessive deficit procedure: A legal Description”, *European Monetary Union: The institutional Framework*, M. Andenas, L. Gormley, C. Hadjiuemmanuil and I. Harden (eds.), The Hague, Kluwer Law International, 1997, p. 210.

- Se requiere una disminución “*suficiente*” de la proporción de la deuda pública/PIB, mientras que en el caso del criterio del déficit es necesaria una disminución “*sustancial*” para dar cumplimiento a la excepción.

Ambos conceptos tienen connotaciones distintas: una disminución “*sustancial*” es una exigencia de máximos (criterio del déficit público), y una disminución “*suficiente*” es una salvaguarda de mínimos (criterio de la deuda pública). Por tanto, para dar cumplimiento a la excepción del criterio del déficit público se requiere mayor disciplina fiscal por parte del Estado que para dar cumplimiento a la excepción del criterio de la deuda pública.

- La primera excepción al criterio del déficit público requiere que el decrecimiento del déficit sea “*continuado*”, cuestión que no se especifica en el criterio de la deuda pública, cuya disminución tan solo tiene que ser a “*un ritmo satisfactorio*”. De esta previsión se extrae que si un año determinado la disminución en los niveles de deuda pública no se produce, pero en los precedentes sí, este hecho no afectará a la aplicación de la excepción. Por el contrario, la reducción del déficit sí que debe darse en todos los ejercicios presupuestarios.

- Desde una perspectiva temporal, en la segunda excepción al criterio del déficit público los excesos tan solo pueden ser *excepcionales* y *temporales*, mientras que esta excepcionalidad y temporalidad no se exigen para la aplicación de la excepción en el criterio de la deuda pública.

En cuanto a la evaluación de la información, los datos tomados en consideración por la Comisión son distintos en uno y otro caso. El criterio del déficit requiere la presentación por parte del Estado de información sobre *el déficit real y el previsto*. En cambio, en el criterio de deuda pública no se establece la precisión sobre la deuda pública “*real o prevista*”.

Esta indeterminación del Tratado sobre los datos requeridos en materia de deuda pública se mantiene en el considerando número 12 del Reglamento 479/2009, relativo a la aplicación del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit que establece: “*Resultan necesarias normas detalladas para que los Estados miembros notifiquen a la Comisión, sin demora y de forma periódica, sus déficits previstos y reales y el nivel de su deuda*”. No obstante, el artículo 2.2 del Reglamento (CE) núm.

479/2009 claramente precisa que: “*Antes del 1 de abril del año n, los Estados miembros: a) notificarán a la Comisión el déficit público previsto para el año n, la estimación del nivel de su deuda pública real al final del año n-1 el nivel de su deuda pública real de los años n-2, n-3 y n-4*”. En suma, se solicita información del déficit previsto (año n) y de la deuda pública real (de los cuatro últimos ejercicios presupuestarios). Por tanto, la información que deben aportar los Estados en materia de deuda pública se circunscribe a *la deuda pública real*.

La dificultad del Gobierno de los Estados de controlar algunos elementos que afectan directamente al volumen de la deuda pública, como son la inflación, los tipos de interés y la evolución cíclica del crecimiento, ha sido el motivo argüido por la Comisión para restringir la información requerida en materia de deuda pública a la deuda pública real⁷⁰.

Esta interpretación del texto del Tratado, que limita los datos presentados sobre deuda pública a la deuda pública real, es la que se ha seguido en la práctica. Las previsiones contenidas en los Programas de Estabilidad y Convergencia presentados por los Estados tan solo recogen la deuda pública real. Este hecho no excluye que los Estados miembros y la Comisión puedan efectuar previsiones sobre la deuda pública de ejercicios presupuestarios futuros⁷¹.

Este doble estándar en la información remitida por los Estados también afecta a la aplicación, más o menos rígida, de ambos criterios. En el criterio del déficit se toman en consideración los datos relativos al presente pero también al futuro. El Estado, al presentar datos de déficit relativos a ejercicios futuros, plasma sus propias previsiones y se encuentra obligado en mayor medida a seguirlas. Por el contrario, la información sobre la deuda pública, al hacer referencia solo a ejercicios ya pasados, tiene, por definición, menor fuerza vinculante, al no recoger compromisos hacia el futuro.

⁷⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Communication from the commission to the European parliament, the European council, the council, the European central bank, the European economic and social committee and the committee of the regions. Enhancing economic policy coordination for stability, growth and jobs. Tools for stronger EU economic governance*, COM(2010) 367/2, Bruselas, p. 8

ITALIANER recoge la dificultad para el cálculo de las previsiones de deuda pública, al interferir factores ajenos al Gobierno del Estado como pueden ser los cambios en la valoración de deuda pública extranjera expresada en moneda nacional. ITALIANER, Alexander, “The Excessive deficit procedure: A legal Description”, cit., p. 209.

⁷¹ A modo de ejemplo, véase el Programa de Estabilidad y Convergencia presentado por España para los años 2011-2014, p. 25 – 27. Disponible vía internet: http://ec.europa.eu/economy_finance/sgp/pdf/20_scps/2011/01_programme/es_2011-04-29_sp_en.pdf (última consulta, julio de 2013).

En conclusión, las diferencias señaladas entre el criterio del déficit y el criterio de la deuda pública pueden ser entendidas como un juego de matices, pero la aplicación práctica de ambos criterios⁷² ha corroborado la tesis de que el TUE configuró el cumplimiento del *criterio del déficit* como el elemento básico para la apertura del correspondiente procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, dado que sus parámetros son menos maleables; y dejó en un segundo lugar el criterio de la deuda pública, cuya redacción permite una aplicación más dúctil.

A pesar de lo anterior, la intención actual de la Comisión, en su condición de órgano encargado de realizar el informe para la apertura del procedimiento por déficit excesivo, es modificar esta tendencia, y dotar al criterio de la deuda pública de mayor peso a la hora de evaluar la apertura del procedimiento. Para ello, el Reglamento (UE) núm. 1177/2011 del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del Procedimiento de Déficit Excesivo⁷³, precisa en términos numéricos aspectos indeterminados del criterio de la deuda pública. En este sentido, se determina qué se considera que *“la proporción disminuya suficientemente”*. Concretamente, el art. 2 del Reglamento del procedimiento de déficit excesivo tras la reforma de 2011 establece que un Estado cumple con la obligación de disminuir los niveles de deuda pública si, en los últimos tres años, ha llevado a cabo una reducción de la distancia respecto del valor de referencia en un porcentaje del orden de una veinteava parte al año⁷⁴.

2. El Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo

El Protocolo núm. 12 sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, anejo al Tratado, en su art. 1 concreta los valores de referencia recogidos en el art. 126.2 del TFUE.

“Los valores de referencia que se mencionan en el apartado 2 del artículo 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea serán:

— 3 % en lo referente a la proporción entre el déficit público previsto o

⁷² Analizaremos detalladamente la aplicación de estos criterios, véase, *infra*, Capítulo I, epígrafe El Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC), pp. 39 y ss.

⁷³ Propuesta de Reglamento que modifica el Reglamento del procedimiento de déficit excesivo, COM(2010) 522 final, de 29 de septiembre de 2010.

⁷⁴ El conjunto de los cambios introducidos en el Reglamento sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo serán analizados más adelante. Véase, *infra*, Capítulo I, epígrafe Reforma de los Reglamentos del PEC, pp. 113 y ss.

real y el producto interior bruto a precios de mercado,

— 60 % en lo referente a la proporción entre la deuda pública y el producto interior bruto a precios de mercado.”

La regulación de los valores de referencia en el Protocolo permite su modificación sin la tramitación del procedimiento de reforma del Tratado, regulado en el art. 48 del Tratado de la Unión Europea⁷⁵. Si los valores numéricos hubieran sido recogidos en el art. 104 C del TUE (actual, art. 126 del TFUE) para su modificación sería necesaria la tramitación del *procedimiento de revisión simplificado* (art. 48.6 TFUE⁷⁶), al tratarse de una disposición contenida en la tercera parte del TFUE⁷⁷ (procedimiento menos rígido que el procedimiento de revisión ordinario). Aun así, se prefirió la inclusión de los valores numéricos en un Protocolo anejo al Tratado, el cual posee un procedimiento de reforma específico cuya tramitación se lleva a cabo por el Consejo. Por tanto, se refuerza la posición del Consejo como órgano decisorio en materia de disciplina presupuestaria.

Concretamente, la eventual modificación de los valores de referencia de déficit y deuda públicos se acometería siguiendo el cauce regulado en el art. 126.14 del TFUE para la revisión del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo. El segundo párrafo del apartado 14 del art. 126 del TFUE ha introducido una modificación respecto al art. 104.14 del TCE. Este precepto del TFUE establece que “*el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa consulta al Parlamento Europeo y al Banco Central Europeo, adoptará las disposiciones apropiadas que sustituirán al mencionado Protocolo*”⁷⁸. Con ello, se ha

⁷⁵ Tratado de la Unión Europea, en la versión dada por el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009 (DO C 83 de 30 de marzo de 2010).

⁷⁶ El *procedimiento de revisión simplificado* se desarrolla en el seno de las instituciones de la Unión, excluyendo la fase de conferencia intergubernamental existente en el procedimiento general de revisión. Este procedimiento se inicia a instancia de un Estado miembro, el Parlamento Europeo o la Comisión que se presenta al Consejo Europeo. El Consejo Europeo, pronunciándose por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo y a la Comisión así como, en ciertos casos, al Banco Central Europeo, puede adoptar una decisión que modifique la totalidad o parte de las disposiciones de la tercera parte del TFUE. Esta modificación no puede aumentar las competencias atribuidas a la Unión por los Tratados. Finalmente, la modificación entrará en vigor una vez esta sea aprobada por todos los Estados miembros según sus procedimientos constitucionales.

⁷⁷ Junto al *procedimiento ordinario de revisión*, el art. 48.6 del TUE recoge los *procedimientos de revisión simplificados*, en los cuales “*el Gobierno de cualquier Estado miembro, el Parlamento Europeo o la Comisión podrán presentar al Consejo Europeo proyectos de revisión de la totalidad o parte de las disposiciones de la tercera parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, relativas a las políticas y acciones internas de la Unión*”.

⁷⁸ La disposición contenida en el apartado 14 del art. 126 TFUE, al determinar un mecanismo específico para la sustitución del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo,

introducido la remisión a un procedimiento *legislativo especial*⁷⁹, que no se recogía en el art. 104.14 TCE. Este último exigía únicamente el inicio del procedimiento a propuesta de la Comisión y la unanimidad del Consejo para alterar los valores de referencia.

La regulación de los *procedimientos legislativos especiales* se lleva a cabo en el art. 289.3 del TFUE y en los arts. 14.1 y 16.1 del TUE. Estos determinan que la “*función legislativa*” se ejerce “*conjuntamente*” por el Parlamento Europeo y el Consejo. La concreción de dicha función se produce a través de los “*actos legislativos*” que son aprobados mediante dos tipos de procedimientos, “*el ordinario*” y “*el especial*”. La diferencia entre ambos procedimientos es básicamente orgánica. En el procedimiento legislativo ordinario el acto legislativo es adoptado de forma conjunta por el Parlamento Europeo y el Consejo, a propuesta de la Comisión (art. 289.1 TFUE⁸⁰). Por tanto, estamos frente a una *codecisión*. Por el contrario, en el procedimiento legislativo especial existen dos supuestos: que el acto sea adoptado por decisión del Consejo (ya sea por mayoría cualificada o por unanimidad, dependiendo de los casos) y previa “*consulta*” o “*aprobación*”, dependiendo de los supuestos, del Parlamento Europeo, o bien que sea el Parlamento, previa “*consulta*” o “*aprobación*” del Consejo, el que adopte el acto⁸¹.

El procedimiento legislativo especial que recoge el art. 126.14 del TFUE es un supuesto del primero de los dos procedimientos legislativos especiales descritos. Es decir, es el Consejo por unanimidad el que aprueba el acto, siendo tan solo necesaria la consulta previa al Parlamento y también al BCE⁸². Por tanto, el TFUE específicamente ha establecido para la modificación del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo el procedimiento legislativo que en menor medida respeta la

rompe con la norma del art. 51 del Tratado de la Unión Europea en la versión dada por el Tratado de Lisboa (en adelante, TUE) (antiguo, art. 311 del TCE), que establece que “*los Protocolos y Anexos de los Tratados forman parte integrante de los mismos*”.

⁷⁹ El TUE y el TFUE (en la versión dada por el Tratado de Lisboa) han llevado a cabo una importante tarea de simplificación en materia de procedimientos, dada la multiplicidad de procedimientos existentes hasta el momento. Actualmente el criterio determinante para diferenciar ambos procedimientos legislativos, el ordinario y el especial, es la participación de los órganos comunitarios (Comisión, Parlamento Europeo, Consejo y Banco Central Europeo) y en qué medida se ejerce la misma (aprobación o consulta).

⁸⁰ El procedimiento legislativo ordinario se detalla en el art. 294 del TFUE.

⁸¹ El segundo supuesto de aplicación del procedimiento legislativo especial es más restringido que el primero, circunscribiéndose a supuestos específicos como, por ejemplo, la aprobación del Estatuto de los Diputados del Parlamento Europeo regulada en el art. 223 del TFUE.

⁸² Sobre los cambios introducidos en el régimen del Banco Central Europeo, véase CRESPO RUIZ DE ELVIRA, Clara, “La gobernanza económica de la Zona Euro bajo el Tratado de Lisboa”, *Boletín Económico del ICE*, (2926), noviembre 2007, pp. 14 y 15.

legitimidad democrática y en el que existe una preponderancia del Consejo. Así, si bien el acto aprobado a través del procedimiento legislativo especial sigue teniendo naturaleza de acto legislativo (precisión recogida en el propio art. 289.3 del TFUE), este goza de una menor legitimidad democrática. Para mejorarla hubiera sido recomendable la aprobación de la decisión de reforma del Protocolo por el Parlamento Europeo y no tan solo la mera consulta a este. Por todo ello, se puede afirmar que el TFUE mantiene la regulación del procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo en la esfera competencial del Consejo.

A su vez, debemos destacar la introducción de la participación en el procedimiento de reforma del Banco Central Europeo. Esta contribución del Banco Central Europeo se inserta en un cambio más amplio del papel que este desempeña⁸³. El TUE (en la versión dada por el Tratado de Lisboa) ha incluido al Banco Central Europeo entre las “*instituciones europeas*” (art. 13 TUE), a diferencia de la situación previa, en la cual el Banco Central Europeo formaba parte de “*Otras instituciones*”. Este cambio comporta que el Banco Central deberá proteger, no solo su objetivo principal de “estabilidad de precios”, sino que deberá, como el resto de instituciones europeas, velar por el cumplimiento los objetivos de la Unión entre los que se encuentra el crecimiento económico⁸⁴.

En síntesis, la regulación descrita comporta blindar en el texto del Tratado unos criterios de política económica⁸⁵, pero dotándolos, a su vez, de cierta indeterminación, al no precisar los valores numéricos de referencia⁸⁶. Estos valores numéricos se recogen en uno de los Protocolos anejos al Tratado, y para su reforma se requiere tan solo la unanimidad del Consejo. Por tanto, se aprecia una dicotomía, entre, por un lado, dotar de mayor rigidez los elementos básicos de la disciplina presupuestaria. Y por otro lado,

⁸³ Sobre las competencias del Banco Central Europeo y su actuación durante la crisis de deuda soberana, véase, *infra*, Capítulo II, epígrafe La prohibición de acudir al préstamo de los Bancos Centrales y el papel actual del BCE, pp. 202 y ss.

⁸⁴ MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, pp. 236 y ss.

⁸⁵ Como afirma TORRENT MACAU, “lo que hacen (el artículo 104 del TCE y el correspondiente Protocolo) es “constitucionalizar” unos determinados criterios de política económica (del todo discutibles en el debate democrático) y, más aún, cuantificarlos (algo que, de nuevo, es excepcional en derecho comparado)”. TORRENT MACAU, Ramón, “¿Cómo gobernar aquello que se desconoce?: El caso de la Comunidad europea en tanto que Unión Económica y Monetaria”, cit., p. 76.

⁸⁶ Pocas normas de rango constitucional que regulan aspectos relativos a la disciplina presupuestaria contienen valores numéricos. Una de ellas es la Ley Fundamental de Bonn tras la reforma de 2009. El art. 115 de la *Grundgesetz* (GG) establece que la Federación podrá recurrir al crédito en 0,35 % de PIB (anualmente). Sobre la reforma de la Ley Fundamental de Bonn de 2009, véase, *infra*, Capítulo III, epígrafe La introducción del principio de estabilidad presupuestaria a nivel constitucional, pp. 306 y ss.

reservar al Consejo la competencia de modificar los valores numéricos de referencia, aspecto que los redactores del Tratado consideraron que podría ser objeto de una eventual reforma.

Ahora bien, a pesar de que los valores numéricos de referencia no son inmutables⁸⁷, y pueden ser modificados por el Consejo para adaptarlos a las situaciones presupuestarias de los Estados sin ser necesaria una revisión del texto del Tratado, estos no han sido alterados desde la entrada en vigor del Protocolo aplicable en caso de déficit excesivo. La modificación de los valores numéricos hubiera puesto de manifiesto de forma flagrante la flexibilización de los mandatos de disciplina presupuestaria de la UE. Por ello, en la reforma de 2005, se optó por mantener los valores numéricos de referencia, e introducir cambios en el contenido de los Reglamentos que conforman el PEC, opción que igualmente supuso una flexibilización encubierta de los mandatos europeos de disciplina presupuestaria⁸⁸.

Junto a los valores numéricos de referencia, el Protocolo aplicable en caso de déficit excesivo incluye:

i) la definición de algunos conceptos claves para la aplicación del procedimiento de déficit excesivo, como son los conceptos de público, déficit o deuda. Estos conceptos son marcadamente imprecisos y para su aplicación ha sido necesaria su concreción⁸⁹. Esta tarea se llevó a cabo inicialmente por el Reglamento (CE) núm. 3605/1993 del Consejo, de 22 de noviembre, relativo a la aplicación del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, que entró en vigor el 1 de enero de 1994⁹⁰.

ii) la obligación de los Estados miembros de mantener la efectividad del procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo y la obligación de la Comisión de proveer datos estadísticos.

⁸⁷ RUIZ ALMENDRAL, Violeta, *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España*, cit., p. 82

⁸⁸ Véase, *infra*, Capítulo I, epígrafe El Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC), pp. 39 y ss.

⁸⁹ Véase, *infra*, Capítulo II, epígrafe Los conceptos de déficit y de deuda públicos en el Reglamento (CE) núm. 479/2009 y el SEC-95, pp. 175 y ss.

⁹⁰ Actual Reglamento (CE) núm. 479/2009, del Consejo, de 25 de mayo.

3. *El Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC)*

3.A. Antecedentes y proceso de aprobación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento

El inicial Pacto de Estabilidad y Crecimiento (en adelante, PEC), denominado inicialmente “Pacto de Estabilidad para Europa” (*Stability Pact for Europe*), tuvo como principal impulsor al Gobierno alemán del momento⁹¹. Este último manifestó sus inquietudes a favor de la estabilidad presupuestaria antes y durante la negociación del Tratado de Maastricht⁹².

Hasta el Consejo Europeo en Dublín de 13 y 14 de diciembre de 1996, el Pacto no recibió su denominación definitiva de Pacto de Estabilidad y Crecimiento (*Stability and Growth Pact*). En esta reunión de Jefes de Estado y de Gobierno también se llegó a un acuerdo sobre los principales elementos que conformarían el Pacto⁹³. Finalmente, el PEC fue aprobado por Resolución del Consejo Europeo, en Ámsterdam el 17 de junio

⁹¹ El nacimiento del PEC se atribuye en gran medida al Ministro de Finanzas alemán Theo Waigel (ministro desde 1989 hasta 1998).

⁹² La postura sostenida por las autoridades alemanas en la negociación del PEC se refleja en: LOUIS, Jean-Victor, “The Legal Foundations of the SGP in Primary and Secondary EC Law”, en la obra colectiva, *The stability and Growth Pact: Experiences and future aspects*, BREUSS, Fritz, Springer Wien New York, Austria, 2007, p. 1 y ss; HAHN, Hugo J., “The stability Pact for European Monetary Union: Compliance with Deficit limit as a Constant Legal Duty”, *Common Market Law Review*, Vol. 35 (1) 1998, pp. 77 a 100; y DYSON, Kenneth y FEATHERSTONE, Kevin, *The Road to Maastricht: Negotiation Economic and Monetary Union*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 306 y ss.

Se recogen las diferencias entre la propuesta original del Plan Waigel y el PEC definitivo en BUTI, Marco, FRANCO, Daniele, ONGENA, Hedwig, “Fiscal Discipline and Flexibility in EMU: The Implementation of the Stability and Growth Pact”, *Oxford Review of Economic Policy*, (14), 1998, pp. 81 y ss.

⁹³ Las conclusiones de la presidencia del Consejo de Dublín (DOC/96/8 de 14 de diciembre de 1996) señalaron que el Consejo “*ha puesto de relieve la necesidad de garantizar una disciplina presupuestaria duradera en la tercera fase de la UEM y ha acogido con satisfacción el acuerdo alcanzado sobre el Pacto de estabilidad y crecimiento. Pide al Consejo ECOFIN que examine a fondo las propuestas de la Comisión de dos Reglamentos, uno sobre el refuerzo de la supervisión y la coordinación de las situaciones presupuestarias, y el otro relativo a la agilización y aclaración de la aplicación del procedimiento de déficit excesivo. Invita a la Comisión a que presente una propuesta de Reglamento sobre los Estados miembros que no participen. Además, invita al Consejo ECOFIN a que prepare un proyecto de resolución sobre el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, que deberá adoptar el Consejo Europeo en junio de 1997, que recoja los compromisos de los Estados miembros, la Comisión y el Consejo para una aplicación estricta del Tratado y de las disposiciones legales sobre estabilidad presupuestaria. El Consejo Europeo toma nota de que, tras la adopción de dicha Resolución, el Consejo adoptará los Reglamentos correspondientes*”.

de 1997⁹⁴, y entró en vigor en 1998, por tanto, seis años después de la aprobación del Tratado de Maastricht en 1992.

La principal controversia durante la elaboración del PEC fue la determinación de algunos términos del art. 104 C del TUE⁹⁵ (actual art. 126 TFUE). Existían tres aspectos cuya concreción era clave: la definición de las circunstancias excepcionales y temporales que autorizan el exceso de déficit del 3 % PIB; la provisión de fechas límite para cada una de las diferentes fases del procedimiento; y la especificación del mecanismo sancionador. A pesar de la extensión y el detalle del art. 104 C del Tratado, algunas de sus disposiciones permitieron un cierto margen de maniobra o discrecionalidad a los redactores del Pacto. Se podían haber adoptado opciones distintas, tendentes a la creación de un Pacto con mayores restricciones y mayor rigidez, entre ellas, por ejemplo, la creación de un Consejo de Estabilidad –inserto, o no, en la estructura del Consejo– con capacidad para adoptar medidas de carácter obligatorio.

Sin embargo, a lo largo de la discusión del Pacto se tendió progresivamente hacia posturas más flexibles. Esta propensión se refleja, por ejemplo, en la no determinación numérica del objetivo de estabilidad presupuestaria, como sí hacía el Plan Waigel⁹⁶ que situaba la estabilidad presupuestaria en un déficit como máximo de un 1 % del PIB. En la redacción final del PEC, la estabilidad presupuestaria se alcanza con valores “*cercanos al equilibrio o en superávit*”, criterio que permite flexibilidad a la hora de su consecución en cada Estado miembro. Igualmente, los términos en los que se recogían los mandatos de disciplina presupuestaria en el Plan Waigel eran sustancialmente más estrictos que los finalmente se plasmaron en el PEC. Así, se permitía un exceso de déficit respecto del valor de referencia del 3 % tan solo en

⁹⁴ El Consejo de Europa en Ámsterdam, el 16 de junio, aprobó junto a la Resolución del PEC una segunda Resolución relativa al crecimiento y al empleo (DO C 236 de 2 de agosto de 1997).

⁹⁵ Esta dificultad de concretar aspectos del art. 104 C del TUE se produjo especialmente durante la tramitación del Protocolo aplicable en caso de déficit excesivo anejo al TUE y del Reglamento del procedimiento de déficit excesivo.

⁹⁶ El Ministro de Finanzas alemán de la época, Theo Waigel, en noviembre de 1995, presentó el “*Pacto de Estabilidad para Europa*”. El Plan presentado por Waigel constituye el precedente directo del PEC, pero existen algunas diferencias entre ambos Planes. Algunas de las previsiones del Plan Waigel eran: i) el déficit, en circunstancias económicas normales, no puede superar el 1 % del PIB; ii) si el déficit supera el 3 % del PIB, se prevé la aplicación automática de sanciones al Estado incumplidor; iii) la deuda pública debe encontrarse por debajo del 60 % del PIB; iv) la participación del sector público en la economía debe ser reducida, limitándose a mantener una tasa de crecimiento del gasto público inferior a la tasa de crecimiento del PIB nominal; v) la creación de un Consejo de Estabilidad para la Supervisión de la aplicación del Pacto. Sobre las características del Plan de Waigel, véase, HAHN, Hugo J., “The stability Pact for European Monetary Union: Compliance with Deficit limit as a Constant Legal Duty”, cit., p. 77 y ss; y, BUTI, Marco, FRANCO, Daniele, ONGENA, Hedwig, “Fiscal Discipline and Flexibility in EMU: The Implementation of the Stability and Growth Pact”, cit., pp. 81 y ss.

“*circunstancias extremadamente excepcionales*”, y solo con el consentimiento de la mayoría cualificada de los miembros del Consejo. En cuanto a la deuda pública, ésta debía reducirse “*muy por debajo del valor de referencia del 60 %*” fijado en el Protocolo aplicable en caso de déficit excesivo⁹⁷.

Ahora bien, esta flexibilidad se conjugó con la vinculación del principio de finanzas estables a dos aspectos de naturaleza restrictiva como son la *vigilancia multilateral* y la *coordinación de políticas económicas*. La vigilancia mutua y la coordinación debían contribuir a evitar déficits excesivos. Por este motivo, el PEC tuvo como base legal no solo el art. 104 C del TUE (relativo a la vigilancia de la disciplina presupuestaria, actual art. 126 del TFUE) sino también el art. 99 del TCE (referente a las políticas económicas, actual art. 121 del TFUE). El art. 99, apartado 4, del TCE confirmaba la vinculación descrita al permitir al Consejo presentar recomendaciones respecto de la política económica de un Estado miembro si esta “*contradice las orientaciones generales mencionadas en el apartado 2 o supone un riesgo para el correcto funcionamiento de la Unión Económica y Monetaria*”⁹⁸.

3.B. Naturaleza y estructura del Pacto de Estabilidad y Crecimiento

La naturaleza del PEC no es un aspecto totalmente claro. Tal y como se estableció en el Consejo Europeo de Dublín el PEC debía elaborarse “*de conformidad con los principios y los procedimientos del Tratado*”. Su estructura se materializó a través de una Resolución del Consejo Europeo⁹⁹ y dos Reglamentos, descartando la opción de que el Pacto tuviera la naturaleza de acuerdo internacional¹⁰⁰.

⁹⁷ LOUIS, Jean-Victor, “The Legal Foundations of the SGP in Primary and Secondary EC Law”, cit., p. 8.

⁹⁸ El apartado 2 del art. 99 del TUE establecía que “*El Consejo, por mayoría cualificada y sobre la base de una recomendación de la Comisión, elaborará un proyecto de orientaciones generales para las políticas económicas de los Estados miembros y de la Comunidad y presentará un informe al respecto al Consejo Europeo*” (la redacción del actual art. 121 del TFUE es análoga).

⁹⁹ La adopción de una Resolución del Consejo Europeo se llevó a cabo para introducir “*un compromiso de la Comisión, del Consejo de la UE y de los Estados miembros de aplicar de forma estricta y a su debido tiempo el Tratado y el Pacto de estabilidad y crecimiento*”. Esta Resolución ofrece “*a las partes que aplicarán el Pacto de estabilidad y crecimiento una orientación política firme*” (extractos de la exposición de motivos de la Resolución del Consejo de Ámsterdam de 17 de junio de 1997). El contenido de la Resolución no persigue establecer nuevas obligaciones o producir efectos legales independientes. Por el contrario, recoge obligaciones establecidas en el Tratado o en los Reglamentos que conforman el PEC.

¹⁰⁰ Tanto la Comisión como el Gobierno alemán se habían mostrado contrarios a la configuración del Pacto como un acuerdo internacional. El Gobierno alemán apuntó que la materialización del Pacto a través de un acuerdo internacional imposibilitaría dos objetivos recogidos en el inicial Plan Waigel: la

Los dos reglamentos materializan las dos vertientes del PEC¹⁰¹, una *preventiva* que pretende reforzar la permanencia de las posiciones presupuestarias y la coordinación de las políticas económicas, y otra *correctiva* a través de la cual se persigue acelerar y clarificar el procedimiento de déficit excesivo establecido en el artículo 104 C del TUE. Estas dos vertientes buscan que los criterios de convergencia alcanzados no constituyan un mero peaje de acceso a la UEM, sino que los Estados miembros estén dispuestos a cumplir los mismos con posterioridad al período de incorporación.

Cada una de estas dos vertientes del PEC se caracteriza por introducir un procedimiento. La vertiente preventiva tiene su concreción en el *procedimiento de alerta rápida* y en la elaboración y presentación anual de los *Programas de Estabilidad y Convergencia* por los Estados miembros. Ambos mecanismos están recogidos en el Reglamento de supervisión. Por su parte, la vertiente correctiva introduce el *procedimiento de déficit excesivo*, previsto en el Reglamento del procedimiento de déficit excesivo.

La regulación contenida en los Reglamentos de supervisión y del procedimiento de déficit excesivo se completa con un Código de Conducta¹⁰². La redacción inicial del Código de Conducta, aprobada el 10 de julio de 2001, ha sufrido sucesivas adaptaciones. La versión vigente fue aprobada el 3 de septiembre de 2012 por el Consejo Ecofin. El Código de Conducta se conforma por dos secciones: la primera contiene información destinada a clarificar la aplicación del conjunto del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, tanto la vertiente preventiva como la correctiva, y la segunda hace referencia al contenido y la forma que deben tener los Programas de Estabilidad y Convergencia presentados por los Estados.

Por tanto, el Pacto originario se conforma por normas de distinta naturaleza. En primer lugar, una Resolución del Consejo, en la que se recoge el compromiso formal de

introducción de cierto grado de automaticidad en aquellos aspectos en los que el Tratado era impreciso y la creación de un Consejo de Estabilidad, paralelo al Consejo Ecofin. LOUIS, Jean-Victor, “The Legal Foundations of the SGP in Primary and Secondary EC Law”, cit., p. 7.

¹⁰¹ “Uno sobre el refuerzo de la supervisión y la coordinación de las situaciones presupuestarias, y el otro relativo a la agilización y aclaración de la aplicación del procedimiento de déficit excesivo”. Texto de las conclusiones de la presidencia del Consejo de Dublín (DO C 96/8 de 14 de diciembre de 1996).

¹⁰² El Código de Conducta titulado “*Specifications on the implementations of the Stability and Growth Pact and Guidelines on the format and content of the Stability and Convergence Programmes. Guidelines on the format and content of Stability and Convergence Programmes*”. Disponible en: http://ec.europa.eu/economy_finance/sgp/legal_texts/index_en.htm (última consulta, julio de 2013).

los Estados de respetar el objetivo presupuestario a medio plazo establecido en sus Programas de estabilidad o convergencia, consistente en conseguir situaciones presupuestarias próximas al equilibrio o con superávit. Esta Resolución no posee fuerza jurídica vinculante, se trata de un acuerdo de los Estados miembros con marcado carácter político. En segundo lugar, dos Reglamentos que tienen fuerza jurídica vinculante y eficacia directa en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros¹⁰³. Y en último lugar, un Código de Buenas prácticas que, si bien no forma parte en sentido estricto del PEC, lo complementa, al aportar información adicional a los Estados sobre los conceptos y procedimientos regulados en el PEC¹⁰⁴.

Sobre la interpretación que debe hacerse del conjunto de normas que integran el PEC se pronunció el Tribunal de Justicia en el Caso Comisión vs. Consejo, C- 27/04 de 13 de julio de 2004. El Tribunal apuntó la necesidad de entender el Pacto, en todos sus componentes, tanto la Resolución como los dos Reglamentos que lo integran, de tal forma que se otorgue a sus normas la máxima efectividad, para lograr alcanzar el cumplimiento de los objetivos establecidos. Lo verdaderamente importante para el Tribunal de Justicia es la *fuerte afirmación del objetivo de disciplina presupuestaria* que formula el PEC, más que los compromisos específicos que puedan fijarse en él¹⁰⁵. Sobre la necesidad de efectuar una interpretación global también se ha pronunciado la doctrina¹⁰⁶.

3.B.1. Vertiente preventiva: el procedimiento de alerta rápida

El procedimiento de “*alerta rápida*”¹⁰⁷, regulado en el art. 6 del Reglamento de supervisión, permite el seguimiento y la supervisión de las finanzas públicas de los

¹⁰³ Con posterioridad analizaremos las consecuencias derivadas de la eficacia directa de los dos Reglamentos que conforman el PEC, véase, *infra*, Capítulo III, epígrafe Sobre la necesidad de transposición de la normativa europea en materia de disciplina presupuestaria, pp. 232 y ss.

¹⁰⁴ En particular, regula aspectos como la definición y el método de cálculo del “objetivo de estabilidad a medio plazo”; la definición de tiempos de “bonanza económica”; o la definición de “desviación significativa” del objetivo de estabilidad a medio plazo.

¹⁰⁵ Véase, en concreto, los apartados 71 a 74 del Asunto Comisión vs. Consejo, C- 27/04 de 13 de julio de 2004.

¹⁰⁶ Véase, entre otros, LOUIS, Jean-Victor, “The Legal Foundations of the SGP in Primary and Secondary EC Law”, cit., p. 14; y, LÓPEZ ESCUDERO, Manuel, “El Pacto de Estabilidad ante el Tribunal de Justicia. Comentario a la sentencia de 13 de julio de 2004”, cit., pp. 79 y ss.

¹⁰⁷ La denominación “*alerta rápida*” se recoge en el texto del Reglamento de supervisión. Este último en su considerando núm. 5 señala que “*procede completar el procedimiento de supervisión multilateral previsto en los apartados 3 y 4 del artículo 103 con un sistema de alerta rápida con arreglo al cual el*

Estados miembros para prever potenciales situaciones inadecuadas en los niveles de déficit y deuda públicos. El procedimiento alerta rápida viene a completar el procedimiento de supervisión multilateral previsto en los apartados 3 y 4 del artículo 121 del TFUE¹⁰⁸ (anterior art. 99 del TCE).

Este procedimiento toma como punto de partida los Programas de Estabilidad (en el caso de los Estados ya participantes en la Zona Euro) y los Programas de Convergencia (para los Estados miembros de la Unión Europea no pertenecientes a la Zona Euro). Los Programas de Estabilidad y Convergencia deben actualizarse cada año por los distintos Estados miembros. En ellos debe recogerse información sobre la evolución prevista en las tasas de crecimiento, las finanzas públicas y las principales variables macroeconómicas. Igualmente, los programas tienen que contener un *objetivo de estabilidad presupuestaria a medio plazo*, así como las medidas que serán adoptadas para alcanzar el mismo (art. 3 del Reglamento de supervisión)¹⁰⁹.

Los Programas Estabilidad y Convergencia presentados por los Estados miembros de la UEM y de la UE¹¹⁰ son objeto de una triple evaluación por parte de la Comisión, el Consejo y el Consejo Ecofin, quienes deberán: i) comprobar si los datos económicos apuntados por el Estado son realistas y si los mismos permiten alcanzar el objetivo a medio plazo, es decir, una situación presupuestaria de equilibrio o superávit con un margen suficiente que permita garantizar la inexistencia de déficits excesivos a lo largo de todo el ciclo económico; ii) valorar en qué medida el envejecimiento de la población pone en riesgo la estabilidad presupuestaria a largo plazo; iii) efectuar una evaluación general que permita determinar si las políticas económicas y las medidas adoptadas por el Estado miembro se insertan correctamente en el conjunto de las orientaciones de política económica¹¹¹.

Consejo advertirá en una fase inicial a los Estados miembros de la necesidad de adoptar las medidas presupuestarias correctoras necesarias para impedir que el déficit público llegue a ser excesivo”.

¹⁰⁸ El art. 121.3 del TFUE establece que “*con el fin de garantizar una coordinación más estrecha de las políticas económicas y una convergencia sostenida de los resultados económicos de los Estados miembros, el Consejo, basándose en informes presentados por la Comisión, supervisará la evolución económica de cada uno de los Estados miembros y de la Unión, así como la coherencia de las políticas económicas con las orientaciones generales contempladas en el apartado 2, y procederá regularmente a una evaluación global.*”

¹⁰⁹ Los Estados que no son miembros de la zona euro deberán adjuntar, junto a los datos exigidos en los programas de estabilidad, una serie de información adicional señalada en el art. 7.2 del Reglamento de supervisión.

¹¹⁰ Disponibles en:

http://ec.europa.eu/economy_finance/economic_governance/sgp/convergence/index_en.htm (última consulta, julio de 2013).

¹¹¹ Las *orientaciones generales de política económica* forman parte de los procesos de coordinación de las políticas económicas. El resto de procesos de coordinación son: el *Proceso de Luxemburgo*,

El Consejo, sobre la base de una recomendación de la Comisión, elaborará anualmente un proyecto de *orientaciones generales para las políticas económicas* de los Estados miembros y de la Unión y presentará un informe al respecto al Consejo Europeo (art. 121.2 TFUE).

Cuando el Consejo detecte una *desviación importante*¹¹² en la política económica de un Estado miembro que contradiga las orientaciones generales de política económica, o suponga *un riesgo para el correcto funcionamiento de la UME*, podrá abrir el procedimiento de alerta rápida en el marco de la supervisión multilateral.

El TFUE no determina la mayoría requerida en el seno del Consejo para la apertura del procedimiento de alerta rápida¹¹³. El art. 121.4 del TFUE tan solo prescribe como requisito para la tramitación del procedimiento la existencia de una recomendación por parte de la Comisión. De la falta de determinación de la mayoría necesaria se extrae que será de aplicación la *mayoría cualificada* de los miembros del Consejo¹¹⁴.

En cuanto a la aplicación práctica del mecanismo de alerta rápida, en numerosas ocasiones se ha iniciado el procedimiento al existir un déficit superior al 2 % del PIB y después, con relativa facilidad, el Consejo lo ha cerrado por entender que el Estado había adoptado las medidas necesarias. Pero a pesar del cierre del procedimiento de

relativo a las políticas de empleo; el *Proceso de Cardiff*, encargado de la reformas estructurales, especialmente de la necesidad de flexibilizar y liberalizar los mercados de bienes, servicios y factores de producción de forma coordinada); y el *Proceso de Colonia* que pretende el diálogo macroeconómico con los interlocutores sociales en el marco del Pacto europeo para el empleo.

¹¹² La Comisión ha señalado una serie de factores para determinar la puesta en funcionamiento del procedimiento de alerta rápida. Concretamente, la Comisión diferencia entre una “*desviación importante*” y una “*deterioro temporal*” de la situación presupuestaria. A un deterioro temporal se puede hacer frente si se ha efectuado un progreso sustancial hacia la situación de equilibrio o superávit, y si la deuda pública existente es inferior al 60 % del PIB. Por el contrario, habrá una desviación importante cuando de las divergencias entre las situaciones presupuestarias reales y las establecidas en el Programa de Estabilidad, unidas a las causas de la desviación, se derive un riesgo claro de superar el valor de referencia del 3 % del PIB. Véase, COMISIÓN EUROPEA, “Public Finances in EMU 2003”, *European Economy*, (3), Economic and Financial Affairs, Directorate – General, Luxemburg, 2003, pp. 76 y ss.

¹¹³ Analizaremos el sistema de votación en el seno del Consejo durante el análisis del procedimiento de déficit excesivo. En la tramitación de este procedimiento es donde se han producido más conflictos para alcanzar la mayoría cualificada necesaria para su apertura. Véase, *infra*, Capítulo I, epígrafe Vertiente correctiva: el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, pp. 46 y ss.

¹¹⁴ La mayoría cualificada es el sistema de votación generalizado para la formación de la voluntad de la UE (art. 16.1 TUE y 238.2 TFUE), los actos legislativos y las decisiones ejecutivas se adoptarán por mayoría cualificada salvo que el Tratado disponga otra forma. El párrafo tercero del art. 121.4 del TFUE remite al art. 238 del TFUE para la precisión del concepto de mayoría cualificada. De esta remisión se extrae que la mayoría cualificada es la requerida para la tramitación del procedimiento de alerta rápida.

alerta rápida, poco después el Consejo ha recibido por parte de la Comisión la recomendación de la apertura del procedimiento de déficit excesivo respecto del mismo Estado. Lo anterior ha puesto de manifiesto que las medidas adoptadas por el Estado no eran suficientes, como fueron, por ejemplo, los casos de Francia y Alemania en 2004¹¹⁵. Existen incluso supuestos más extremos, en los cuales se abrieron procedimientos de déficit excesivo sin la apertura previa del procedimiento de alerta rápida, como fue el caso de Portugal en 2005¹¹⁶. Estos hechos dejaron patente la falta de operatividad y rigor, en muchas ocasiones, tanto de la puesta en funcionamiento del procedimiento de alerta rápida como de su posterior tramitación y cierre.

3.B.2. Vertiente correctiva: el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo

El procedimiento de déficit excesivo se regula tanto en el Protocolo núm. 12 sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo como en el Reglamento del procedimiento de déficit excesivo.

Durante la tramitación del Reglamento del procedimiento de déficit excesivo en el seno de la Comisión se valoró la posibilidad, establecida en el art. 104 C apartado 14 del TUE (actual art. 126.14 TFUE), de que el Reglamento que entrara en vigor sustituyera al Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo. La sustitución habría permitido dotar la regulación del procedimiento de déficit excesivo de un contenido más preciso, pero, a su vez, habría comportado reabrir la cuestión relativa a la idoneidad de los valores de referencia fijados en el Protocolo. Este último aspecto fue considerado inoportuno, y se decidió que el Reglamento del procedimiento de

¹¹⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Communication from the Commission to the Council. The situation of Germany and France in relation to their obligations under the excessive deficit procedure following the judgement of the Court of Justice*, COM(2004) 813 final, 14 de diciembre de 2004, Bruselas. Disponible en:

http://ec.europa.eu/economy_finance/sgp/pdf/30_edps/communication_to_the_council/2004-12-14_de_fr_communication_on_budgetary_situation_en.pdf (última consulta, julio de 2013).

¹¹⁶ CONSEJO EUROPEO, *Decisión de la existencia de déficit excesivo en Portugal*, (2005/730/CE), de 20 de septiembre de 2005, Bruselas. (DO L 274/91 de 20 de octubre de 2005). Disponible en: http://ec.europa.eu/economy_finance/sgp/pdf/30_edps/104-06_council/2005-09-20_pt_104-6_council_en.pdf (última consulta, julio de 2013).

déficit excesivo no remplazara al Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, sino que se adicionara a este¹¹⁷.

El incumplimiento por parte de un Estado miembro del criterio del déficit público o el criterio de la deuda pública (o de ambos criterios) comporta, en principio, el inicio el procedimiento de déficit excesivo. A lo largo de este procedimiento pueden llegar a adoptarse varias medidas de carácter sancionador. La primera de estas medidas es la realización por parte del Estado incumplidor de un *depósito sin devengo de intereses*. Este depósito se efectúa si, tras el incumplimiento inicial, el Estado no sigue las recomendaciones del Consejo y no adopta las medidas necesarias para la corrección de su déficit. La segunda medida es la conversión del depósito anterior en *multa*. Esta segunda medida se aplica si en el plazo de dos años el Estado no ha corregido su déficit excesivo. Ahora bien, si el Estado logra situar su déficit dentro de los valores fijados en el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo el depósito se devuelve.

El procedimiento anteriormente descrito no es de aplicación inmediata. No todo Estado cuyo déficit es superior al límite del 3 % del PIB es sometido al procedimiento de déficit excesivo, sino que existen, por un lado, unos *motivos de excepción* a la apertura del procedimiento (fijados en el propio art. 126 del TFUE y concretados en el Reglamento del procedimiento de déficit excesivo) y, por otro lado, un conjunto de *requisitos procedimentales*.

Los *motivos de excepción* a la apertura del procedimiento son bien que el déficit sea excepcional, temporal y cercano al valor de referencia, o bien que la deuda pública se acerque a un ritmo satisfactorio al valor de referencia¹¹⁸.

En cuanto a los *requisitos procedimentales*, el art. 126 del TFUE recoge algunos de los rasgos básicos de la tramitación del Procedimiento de déficit excesivo. Lo dispuesto en este artículo del Tratado se completa por los art. 3 y siguientes del Reglamento del procedimiento de déficit excesivo. En el procedimiento de déficit excesivo se pueden diferenciar dos tipos de actuaciones: actuaciones de carácter previo a la apertura del procedimiento de déficit excesivo efectuadas por la Comisión, y la tramitación del procedimiento en sí que se lleva a cabo por el Consejo.

¹¹⁷ LOUIS, Jean-Victor, “The Legal Foundations of the SGP in Primary and Secondary EC Law”, cit., pp. 9 y 10.

¹¹⁸ Analizamos los motivos de excepción con anterioridad. Véase, *supra*, Capítulo I, epígrafe Regulación contenida en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), pp. 24 y ss.

La *fase previa a la apertura del procedimiento de déficit excesivo* se centra en el análisis de la situación presupuestaria del Estado por parte de la Comisión:

- Si alguno de los Estados miembros incumple uno, o los dos, criterios establecidos respecto al déficit y la deuda públicos, la Comisión llevará a cabo un informe. En este informe se tendrá en consideración la situación económica y presupuestaria del Estado a medio plazo, y, en particular, si el nivel de déficit público supera la inversión neta (art. 126.3 TFUE)¹¹⁹.

- En el transcurso de dos semanas desde la aprobación por la Comisión del citado informe, el Ecofin deberá emitir un dictamen sobre el mismo (art. 126.4 TFUE y art. 2 Reglamento del procedimiento de déficit excesivo).

- En el supuesto en el que la Comisión considere la existencia de déficit excesivo (atendiendo al informe precedente) remitirá un dictamen a dicho Estado e informará de ello al Consejo a través de la correspondiente recomendación (art. 126.5 TFUE).

En esta fase previa la Comisión desempeña una función que si bien es decisiva para el inicio del procedimiento no es concluyente para la adopción de la decisión de existencia de déficit excesivo. Tras la iniciación del procedimiento por parte de la Comisión tan solo hay una presunción de déficit excesivo, que será tomada en consideración por el Consejo.

El Consejo es el encargado de adoptar la decisión final de apertura del procedimiento y de la tramitación del procedimiento a través de las siguientes actuaciones:

- El Consejo, tomando como punto de partida la recomendación presentada por la Comisión, decidirá si existe o no déficit excesivo (art. 126.6 TFUE). En caso de declarar su existencia, el Consejo emitirá de forma inmediata una recomendación al Estado en la cual se fijará un plazo de cuatro meses para

¹¹⁹ La Comisión es el órgano encargado de llevar a cabo la labor de supervisión de los datos aportados por los diferentes Estados. La Comisión no solo analizará los criterios del déficit y la deuda públicos, sino que valorará igualmente la situación global del Estado. Esta toma en consideración de la situación global del Estado a medio plazo puede llevar a la Comisión a emitir un informe de riesgo de déficit excesivo respecto de Estados que en ese momento cumplen con los criterios (art. 126.3 segundo párrafo TFUE).

tomar medidas efectivas¹²⁰, y una fecha límite para la supresión del déficit excesivo que normalmente será al año siguiente al de su identificación, salvo si existen circunstancias especiales¹²¹.

- Si el Consejo, en el plazo de cuatro meses, considera que el Estado no está introduciendo medidas suficientes o las aplicadas son inadecuadas, o si valora que el déficit público no se situará por debajo del límite máximo en el período fijado, podrá adoptar nuevas acciones. Concretamente, el Consejo, en el plazo de un mes, notificará al Estado la necesidad de tomar, antes de una fecha determinada, medidas para reducir el déficit. A su vez, el Consejo puede solicitar al Estado que presente informes periódicos a través de los cuales poder evaluar y vigilar los esfuerzos de reducción de déficit y deuda públicos efectuados. Por el contrario, si la actuación del Estado se considera apropiada, el procedimiento de déficit excesivo se suspenderá.

- Si el Estado actúa de forma consecuente con las recomendaciones indicadas por el Consejo, el proceso puede quedar suspendido. De no ser así, el Consejo puede entrar en la fase sancionadora en el plazo de dos meses a contar desde la finalización del plazo de seis meses que tiene el Consejo para hacer públicas las recomendaciones¹²². En este último caso, se solicitará un primer depósito sin intereses. A partir de este momento, cada año el Consejo debe pronunciarse sobre la necesidad de intensificar las sanciones mediante la consignación por parte del Estado de nuevos depósitos. La cuantía del depósito variará según la gravedad del déficit excesivo que presente el Estado miembro, pero en ningún caso será superior al 0,5 % de su PIB. Su cálculo se compone de una parte fija, del 0,2 % del PIB del Estado, y una parte variable que dependerá del nivel de déficit alcanzado, en concreto, un 0,1 % por cada punto porcentual que el déficit

¹²⁰ Como veremos más adelante al analizar la reforma llevada a cabo en 2005, el plazo inicial de tres meses ha sido ampliado a cuatro meses por el Reglamento núm. 1056/2005, de 27 de junio, que modifica el Reglamento del procedimiento de déficit excesivo. Este cambio se inserta en una tendencia más amplia de dilación de los plazos que integran el procedimiento de déficit excesivo. Véase, *infra*, Capítulo I, epígrafe Reforma del Pacto de Estabilidad y Crecimiento de 2005, pp. 59 y ss.

¹²¹ Con carácter general las recomendaciones adoptadas por la Comisión en función de los apartados 6 y 7 del art. 126 del TFUE no tendrán carácter público. El Consejo podrá hacerlas públicas si comprueba que no se han seguido las mismas en el plazo fijado (apartado 8 art. 126 del TFUE).

¹²² El Consejo podrá en este momento emitir *una advertencia al Estado* miembro para que tome las acciones oportunas para reducir el déficit excesivo (art. 5.1 Reglamento del procedimiento de déficit excesivo). En esta advertencia se exigirá al Estado que lleve a cabo una reducción anual del déficit equivalente al 0,5 % del PIB. Si pasados cuatro meses desde que se dicta la advertencia el Estado no adopta las medidas tendentes a reducir el déficit excesivo, el Consejo podrá imponer alguna de las medidas sancionadoras del art. 126 del TFUE.

supere el umbral del 3 %. Por último, si el nivel de déficit no es corregido una vez transcurridos dos años desde la creación del depósito, este deberá convertirse en una multa. Si transcurridos estos dos años el Consejo considera que la situación ha sido corregida procederá a cerrar el procedimiento y a la devolución del depósito. Si el depósito se hubiera convertido en multa, ésta no será reembolsable. Tanto los intereses derivados del depósito como las posibles multas serán distribuidos entre los Estados miembros que no posean déficits excesivos. La distribución se hará de forma proporcional a la participación de los Estados en el PIB total de la Unión¹²³.

Junto a estas medidas sancionadoras, el art. 126 del TFUE recoge otros mecanismos disuasorios complementarios para que el Estado reduzca los niveles excesivos de déficit y deuda públicos. Estos son:

- La publicación de la frágil situación presupuestaria en la que se encuentra el Estado miembro¹²⁴: esta medida tiene como finalidad influir en los mercados de capitales al hacer público el nombre del Estado que, en última instancia, puede llegar a desequilibrar la situación presupuestaria del conjunto de la UEM. Igualmente, el Consejo puede hacer públicas las recomendaciones formuladas a un Estado cuando este no ha adoptado las medidas efectivas para corregir la situación de déficit (art. 126.8 TFUE).
- Exigir al Estado que no cumple con las recomendaciones del Consejo que publique una información adicional, que el Consejo debe especificar, antes de emitir obligaciones y valores en los mercados de capitales (art.126.11 TFUE)
- El Consejo puede solicitar al Banco Europeo de Inversiones que reconsidere su política de préstamos con el Estado afectado (art. 126.11 TFUE)¹²⁵.

¹²³ Este proceso se regula en los art. 11 a 16 del Reglamento del procedimiento de déficit excesivo.

Pueden verse más detalles sobre la aplicación de las sanciones en: ITALIANER, Alexander, “The Excessive deficit procedure: A legal Description”, cit., pp. 220 a 223.

En la reforma del Procedimiento de déficit excesivo de 2011 se ha modificado el destino de estas cuantías, que irán asignadas a mecanismos de estabilidad (considerando núm. 24 del Reglamento sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria). Véase, *infra*, Capítulo I, epígrafe Aprobación del Reglamento (UE) núm. 1173/2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria de la zona euro, pp. 127 y ss.

¹²⁴ Este tipo de medidas también pueden adoptarse en la fase preventiva. El art. 6.3 del Reglamento de supervisión otorga la posibilidad al Consejo de hacer públicas las recomendaciones hechas a un Estado tras estimarse, en el Programa de Estabilidad o Convergencia por él presentado, que existen desviaciones de la situación presupuestaria respecto del objetivo a medio plazo.

¹²⁵ Si el Banco Europeo de Inversiones decidiera rescindir los préstamos, el Estado debería encontrar nuevas fuentes de financiación, probablemente a través de entidades comerciales privadas que establecerían tipos de interés más elevados.

Durante la tramitación del procedimiento pueden derogarse alguna o todas las medidas acordadas (art. 126.12 TFUE). Cabe precisar que la derogación de alguna de las medidas puede producirse por motivos distintos a la corrección de la situación de déficit excesivo. Por ejemplo, es posible que el Estado proceda a la adopción de medidas correctoras y ello comporte la derogación de las advertencias o recomendaciones iniciadas por el Consejo, pero siga abierto el procedimiento por déficit excesivo porque el déficit, como tal, no ha sido corregido¹²⁶. La derogación de la decisión de declaración de déficit excesivo comporta la correlativa derogación en cadena del resto de medidas, especialmente las sancionadoras, si bien las sanciones ya aplicadas son de carácter irreversible.

Por último, a lo largo del procedimiento de déficit excesivo pueden producirse etapas de suspensión y de supervisión. El Consejo determinará la *suspensión* del procedimiento si el Estado afectado lleva a cabo las medidas indicadas en la recomendación o advertencia del Consejo. El proceso se encontrará en fase de *supervisión* cuando la Comisión o el Consejo estén efectuando un análisis de las medidas aplicadas por el Estado. Durante estos períodos el procedimiento está paralizado y puede exigirse al Estado la presentación de nuevos informes. En caso de no presentar los informes, el Consejo puede reanudar el procedimiento, y continuar las actuaciones desde el momento en el que se encontraban cuando se produjo la paralización.

Tras exponer la tramitación del procedimiento de déficit excesivo podemos extraer algunas consecuencias derivadas de su funcionamiento. La primera es la función clave de la Comisión en el inicio de las actuaciones. Tal como establece el art. 126.5 del TFUE, la Comisión tiene la competencia exclusiva para el inicio del procedimiento de déficit excesivo. A pesar de que los mayores niveles de discrecionalidad se darán en fases posteriores de este procedimiento, la propia Comisión también goza de cierto margen de apreciación en la fase previa a la apertura del procedimiento de déficit excesivo. Esta discrecionalidad se debe a dos aspectos. Por un lado, a las prerrogativas de la Comisión para abrir procedimientos frente a Estados que materialmente no han rebasado los valores de referencia, pero sobre los cuales se aprecia “riesgo” de déficit excesivo. Y, por otro lado, por la diversidad de factores que la Comisión debe evaluar. La Comisión inicia el proceso realizando un informe donde, junto al incumplimiento de los criterios, se valoran otros aspectos indeterminados, como, por ejemplo, si el déficit

¹²⁶ Según el nivel de avances realizados por el Estado, podrán derogarse las sanciones relativas a la información adicional y a la política de préstamos del Banco Europeo de Inversiones.

es superior a los gastos de inversión¹²⁷, o la situación económica y presupuestaria del Estado en su conjunto (art. 126.3 del TFUE). Una vez efectuado este informe la Comisión emitirá las correspondientes recomendaciones al Consejo. Un detalle a tener en cuenta es la propia expresión “recomendación”, la cual es utilizada para denominar el acto que la Comisión traslada al Consejo tendente al inicio del proceso de déficit excesivo. Si tenemos en cuenta la utilización clásica en la normativa de la UE del concepto “recomendación”, este no designa una disposición de este tipo. Generalmente el poder de iniciativa de la Comisión se recoge a través del concepto “propuesta” y no “recomendación”. El PEC utiliza, por tanto, una terminología atípica¹²⁸, que disminuye la intensidad normativa de los actos del PEC, puesto que las recomendaciones son actos que no tienen efectos jurídicos vinculantes (art. 288 TFUE).

En cuanto al papel desempeñado por el Consejo a lo largo del procedimiento, este también tiene algunas singularidades. En primer lugar, el Consejo debe esperar la emisión de la recomendación de la Comisión donde se aprecie la existencia déficit excesivo. De no ser así, el Consejo no puede iniciar ningún tipo de procedimiento. Claramente, el art. 126 del TFUE deja en manos de la Comisión la iniciativa procesal, y así lo ha ratificado el Tribunal de Justicia de la UE¹²⁹. En segundo, la recepción de la citada recomendación no comporta necesariamente el inicio del procedimiento. La

¹²⁷ Este criterio hace referencia a la limitación del destino de los ingresos obtenidos a través de operaciones de crédito. La denominada “regla de oro” marca como único destino de los ingresos crediticios la inversión. Reglas de este tipo constituyen una constante en los mecanismos de control del endeudamiento por parte del Gobierno central de los Estados compuestos respecto de los organismos subcentrales, como, por ejemplo, la disposición recogida en el art. 14 de la LOFCA. Estas reglas se fundamentan en la concepción hacendística clásica de que la rentabilidad de la inversión pública, al tener un efecto positivo sobre la economía, puede generar ingresos tributarios adicionales, de los que gozarán los contribuyentes en años futuros al tiempo que pagan sus tributos. No obstante, algunas tesis han puesto en tela de juicio la concepción de que si una Administración pública se endeuda únicamente para cubrir déficit de capital la deuda pública emitida lleva a cabo mejor la función de reparto intergeneracional. Véase, MONASTERIO ESCUDERO, Carlos, y SUÁREZ PANDIELLO, Javier, *Manual de Hacienda Autónoma y Local*, Ariel Economía, Madrid, 1996, p. 207; y EZQUIAGA DOMÍNGUEZ, Ignacio, “La deuda pública de las Comunidades Autónomas 1992-1998”, *Boletín Económico de Andalucía*, (27), 1999, pp. 109 y 110.

¹²⁸ A mayor abundamiento, como apunta CHALTIEL, en el contexto del PEC se utiliza el concepto “recomendación” para actos de diversa naturaleza: las recomendaciones de la Comisión al Consejo, las recomendaciones de la Comisión a los Estados o las recomendaciones del Consejo a los Estados”. Véase, CHALTIEL, Florence, “Le Pacte de stabilité, entre exigences juridiques et pragmatisme politique”, *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne*, (481), 2004, p. 513.

¹²⁹ Como analizaremos al examinar las causas que propiciaron la reforma del PEC de 2005, entre las que se encuentran la decisión del Tribunal de Justicia en el Asunto C-27/04, Comisión contra Consejo, de 13 de julio de 2004. Véase, *infra*, Capítulo I, epígrafe Situación precedente y causas de la reforma, pp. 59 y ss.

decisión de apertura del procedimiento es de carácter potestativo¹³⁰ y marcadamente política, dada la composición del Consejo. Esta se adoptará por mayoría cualificada de los miembros del Consejo, excluidos los votos del Estado miembro incumplidor (art. 126.13 TFUE)¹³¹. A diferencia del anterior art. 104 del TCE, el actual art. 126.6 del TFUE no recoge la precisión “*mayoría cualificada*”, sino que tan solo hace alusión al requisito de apertura del procedimiento “*sobre la base de una recomendación de la Comisión*”¹³². Esta exclusión se debe a razones de técnica legislativa puesto que el Tratado de Lisboa ha convertido la mayoría cualificada en la regla general para la formación de la voluntad de la Unión (art. 16.1 TUE y 238 TFUE¹³³), por lo que no es necesario precisar su aplicación¹³⁴. De hecho, el tercer párrafo del apartado 13 del mismo artículo directamente remite al art. 238 del TFUE (antiguo art. 205 TCE) para la determinación del concepto “*mayoría cualificada*”¹³⁵. El art. 238 del TFUE fija la mayoría cualificada que será aplicable a partir del 1 de noviembre de 2014¹³⁶, que se configura por “*un mínimo del 55 % de los miembros del Consejo que represente a Estados miembros participantes que reúnan como mínimo el 65 % de la población de dichos Estados*”.

Si bien tras el Tratado de Lisboa no existen cambios en la mayoría requerida para la apertura del procedimiento de déficit excesivo, la nueva configuración de la mayoría cualificada instaurada en el Tratado de Lisboa conlleva beneficios para los Estados considerados “grandes”¹³⁷.

¹³⁰ De hecho, todas las facultades del Consejo reguladas en el art. 126 TFUE se redactan con el verbo “*podrá*”.

¹³¹ La ponderación de los votos se hará teniendo en cuenta las normas establecidas en la letra a) del apartado 3 del art. 238 del TFUE (antiguo 205.5 TCE), como se verá más adelante en este apartado.

¹³² El apartado 6 del art. 126 del TFUE establece “*El Consejo, sobre la base de una propuesta de la Comisión, considerando las posibles observaciones que formule el Estado miembro de que se trate, y tras una valoración global, decidirá si existe un déficit excesivo*”.

¹³³ El art. 16 del TUE determina que “*el Consejo se pronunciará por mayoría cualificada, excepto cuando los Tratados dispongan otra cosa*”.

¹³⁴ La mayoría cualificada se ha previsto para numerosas materias, ampliándose su alcance de 30 a 70 a competencias. Este cambio ha sido considerado una de la mayores manifestaciones de la supranacionalidad, al existir sumisión de los Estados miembros a la voluntad del Consejo aun habiendo votado en contra. Véase, ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2010, p. 60.

¹³⁵ El tercer párrafo del art. 13 del art. 126 del TFUE indica “*La mayoría cualificada de los demás miembros del Consejo se definirá de conformidad con la letra a) del apartado 3 del artículo 238*”.

¹³⁶ Por tanto, la mayoría cualificada fijada en el Tratado de Niza, y la correspondiente ponderación de los votos aplicable desde el 1 de noviembre de 2004, se mantendrá hasta el 2014, e incluso podrá seguir utilizándose a petición de cualquier Estado, caso por caso, hasta 2017, según el Protocolo núm. 36 sobre las disposiciones transitorias.

¹³⁷ Mediante el Tratado de Niza se estableció un nuevo sistema de ponderación del voto aplicable desde el 1 de noviembre de 2004 y hasta el 2014 o incluso 2017.

A diferencia del sistema anterior, la mayoría cualificada fijada en el Tratado de Lisboa exige el cumplimiento únicamente de dos criterios: se precisa el 55 % de los miembros del Consejo, debiendo concurrir al menos 15 Estados¹³⁸, criterio que tiende a favorecer a los Estados más “pequeños” al reconocer igual valor a todos los votantes, y, además, dichos Estados deben representar, como mínimo, el 65 % de la población de la UE, criterio que favorece a los Estados “grandes” con mayor población. Finalmente, el Tratado de Lisboa incorpora una cláusula adicional para la constitución de la minoría de bloqueo¹³⁹: para impedir la adopción de una decisión deben incorporarse, al menos, cuatro miembros del Consejo que representen al menos el 35 % de la población. El porcentaje de la minoría de bloqueo del 35 % de la población podría reunirse con la oposición de tres Estados grandes¹⁴⁰. No obstante, este requisito – de un cuarto Estado– se adiciona para evitar que la unión franco-alemana pueda dirigir, sin prácticamente cuestionamientos, la política de la UE. El temor a este tipo de actitudes se ha visto acrecentado debido a las posturas adoptadas por algunos de los Estados grandes a la hora de aplicar alguna normativa de la UE como así ha sido, por ejemplo, en el caso del PEC. A pesar de las limitaciones anteriores, a nivel estadístico sigue siendo complejo

Este sistema comportó abandonar la definición de mayoría cualificada basada exclusivamente en la regla de mayoría de votos ponderados. Sistema, este último, que atribuía el mismo peso al voto de los Estados más grandes y, en consecuencia, sobrerrepresentaba a los Estados más pequeños, situación que pasó a conocerse como “proporcionalidad digresiva o decreciente”. Véase, GONZÁLEZ SAQUERO, Pablo, “La mayoría cualificada en el Consejo de la UE según el Tratado de Lisboa”, *Revista Española de Derecho Europeo*, (31), 2009, pp. 309 - 365 (p. 2 de la versión on-line).

El Tratado de Niza modificó el sistema y estableció un *triple criterio*, cumulativo, para que un acto pueda ser aprobado por el Consejo. En primer lugar, en término de votos, se exige una *mayoría cualificada* de votos ponderados que fija una nueva distribución del peso ponderado de cada Estado miembro que favorece a los Estados más grandes junto a Polonia y España. En segundo, en el nivel de Estados, la mayoría cualificada deberá agrupar una *mayoría de Estados*, es decir, 14 en el caso de 27, evitándose así la adopción de decisiones por minoría numérica de Estados. Y, en tercer y último lugar, si algún Estado miembro exige la comprobación del *porcentaje mínimo de población*, este deberá alcanzar el 62 % de la población total de la UE. En caso de no cumplirse estos tres criterios, el último de ellos a petición de algún Estado, no podrá aprobarse la decisión del Consejo. Existe, por ende, un *triple parámetro de bloqueo*: por mayoría de Estados, por población o por la minoría de bloqueo de votos ponderados. Véase, MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 262.

¹³⁸ El requisito de los 15 Estados pasó a ser superfluo tras la adhesión de Bulgaria y Rumanía, pues en todo caso el 55 % de la población comprenderá a quince Estados. Es más, en el momento de incorporar esta cláusula al texto del Tratado ya se sabía que no sería de aplicación al estar prevista la adhesión de Bulgaria y Rumanía en el año 2007.

¹³⁹ Este es un contrapeso solicitado a instancia de España y Polonia, que fue aceptado por la Conferencia Intergubernamental de 2007. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Mandato de la conferencia intergubernamental*”, 26 de junio de 2007.

¹⁴⁰ Concretamente, la coalición de tres de los cuatro Estados grandes (Alemania, Francia, Reino Unido e Italia) superan sobradamente el 35 % de la población de la UE.

evitar la unión de tres Estados grandes, y un cuarto con independencia de su tamaño, para conformar la minoría de bloqueo¹⁴¹. Por ello, algunos autores han atribuido a la exigencia de un cuarto Estado un carácter más de simbolismo político que puramente estadístico¹⁴².

La regla descrita es la regla general de la mayoría cualificada, pero el Tratado de Lisboa también prevé una regla especial para aquellos supuestos en los que no todos los Estados miembros participan en la votación. La regla especial se aplicará para la adopción de las principales decisiones de política económica y monetaria de los Estados miembros de la UEM, recogidas en los art. 126 y siguientes del TFUE.

La regla especial constituye una adaptación de la regla general antes descrita, y se aplica para acomodar los criterios de carácter absoluto recogidos en la norma general, dado que los criterios de carácter porcentual se reajustan automáticamente según el número de participantes y no deben ser alterados. Esta regla específica garantiza la funcionalidad del sistema frente a votaciones con presencia de un número indeterminado y variable de Estados. Para ello desaparece cualquier alusión a número de Estados en términos absolutos. Eliminar los términos absolutos comporta, por un lado, suprimir la exigencia de que la mayoría cualificada se integre por 15 Estados miembros, ya que este requisito pierde toda lógica al ser una votación en la que participan un menor número de Estados. Y, por otro lado, conlleva reformular la exigencia relativa a la minoría de bloqueo, para la que se requiere el número mínimo de Estados para alcanzar un 35 % de la población total de los Estados participantes y un Estado más. La regla especial establece como mínimo de bloqueo un valor absoluto específico en cada supuesto concreto, el cual dependerá del número de participantes.

En síntesis, cuando entre en aplicación el cálculo de la mayoría cualificada determinada en el Tratado de Lisboa –en 2014 o incluso 2017– a los efectos del procedimiento aplicable por déficit excesivo, continuará siendo relativamente sencillo

¹⁴¹ Hay 10 posibilidades de alcanzar el 35 % de la población con la unión de tres Estados. Estas son: Alemania, Francia, Italia - Alemania, Francia, España - Alemania, Francia, Polonia - Alemania, Reino Unido, Italia - Alemania, Reino Unido, España - Alemania, Reino Unido, Polonia - Alemania, Italia, España - Alemania, Italia, Polonia - Alemania, Reino Unido, Italia - Francia, Reino Unido e Italia. Con alguna de estas uniones tan solo sería necesario un Estado más para alcanzar la minoría de bloqueo. Obsérvese que Alemania se encuentra en 9 de estos supuestos, Italia en 6 supuestos, Reino Unido en 5 supuestos y Francia en 4 supuestos. Véase, el estudio estadístico efectuado por FELSENTHAL, Dan y MACHOVER, Moshé, “The QM rule in the Nice and EU reform treaties: future projections”, London School of Economics - Discussion Paper Brussels 23 June 2007, *LSE Research Online Project Report*, 2007, p. 2.

¹⁴² Véase, GONZÁLEZ SAQUERO, Pablo, “La mayoría cualificada en el Consejo de la UE según el Tratado de Lisboa”, cit., pp. 309 – 365 (p. 6 de la versión on-line).

conformar una minoría de bloqueo en el Consejo por parte de los Estados “grandes”. Estos últimos fácilmente pueden cumplir el criterio del 35 % de la población, y tan solo necesitarán la adhesión de otro Estado, con independencia de su tamaño. Así sucedió en los incumplimientos juzgados en el paradigmático Asunto C-27/04, Comisión contra Consejo, de 13 de julio de 2004, en los que Francia y Alemania tuvieron su ayuda mutua y los votos de Italia, Portugal, Irlanda y Luxemburgo. Por tanto, a pesar de que en términos generales la configuración de la mayoría cualificada en el Tratado Lisboa parece reducir el porcentaje de bloqueo¹⁴³, en la práctica seguirá siendo costosa una aplicación ágil del procedimiento en caso de déficit excesivo si ésta no está respaldada por los Estados denominados “grandes”¹⁴⁴.

La mayoría cualificada descrita se exige para dar inicio al procedimiento de déficit excesivo, pero también para la adopción de las decisiones clave a lo largo de este. Específicamente, el apartado 13 del art. 126 del TFUE excluye la referencia a la “*mayoría de dos tercios de los votos de los Estados miembros*” del Consejo para la adopción de las decisiones o recomendaciones mencionadas en los apartados 8, 9, 11 y 12 del mismo artículo¹⁴⁵, precisión que sí existía en el mismo apartado del art. 104 TCE. En la actualidad tan solo se indica que “*el Consejo se pronunciará sobre la base de una recomendación de la Comisión*”, lo cual comporta, también en este punto, una remisión a la mayoría cualificada.

Por último, en el nivel de votaciones, el TFUE también preserva la función de interés general de la Comisión y su derecho de iniciativa normativa. El art. 293 del TFUE (antiguo 250 TCE) establece que el Consejo podrá aprobar la propuesta de la Comisión por mayoría cualificada, pero no puede modificar el texto más que por unanimidad. Si no existiera unanimidad en el Consejo para enmendar una propuesta de la Comisión, el Consejo tiene dos opciones: adoptar la propuesta inicial de la Comisión por mayoría cualificada o rechazarla y no adoptar ninguna decisión en la materia. Esta

¹⁴³ Los datos estadísticos presentados por FELSENTHAL y MACHOVER apuntan que, con el sistema establecido en el Tratado de Niza, las posibilidades de que el Consejo apruebe una propuesta de la Comisión son de 49 contra 1 de ser aprobada. Por el contrario, con el sistema de Lisboa la misma propuesta tiene un porcentaje de 27 contra 4 de ser aprobada. Véase, FELSENTHAL, Dan y MACHOVER, Moshé, *Analysis of QM rule adopted by the Council of the European Union*, cit., p. 8.

¹⁴⁴ La doctrina ha puesto de manifiesto como las reglas del Tratado de Lisboa benefician tanto los Estados grandes –Alemania, Francia, Italia y el Reino Unido–, como a los más pequeños –como Malta, Estonia, Chipre, Eslovenia y Luxemburgo–. Véase, FELDERER, Bernhard, PATERSON, Iain, SILÁRSZKY, Peter, *The double majority implies a massive transfer of power to the large member status – in this intended?*, Working Paper, Institute of Advanced Legal Studies, Junio, 2003, pp. 1 y ss.

¹⁴⁵ Estos apartados recogen las medidas de presión adicionales que el Consejo puede ejercer para que el Estado con déficit excesivo cumpla con las recomendaciones formuladas. Medidas que ya hemos señalado en este apartado.

disposición mantiene la labor de iniciativa de la Comisión, que puede modificar su propuesta en todo momento antes de la votación final (art. 239.2 TFUE, comprobar este artículo). Esta competencia de inicio del procedimiento aplicable por déficit excesivo ha intentado ser suplantada por el Consejo, como tendremos ocasión de observar durante el análisis del Asunto C-27/04, Comisión contra Consejo, de 13 de julio de 2004¹⁴⁶.

Finalmente, debemos tratar la naturaleza de la acción ejercida por el Consejo a lo largo de la tramitación del procedimiento de déficit excesivo, y concretamente, su carácter, o no, discrecional¹⁴⁷. La posibilidad de actuaciones discrecionales por parte del Consejo ha sido cuestionada por algún autor, que atribuye a las funciones desempeñadas por el Consejo a lo largo del procedimiento de déficit excesivo una mayor carga de obligatoriedad de la que se podía apreciar en un primer momento. Esta tesis se fundamenta en la función del procedimiento “de garantizar la observancia de manera igual por todos los Estados miembros de los objetivos del Pacto de Estabilidad”, hecho que “justifica una interpretación del precepto que excluya la discrecionalidad”¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Véase, *infra*, Capítulo I, epígrafe Situación precedente y causas de la reforma, pp. 59 y ss.

¹⁴⁷ Esta cuestión ha llegado a poner en entredicho la propia viabilidad del PEC. En concreto, si cabe la posibilidad de implementar mecanismos basados en la gobernanza con una cierta discrecionalidad sin dañar la credibilidad de la disciplina presupuestaria en la UE en su conjunto; puesto que tras una aplicación desigual, los Estados miembros con déficit excesivo siempre podrán alegar el tratamiento efectuado a otros Estados miembros incumplidores. Véase, BEGG, Ian, “Economic governance in an enlarged euro area”, cit., p. 8

¹⁴⁸ Respecto de la discrecionalidad derivada de la utilización del verbo “poder” en relación con las actuaciones del Consejo, DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI trae a colación la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la discrecionalidad de la Administración en la apreciación de la necesidad de tramitar la acción de nulidad. El precepto 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 contenía la expresión “*la Administración pondrá en cualquier momento, de oficio o a instancia del interesado (...) declarar la acción de nulidad (...)*”. Sin embargo, la aparente discrecionalidad de la actuación de la Administración fue descartada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo al entender que la Administración no puede actuar, en este punto clave, “*con poderes discrecionales o a su libre arbitrio*”. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomas., “La discrecionalidad política del ECOFIN en la aplicación del procedimiento por déficit excesivo. Reflexiones sobre la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 2004”, *Revista de Estudios Políticos*, (126), Octubre – Noviembre, 2004, pp. 159 y ss.

Sin embargo existen varios elementos a tener en cuenta frente a la tesis del autor: i) el Tribunal Supremo continúa su argumento dejando un margen de apreciación a la Administración al indicar que “*ha de notarse que ello no comporta el que, sin examen alguno previo, haya de someter al indicado trámite cuantas solicitudes se le dirijan en tal sentido, pues podrá la Administración que tramitó el acto sujeto a revocación realizar un examen previo de si, prima facie, concurre o no alguno de los supuestos en que los actos de revisión incidan en inconstitucionalidad*” (véase, entre otras las, STS de 30 de noviembre de 1984; de 8 de julio de 1980 y 9 de noviembre de 1974). ii) La distinta naturaleza del órgano encargado, así como del procedimiento para llevar a cabo la decisión. El Consejo necesita especiales mayorías para la tramitación del procedimiento por déficit excesivo, requisito no existente en el caso de la Administración.

El procedimiento de déficit excesivo puede comportar, en última instancia, la aplicación de sanciones, decisión esta última que no puede ser discrecional puesto que chocaría frontalmente con el principio de legalidad sancionadora¹⁴⁹. Esta situación hace que debamos cuestionarnos en qué medida la discrecionalidad que se ha atribuido a la aplicación de la disciplina presupuestaria a nivel europeo se encuentra en las decisiones del Consejo o en la propia redacción del art. 126 del Tratado y del PEC en su conjunto. A nuestro parecer, la propia normativa propicia una toma de decisiones que, si bien no se puede calificar de plenamente discrecional, sí permite un amplio margen de apreciación según las circunstancias del caso concreto. En este punto, las mayores indeterminaciones no se encuentran en los criterios de convergencia en sí mismos, los cuales están perfectamente tasados, sino en las causas de excepción a estos, las cuales, como observamos al analizar el art. 126 del TFUE, contienen abundantes conceptos indeterminados¹⁵⁰.

El art. 18 del TFUE (antiguo, art. 12 TCE) prohíbe la discriminación por razón de nacionalidad, por lo que haber establecido distinciones entre Estados grandes y pequeños en la normativa del PEC hubiera sido contrario al propio Tratado¹⁵¹. No obstante, la realidad pone de manifiesto que el cumplimiento o incumplimiento de los criterios por parte de un Estado miembro “grande” ha desencadenado consecuencias sustancialmente distintas a aquellas generadas por el incumplimiento de un Estado “pequeño”¹⁵². Las diferencias que explícitamente no se quisieron apuntar se han generado de forma práctica e implícita, pero perfectamente clara.

¹⁴⁹ Véase, DE LA QUADRA- SALCEDO JANINI, Tomas, “La discrecionalidad política del ECOFIN en la aplicación del procedimiento por déficit excesivo”, cit., p. 160.

¹⁵⁰ Por el contrario algunos autores como DE LA QUADRA- SALCEDO JANINI afirman que la discrecionalidad nace primordialmente de la aplicación que hace el Consejo de la regulación de la materia, y consideran que en las disposiciones del procedimiento por déficit excesivo la “tipicidad” está perfectamente determinada y nunca se ha puesto en duda que Francia y Alemania hubiesen incumplido. Para el autor, el Consejo pretende la aplicación o inaplicación de las sanciones aparejadas los tipos dependiendo de su decisión libre y arbitraria. (Véase, DE LA QUADRA- SALCEDO JANINI, Tomas “La discrecionalidad política del ECOFIN en la aplicación del procedimiento por déficit excesivo”, cit., p. 160).

¹⁵¹ ITALIANER apunta que, si bien los redactores del Tratado no quisieron hacer alusión al tamaño de los Estados, esta distinción en algunas ocasiones hubiera tenido sentido en términos económicos. A nivel de inflación es claro que la repercusión de un Estado pequeño inflacionista en el conjunto de la UEM es relativamente reducida en comparación con la de un Estado grande. A su vez, la afectación a la credibilidad de las políticas de la UEM y la viabilidad de la UEM no es la misma si el Estado que decide dejar la Unión es un Estado u otro. Véase, ITALIANER, Alexander, “The Excessive deficit procedure: A legal Description”, cit., pp. 200 y 201.

¹⁵² La aplicación desigual del PEC será analizada a continuación, véase, *infra*, Capítulo I, epígrafe Situación precedente y causas de la reforma, pp. 59 y ss.

Junto a la naturaleza de las normas, no podemos obviar el carácter marcadamente político del Consejo. Todo lo anterior refleja que, tras el Tratado de Lisboa, se refuerza una realidad ya existente: la tramitación del procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo tendrá éxito siempre que los Estados “grandes”, cuya posición se ve favorecida frente a los Estados “medianos” como España, la apoyen, y casi únicamente en estos casos, puesto que su oposición permitirá alcanzar con relativa facilidad el mínimo de bloqueo. Por el contrario, sin la negativa de los Estados “grandes”, alcanzar el porcentaje de población de bloqueo del 35 % por los Estados medianos y pequeños requiere mayor esfuerzo. En síntesis, amparándose en el mecanismo de votación del Tratado de Lisboa, el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo ha quedado, aún más si cabe que antes, en manos de los Estados “grandes”.

Por último, debemos señalar que la aprobación del TFUE no ha comportado dotar al procedimiento de déficit excesivo de mayor aplicabilidad. Tan solo un sistema de votación como la mayoría simple podría reforzar de manera sustancial la aplicación del procedimiento de déficit excesivo y, por ende, de las políticas a favor de la disciplina y la estabilidad presupuestaria. Sin embargo, es obvio que la materia que analizamos es difícil que se incluya entre las pocas materias, principalmente de funcionamiento interno de la UE¹⁵³, cuya votación se lleva a cabo por mayoría simple.

III. REFORMA DEL PACTO DE ESTABILIDAD Y CRECIMIENTO DE 2005

1. Situación precedente y causas de la reforma

Tras la fijación de los criterios de convergencia varios fueron los Estados que incumplieron el criterio relativo las finanzas públicas en una situación sostenible. Respecto a algunos de estos Estados se iniciaron procedimientos de déficit excesivo. Grecia fue el primer Estado en manifestar dificultades para alcanzar los criterios de

¹⁵³ La mayoría simple se prevé, entre otros, para los siguientes casos: aprobación del reglamento interno del Consejo y cuestiones de procedimiento y organización de su secretaría General (art. 240. 2 y 3 del TFUE); petición de propuestas a la Comisión (art. 241 TFUE); iniciativa en caso de incumplimiento por un Comisario de su obligaciones (art. 245 y 247 TFUE); presentación de recursos ante el Tribunal de Justicia (art. 263 y 265 TFUE); fijar condiciones para recabar informaciones y hacer comprobaciones (art. 337 TFUE).

déficit y deuda públicos fijados en el Tratado y en el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo¹⁵⁴.

El segundo Estado que tuvo dificultades para dar cumplimiento a los mandatos europeos de disciplina presupuestaria fue Portugal. Si bien los niveles de déficit público no eran tan significativos como los de Grecia, el Consejo decidió el inicio del procedimiento de déficit excesivo también respecto a Portugal¹⁵⁵.

¹⁵⁴ El 26 de septiembre de 1994, tomando en consideración la recomendación de la Comisión, el Consejo declaró la existencia de déficit excesivo en Grecia y estableció una serie de recomendaciones a seguir por parte del Gobierno griego con el objetivo de poner fin a tal situación. De conformidad con lo previsto en el apartado 7 del artículo 104 del Tratado, el Consejo dirigió a Grecia, con fechas de 7 de noviembre de 1994, 24 de julio de 1995, 16 de septiembre de 1996, 15 de septiembre de 1997 y 29 de mayo de 1998, Recomendaciones encaminadas a poner fin a la situación de déficit excesivo.

El informe presentado en 1999 por Grecia a la Comisión manifestaba una constante reducción del déficit que hacía prever que este alcanzaría el 1,8 % en 1999. Esta nueva situación llevó al Consejo, en su Decisión de 2000/33/CE, de 17 de diciembre de 1999, a afirmar la corrección de la situación de déficit excesivo (CONSEJO EUROPEO, *Council Decision abrogation the Decision on the existence of an excessive deficit in Greece*, (2003/33/EC), 17 de diciembre de 1999, DO L 12/24 de 18 de enero de 2000). Este pronunciamiento del Consejo permitió a Grecia la entrada en la tercera fase del UEM en enero de 2001.

La reducción sustancial del déficit público por parte de Grecia –en 1993 se encontraba en un 13,8 % del PIB y en 1998 alcanzaba el 2,5 %– fue tan solo aparente, puesto que en 2004 se descubrió la alteración de los datos aportados por Grecia en los ejercicios previos a la tercera fase de convergencia de la UEM. Este hecho mermó enormemente la credibilidad en la rigurosa aplicación del PEC.

¹⁵⁵ A pesar de que la Comisión remitió al Consejo la recomendación para la apertura del proceso de alerta rápida respecto de Portugal, el Consejo decidió, dado el compromiso del Gobierno luso de alcanzar el equilibrio presupuestario como máximo en 2004, no abrir el citado procedimiento.

Tras el cambio de Gobierno y la revisión de los datos previamente aportados, el déficit público en 2001 se situó en el 4,1 % y la Comisión decidió, el 24 de septiembre de 2002, incoar el procedimiento de déficit excesivo (COMISIÓN EUROPEA, *Recommendation for a Council Decision on the excessive deficit in Portugal – Application of Article 104(6) of the Treaty establishing the European Community*, SEC(2002) 1118 final, 16 de octubre de 2002, Bruselas). El Consejo, por su parte, en su Decisión 2002/923/CE, de 5 de noviembre, invitó al Gobierno portugués a adoptar todas las medidas que fueran necesarias para reducir el déficit (CONSEJO EUROPEO, *Council Decision on the existence of an excessive deficit in Portugal. Application of Article 104.6 of the Treaty establishing the European Community*, (2002/923/EC), 5 de noviembre de 2002, (DO L 322, de 27 de noviembre de 2002).

Como respuesta, el Gobierno portugués presentó un nuevo programa de estabilidad para el período 2003 – 2006. El déficit portugués era del 4,1 % del PIB en 2001, pero se redujo sustancialmente durante los años 2002 y 2003, situándose en 2003 en 2,8 % del PIB. Este nivel era cercano al 2,3 % del PIB que el Gobierno portugués había fijado en el programa de estabilidad 2003-2006. Tras la reducción del déficit por parte de Portugal, en 2004, la Comisión recomendó al Consejo que levantase el procedimiento de déficit excesivo (COMISIÓN EUROPEA, *Recommendation for a Council Decision abrogating the decision on the existence of an excessive deficit in Portugal - Application of Article 104(12) of the Treaty establishing the European Community*, SEC(2004) 497 final, 28 de abril de 2004, Bruselas) El Consejo derogó el procedimiento de déficit excesivo frente a Portugal mediante la Decisión 2005/135/CE, de 11 de mayo de 2004¹⁵⁵. La tramitación del procedimiento de déficit excesivo frente al Estado portugués puso de manifiesto que era posible el cierre de un procedimiento abierto si el Estado afectado tomaba las medidas necesarias para reducir el déficit.

Junto a los incumplimientos de Grecia y Portugal, posteriormente, se produjeron los del Reino Unido y los Países Bajos. Estos Estados también superaron el límite del 3 % del déficit durante el ejercicio 2003. Ante esta situación, la Comisión aprobó sendos informes sobre la situación presupuestaria de cada uno de los dos Estados¹⁵⁶. No obstante, las previsiones tanto del Reino Unido como de los Países Bajos de retomar niveles déficit por debajo del límite del 3 % en el ejercicio 2004 evitaron la apertura del procedimiento de déficit excesivo. Ello fue gracias a la interpretación, por parte de las instituciones europeas, de las situaciones presupuestarias vividas en ambos Estados como temporales, y de las medidas adoptadas por sus respectivos Gobiernos como adecuadas para corregir los excesos de déficit¹⁵⁷.

Por último, en cuanto a Italia, la Comisión recomendó al Consejo que emitiera una alerta rápida, puesto que se pronosticaba un déficit superior al 3 % para el ejercicio 2004¹⁵⁸. Italia no pudo llevar a cabo las reducciones esperadas y a lo largo de los años siguientes acabaría sobrepasando el nivel de déficit permitido lo que comportaría el inicio de un procedimiento de déficit excesivo en 2005.

Bajo estas circunstancias, Francia y Alemania incumplieron el criterio del déficit público. Dos incumplimientos especialmente significativos dada la importancia de estos dos Estados en la UEM. Si tenemos en consideración que Alemania fue el Estado impulsor del PEC, fue paradójico que este Estado también rompiera, en 2002, el límite

¹⁵⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Report from the Commission, United Kingdom, report prepared in accordance with article 104(3) of the Treaty*, SEC(2004), 487 final, 28 de abril de 2004, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *Report from the Commission, The Netherlands, report prepared in accordance with article 104(3) of the Treaty*, SEC(2004), 486 final, 28 de abril de 2004, Bruselas.

¹⁵⁷ Como recoge el Informe de la Comisión, el déficit del Reino Unido en 2003 superaba el 3 % del PIB, dato que *prima facie* capacita a la Comisión para la apertura del procedimiento de déficit excesivo. No obstante, esta situación de déficit excesivo se atribuyó al descenso en el crecimiento vivido en el Reino Unido durante 2002 y 2003. Por tanto, el carácter reversible de la situación, y la previsión de un déficit por debajo del 3 % del PIB para el 2004 y 2005, comportó la no apertura del procedimiento de déficit excesivo respecto al Reino Unido. COMISIÓN EUROPEA, *Report from the Commission, United Kingdom, report prepared in accordance with article 104(3) of the Treaty*, cit., pp. 3 y 4.

La situación en los Países Bajos era similar. En 2003, el déficit de los Países Bajos se encontraba en un 3,2 % del PIB. Este exceso sobre el valor de referencia se atribuyó a la deceleración económica vivida durante los años 2002 y 2003. Ahora bien, las pequeñas mejoras en la economía de los Países Bajos que se preveían para los ejercicios 2004 y 2005 hicieron considerar a la Comisión que se produciría un descenso en los niveles de déficit. La Comisión esperaba que el déficit de los Países Bajos se situase por debajo del 3 % del PIB en 2004. Este hecho evitó, como en el caso del Reino Unido, la apertura del procedimiento de déficit excesivo. COMISIÓN EUROPEA, *Report from the Commission, The Netherlands, report prepared in accordance with article 104(3) of the Treaty*, cit., pp. 2 y ss.

¹⁵⁸ Eurostat (Oficina estadística de la Comisión) determinó el déficit de Italia para el año 2004 en el 3,1 % del PIB, pero lo especialmente preocupante en el caso italiano era su elevado nivel de deuda pública, muy superior al 60 % del PIB.

del 3 % del déficit impuesto por el Pacto y, consecuentemente, se iniciara frente a él el procedimiento de déficit excesivo en noviembre de 2002.

En 2002, Francia tenía un déficit del 2,7 %, PIB, nivel que hacía prever que el Estado francés sobrepasaría en futuros ejercicios presupuestarios el límite máximo del 3 % del PIB. Ante esta situación, en noviembre de 2002, la Comisión recomendó al Consejo la apertura del procedimiento de alerta rápida. Por su parte el Consejo, tras la recomendación formulada por la Comisión, activó el proceso de alerta rápida indicando a Francia que adoptase las medidas necesarias para no sobrepasar el valor de referencia en el 2003, y que, a su vez, iniciase una reducción paulatina del déficit (0,5 % del PIB anual), descenso que permitiría alcanzar el equilibrio presupuestario aproximadamente en 2006. Finalmente, dado que Francia no seguía las recomendaciones efectuadas¹⁵⁹, la Comisión incoó el procedimiento de déficit excesivo.

La situación de Alemania era similar a la de Francia. En 2001, Alemania tenía un déficit del 2,7 % del PIB, valor que, al distar del 1,5 % establecido en su programa de estabilidad, hacía prever un posible incumplimiento del valor de referencia de déficit público del 3 % PIB. La Comisión propuso al Consejo iniciar el procedimiento de alerta rápida, pero el Consejo desatendió dicha recomendación debido al compromiso del Gobierno alemán de reducir el déficit en los años próximos. Sin embargo, en 2002 el déficit alcanzó el 3,8 % del PIB. La Comisión entendió que este elevado nivel de déficit no era debido a ningún acontecimiento excepcional y recomendó al Consejo la determinación de una situación de déficit excesivo respecto de Alemania¹⁶⁰. El Consejo

¹⁵⁹ En sus recomendaciones iniciales, la Comisión, de forma contundente, alertó al Gobierno francés de que redujese el déficit a niveles inferiores al 3 % como máximo en 2004. Véase, COMISIÓN EUROPEA, *Commission opinion on the existence of an excessive deficit in France- Application of Article 104(5) of the Treaty establishing the European Community*, SEC(2003) 514 final, 7 de mayo de 2003, Bruselas.

Tras estas actuaciones, y dado que el Estado francés no adoptó las medidas necesarias, en octubre de 2003, la Comisión dirigió al Consejo una nueva recomendación para que declarase que el Estado francés no había adoptado las recomendaciones apuntadas por el Consejo. Véase, COMISIÓN EUROPEA, *Recommendation for a Council Decision on the existence of an excessive deficit in France. Application of Article 104(6) of the Treaty establishing the European Community*, SEC(2003) 515 final, 7 de mayo de 2003, Bruselas.

A su vez, la Comisión advirtió de nuevo a Francia de que debía iniciar la reducción progresiva de sus niveles de déficit, alcanzando el equilibrio presupuestario, como máximo, en el año 2005. Véase, COMISIÓN EUROPEA, *Recommendation for a Council Recommendation to France with a view to bring an end to the situation of an excessive government deficit- Application of Article 104 (7) of the Treaty*, SEC(2003) 516 final, 7 de mayo de 2003, Bruselas.

¹⁶⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Commission opinion on the existence of an excessive deficit in Germany- Application of Article 104(5) of the Treaty establishing the European Community*, SEC(2003) 8 final, 8 de enero de 2003, Bruselas. COMISIÓN EUROPEA, *Recommendation for a Council Decision on the existence of an excessive deficit in Germany- Application of Article 104(6) of the Treaty establishing the*

esta vez sí siguió la recomendación de la Comisión, declaró la existencia de déficit excesivo y recomendó al Gobierno alemán que redujese sus niveles de déficit lo más rápidamente posible, dando como plazo máximo el 31 de mayo de 2003¹⁶¹. No obstante, en noviembre de 2003 la situación de déficit excesivo persistía y la Comisión, al entender que no se habían tomado suficientes medidas, reiteró al Consejo, a través de la correspondiente recomendación¹⁶², la necesidad de hacer una nueva advertencia al Estado alemán, mediante una Decisión que fijase la exigencia de reducir el déficit como muy tarde en 2005.

En noviembre de 2003, los dos procedimientos abiertos respecto de Francia y Alemania se encontraban en un punto parejo. Por ello, el Consejo, en su sesión de 25 de noviembre de 2003, celebró sendas votaciones para cada una de las recomendaciones que la Comisión había tramitado¹⁶³. El resultado fue la no adopción de las recomendaciones, al no alcanzarse la mayoría necesaria para tal fin. Sin embargo, el Consejo adoptó otro documento, bajo la forma de Conclusiones¹⁶⁴, en el cual se recogía: la evolución de las medidas hasta entonces aplicadas por Francia y Alemania tras las recomendaciones anteriores del Consejo; la valoración positiva del compromiso público de ambos Estados de reducir sus niveles de déficit antes del 2005; y, finalmente, unas nuevas recomendaciones que permitían a dichos Estados reducir el déficit para el

European Community, SEC(2003) 9 final, 8 de enero de 2003, Bruselas. COMISIÓN EUROPEA, *Recommendation for a Council Recommendation to Germany with a view to bringing an end to the situation of an excessive government deficit- Application of Article 104(7) of the Treaty*, SEC(2003) 10 final, 8 de enero de 2003, Bruselas.

¹⁶¹ CONSEJO EUROPEO, *Decision on the existence of an excessive deficit in Germany — Application of Article 104(6) of the Treaty establishing the European Community*, (2003/89/CE), DO L 34/16 de 11 de febrero de 2003, Bruselas.

¹⁶² COMISIÓN EUROPEA, *Recommendation for a Council Decision establishing, in accordance with Article 104(8) of the EC Treaty, that the action taken by Germany in response to the recommendation made by the Council pursuant to Article 104(7) of the Treaty is proving to be inadequate*, SEC(2003) 1319 final, 18 de noviembre de 2003, Bruselas. Y, COMISIÓN EUROPEA, *Recommendation for a Council Decision giving notice to Germany, in accordance with Article 104(9) of the EC Treaty, to take measures for the deficit reduction judged necessary in order to remedy the situation of excessive deficit*, SEC(2003) 1317 final, 18 de noviembre de 2003, Bruselas.

¹⁶³ Conforme a los apartados 8 y 9 del art. 126 del TFUE, en aquel momento apartados 8 y 9 del art.104 TCE.

¹⁶⁴ Su denominación exacta fue “*Conclusiones del Consejo sobre la evaluación de las acciones emprendidas por Alemania para responder a las recomendaciones del Consejo con arreglo al apartado 7 del artículo 104 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y estudio de nuevas medidas dirigidas a la reducción del déficit para poner remedio a la situación*” recogidas en la Decisión 2003/89/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003. A las Conclusiones respecto de Francia se les dio exactamente el mismo título y se establecieron en la Decisión 2003/487/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003.

ejercicio presupuestario 2005 y mantener el déficit por debajo del valor de referencia en años posteriores.

En resumen, que los hechos hasta aquí descritos se extrae que los criterios relativos al déficit y la deuda públicos fijados en el Tratado y el PEC fueron incumplidos por varios Estados, entre los que se encuentran los propios impulsores de la disciplina presupuestaria a nivel comunitario. En esta coyuntura, el Consejo, marcado por las dificultades de carácter político para adoptar medidas contra Estados que ocupaban un peso tan importante en la UEM, como Francia y Alemania, desatendió en varias ocasiones las recomendaciones presentadas por la Comisión¹⁶⁵.

Esta situación llevó a la Comisión a presentar un recurso de anulación contra las citadas Conclusiones (asunto C-27/04, Comisión contra Consejo de 13 de julio de 2004)¹⁶⁶, al entender que estas comportaban la suspensión del procedimiento de déficit excesivo, el uso de un instrumento no previsto en el Tratado y la modificación de las recomendaciones aprobadas por el Consejo en virtud del art. 104. 7 del TCE (actual, art. 126.7 del TFUE).

En este recurso, la Comisión también solicitó al Tribunal la anulación de la decisión de *“no adoptar, en relación con la República Francesa y la República Federal de Alemania, los instrumentos formales contenidos en las Recomendaciones de la Comisión”*¹⁶⁷.

El Tribunal de Justicia resolvió el recurso presentado por la Comisión anulando las Conclusiones efectuadas por el Consejo a Francia y Alemania. El Tribunal entendió que, si bien el Consejo estaba facultado para adoptar una decisión diferente a la recomendada por la Comisión¹⁶⁸, la Comisión tiene el derecho de iniciativa en el procedimiento de déficit excesivo. En la medida en que las Conclusiones adoptadas por el Consejo comportaban una modificación de las recomendaciones adoptadas previamente, estas Conclusiones también debían ir acompañadas de las

¹⁶⁵ La decisión del Consejo de suspender el procedimiento de déficit excesivo se llevó a cabo a pesar de la posición en contra de la Comisión y del voto de cuatro de los Estados miembros del Consejo (Holanda, España, Finlandia y Austria). Este hecho pone de manifiesto las discrepancias internas existentes en el seno del Consejo.

¹⁶⁶ La Comisión inicia su demanda mediante el escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia, el 27 de enero de 2004, solicitando la anulación de las conclusiones con arreglo al art. 230 del TCE (actual art. 263 del TFUE).

¹⁶⁷ Texto de las solicitudes presentadas por la Comisión como parte demandante en el asunto C-27/04, Comisión contra Consejo, de 13 de julio de 2004.

¹⁶⁸ Apartado 90 de la sentencia.

correspondientes recomendaciones de la Comisión. Al no haberse efectuado tales recomendaciones por la Comisión, las Conclusiones del Consejo vulneraban el derecho de iniciativa de la Comisión¹⁶⁹.

En su pronunciamiento, el Tribunal de Justicia negó la naturaleza meramente política de las Conclusiones del Consejo, atribuyendo, implícitamente, mayor carga jurídica a la función del Consejo en el procedimiento de déficit excesivo y desechando la tesis de que el Consejo constituye una institución puramente intergubernamental¹⁷⁰. Este último argumento había sido argüido por el Consejo, que pretendía dotar a sus Conclusiones de un carácter meramente político de reinterpretación de la situación, dada la imposibilidad de alcanzar la mayoría necesaria para adoptar las recomendaciones del Consejo. La atribución del carácter político excluía la necesidad de existencia de una recomendación previa de la Comisión.

Tras el pronunciamiento del Tribunal de Justicia, la Comisión emitió una Comunicación clarificando la situación de Alemania y Francia¹⁷¹. En ella la Comisión afirmaba que las medidas adoptadas por Francia y Alemania tras las Conclusiones presentadas por el Consejo, y de forma previa a su anulación por el Tribunal de Justicia, consideraban que la fecha de cumplimiento de sus obligaciones había sido trasladada a 2005. Partiendo de esta premisa, la Comisión analizó las medidas adoptadas por ambos Estados y concluyó conservando el año 2005 como fecha de referencia para el cumplimiento de los objetivos fijados. Finalmente, la Comisión comunicó al Consejo que no era necesario llevar a cabo mayores actuaciones¹⁷².

Esta secuencia de acontecimientos nos lleva a plantearnos la voluntad subyacente de la Comisión al presentar el recurso frente al Tribunal de Justicia. La

¹⁶⁹ Apartados 91 a 94 de la sentencia.

A mayor abundamiento, las Conclusiones no fueron adoptadas por el Consejo siguiendo las técnicas de voto previstas para aprobación de las recomendaciones de la Comisión (con arreglo al art. 104 CE, apartado 7), sino siguiendo las técnicas previstas en su apartado 9, es decir, con la participación en la votación tan solo de los Estados miembros de la Zona Euro. Este factor procesal comporta también la anulación de las Conclusiones del Consejo (apartado 95 de la sentencia).

¹⁷⁰ CHALTIEL, Florence, “Le Pacte de stabilité, entre exigences juridiques et pragmatisme politique”, cit., p. 514.

¹⁷¹ COMISIÓN EUROPEA, *The situation of Germany and France in relation to their obligations under the excessive deficit procedure following the judgement of the Court of Justice*, COM(2004) 813 final, 14 de diciembre 2004, Bruselas.

¹⁷² Sin embargo, en los años posteriores, estos Estados siguieron manteniendo niveles de déficit superiores al valor de referencia. Alemania tendría durante el 2005 un déficit de 3,3 % del PIB, y Francia, si bien reduciría su déficit por debajo del 3 % del PIB en el 2005, en los años siguientes volvería a superar este valor.

aceptación por parte de la Comisión de la adecuación de las medidas efectuadas por Francia y Alemania siguiendo las Conclusiones del Consejo pone de manifiesto que, desde una perspectiva material, las recomendaciones del Consejo contenidas en las Conclusiones eran acordes con el parecer de la Comisión para solucionar la situación de déficit excesivo. Por tanto, no estamos frente a una cuestión de falta de acuerdo entre Comisión y Consejo en materia de disciplina presupuestaria. Con la presentación del recurso la Comisión pretendía evitar, en esencia, que el Consejo la suplantara en el ejercicio de su competencia de inicio del procedimiento de déficit excesivo¹⁷³. O, lo que es lo mismo, que el Consejo sorteara las recomendaciones que le había planteado previamente y emitiera unas Conclusiones –sustitutivas de la decisión de apertura del procedimiento– que, a su vez, no iban acompañadas de las correspondientes recomendaciones de la Comisión¹⁷⁴.

A su vez, el análisis retrospectivo de los hechos pone de manifiesto que la voluntad del Tribunal era, en última instancia, restablecer el equilibrio institucional entre Comisión y Consejo¹⁷⁵. Este objetivo se alcanzó aceptando de forma proporcionada pretensiones de ambas partes. Así, el Tribunal denegó la petición de la Comisión relativa a la anulación de la decisión del Consejo de no adoptar los instrumentos formales contenidos en las recomendaciones de la Comisión¹⁷⁶, pero satisfizo su petición de anular las Conclusiones del Consejo.

El Tribunal anuló dichas Conclusiones al entender que estas suponían la adopción de dos decisiones que infringían el art. 104 del TCE y el art. 9 del Reglamento (CE) núm. 1467/97. La primera de ellas era la suspensión del procedimiento de déficit excesivo en un caso que no estaba previsto ni en el art. 104 del TCE, ni en el Reglamento (CE) núm. 1467/97. Según estas dos normas, el procedimiento de déficit excesivo solo se puede suspender cuando el Estado adopte las medidas establecidas por el Consejo en sus recomendaciones o advertencias (art. 9.1 del Reglamento (CE) núm.

¹⁷³ Competencia que, como hemos analizado, le atribuye de forma expresa el art. 126 del TFUE. Véase, *supra*, Capítulo I, epígrafe Vertiente correctiva: el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, pp. 46 y ss.

¹⁷⁴ La situación de conflicto entre Comisión y Consejo era un hecho generalmente reconocido, dado que se estaba cuestionando directamente la competencia procesal de la Comisión. Véase, entre otros, LOUIS, Jean-Victor, “The Economic and Monetary Union: Law and Institutions”, *Common market law review*, (3), 2004, pp. 579 y ss.

¹⁷⁵ Esta idea de equilibrio institucional se apunta por CHALTIEL, Florence, “Le Pacte de stabilité, entre exigences juridiques et pragmatisme politique”, cit., pp. 510 y ss. En la doctrina española, entre otros, LÓPEZ ESCUDERO, Manuel, “El Pacto de Estabilidad ante el Tribunal de Justicia. Comentario a la sentencia de 13 de julio de 2004”, pp. 85 y ss.

¹⁷⁶ Con arreglo al art. 104 apartados 8 y 9 del TCE, actual art. 126 apartados 8 y 9 del TFUE.

1467/97)¹⁷⁷. La segunda decisión contraria al art. 104 del TCE y al art. 9 del Reglamento (CE) núm. 1467/97 era la modificación de las recomendaciones adoptadas previamente con arreglo al art. 104. 7 del TCE.

Ahora bien, la anulación de las Conclusiones del Consejo no comportaba que el Consejo deba seguir las recomendaciones de la Comisión en todo caso. Es más, si la Comisión considera la actuación del Consejo, al no seguir sus recomendaciones, como una *omisión* tendrá que defender su pretensión a través del mecanismo procesal correspondiente, el *recurso de omisión*¹⁷⁸.

En este último punto se encuentra la verdadera controversia del caso. Como plantea el abogado general TIZIANO¹⁷⁹, el elemento determinante es la calificación de la actuación del Consejo: *“La no adopción de las recomendaciones con arreglo al artículo 104 TCE, apartados 8 y 9, constituye una omisión del Consejo, como tal impugnabile mediante el procedimiento previsto en el artículo 232 TCE (recurso de omisión), o si, por el contrario, puede ser calificada de decisión denegatoria implícita y, por tanto, al menos en principio, de acto impugnabile en virtud del artículo 230 TCE (recurso de anulación)”*¹⁸⁰.

El Tribunal primeramente analizó la idoneidad de la presentación de un recurso de anulación, al respecto señaló que *“no se adopta decisión alguna en el sentido del artículo 104 CE, apartados 8 y 9, cuando la Comisión recomienda al Consejo que adopte decisiones con arreglo a dichas disposiciones y en el Consejo no se alcanza la mayoría necesaria”*¹⁸¹. Y prosiguió apuntado que *“no existe ninguna disposición de Derecho comunitario por la que se establezca un plazo a cuya expiración se presuma la existencia de una decisión tácita con arreglo al artículo 104 CE, apartados 8 y 9, y por*

¹⁷⁷ En este punto, el Consejo afirma que puede existir una suspensión de hecho si el Consejo, tras recibir una recomendación de la Comisión, no llega a adoptar una decisión por no haberse reunido la mayoría suficiente (apartado 86 de la sentencia).

Frente a estos argumentos del Consejo, el Tribunal de Justicia señala que en este supuesto no se trata de una suspensión derivada de la imposibilidad de adoptar una decisión recomendada por la Comisión, situación que podría subsanarse en cualquier momento, sino de una suspensión expresa, puesto que en el texto de las Conclusiones el Consejo aseveró que “ha acordado suspender el procedimiento de déficit excesivo”.

¹⁷⁸ Recurso establecido en el art. 265 TFUE, antiguo 232 del TCE.

¹⁷⁹ Abogado general TIZZANO, conclusiones de 19 de mayo de 2004, recogidas en la sentencia de 13 de julio de 2004, Comisión – Consejo C-27/04.

¹⁸⁰ Conclusiones de 19 de mayo de 2004, recogidas en la sentencia de 13 de julio de 2004, Comisión – Consejo C-27/04.

¹⁸¹ Apartado 31 de la sentencia.

la que se defina el contenido de tal decisión”¹⁸². Para el Tribunal los plazos establecidos en el Reglamento del procedimiento de déficit excesivo “*tienen por finalidad garantizar la aplicación rápida y eficaz del procedimiento de déficit excesivo. Por tanto, sería contrario a este objetivo que la expiración de dichos plazos llevara aparejada la extinción de la facultad del Consejo de adoptar los actos recomendados por la Comisión en el marco de dicho procedimiento. Tal extinción implicaría, en su caso, la necesidad de volver a abrir el procedimiento*”¹⁸³.

De las consideraciones anteriores, el Tribunal de Justicia extrajo que la falta de actuación por parte del Consejo no podía ser considerada un acto tácito y, por ende, no podía ser impugnado a través del recurso de anulación¹⁸⁴.

Tras estas afirmaciones, el Tribunal dejó abierta la posibilidad a la Comisión de que planteara el recurso de omisión: “*Es preciso señalar que, de no adoptar el Consejo los instrumentos formales recomendados por la Comisión con arreglo al artículo 104 TCE, apartados 8 y 9, ésta puede acudir a la vía de recurso prevista en el artículo 232 TCE*”, pero con una precisión final “*respetando los requisitos que se establecen en este artículo*”¹⁸⁵.

Sin embargo, existían dudas sobre la admisibilidad de un recurso de omisión en este supuesto. Para admitir un procedimiento de omisión, el Tribunal requiere la *inactividad absoluta*, no debiéndose llevar a cabo ninguna toma de posición por la

¹⁸² Apartado 32 de la sentencia.

¹⁸³ Apartado 33 de la sentencia.

¹⁸⁴ Apartado 34 de la sentencia. Recurso de anulación regulado en el art. 263 del TFUE, antiguo 230 del TCE.

¹⁸⁵ Apartado 35 de la sentencia.

El art. 232 del TCE, actual art. 265 del TFUE establece que “en caso de que, en violación de los Tratados, el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo, la Comisión o el Banco Central Europeo se abstuvieren de pronunciarse, los Estados miembros y las demás instituciones de la Unión podrán recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea con objeto de que declare dicha violación. El presente artículo se aplicará, en las mismas condiciones, a los órganos y organismos de la Unión que se abstengan de pronunciarse.

Este recurso solamente será admisible si la institución, órgano u organismo de que se trate hubieren sido requeridos previamente para que actúen. Si transcurrido un plazo de dos meses, a partir de dicho requerimiento, la institución, órgano u organismo no hubiere definido su posición, el recurso podrá ser interpuesto dentro de un nuevo plazo de dos meses.

Toda persona física o jurídica podrá recurrir en queja al Tribunal, en las condiciones señaladas en los párrafos precedentes, por no haberle dirigido una de las instituciones, o uno de los órganos u organismos de la Unión un acto distinto de una recomendación o de un dictamen.”

institución europea¹⁸⁶. En el procedimiento de déficit excesivo, según lo indicado previamente por el propio Tribunal¹⁸⁷, el silencio del Consejo es una *toma de posición negativa*, pero *no definitiva* (ya que el Consejo puede volver a tratar la cuestión si lo estima conveniente). Es más, el Consejo realizó la votación respecto a la adopción de las decisiones recogidas en los apartados 7 y 8 del art. 104 del TCE pero no alcanzó la mayoría necesaria. De ello parece desprenderse que no existía inactividad absoluta.

Ahora bien, la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia también ha afirmado que el *rechazo de la institución a actuar no se considera toma de posición*. Parece, por tanto, que quedaba abierta la posibilidad de incoación del recurso de omisión por parte de la Comisión¹⁸⁸. Además, hay que tener en cuenta que, en caso de cerrar el mecanismo procesal del recurso de omisión, esta actuación del Consejo en el marco del procedimiento de déficit excesivo (que de forma expresa había quedado excluida del ámbito del recurso de anulación¹⁸⁹), quedaría fuera del *control de legalidad* por parte del Tribunal de Justicia¹⁹⁰.

Para finalizar, cabe señalar que el Tribunal de Justicia se pronunció estrictamente sobre las cuestiones que le habían sido planteadas por la Comisión, y evitó pronunciarse sobre otros aspectos indeterminados existentes en el procedimiento de déficit excesivo.

2. Elementos de la reforma

Tras la decisión del Tribunal de anular las Conclusiones adoptadas por el Consejo respecto de Alemania y Francia, podían llevarse a cabo dos tipos de actuaciones: la ejecución de las medidas necesarias para la tramitación ordinaria del

¹⁸⁶ Como señala el Tribunal en los asuntos acumulados C-15/91 y C-108/91, *Buckl y otros vs. Comisión*, 24 de noviembre de 1992, párrafo 17 se considera omisión “*haberse abstenido de adoptar una decisión o una postura y no a la adopción de un acto diferente del que los interesados habrían deseado o considerado necesario*”.

¹⁸⁷ Apartados 31 a 34 de la sentencia.

¹⁸⁸ En Tribunal de Justicia en el asunto 302/87, *Parlamento vs. Consejo*, de 27 de septiembre de 1977, señaló que “*En efecto, una eventual negativa a actuar, por explícita que sea, puede recurrirse ante el Tribunal de Justicia, en virtud del artículo 175, dado que no pone término a la omisión*” (párrafo 17).

¹⁸⁹ Apartado 34 de la sentencia.

¹⁹⁰ ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Joaquín, y SALINAS ALCEGA, Sergio, “La aplicación del procedimiento de déficit excesivo: los casos de Francia y Alemania. Análisis de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de julio de 2004 (asunto C- 27/04, Comisión contra Consejo)”, *Presupuesto y Gasto público*, (40), 2005, pp. 18 y 19.

procedimiento de déficit excesivo respecto de los dos Estados¹⁹¹, o la adopción de una solución de carácter global, mediante la revisión general de los criterios del PEC y, en última instancia, la flexibilización de su aplicación. Esta segunda opción fue la finalmente acogida, si bien, como veremos, nunca se quiso hacer referencia a la reforma del PEC como un proceso de flexibilización de este.

Dos aspectos marcaron la reforma del PEC. En primer lugar, la reforma se llevó a cabo tras una aplicación irregular de los mecanismos establecidos en el PEC para los supuestos de incumplimiento de los criterios del déficit y la deuda públicos. Este hecho produjo una merma en la credibilidad de la aplicación efectiva del PEC. Los incumplimientos del criterio del déficit por parte de Alemania y Francia no comportaban que estos dos Estados –claves en la aprobación inicial del PEC¹⁹²– se apartasen de los compromisos de disciplina presupuestaria asumidos. Sin embargo, la actuación de las instituciones europeas en estos dos casos ponía en entredicho la efectiva aplicación del procedimiento correctivo de déficit excesivo, o al menos su aplicación paritaria a todos los Estados miembros. En segundo lugar, el proceso de reforma del PEC estuvo marcado por la dificultad de alcanzar acuerdos en el seno del Consejo en materia económica y presupuestaria.

¹⁹¹ ÁLVAREZ MARTÍNEZ y SALINAS ALCEGA recogen algunas de las medidas que hubieran restablecido la credibilidad en el funcionamiento de los mecanismos establecidos por el PEC. El Consejo tenía abierta la posibilidad de adoptar los actos recomendados por la Comisión, a pesar del transcurso de los plazos fijados al efecto en el Reglamento del procedimiento de déficit excesivo. Para ello hubiera sido necesario la celebración de una nueva votación aprobada por la mayoría exigida en función del art. 205 del TCE. Tras la aprobación de las Recomendaciones de la Comisión, Francia y Alemania tendrían que haber tramitado las medidas necesarias para reducir los niveles de déficit, so pena de la adopción de medidas más gravosa en caso de incumplimiento. Sin embargo, como apuntan los autores, la inexistencia de la mayoría suficiente en el seno del Consejo hacía inviable la tramitación normal del procedimiento de déficit excesivo. Véase, ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Joaquín, y SALINAS ALCEGA, Sergio, “La aplicación del procedimiento de déficit excesivo: los casos de Francia y Alemania. Análisis de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de julio de 2004 (Asunto C- 27/04, Comisión contra Consejo)”, cit., pp. 22 y 23.

¹⁹² Resaltar la paradoja apuntada por TALANI “En noviembre de 2003, el PEC murió a manos de su madre y padre, Alemania y Francia”, ambos países, especialmente el primero, fueron los que apostaron por una severa disciplina presupuestaria durante la adopción del Tratado de Maastricht. La cuestión es qué había cambiado desde entonces hasta 2003”. Véase, TALANI, Leila Simona, “A dead Stability and Growth Pact and strong Euro: there must be a mistake!” en la obra colectiva *Between Growth and Stability: The demise and reform of the European Union’s stability and Growth Pact*, editado por TALANI, Leila Simona, y CASEY, Bernard, Cheltenham, Edward Elgar, 2008, pp. 138 y 139.

Más información de las posturas de Alemania y Francia en la reforma del PEC en HEIPERTZ, Martin y VERDUN, Amy, “*The Stability and Growth Pact: Theorising a Case in European Integration*”, documento presentado a discusión en la Ninth Biennial of International European Union Studies Association Conference, Austin, TX 31 de Marzo – Abril.

De forma oficial, la reforma del PEC se inició con la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeos de 3 de septiembre de 2004¹⁹³. La necesidad de llegar a un acuerdo antes del Consejo Europeo de Bruselas de los días 22 y 23 marzo de 2005 hizo que las negociaciones del Ecofin se aceleraran¹⁹⁴. Finalmente, en la citada reunión de Jefes de Estado y de Gobierno en Bruselas se ratificó el informe del Ecofin, de 20 de marzo de 2005, titulado “*Mejorar la aplicación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento*”¹⁹⁵, y se aprobaron sus conclusiones y propuestas.

El Consejo Europeo instó a la Comisión a que presentara una propuesta de modificación de los Reglamentos que conforman el PEC¹⁹⁶. La Comisión presentó su propuesta el 20 de abril, y el 27 de junio se adoptaron los Reglamentos núm. 1055/2005 y núm. 1056/2005 que reformaron, respectivamente, el Reglamento de supervisión y el Reglamento del procedimiento de déficit excesivo¹⁹⁷.

¹⁹³ En esta Comunicación se hacía referencia a las situación presupuestaria en la que se encontraban los Estados miembros y se establecían las directrices de la reforma. COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo. Reforzamiento de la gobernanza económica y mejora de la aplicación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento*, COM(2004) 581 final, 3 de septiembre de 2004, Bruselas, (no publicada en el Diario Oficial). Disponible en:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0581:FIN:ES:PDF> (última consulta, julio de 2013).

¹⁹⁴ De hecho, a lo largo de las reuniones del Consejo Ecofin efectuadas durante los días 7 y 8 de marzo no se alcanzó el consenso necesario y tuvo que convocarse una nueva reunión el 20 de marzo, tan solo dos días antes de la reunión del Consejo Europeo. A la celeridad de las negociaciones se une el modo de actuación complejo y poco transparente del Consejo Ecofin.

¹⁹⁵ CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 22 y 23 de marzo de 2005*, Bruselas, Anexo II.

¹⁹⁶ CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 22 y 23 de marzo de 2005*, Bruselas, pp. 1.

¹⁹⁷ Concretamente, el Reglamento (CE) núm. 1055/2005 de 27 de junio de 2005 enmienda el Reglamento (CE) núm. 1466/97, relativo al reforzamiento de la supervisión de las posiciones presupuestarias y el control de las políticas económicas. Por su parte, el Reglamento (CE) núm. 1056/2005, de 27 de junio, enmienda el Reglamento (CE) núm. 1476/97 relativo a la aceleración y clarificación del Procedimiento de Déficit Excesivo. El Reglamento (CE) núm. 1055/2005 fue aprobado mediante el procedimiento de cooperación entre el Consejo y el Parlamento previsto en el art. 99 del TCE, actual 121 del TFUE; en cuanto al Reglamento (CE) núm. 1056/2005, fue aprobado a través del procedimiento recogido en el del art. 104.14 del TCE (126.14 del TFUE) tras previa consulta al Parlamento Europeo.

Ambos Reglamentos fueron sometidos a consulta al BCE, el cual emitió sendos Dictámenes. El BCE afirma respecto al Reglamento 1056/2005 que “*si bien el BCE no considera necesario opinar sobre las disposiciones específicas del reglamento propuesto, reitera que el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo debe ser creíble y efectivo como garantía frente a finanzas públicas insostenibles dentro de unos plazos estrictos*” (Dictamen del BCE de 3 de junio de 2005, solicitado por el Consejo de la UE acerca de la propuesta de reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 1467/97 relativo a la aceleración y clarificación del Procedimiento de Déficit Excesivo (COM(2005) 155 final). En el mismo sentido, en relación con el Reglamento (CE) núm. 1055/2005, apunta de nuevo que

La reforma del PEC se llevó a cabo a través de modificaciones parciales de los dos Reglamentos. No obstante, para aportar mayor seguridad jurídica hubiera sido preferible una reforma del conjunto del Pacto. Esta hubiera evitado la existencia de dos versiones de los Reglamentos, además, de informes, resoluciones y códigos de conducta que completan el contenido de los Reglamentos¹⁹⁸. De igual forma, una reforma del PEC de mayor calado hubiera permitido su debate en el Parlamento Europeo.

En cuanto al contenido material de la reforma, el preámbulo del acuerdo del Consejo Europeo “*Mejorar la aplicación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento*” establece que el objetivo principal de la reforma “*no es incrementar la rigidez o la flexibilidad de las reglas actuales sino hacer las mismas más efectivas*”¹⁹⁹. A pesar de la firmeza de estas afirmaciones, la doctrina internacional y nacional ha considerado esta reforma una flexibilización tanto del contenido material como procedimental del PEC²⁰⁰.

Uno de los objetivos claves de la reforma era eliminar el marcado carácter procíclico del PEC. El PEC originario no ofrecía ningún incentivo a los Estados para reducir el déficit público en las fases altas del ciclo. Inversamente, el PEC forzaba al Estado a llevar a cabo políticas cíclicas para no superar los valores de referencia de déficit y deuda públicos. Esto hacía que se efectuasen la mayor parte de los gastos durante las épocas de crecimiento, al existir margen presupuestario suficiente para ello.

“*si bien el BCE no considera necesario opinar sobre las disposiciones específicas del reglamento propuesto, apoya el objetivo de mejorar la supervisión y la coordinación de las políticas económicas con el fin de lograr y mantener objetivos a medio plazo que aseguren la sostenibilidad de las finanzas públicas*” (Dictamen del BCE de 3 de junio de 2005, solicitado por el Consejo de la UE acerca de la propuesta de reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 1466/97 relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas Económicas (COM(2005) 154 final). Estos Dictámenes se efectuaron cuando el BCE no poseía la condición de Institución europea. Actualmente, tras el Tratado de Lisboa, el BCE se integra entre las “*instituciones Europeas*” (Título III); y, por tanto, debe velar, no solo por el objetivo de estabilidad de precios, sino también por el cumplimiento de los otros objetivos de la Unión (art. 3 del TUE), entre los que se encuentra el crecimiento económico equilibrado.

¹⁹⁸ LOUIS, Jean-Victor, “The Legal Foundations of the SGP in Primary and Secondary EC Law”, cit., p. 21.

¹⁹⁹ CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 22 y 23 de marzo de 2005*, Bruselas, Anexo II, p. 22.

²⁰⁰ En este sentido, PÉREZ DE LA VEGA apunta que la reforma “no sólo flexibiliza las exigencias del PEC, también las medidas preventivas y correctoras que le acompañan para evitar y corregir situaciones de déficit público excesivo” (PÉREZ DE LA VEGA, Leonor M^a, “Cómo evitar y corregir las situaciones de déficit público excesivo en el marco del Pacto de Estabilidad”, *Noticias de la Unión Europea*, (255), 2006, p. 38). En la doctrina internacional, entre otros, BUTI, Marco, “Will the New Stability and Growth Pact Succeed? An Economic and Political Perspective”, *European Economy*, (241), 2006, p. 11.

En cambio durante las épocas de crisis el PEC motivaba a reducir los gastos para no incurrir en déficit excesivo o reducir el ya existente²⁰¹. De esta forma se actúa en contra de las teorías económicas *anticíclicas*, de origen keynesiano, que conciben el gasto público como el motor del crecimiento económico²⁰². Los economistas post-keynesianos criticaron el escaso margen de maniobra que permitía el PEC para instrumentar el déficit público como elemento de reactivación económica²⁰³. En algún sentido, el PEC originario constituía un mecanismo de lucha contra los déficits excesivos sin tener realmente en cuenta las fases del ciclo económico en las que la económica se encontraba, los motivos que provocaban la existencia de déficit, ni las medidas que debían ser adoptadas para su reducción.

A través de la reforma del PEC, por tanto, se pretendía modular la política presupuestaria al devenir del ciclo económico. Para ello, se distinguían tres escenarios presupuestarios: i) crecimiento económico cero: durante el cual los gastos de capital deben ser financiados mediante endeudamiento, y los gastos corrientes deben ser cubiertos por ingresos tributarios; ii) crecimiento presupuestario: en este período los gastos de capital pueden ser costeados también por tributos, puesto que existe excedente de ingresos tributarios en el presupuesto corriente; iii) decrecimiento presupuestario: en

²⁰¹ Véase, ANGEL, Benjamin, "Le Pacte de Stabilité est-il mort?", *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, (476), 2004, pp. 145 a 150.

²⁰² KEYNES, John Maynard, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, London MacMillan, London, 1936 (ed. 1947), pp. 374 y ss.

²⁰³ No siempre se ha demostrado a nivel empírico la teoría económica liberal que establece que el déficit público (financiado con deuda pública o emisión de dinero) incrementa la deuda pública y los tipos de interés futuros, genera el efecto "crowding out", alimenta la inflación y perjudica, en último lugar, al crecimiento económico en su conjunto. Véase, PELAGIDIS, Theodore, y DESLI, Evangelia, "Deficits, Growth and the Current Showdown: What the Role for Fiscal Policy?", *Journal of post Keynesian economics*, White Plains, N.Y: M.E, Sharpe, Vol. 26, (3), pp. 461 – 469.

Se denomina efecto expulsión, o "crowding out", en el mundo anglosajón, al fenómeno de sustitución de la actividad económica privada por la actividad económica pública. Generalmente, el efecto expulsión se produce en el ámbito de los mercados financieros. No debemos olvidar que el mercado financiero constituye "el mecanismo previsto por la Ley para la asignación del ahorro a las necesidades de financiación" ZUNZUNEGUI PASTOR, Fernando, *Derecho del Mercado Financiero*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 24. Si los emisores públicos se exceden en el recurso al crédito en los mercados de capitales, sin producirse, a su vez, un aumento de la base monetaria directamente por el Banco Central, o indirectamente a través de la disminución de las reservas líquidas por los bancos comerciales, se produce un descenso en la adquisición de activos de deuda privada. De este modo, los emisores de deuda corporativa ven mermada la fuente de financiación directa, siendo desviados, ineludiblemente, hacia la financiación bancaria. Véase, CHOURAQUI, Jean-Claude, "Los déficits presupuestarios, el crecimiento monetario y el fenómeno del "crowding out", *Papeles de Economía Española*, (33), 1983, pp. 397 y ss.

esta fase el déficit debe ser financiado a través de endeudamiento, y el déficit puede estar afecto, parcialmente, a cubrir gasto corriente²⁰⁴.

Desde el inicio de la tramitación de la reforma quedó patente que la modificación de los valores de referencia fijados en el Protocolo aplicable en caso de déficit excesivo sería muy costosa²⁰⁵. La reforma del Protocolo (art. 126 apartado 14, segundo párrafo TFUE, antiguo 104, apartado 14 segundo párrafo TCE²⁰⁶) requiere la unanimidad de los Estados miembros del Consejo, y tanto la Comisión como algunos Estados miembros se habían mostrado contrarios a flexibilizar los valores numéricos de referencia.

De igual forma, era complejo introducir distinciones en la aplicación de los criterios del déficit y la deuda públicos según el Estado. Por ello, se mantuvo la aplicación igualitaria de los criterios a todos los Estados miembros, pero cada Estado tendría un objetivo a medio plazo diferenciado. Se introdujo un margen de apreciación respecto del techo del 3 % del PIB que toma en consideración, especialmente, las necesidades de inversión pública de cada Estado, si bien la tendencia final debe ser hacia la sostenibilidad²⁰⁷.

²⁰⁴ BUTI, Marco, y FRANCO, Daniele, *Fiscal Policy in Economic and Monetary Union. Theory, Evidence and Institutions*, Cheltenham; Edward Elgar, 2005, p. 13.

²⁰⁵ El CONSEJO EUROPEO afirmó que “los criterios nominales básicos del Pacto (los valores de referencia de 3 % para la ratio de déficit – PIB y de 60 % para la ratio de deuda- PIB) han demostrado su valía y siguen constituyendo la piedra angular del sistema de supervisión multilateral. Sin embargo, el Consejo Europeo tomó nota en junio de 2004 de la necesidad de reforzar y aclarar la aplicación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, para fomentar la transparencia y la responsabilidad nacional del marco fiscal de la UE y mejorar la aplicación de sus normas y disposiciones” (CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 22 y 23 de marzo de 2005*, Bruselas, Anexo II, p. 22). A pesar de los buenos propósitos expresados por el Consejo la realidad fue recogida de forma clara por la Comisión al indicar que era necesario “reformularlo para que fuera creíble” (véase, COMISIÓN EUROPEA, *Finanzas Públicas en la UEM 2006. Primer aniversario del Pacto de Estabilidad y Crecimiento revisado*, Bruselas, 13 de junio de 2006).

²⁰⁶ Como analizamos, tras la aprobación del Tratado de Lisboa a la unanimidad se suma la necesidad de tramitar “un procedimiento legislativo especial, el artículo 126.14 del TFUE (anterior art. 104.14 del TCE) establece que “El Consejo, por unanimidad, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa consulta al Parlamento Europeo y al Banco Central Europeo, adoptará las disposiciones apropiadas que sustituirán al mencionado Protocolo”.

²⁰⁷ Para introducir este cambio el Reglamento de supervisión fue modificado por el Reglamento (CE) núm. 1055/2005, del Consejo, de 7 de julio, incorporó el art. 2. bis.

La redacción del art. 2.bis es la siguiente: “Cada Estado miembro tendrá un objetivo a medio plazo diferenciado para su situación presupuestaria. Estos objetivos presupuestarios a medio plazo específicos de cada país podrán diferir del requisito de una situación de proximidad al equilibrio o superávit. Ofrecerán un margen de seguridad con respecto a la proporción de déficit público del 3 % del PIB; garantizarán un rápido avance hacia la sostenibilidad y, teniendo esto en cuenta, darán un margen de maniobra presupuestario, considerando en particular las necesidades de inversión pública”.

Bajo estos parámetros, la reforma del PEC podía centrarse o bien en la forma de apreciación de los elementos constitutivos del déficit, o bien en las circunstancias que, excepcionalmente, permitían el incumplimiento de los valores de referencia.

La forma de calificación del déficit constituía, junto al carácter procíclico, una de las principales críticas vertidas respecto del PEC. El PEC originario tomaba en consideración el déficit público desde una perspectiva esencialmente cuantitativa. El cómputo del déficit público para determinar el cumplimiento o incumplimiento del criterio del déficit público del Tratado se llevaba a cabo sin tomar en consideración la naturaleza del gasto que lo generaba. Sin embargo, no es equivalente el déficit fruto de gasto corriente que el déficit generado por gastos de inversión, dado que el segundo, a diferencia del primero, es susceptible de generar ganancias a largo plazo.

En este sentido, Alemania, abogaba por la constitución de bloques de gasto²⁰⁸, que debían ser evaluados de forma distinta para el cálculo de los niveles del déficit²⁰⁹.

En el texto del Tratado no se establece directamente la posibilidad de introducir distinciones según la naturaleza del gasto. Ahora bien, el apartado 3 del art. 126 del TFUE habilita a la Comisión para que, en su Informe sobre la procedencia de la apertura del procedimiento de déficit excesivo, analice el volumen de gasto público que es destinado a la inversión pública y los demás factores pertinentes, entre los cuales se encuentra la situación económica y presupuestaria a medio plazo del Estado miembro²¹⁰. Estas disposiciones hacían posible introducir distinciones según el gasto²¹¹.

²⁰⁸ Como, por ejemplo, gastos en investigación y desarrollo, ejército, reformas estructurales o cargas especiales como a las que tenía que hacer frente Alemania debido a su proceso de reunificación.

²⁰⁹ En este sentido, Schröder, en una entrevista concedida al *Financial Times Deutschland* abogaba a favor de la elaboración de una serie de criterios obligatorios relativos a las categorías del gasto que la Comisión debería observar de forma previa a la apertura del Procedimiento de déficit excesivo (entrevista del 17 de enero de 2005, *Financial Times Deutschland*). Dos meses después, el ex canciller de la RFA Helmut Schmidt también apuntaba la necesidad de adaptar y flexibilizar los criterios del PEC alegando que “una aplicación estricta podría resultar incluso contraproducente” (*La Vanguardia*, 24 de marzo de 2005).

²¹⁰ El apartado 3 del art. 126 determina que, en caso de incumplimiento de uno o algunos de los criterios por parte de un Estado miembro “la Comisión elaborará un informe, en el que también se tendrá en cuenta si el déficit público supera los gastos públicos de inversión, así como todos los demás factores pertinentes, incluida la situación económica y presupuestaria a medio plazo del Estado miembro”.

²¹¹ La distinción del gasto en función de su naturaleza fue objeto de críticas, puesto que dotar a los Estados de este tipo de prerrogativas a la hora de calificar el gasto público fomenta prácticas inapropiadas en la contabilidad nacional. Concretamente se fomentan aquellas operaciones de contabilidad pública que permiten calificar como gastos de inversión verdaderos gastos corrientes (véase, ANGEL, Benjamin, “Le Pacte de Stabilité est-il mort?”, *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne*, (476), 2004, pp.

No obstante, la reforma del PEC no se orientó en este sentido, sino que se centró en la redefinición de las excepciones al incumplimiento de los criterios del déficit y la deuda públicos, dotando de mayor importancia y contenido la toma en consideración de los demás factores pertinentes.

Finalmente, los cambios concretos que fueron introducidos en el PEC durante la reforma del 2005 fueron: En primer lugar, se reforzó la aplicación de las condiciones de excepcionalidad, transitoriedad y proximidad al valor de referencia²¹². En segundo lugar, se concretaron los elementos que debían ser valorados por la Comisión como “otros factores pertinentes” para la apertura del procedimiento por déficit excesivo (art. 126.3 TFUE)²¹³. Estos factores también debían ser tomados en consideración por el Consejo sobre la declaración de déficit excesivo²¹⁴. Entre los factores pertinentes se encuentran:

145 a 150.

²¹² Para ello se dio una nueva redacción del art. 2.2 del Reglamento del procedimiento de déficit excesivo existente, que tuvo el siguiente tenor: *“La Comisión y el Consejo, al evaluar la existencia de un déficit excesivo y decidir al respecto, de conformidad el artículo 104, apartados 3 a 6, del Tratado, podrán considerar que una superación del valor de referencia resultante de una grave recesión económica es excepcional en el sentido del artículo 104, apartado 2, letra a), segundo guión, si el exceso sobre el valor de referencia se deriva de una tasa negativa de crecimiento anual del PIB en volumen o de una pérdida acumulada de producción durante un período prolongado de muy bajo crecimiento anual del PIB en volumen en relación con su potencial”*.

²¹³ La enumeración de estos factores pertinentes comportó la modificación del art. 2.3 del Reglamento del procedimiento de déficit excesivo que en su nueva redacción establece *“La Comisión, para la elaboración del informe previsto en el artículo 104, apartado 3, del Tratado, tendrá en cuenta todos los factores pertinentes indicados en dicho artículo. El informe de la Comisión deberá reflejar de forma adecuada la evolución de la situación económica a medio plazo (en particular, el potencial de crecimiento, las condiciones cíclicas imperantes, la aplicación de políticas en el marco del programa de Lisboa y de políticas encaminadas a fomentar la investigación y desarrollo y la innovación) y la evolución de la situación presupuestaria a medio plazo (particularmente, los esfuerzos de saneamiento presupuestario en coyunturas favorables, la sostenibilidad de la deuda, la inversión pública y la calidad global de las finanzas públicas). Además, la Comisión prestará la debida consideración a cualquier otro factor que, en opinión del Estado miembro afectado, sea pertinente para evaluar globalmente en términos cualitativos la superación del valor de referencia y que el Estado miembro haya puesto en conocimiento de la Comisión y del Consejo. En este contexto, deberá prestarse especial atención a los esfuerzos presupuestarios encaminados a aumentar o a mantener en un nivel elevado las contribuciones financieras dirigidas a reforzar la solidaridad internacional y alcanzar los objetivos de la política europea, en particular la unificación de Europa, en caso de que ésta afecte negativamente al crecimiento o a la carga presupuestaria del Estado miembro afectado. Una evaluación global equilibrada deberá incluir todos estos factores”*.

²¹⁴ Sin embargo, el art. 3 del Reglamento del procedimiento de déficit excesivo reformado establece que estos factores no se tendrán en cuenta *“en las decisiones que adopte el Consejo en virtud del art. 104, apartado 12 del TCE (actual art. 126.12 del TFUE) con vistas a la derogación de alguna o de la totalidad de sus decisiones mencionadas en los apartados 6 a 9 y 11 del art. 104”*. Por tanto, serán claves

a. La *situación económica a medio plazo*. En este punto, el Consejo determinó la franja de oscilación para los objetivos a medio plazo, que deben ser revisados cada cuatro años y cuando se produce una reforma estructural. Los *objetivos presupuestarios a medio plazo*, determinados tras realizar los ajustes cíclicos y exceptuar las medidas aisladas y temporales, son específicos según los Estados. Los Estados que tienen un nivel bajo de deuda y un elevado potencial de crecimiento podrán tener de manera permanente un déficit de hasta un 1 % del PIB. Por su parte, los Estados con elevada deuda pública y poco potencial de crecimiento deberán seguir tratando de alcanzar el equilibrio presupuestario o superávit. En el primer caso se cede un mayor margen al Estado puesto que si este incurre en déficit (por ejemplo al 3,5 % del PIB) puede reducirlo al tener bajo nivel de deuda pública. Los Estados que no hayan alcanzado su objetivo presupuestario a medio plazo deberán ajustar su déficit anualmente en un 0,5 % del PIB. Este porcentaje debe medirse igualmente en términos ajustados por el ciclo. Así, la reducción será más exigente cuando el Estado crezca a su tasa potencial o por encima de ésta. En estos supuestos se presume que el excedente de ingresos debe ir dirigido a reducir el déficit y la deuda públicos²¹⁵.

b. La realización de *reformas estructurales* en el Estado, que permiten la revisión de los objetivos a medio plazo²¹⁶.

c. Los esfuerzos para el *saneamiento de déficit durante épocas altas del ciclo*²¹⁷. El art. 3.2 del Reglamento de supervisión tras la reforma, cuando enumera la información que contendrá el Programa de Estabilidad, tan solo hace referencia al objetivo presupuestario a medio plazo, sin vincularlo con los conceptos de “*equilibrio o superávit*”²¹⁸. Por tanto, aporta mayor flexibilidad en la configuración de la estructura

en la fase de adopción de las medidas pero no se valorarán para su posterior derogación. Esta limitación les merma eficacia.

²¹⁵ CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 22 y 23 de marzo de 2005*, Bruselas, Anexo II, pp. 28 y 29.

²¹⁶ La toma en consideración de las reformas estructurales ocasionó una nueva redacción del art. 3.2, letra c) del Reglamento de supervisión: “*El programa de estabilidad contendrá la siguiente información: (...) c) un análisis detallado y cuantitativo de las medidas presupuestarias y otras medidas de política económica que se estén adoptando y/o proponiendo para alcanzar los objetivos del programa, incluido un análisis detallado de coste-beneficio de las reformas estructurales importantes que tengan efectos de ahorro a largo plazo, entre otras cosas incrementando el crecimiento potencial*”. La misma previsión se estableció en el art. 7.2 apartado c) del Reglamento de Supervisión para los Programas de Convergencia.

²¹⁷ El Consejo define el concepto “*época de bonanza*” como “*aquellos periodos en los que la producción excede de su nivel potencial*”. CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 22 y 23 de marzo de 2005*, Bruselas, Anexo II, p.30.

²¹⁸ El art. 7.2 del Reglamento de supervisión en el caso de los Programas de Convergencia.

del Programa de Estabilidad, puesto que cada Estado tiene su objetivo que puede divergir de la situación próxima al equilibrio o superávit²¹⁹.

d. Los avances que efectúe el Estado para *adaptarse al proceso de envejecimiento de la población*, como, por ejemplo, las reformas en el sistema de pensiones²²⁰.

e. *Las necesidades en inversión pública*. Como señalamos con anterioridad, si bien los gastos de inversión no se extraen del cómputo del déficit público, estos se toman en consideración a la hora de valorar la situación presupuestaria en su conjunto. Entre los gastos de inversión se encuentran los destinados al fomento de la investigación y la innovación, promovidos por la estrategia de Lisboa, y los destinados a la “*solidaridad internacional y a alcanzar los objetivos de política europea*”²²¹.

La fórmula finalmente empleada para la determinación del conjunto de factores pertinentes satisfacía, en gran medida, a los dos Estados propulsores de la reforma (es decir, a Francia y Alemania). No podemos obviar la estrecha relación que mantiene la alusión a gastos por “*solidaridad internacional y objetivos de política europea*” con la situación de reunificación de Alemania, y los gastos en “*defensa o I+D*” con la coyuntura entonces existente en Francia.

Junto al reforzamiento de las excepciones al cumplimiento de los criterios y a la toma en consideración de otros factores pertinentes, en tercer lugar, la reforma quiso otorgar mayor fuerza a las consecuencias derivadas del *incumplimiento del límite*

²¹⁹ Obsérvense ambas redacciones (art. 3.2, letra a del Reglamento de supervisión), redacción inicial: “2. *El programa de estabilidad contendrá la siguiente información: el objetivo a medio plazo en términos de situación presupuestaria próxima al equilibrio o con superávit y la trayectoria de ajuste para alcanzar este objetivo en lo que respecta al déficit o superávit público, así como la tendencia prevista para la proporción de la deuda pública*”. Y la redacción tras la reforma de 2005: “el objetivo presupuestario a medio plazo y la trayectoria de ajuste hacia dicho objetivo para el saldo presupuestario de las administraciones públicas y la trayectoria de evolución prevista para la proporción de deuda pública” (el subrayado es nuestro).

²²⁰ Este elemento comporta la introducción de la siguiente precisión en el art. 2 apartado 3 del Reglamento del procedimiento de déficit excesivo: “*La Comisión y el Consejo, en todas las evaluaciones presupuestarias en el marco del procedimiento de déficit excesivo, prestarán la debida consideración a la introducción de reformas de las pensiones que supongan la creación de un régimen mixto que incluya un sistema de plena capitalización*”.

²²¹ CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 22 y 23 de marzo de 2005*, Bruselas, Anexo II, pp. 28 y 29.

*máximo del 60 % del PIB de deuda pública*²²². Era innegable que había existido una predisposición a considerar tan solo el nivel de déficit, olvidando que la existencia de elevados niveles de deuda pública también puede originar la tramitación del procedimiento de déficit excesivo. El Consejo debía plantearse la emisión de recomendaciones también a aquellos Estados cuya deuda pública no se situase por debajo del valor de referencia del 60 % del PIB, o su proporción no disminuyese de forma suficiente y se aproximase, a un ritmo satisfactorio, al valor de referencia.

Sin embargo, desde el principio de la reforma existieron dudas sobre la viabilidad de incrementar, por parte del Consejo, la aplicabilidad del criterio de la deuda pública. En este sentido, la Comisión llegó a apuntar que el propio *“PEC permanece en silencio a la hora de determinar como se aplica el Procedimiento de déficit excesivo en caso de violación del criterio de la deuda pública”*²²³, hecho que reduce sustancialmente la fuerza vinculante del criterio de la deuda pública²²⁴.

Junto a estos cambios en la configuración de los conceptos del PEC, encontramos también modificaciones de carácter procedimental tanto en la vertiente preventiva como en la vertiente correctiva del PEC. Por lo que respecta a la vertiente preventiva, la reforma de 2005 amplió el plazo que el Consejo tenía para efectuar el examen de los Programas de Estabilidad y Convergencia. Se consideró que el plazo inicial de dos meses era insuficiente para llevar a cabo una evaluación correcta de los Programas de Estabilidad o Convergencia. En relación con la vertiente correctiva, se amplió, en un mes, el plazo del Consejo para dirigir las recomendaciones a un Estado para que corrija su situación de déficit excesivo²²⁵.

²²² Este aspecto ya había sido indicado por la Comisión en su Comunicación de septiembre de 2004, entre los cambios que debían ser implementados. Se buscaba una mayor supervisión de la evolución de la deuda pública y de los factores que pueden influir en su crecimiento a medio y largo plazo.

²²³ COMISIÓN EUROPEA, “Public Finances in EMU 2005”, *European Economy*, (3), Economic and Financial Affairs, Directorate – General, Luxemburg, 2005, pp. 91 y ss.

²²⁴ Esta medida fue considerada de carácter propagandístico. Otra de las medidas cuya aplicabilidad fue dudosa, pero que a diferencia de la primera acabó materializándose, era otorgar carácter automático a la emisión de recomendaciones por parte de la Comisión en aquellos casos en que el déficit público hubiera superado el límite del 3 % del PIB. Véase, WOODS, Robert, “Notes on the Reform of the SGP: creating and implementing effective macroeconomic frameworks”, en la obra colectiva *Between Growth and Stability: The demise and reform of the European Union’s stability and Growth Pact*, cit., pp. 138 y 139.

²²⁵ A mayor abundamiento debemos destacar que la redacción del art. 3.3 del Reglamento del procedimiento de déficit excesivo tras la reforma contiene la expresión *“como norma general en el plazo de cuatro meses”* (el subrayado es nuestro). Esta redacción deja abierta la posibilidad de introducir modificaciones en el plazo, posiblemente ampliaciones, en algunos supuestos específicos distintos a la regla general. Esta laxitud contrasta con la rigidez con la que el inicial art. 3.3 del Reglamento del

Estos dos cambios en el procedimiento dotaron a las instituciones europeas de plazos más amplios para evaluar los datos presentados por los Estados miembros y por Eurostat. Los motivos para introducir estos cambios fueron dos. Por un lado, la necesidad de analizar con detalle la situación concreta de cada Estado, ya que la reforma del PEC introdujo un mayor número de factores específicos que debían ser tomados en consideración para evaluar la situación presupuestaria de un Estado. Y por otro lado, la necesidad de verificar la veracidad de las informaciones estadísticas presentadas por los Estados. El control de la información estadística presentada por los Estados por parte de la Comisión constituye una de las fases más complejas, tanto en la vertiente preventiva como correctiva del PEC²²⁶.

La reforma del PEC también dilató los plazos de que disponían los Estados para llevar a cabo sus políticas correctivas de las situaciones de déficit excesivo. En primer lugar, se amplió a seis meses el plazo para la adopción de medidas eficaces una vez se había declarado la existencia de déficit excesivo²²⁷. Este plazo se aplica a todos los Estados. Y en segundo lugar, se incrementó el plazo específico²²⁸ que el Consejo establece para la corrección efectiva del déficit excesivo por parte del Estado. Este segundo plazo podía ampliarse, como máximo, un año más de la fecha inicialmente fijada por el Consejo. En los supuestos en que se produjeran situaciones excepcionales este segundo plazo podía ampliarse incluso un año más, tras dictarse una recomendación de la Comisión revisada por el Consejo²²⁹. En consecuencia, en la

procedimiento de déficit excesivo determinaba “*en el plazo de tres meses*”, evitando posibles dilación por parte del Consejo.

²²⁶ La importancia de la existencia de datos estadísticos fiables y completos se analizará con posterioridad, véase, *infra*, Capítulo II, epígrafe La necesidad de datos estadísticos fiables para poder determinar el cumplimiento de la disciplina presupuestaria de la UE, pp. 142 y ss.

²²⁷ Art. 4 del Reglamento del procedimiento de déficit excesivo tras la reforma. La redacción anterior del art. 3.4 del Reglamento del procedimiento de déficit excesivo establecía un plazo de cuatro meses.

²²⁸ Como apunta PÉREZ DE LA VEGA estamos frente a dos plazos de distinta naturaleza. Un primer plazo de seis meses “más que para alcanzar resultados, actuando a modo de crítica frente al Estado y que este tenga voluntad de solucionar la situación antes de llegar a la imposición final de sanciones”. Y un segundo plazo “dirigido corregir la situación de déficit excesivo (...)”. Véase, PÉREZ DE LA VEGA, Leonor M^a, “Cómo evitar y corregir las situaciones de déficit público excesivo en el marco del Pacto de Estabilidad”, cit., p. 57.

²²⁹ La posibilidad de dictar una recomendación revisada y ampliar el plazo inicial en un año es fruto, igualmente, de una modificación introducida por el Reglamento (CE) núm. 1056/2005. Concretamente, para recoger este cambio se adicionó un apartado, el quinto, al art. 3 del Reglamento del procedimiento de déficit excesivo.

La redacción del apartado quinto del art. 3 del Procedimiento de déficit excesivo era la siguiente: “*Si se han tomado medidas eficaces para ajustarse a la recomendación formulada con arreglo al artículo 104, apartado 7, del Tratado, y tras la adopción de la recomendación aparecen factores económicos adversos e inesperados que tienen importantes efectos desfavorables sobre la hacienda pública, el*

práctica, tras la reforma, este segundo período -de corrección efectiva del déficit excesivo- puede llegar a ser de hasta de 3 años: el año que se detecta la existencia el incumplimiento, el año posterior a su detección y el año que se adiciona fruto de la existencia de circunstancias excepcionales.

Esta medidas tuvieron una buena aceptación por parte de los Estados miembros pero mermaron la celeridad en la aplicación del procedimiento de déficit excesivo²³⁰.

De las reformas enumeradas podemos extraer algunas conclusiones. El inicial PEC creó un procedimiento severo –especialmente en su vertiente correctiva– cuya eficacia práctica era poco factible dada la naturaleza marcadamente sancionadora de las medidas aplicables en la última fase del procedimiento de déficit excesivo y el carácter claramente político del órgano que debe aplicar dichas medidas, el Consejo. Las decisiones finales del procedimiento de déficit excesivo no están en manos de la Comisión – si bien esta tiene la competencia de iniciativa del procedimiento–, sino del Consejo. Este hecho persiste incluso, como veremos, tras la introducción del sistema de voto inverso en la reforma del PEC de 2011.

Tras la reforma de 2005, los procedimientos recogidos en el PEC, tanto en la vertiente preventiva como correctiva, siguieron siendo esencialmente iguales. No se reformaron los criterios que comportaban la apertura del procedimiento de déficit excesivo (ni los valores numéricos de referencia de los criterios de déficit y deuda

Consejo, partiendo de una recomendación de la Comisión, podrá adoptar una recomendación revisada con arreglo al artículo 104, apartado 7. Esta recomendación revisada podrá, en particular, ampliar por un año el plazo para la corrección del déficit excesivo, teniendo en cuenta los factores pertinentes contemplados en el artículo 2, apartado 3, del presente Reglamento. El Consejo evaluará la existencia de factores económicos adversos e inesperados con importantes efectos desfavorables sobre la hacienda pública basándose en las previsiones económicas contenidas en su recomendación”.

²³⁰ Este cambio en el art. 3 del Reglamento del procedimiento de déficit excesivo has ido objeto de dos críticas: la primera, la ralentización del procedimiento que comporta llevar a cabo una segunda revisión de la situación, la cual es, en puridad, una repetición de la fase previa del procedimiento. La segunda, la indeterminación del concepto “*factores económicos adversos e inesperados*”, que dota de nuevo margen de actuación y de apreciación al Consejo para llevar a cabo tratamientos desiguales entre Estados. Véase, PÉREZ DE LA VEGA, Leonor M^a, “Cómo evitar y corregir las situaciones de déficit público excesivo en el marco del Pacto de Estabilidad”, cit., pp. 57 y 58.

El Consejo también toma en consideración la existencia de “*factores económicos adversos e inesperados*” a la hora de valorar la realización de advertencias a los Estados que no cumplen con sus recomendaciones. El apartado 2 del art. 5 del Reglamento del procedimiento de déficit excesivo, tras la reforma de 2005, establece la posibilidad de evaluar la aparición de “*factores económicos adversos e inesperados que tienen importantes efectos sobre la hacienda pública*”. Este hecho desencadenaría la posibilidad, por parte del Consejo, de adoptar una “advertencia revisada”, que podría, a su vez, comportar la ampliación, en un año, del plazo para la corrección del déficit excesivo.

públicos). Tampoco se modificaron las diferentes fases que integran ni el procedimiento de alerta rápida ni el procedimiento de déficit excesivo.

No obstante, debido a la introducción de nuevos elementos de valoración de las situaciones presupuestarias de los Estados y de la ampliación de los plazos en los que se llevaba a cabo el procedimiento, difícilmente el procedimiento de déficit excesivo llegaría a su fin, entendido este último como la aplicación de las sanciones. En la mayor parte de los casos se podía apreciar la existencia de factores que evitaban la apertura del procedimiento o, una vez abierto, estos factores demoraban la transición a fases posteriores. En la práctica el plazo que se proporcionaba al Estado para solventar la situación de déficit excesivo entre recomendaciones, recomendaciones revisadas, advertencias y advertencias revisadas podía alcanzar los 5 años, dilación que se esperaba fuera suficiente para adoptar las medidas necesarias.

En consecuencia, tras la reforma de 2005, el Consejo podía dejar de aplicar las medidas correctivas, que paradójicamente no fueron modificadas²³¹, no de una forma flagrante, como sucedió en los casos de Alemania y Francia que propiciaron la reforma del PEC, sino alegando alguna de las múltiples excepciones existentes o dejando transcurrir las farragosas fases previas a la fase realmente sancionadora, la cual dudosamente llegaría a alcanzarse²³².

Por último, debemos apuntar que la dificultad de introducir cambios de mayor calado en la estructura del PEC puso de manifiesto, de nuevo, la dificultad de incrementar la convergencia en las políticas presupuestarias de los diferentes Estados miembros, en manos de sus Gobiernos, a través de un órgano de naturaleza política como es el Consejo, y con un sistema de votación como la mayoría cualificada en el que existen amplias posibilidades de bloqueo.

²³¹ Parece que quiere protegerse el carácter inaplicable de las sanciones, manteniéndolas, como había apuntado un importante sector doctrinal, más como un mecanismo disuasivo que puramente punitivo, cuya aplicación se destinaría en todo caso a supuestos muy puntuales. Véase, entre otros, BEGG, Iain, “Hard and soft Economic Coordination under EMU: Problems, Paradoxes and Prospects”, *London School of Economics/ Harvard, Working Papers Series*, (103), 2003, p. 8; y, BUTI, Marco, “Will the new Stability and Growth Pact Succeed? An Economic and Political Perspective”, cit., p. 4.

²³² Las siguientes críticas fueron recogidas por la propia COMISIÓN EUROPEA, “*En comparación con el pacto original, las nuevas disposiciones están menos bien definidas, existe un mayor riesgo de ambigüedad en su interpretación, son menos transparentes y más complejas*”. En el mismo sentido la COMISIÓN EUROPEA apuntó que “*las normas fiscales de la UE eran simples y fácilmente entendibles. Parte de esta simplicidad, se ha perdido a través de la introducción de espacio para el juicio respecto a la existencia de déficit excesivo y en el camino para su ajuste*”. COMISIÓN EUROPEA, “Public Finances in EMU 2006”, *European Economy*, (3), Economic and Financial Affairs, Directorate – General, Luxemburg 2006, pp. 91 y ss.

3. Aplicación del PEC tras la reforma de 2005

En 2006, la Comisión analizó la aplicación llevada a cabo del PEC reformado, tanto en su vertiente preventiva como correctiva²³³. A continuación señalaremos los principales cambios:

a) En la vertiente preventiva la principal novedad fue la pérdida de vigencia de la noción “*cerca del equilibrio o superávit*” para definir el objetivo presupuestario a medio plazo. Tras la reforma, los Estados ya no debían alcanzar este objetivo uniforme. Los nuevos parámetros para el cálculo del objetivo a medio plazo tenían en cuenta tanto las circunstancias particulares de cada Estado, como el desarrollo de políticas anticíclicas. Para ello, el objetivo presupuestario a medio plazo tenía tres requisitos distintos: i) proveer un margen de seguridad respecto del límite del 3 % del PIB; ii) asegurar un proceso rápido hacia un estado sostenible; iii) tomando en consideración los dos requisitos anteriores, otorgar un margen de maniobra al Estado en sus políticas presupuestarias en función de sus necesidades de inversión pública²³⁴.

Bajo estos nuevos criterios, en 2005 los Estados llevaron a cabo la actualización de sus respectivos Programas de Estabilidad o Convergencia²³⁵; y en ellos se dejó constancia de que muchos de ellos no alcanzaban sus específicos objetivos presupuestarios a medio plazo²³⁶. Tan solo cuatro Estados de la UEM presentaban

²³³ COMISIÓN EUROPEA, “Public Finances in EMU 2006”, *European Economy*, (3), cit., 2006, pp. 91 y ss.

²³⁴ *Ibidem*, p. 91.

²³⁵ Todos los Programas presentados siguieron las nuevas directrices. *Ibidem*, p. 93.

²³⁶ Los incumplimientos se producían tanto entre Estados que se encontraban inmersos en procedimientos de déficit excesivo, como entre Estados que no lo estaban. Es más, en 2006, los Estados que poseían déficits excesivos desarrollaban políticas que permitían prever su estabilidad a medio plazo. Sin embargo, otros Estados, a pesar de haber corregido sus niveles de déficit excesivo o no haber incurrido en ellos, y encontrarse en un momento positivo del ciclo económico, no lograban alcanzar sus niveles específicos de estabilidad a medio plazo, o al menos no al ritmo que sería necesario para evitar superar el valor de referencia de déficit público del 3 % del PIB en épocas negativas del ciclo económico. La Comisión era crítica con este tercer grupo de Estados y señalaba que “teniendo en consideración la perspectiva económica favorable, este perfil temporal no es consistente con las previsiones establecidas en la reforma del PEC. Los Estados de la Zona Euro o Estados participantes en la segunda fase de la UEM deberían alcanzar un ajuste estructural anual del 0,5 % del PIB y se supone que deben incrementar este esfuerzo de ajuste en tiempos de bonanza económica”. Véase, COMISIÓN EUROPEA, “Public Finances in EMU 2007”, *European Economy*, (3), Economic and Financial Affairs, Directorate – General, Luxemburg, 2007, p. 45.

informes acordes con su objetivo a medio plazo²³⁷; otros Estados esperaban cumplir con sus objetivos a medio plazo al final del período establecido en sus Programas²³⁸; y, por último, existían Estados que no preveían alcanzar su objetivo presupuestario a medio plazo hasta la siguiente década²³⁹.

La Comisión consideró la situación descrita como preocupante puesto que ponía en entredicho la importancia que los legisladores presupuestarios nacionales concedían a alcanzar sus respectivos objetivos de disciplina presupuestaria a medio plazo. La Comisión señaló como los Estados, en principio con relativa facilidad, alegaban la toma en consideración y el seguimiento de los tres requisitos del objetivo presupuestario a medio plazo, pero en la práctica no los alcanzaban²⁴⁰.

Los motivos que generaban los incumplimientos del objetivo a medio plazo eran diversos. Entre ellos la Comisión destacó la presencia de obligaciones públicas implícitas (*implicit liabilities*) que no eran contabilizadas por los Estados a la hora de calcular sus niveles de déficit y deuda públicos²⁴¹. Las obligaciones implícitas son obligaciones que, si bien no nacen de obligaciones legales o contractuales existentes, debido a las elevadas expectativas que la población tiene en su cumplimiento acaban llevándose a cabo por los Estados.

Además, las obligaciones implícitas pueden ser consideradas de forma bruta o neta. En el cómputo de las obligaciones implícitas netas, a diferencia de en el cómputo de las brutas, no solo se toma en consideración los niveles de gasto que estas generan, sino también los ingresos vinculados. Esta visión de conjunto es la que debe ser adoptada por los Estados si se quieren aportar datos reales del estado de sus obligaciones implícitas.

²³⁷ Los cuatro Estados eran: España, Irlanda, Países Bajos y Finlandia.

²³⁸ Los Estados eran: Bélgica, Austria y Luxemburgo.

²³⁹ Concretamente se trataba de Alemania, Grecia, Francia, Italia y Portugal.

²⁴⁰ Junto a las críticas por los incumplimientos de los objetivos presupuestarios a medio plazo, la Comisión también destacó los retrasos de algunos Estados en presentar sus Programas de Estabilidad o Convergencia, incluso semanas después de la fecha límite para su presentación. Estas dilaciones tan solo en algunos casos podrían atribuirse a limitaciones políticas objetivas, como por ejemplo la configuración de un nuevo Gobierno, como sucedió en Austria, la República Checa o Letonia.

²⁴¹ La doctrina macroeconómica ha destacado la exclusión de las obligaciones implícitas como uno de los elementos claves de la distorsión de los datos aportados por los Estados en los Planes de Estabilidad o Convergencia, los cuales, finalmente, no acaban siendo acordes con la realidad presupuestaria del Estado. Véase, GATENARO, Marco y MORRIS, Richard, "Fiscal policy and implementation in EMU. From Maastricht to the SGP reform and beyond", en la obra colectiva, FARINA, Francesco y TAMBORINI, Roberto, *Macroeconomic Policy in the European Monetary Union. From the old to the new Stability and Growth Pact*, Routledge Studies in the European Economy, London, 2008, pp. 33 y ss.

Por último, a la hora de evaluar el nivel de obligaciones implícitas, la Comisión considera clave la perspectiva que se adopte²⁴². Una perspectiva restringida incluye tan solo las obligaciones implícitas evidentes, sin contabilizar las obligaciones implícitas previsibles. Por ejemplo, se incluirían solo las pensiones, pero no los gastos de educación, gastos sociales, etc.²⁴³. Las obligaciones solamente previsibles son obligaciones de carácter contingente, vinculadas a la existencia o inexistencia de hechos futuros²⁴⁴. Lógicamente, los Estados serán reticentes a contabilizar este tipo de obligaciones en la medida en que es posible que acaben no materializándose²⁴⁵.

Dadas las discrepancias existentes en la contabilización de las obligaciones implícitas entre los distintos Estados miembros, el Código de Conducta –aprobado en la reforma del PEC de 2005– recogió la necesidad de introducir una nueva metodología para el cálculo de los objetivos a medio plazo que computase este tipo de obligaciones. El Consejo, el 7 de julio de 2009²⁴⁶, acogió la nueva metodología. Esta toma en consideración no solo los niveles efectivos de deuda, sino también las obligaciones implícitas, especialmente las relacionadas con el envejecimiento de la población, en particular, los gastos previstos para hacer frente al sistema de pensiones y al sistema sanitario. A partir de otoño de 2009, los Estados, en las sucesivas actualizaciones de sus Programas de Estabilidad o Convergencia, han incluido el cómputo este tipo de obligaciones implícitas.

No obstante, existe un supuesto en el que los Estados pueden desviarse directamente del objetivo de estabilidad presupuestaria a medio plazo. Este es el caso de la introducción de reformas estructurales. Una comprensión extremadamente extensiva del concepto “*reforma estructural*” puede posibilitar desequilibrios presupuestarios

²⁴² COMISIÓN EUROPEA, “Public Finances in EMU”, *European Economy*, (3), cit., 2006, pp. 95 y 96.

²⁴³ Por ejemplo, en relación con las obligaciones nacidas del sistema de pensiones una visión amplia y comprensiva requiere no solo la consideración de futuros gastos en pensiones respecto de las aportaciones que se están llevando a cabo actualmente, sino también en relación con las contribuciones no efectuadas todavía pero que se prevé se efectuarán.

²⁴⁴ Este supuesto se produce por ejemplo en los avales del Estado y en determinados supuestos de colaboraciones entre el sector público y el sector privado, en los cuales existe un reparto de los riesgos entre el sector público y el sector privado que puede acabar generando obligaciones contingentes para el sector público.

²⁴⁵ Es más, en algunas ocasiones la concepción de obligación implícita es distinta en los sistemas de cuentas nacionales y en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales. Los primeros tienden a considerar que las obligaciones implícitas se producen cuando existen obligaciones surgidas de compromisos anteriores, pero que no han sido incluidas todavía en los criterios de contabilidad nacional.

²⁴⁶ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Sesión núm. 2954 del Consejo de Asuntos Económicos y Financieros, de 7 de julio de 2009, Luxemburgo. Los datos básicos se recogen en el comunicado de prensa 11/35/09 (Presse 207), (en concreto, la referencia a las obligaciones implícitas en la p. 16).

inapropiados. Para evitar este tipo de situaciones, la Comisión fijó cinco criterios que debían concluir para poder incumplir el objetivo a medio plazo por la introducción de una reforma estructural²⁴⁷. Estos criterios son: la reforma debe ser generadora de verdaderas mejoras para mantener el carácter sostenible de las finanzas públicas a largo plazo; la reforma debe llevarse a cabo de forma efectiva, no se admiten reformas meramente planeadas; el Estado debe mantener un cierto margen de seguridad respecto al límite del 3 % del PIB en déficit; la situación de estabilidad presupuestaria debe recuperarse de forma previa a la finalización del plazo cubierto por el Programa de Estabilidad o Convergencia; y, por último, el Estado debe presentar un análisis detallado de los costes y beneficios que aportará la reforma²⁴⁸.

A pesar del intento de concreción del concepto reforma estructural y sus consecuencias, seguía existiendo una importante imprecisión sobre el alcance de los desajustes en los niveles de déficit y deuda públicos que una reforma estructural podía producir, y el tiempo que este desajuste podía durar. Bajo estas circunstancias, la Comisión concluyó que las reformas podían poseer características tan variadas que era difícil llevar a cabo una aproximación sistemática y global a la cuestión²⁴⁹. Esta indeterminación conceptual propició que en un primer momento, tras esta reforma del PEC, los Estados no alegaran la introducción de reformas estructurales como argumento para no cumplir el objetivo presupuestario a medio plazo. No obstante, en un segundo estadio, las referencias a la introducción de reformas estructurales se generalizaron²⁵⁰.

En conclusión, es cierto que en términos de eficiencia era preciso alterar la configuración del objetivo de estabilidad presupuestaria a medio plazo, puesto que el objetivo inicial era igualitario para el conjunto de los Estados, y desatendía la evolución del ciclo económico²⁵¹. Sin embargo, este nuevo criterio y sus tres requisitos internos (límite de seguridad, tendencia a la situación sostenible y margen de maniobra para la inversión pública) generaron una tendencia hacia la flexibilización, especialmente entre aquellos Estados que deben lograr, en principio, con relativa facilidad, los objetivos a

²⁴⁷ COMISIÓN EUROPEA, “Public Finances in EMU”, *European Economy*, (3), cit., 2006, pp. 95 y 96.

²⁴⁸ Estos criterios se flexibilizan en el caso de las reformas estructurales de los sistemas de pensiones, en las cuales tanto la apreciación del plazo como del nivel de la desviación es más flexible, se conjugaban de este modo los objetivos del PEC con los objetivos de la Estrategia de Lisboa.

²⁴⁹ COMISIÓN EUROPEA, “Public Finances in EMU”, *European Economy*, (3), cit., 2006, p. 99.

²⁵⁰ Entre los Estados que alegaron la realización de reformas estructurales se encuentran Francia y Portugal, y muchos de los Estados miembros de nueva incorporación.

²⁵¹ De hecho los estudios empíricos así lo ponen de manifiesto, véase, ARTIS, Michael J., y ONORANTE, Luca, “The revision of the Stability and Growth Pact: the Medium-Term objective”, en la obra colectiva *Between Growth and Stability*, cit., pp. 170 y ss.

medio plazo establecidos en sus Programas de Estabilidad y Convergencia²⁵². Es más, estos Estados fueron los que han recibieron mayores críticas por parte de la Comisión, al no conseguir consolidar su situación presupuestaria a pesar de encontrarse en fases positivas del ciclo económico²⁵³.

b) En la vertiente correctiva del PEC, tras la reforma se inició el procedimiento de déficit excesivo respecto a varios Estados²⁵⁴. Del análisis de los diferentes procedimientos abiertos podemos destacar algunos aspectos.

En primer lugar, en la mayoría de los casos en los que la Comisión recomendó el inicio del procedimiento por déficit excesivo tomó en consideración tan solo los niveles de déficit, y dejó en un segundo lugar el estado de la deuda pública, el cual en muchas ocasiones superaba el valor de referencia del 60 % del PIB fijado en el Protocolo.

En 2005, el nivel medio de deuda pública del conjunto de los Estados de la UEM superaba el 70 % del PIB. Y si bien algunos Estados tomaban medidas para reducir su deuda pública, en la mayoría de los casos el proceso de reajuste no se llevaba a cabo correctamente²⁵⁵. Al mismo tiempo, la previsión para 2007 era superar el porcentaje medio de deuda pública alcanzado en 2005 en 2,1 puntos porcentuales. Estos datos ponían de manifiesto que se mantenía la propensión entre los Estados miembros de la

²⁵² Esta afirmación no debe ser entendida de forma extensiva a todos los Estados, ni a todos los ejercicios presupuestarios, puesto que sí han existido años (como por ejemplo el 2007) en los que la positiva situación económica permitió una disminución del déficit en el conjunto de la UEM en un 0,6 % del PIB, y de un 1,0 % del PIB en el conjunto de los Estados miembros. Este hecho que permitió a los Estados consolidarse en sus intentos por alcanzar sus respectivos objetivos de estabilidad presupuestaria a medio plazo. No obstante, no dejaba de ser paradójico que los mayores esfuerzos y logros en materia de disciplina presupuestaria se alcanzasen por los Estados con procedimientos de déficit excesivo abiertos, mientras que a otros Estados, que se encontraban en situaciones presupuestarias cercanas al equilibrio, les era especialmente complejo cumplir con sus objetivos específicos de estabilidad a medio plazo, fijados en sus Programas de Estabilidad o Convergencia.

²⁵³ La Comisión envió incluso avisos políticos (*policy advice*) a algunos países, como Francia y Rumanía, en los que recomendaba la introducción de forma rigurosa de las invitaciones del Consejo establecidas el 12 de febrero de 2008, en relación con sus respectivos Programas de Estabilidad o Convergencia presentados en el año 2007. Esta modalidad de aviso fue introducida en la vertiente preventiva a través de la reforma del PEC de 2005. A diferencia de otros instrumentos, como es el caso de la *alerta previa*, el aviso político puede ser emitido directamente por la Comisión, sin la participación del Consejo y puede ser usado en un amplio abanico de situaciones, y no solo para supuestos de carácter presupuestario.

²⁵⁴ En 2005, se inició el procedimiento de déficit excesivo respecto de Portugal, Italia, Países Bajos (a ellos se unía Grecia que tenía abierto un procedimiento de déficit excesivo desde 2004).

²⁵⁵ En ese momento siete Estados de la UEM tenían niveles superiores al 60 % del PIB de deuda pública (Bélgica, Alemania, Grecia, Francia, Italia y Austria). Sin embargo tan solo Austria preveía su reducción por debajo del límite del 60 % del PIB.

UEM de no introducir con la misma severidad medidas para dar cumplimiento al criterio de la deuda pública que al criterio del déficit público²⁵⁶. Esto era posible gracias a la aquiescencia de las autoridades comunitarias, las cuales, a pesar de las pretensiones preexistentes, especialmente tras la reforma del PEC, no modificaron su concepción del criterio del déficit como elemento central para comprobar la disciplina presupuestaria de un Estado²⁵⁷.

En segundo lugar, el procedimiento de déficit excesivo se iniciaba respecto de muchos Estados durante la fase baja del ciclo económico (años 2003 -2004) y se cerraba durante la fase alta del ciclo económico (año 2007). Por tanto, el procedimiento de déficit excesivo mantuvo un marcado *carácter procíclico*.

En tercer lugar, la Comisión y el Consejo dotaron la apertura del procedimiento de déficit excesivo de un mayor grado de *automatismo*. Tras la reforma, la Comisión emitió la recomendación de inicio del procedimiento en todos los casos en los que el déficit de un Estado miembro sobrepasaba el valor de referencia del 3 % del PIB, y el Consejo generalmente siguió esta recomendación. Por ello, la apertura de forma *cuasi automática* del procedimiento por déficit excesivo lo convirtió en un procedimiento de marcado carácter rutinario. A nivel de disciplina presupuestaria, disminuyó sustancialmente la fuerza correctiva que tenía la apertura del procedimiento en sí misma.

En cuanto a la toma en consideración de *las circunstancias económicas específicas de cada Estado* y a la existencia de *otros factores pertinentes*²⁵⁸ (aspectos que deben valorarse por la Comisión para la elaboración del informe de apertura del procedimiento), estos elementos no fueron evaluados para la apertura del procedimiento

²⁵⁶ Dato que contrastaba con las estadísticas aportadas por los Estados fuera de la UEM que poseían niveles de deuda pública significativamente inferiores. Excepto en la República Checa, Polonia, Eslovenia, Eslovaquia y el Reino Unido, en el resto de Estados fuera de la UEM se esperaba que se siguieran reduciendo los niveles de deuda pública.

²⁵⁷ Como analizamos con anterioridad esta situación se veía acentuada debido a la imprecisión de los conceptos del criterio de la deuda pública. No existía una concreción numérica de que se considera “que la proporción disminuya suficientemente y se aproxime a un ritmo satisfactorio al valor de referencia”. Esta concreción se introducirá en la reforma del PEC de 2011. Véase, *infra*, Capítulo I, epígrafe Reforma de los Reglamentos del PEC, pp. 113 y ss.

²⁵⁸ La consideración de estos factores pretende dotar a la decisión de la Comisión de un menor grado de automatismo, emitiendo sus recomendaciones de forma más acorde con el supuesto de hecho concreto. Ello no obstante, en los años siguientes a la reforma, en última instancia, todos los déficits superiores al 3 % del PIB fueron considerados excesivos, alegando que los mismos no eran ni cercanos al valor de referencia ni temporales. Véase, COMISIÓN EUROPEA, “Public Finances in EMU”, *European Economy*, (3), cit., 2006, pp. 103 y ss.

sino en fases posteriores de este²⁵⁹. Señaladamente, para valorar la adecuación de las medidas presupuestarias adoptadas por el Estado o para fijar los plazos para la corrección efectiva del déficit.

Finalmente, debemos apuntar que tras la proliferación de actuaciones en la vertiente correctiva del PEC –como inicios del procedimiento de déficit excesivo, avisos políticos, recomendaciones tanto de la Comisión como del Consejo a los Estados–, los años positivos del ciclo económico –2006 y 2007– propiciaron la derogación de muchos de los procedimientos por déficit excesivo abiertos. Permanecieron activos solo dos procedimientos en dos Estados no participantes de la UEM, Polonia y Hungría²⁶⁰.

Al poco tiempo de introducirse la reforma del PEC se observó que la extensión de los plazos de cumplimiento constituía un mecanismo procesal para llevar a cabo una aplicación menos estricta del procedimiento de déficit excesivo. Asimismo, ya se apreciaba una interpretación amplia de muchos de los conceptos contenidos en las disposiciones reformadas. Por ejemplo, la obligación de reducir el déficit en un 0,5 % del PIB de forma anual, en el caso de Alemania fue contabilizada de forma bianual,

²⁵⁹ Esto no fue óbice para que la Comisión efectuase en su informe (art. 104. 3 TEC, actual 126.3 TFUE) un estudio de los “*otros elementos relevantes*” que debían ser tomados en consideración para la apertura del procedimiento, más cuando los Estados hacían alusión directa a ellos para evitar la apertura del procedimiento de déficit excesivo. Estos fueron los casos, por ejemplo, de Italia o el Reino Unido.

Italia alegó las importantes revisiones estadísticas que habían sido puestas en marcha y el impacto presupuestario de sus aportaciones al presupuesto de la UE –vinculándolo este último a la solidaridad internacional–.

Por su parte, el Reino Unido hizo alusión tanto al momento de los pagos netos a la UE como a su compromiso de ayuda internacional y sus reducciones de deuda pública.

²⁶⁰ Hungría tiene desde el 2004 hasta la actualidad un procedimiento de déficit excesivo abierto. CONSEJO EUROPEO, *Council decision of 5 of July 2004 on the existence of an excessive deficit in Hungary*, (2004/918/EC), 5 de julio de 2005, Bruselas. (DO L 389/27 de 30 de diciembre de 2004).

El procedimiento de déficit excesivo existente frente a Polonia sería derogado en 2008, CONSEJO EUROPEO, *Council Decision of 8 of July 2008 abrogating Decision 2005/183/EC on the existence of an excessive deficit in Poland*, (2008/622/EC), de 29 de julio de 2008, (DO L 200/22). Si bien se abriría un nuevo procedimiento en 2009. CONSEJO EUROPEO, *Council decision of 7 of July 2009 on the existence of an excessive deficit in Poland*, (2009/589/EC), (DO L 202/46 de 4 de agosto de 2008).

Por su parte el Reino Unido seguía presentando una situación presupuestaria con déficit superior al 3 % del PIB, hecho que propició el inicio de un nuevo procedimiento por déficit excesivo en 2008. COMISIÓN EUROPEA, *Recommendation for a Council decision on the existence of an excessive deficit in United Kingdom*, SEC(2008) 2201 final, 2 de julio de 2008, Bruselas. Y, CONSEJO EUROPEO, *Council decision of 8 of July 2008 on the existence of an excessive deficit in United Kingdom*, (2008/713/EC), de 8 de julio de 2008, Bruselas. (DO L 238/5 de 5 de septiembre de 2008).

permitiéndose de este modo una mayor demora en el plazo efectivo para la disminución del déficit²⁶¹.

Las previsiones de la Comisión para los años 2008 y 2009 indicaban un deterioro de la situación presupuestaria de los Estados de la UE, si bien las estimaciones eran de un deterioro moderado. La causa principal de este era la reducción del crecimiento²⁶². Igualmente, la Comisión preveía que la media de déficit de los quince Estados miembros de la UEM sería del 1,0 % del PIB en 2008, 0,4 puntos porcentuales superior al 2007²⁶³. Estas estimaciones distaban de describir la situación que finalmente acabaría produciéndose en el conjunto de los Estados de la UEM y de la UE durante los años 2008 y 2009, donde la crisis fue extremadamente más severa de lo esperado por la Comisión, y los niveles de déficit alcanzados muy superiores.

IV. REFORMA DE LA GOBERNANZA ECONÓMICA Y DE LA DISCIPLINA PRESUPUESTARIA DE 2011

1. Crisis económica y aplicación del PEC

En los inicios de la crisis económica en 2008, el promedio de déficit de los Estados de la UEM pasó de un 0,7 % del PIB en 2007 a un 6,2 % del PIB en 2010, y a un 4,1 % en 2011²⁶⁴. Este incremento en los niveles de déficit se conjugó con otros factores como situaciones de decrecimiento o bajo crecimiento económico²⁶⁵, la necesidad de introducir medidas de apoyo al sector financiero y una deuda pública creciente²⁶⁶.

²⁶¹ Véase, CATENARO, Marco y MORRIS, Richard, “Fiscal policy and implementation in EMU. From Maastricht to the SGP reform and beyond”, cit., p. 40

²⁶² Las previsiones de la Comisión determinaban que el crecimiento del PIB de la UEM sería de un 1,7 % en 2008, a diferencia del 2,6 % en 2007, y que se reduciría aún más en el 2009.

²⁶³ Datos presentados por la COMISIÓN EUROPEA, “Public Finances in EMU 2008”, *European Economy*, X, Economic and Financial Affairs, Directorate – General, Luxemburg, 2008, pp. 13 y ss.

²⁶⁴ Datos presentados por la COMISIÓN EUROPEA, “Report on Public Finances in EMU 2012”, *European Economy*, Economic and Financial Affairs, Directorate – General, Luxemburg, 2012, p. 15.

²⁶⁵ El crecimiento económico empezó a deteriorarse a finales de 2008. A lo largo de 2009 el crecimiento disminuyó un 4,2 % del PIB en el conjunto de Estados de la UE. Finalmente, en 2010, el crecimiento empezó a ascender lentamente. En 2011, el crecimiento fue superior al 3 % en algunos Estados, pero negativo en otros como Grecia, Portugal o Eslovenia.

²⁶⁶ La Comisión Europea considera que el déficit público se ha incrementado básicamente por dos motivos: la actuación de los *estabilizadores automáticos* y las medidas adoptadas por los Estados en el marco del *Plan de Recuperación Económica* que *Económica* que fue aprobado por el Consejo Europeo de 11 y 12 de Diciembre en Bruselas. Véase, COMISIÓN EUROPEA, “Public Finances in EMU 2010”,

La crisis económica ha afectado a la mayor parte de los Estados miembros tanto de la UEM como de la UE. Ahora bien, hay Estados respecto de los cuales la crisis se espera que sea más pronunciada y más prolongada²⁶⁷. Entre los motivos que han marcado la diferencia entre unos y otros Estados se encuentran la mayor o menor afectación de la crisis financiera o los desequilibrios internos del propio Estado, entre los que se incluye una corrección sustancial del mercado de la vivienda²⁶⁸.

Frente a la situación de crisis, inicialmente financiera y con posterioridad económica, se plantearon dudas en la doctrina económica respecto de la idoneidad y eficiencia de altos niveles de disciplina presupuestaria. El PEC tuvo que hacer frente a las críticas que, clásicamente, se han vertido contra las normas que basadas en la disciplina presupuestaria.

La primera crítica consiste en la necesidad de efectuar *políticas anticíclicas*. Estas, en épocas de crisis, recortan impuestos e incrementan el gasto público y, consecuentemente, el déficit público; mientras que en épocas de bonanza se incrementan los impuestos, se recortan los gastos y se intenta incrementar el superávit.

European Economy, (4), Economic and Financial Affairs, Directorate – General, Luxemburg, 2010, p. 2 apartado relativo al *Plan de Recuperación*.

Los *estabilizadores automáticos* se definen por la Comisión como los rasgos en el sistema tributario y el sistema de gasto de un Estado que afectan a la cantidad de apoyo aportado por este a la economía a lo largo del ciclo económico, sin que se adopte ninguna acción específica. Así, durante la fase elevada del ciclo, al incrementarse los ingresos tributarios y reducirse la proporción de ingresos nacionales que el gobierno destina a prestaciones y servicios públicos, los estabilizadores automáticos conducen a un menor endeudamiento de los gobiernos. Y a través de efectos opuestos, cuando la economía es débil, los estabilizadores automáticos conducen al gobierno a un mayor endeudamiento. De este modo, existe un elemento de estabilización automática en la economía. COMISIÓN EUROPEA, “Public Finances in EMU 2010”, *European Economy*, (4), cit., p. 22.

Por su parte, las medidas adoptadas en el marco del *Plan de Recuperación Económica* han comportado la realización por parte de los Estados de una “inyección masiva de poder adquisitivo en la economía con objeto de estimular la demanda y generar confianza”. COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo. Un Plan de Recuperación Económica*, COM(2008) 800 final, Bruselas, (en concreto, p. 2).

²⁶⁷ La Comisión situaba el principio de la recuperación en el tercer trimestre de 2010, sin embargo se esperaba que el crecimiento de 2010 en su conjunto fuera negativo (0,1 % del PIB). COMISIÓN EUROPEA, “Public Finances in EMU 2009”, *European Economy*, (5), Economic and Financial Affairs, Directorate – General, Luxemburg, 2009, p. 13. Previsiones eran marcadamente optimistas si se tiene en cuenta que el crecimiento durante el 2009 había sido de aproximadamente de un – 4 % del PIB, tanto en la UE como en la UEM.

²⁶⁸ La Comisión, ya en sus primeras referencias, en términos genéricos hacía mención a la reestructuración del mercado de la vivienda como un factor clave para agravar la situación de crisis económica. COMISIÓN EUROPEA, “Public Finances in EMU 2009”, *European Economy*, (5), cit., pp. 13 y ss.

Desde sus inicios, el PEC había sido calificado como *procíclico*, pero estas críticas se han acentuado durante la coyuntura de grave crisis económica. Las teorías económicas que sostienen el desarrollo de políticas *anticíclicas* afirman que actitudes ortodoxas de reducción de déficit y pasivas en cuanto al gasto pueden generar efectos incluso más negativos que aquéllos derivados de alcanzar déficits elevados²⁶⁹. Un estricto control del déficit puede conducir al presupuesto de un Estado a un ciclo constante de bajo déficit, pero también de bajo crecimiento. En síntesis, políticas presupuestarias extremadamente adversas al gasto público y al déficit también pueden paralizar el ciclo de crecimiento, produciendo a medio plazo mayores déficits, o perpetuando el nivel de déficit existente²⁷⁰.

La segunda crítica es la formulada por las teorías neoclásicas²⁷¹. Estas consideran necesario utilizar los déficits y los superávits presupuestarios para suavizar el efecto de distorsión de los impuestos (*tax-smoothing theory*). De acuerdo con las teorías de suavización impositiva, la evolución de los tipos impositivos tiene que ser suave en el tiempo, siendo los déficits la respuesta del gobierno a las oscilaciones cíclicas de la economía (como son recesiones severas o guerras)²⁷². Estas tesis afirman que las normas que propugnan el equilibrio presupuestario constriñen el uso de los

²⁶⁹ Los efectos del déficit serán distintos según la *composición del gasto* que se efectúe por el sector público. Algunos tipos de consumo público son complementarios al consumo privado, mientras que otros son sustitutivos. La existencia de déficit puede comportar menor consumo privado si los consumidores anticipan futuros impuestos y ahorran de forma acorde con esta previsión. De igual forma, algunas inversiones públicas desplazan posibles inversiones privadas, en cambio, otras incrementan los beneficios privados y, en consecuencia, incrementan también la inversión privada. Por tanto, los efectos del gasto público se verán especialmente marcados por su composición.

De igual forma, los efectos macroeconómicos del déficit van a depender de la *forma mediante la cual el mismo se financie* posteriormente. Si este se financia a través de la creación de dinero se generará inflación; si es a través del recurso al crédito interno, el exceso de demanda de este producirá un efecto *crowding – out* de los inversores privados en el mercado y del consumo; finalmente, si se financia mediante deuda pública exterior realmente se producirá un incremento de la cuenta corriente de déficit real y una alteración de los tipos de cambio. Véase, EASTERLY, William; SCHMIDT-HEBBEL, Klaus, “The macroeconomics of public sector deficits: a synthesis the macroeconomics of public sector deficits: a synthesis”, *Policy Research Working Paper*, Banco Mundial, 1991, p. 4.

²⁷⁰ Véase, PELAGIDIS, Theodore y DESLI, Evangelia “Deficits, Growth and the Current Showdown: What the Role for Fiscal Policy?”, *Journal of post Keynesian economics*, White Plaños, N.Y: M.E, Sharpe, Vol. 26, (3), 2004, p. 468.

²⁷¹ El máximo exponente de esta teorías es BARRO, Robert J., “Federal Deficit Policy and the Effects of Public Debt Shocks”, *Journal of Money, Credit and Banking*, (16), 1980, 747-762.

²⁷² Sobre la teoría del *tax-smoothing*, véase, ESTEVE GARCÍA, Vicente, SAPENA BOLUFER, Juan, TAMARIT ESCALONA, Cecilio R., “Gasto público, tax- smoothing y déficit público óptimo: el caso de España”, *Revista Española de Economía*, Vol. 15, (2), 1998, pp. 5 y ss.

déficits o superávits presupuestarios como amortiguadores necesarios para implementar las políticas tributarias óptimas²⁷³.

Un análisis retrospectivo nos lleva a concluir que en los inicios de la crisis económica la mayor parte de los Estados miembros desarrollaron políticas *anticíclicas*, acordes con el Plan de Recuperación Económica impulsado por la Comisión. Con posterioridad, dados los elevados niveles de déficit público alcanzados por los Estados miembros, las instituciones europeas han marcado políticas de contención del déficit y la deuda públicos.

En este contexto, muchos Estados fueron progresivamente notificando a la Comisión, en sus Programas de Estabilidad y Convergencia, la superación del valor de referencia del 3 % del PIB del criterio del déficit público. A su vez, hubo Estados que utilizaron sus superávits previos para reforzar su posición presupuestaria y enfrentarse a esta fase sufriendo un menor deterioro presupuestario, y manteniendo los niveles de déficit en estados razonables²⁷⁴.

En cuanto a la deuda pública, su evolución se encontró directamente vinculada con el conjunto de *medidas anticíclicas* y de *rescate del sistema financiero*²⁷⁵ adoptadas por un gran número de Estados miembros²⁷⁶.

²⁷³ Estas son las críticas apuntadas contra el establecimiento de una ley presupuestaria que prescriba objetivos numéricos. Véase, LUCAS, Robert E y STOKEY, Nancy L, “Optimal fiscal and monetary policy in an economy without capital”, *Journal of Monetary Economics*, (12), 1983, pp. 62 y ss.

²⁷⁴ Dependiendo de la posición presupuestaria en la que se encontraba el Estado a principios de 2008, este pudo hacer frente a la crisis económica con mayor o menor afectación de sus finanzas públicas. Estados que en 2008 poseían niveles de déficit por debajo del déficit del 3 % del PIB, pero cercanos a este y superiores a la media de la UE, superaron con relativa facilidad el límite del PEC. En esta situación se encontraban Estados como el Reino Unido, Polonia, España o Francia. Sin embargo, existían Estados que, como punto de partida, tenían un elevado nivel de deuda pública y/o déficit externo y no introdujeron tal número de medidas *anticíclicas*, sino que intentaron preservar una relativa disciplina presupuestaria para el año 2009 y siguientes.

La Comisión clasificó los Estados de la UE en cuatro grupos teniendo en cuenta su situación de partida y su posición adoptada en los Programas de Estabilidad o Convergencia. Estos son: Estados con superávit; Estados con superávit y déficit externo; Estados con niveles cercanos al valor de referencia pero con margen para adoptar medidas *anticíclicas*; Estados con elevada deuda pública y/o déficit externo. COMISIÓN EUROPEA, “Public Finances in EMU 2009”, *European Economy*, (5), cit., pp. 41 y 42.

²⁷⁵ La deuda pública alcanzó niveles muy elevados; sin embargo, si bien la situación ideal es mantener una ratio deuda pública – PIB que permita acometer con mayor facilidad futuros choques negativos que se puedan producir, también es cierto que países como el Reino Unido (durante los años 50 y 60) tuvieron niveles de deuda pública muy elevados y lograron con posterioridad estabilizar su crecimiento. Estos casos demuestran que no es imposible desarrollar políticas de inversión en situaciones de finanzas públicas con elevados ratios de deuda pública. Véase, MATTHEWS, Stephen, “Sound public finances and

El porcentaje medio de deuda pública en la UE era de un 58,7 % del PIB en 2007, justo por debajo del límite del 60 % del PIB. En 2008, los niveles de deuda pública sobrepasaron el límite del 60 % del PIB en nueve Estados²⁷⁷. La tendencia creciente se acentuó en los años 2009 y 2010, y en 2011 el nivel de deuda pública alcanzó un porcentaje del 88 % como media en la UEM²⁷⁸. Los mayores incrementos de deuda pública se han producido en Irlanda, España, Letonia y el Reino Unido.²⁷⁹

A continuación analizaremos la aplicación del PEC en los inicios de la crisis económica, tanto en su vertiente preventiva como correctiva.

En la vertiente preventiva, los Programas de Estabilidad o Convergencia se enfrentaron a una profunda reestructuración, puesto que la mayoría de ellos partían de un escenario macroeconómico sustancialmente más optimista que el finalmente existió. Estos ajustes comportaron la modificación de sus respectivos objetivos presupuestarios a medio plazo²⁸⁰. En la práctica, para muchos Estados fue muy complicado, o prácticamente imposible, dar cumplimiento a sus diferentes objetivos presupuestarios a medio plazo²⁸¹. Por este motivo, la Comisión demoró la obligación de presentar los

Fiscal targets”, en la obra colectiva *European Economic and Monetary Union: the institutional framework*, cit., pp. 260 y 261.

²⁷⁶ Existen medidas – especialmente algunas de las adoptadas a modo de rescate del sistema financiero- que si bien no afectan directamente al nivel de deuda pública actual, pueden poner en compromiso la estabilidad presupuestaria del Estado en caso de producirse la contingencia a la cual se vinculan. Así, mientras que medidas como la *recapitalización* tienen un impacto directo en la deuda pública, otras, como las *garantías o los planes de apoyo a la liquidez*, no generan un incremento directo pero producen importantes riesgos para el presupuesto futuro del Estado. Algunos Estados, como el Reino Unido, Irlanda y España, han comprometido en gran medida sus niveles de deuda pública con este tipo de mecanismos.

Las preocupaciones por la situación sostenible a medio y largo plazo de algunos Estados miembros han propiciado informes de la Comisión en materia de riesgos y de su potencial afectación a largo plazo a las finanzas públicas. Véase, COMISIÓN EUROPEA, “Sustainability Report 2009”, *European Economy*, (9), 2009, p. 70 y ss. (Concretamente, Capítulo 4, epígrafe 1 relativo a “*Debt and assets*”).

De igual forma, Eurostat se ha pronunciado sobre el modo de contabilizar en términos de SEC-95 estas medidas de apoyo al sistema financiero. Véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe La clasificación sectorial de entes creados para el apoyo al sistema financiero y al sector eléctrico, pp. 477 y ss.

²⁷⁷ Estos fueron los casos de Austria, Malta, Portugal, Alemania, Francia, Hungría, Bélgica, Grecia y Italia.

²⁷⁸ Datos aportados por la Comisión. COMISIÓN EUROPEA, “Public Finances in EMU 2009”, *European Economy*, (5), cit., p. 11.

²⁷⁹ Datos aportados por la Comisión. COMISIÓN EUROPEA, “Report on Public Finances in EMU 2012”, *European Economy*, Economic and Financial Affairs, Directorate – General, Luxemburg, 2012, p. 2.

²⁸⁰ COMISIÓN EUROPEA, “Public Finances in EMU 2009”, *European Economy*, (5), cit., pp. 39 y ss.

²⁸¹ Respecto de la situación del Estado español, la actualización del Programa de Estabilidad español (2009 – 2013), presentado en febrero de 2010, situó a España entre el conjunto de Estados que esperaban

Programas de Estabilidad o Convergencia durante el ejercicio 2010, dotando de este modo a los Estados un mayor plazo para recoger en sus respectivos Planes las estrategias para corregir el déficit excesivo existente.

A mayor abundamiento, hay que tener en consideración que los Planes presentados en marzo de 2010 por los Estados miembros de la UE son los primeros cuyos objetivos presupuestarios a medio plazo se calculan de acuerdo con la nueva metodología en materia de obligaciones implícitas.

En la vertiente correctiva, el conjunto de medidas adoptadas para mitigar las consecuencias económicas, unidas al descenso en los ingresos públicos derivados de los tributos²⁸², originaron unos déficits superiores al 3 % en muchos de los Estados

un mayor deterioro de sus finanzas públicas. Los principales rasgos a nivel de finanzas públicas del Programa de Estabilidad español eran los siguientes: i) Intento de situar el déficit en niveles inferiores al 3 % del PIB en 2013. ii) Un esfuerzo fiscal de reducción de déficit del 1,5 % del PIB anualmente. Esfuerzo que, teniendo en cuenta los niveles de reducción de déficit alcanzados por otros Estados con procedimientos por déficit excesivo abiertos parecía difícil de llevar a cabo. Por ello, las autoridades españolas señalaban que los mayores esfuerzos se efectuarían en último tramo del período de aplicación del Plan de Austeridad puesto en marcha por el Gobierno (concretamente, en los años 2011- 2013).

Por su parte, los pronunciamientos de la Comisión y el Consejo respecto al Programa de Estabilidad presentado por España para 2009–2013 se mantuvieron en la misma línea que sus decisiones anteriores. Las instituciones europeas se mostraron recelosas respecto de las previsiones macroeconómicas presentadas por España, concretamente las relativas a los años 2011 y siguientes al ser estas especialmente favorables. Además, gran parte de la reducción del déficit se debía a la aplicación de medidas, insertas en el Plan de Austeridad, que tan solo se encontraban “en la fase de propuesta, debiendo desarrollarse y, posteriormente, adoptarse y aplicarse” CONSEJO EUROPEO, *Dictamen sobre el programa de estabilidad actualizado de España (2009 – 2013)*, 4 de junio de 2010, Bruselas, p. 3 (apartado 8). Tanto la Comisión como el Consejo consideraban que el crecimiento económico en el que se fundamentaba la estrategia presupuestaria española era posible que no se produjera en tal medida, y el esperado saneamiento presupuestario fuera menor que el previsto, COMISIÓN EUROPEA “*Spain: Macro fiscal Assessment: An analysis of the February 2010 update of the stability programme*”, 31 de marzo, 2010, p. 18. Y, en el mismo sentido, CONSEJO EUROPEO, *Dictamen sobre el programa de estabilidad actualizado de España (2009 – 2013)*, cit., p. 4 (apartado 14). El Consejo recomendó al Estado español que aplicase con rigor los ambiciosos planes presupuestarios recogidos en el Programa de Estabilidad, e incluso adoptase mayores medidas para mejorar la sostenibilidad de las finanzas públicas a largo plazo. Entre estas últimas se encontraban reformas en el sistema de pensiones. El Consejo consideró que el efecto del envejecimiento de la población sería más acusado en España que en otros países de la UE. *Ibidem.* p. 3 (apartado 11).

²⁸² La Comisión ha hecho un estudio de las sinergias existentes entre el desarrollo de las crisis económicas y los ingresos obtenidos a través de los tributos. En momentos previos a las crisis (así ha sucedido tanto en crisis precedentes, como son los casos de Finlandia o Suecia a principios de la década de los noventa, y en crisis actuales, como las de España e Irlanda) se produce un incremento sustancial de los ingresos tributarios – fruto especialmente de los ingresos tributarios de carácter más volátil como son los derivados de los impuestos sobre sociedades o sobre la propiedad-. Con posterioridad, con la entrada en el ciclo negativo, la disminución de los ingresos tributarios derivados de este tipo de rentas es mucho más acentuada, generando una deflación global superior a la de otros Estados también inmersos en

miembros. Concretamente, en el año 2008 los Estados miembros con déficit superiores al 3 % fueron once, a diferencia de los dos existentes en 2007. La situación empeoró considerablemente a lo largo de 2009, cuando el número de Estados de la UE con procedimientos por déficit excesivos abiertos incrementó hasta veintidós. Los únicos Estados que en el 2009 no superaron el límite del 3 % del PIB fueron Luxemburgo, Finlandia, Dinamarca, Suecia y Estonia.

Por tanto, la mayor parte de los Estados de la UME y la UE tenían en 2010 procedimientos de déficit excesivo abiertos²⁸³. Este mecanismo correctivo perdió pues

situaciones de crisis que no habían obtenido este tipo de rendimientos que la Comisión califica como inesperados (*revenue windfalls*). COMISIÓN EUROPEA, “Public Finances in EMU 2009”, *European Economy*, (5), cit., pp. 27 y 28.

²⁸³ De forma sucinta detallaremos la secuencia temporal de apertura de los procedimientos de déficit excesivo. El desarrollo de todos ellos se encuentra disponible en:

http://ec.europa.eu/economy_finance/economic_governance/sgp/deficit/index_en.htm (última consulta, julio de 2013).

El mayor número de procedimientos se iniciaron a lo largo de la segunda mitad del 2008 y el 2009. En este período, muchos de los Estados miembros, tanto de la UEM como de la UE, dejaron de cumplir con sus objetivos presupuestarios, tanto a medio como a corto plazo, especialmente tras la adopción de alguna de las medidas establecidas en el contexto del *Plan europeo de Recuperación Económica*.

Los incumplimientos del valor de referencia del criterio del déficit público se produjeron con relativa rapidez tras el inicio de la crisis económica. Este hecho corroboró la dificultad de muchos Estados de mantener en la fase positiva del ciclo económico márgenes de maniobra superiores en sus niveles de déficit, o de no haber aminorado su déficit a un ritmo adecuado.

Así, en 2009, Francia, Irlanda, España y Letonia notificaron a la Comisión la existencia de déficits públicos superiores al 3 % del PEC. La Comisión realizó en febrero del 2009 los respectivos informes (de acuerdo con el art. 126.3 del TFUE, antiguo 104.3 TCE), y posteriormente emitió las correspondientes recomendaciones al Consejo para la apertura de los diferentes procedimientos de déficit excesivo. A estos Estados se unió Grecia cuyas cuentas públicas estaban pendientes de revisión por Eurostat.

El Consejo, siguiendo dichas recomendaciones, inició en 2009 el procedimiento de déficit excesivo en los casos de Francia, Irlanda, España, Letonia. De igual forma, los datos aportados por Polonia, Lituania y Rumanía en abril de 2009, con déficits superiores al 3 % del PIB, generaron los informes y recomendaciones de la Comisión al Consejo de apertura del procedimiento de déficit excesivo (en función del art. 126.3 del TFUE, antiguo 104.3 TCE), y la declaración de existencia de déficit excesivo por el Consejo en julio de 2009. A estos tres Estados se unió Malta cuya documentación presentada por las autoridades maltesas respecto del año 2008 (validada posteriormente por Eurostat) reflejaba la existencia, en 2007 y 2008, de un nivel de déficit superior al 3 % del PIB.

Los mismos acontecimientos sucedieron, en octubre y noviembre de 2009, respecto de Austria, Bélgica, República Checa, Alemania, Italia, Países Bajos, Portugal, Eslovenia y Eslovaquia. La Comisión presentó, en octubre del 2009 los correspondientes informes y emitió las recomendaciones al Consejo por existencia de déficit excesivo en estos Estados.

A principios de 2010, el Consejo declaró la existencia de déficit excesivo en estos diez Estados. Finalmente, en mayo de 2010 la Comisión llevó a cabo los respectivos informes sobre la situación presupuestaria de Bulgaria, Dinamarca, Chipre y Finlandia, y en junio y julio emitió las recomendaciones al Consejo de apertura del procedimiento de déficit respecto de estos Estado. El Consejo determinó la apertura de los cuatro procedimientos en julio de 2010.

el carácter excepcional que se le otorgó en la redacción del inicial PEC. El elemento más destacable de los procedimientos de déficit excesivo abiertos tras el inicio de la crisis económica es que la apertura del procedimiento no comporta su tramitación hasta las últimas fases.

A lo largo del período 2008–2010, el Consejo siguió en todos los supuestos las recomendaciones de la Comisión sobre la existencia de déficit excesivo. Ahora bien, como analizamos, el Tratado no establece que siempre que el déficit de un Estado supere el valor de referencia del 3 % del PIB deba iniciarse el procedimiento de déficit excesivo. El art. 126 del TFUE permite que, aunque el déficit supere el límite del 3 % del PIB, el procedimiento no se incoe en dos supuestos: cuando se den alguna de las excepciones al criterio del déficit público (recogidas en el art. 126.2 a) TFUE) y en caso de existencia de *“otros factores pertinentes”*.

En relación con el primer supuesto, el art. 126.2 a) recoge dos excepciones al criterio del déficit: la primera *“que la proporción haya descendido sustancial y continuadamente y llegado a un nivel que se aproxime al valor de referencia es de difícil aplicación dada la coyuntura actual”*. Esta excepción era difícil de aplicar al inicio de la crisis económica, puesto que la mayor parte de los Estados cumplían el criterio en 2007, y en 2008 sus niveles de déficit crecieron sustancialmente superando el valor de referencia.

Por tanto, la única excepción que potencialmente podía ser aplicable en el inicio de la crisis económica era la segunda, *“que el valor de referencia se sobrepase sólo excepcional y temporalmente, y la proporción se mantenga cercana al valor de referencia”*.

La excepcionalidad se produce cuando el déficit se debe a una causa inusual sobre la cual el Estado miembro afectado no tiene ningún control, o cuando el déficit obedece a una grave recesión económica (art. 2.1 del Reglamento del procedimiento de déficit excesivo). Junto a la excepcionalidad, el déficit debe ser temporal, debiéndose situar de nuevo por debajo del valor de referencia al fin de la circunstancia inusual o de la grave recesión económica, y cercano al valor de referencia.

Junto a los procedimientos de déficit excesivo abiertos en este período se encuentran los casos de Hungría, que tiene un procedimiento de déficit excesivo vigente desde julio de 2004; el Reino Unido cuyo procedimiento de déficit excesivo se inició en julio de 2008; y, Luxemburgo y Suecia, frente a los cuales no hay, ni ha habido con anterioridad, procedimientos de déficit excesivo abiertos.

Los tres requisitos anteriores, que modulan el incumplimiento por parte de un Estado del criterio del déficit, deben apreciarse de forma cumulativa. Observemos cual ha sido el tratamiento de estos tres requisitos en la práctica.

En cuanto a la excepcionalidad, el factor comúnmente alegado por los Estados de la UE en este punto fue la existencia de una “grave recesión económica”. Sin embargo, la Comisión no siempre corroboró la existencia de graves recesiones económicas en los términos del Tratado. Así, respecto al Estado francés, a pesar de que este sufría una aguda recesión a finales del 2008, la Comisión no consideró en ese momento que el déficit excesivo fuera fruto de una grave recesión económica en el sentido del Tratado²⁸⁴. Este no es el único ejemplo: otras circunstancias económicas especialmente desfavorables tampoco han sido consideradas graves recesiones económicas. Estos fueron, paradójicamente, los casos de Grecia²⁸⁵ o de España²⁸⁶, cuyas

²⁸⁴ Por el contrario, la Comisión consideró que este exceso del déficit público sobre el nivel de referencia del 3 % del PIB se produjo porque el déficit francés, desde 2002, había sido alto, y el Estado francés no había preservado ningún margen de maniobra para efectuar actuaciones en caso de crisis económica. Esta situación de déficit público elevado se había mantenido a pesar del aviso formulado por la Comisión a Francia el 28 de mayo de 2008. Véase, COMISIÓN EUROPEA, *Report from the Commission, France. Report prepared in accordance with Article 104.(3) of the Treaty*, SEC(2009) 190 final, p. 5. El Consejo recogió el parecer de la Comisión y declaró que el déficit francés no podía ser considerado excepcional si se tenía en cuenta el valor del 2,7 % del PIB que había alcanzado en el año 2007. Véase, CONSEJO EUROPEO, *Council decision of 27 of April 2009 on the existence of an excessive deficit in France*, (2009/414/EC), de 7 de abril de 2009, (DO L 135/19 de 30 de mayo de 2009), apartado 7.

²⁸⁵ En su informe de febrero de 2009, la Comisión estableció que Grecia no cumplía ninguno de los dos supuestos que propician el carácter excepcional del déficit. Para la Comisión, el déficit griego, superior al 3 % del PIB, no se derivaba de un evento inusual (como una guerra o desastre natural) y no era fruto de una grave crisis económica, en el sentido del Tratado y el PEC, puesto que en los años precedentes Grecia había mantenido sus niveles de crecimiento de PIB. Véase, COMISIÓN EUROPEA, *Report from the Commission, Greece. Report prepared in accordance with Article 104. (3) of the Treaty*, SEC(2009) 197 final, 18 de febrero de 2009, Bruselas, p. 4.

²⁸⁶ Cuando, en febrero de 2009, la Comisión emitió su primer informe en relación con la situación de déficit del Estado español, los datos existentes eran los siguientes: el déficit en 2008 había alcanzado un 3,4 % del PIB y se preveía que la situación empeorase hasta el 5,8 % en 2009, pero que la misma empezaría a reconducirse en 2010 (con un déficit del 4,8 % del PIB). Bajo estos parámetros la Comisión consideró, que el déficit de España, si bien era cercano al valor de referencia – no superaba el 3,5 % del PIB-, no era fruto de una situación excepcional y tampoco era temporal, al esperarse su permanencia, al menos, durante los dos años siguientes. Véase, Véase, COMISIÓN EUROPEA, *Report from the Commission, Spain. Report prepared in accordance with Article 104(3) of the Treaty*, SEC(2009) 197 final, 18 de febrero de 2009, Bruselas pp. 4 y 5.

Al igual que hizo en otros casos analizados, la Comisión no evaluó la existencia de crisis con los datos solo para el año en concreto, sino que tuvo en cuenta los años precedentes, hecho que alteró su valoración (en España el crecimiento había sido positivo en el tramo observado de 2003 a 2007). Por último, se establecieron unas previsiones excesivamente positivas esperando que el crecimiento de España en el 2008 y 2009 disminuyera pero siguiera teniendo igualmente signo positivo. En conclusión, en sus informes de principio de 2009 la Comisión abrió el procedimiento de déficit excesivo subestimando la

circunstancias económicas en un primer momento no obtuvieron esta calificación por parte de la Comisión.

Una vez examinado el requisito de la excepcionalidad, debe estimarse el cumplimiento de los otros dos requisitos que conforman la excepción: ser un valor cercano al 3 % del PIB, y tener carácter temporal. Desde 2009, año en que se generalizan los procedimientos por déficit excesivo, la Comisión ha aplicado unos estándares especialmente rigurosos para valorar la consecución de estos dos requisitos.

El déficit será cercano al valor de referencia si sus niveles se encuentran entre el 3 % y el 3,5 % del PIB, sin superar este último porcentaje. Este fue el supuesto del déficit griego durante el 2008. En el informe de febrero de 2009, la Comisión consideró que el déficit del 3,5 % del PIB del Estado griego era cercano al valor de referencia, si bien había alcanzado la máxima desviación que puede ser aceptable bajo los parámetros establecidos por el Tratado y el PEC²⁸⁷. De igual forma, el déficit de España del año 2008, evaluado por la Comisión en enero del 2009, fue considerado cercano al valor de referencia al ser del 3,4 % del PIB²⁸⁸.

El déficit es temporal si su duración no supera una o, como máximo, dos anualidades. Además, si la excepcionalidad no se cumple, es difícil que se cumpla la temporalidad, puesto que la segunda circunstancia se ha vinculado directamente con la primera, al ser temporal solo aquel déficit que tenga una duración acorde con la causa “excepcional” de la cual trae causa, debiendo finalizar una vez ha concluido el factor desencadenante. De no existir tal causa excepcional, el transcurso de varios años con un valor superior al 3 % del PIB, aunque este sea cercano al nivel de referencia, hace que el requisito de la temporalidad no se considere satisfecho.

Como apuntamos, en la aplicación de los tres requisitos moduladores del incumplimiento del criterio del déficit, el punto que ha generado mayor controversia ha sido su aplicación *cumulativa*. Normalmente pueden llegar a cumplirse uno o incluso dos de ellos, pero el cumplimiento de los tres requisitos simultáneamente es muy

marcada crisis en la que se introducía España. Esta situación se reconduciría en los siguientes informes presentados por la Comisión respecto al procedimiento de déficit excesivo español. En este sentido, véase las recomendaciones a España en noviembre de 2009:

http://ec.europa.eu/economy_finance/sgp/pdf/30_edps/104-07_commission/2009-11-11_es_104-7_commission_en.pdf (última consulta, julio de 2013).

²⁸⁷ Véase, COMISIÓN EUROPEA, *Report from the Commission, Greece. Report prepared in accordance with Article 104. (3) of the Treaty*, SEC(2009) 197 final, 18 de febrero de 2009, Bruselas pp. 4 y 5.

²⁸⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Report from the Commission, Spain. Report prepared in accordance with Article 104. (3) of the Treaty*, SEC(2009) 197 final, 18 de febrero de 2009, Bruselas pp. 4 y 5.

complejo. La existencia de una causa excepcional va a suponer, en términos generales, el incumplimiento de alguno de los otros dos requisitos. O lo que es lo mismo, la temporalidad y cercanía al valor de referencia no se producen generalmente en déficits generados por severas crisis económicas. Justamente, si la Comisión llega a apreciar la existencia de una marcada crisis económica – como fue el caso de Irlanda²⁸⁹ – difícilmente el valor de déficit alcanzado se encontrará por debajo del 3,5 % del PIB y su duración no superará más de dos ejercicios. La postura adoptada en los últimos años por la Comisión en estos supuestos es la apertura del procedimiento, pero se conceden al Estado períodos mucho más amplios para la corrección efectiva del déficit.

Ahora bien, si concurren los requisitos de temporalidad y cercanía al valor de referencia, pero no la excepcionalidad, la Comisión ha valorado la existencia de otros factores. Este fue el caso de Malta en 2008. En ese momento, la Comisión tomó en consideración la situación presupuestaria de Malta a medio plazo, en la que se preveía un déficit cercano al valor de referencia, y acabó concluyendo que no debían adoptarse mayores medidas en el marco del procedimiento de déficit excesivo²⁹⁰. Con este último ejemplo se pone de manifiesto que la concurrencia de los tres criterios no siempre es necesaria y que la observancia de otros factores –como la evolución a medio plazo– puede reducir los supuestos de apertura del procedimiento por déficit excesivo. Sin embargo, esta no ha sido la postura generalmente adoptada en los últimos años por la Comisión que tiende a exigir la concurrencia de los tres elementos y, en caso de no producirse, remite la recomendación al Consejo posicionándose a favor de la apertura del procedimiento de déficit excesivo.

Por último²⁹¹, encontramos el caso excepcional de Luxemburgo. Luxemburgo sufrió un incremento de su déficit público y en 2010 alcanzó niveles superiores al 3 %

²⁸⁹ En febrero de 2009, la Comisión, en su informe basado en el art. 126.3 del TFUE, indicó que la gravedad de la crisis en Irlanda había superado los parámetros esperados, existiendo un crecimiento negativo de un 2 % del PIB (mientras que las previsiones establecidas en los Programas de Estabilidad presentados por Irlanda, a finales del 2007, preveían un crecimiento positivo del PIB durante 2008). En enero de 2009, las propias autoridades irlandesas ya habían apuntando un nivel de decrecimiento del 1,4 % PIB, situación más favorable que la finalmente apreciada por la Comisión en febrero del mismo año. Véase, COMISIÓN EUROPEA, *Report from the Commission, Ireland. Report prepared in accordance with Article 104. (3) of the Treaty*, SEC(2009) 197 final, 18 de febrero de 2009, Bruselas, p. 4.

²⁹⁰ Con posterioridad, concretamente en la notificación de abril de 2009, las autoridades maltesas informaron a la Comisión un déficit del 4,7 % del PIB para el año 2008, sustancialmente superior al 3,5 % del PIB tomado en consideración por la Comisión en su primer informe. Estos nuevos datos desencadenaron un nuevo informe de la Comisión en el cual se establecía que Malta incumplía el criterio del déficit. Véase, COMISIÓN EUROPEA, *Commission opinion on the existence of an excessive deficit in Malta*, SEC(2009) 848 final, 24 de junio de 2009, Bruselas.

²⁹¹ Las referencias recogidas son de Estados miembros de la UEM, pero se produjeron situaciones parejas en otros Estados miembros de la UE. Algunas de estas últimas (como por ejemplo la de Letonia)

del PIB. No obstante, la Comisión consideró el déficit luxemburgués como cercano al valor de referencia, al ser del 3,5 % del PIB, debido a una situación excepcional derivada de inversiones especiales en I+D, y temporal puesto que su corrección se esperaba para el 2011. El caso de Luxemburgo es el único supuesto en que, superándose el límite de déficit del 3 % del PIB, y analizado el cumplimiento cumulativo de los tres requisitos que constituyen la segunda excepción al criterio del déficit, la Comisión no instó la incoación del procedimiento de déficit excesivo²⁹².

El segundo elemento que evita la apertura del procedimiento de déficit excesivo es la existencia de “*otros factores pertinentes*”. Tras apreciar el incumplimiento del criterio del déficit, la Comisión, en su informe, puede establecer la no apertura del procedimiento de déficit excesivo tomando en consideración “*si el déficit público supera los gastos públicos de inversión, así como la existencia de otros factores pertinentes, incluida la situación económica y presupuestaria a medio plazo del Estado miembro*”(art. 126.3 TFUE).

Si bien estos parámetros se han integrado en los informes de la Comisión²⁹³, en la práctica la apertura del procedimiento se ha adoptado de forma casi automática tras la

corroboran las tesis apuntadas. El déficit de Letonia sobrepasó durante el 2008 el valor del 3 % del PIB (concretamente se situó en un 3,5 %). Este hecho generó el correspondiente informe de la Comisión (a la luz del art. 126.3 TFUE). En el caso de Letonia concurrían dos de los requisitos que modulan el cumplimiento del criterio del déficit, la excepcionalidad y el valor cercano al 3 % del PIB. Sin embargo, la Comisión, tomando en consideración sus previsiones, determinó que el déficit de Letonia no tenía carácter temporal. En julio de 2009, la decisión final de la Comisión, que se encontraba vinculada a la progresión presupuestaria de Letonia a medio plazo, fue recomendar al Consejo la declaración de déficit excesivo, al considerar las previsiones del gobierno letón no objetivas. Véase, COMISIÓN EUROPEA, *Recommendation for a Council Decision on the existence of an excessive deficit in Latvia*, SEC(2009) 921 final, 2 de julio de 2009, Bruselas

Letonia incumple el criterio del déficit pero su deuda pública es reducida. Este hecho es común entre otros Estados de reciente incorporación a la UE. Sus valores de deuda pública oscilan entre el 19,4 % del PIB en 2008 y de 32,4 % en 2009, por tanto, valores todavía lejanos al 60 % del PIB. El incremento vivido en 2009 fue fruto de las medidas adoptadas en el marco del Plan Europeo de Recuperación Económica y, por tanto, tienen la consideración de gasto destinado a inversión para la recuperación de la crisis económica.

²⁹² Véase, COMISIÓN EUROPEA, *Report from the Commission prepared in accordance with Article 126(3) of the Treaty*, SEC(2010) 588/2, Bruselas.

²⁹³ En los procedimientos abiertos por existencia de déficit excesivo a lo largo de 2009, la tónica de la Comisión a la hora de elaborar su informe para la apertura del procedimiento fue analizar la existencia de otros factores pertinentes solo cuando se daba cumplimiento a alguno de los tres elementos que excepcionan el incumplimiento del criterio del déficit (es decir, si el déficit superior al 3 % del PIB era excepcional, temporal y cercano al valor de referencia). Este fue el caso, por ejemplo, del informe efectuado respecto de Malta, en que el déficit cumplía los parámetros de temporalidad y cercanía al valor de referencia, hecho que llevó a la Comisión a tener en consideración otros factores relevantes. Ahora bien, desde la reforma de 2005, la existencia de otros factores relevantes debe valorarse de forma

superación del valor de referencia del 3 % del PIB. Como analizamos, la Comisión actúa de este modo desde la reforma del PEC de 2005, y no ha alterado sus parámetros durante la crisis económica.

El estudio de los diferentes procedimientos abiertos nos lleva a afirmar que la Comisión y el Consejo han apreciado la existencia de “otros factores pertinentes” básicamente para la elaboración de las recomendaciones específicas para cada Estado.

Los aspectos hasta aquí apuntados hacen referencia a la aplicación del criterio del déficit. En cuanto al criterio de la deuda pública, existen casos en los que, a pesar de que el nivel de deuda pública ha superado el valor de referencia del 60 % del PIB, y esta no ha disminuido “*de forma suficiente, aproximándose a un ritmo satisfactorio al valor de referencia*”, no se ha producido la apertura del procedimiento de déficit excesivo. Francia es un ejemplo. La deuda pública francesa alcanzaba niveles superiores al 60 % del PIB de forma continuada desde el año 1994, y la propensión había sido creciente a lo largo de todo este período, salvo en los años 1998 a 2001, que disminuyó²⁹⁴ para incrementarse desde el año 2003 en adelante²⁹⁵. A pesar de estos niveles de deuda pública, los dos procedimientos por existencia de déficit excesivo tramitados frente a Francia no se han abierto fruto de los incumplimientos del criterio de la deuda pública, sino por incumplimientos del criterio del déficit. En este punto, Francia no es la excepción, todo lo contrario, constituye una tendencia generalizada en los informes de la Comisión apreciar el criterio de la deuda pública de forma secundaria, para corroborar la idoneidad de la opción adoptada en función del criterio del déficit público²⁹⁶.

independiente, y no tan solo si se da cumplimiento a alguno de los requisitos de la excepción del criterio del déficit como ha hecho la Comisión. Véase, COMISIÓN EUROPEA, *Commission opinion on the existence of an excessive deficit in Malta*, SEC(2009) 848 final, 24 de junio de 2009, Bruselas, p. 2.

²⁹⁴ Aun así a niveles muy cercanos al 60 % del PIB, concretamente, en el 2000 se situó en un 57,6 % del PIB.

²⁹⁵ Véase un análisis del caso francés en: CREEL, Jérôme GILBERT, Guy y MADIÈS, Thierry, “Has France Become a Deficit Running Country?” en la obra colectiva, FERREIRO, Jesús, FONTANA, Giuseppe y SERRANO, Felipe, *Fiscal Policy in the European Union*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2008, pp. 130 y ss. Los autores consideran que el Estado francés ha sido uno de los Estados que con menos eficiencia ha implementado la disciplina presupuestaria establecida en el PEC. De hecho, un sector de los analistas europeos –especialmente autores relacionados con la Comisión– considera que Francia abandonó demasiado pronto sus tareas de reducción de déficit y deuda públicos. Véase, en este sentido, BUTI, Marco y VAN DEN NOORD, Paul, *Discretionary Fiscal Policy and Elections: the Experience of the Early Years of EMU*, OCDE, Economic Department, Working Papers, (351), Marzo 2003, p. 5. En el mismo sentido, BURNS, Andrew y GOGLIO, Alessandro, “*Public Expenditure Management in France*”, Economic Department, Working Papers, (409), Octubre 2004, pp. 4 y ss.

²⁹⁶ Otro ejemplo es Grecia. Durante los ejercicios 2007 y 2008, la Comisión efectuó varias valoraciones sobre el posible incumplimiento del criterio del déficit público por Grecia. En el año 2008,

En cuanto a la tramitación del procedimiento de déficit excesivo, podemos apreciar una importante dilación de los plazos. Esta demora se debe a varios factores. En primer lugar, una vez el Consejo determina la apertura del procedimiento, en sus recomendaciones al Estado fija los plazos que este último tiene para la corrección del déficit excesivo. Los períodos fijados por el Consejo oscilan entre 2011 hasta 2014 y 2015. En la mayor parte de los procedimientos iniciados durante la crisis económica, la fecha para la subsanación de la situación de déficit excesivo se ha fijado en el año 2013. Por tanto, se producen aplazamientos que alcanzan, como media, los cuatro o cinco años desde la declaración de déficit excesivo por parte del Consejo hasta la fecha en que, como máximo, debe corregirse la situación. Pero hay supuestos, como los de Grecia, Portugal, Irlanda y el Reino Unido²⁹⁷, en los que al existir una severa crisis económica el período se extiende hasta siete años (2015)²⁹⁸.

En segundo lugar, se suceden las recomendaciones efectuadas por la Comisión y el Consejo a los Estados miembros. Esta práctica se ha generalizado porque las previsiones, no tan solo de las autoridades estatales sino también de la propia Comisión y el Consejo, han sido excesivamente optimistas. Los sucesivos deterioros en la situación económica de los Estados han hecho que la Comisión y el Consejo tiendan a considerar la existencia de “*otros factores pertinentes*”, y permitan correcciones a medio plazo, dado que las medidas aprobadas a corto plazo no han obtenido los resultados esperados. Es más, en muchas ocasiones, la introducción de medidas recogidas en el Plan Europeo de Recuperación Económica y de rescate al sistema financiero han generado mayores volúmenes de déficit y deuda públicos que los inicialmente previstos por la Comisión²⁹⁹.

los niveles de deuda pública griega alcanzaban el 94,8 % del PIB, valor muy lejano al valor de referencia fijado en el Protocolo. Con esta elevada proporción de deuda pública, si realmente ambos criterios poseyesen igual peso específico, era necesario abrir el procedimiento de déficit excesivo.

A la inversa, Estados con niveles reducidos de deuda pública, por debajo incluso del nivel de referencia (como Irlanda, con una deuda pública del 40,6 % del PIB en 2008 y España con un 39,8 % del PIB en 2008), cuando sus déficits superaron el valor de referencia del 3 % del PIB, se procedió a la apertura del procedimiento de déficit excesivo frente a ellos.

²⁹⁷ En diciembre de 2009, el Consejo consideró que debido a los inesperados sucesos macroeconómicos era inviable que estos Estados cumplieran sus compromisos en el plazo inicialmente fijado de abril de 2010. Por ello, adoptó nuevas recomendaciones, bajo el art. 126.7 del TFUE, extendiendo el plazo para la corrección en un año más para cada Estado.

Estos no son los únicos casos de ampliación en los plazos, estos también se dilataron para otros Estados como Francia.

²⁹⁸ Las fechas de inicio y fin de los procedimientos de déficit excesivo existentes están disponibles en: http://ec.europa.eu/economy_finance/sgp/deficit/countries/index_en.htm (última consulta, julio de 2013).

²⁹⁹ En esta situación se encuentra, a modo de ejemplo puesto que hay muchos más supuestos, el Reino Unido. Las consideraciones iniciales emitidas a mediados de 2008, tanto por la Comisión como por el

En tercer lugar, a pesar de que el nivel de déficit existente en algunos Estados se encuentra muy por encima del 3 % del PIB, el procedimiento de déficit excesivo no se lleva a cabo hasta sus últimas fases: realización de un depósito sin intereses por parte del Estado, convertible en multa definitiva. Esta paralización en fases intermedias se produce, principalmente, porque la Comisión y el Consejo emiten recomendaciones revisadas que declaran insuficientes las medidas implementadas por el Estado. En estas recomendaciones se fijan nuevas directrices y amplían los plazos para que el Estado implemente las medidas necesarias.

Con aplazamientos de hasta siete años, la credibilidad del valor correctivo del procedimiento de déficit excesivo es escasa. La vertiente correctiva del PEC ha pasado a ser, en algún sentido, una prolongación de la vertiente preventiva, al constituir de facto un segundo plan de actuación. Tras producirse el incumplimiento de los criterios del Tratado, en el procedimiento de déficit excesivo se determinan las directrices a seguir por el Estado miembro para reconducir su situación presupuestaria. Las actuaciones de los Estados son analizadas por la Comisión y el Consejo para garantizar que se adoptan las medidas necesarias, pero en caso de incumplimiento, generalmente, tan solo se emiten nuevas recomendaciones acompañadas de ampliaciones de los plazos inicialmente otorgados.

Existe un elemento clave que propicia que no se alcancen las últimas fases del procedimiento, que es la ineficiencia de las sanciones en él recogidas para reducir el déficit excesivo. Las sanciones comportan la constitución de un depósito sin intereses y,

Consejo, establecían la existencia de déficit excesivo en el Reino Unido. Este déficit no se atribuía a ninguna circunstancia excepcional, no era temporal pero sí era cercano al valor de referencia, concretamente, del 3,3 % del PIB. Véase, COMISIÓN EUROPEA, *Opinion on the existence of an excessive deficit in United Kingdom*, SEC(2008) 2194 final, 2 de julio de 2008, Bruselas. Y, CONSEJO EUROPEO, *Council decision of 8 of July 2008 on the existence of an excessive deficit in United Kingdom*, (2008/713/EC), de 8 de julio de 2008, Bruselas. (DO L 238/5 5 de septiembre de 2008).

No obstante, la valoración inicial se vio alterada por los hechos acontecidos en la segunda mitad del año 2008, período en el que se produjo un grave deterioro de la situación económica en el Reino Unido, alcanzándose un déficit del 5,5 % del PIB para el año financiero 2008/09. El presupuesto revisado presentado en el abril de 2009 por las autoridades británicas recoge un déficit del 7,2 % del PIB. Finalmente, el Consejo, previendo déficits del 13 % y 12,8 % del PIB para los ejercicios fiscales 2009/10 y 2010/11, ha establecido que, a pesar de que el Reino Unido no ha adoptado medidas suficientes para reducir la situación de déficit, teniendo en consideración las recomendaciones de la Comisión, existen “circunstancias excepcionales” que habilitan al Reino Unido a efectuar la corrección a medio plazo, ampliando la fecha límite para ello al año fiscal 2013/14. Véase, las recomendaciones revisadas del Consejo al Reino Unido: CONSEJO EUROPEO, *Recommendation to the United Kingdom with a view to bringing an end to the situation of an excessive government deficit*, 15765/09, ECOFIN 776, UEM 302, 30 de noviembre de 2009, Bruselas.

en última instancia, la conversión del depósito en multa³⁰⁰. Este tipo de medidas económicas tan solo vendrían a agravar la ya maltrecha situación presupuestaria del Estado incumplidor. Su eficiencia correctiva de la situación sería muy baja, puesto que el objetivo de restablecer la estabilidad presupuestaria sería aún más complejo de lograr una vez aplicada la multa.

Además, como se cuestionaba GROS, ¿a qué deberían destinarse estas cantidades?³⁰¹. Antes de la reforma del PEC 2011, el art. 16 del Reglamento del procedimiento de déficit excesivo establecía que los beneficiarios de estas cuantías serían aquellos Estados que no tuvieran un procedimiento de déficit excesivo abierto. Así, en el supuesto de haberse aplicado las sanciones, se hubieran traspasado fondos de Estados con graves problemas presupuestarios a Estados que no poseían déficits excesivos.

En la actualidad, estas cuantías se destinarán a mecanismos de estabilidad creados para proporcionar asistencia financiera a Estados miembros cuya moneda es el euro. Parece entonces que el nuevo destino, dentro de la falta de idoneidad de la medida sancionadora como tal, posee mayor coherencia que el inicialmente establecido³⁰².

Frente a las actuaciones de la Comisión y el Consejo descritas y el número generalizado de incumplimientos por parte de los Estados, surgen dudas sobre el papel que debe desempeñar el Tribunal de Justicia. Este último se configura como el órgano encargado de garantizar el cumplimiento de las disposiciones establecidas en el Tratado, incluido el apartado relativo al UEM. Sin embargo, el art. 126 del TFUE en su apartado 10 excluye la actuación del Tribunal de Justicia a través del recurso por incumplimiento respecto a la implementación de la normativa recogida en los apartados 1 a 9 del propio art. 126 TFUE³⁰³, siendo competencia exclusiva del Consejo velar por la correcta aplicación de los aspectos claves de la disciplina presupuestaria europea³⁰⁴.

³⁰⁰ El resto de medidas correctivas, como apunta GROSS, no poseen tal importancia y fuerza. GROSS, Daniel, "Towards a credible excessive deficit procedure", en la obra colectiva, *European Economic and Monetary Union: The Institutional Framework*, Ed. Centre of European Law, The Hague, Kluwer Law International, 1997, pp. 245 y 246.

Entre estas medidas de presión adicionales se encuentran, señaladamente, la obligación del Estado de publicar información adicional sobre su controvertida situación presupuestaria. La publicación de información de este tipo puede afectar a la posición de su deuda pública en los mercados de capitales.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 246.

³⁰² Véase, *infra*, Capítulo I, epígrafe Aprobación del Reglamento (UE) núm. 1173/2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria de la zona euro, pp. 127 y ss.

³⁰³ El apartado 10 del art. 126 del TFUE (antiguo art. 104. 10 TCE) establece que "en el marco de los apartados 1 a 9 del presente artículo, no podrá ejercerse el derecho de recurso previsto en los artículos 258 y 259". Este precepto no deja lugar a dudas: el Tribunal de Justicia no puede ejercer los

La función desempeñada por el Tribunal de Justicia en el desarrollo del sistema de la Unión en sentido “federal”, sosteniendo la competencia legislativa de la Unión, o forzando al Consejo o a la Comisión a actuar³⁰⁵, se encuentra limitada en materia de disciplina presupuestaria por el propio TFUE, que cierra para estos casos el mecanismo procesal del *recurso por incumplimiento*³⁰⁶, previsto en los art. 258 a 260 del TFUE. El Tribunal tiene que observar la actuación u omisión del Consejo y tan solo intervenir en aquellos supuestos, como el Asunto C-27/04, Comisión contra Consejo de 13 de julio de 2004, en los que debe garantizar el equilibrio institucional entre las competencias de la Comisión y el Consejo. Y en este tipo de pronunciamientos el Tribunal de Justicia no entra en aspectos materiales del PEC, como la naturaleza de los incumplimientos de los Estados miembros o la idoneidad de las medidas adoptadas por éstos.

procedimientos recogidos en los art. 258 a 260 (antiguos arts. 226 y 227 del TCE) respecto a los puntos 1 a 9 del mismo artículo. Estos apartados regulan, básicamente, las obligaciones de los Estados de evitar déficits excesivos y de cumplir las recomendaciones del Consejo en caso de existencia de un procedimiento de déficit excesivo. En consecuencia, no cabe la tramitación de un recurso por incumplimiento de un Estado frente al Tribunal de Justicia.

³⁰⁴ La opción de atribuir la competencia de tramitación del procedimiento de déficit excesivo de forma exclusiva al Consejo no ha estado exenta de críticas. Entre otros, véase, GROSS, Daniel, “Towards a credible excessive deficit procedure”, cit., p. 241. GROSS señala la débil posición del Consejo a la hora de adoptar medidas contra Estados que han desobedecido abiertamente obligaciones básicas del Tratado en materia de disciplina presupuestaria. El autor destaca el caso de Grecia, donde tras los iniciales incumplimientos del Estado griego, el Consejo no adoptó ni tan siquiera medidas coercitivas similares a las aplicadas por el FMI. Este último, en caso de incumplimientos de los Estados prestatarios, hace uso de la denominada “condicionalidad” (“*conditionality*”) para establecer los parámetros, de carácter macroeconómico, que deben cumplir dichos Estados.

³⁰⁵ Se ha hecho referencia a una función del Tribunal de Justicia como Tribunal Constitucional de la Comunidad, ahora de la UE. Entre las funciones del Tribunal de Justicia que tienen clara naturaleza constitucional se encuentran “el control de la conformidad con los Tratados del Derecho comunitario derivado, la garantía del equilibrio institucional, la delimitación de las competencias entre la Comunidad y sus Estados miembros, la protección de los derechos fundamentales y el control preventivo de la constitucionalidad – es decir de la conformidad con los Tratados- de los acuerdos de la Comunidad con terceros”. Véase, RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos, *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, en la obra colectiva *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, p. 396.

³⁰⁶ El recurso por incumplimiento constituye la “*ultima ratio*” para exigir el cumplimiento del Derecho comunitario y hacer prevalecer los intereses comunitarios a pesar de la resistencia de los Estados miembros. La legitimación activa en este recurso pertenece a la Comisión y al resto de Estados miembros diferentes del infractor. En su objeto, del cual el Tratado ha excluido las obligaciones contenidas en el art. 126 TFUE apartados 1 a 9, se encuentran los posibles incumplimientos por parte de los Estados de sus obligaciones de transponer en tiempo y forma las directivas, de sus obligaciones relacionadas con los reglamentos y de sus obligaciones relacionadas con los principios generales del Derecho. A su vez, también es recurrible la falta de ejecución por parte de los Estados de las sentencias del Tribunal de Justicia.

A pesar de las limitaciones anteriores, el Tribunal puede anular las decisiones adoptadas por el Consejo o la Comisión en función de los párrafos 6 a 9 del art. 126 del TFUE, puesto que esta competencia pasiva –fruto del *recurso de anulación*³⁰⁷ regulado en el art. 263 TFUE³⁰⁸, antiguo 230 TCE– no se encuentra afectada por la exclusión del apartado 10 del art. 126 TFUE. Ahora bien, esta competencia del Tribunal de Justicia, en sí misma restringida³⁰⁹, todavía se ve más limitada por otro hecho: la mayor parte de las actuaciones de la Comisión y el Consejo a lo largo del procedimiento de déficit excesivo se materializan a través de recomendaciones y dictámenes, actos que expresamente se excluyen del control del Tribunal de Justicia por el art. 263 que establece que “*el Tribunal de Justicia de la Unión Europea controlará la legalidad de los actos legislativos, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes (...)*”³¹⁰.

Debemos traer aquí a colación una apreciación señalada con anterioridad. Si bien con carácter general, la competencia de la Comisión del inicio de los actos legislativos y no legislativos se materializa a través de una “*propuesta*”, el acto de iniciativa de la Comisión, en el marco del art. 126 del TFUE, es una “*recomendación*”. Por tanto, la específica calificación como “*recomendación*” de este acto de la Comisión

³⁰⁷ El recurso de anulación es la vía procesal que permite al Tribunal de Justicia controlar la legalidad de los actos jurídicos obligatorios de las instituciones de la Unión (Consejo, Comisión, BCE y el Consejo Europeo), así como los actos del Parlamento y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros.

³⁰⁸ El art. 263 TFUE (antiguo 230 TCE) determina que “*El Tribunal de Justicia de la Unión Europea controlará la legalidad de los actos legislativos, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. Controlará también la legalidad de los actos de los órganos u organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. A tal fin, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión. (...)*”.

³⁰⁹ Como apunta ITALIANER, el Tribunal de Justicia pierde sus competencias activas (de interpretación de los criterios del apartado 2 y de establecimiento de sanciones a un Estado miembro en caso de incumplimiento), pero mantiene otras competencias, pasivas o indirectas, sobre el desarrollo del procedimiento de déficit excesivo, si bien las mismas son realmente limitadas. Véase, ITALIANER, Alexander, “The Excessive deficit procedure: A legal Description”, cit., pp. 226 y ss.

Se considera una competencia pasiva, la resolución de una potencial cuestión prejudicial de interpretación presentada por un órgano jurisdiccional nacional, regulada en el art. 267 del TFUE.

³¹⁰ El motivo de la exclusión del control por parte del Tribunal de Justicia es la falta de carácter vinculante de las recomendaciones y dictámenes. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deben dar tres requisitos para que un acto pueda ser recurrible en anulación: que se trate de un acto productor de *efectos jurídicos obligatorios*; un acto *definitivo* y un acto con *efectos jurídicos para terceros*. Véase más sobre este punto en MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 445.

por art. 126 del TFUE conlleva su directa exclusión de los actos impugnables en anulación³¹¹.

Finalmente, cabe apuntar la opción poco probable pero posible³¹², de que un órgano jurisdiccional nacional, ante el que se sustanciara un litigio que requiriera la aplicación del art. 126 del TFUE, se dirigiese al Tribunal de Justicia para que este interpretase el precepto³¹³. Tras la respuesta del Tribunal de Justicia el juez nacional resolvería el litigio específico.

El texto del Tratado pone de manifiesto la voluntad de sus redactores de reservar al Consejo la competencia de supervisión de las políticas económicas y presupuestarias, a iniciativa de la Comisión. El propio art. 126 del TFUE cierra la posibilidad de que el Tribunal de Justicia conozca directamente de estas cuestiones, disminuyendo las

³¹¹ En el hipotético caso en que se tratase de una “propuesta” de la Comisión al Consejo indicando la apertura del procedimiento, dicha propuesta sería un acto impugnabile a través del procedimiento de anulación en la medida en que la misma fuera considerada un acto definitivo, y no un acto preparatorio de una decisión final.

³¹² Para plantear una cuestión prejudicial de interpretación al Tribunal de Justicia respecto del art. 126 del TFUE, sería necesario que frente a un órgano jurisdiccional nacional se sustanciara un litigio relativo a alguna de las normas que transponen este artículo del Tratado. Dado el contenido material de estas normas, parece difícilmente factible que el juez ordinario deba resolver una causa que requiera su aplicación, siendo más posible que se enjuicien por los Tribunales Constitucionales. El Tribunal de Justicia ha admitido cuestiones prejudiciales con independencia del carácter ordinario o especializado, la denominación, el grado y el orden jurisdiccional del órgano que la plantea. Sin embargo, a pesar de que esta opción tiene cabida, existen Tribunales Constitucionales, como el español, el alemán o italiano que, partiendo de su limitación jurisdiccional al control de la constitucionalidad de las leyes, no plantean cuestiones prejudiciales frente al Tribunal de Justicia. Así, el Tribunal Constitucional español ha afirmado que “no corresponde a este Tribunal [...] pronunciarse sobre la eventual incompatibilidad entre una norma de derecho interno y el sistema normativo de la Unión Europea” (STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5º; en el mismo sentido: STC 64/1991, de 22 de marzo; STC 147/1996, de 19 de diciembre). Esta doctrina se mantiene en la STC 134/2011, de 20 de julio, relativa a la constitucionalidad de la Ley 18/2001, de Estabilidad Presupuestaria, FJ 8º).

No obstante, existen Tribunales Constitucionales de algunos Estados miembros (como la Corte belga de arbitraje y el Tribunal Constitucional austriaco) que han presentado cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia; y podrían potencialmente presentar una cuestión prejudicial solicitando la interpretación del art. 126 del TFUE.

Sobre esta materia, véase, MANGAS MARTÍN, Araceli, “La Constitución y la ley ante el Derecho comunitario (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional español 28/1991, de 14 de febrero, sobre la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y el Acta relativa a las elecciones al Parlamento europeo)”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 18, (2), 1991, pp. 587-623. SAIZ ARNAIZ, Alejandro, “El Derecho comunitario parámetro de la Constitucionalidad de las leyes internas?” *Revista de Instituciones Europeas*, (22), Mayo – Agosto, 1995, pp. 571-591. Y, ALONSO GARCÍA, Ricardo, “Los Tribunales Constitucionales y el control del Derecho interno conectado con el comunitario”, *Foro, Nueva época*, (2), 2005, pp. 153-176.

³¹³ A través de una cuestión prejudicial de interpretación, regulada en el art. 267 TFUE.

posibilidades de una aplicación estricta e independiente del procedimiento de déficit excesivo.

El Consejo tuvo graves dificultades para adoptar medidas sancionadoras durante coyunturas económicas más favorables, por ello, aplicarlas en una situación marcada por una grave crisis económica e intervenciones de rescate de la UE, el Fondo Monetario Internacional o, en la actualidad, del MEDE es muy difícil. Y esto es así con independencia de la mayoría requerida para la tramitación del procedimiento, dado que prácticamente todos los Estados miembros se encuentran en situaciones de déficit excesivo y la minoría de bloqueo (derivada de una colaboración mutua) sería fácilmente alcanzable³¹⁴.

De lo expuesto hasta el momento sobre la aplicación del PEC en las primeras fases de la crisis económica se pueden extraer algunas conclusiones. En primer lugar, la Comisión y el Consejo tienen dificultades graves para obtener y analizar la información sobre la situación presupuestaria de los Estados miembros. Las previsiones tanto de los Estados como de las propias instituciones europeas divergieron sustancialmente de la realidad presupuestaria que finalmente se produjo. En segundo lugar, el Consejo inicia de forma prácticamente automática el procedimiento de déficit excesivo frente a aquellos Estados cuyo déficit supera el valor de referencia del 3 % del PIB. Este hecho hace que el inicio del procedimiento, como tal, pierda gran parte de su fuerza correctiva y de presión al Estado incumplidor. En tercer lugar, una vez iniciado el procedimiento de déficit excesivo frente a un Estado, en la mayoría de los casos este se paraliza en fases intermedias, no alcanzándose las fases finales del procedimiento. De este modo, no se aplican las sanciones (depósitos y multas) previstas en estas últimas fases. Estas sanciones han sido tachadas en muchas ocasiones de inidóneas y poco efectivas. Los motivos son varios, entre los que destacan: el carácter marcadamente político del órgano que debe aprobarlas, el Consejo, y la escasa capacidad de estas medidas, de carácter puramente sancionadoras, para corregir la situación de déficit excesivo de un Estado.

2. La aprobación del “Six Pack”

La situación descrita llevó a la Comisión a implementar un paquete legislativo que, en palabras de la propia Comisión, “*supone el refuerzo más completo de la*

³¹⁴ El PEC originariamente propuesto por el Primer Ministro de Finanzas Alemán Theo Waigel, en noviembre de 1995, preveía mecanismos para una aplicación de forma más automática de las medidas sancionadoras, evitando las minorías de bloqueo. No obstante, la automaticidad de las sanciones conlleva nuevos problemas asociados, entre ellos un exceso de rigidez y posibles tensiones en el seno del Consejo.

gobernanza económica en la UE y la zona euro desde la puesta en marcha de la Unión Económica y Monetaria”³¹⁵.

La Comisión presentó dos propuestas legislativas el 12 de mayo y el 30 de junio de 2010³¹⁶ (denominadas, Comunicaciones sobre la gobernanza económica), en las que manifestaba la necesidad de reforzar *la vigilancia macroeconómica, presupuestaria y estructural* en la UE. Fruto de la iniciativa recogida en estas, y tras consultas con las distintas partes interesadas, la Comisión presentó un paquete de medidas formado por seis proyectos legislativos. Concretamente, cuatro proyectos en materia presupuestaria que comportan una importante reforma del PEC: se modifican los dos Reglamentos existentes; se aprueba un nuevo Reglamento sobre la ejecución de la vigilancia presupuestaria en la UEM; y también se aprueba una nueva Directiva para establecer marcos presupuestarios nacionales de calidad. Paralelamente, en materia de gobernanza económica, se aprueban dos nuevos Reglamentos que tienen por objeto detectar y afrontar eficazmente los desequilibrios macroeconómicos aparecidos en la UEM, en particular, y en la UE, en general.

El PEC originario se fundamenta en los arts. 121 y 126 del TFUE. Por su parte, los dos nuevos Reglamentos para reforzar la vigilancia en el seno de la UE en materia de desajustes macroeconómicos encuentran su anclaje en el art. 136 del TFUE en relación con el art. 121.6 del TFUE. Estos dos preceptos recogen, respectivamente, la coordinación de las políticas de los Estados miembros, y la consideración de las políticas económicas como una cuestión de interés común. Por último, la base jurídica de la nueva Directiva sobre el marco presupuestario común de los Estados miembros se encuentra en el art. 126.14 del TFUE, el cual establece que “*el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, fijará normas de desarrollo y definiciones para la aplicación de las disposiciones del mencionado Protocolo*” (Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo).

³¹⁵ De este modo se define por la propia Comisión el paquete de medidas, véase, COMISIÓN EUROPEA *Gobernanza económica de la UE: la Comisión presenta un paquete global de medidas legislativas*, Press Release, Bruselas, 29 de septiembre de 2010.

³¹⁶ Respectivamente:

COMISIÓN EUROPEA, *Communication from the Commission to the European parliament, the European Council, the Council, the European Central Bank, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, reinforcing economic policy coordination*, COM(2010) 250 final, de 12 de mayo de 2010, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the regions. Enhancing economic policy coordination for stability, growth and jobs – Tools for stronger EU economic governance*, COM(2010), 367/2, de 30 de junio de 2010.

Tomando como punto de partida la propuesta presentada por la Comisión Europea, y tras los dictámenes del Banco Central Europeo y del Comité Económico y Social Europeo, el Consejo, el día 16 de noviembre de 2011, aprobó el denominado *Six Pack*, que se conforma, tal como estableció la Comisión en su propuesta, por cinco Reglamentos y una Directiva. Este paquete de medidas entró en vigor el 13 de diciembre de 2011³¹⁷.

Siguiendo la propuesta de la Comisión, dos de los Reglamentos aprobados reforman los dos Reglamentos del PEC preexistentes: el primero, a través del Reglamento (UE) núm. 1175/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1466/97 del Consejo, relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas³¹⁸; y el segundo, a través del Reglamento (UE) núm. 1177/2011 del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo³¹⁹. Asimismo, en el marco del procedimiento de déficit excesivo, se aprueba un tercer Reglamento (Reglamento (UE) núm. 1173/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona del euro³²⁰) que introduce nuevas sanciones financieras a los Estados de la UEM, las cuales se aplicarán en una fase previa del procedimiento de déficit excesivo y con un enfoque gradual.

Junto a los tres Reglamentos que reforman y refuerzan las vertientes preventiva y correctiva del procedimiento de déficit excesivo, en materia de gobernanza económica, se aprueban otros dos Reglamentos que dan contenido a un nuevo procedimiento para evitar y corregir desequilibrios macroeconómicos. Este procedimiento se estructura, del mismo modo que el procedimiento de déficit excesivo, en dos vertientes, una preventiva configurada a través del Reglamento (UE) núm. 1176/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos³²¹, y otra correctiva, regulada en el Reglamento (UE) núm. 1174/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a las medidas de ejecución

³¹⁷ La propuesta está disponible en:

http://ec.europa.eu/economy_finance/articles/eu_economic_situation/2010-09-eu_economic_governance_proposals_en.htm (última consulta, julio de 2013).

³¹⁸ DO L 306 de 23 de noviembre de 2011.

³¹⁹ DO L 306 de 23 de noviembre de 2011.

³²⁰ DO L 306 de 23 de noviembre de 2011.

³²¹ DO L 306 de 23 de noviembre de 2011.

destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos en la zona del euro³²².

En relación con el nuevo procedimiento para controlar los desequilibrios macroeconómicos que se puedan producir en los Estados miembros de la zona del euro, cabe señalar que este posee características diferenciales respecto del procedimiento de déficit excesivo (como el establecimiento de indicadores macroeconómicos y umbrales específicos para evaluar la situación de cada Estado). Sin embargo, el nuevo procedimiento también posee importantes similitudes con el procedimiento de déficit excesivo (como la toma en consideración de un amplio conjunto de factores para la apertura del procedimiento –“examen exhaustivo”– o la capacidad del Consejo de rechazar las decisiones adoptadas por la Comisión en el mecanismo del voto inverso). Estos aspectos pueden comportar que el procedimiento para controlar los desequilibrios macroeconómicos adolezca de algunas de las deficiencias que hasta el momento ha presentado el procedimiento de déficit excesivo³²³.

Finalmente, el *Six Pack* incluye la Directiva 2011/85/UE del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros³²⁴. El objetivo de esta Directiva es determinar las obligaciones de las autoridades nacionales para dar cumplimiento a las previsiones del art. 3 del Protocolo núm. 12 sobre el Procedimiento de Déficit Excesivo. En concreto, el apartado segundo de este precepto establece que *“los Estados miembros garantizarán que los procedimientos nacionales en materia presupuestaria les permitan atender, en dicho ámbito, a sus obligaciones derivadas del Tratado. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión, sin demora y de forma periódica, sus déficits previstos y reales y el nivel de su deuda”*. Para alcanzar este objetivo, la Directiva fija un mínimo común normativo en materia de política presupuestaria que debe existir en los ordenamientos jurídico-financieros internos de los Estados miembros.

A continuación analizaremos de forma detallada la reforma de los dos reglamentos que conformaban el procedimiento de déficit excesivo originario, así como las nuevas medidas introducidas a través del Reglamento sobre la ejecución efectiva de

³²² DO L 306 de 23 de noviembre de 2011.

³²³ Véase un análisis detallado de la estructura y características del procedimiento de supervisión y corrección de desequilibrios macroeconómicos excesivos en la Zona Euro, en MARCO PEÑAS, Ester, “Reforma de la gobernanza económica y la disciplina presupuestaria de la Unión Europea: el Six Pack”, *Revista Española de Control Externo*, Vol. 14, (41), 2012, pp. 64 a 70.

³²⁴ DO L 306 de 23 de noviembre de 2011.

la supervisión presupuestaria en la zona del euro y la Directiva sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros.

2.A. Reforma de los Reglamentos del PEC

Reforma de la vertiente preventiva del Pacto de Estabilidad y Crecimiento

En septiembre de 2010, la Comisión presentó la propuesta de Reglamento que modificaba el Reglamento (UE) núm. 1466/97³²⁵. El 16 de noviembre de 2011, se aprobó el Reglamento (UE) núm. 1175/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 1466/97 del Consejo, relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas (en adelante, Reglamento de Supervisión de 2011).

El texto del nuevo Reglamento contiene novedades relevantes respecto al Reglamento de Supervisión, en su versión dada por el Reglamento (CE) núm. 1055/2005. A continuación destacaremos las más significativas:

En primer lugar, el Reglamento persigue, en términos generales, reforzar la supervisión ejercida sobre los Estados miembros. Como mecanismo central para llevar a cabo este objetivo se introduce, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 121.2 del TFUE³²⁶, el *semestre europeo para la coordinación de las políticas económicas*. El semestre europeo, regulado en el art. 2 del Reglamento de Supervisión de 2011³²⁷, es un período de seis meses (de enero a junio) durante el cual se llevan a cabo dos tipos de acciones. El primer tipo de acciones persigue determinar los principales retos a los que se enfrenta tanto la UE como la zona del euro, y ofrecer orientaciones estratégicas sobre las políticas presupuestarias que deben llevarse a cabo. Las medidas concretas que se adoptan son: en enero la Comisión presenta el Estudio Prospectivo Anual sobre Crecimiento que se debate en el Consejo de la UE y en el Parlamento Europeo (durante el mes de febrero). Tomando como punto de partida este Estudio Prospectivo Anual sobre Crecimiento, el Consejo Europeo adopta, en el mes de marzo, las prioridades de

³²⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de reforma del Reglamento de supervisión*, COM(2010) 526 final, de 29 de septiembre de 2010, Bruselas.

³²⁶ Este precepto del TFUE establece que “*el Consejo, sobre la base de una recomendación de la Comisión, elaborará un proyecto de orientaciones generales para las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión y presentará un informe al respecto al Consejo Europeo*”.

³²⁷ El Reglamento (UE) núm. 1175/2011 adiciona una nueva sección al art. 2 del Reglamento de Supervisión.

reforma para la UE y los Estados miembros. El segundo tipo de actuaciones buscan la supervisión de las políticas presupuestarias y estructurales de los Estados. Esta supervisión parte de los Programas de Estabilidad y Convergencia y de los Programas Nacionales de Reforma presentados en abril por los Estados. Durante el mes de mayo, los Programas son evaluados por la Comisión, la cual emite sus recomendaciones. Las recomendaciones a los Estados son debatidas y aprobadas por el Consejo Europeo en el mes de junio. Esta segunda fase del semestre europeo persigue detectar y corregir, a lo largo del período de preparación de las principales decisiones presupuestarias nacionales, las posibles incoherencias y desequilibrios que aparezcan³²⁸.

Una vez concluido el semestre europeo, se inicia lo que se puede denominar el semestre nacional, en el que los Estados deben tomar sus decisiones internas en materia de política económica y presupuestaria siguiendo las directrices marcadas en las recomendaciones del semestre europeo.

La no adopción de medidas por parte de un Estado frente a las orientaciones recibidas podrá dar lugar a tres tipos de intervenciones: la emisión de nuevas recomendaciones con miras a la adopción de medidas específicas; la aprobación de una advertencia de la Comisión de conformidad con lo establecido en el art. 121.4 del TFUE³²⁹; o la aplicación de las medidas establecidas en el Reglamento del Procedimiento de Déficit Excesivo y en el nuevo Reglamento (UE) núm. 1176/2011, relativo a la prevención y corrección de desequilibrios macroeconómicos.

La segunda novedad introducida por el Reglamento de Supervisión de 2011 es la referencia expresa a la necesidad de presentar *Programas de Estabilidad o Convergencia basados en el marco macropresupuestario más probable o más prudente*. A su vez, las informaciones presentadas deberán compararse con las informaciones más actualizadas de la Comisión y, en su caso, con las de otros organismos independientes (art. 3.2 *bis* del Reglamento de Supervisión de 2011). Además, si existen divergencias

³²⁸ En materia de supervisión presupuestaria, se han aprobado dos nuevos Reglamentos que conforman el denominado *Two Pack*. El *Two Pack* pretende dar un paso más en la supervisión de las políticas presupuestarias de los Estados, e introduce medidas de control directo de los presupuestos de los Estados por parte de la Comisión. Véase, *infra*, Capítulo II, epígrafe La necesidad de datos estadísticos fiables para poder determinar el cumplimiento de la disciplina presupuestaria de la UE, pp. 142 y ss.

³²⁹ El art. 121.4 del TFUE establece que “cuando, con arreglo al procedimiento establecido en el apartado 3 (de supervisión multilateral), se compruebe que la política económica de un Estado miembro contradice las orientaciones generales mencionadas en el apartado 2 o puede poner en peligro el correcto funcionamiento de la unión económica y monetaria, la Comisión podrá dirigir una advertencia a dicho Estado miembro. El Consejo, por recomendación de la Comisión, podrá dirigir las recomendaciones necesarias al Estado miembro de que se trate. El Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá decidir hacer públicas sus recomendaciones”.

significativas entre el marco macropresupuestario elegido y las previsiones de la Comisión, es necesario que tales diferencias estén debidamente motivadas. Este precepto hace referencia al principio de prudencia, que ha sido recogido con carácter general en el art. 4 de la Directiva 2011/85/UE del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros.

En tercer lugar, la reforma de la vertiente preventiva del PEC adiciona un tercer principio básico para la supervisión de las políticas presupuestarias de los Estados miembros: *el principio sobre política fiscal prudente*³³⁰. La vertiente preventiva del PEC originario –e igualmente la del PEC tras la reforma de 2005– se fundamentaba en dos principios a los que debían dar cumplimiento todos los Estados miembros de la UE. El primero de ellos es la obligación de alcanzar sus respectivos objetivos presupuestarios a medio plazo. El segundo principio hace referencia a la trayectoria de ajuste para alcanzar el objetivo presupuestario en los casos en los que este no se cumpla; concretamente, fija la obligación de reducir el déficit en un 0,5 % de su PIB anualmente³³¹.

Como hemos indicado, el Reglamento de Supervisión de 2011 adiciona el principio sobre política fiscal prudente. Este principio establece que el crecimiento del gasto anual no debe exceder un *porcentaje medio prudente*³³² en relación con el

³³⁰ La propuesta de Reglamento de Supervisión presentada por la Comisión en septiembre de 2010 denominaba de este modo al nuevo principio limitativo del gasto público; no obstante, el texto final del Reglamento de Supervisión no recoge esta expresión.

³³¹ En cuanto al segundo de los principios, relativo a la valoración de la trayectoria de ajuste hacia el objetivo presupuestario a medio plazo, el art. 5 del Reglamento de Supervisión de 2011 (tal como ya estableció el Reglamento (CE) núm. 1055/2005) determina que la evaluación debe partir del saldo presupuestario ajustado en función del ciclo, una vez excluidas las medidas puntuales y otras medidas de carácter temporal. En su valoración, el Consejo y la Comisión deben tomar en consideración si se hace un mayor esfuerzo en épocas de bonanza económica, mientras que el esfuerzo puede ser más limitado en tiempos adversos. Por tanto, la norma mantiene su carácter anticíclico establecido tras la reforma de 2005, y se hace énfasis en el elemento estructural con independencia de las medidas puntuales. Como novedad, el art. 5 del Reglamento de Supervisión de 2011 establece que la Comisión y el Consejo deberán tener en cuenta, en particular, “*los ingresos inesperados o las caídas inesperadas en los ingresos*”.

³³² El art. 5 de la propuesta de la Comisión de 2010 contenía el concepto “*porcentaje medio prudente de gasto público en relación con el PIB*”. Este concepto no se recoge de forma expresa en la versión definitiva del Reglamento de Supervisión de 2011, pero la esencia del principio es la misma, evitar gastos excesivos en fases de poco crecimiento económico.

Tomando como punto de partida el concepto “*porcentaje medio prudente de gasto público en relación con el PIB*”, la propuesta de la Comisión establecía que, si el objetivo presupuestario a medio plazo no se había alcanzado, el gasto tenía que estar claramente por debajo del porcentaje medio prudente en relación con el PIB. Por el contrario, sí era posible sobrepasar el porcentaje medio prudente si el objetivo presupuestario a medio plazo se había alcanzado claramente, o si el exceso de crecimiento en el

crecimiento del PIB (art. 5 del Reglamento de Supervisión de 2011). Bajo esta premisa, la Comisión y el Consejo evaluarán si la trayectoria del gasto público de un Estado se adapta a las siguientes condiciones: “a) en el caso de los Estados miembros que *hayan alcanzado el objetivo presupuestario a medio plazo*, [que] el crecimiento anual del gasto no exced[a] de *una tasa de crecimiento potencial del PIB a medio plazo* que sirva de referencia, a menos que el exceso se compense con medidas discrecionales relativas a los ingresos; b) en el caso de los Estados miembros que *no hayan alcanzado aún su objetivo presupuestario a medio plazo*, [que] el crecimiento anual del gasto no exced[a] de *una tasa inferior a una tasa de crecimiento potencial del PIB a medio plazo* que sirva de referencia, a menos que el exceso se compense con medidas discrecionales en relación con los ingresos”³³³.

Por tanto, si el Estado da cumplimiento al objetivo presupuestario a medio plazo, su gasto deberá estar por debajo de una tasa de crecimiento potencial del PIB; ahora bien, si no da cumplimiento a este objetivo, su gasto deberá ser una tasa inferior a la tasa de crecimiento potencial del PIB. El objetivo fundamental de este nuevo principio es garantizar que los ingresos extraordinarios no se destinen a cubrir gastos, sino a reducir la deuda pública.

El principio de política fiscal prudente constituye la primera limitación directa del volumen de gasto y de su destino regulada en el PEC. Los otros dos objetivos preexistentes en la vertiente preventiva (alcanzar el objetivo presupuestario a medio plazo y reducir el déficit en un 0,5 % del PIB anualmente cuando el objetivo presupuestario no se cumple) no hacen referencia específica a ninguna de las vertientes del presupuesto, ingreso o gasto, sino a una situación presupuestaria de equilibrio o tendente al mismo. De igual forma, en la vertiente correctiva del PEC (art. 126 del TFUE y el Reglamento del Procedimiento de Déficit Excesivo), los criterios del déficit y la deuda públicos fijados como parámetros para la apertura del procedimiento de déficit excesivo tampoco hacen alusión a obligaciones de reducción del gasto³³⁴.

gasto, respecto del porcentaje medio prudente, iba acompañado de medidas discrecionales en la vertiente del ingreso.

Esta distinción, a nuestro parecer, era más clara que la finalmente recogida en el art. 5 del Reglamento de Supervisión de 2011.

³³³ El apartado b) del art. 5 del Reglamento de Supervisión concluye que “*la diferencia entre la tasa de crecimiento del gasto público y una tasa de crecimiento potencial del PIB a medio plazo que sirva de referencia se establece de tal manera que asegure un ajuste apropiado hacia el objetivo presupuestario a medio plazo*”.

³³⁴ Tan solo una vez incumplido el criterio del déficit, la Comisión en su informe “*tendrá en cuenta si el déficit público supera los gastos públicos de inversión*” (art. 126.3 del TFUE).

De todos modos, el principio de política fiscal prudente no supone una limitación por completo del gasto público. Este principio otorga un determinado margen de maniobra al Legislador presupuestario nacional para que introducir medidas de incremento de ingresos a través de las cuales –a pesar de incrementar el gasto por encima de una tasa de crecimiento potencial del PIB– se pueda dar cumplimiento al principio de política fiscal prudente.

En cuanto a la *ejecución de la supervisión*, el art. 6 del Reglamento de Supervisión de 2011 regula las medidas que pueden ser adoptadas por la Comisión y el Consejo en caso de desviaciones significativas respecto de la trayectoria de ajuste hacia el objetivo presupuestario a medio plazo. El precepto determina que el incumplimiento por parte del Estado faculta a la Comisión a intervenir³³⁵, y si dicho incumplimiento persiste o es especialmente grave, se abre la posibilidad de que la Comisión emita una recomendación al Consejo para que este adopte medidas basadas en el art. 121.4 del TFUE.

Además, si en el plazo máximo de cinco meses, el Estado no toma las medidas adecuadas para dar cumplimiento a las recomendaciones efectuadas por el Consejo, la Comisión recomendará al Consejo que adopte una decisión, por mayoría cualificada, indicando que no se ha tomado ninguna medida efectiva. La Comisión podrá recomendar simultáneamente al Consejo que adopte una recomendación revisada sobre las medidas políticas necesarias.

En caso de que el Consejo no adopte la decisión sobre la recomendación de la Comisión en la que se constate que no se han tomado medidas efectivas, y el Estado miembro de que se trate siga sin adoptar las medidas oportunas, la Comisión, transcurrido un mes de su primera recomendación, recomendará al Consejo que adopte la decisión en la que se constate que no se ha tomado ninguna medida efectiva. La decisión se considerará adoptada por el Consejo a menos que este decida, por *mayoría simple*, rechazar la recomendación de la Comisión en el plazo de diez días. La Comisión podrá recomendar simultáneamente al Consejo que adopte una recomendación revisada sobre las medidas políticas necesarias, de conformidad con el artículo 121.4 del TFUE.

Las acciones descritas hasta el momento, básicamente la formulación de advertencias y recomendaciones, pueden ir acompañadas de *medidas correctivas*. Estas

³³⁵ En el caso de que existan desviaciones importantes, reales o previstas, de la situación presupuestaria respecto del objetivo presupuestario a medio plazo o de la trayectoria de ajuste apropiada para lograrlo, el nuevo art. 6 del Reglamento de Supervisión capacita a la Comisión para emitir una advertencia al Estado miembro de que se trate.

constituyen las primeras intervenciones de naturaleza punitiva adoptadas en la vertiente preventiva del PEC; solo son aplicables a los Estados de la UEM; y adoptan la forma de un depósito generador de intereses de una cuantía equivalente al 0,2 % del PIB del Estado. Este depósito deberá constituirse tras la propuesta de la Comisión, salvo si el Consejo, *por mayoría cualificada*, establece lo contrario en diez días³³⁶. Estas sanciones serán analizadas con detalle durante el estudio del nuevo Reglamento (UE) núm. 1173/2011 sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria de la zona del euro.

Una vez apuntados los cambios introducidos, debemos realizar algunas apreciaciones. En primer lugar, a pesar del establecimiento de un nuevo principio y la fijación de criterios objetivos –de carácter numérico– para valorar la existencia de desviaciones graves del objetivo de estabilidad presupuestaria a medio plazo³³⁷, la supervisión efectuada por las instituciones europeas sigue teniendo un importante componente discrecional. En este sentido, cuando la Comisión y el Consejo evalúan la posible desviación del objetivo presupuestario a medio plazo, o del no cumplimiento de la trayectoria de ajuste para alcanzar el objetivo a medio plazo, toman en consideración diferentes factores de la situación económica y presupuestaria del Estado examinado³³⁸. Como establece el art. 5 del Reglamento de Supervisión de 2011, se llevará a cabo una valoración general en la que se analizarán aspectos como: el estado de la deuda pública

³³⁶ Esta medida se regula de forma específica en el art. 4 del Reglamento (UE) núm. 1176/2011 sobre la ejecución eficaz de la supervisión presupuestaria en la zona del euro.

³³⁷ En concreto, respecto a la valoración de la importancia de la desviación deben tomarse en consideración los dos criterios fijados en el art. 6 del nuevo Reglamento de Supervisión de 2011; estos son: “a) en el caso de un Estado miembro que no haya alcanzado el objetivo presupuestario a medio plazo, cuando se valore el cambio del saldo estructural, si la desviación es de al menos el 0,5 % del PIB en un solo año o de al menos el 0,25 % del PIB como promedio anual en dos años consecutivos; b) cuando se evalúe la evolución del gasto excluyendo las medidas discrecionales relativas a los ingresos, si la desviación tiene una repercusión total en el saldo presupuestario de las administraciones públicas de al menos el 0,5 % del PIB en un solo año o de forma acumulada en dos años consecutivos”.

Ahora bien, tras fijar estos criterios numéricos, el art. 6 del Reglamento de Supervisión de 2011 establece dos supuestos en los que la desviación de la evolución del gasto no se considerará significativa: “si el Estado miembro de que se trate ha superado el objetivo presupuestario a medio plazo, teniendo en cuenta la posibilidad de unos ingresos inesperados significativos y que los planes presupuestarios establecidos en el programa de estabilidad no hagan peligrar dicho objetivo durante todo el período cubierto por el programa”. E “igualmente, la desviación podrá no considerarse si se deriva de un acontecimiento inusitado que esté fuera del control del Estado miembro afectado y que tenga una gran incidencia en la situación financiera de las administraciones públicas, o en caso de crisis económica grave en la zona del euro o en el conjunto de la UE, siempre que dicha desviación no ponga en peligro la sostenibilidad presupuestaria a medio plazo”.

³³⁸ De hecho, se amplía sustancialmente la información que debe ser remitida por los Estados miembros en sus Programas de Estabilidad y Convergencia y que será objeto de evaluación por la Comisión y el Consejo. Los arts. 3 y 7 recogen, respectivamente, la información requerida para los Programas de Estabilidad y para los Programas de Convergencia.

y el riesgo de su sostenibilidad global; la realización de ajustes más acentuados en épocas de bonanza o de ajustes más limitados si se trata de tiempos adversos para la economía; y en particular se tomarán en consideración los ingresos inesperados y las caídas inesperadas de ingresos. La valoración de las circunstancias particulares de cada Estado, si bien es uno de los objetivos del nuevo PEC, puede convertir la supervisión en una cuestión casuística, mermando su aplicación igualitaria respecto de todos los Estados miembros. No podemos obviar que la primera reforma del PEC en 2005 se produjo tras su aplicación desigual entre Estados miembros; señaladamente, al no iniciarse el procedimiento de déficit excesivo respecto de Francia y Alemania tras sus respectivos incumplimientos de los criterios fijados en el art. 126 del TFUE y el Reglamento (CE) núm. 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del Procedimiento de Déficit Excesivo³³⁹.

La segunda apreciación es relativa al sistema de voto inverso. Con carácter general, en el marco del PEC, la Comisión tiene la competencia de iniciativa del procedimiento y el Consejo aprueba la medida de forma definitiva. Así sucede, por ejemplo, en el inicio del procedimiento de déficit excesivo (regulado en el art. 126 del TFUE). Sin embargo, en los nuevos Reglamentos que conforman el *Six Pack*, para algunas medidas, como las dos analizadas y otras que veremos más adelante, se ha introducido el sistema de voto inverso. A través del voto inverso la recomendación efectuada por la Comisión sobre la no adopción de ninguna medida efectiva por parte del Estado miembro, o la decisión de la Comisión sobre la constitución del depósito con intereses, serán tomadas salvo si el Consejo se pronuncia en contra del pronunciamiento de la Comisión en el plazo de diez días, en el primer supuesto por mayoría simple y en el segundo por mayoría cualificada³⁴⁰.

En cuanto a la efectividad del voto inverso, este sistema constituye un avance relativo en la ejecución de las medidas de supervisión y correctivas del PEC, en tanto en cuanto da cierta automaticidad a la decisión de la Comisión. No obstante, la automaticidad es tan solo parcial, porque el Consejo podrá decidir rechazar la propuesta, para lo cual solo necesita alcanzar la mayoría cualificada³⁴¹, no la

³³⁹ Véase, *supra*, Capítulo I, epígrafe Situación precedente y causas de la reforma, pp. 59 y ss.

³⁴⁰ El hecho de que se requiera la mayoría simple del Consejo es una singularidad, puesto que en la mayor parte de los supuestos en los que se ha introducido el sistema de voto inverso el Consejo debe alcanzar la mayoría cualificada para rechazar la decisión de la Comisión.

³⁴¹ Sobre la capacidad de los Estado “grandes” de alcanzar la minoría de bloqueo ya nos pronunciamos con anterioridad. Véase, *supra*, Capítulo I, epígrafe Vertiente correctiva: el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, pp. 46 y ss.

Con la introducción del nuevo sistema de voto, el proceso se invierte pero las consecuencias son parejas. En este caso, la unión de los Estados grandes puede comportar alcanzar con facilidad la minoría

unanimidad. Además, el mecanismo de voto inverso únicamente se establece para la adopción de determinadas decisiones (como es la aplicación de las sanciones tanto en la vertiente preventiva como en la vertiente correctiva), pero no para todas. Así, por ejemplo, la decisión clave de apertura del procedimiento de déficit excesivo sigue adoptándose por el sistema de voto tradicional³⁴².

Antes de concluir el análisis del Reglamento de Supervisión de 2011, debemos señalar que este contiene una nueva sección, la Sección 3 *bis*. En ella se recoge, entre otros aspectos, el nuevo principio de independencia estadística (art. 10 del Reglamento de Supervisión de 2011). La independencia de las autoridades estadísticas nacionales es un elemento central para llevar a cabo la supervisión, en la medida en que las autoridades estadísticas son las encargadas de elaborar y controlar la información presentada en los Programas de Estabilidad y Convergencia. En concreto, las autoridades estadísticas deben determinar los niveles de déficit y deuda públicos existentes en aplicación de los criterios del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales (en adelante, SEC-95)³⁴³. La fiabilidad de los datos estadísticos es un elemento crucial. Tanto es así que la manipulación de las estadísticas comportará la aplicación de sanciones a los Estados. Estas sanciones están reguladas en el Reglamento (UE) núm. 1173/2011 sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria de la zona euro.

Reforma de la vertiente correctiva del Pacto de Estabilidad y Crecimiento

En la vertiente correctiva, partiendo de la propuesta de la Comisión³⁴⁴, el Consejo aprobó el Reglamento (UE) núm. 1177/2011 del Consejo, de 8 de noviembre

del bloqueo en el Consejo y, en consecuencia, que no se alcance la mayoría cualificada necesaria para rechazar la propuesta de la Comisión. Este hecho podría dotar de mayor automaticidad a las decisiones de la Comisión, ahora bien, dejaría en una posición de clara ventaja a los Estados grandes frente a los pequeños. El posicionamiento de los Estados grandes en el seno del Consejo determinará la paralización, o tramitación, de las acciones de la Comisión cuya aprobación se lleva a cabo por el sistema de voto inverso.

³⁴² Para introducir un cambio en el sistema de voto para la apertura del procedimiento de déficit excesivo sería necesario modificar el TFUE. Este último reserva la apertura del procedimiento al Consejo (art. 126.6 del TFUE), dejando en manos de la Comisión tan solo la recomendación de su apertura (art. 126.5 del TFUE).

³⁴³ Reglamento (CE) núm. 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996, relativo al sistema de cuentas nacionales y regionales de la Comunidad. Los Estados miembros deben utilizar el Sistema Europeo de Cuentas (SEC-95) para elaborar y presentar todas las previsiones y documentación requeridas por las instituciones europeas en materia de disciplina presupuestaria.

³⁴⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Proposal for a Regulation of the European parliament and of the Council amending Regulation (EC), No 1467/97 on the strengthening of the surveillance of budgetary positions*

de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del Procedimiento de Déficit Excesivo (en adelante, Reglamento del Procedimiento de Déficit Excesivo de 2011)³⁴⁵.

En la exposición de los elementos legales de la propuesta de Reglamento, la Comisión recoge las principales características de la aplicación del procedimiento de déficit excesivo llevada a cabo hasta el momento³⁴⁶.

En primer lugar, la Comisión destaca la aplicación “*regular del procedimiento*” a pesar de las circunstancias existentes de crisis económica. Sin embargo, la práctica ha demostrado que el procedimiento, si bien sí se inicia, no llega a concluirse. En segundo lugar, la *priorización del criterio del déficit* como estándar para determinar la apertura del procedimiento de déficit excesivo, en detrimento del criterio de la deuda pública. En este punto, la Comisión subraya la necesidad de tomar en consideración también la existencia de elevados volúmenes de deuda pública, los cuales pueden llegar a afectar a las finanzas públicas de un Estado, más, incluso, que situaciones puntuales de déficit elevado. Como hemos señalado anteriormente, la desatención preexistente del cumplimiento del criterio de la deuda pública se ha debido a varios factores. Entre ellos se encuentran: por un lado, la naturaleza menos concisa de la redacción del criterio de la deuda pública en el art. 126 del TFUE, siendo especialmente indeterminada la noción “*disminución sustancial y continuada*” del volumen de deuda pública; y, por otro lado, el impacto que en los niveles de deuda pública tienen variables que se encuentran fuera del control del gobierno, en particular la inflación. En tercer lugar, la Comisión apunta la *falta de credibilidad de las sanciones*, las cuales se aplican en un momento en que la situación financiera del Estado está tan deteriorada que la amenaza de las mismas es menos creíble.

Dadas las deficiencias apuntadas, el Reglamento del Procedimiento de Déficit Excesivo de 2011 introduce los siguientes cambios:

Precisa el concepto “*disminución sustancial y continuada*” de la deuda pública hacia el límite del 60 % del PIB. El art. 2 del Reglamento del Procedimiento de Déficit

and the surveillance and coordination of economic policies, COM(2010), 522 final, 29 de septiembre de 2010.

³⁴⁵ Cabe destacar que el art. 1.2 del Reglamento del Procedimiento de Déficit Excesivo de 2011 establece que, a sus efectos, se consideran Estados miembros participantes “*los Estados miembros cuya moneda es el euro*”, y no el conjunto de los Estados miembros de la Unión Europea.

³⁴⁶ Véase, COMISIÓN EUROPEA, *Proposal for a Regulation of the European parliament and of the Council amending Regulation (EC), No 1467/97 on the strengthening of the surveillance of budgetary positions and the surveillance and coordination of economic policies*, cit., pp. 5 y 6.

Excesivo de 2011 establece que un Estado cumple este criterio de la deuda pública si, en los últimos tres años, ha llevado a cabo una reducción de la distancia respecto del valor de referencia en un porcentaje del orden de una veintea parte al año. Asimismo, con base en el art. 2 del Reglamento, se considerará que el criterio de la deuda también se cumple “*si las previsiones presupuestarias de la Comisión indican que la reducción exigida del diferencial se producirá en el período de tres años que comprende los dos años siguientes al último año respecto del cual se dispone de datos. Para un Estado miembro objeto de un procedimiento de déficit excesivo el 8 de noviembre de 2011 y durante un período de tres años a partir de la corrección del déficit excesivo, se considerará que el requisito correspondiente al criterio de la deuda se ha cumplido si el Estado miembro en cuestión realiza suficientes progresos para su cumplimiento, conforme a la evaluación efectuada en el dictamen que adopte el Consejo sobre su programa de estabilidad o convergencia*”. Como se puede observar, el criterio de la reducción de deuda pública (de forma sustancial y continuada) es un principio estricto, pero se flexibiliza con posterioridad, dejando un importante margen de maniobra a los Estados para efectuar la reducción de sus niveles de deuda pública.

Además, el incumplimiento de este valor de reducción de déficit no tiene por qué comportar obligatoriamente la apertura del procedimiento de déficit excesivo. La declaración de déficit excesivo parte de un informe elaborado por la Comisión (art. 126.3 del TFUE³⁴⁷), y para la realización del informe la Comisión analiza un conjunto amplio de factores, que el Reglamento del Procedimiento de Déficit Excesivo de 2011 califica como “*factores pertinentes*”. Estos factores se recogen en los apartados 3, 4 y 5 del art. 2 del Reglamento del Procedimiento de Déficit Excesivo de 2011. La Comisión destaca entre los factores a tener en cuenta: la evolución de la deuda pública; un crecimiento nominal muy bajo que impida la reducción de la deuda pública; factores vinculados al riesgo en la estructura de la deuda pública; el nivel de endeudamiento del sector privado; y los posibles pasivos implícitos, como los derivados del envejecimiento de la población³⁴⁸.

³⁴⁷ El apartado 3 del art. 126 del TFUE determina que “*si un Estado miembro no cumpliera los requisitos de uno de estos criterios o de ambos, la Comisión elaborará un informe, en el que también se tendrá en cuenta si el déficit público supera los gastos públicos de inversión, así como todos los demás factores pertinentes, incluida la situación económica y presupuestaria a medio plazo del Estado miembro*”.

³⁴⁸ Véase, COMISIÓN EUROPEA, *Communication from the commission to the European parliament, the European council, the council, the European central bank, the European economic and social committee and the committee of the regions. Enhancing economic policy coordination for stability, growth and jobs – Tools for stronger EU economic governance*, COM(2010), 367/2, 30 de junio de 2010, Bruselas, p. 5.

En relación con la tramitación del procedimiento, una vez se ha comprobado la existencia de déficit excesivo, el Reglamento del procedimiento de déficit excesivo de 2011 intenta que esta sea más ágil. Hay que tener en cuenta que, tras la reforma efectuada en 2005, debido a la introducción de nuevos elementos de valoración de las situaciones presupuestarias de los Estados y de la ampliación de los plazos de las diferentes fases del procedimiento, difícilmente el procedimiento de déficit excesivo ha llegado a su fin, entendido este último como la aplicación de las sanciones. En la mayor parte de los casos se ha apreciado la existencia de factores que han evitado la apertura del procedimiento o, una vez abierto, estos factores han demorado la transición a fases posteriores. En la práctica, el plazo que se proporciona a los Estados para solventar la situación de déficit excesivo entre recomendaciones, recomendaciones revisadas, advertencias y advertencias revisadas puede alcanzar los cinco años.

Para evitar estas dilaciones, los plazos del procedimiento de déficit excesivo se reducen. La recomendación del Consejo debe fijar un plazo máximo de seis meses para que el Estado miembro afectado tome medidas efectivas y, en los casos en los que la gravedad de la situación lo justifique, el plazo puede ser de tres meses. En cuanto al plazo para la corrección del déficit excesivo, este deberá completarse en el año siguiente a su detección, salvo que concurren circunstancias especiales. Por último, el Consejo en su recomendación fijará la obligación de efectuar mejoras anuales mínimas equivalentes al 0,5 % del PIB. Se puede observar que la dureza inicial de la norma se matiza mediante la introducción de salvedades. De nuevo, el plazo de corrección del déficit excesivo podrá ser superior a un año si aparecen factores económicos adversos e inesperados que tengan importantes consecuencias desfavorables para la Hacienda pública (art. 3.5 del Reglamento del Procedimiento de Déficit Excesivo de 2011). Esta situación puede dar lugar a que el Consejo, partiendo de una recomendación de la Comisión, adopte una recomendación revisada. Esta recomendación tendrá en consideración, de nuevo, “*los factores pertinentes*” recogidos en el art. 2 del Reglamento del Procedimiento de Déficit Excesivo de 2011. De igual forma, si en fases posteriores del procedimiento de déficit excesivo, el Estado adopta medidas efectivas para ajustarse a la advertencia formulada por el Consejo, pero aparecen factores económicos adversos e inesperados, el Consejo, partiendo de una nueva recomendación de la Comisión y valorando la existencia de los “*factores pertinentes*” del art. 2 del Reglamento del Procedimiento de Déficit Excesivo de 2011, podrá adoptar una advertencia revisada. En esta advertencia revisada el Consejo podrá prorrogar el plazo – un año como norma general– para la corrección del déficit.

Lo anterior nos lleva a concluir que el procedimiento de déficit excesivo descrito mantiene importantes similitudes con el procedimiento vigente hasta la reforma de

2011. La toma en consideración de los “factores pertinentes” puede comportar la aprobación por el Consejo de sucesivas recomendaciones, recomendaciones revisadas, advertencias y advertencias revisadas que dilaten el procedimiento y lo paralicen en fases intermedias. Si se producen aplazamientos excesivamente amplios, la credibilidad del valor correctivo del procedimiento de déficit excesivo será escasa. Por ello, si no se lleva a cabo una aplicación estricta de los nuevos plazos más breves, es posible que el nuevo procedimiento acabe adoleciendo de las mismas deficiencias que el procedimiento de déficit excesivo anterior. Este último se convirtió, en algún sentido, en una prolongación de la vertiente preventiva, al constituir un segundo plan de actuación para la reducción del déficit excesivo, sin llegar a aplicarse las medidas estrictamente sancionadoras.

En relación con las sanciones, junto a las sanciones originarias aplicables en la fase final del procedimiento de déficit excesivo (reguladas en los arts. 6 y 12 del Reglamento del Procedimiento de Déficit Excesivo de 2011), se introducen nuevas sanciones financieras que se aplicarán en una fase previa del procedimiento y con un enfoque gradual. En concreto, tras la declaración de déficit excesivo respecto de un Estado, se constituirá un depósito sin devengo de intereses por valor del 0,2 % del PIB³⁴⁹. Este depósito se convertirá en multa en aquellos casos en los que se incumplan las recomendaciones iniciales para corregir el déficit excesivo. Estas sanciones se regulan en el nuevo Reglamento (UE) núm. 1173/2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria de la zona del euro, y su aprobación por la Comisión y el Consejo se llevará a cabo a través del sistema de voto inverso. Así, la decisión de la Comisión que obligue a la constitución del depósito sin intereses se considerará adoptada por el Consejo a menos que, por mayoría cualificada, este decida rechazar la recomendación de la Comisión en el plazo de diez días.

Ante estos cambios debemos formular varias consideraciones. El nuevo Reglamento del Procedimiento de Déficit Excesivo no introduce sanciones de distinta naturaleza. La Comisión, en su Comunicación de 30 de junio 2010³⁵⁰, indicó una serie

³⁴⁹ Este depósito, por tanto, es de importe equivalente al de las sanciones recogidas en las fases finales del procedimiento de déficit excesivo. El objetivo de la Comisión es mantener una vinculación entre las cuantías de las sanciones y el presupuesto de la UE. Véase, COMISIÓN EUROPEA, *Communication from the commission to the European parliament, the European council, the council, the European central bank, the European economic and social committee and the committee of the regions. Enhancing economic policy coordination for stability, growth and jobs – Tools for stronger EU economic governance*, COM(2010) 367/2, 30 de junio de 2010, Bruselas, p. 9.

³⁵⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Communication from the commission to the European parliament, the European council, the council, the European central bank, the European economic and social committee*

de sanciones e incentivos complementarios al uso de depósitos o multas, que finalmente no se han recogido ni en el Reglamento del Procedimiento de Déficit Excesivo de 2011 ni en el Reglamento (UE) núm. 1173/2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona del euro. La Comisión describió este conjunto de nuevas medidas como una “*caja de herramientas*” a las cuales se podía recurrir según las circunstancias específicas de cada Estado. En este conjunto de medidas se encontraba la aplicación de reducciones en los programas de gasto de la UE respecto del Estado miembro inmerso en un procedimiento de déficit excesivo³⁵¹. La Comisión precisó que estas sanciones no debían afectar a los beneficiarios finales de los fondos de la UE, sino a los pagos que la UE efectúa a los Estados miembros, o a los pagos en los que los Estados miembros actúan a modo de intermediarios.

Para que una categoría de gasto de la UE pudiera verse afectada, debían cumplirse una serie de criterios entre los cuales se encontraban: que fueran fondos programados y gestionados de forma compartida entre el Estado y la UE; que tuvieran el tamaño suficiente como para ser considerados sanciones o incentivos; y que tuvieran un impacto (potencial) en la calidad del gasto público y el ajuste estructural³⁵².

and the committee of the regions. Enhancing economic policy coordination for stability, growth and jobs – Tools for stronger EU economic governance, COM(2010) 367/2, 30 de junio de 2010, Bruselas.

³⁵¹ En la actualidad el sistema de financiación del presupuesto de la UE ya recoge mecanismos que fomentan el principio de finanzas públicas sólidas. En particular, el sistema de recursos propios prevé que los depósitos pagados por un Estado incumplidor de este principio reduzcan la contribución al presupuesto de la UE de aquellos Estados que no poseen déficit excesivo, de acuerdo con su participación en el total del PIB de los Estados beneficiarios. A través de este mecanismo se reduce la participación en el presupuesto de la UE de los Estados que cumplen con la disciplina presupuestaria de la Unión, mientras que se incrementa la contribución de los Estados incumplidores.

Igualmente, el art. 4 del Reglamento (CE) núm. 1084/2006, de 11 de julio de 2006, por el que se crea el Fondo de Cohesión, establece que se podrán suspender, total o parcialmente, los compromisos del Fondo en favor de un Estado miembro si este incumple la disciplina presupuestaria europea. En concreto, si teniendo abierto un procedimiento de déficit excesivo, el Estado no sigue las recomendaciones del Consejo aprobadas de acuerdo con el art. 104.7 TCE (actual, art. 126.7 TFUE). Esta era la vía seguida por las instituciones europeas para suspender el pago a Hungría de 495 millones de euros del Fondo de Cohesión. La suspensión se habría hecho efectiva el día 1 de enero de 2013, pero el Consejo consideró, en su reunión del día 22 de junio de 2012, que Hungría había aprobado las medidas correctoras necesarias. Véase, CONSEJO EUROPEO, *Council implementing decision suspending commitments from the Cohesion Fund for Hungary with effect from 1 January 2013*, 2012/156/EU, 13 de marzo de 2012, Bruselas (DO L 78/19 de 17 de noviembre de 2012). Y, finalmente, Consejo: *Implementing decision lifting the suspension of commitments from the Cohesion Fund for Hungary*, 2012/323/EU, (DO L 165/46 de 26 de junio de 2012).

³⁵² Estos criterios se cumplen en la mayor parte de los gastos destinados a políticas de cohesión (por ejemplo en materia de agricultura o pesca). Sin embargo, quedan excluidas aquellas ayudas, como las relativas a la Política Agrícola Común (PAC) y los Fondos Europeos para la Pesca (FEP), en las que la reducción del gasto daría lugar a una reducción de los ingresos de los agricultores o los pescadores. La afectación debe producirse tan solo a nivel presupuestario; para ello, el Estado miembro deberá continuar

Este sistema preveía que las reducciones en los programas de gasto fueran aplicadas de forma progresiva en dos momentos del procedimiento de déficit excesivo. En un primer momento, cuando se produjera la declaración de déficit excesivo por el Consejo (art. 126.6 TFUE), se aplicaría la suspensión de compromisos relacionados con programas multianuales. Es posible que estas suspensiones no generasen efectos inmediatos, concediéndose de este modo un margen al Estado para la adopción de medidas que resolvieran la situación de déficit excesivo. Los recursos europeos cancelados debían permanecer en el presupuesto de la UE. Estos recursos volverían a presupuestarse tan pronto como el Estado diese cumplimiento a las recomendaciones del Consejo. En un segundo momento, cuando el Estado no cumpliera con las recomendaciones del Consejo para la corrección del déficit excesivo. En este caso se produciría la cancelación de los compromisos del año n (año vigente). Este tipo de cancelaciones en los pagos sí que podían comportar una pérdida definitiva en el presupuesto del Estado incumplidor³⁵³.

A pesar de que la Comisión diseñó este nuevo tipo de sanciones, en su Comunicación de 30 de junio, ya previó que no todas las medidas recogidas en la citada “*caja de herramientas*” serían finalmente introducidas en el texto definitivo del nuevo Reglamento del Procedimiento de Déficit Excesivo. Por este motivo, afirmó que las proposiciones restantes se incorporarían en futuras propuestas de la Comisión para el marco financiero multianual.

El objetivo de la Comisión de introducir nuevas sanciones (basadas en el art. 136 TFUE) se ha llevado a cabo solo de forma parcial, al no introducirse reducciones en las ayudas europeas. Estas constituían la principal novedad de las propuestas iniciales y una de las alternativas más viables a la realización de depósitos convertibles en multas por parte de los Estados, mecanismo este último cuya efectividad está más que cuestionada. Durante la aplicación práctica del procedimiento de déficit excesivo ha existido un elemento clave que ha propiciado que no se alcanzasen las últimas fases del procedimiento; este ha sido, justamente, la ineficiencia de las sanciones en él recogidas para reducir el déficit excesivo. La aplicación de estos depósitos sin intereses

haciendo efectivos los pagos a los beneficiarios, si bien el reembolso de este gasto por el presupuesto de la UE puede estar (parcialmente) suspendido.

³⁵³ Otras medidas de esta naturaleza aplicables son la modulación de los porcentajes de cofinanciación (entre Estado y UE) de determinados gastos compartidos, o la introducción de una reserva de eficiencia de la UE para premiar a aquellos Estados con políticas fiscales sólidas. Esta reserva podría ser financiada con los compromisos que hayan sido cancelados en aplicación del segundo paso descrito.

convertibles en multas³⁵⁴ tan solo agravaría la ya maltrecha situación presupuestaria del Estado incumplidor. Por ello, su eficacia como medida correctiva de la situación es muy baja, puesto que el objetivo de restablecer la estabilidad presupuestaria sería aún más complejo de lograr una vez aplicada la multa.

En síntesis, uno de los principales objetivos de esta reforma era dotar al PEC de nuevos mecanismos correctivos, y este objetivo finalmente no se ha alcanzado. La doctrina señala cómo la introducción y el mantenimiento de sanciones financieras (que se han mostrado no operativas) es el resultado de la imposibilidad de introducir otro tipo de sanciones cuya aplicación requeriría la modificación del Tratado. Este es el caso de sanciones de carácter político, como es la pérdida de voto en el seno del Consejo³⁵⁵.

En cuanto al sistema de voto inverso por el que se aprueban las sanciones, como ya hemos apuntado en relación con las nuevas sanciones de la vertiente preventiva del PEC, este constituye un avance en su ejecución, en la medida en que da cierta automaticidad a la decisión de la Comisión. No obstante, la automaticidad es tan solo parcial, porque el Consejo puede decidir rechazar la propuesta, para lo que únicamente necesita alcanzar la mayoría cualificada.

2.B. Aprobación del Reglamento (UE) núm. 1173/2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria de la zona euro

El Reglamento (UE) núm. 1173/2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria de la zona del euro (en adelante, Reglamento sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria) regula las nuevas sanciones financieras aplicables tanto en la vertiente preventiva, como en la vertiente correctiva del PEC. Así, el art. 1 del citado Reglamento determina su objeto y ámbito de aplicación haciendo alusión al “componente preventivo” y al “componente corrector” del PEC. A continuación, el Reglamento, en su art. 2, precisa qué se entiende por cada uno de estos dos componentes: el componente preventivo es el Reglamento de

³⁵⁴ El resto de medidas correctivas recogidas en el Reglamento del Procedimiento de Déficit Excesivo, como apunta GROSS, no poseen tal importancia y fuerza. GROSS, Daniel, “Towards a credible excessive deficit procedure”, cit., pp. 245 y 246.

Entre estas medidas de presión adicionales se encuentra, señaladamente, la obligación del Estado de publicar información adicional sobre su controvertida situación presupuestaria. La publicación de información de este tipo puede afectar a la posición de su deuda pública en los mercados de capitales.

³⁵⁵ Véase, RUFFERT, Matthias, “The European Debt Crisis and European Union Law”, *Common Market Law Review*, Vol. 48, (6), Diciembre 2011, p. 1803.

Supervisión; mientras que el componente corrector es el art. 126 del TFUE y el Reglamento del Procedimiento de Déficit Excesivo³⁵⁶.

En cuanto a la configuración de las sanciones aplicables, esta se efectúa en el capítulo III para el componente preventivo, y en el capítulo IV para el componente corrector.

En la fase preventiva, las sanciones se establecen si el Estado no adopta ninguna medida como respuesta a la recomendación del Consejo regulada en el art. 6.2 del Reglamento de Supervisión. Esta recomendación es la que efectúa el Consejo cuando aprecia una desviación significativa respecto de la trayectoria de ajuste hacia el objetivo de estabilidad presupuestaria. En la fase correctora, las medidas sancionadoras del nuevo Reglamento se aplican en dos supuestos: i) tras la declaración por el Consejo de existencia de déficit excesivo (art. 126.6 del TFUE) en un Estado que constituyó un depósito con intereses ante la Comisión en función del art. 4 del Reglamento sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria³⁵⁷; ii) si la Comisión ha detectado un incumplimiento especialmente grave de las obligaciones de política presupuestaria establecidas en el PEC.

Por tanto, tanto en el componente preventivo como en el corrector, las sanciones se establecen en fases iniciales del procedimiento, siendo esta la principal diferencia entre las nuevas sanciones financieras reguladas en el Reglamento sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria y las sanciones financieras tradicionales recogidas en el Reglamento del Procedimiento de Déficit Excesivo.

Las sanciones tienen la misma naturaleza en los dos componentes. Ambas son depósitos dinerarios, que en el componente corrector podrán convertirse en multas. La diferencia se encuentra en que el depósito del componente preventivo generará intereses, mientras que el depósito del componente corrector será sin intereses. La

³⁵⁶ En el apartado 3 del art. 2 se definen las “circunstancias económicas excepcionales”, como aquellas circunstancias bajo las cuales el déficit público sobre el valor de referencia se considera excepcional en el sentido del art. 126.2, letra a), segundo guión del TFUE y del Reglamento del Procedimiento de Déficit Excesivo.

³⁵⁷ Como indica el art. 5.4 del Reglamento sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria, en los casos en los que *“el Estado miembro ha constituido un depósito con intereses se convertirá en depósito sin intereses. Si la cuantía de un depósito con intereses constituido de conformidad con el artículo 4 y la de los intereses devengados por él excede de la cuantía del depósito sin intereses que ha de constituirse en virtud del apartado 1 del presente artículo, el exceso se restituirá al Estado miembro. Si la cuantía del depósito sin intereses excede de la cuantía de un depósito con intereses constituido de conformidad con el artículo 4 y de los intereses devengados por él, el Estado miembro abonará la diferencia al constituir el depósito sin intereses”*.

cuantía del depósito es igual en ambos supuestos (el 0,2 % del PIB del Estado, correspondiente al ejercicio precedente).

El sistema de voto para aprobar las nuevas sanciones, como ya apuntamos al analizar la reforma de los dos Reglamentos originarios del PEC, es el de voto inverso. Las decisiones de la Comisión relativas a la constitución del depósito (tanto en el componente preventivo como en el corrector) y a la conversión del depósito en multa (en el componente corrector) se considerarán adoptadas a menos que el Consejo decida rechazar, por mayoría cualificada, en el plazo de diez días, las recomendaciones de la Comisión. Por tanto, el Consejo sigue teniendo la decisión final y definitiva sobre la aprobación de las sanciones. Y, es más, en ambos casos podrá incluso modificar las recomendaciones iniciales de la Comisión y adoptar el texto modificado como una decisión propia. Esta última opción altera, en algún sentido, la competencia de la Comisión de iniciativa de los procedimientos efectuados en el marco del PEC.

Cabe también la posibilidad (previa solicitud del Estado miembro interesado, dirigida a la Comisión en el plazo de diez días a partir de la adopción de la decisión del Consejo), que la Comisión recomiende al Consejo que reduzca la cuantía del depósito (con o sin intereses) o lo cancele (arts. 4.4 y 5.4 del Reglamento sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria). El Consejo deberá adoptar esta decisión por mayoría cualificada³⁵⁸. Respecto a la conversión de los depósitos en multas, el art. 6.4 del Reglamento también recoge la opción de que el Consejo reduzca o cancele la multa, *“si así lo justifica la presencia de circunstancias económicas excepcionales o previa solicitud motivada del Estado miembro interesado dirigida a la Comisión en el plazo de diez días”*. Por tanto, en el caso de las multas, a diferencia de los depósitos, estas podrán reducirse o cancelarse, no solo a instancia de la Comisión, sino también cuando *“existan circunstancias económicas excepcionales”*. Respecto a este sistema de aplicación de las sanciones financieras, cabe señalar que una aplicación generalizada de las reducciones o cancelaciones puede acabar convirtiendo la excepción en la regla general, y propiciar que las nuevas sanciones financieras no acaben aplicándose.

El Reglamento sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria, en su Considerando número 24, determina el destino de los intereses generados por los depósitos sin intereses y las multas. Estas cuantías serán asignadas a mecanismos de estabilidad destinados a proporcionar asistencia financiera, creados por los Estados

³⁵⁸ En la propuesta de la Comisión de 2010 existía la posibilidad de que el Consejo redujera o cancelara el depósito, sin previa recomendación de la Comisión, pero en este caso la decisión del Consejo debía adoptarse por unanimidad. Este supuesto no se recoge en el texto final del Reglamento sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria.

miembros cuya moneda es el euro con el objeto de salvaguardar la estabilidad financiera de la zona del euro en su conjunto. De igual forma, el Considerando número 23 del Reglamento de Déficit Excesivo también otorga este destino a las cuantías derivadas de las sanciones financieras en él recogidas. Con anterioridad, el art. 16 del Reglamento del Procedimiento de Déficit Excesivo establecía que los intereses derivados de los depósitos y las multas se repartían entre los Estados miembros participantes que no tuvieran déficit excesivo. Este cambio de destino intenta solventar una de las incoherencias existentes en el procedimiento de déficit excesivo. La aplicación de la regulación precedente hubiera comportado traspasar fondos de Estados con graves problemas presupuestarios a Estados que excepcionalmente no poseyeran déficits excesivos. Por tanto, el nuevo destino es más coherente con el objetivo general de preservar la estabilidad presupuestaria del conjunto de la UE. Ahora bien, este sigue teniendo ciertas inconveniencias, en la medida en que los depósitos y las multas se constituirán y abonarán por aquellos Estados que se encuentren en situaciones presupuestarias especialmente complejas (debilitando estas todavía más) y sus cuantías serán asignadas a mecanismos de estabilidad cuya función es, en última instancia, rescatar financieramente, en caso de ser necesario, a los Estados que han abonado las multas.

La segunda novedad introducida por el Reglamento sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria, es la creación (en su Capítulo V) de una nueva categoría de sanciones, las sanciones por manipulación de estadísticas. El Consejo, sobre la base de una recomendación de la Comisión, podrá decidir la imposición de una multa a un Estado miembro que intencionalmente o por negligencia grave, tergiversar datos relativos al déficit y a la deuda aplicables a efectos de los arts. 121 o 126 del TFUE o del Protocolo sobre el procedimiento de déficit excesivo anejo al TUE y al TFUE³⁵⁹.

La Comisión es el órgano encargado de realizar todas las investigaciones necesarias para probar la existencia de tergiversaciones de los datos estadísticos. Analizará toda la información presentada por el Estado miembro, podrá requerir nueva información y podrá incluso hacer inspecciones *in situ*. La Comisión tendrá acceso a las cuentas de todos los organismos públicos a nivel central, regional, local y de la

³⁵⁹ La introducción de este tipo de sanciones constituye un paso más en un largo proceso llevado a cabo por las instituciones europeas para reforzar la fiabilidad y la corrección de los datos estadísticos presentados por los Estados miembros. Detallaremos este proceso con posterioridad. Véase, *infra*, Capítulo II, epígrafe La necesidad de datos estadísticos fiables para poder determinar el cumplimiento de la disciplina presupuestaria de la UE, pp. 142 y ss.

seguridad social del Estado analizado³⁶⁰. Una vez la Comisión haya finalizado sus actuaciones, y tras brindar al Estado miembro la oportunidad de ser oído en relación con el objeto de la investigación, presentará su propuesta al Consejo. Esta propuesta deberá estar basada en hechos sobre los cuales el Estado miembro haya podido realizar comentarios. El Consejo será el órgano encargado de imponer la multa, partiendo de la recomendación formulada por la Comisión.

El Reglamento sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria precisa que deberán respetarse en todo caso los derechos de defensa del Estado miembro. Bajo esta premisa, y dado el carácter marcadamente jurisdiccional del procedimiento, el Reglamento establece la posibilidad de que el Estado miembro interponga recurso frente al Tribunal de Justicia contra la decisión del Consejo de imponer la multa.

La participación del Tribunal de Justicia en un procedimiento establecido en el seno del PEC constituye una novedad significativa. Ahora bien, tendremos que esperar para comprobar si, al resolver un potencial recurso relativo a tergiversaciones de las estadísticas, el Tribunal de Justicia entra a analizar aspectos materiales de la disciplina presupuestaria (lo cual supone comprobar la veracidad de los datos estadísticos aportados³⁶¹) o si, por el contrario, se limita a comprobar que las actuaciones de las instituciones europeas, al imponer las multas, no han vulnerado el derecho de defensa del Estado sancionado³⁶².

³⁶⁰ El art. 8.3 del Reglamento sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria precisa que “*si la legislación del Estado miembro interesado exige autorización judicial previa a la realización de una inspección in situ, la Comisión presentará las solicitudes necesarias*”.

³⁶¹ Actualmente, esta labor la lleva a cabo principalmente Eurostat (Oficina Estadística de la UE). Sobre las funciones de Eurostat, véase, *infra*, Capítulo II, epígrafe Aplicación del PEC tras la reforma de 2005, pp. 83 y ss.

³⁶² Esta segunda opción es más acorde con la postura adoptada hasta el momento por el Tribunal de Justicia, tendente a evitar pronunciarse sobre aspectos relativos a la disciplina presupuestaria. Sin embargo, en las últimas novedades legislativas, tanto de la UE como de la UEM, puede apreciarse un incremento de las competencias que se atribuyen al Tribunal de Justicia en materia de control de la disciplina presupuestaria. Así, el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria firmado, firmado 2 de marzo de 2012 por los Jefes de Estado y de Gobierno de todos los Estados miembros de la UE, salvo Reino Unido y República Checa, (en adelante, TCEG), en su art. 8, recoge la competencia del Tribunal de Justicia para comprobar si un Estado ha introducido correctamente en su Constitución, o norma equivalente, la regla de estabilidad que se determina en art. 3 del TCEG. Esta competencia se analizará con más detalle con posterioridad, véase, *infra*, Capítulo III, epígrafe La introducción del principio de estabilidad presupuestaria a nivel constitucional, pp. 306 y ss.

2.C. Aprobación de la Directiva 2011/85/UE, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros

Por último, el paquete legislativo adoptado por el Consejo contiene la Directiva 2011/85/UE, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros³⁶³. El objetivo de esta Directiva es establecer las obligaciones de las autoridades nacionales para dar cumplimiento a las previsiones del art. 3 del Protocolo núm. 12 sobre el procedimiento de déficit excesivo³⁶⁴. En concreto, el apartado segundo de este precepto establece que *“los Estados miembros garantizarán que los procedimientos nacionales en materia presupuestaria les permitan atender, en dicho ámbito, a sus obligaciones derivadas del Tratado. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión, sin demora y de forma periódica, sus déficits previstos y reales y el nivel de su deuda”*. Para alcanzar este objetivo, la Directiva fija un mínimo común en materia de política presupuestaria que debe existir en los ordenamientos jurídico-financieros internos de los Estados miembros.

Una de las principales dificultades a las que tiene que hacer frente la normativa europea son las diferencias existentes entre la información presupuestaria manejada a nivel nacional y la información que finalmente los Estados presentan a efectos de disciplina presupuestaria³⁶⁵. En el núcleo de poder de los Estados se encuentran materias como la presupuestaria, la contabilidad nacional, la información financiera, el control interno y la auditoría, y estas se rigen por metodologías específicas en los distintos Estados miembros. La existencia de prácticas contables nacionales completas y fidedignas constituye una precondition necesaria para la posterior producción de datos estadísticos de calidad, que permitan la comparación entre los diferentes Estados miembros y la supervisión presupuestaria por parte de las instituciones europeas.

La Directiva sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros recoge obligaciones relativas a cinco materias que detallaremos a continuación:

- Normas contables y estadísticas (Capítulo II, art. 3). Los Estados deberán tener sistemas contables comprensivos y consistentes, que abarquen todos los subsectores que conforman el sector Administraciones públicas (Reglamento (UE) núm.

³⁶³ DO L 306/41 de 23 de noviembre de 2011.

³⁶⁴ Por ello, la Directiva se fundamenta en el art. 126,14 del TFUE, cuyo último párrafo prevé que *“(…) el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, fijará normas de desarrollo y definiciones para la aplicación de las disposiciones del mencionado Protocolo”*.

³⁶⁵ Véase el segundo Considerando de la Directiva sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros.

2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996, relativo al sistema europeo de cuentas nacionales y regionales de la Comunidad³⁶⁶). Estos sistemas deberán ser objeto de controles y auditorías internas. Los Estados deberán publicar información de la contabilidad bajo el criterio de caja, la contabilidad bajo el criterio del devengo (que es el utilizado en el SEC-95) y los ajustes contables que deben realizarse para pasar del criterio de caja al criterio del devengo³⁶⁷. Por último, esta información deberá estar sujeta a controles internos y será objeto de auditorías independientes. Los datos derivados del control también deberán hacerse públicos.

- Previsiones (Capítulo III, art. 4). Los Estados deberán garantizar que su planificación fiscal está basada en previsiones macroeconómicas y presupuestarias realistas, usando información prudente y lo más actualizada posible. El Estado, para la elaboración de sus previsiones, deberá considerar como apropiadas las previsiones de la Comisión. Todas las diferencias importantes entre los escenarios macroeconómicos presentados por la Comisión y por el Estado deberán motivarse por este último.

El apartado cuarto del art. 4 de la Directiva incluye una nueva obligación para los Estados. Estos tendrán que efectuar la planificación fiscal en diferentes escenarios macroeconómicos, para poder examinar la trayectoria presupuestaria bajo diferentes condiciones económicas. El conjunto de escenarios alternativos utilizados en las previsiones presupuestarias se configurará tomando en consideración los resultados de las previsiones anteriores.

Estas obligaciones relativas a las previsiones de los Estados se combinan con obligaciones de transparencia y publicidad. El Estado deberá informar de la metodología, las hipótesis y los parámetros utilizados para la elaboración de la información.

Las disposiciones contenidas en este capítulo de la Directiva intentan evitar los desajustes que, con frecuencia, se han producido entre las previsiones de la Comisión y las de los Estados miembros, especialmente en el momento de presentar los correspondientes Planes de Estabilidad o Convergencia. Los Estados, a menudo, han

³⁶⁶ DO L 310 de 30 de noviembre de 1996.

³⁶⁷ Desde una perspectiva temporal, la contabilización de los ingresos y los gastos puede hacerse en función de dos criterios: el criterio del devengo o el criterio de caja. El criterio de caja o administrativo imputa las operaciones económicas en el momento en que se lleva a cabo el pago o el cobro generado por estas. Por el contrario, bajo el criterio del devengo, o gestión, las operaciones económicas se imputan desde el momento en que son exigibles los derechos y las obligaciones fruto de estas, con independencia de que se generen o no flujos de caja en el período considerado.

presentado perspectivas presupuestarias más positivas que aquellas indicadas por la Comisión, o las que finalmente acaban materializándose.

- Normas fiscales numéricas³⁶⁸ (Capítulo IV, arts. 5 a 8). Los artículos contenidos en el Capítulo IV establecen la exigencia a los Estados de dotarse de normas fiscales numéricas que promuevan el cumplimiento efectivo de las obligaciones en materia presupuestaria derivadas del Tratado. Concretamente, los Estados deberán cumplir con los valores de referencia de déficit y deuda públicos fijados en el Tratado y alcanzar el objetivo de estabilidad presupuestaria a medio plazo.

La Directiva establece una serie de elementos que deberán contener las normas presupuestarias nacionales. Estos elementos son: la definición de los objetivos y el alcance de las normas en materia de disciplina presupuestaria; los órganos encargados de la supervisión efectiva y oportuna de las normas de disciplina presupuestaria (por ejemplo, las oficinas de presupuesto nacional o instituciones que actúan en el ámbito de la política presupuestaria); las consecuencias derivadas del incumplimiento y las posibles cláusulas de escape, entendidas estas últimas como el conjunto de circunstancias específicas en las que se permite, temporalmente, el incumplimiento de los objetivos presupuestarios. Por último, la normativa presupuestaria interna del Estado tendrá que reflejar las restricciones específicas, más allá de las derivadas del PEC, establecidas por sus normas en vigor.

Estas obligaciones tienen su causa en la diversidad de formas a través de las cuales se ha efectuado la transposición de las obligaciones contenidas en el PEC en los ordenamientos jurídico-financieros de los Estados miembros. Los Estados han aprobado normas de disciplina presupuestaria que, si bien tienen como objetivo común dar cumplimiento a los mandatos contenidos en el Tratado y el PEC, poseen sus propias

³⁶⁸ El concepto “norma fiscal” se ha definido como una restricción constante para la política fiscal, expresada en relación con un indicador. Los indicadores pueden ser: el déficit presupuestario del gobierno; la deuda pública; o un componente importante de los anteriores. El elemento que distingue a una norma numérica de una partida presupuestaria ordinaria en el ciclo presupuestario anual es la existencia de una obligación en uno de estos indicadores, y que esta obligación tiene carácter permanente. Véase, KOPITS, George, y SYMANSKY, Steven, *Fiscal policy rules*, International Monetary Fund, Occasional paper, (162), 1998, p. 2.

Como afirma la Comisión Europea, las normas fiscales numéricas comportan el establecimiento de objetivos numéricos específicos para indicadores presupuestarios claves, como puede ser el equilibrio presupuestario anual, el gasto, el ingreso o la deuda pública. Véase, COMISIÓN EUROPEA, “Fiscal rules in the EU at national level: experiences and lessons”, Directorate General for Economic and Financial Affairs, *Presupuesto y Gasto público*, (51), 2008, p. 60.

singularidades³⁶⁹. La multiplicidad de normativas hace difícil el control por parte de la Comisión del cumplimiento efectivo por parte de los Estados de la disciplina presupuestaria.

- Marcos presupuestarios a medio plazo (Capítulo V, arts. 9, 10 y 11). Los Estados deberán establecer un marco presupuestario eficaz a medio plazo, con un horizonte de planificación de al menos tres años. Los marcos presupuestarios plurianuales deberán incluir procedimientos que permitan establecer los siguientes elementos: i) Objetivos presupuestarios plurianuales comprensivos y transparentes³⁷⁰, en términos de déficit y deuda públicos y otros indicadores básicos como el gasto o la inversión públicos. A su vez, deberán asegurar que exista coherencia entre los objetivos plurianuales y todas las normas fiscales numéricas fijadas conforme a lo establecido en el Capítulo IV de la Directiva; ii) Proyecciones de cada una de las principales partidas de gastos e ingresos; iii) Descripción de las políticas presupuestarias a medio plazo que tengan repercusiones en las finanzas de las Administraciones públicas, desglosando las principales partidas de ingresos y gastos y el modo como se alcanzará el ajuste hacia los objetivos presupuestarios a medio plazo; iv) Una evaluación de cómo las políticas previstas pueden afectar a la sostenibilidad de las finanzas públicas a largo plazo.

En último lugar, en este Capítulo V de la Directiva se recoge la obligación de los Estados de preservar la coherencia entre las leyes de presupuestos anuales y las disposiciones derivadas del marco presupuestario a medio plazo. Las previsiones de ingresos y gastos y las prioridades resultantes del marco presupuestario a medio plazo serán el punto de partida para la elaboración del presupuesto anual. Cualquier desviación de estas disposiciones deberá ser debidamente justificada.

³⁶⁹ Así se ha puesto de manifiesto por la Comisión en los estudios empíricos que ha efectuado para analizar las normas fiscales internas de los Estados miembros. La Comisión señala la existencia de una gran variedad de normas, tanto desde el punto de vista de la norma en sí misma como de la definición del objetivo perseguido. A su vez, el estatus de la norma y los mecanismos para su implementación y control varían sustancialmente entre los distintos Estados. Más de un tercio de las normas numéricas implementadas entre los Estados miembros de la UE son normas de equilibrio presupuestario (incluidas “reglas de oro” por las que los ingresos de la deuda pública se encuentran afectos a los gastos de inversión), mientras que las normas relativas al gasto y a la deuda públicos representan el 25 % del total. Las reglas sobre los ingresos constituyen menos del 10 % del total. Igualmente, existen divergencias en los objetivos perseguidos: un tercio de las normas presupuestarias en vigor tienen como objetivo el equilibrio presupuestario, mientras que otro cuarto son “reglas de oro”. La Comisión también apunta que muy pocas de las reglas nacionales que determinan el equilibrio presupuestario están ajustadas en función del ciclo. Véase, COMISIÓN EUROPEA, *Fiscal rules in the EU at national level: experiences and lessons*, cit., pp. 61 a 64.

³⁷⁰ El objetivo a medio plazo debe establecerse partiendo de previsiones macroeconómicas y presupuestarias reales, tal y como establece el Capítulo III de la Directiva.

- La transparencia de la información y la creación de marcos presupuestarios comprensivos (Capítulo VI, arts. 12 a 14). Para una correcta supervisión de la disciplina presupuestaria, las instituciones europeas deberán disponer con frecuencia de datos contables fehacientes de los Estados miembros. Con esta información, en caso de ser necesario, podrán emprender acciones de forma temprana frente a aquellos Estados que incumplan la disciplina presupuestaria. La Directiva vincula transparencia en la información con otro de los aspectos claves de la disciplina presupuestaria, como es la configuración de marcos presupuestarios comprensivos, que incluyan el conjunto de entes que integran el sector público. Los Estados han tendido a extraer del presupuesto público verdaderas fuentes de déficit y deuda públicos. La instituciones europeas, conscientes de estas prácticas, establecen la obligación de que todos los subsectores integrantes del sector Administraciones públicas se coordinen entre sí y se incluyan en el marco presupuestario comprensivo. Además, no solo se requiere la integración formal, sino que todos los subsectores deberán aplicar correctamente las normas fiscales numéricas específicas en la elaboración de sus presupuestos y en la presentación de la información a los efectos de la disciplina presupuestaria. Para garantizar la rendición de cuentas fiscales, se determinarán con claridad las responsabilidades presupuestarias de las autoridades de los distintos subsectores de las Administraciones públicas.

En la misma línea, la Directiva establece de forma expresa la obligación de que se incluyan en el proceso presupuestario regular todas las operaciones que lleven a cabo los fondos y órganos extrapresupuestarios. Este hecho comportará la inclusión de información detallada de estos fondos y operaciones en la documentación presupuestaria ordinaria. Esta información se considera básica para la correcta discusión del marco presupuestario a medio plazo y de la legislación presupuestaria anual.

Por último, en materia de transparencia, la Directiva pone el acento en las obligaciones contingentes. La falta de contabilización y de control de las obligaciones contingentes de los Estados miembros ha sido otro de los aspectos que ha mermado la transparencia presupuestaria. Todos los subsectores que integran las Administraciones públicas deberán indicar el conjunto de obligaciones contingentes con potenciales repercusiones presupuestarias a largo plazo. A los efectos de la Directiva se entienden incluidas entre las obligaciones contingentes: las garantías públicas; los préstamos en situación de mora o cuya recuperación se considera difícil; y los pasivos resultantes de la actividad de las corporaciones públicas. Respecto de las obligaciones anteriores deberá incluirse su alcance, la probabilidad de que se materialicen y la posible fecha de ejecución del gasto contingente.

En resumen, a través del conjunto de mandatos que hemos descrito, la Directiva sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros persigue poner fin a determinados aspectos que han dificultado en gran medida el control de la disciplina presupuestaria por las autoridades europeas. Entre estos aspectos se encuentran:

En primer lugar, los desajustes entre la contabilidad presupuestaria y la contabilidad nacional. Los niveles de déficit y deuda públicos para la aplicación del procedimiento de déficit excesivo se calculan a partir de la contabilidad nacional, concretamente del SEC-95. Ahora bien, muchos de los elementos que deben incluirse en la contabilidad nacional no se encuentran entre la información presupuestaria ordinaria manejada por los Estados, puesto que son operaciones fuera del presupuesto. Este hecho ha dificultado en gran medida la correcta contabilización del déficit y la deuda públicos existentes.

En segundo lugar, la existencia de diversas metodologías a través de las cuales los Estados configuran sus presupuestos. Este hecho hace especialmente complejo determinar qué elementos se han excluido incorrectamente de la información solicitada. Por tanto, cuanto más amplio sea el espectro de información recogida, más fácilmente podrán identificarse los niveles reales de déficit y deuda públicos bajo los parámetros del SEC-95.

En tercer lugar, la tendencia entre algunos de los Estados miembros (entre ellos España) de crear órganos al margen del presupuesto público. Para evitar que estas prácticas permitan disminuir de forma simulada los niveles de déficit y deuda públicos, la Directiva establece la obligación de suministrar información de las operaciones efectuadas por los fondos y órganos extrapresupuestarios.

En último lugar, los procesos de descentralización financiera vividos en algunos de los Estados de la Unión ha hecho que, cada vez más, subsectores distintos a la Administración pública central actúen activamente en el incremento de los niveles de déficit y deuda públicos. En el nuevo marco presupuestario comprensivo deberán incluirse todos los subsectores que integran el sector Administraciones públicas a efectos del SEC-95, para poder tomar en consideración todos los órganos generadores de gasto público.

Como evaluación de conjunto de la Directiva debemos apuntar que, a pesar de la importancia de las disposiciones en ella contenidas, no podemos afirmar que estas constituyan, en puridad, una novedad. Las obligaciones de transparencia presupuestaria

y de marcos presupuestarios a medio plazo ya se encontraban recogidas en la normativa de la vertiente preventiva del PEC (concretamente en el Reglamento de Supervisión). Igualmente, las obligaciones de transparencia y configuración comprehensiva del marco presupuestario se regulan en el Reglamento (CE) núm. 479/2009³⁷¹, relativo a la aplicación del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, e, indirectamente, también se recogen en la regulación del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales (Reglamento (CE) núm. 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Comunidad). Por tanto, la verdadera novedad es el tratamiento unitario de estas obligaciones presupuestarias, dispersas en la normativa europea, en una Directiva específica. Con ello, se persigue alcanzar la convergencia de las legislaciones presupuestarias nacionales a través de la función “armonizadora” de una Directiva³⁷². No obstante, las Directivas imponen a los Estados una obligación de resultado. Frente a la plenitud de la obligación del Reglamento, la Directiva tiene una obligatoriedad “parcial” que recae sobre el resultado, dejando en manos de las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios para darle efectividad en el orden interno. En consecuencia, es probable que la transposición de estas obligaciones presupuestarias siga siendo sustancialmente singular en cada Estado³⁷³. Por todo lo anterior, se puede afirmar que, si bien la Directiva podrá mejorar algunos de los elementos conflictivos apuntados, todavía faltan muchos avances en este sentido para poder afirmar la existencia de una verdadera armonización de los marcos presupuestarios de los Estados miembros.

Tras haber expuesto el contenido del *Six Pack* en materia de disciplina presupuestaria, a modo de conclusión recogeremos las principales novedades que este incorpora y una valoración sobre el avance efectivo en el control de la disciplina presupuestaria que de ellas se deriva.

³⁷¹ Especialmente tras la aprobación del Reglamento (CE) núm. 679/2010, del Consejo, de 26 de julio de 2010, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 479/2009 en lo tocante a la calidad de los datos estadísticos en el contexto del procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo. Este Reglamento amplió el nivel de información que deben proporcionar los Estados a Eurostat.

³⁷² Sobre las características y función de las Directivas, véase MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., pp. 351 y 352.

³⁷³ Sobre los avances en la transposición de la Directiva en los diferentes Estados miembros, véase, COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Informe provisional de situación sobre la aplicación de la Directiva 2011/85/UE del Consejo relativa a los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros*, COM(2012), 761 final, 14 de diciembre de 2012, Bruselas. En su informe la Comisión destaca que, si bien en conjunto se han comunicado progresos en la transposición de la Directiva, estos progresos son desiguales entre los distintos Estados miembros. Todavía son necesarias mejoras para garantizar la cobertura estadística oportuna y exhaustiva en todos los subsectores de las Administraciones públicas. Por el contrario, se ha avanzado más en la introducción de reglas presupuestarias numéricas.

En la vertiente preventiva, el Reglamento de Supervisión de 2011 introduce importantes novedades. Regula el semestre europeo, período anual de seis meses (de enero a junio) durante el cual se persiguen dos objetivos: coordinar las políticas económicas de los Estados miembros y supervisar las decisiones presupuestarias de los Estados antes de que estas sean adoptadas a nivel interno. Junto al semestre europeo, el Reglamento de Supervisión de 2011 introduce dos principios. El principio de política fiscal prudente, con el que se busca limitar el nivel de gasto de los Estados miembros, tomando en consideración el cumplimiento o incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria a medio plazo. Y el principio de independencia de las autoridades estadísticas nacionales, para garantizar una mayor fiabilidad de las estadísticas fiscales presentadas por los Estados a los efectos de la disciplina presupuestaria.

En la vertiente correctora del PEC, el nuevo Reglamento de Supervisión de 2011 refuerza el criterio de la deuda pública, cuya aplicación ha sido hasta el momento secundaria frente al criterio del déficit, que era el criterio decisivo para la apertura del procedimiento de déficit excesivo. Para ello, se intenta dar concreción a la redacción del criterio de la deuda pública recogido en el art. 126.2 b) del TFUE. Concretamente, se determina numéricamente el concepto “disminución sustancial y continuada” del nivel de deuda pública. Así, un Estado cumplirá este criterio cuando lleve a cabo *“una reducción de la distancia respecto del valor de referencia (del 60 % del PIB) de un porcentaje del orden de una veintava parte al año”*.

Por último, en estas dos vertientes se introduce para determinados aspectos, como la incoación de sanciones, un nuevo mecanismo de voto, el denominado voto inverso. A través del voto inverso las recomendaciones efectuadas por la Comisión se entenderán adoptadas, salvo si el Consejo se pronuncia en contra de la recomendación de la Comisión en el plazo de diez días por mayoría cualificada.

Si bien estas medidas constituyen avances para reforzar la supervisión multilateral y la aplicación del procedimiento de déficit excesivo, existen determinados aspectos que pueden dificultar la consecución de los objetivos inicialmente esperados de la reforma. En primer lugar, tanto en la fase de supervisión como en la tramitación del procedimiento de déficit excesivo, la apertura de las diferentes fases o la aplicación de las sanciones se lleva a cabo tras el análisis de un conjunto muy amplio de factores económicos y presupuestarios (denominados en el procedimiento de déficit excesivo “factores pertinentes”). Este hecho, si bien es positivo porque adapta el procedimiento a la situación presupuestaria de cada Estado miembro, puede llegar a provocar una aplicación desigual entre unos y otros Estados. Este tratamiento dispar será difícil de

justificar especialmente si se llegan a aplicar medidas de carácter sancionador. En segundo lugar, las sanciones siguen siendo de la misma naturaleza que las preexistentes, depósitos convertibles en multas. La eficacia de este tipo de sanciones ya se ha demostrado que es reducida, sin embargo, los nuevos Reglamentos no introducen sanciones de otra naturaleza (como reducciones en las ayudas europeas o sanciones políticas de reducción de la capacidad de voto del Estado incumplidor). En tercer lugar, el mayor avance para agilizar la tramitación de los procedimientos en el marco del PEC es la introducción del sistema de voto inverso. No obstante, en este mecanismo de voto el Consejo sigue manteniendo la posibilidad de rechazar, por mayoría cualificada, la recomendación de la Comisión. Por tanto, la toma de decisiones en última instancia sigue quedando en manos de un órgano de marcado carácter político.

Para reforzar ambas vertientes, además de la reforma de los dos Reglamentos existentes, se aprueba un nuevo Reglamento sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria de la zona del euro. Este Reglamento recoge nuevas sanciones financieras aplicables tanto en la fase de supervisión como en la fase correctora. De los cambios introducidos por el nuevo Reglamento destacan dos aspectos. El primero, que las sanciones en ambas vertientes se aplican en momentos iniciales del procedimiento, bien cuando se comprueba que no se está llevando a cabo el ajuste necesario para alcanzar el objetivo presupuestario a medio plazo, o bien cuando se produce la apertura del procedimiento de déficit excesivo. La principal novedad es la aplicación previa y progresiva de las sanciones, puesto que su naturaleza sigue siendo la misma (depósitos convertibles en multas). El segundo aspecto a destacar es el establecimiento de nuevas sanciones financieras a aquellos Estados que intencionalmente, o por negligencia grave, incumplan sus obligaciones estadísticas. Tras el largo proceso llevado a cabo por las instituciones europeas para garantizar la presentación de estadísticas fiscales fiables, la introducción de sanciones en caso de graves incumplimientos constituye una medida clave para evitar que los Estados persistan en la presentación de estadísticas tergiversadas. No puede obviarse que la existencia de estadísticas fiscales fiables es un factor determinante para la credibilidad del procedimiento de déficit excesivo.

Por último, en la Directiva sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros, se recogen un conjunto de obligaciones para los Estados en aspectos claves como la transparencia de la información; la prudencia en las previsiones presupuestarias y macroeconómicas; o la creación de marcos presupuestarios comprensivos. Ahora bien, la novedad en este punto estriba más en el tratamiento conjunto y sistemático de estos mandatos que en su propia existencia,

puesto que la mayoría de las obligaciones contenidas en la Directiva ya se recogían en términos similares en Reglamentos ya existentes.

En síntesis, el *Six Pack* establece las bases para una aplicación más estricta de los mandatos europeos de disciplina presupuestaria fijados en el TFUE, pero a su vez sigue dejando un importante margen de maniobra a la Comisión y, especialmente al Consejo, para la evaluación de la situación presupuestaria y macroeconómica de los diferentes Estados miembros. Solo una interpretación estricta de los criterios y de los plazos contenidos en los Reglamentos que conforman el *Six Pack* puede dotarlo de mayor eficacia; de lo contrario, se pueden generalizar las excepciones a la apertura del procedimiento de déficit excesivo, mantenerse las demoras en la tramitación de las fases intermedias del procedimiento y no llegarse a imponer las medidas correctoras en él previstas.

CAPÍTULO II EL CONCEPTO DE DÉFICIT Y DE DEUDA PÚBLICOS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

I. LA NECESIDAD DE DATOS ESTADÍSTICOS FIABLES PARA PODER DETERMINAR EL CUMPLIMIENTO DE LA DISCIPLINA PRESUPUESTARIA DE LA UE

Como hemos analizado, el art. 126 del TFUE establece la obligación de los Estados de evitar déficits excesivos y fija los dos criterios limitativos del déficit y la deuda públicos de los Estados miembros. A su vez, este precepto recoge los elementos básicos del procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo. Sin embargo, tanto la concreción de los valores numéricos de los criterios del déficit y la deuda públicos, como la precisión de los conceptos básicos que integran este artículo del Tratado, se lleva a cabo en el Protocolo núm. 12 sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, anejo al Tratado.

El art. 2 del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo recoge los conceptos “público”, “déficit”, “inversión” y “deuda” a efectos del art. 126 del TFUE.

“— público, lo perteneciente a las administraciones públicas, es decir, a la administración central, a la administración regional o local y a los fondos de la seguridad social, con exclusión de las operaciones de carácter comercial, tal como se definen en el sistema europeo de cuentas económicas integradas,
— déficit, el volumen de endeudamiento neto, con arreglo a la definición del sistema europeo de cuentas económicas integradas,
— inversión, la formación bruta de capital fijo, tal como se define en el sistema europeo de cuentas económicas integradas,
— deuda, la deuda bruta total, a su valor nominal, que permanezca viva a final de año, consolidada dentro de los sectores del gobierno general, con arreglo a la definición del primer guión.”

Estos conceptos se detallaron posteriormente en el Reglamento (CE) núm. 3605/1993 del Consejo, de 22 de noviembre de 1993, relativo a la aplicación del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, que entró en vigor el 1 de enero de 1994³⁷⁴. Desde la aprobación del TUE, en 1992, hasta la aprobación del PEC transcurrieron cinco años. Durante este período, el Reglamento (CE) núm. 3605/1993 constituyó el marco conceptual de la disciplina presupuestaria a nivel comunitario.

Los arts. 1 y 2 del Reglamento (CE) núm. 3605/1993 precisan las acepciones anteriores con referencia al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales (en adelante, SEC)³⁷⁵. Concretamente, el apartado 2 del art. 1 establece:

2. Por 'público' se entenderá lo perteneciente al sector 'administraciones públicas' (S.13), que comprende los subsectores 'administración central' (S.1311), 'Comunidades Autónomas' (S.1312), 'corporaciones locales' (S.1313) y 'administraciones de seguridad social' (S.1314), con exclusión de las operaciones comerciales, según se definen en el SEC-95.

La exclusión de las operaciones comerciales significa que el sector 'administraciones públicas' (S.13) abarca exclusivamente las unidades institucionales que producen, como función principal, servicios no mercantiles.

3. Por 'déficit (superávit) público' se entenderá la necesidad (capacidad) de financiación del sector 'administraciones públicas' (S.13), tal como se define en el SEC-95. Los intereses incluidos en el déficit público estarán constituidos por los intereses, tal como se definen en el SEC-95.

4. Por 'inversión pública' se entenderá la formación bruta de capital fijo (P.51) del sector 'administraciones públicas' (S.13), según se define en el SEC-95.

5. Por 'deuda pública' se entenderá el valor nominal total de las obligaciones brutas del sector 'administraciones públicas' (S.13) pendientes a final del año, a excepción de las obligaciones representadas por activos financieros que estén en manos del sector 'administraciones públicas' (S.13)³⁷⁶.

³⁷⁴ (DO L 332 de 31 de diciembre de 1993).

³⁷⁵ El apartado 1 del art. 1 del Reglamento (CE) núm. 3605/1993 establece que *“a los efectos del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo y del presente Reglamento, los términos que figuran en los apartados siguientes se definen con arreglo al sistema europeo de cuentas nacionales y regionales de la Comunidad (en lo sucesivo, 'SEC-95 ') adoptado por el Reglamento (CE) n° 2223/96 (4). Los códigos entre paréntesis corresponden al SEC-95 ”*.

³⁷⁶ Las referencias entre paréntesis corresponden a la clasificación de cada uno de los conceptos en el Reglamento (CE) núm. 2223/96, del Consejo de 25 de junio de 1996 relativo al sistema europeo de cuentas nacionales y regionales de la Comunidad (DO L 310 de 30 de noviembre de 1996).

La configuración de estos conceptos, claves de la disciplina presupuestaria, a partir del SEC-95, comportó que se produjeran sucesivas modificaciones en el Reglamento (CE) núm. 3605/1993 cada vez que se introducían cambios en el SEC-95³⁷⁷.

Junto a las actualizaciones generadas por cambios en el SEC-95, el Reglamento (CE) núm. 3605/1993 fue reformado para mejorar la normativa relativa a la información estadística aportada por los Estados a las instituciones comunitarias.

En materia de información estadística, después de los avances producidos con la entrada en vigor del Reglamento (CE) núm. 3605/1993, la Comisión continuaba encontrando dificultades para contrastar la veracidad de la información presupuestaria aportada por los Estados miembros. Por ello, a propuesta de la Comisión³⁷⁸, el Consejo de Asuntos Económicos y Financieros (Ecofin) adoptó, el 18 de febrero de 2003, el Código de buenas prácticas para la elaboración y notificación de los datos en el contexto del procedimiento de déficit excesivo³⁷⁹.

A pesar de la entrada en vigor del Código de buenas prácticas, el Consejo Ecofin, el 2 de junio de 2004, seguía reconociendo la existencia de deficiencias en la recopilación y la transmisión a la Comisión de las estadísticas fiscales, en particular como los ciclos políticos y electorales afectaban a la fiabilidad de los datos presentados por los Estados. Por ello, tras señalar que “*son esenciales unas estadísticas fiscales fiables para la credibilidad del procedimiento de déficit excesivo*”, invitó a la Comisión “*a que refuerce el seguimiento de la calidad de los datos fiscales transmitidos y a que, a su vez, informe al Consejo antes de que concluya el año 2004*”. Asimismo, instó a la Comisión a que presentara, a más tardar en junio de 2005, una propuesta para

³⁷⁷ Las reformas llevadas a cabo fueron: En primer lugar, el Reglamento (CE) núm. 475/2000, de 28 de febrero, introdujo los ajustes necesarios para adaptar los conceptos del Reglamento (CE) núm. 3605/1993 al SEC de 1995, que sustituyó al SEC 79 hasta entonces vigente (DO L 58 de 3 de marzo de 2000). En segundo lugar, el Reglamento (CE) núm. 351/2002, de 25 de febrero, introdujo en el Reglamento (CE) núm. 3065/1993, modificaciones de carácter técnico incluidas en el SEC-95 (DO L 55 de 26 de febrero de 2002).

³⁷⁸ En noviembre de 2002, la Comisión adoptó una Comunicación sobre la necesidad de mejorar la calidad de las estadísticas presupuestarias y los medios a tal fin. En esta proponía que el Consejo Ecofin adoptase un Código de buenas prácticas relativo a la elaboración y el suministro de datos en el contexto del procedimiento de déficit excesivo. Véase, COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la necesidad de mejorar la calidad de las estadísticas presupuestarias y los medios a tal fin*, COM(2002) 670 final, 27 de noviembre de 2002, Bruselas.

³⁷⁹ Tal como indica la introducción del Código de buenas prácticas, este se configura como un instrumento “autorregulador”. El Código fue elaborado por los institutos nacionales de estadística, principales responsables de la configuración de las estadísticas europeas.

desarrollar “*normas mínimas europeas para el establecimiento institucional de autoridades estadísticas [...], que habrán de reforzar la independencia, integridad y responsabilidad de los institutos estadísticos nacionales. Estas normas deberán contribuir también a hacer frente a preocupaciones concretas sobre la calidad de las estadísticas fiscales*”.

Siguiendo las indicaciones del Consejo, la Comisión adoptó, el 3 de septiembre de 2004, la Comunicación llamada “Reforzamiento de la gobernanza económica y mejora de la aplicación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento”³⁸⁰. En ella se determinaban los objetivos que debían alcanzarse durante la revisión del PEC en 2005³⁸¹, y a su vez, la Comisión constataba que el cumplimiento de estos dependía en gran medida de la calidad, actualidad y fiabilidad de las estadísticas presupuestarias, así como de las evaluaciones presupuestarias presentadas por los Gobiernos³⁸².

Para mejorar la fiabilidad de las estadísticas, la Comisión propuso reformas en el estatuto y el funcionamiento de las instituciones estadísticas de los Estados miembros. Para ello señaló que es necesario establecer “*unas normas europeas mínimas para la estructura institucional de las autoridades estadísticas*”, mediante las cuales pueda “*garantizarse la coherencia entre el estatuto y las prerrogativas de las autoridades estadísticas nacionales y su función de garantizar la fiabilidad y oportunidad de las estadísticas. Una plena transparencia permitirá a los mercados financieros evaluar mejor la solvencia de los distintos Estados miembros*”. De este modo, la Comisión dejó constancia de la vinculación entre la fiabilidad en los datos estadísticos y la solvencia económica de los Estados de la UEM en los mercados. El reforzamiento de la labor de Eurostat y de los institutos estadísticos de los Estados permite reducir las especulaciones sobre la capacidad crediticia de los Estados de la UEM en los mercados de capitales.

A pesar de los esfuerzos del Consejo y de la Comisión para mejorar la calidad y fiabilidad de las estadísticas fiscales, en septiembre de 2004 la notificación fiscal de

³⁸⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Reforzamiento de la gobernanza económica y mejora de la aplicación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento*, COM(2004), 581 final, 3 de septiembre de 2004, Bruselas.

³⁸¹ Los objetivos que detallamos en el Capítulo I de este trabajo son: clarificar y aplicar el criterio de la deuda; definir los objetivos presupuestarios a medio plazo específicos para cada país; y definir la trayectoria de ajuste fiscal en el marco del procedimiento de déficit excesivo y reaccionar rápidamente para corregir las evoluciones presupuestarias indeseables.

³⁸² COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Reforzamiento de la gobernanza económica y mejora de la aplicación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento*, COM(2004), cit., p. 9.

Grecia puso de manifiesto las importantes revisiones que debían realizarse en las cifras de deuda y déficit públicos presentadas por Grecia durante los años 2000 – 2003³⁸³. Este hecho dejó patentes las deficiencias de las instituciones comunitarias en el control de las estadísticas fiscales presentadas por los Estados miembros.

Dada la situación descrita, la Comisión aprobó, el 22 de diciembre de 2004, una Comunicación dirigida al Consejo y al Parlamento Europeo titulada “Hacia una estrategia de Gobernanza europea de estadísticas fiscales”³⁸⁴. Las tres líneas de actuación establecidas en la Comunicación para reforzar la gobernanza en la UE en materia de estadísticas fiscales eran:

- i) Crear un marco legislativo que permitiese a Eurostat, en su condición de autoridad estadística, comprobar de forma efectiva los datos notificados por los Estados miembros. Para ello, era necesario reforzar los mecanismos de control de los datos y ampliar el conjunto de normas vigentes.
- ii) Mejorar la capacidad operativa de los servicios estadísticos de la Comisión (señaladamente, de Eurostat³⁸⁵ y de la Dirección General de Economía y Finanzas).

³⁸³ Respecto del caso griego la Comisión presentó una Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo. En ella se apuntaba que “del análisis de los datos correspondientes a 1997-2003 se desprende que el déficit público ha sido revisado al alza en un 2,1 % del PIB de media durante dicho período. También se desprende que el coeficiente del déficit público ha superado continuamente el 3 % del PIB. Además, se pone de manifiesto que Eurostat llevaba desde los años noventa presionando particularmente a las autoridades griegas de estadística para que presentasen sus cuentas con arreglo a cuentas consensuadas y comunes, que Eurostat revisó varias veces los datos notificados por las autoridades griegas y que, en el pasado, estas no prestaron toda la colaboración esencial que se necesitaba para tal ejercicio”. Véase, COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Informe sobre la responsabilidad relativa a la revisión de los datos presupuestarios de Grecia*, COM(2004) 784 final, 1 de diciembre de 2004, Bruselas, p. 3.

³⁸⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Hacia una estrategia europea de gobernanza en materia de estadísticas fiscales*, COM(2004), 832 final, 22 de diciembre de 2004, Bruselas.

³⁸⁵ Este proceso de reforzamiento de la posición de Eurostat se había iniciado a través de la Decisión 97/281/CE de la Comisión, de 21 de abril de 1997, sobre la función de Eurostat en la producción de estadísticas comunitarias, destacando su autonomía técnica en el desarrollo de sus tareas (DO L 112 de 29 de abril de 1997), pp. 56 y 57.

Desde sus inicios como oficina estadística creada para asistir a la gestión supranacional del carbón y del acero dentro del marco de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), Eurostat ha tenido cuatro funciones básicas: a) proporcionar a la Comisión información estadística; b) construir el sistema estadístico comunitario; c) organizar el acceso a la información estadística; d) cooperar técnicamente. Véase una descripción de las funciones originarias de Eurostat en DE ESTEBAN ALONSO, Fernando,

iii) Establecer normas europeas relativas a la independencia, la integridad y la responsabilidad de los institutos nacionales de estadística.

Estas tres líneas son coincidentes con los tres tipos de deficiencias detectadas por las instituciones comunitarias en materia de transmisión y de control de los datos estadísticos aportados por los Estados miembros, y siguen la línea de las reformas recogidas en la Comunicación sobre el “Reforzamiento de la gobernanza económica y mejora de la aplicación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento” de 2004.

El 17 de febrero de 2005, el Consejo Ecofin acogió positivamente las líneas planteadas por la Comisión y precisó varias actuaciones:

- Crear un Código de normas europeas para autoridades estadísticas nacionales. En este sentido, el Comité del programa estadístico adoptó, el 24 de febrero de 2005, el Código de buenas prácticas de las estadísticas europeas³⁸⁶. El Código se conforma por quince principios, que reflejan en gran medida las normas internacionales vigentes y los principios fundamentales de las estadísticas oficiales adoptados por la Comisión Estadística de las Naciones Unidas. Los principios se agrupan en tres grandes secciones dedicadas, respectivamente, al entorno institucional³⁸⁷, a los procesos estadísticos³⁸⁸ y a la producción estadística³⁸⁹. Estos principios deben ser aplicados durante la elaboración de las estadísticas comunitarias y pretenden reforzar la confianza tanto en las autoridades estadísticas nacionales como en la calidad de los trabajos presentados por estas.

- Garantizar la independencia, integridad y responsabilidad de las autoridades estadísticas de los Estados miembros y de la Comunidad (esta última bajo la figura de Eurostat). En este punto, la Comisión presentó la

Eurostat, la oficina estadística de la Comisión Europea, Quaderns d'Estadística, Sistemes, Informàtica i Investigació Operativa, Vol. 18, (2), 1994, pp. 232 y 233.

³⁸⁶ Este está disponible en: COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativa a la independencia, la integridad y la responsabilidad de las autoridades estadísticas de los Estados miembros y de la Comunidad*, COM(2005) 217 final, 25 de mayo de 2005, Bruselas.

³⁸⁷ Principios de independencia profesional; mandato de recogida de datos; adecuación de los recursos; compromiso de calidad; confidencialidad estadística; e imparcialidad y objetividad.

³⁸⁸ Principios de metodología sólida; procedimientos estadísticos adecuados; una carga para los encuestados que no sea excesiva; y relación coste – eficacia.

³⁸⁹ Principios de pertinencia; precisión y fiabilidad; oportunidad y puntualidad; coherencia y comparabilidad; y accesibilidad y claridad.

“Recomendación relativa a la independencia, la integridad y la responsabilidad de las autoridades estadísticas de los Estados miembros y de la Comunidad”, de 25 de mayo de 2005³⁹⁰. El motivo de que fuera una Recomendación, y no un instrumento jurídico de obligado cumplimiento, fue la existencia de una amplia variedad de autoridades estadísticas. Se consideraba que la creación y aplicación del Código de buenas prácticas, como instrumento autorregulador, constituía un importante avance en la materia. La Recomendación tenía como función reforzar la aplicación del Código entre los Estados miembros, los cuales debían tomar las medidas necesarias para difundir el Código y garantizar su aplicación entre usuarios y proveedores de datos.

Fruto de este proceso para mejorar la gobernanza estadística en la UE, el Reglamento (CE) núm. 3605/93 fue modificado *por mor* del Reglamento (CE) núm. 2103/2005, de 12 de diciembre de 2005, en lo tocante a la calidad de los datos estadísticos en el contexto del procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo³⁹¹, para afianzar y aclarar el papel de Eurostat como autoridad estadística. El nuevo posicionamiento de Eurostat comportó la creación, en su interior, de una unidad dedicada de manera específica a la validación de las cuentas económicas y fiscales.

Finalmente, debido a las sucesivas reformas en el Reglamento (CE) núm. 3605/1993, y en aras de “una mayor racionalidad y claridad”³⁹², se produjo su codificación a través del Reglamento (CE) núm. 479/2009, del Consejo, de 25 de mayo, relativo a la aplicación del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo³⁹³.

El Reglamento (CE) núm. 479/2009 también fue objeto de reforma en 2010, a través del Reglamento (UE) núm. 679/2010, del Consejo, de 26 de julio de 2010, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 479/2009 en lo tocante a la calidad de los datos estadísticos en el contexto del procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo³⁹⁴. Esta reforma se llevó a cabo para dotar a Eurostat de mayores competencias para el control de los datos estadísticos. Así, en casos excepcionales, Eurostat debe tener acceso a un espectro más amplio de información necesaria para evaluar la

³⁹⁰ Este se encuentra disponible en: COMISIÓN EUROPEA, *Recomendación de la Comisión al Consejo relativa a la independencia, la integridad y la responsabilidad de las autoridades estadísticas de los Estados miembros y de la Comunidad*, COM(2005) 217 final, 25 de mayo de 2005, Bruselas.

³⁹¹ (DO L 337 de 22 de diciembre de 2005).

³⁹² Considerando núm. 1 del Reglamento (CE) núm. 479/2009.

³⁹³ (DO L 145 de 10 de junio de 2009).

³⁹⁴ (DO L 198 de 30 de julio de 2010).

corrección de los datos. Concretamente, en el marco de las visitas metodológicas a un Estado miembro, Eurostat deberá tener acceso a las cuentas de las distintas unidades del sector Administraciones públicas, así como a las cuentas de las unidades públicas clasificadas fuera de dicho sector³⁹⁵.

A pesar del proceso de reforzamiento descrito, el hecho de no haber detectado los graves desajustes presupuestarios y macroeconómicos existentes en algunos Estados miembros de forma previa a la crisis financiera puso claramente de manifiesto que el proceso de suministro de información por los Estados miembros, y de posterior control por parte de las instituciones europeas, adolecía de importantes carencias.

Estos hechos reabrieron el debate sobre la necesidad de introducir medidas que permitieran reforzar la calidad de los datos estadísticos presentados por los Estados miembros. Algunas de estas medidas fueron recogidas en el Reglamento (UE) núm. 1175/2011, del Parlamento y del Consejo, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 1466/1997, del Consejo, relativo al refuerzo de la supervisión y coordinación de las políticas económicas (Reglamento de Supervisión de 2011) y en la Directiva 2011/85/UE, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros, el contenido de ambas normas ya fue analizado en el apartado relativo al *Six Pack*³⁹⁶. Sin embargo, como ya señalamos en aquel punto de nuestro trabajo, los avances han sido relativos. Por ello, en aras de reforzar el control de la disciplina presupuestaria, se ha aprobado el Reglamento (UE) núm. 473/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre disposiciones comunes para el seguimiento de la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro³⁹⁷. Este Reglamento dota a la Comisión de nuevas competencias de control sobre los presupuestos de los Estados³⁹⁸.

³⁹⁵ La solicitud de información respecto de unidades institucionales públicas clasificadas fuera del sector Administraciones públicas refleja la importancia del control de estas entidades que, como veremos, eventualmente, si cambian las circunstancias relativas a su control o financiación, pueden pasar a integrar el sector Administraciones públicas. Véase, *infra*, Capítulo IV epígrafe, La configuración del sector Administraciones públicas en el SEC-95, pp. 425 y ss.

³⁹⁶ Véase, *supra*, Capítulo I, epígrafe Aprobación de la Directiva 2011/85/UE, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros, pp. 132 y ss.

³⁹⁷ (DO L 140/11 de 27 de mayo de 2013).

³⁹⁸ Este Reglamento, junto al Reglamento (UE) núm. 472/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros cuya estabilidad financiera dentro de la zona del euro experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades (DO L 140/1 de 27 de mayo de 2013) conforman el denominado *Two Pack*, a través del que se pretende completar el reforzamiento de la disciplina presupuestaria y la

Algunos de los mandatos contenidos en el nuevo Reglamento inciden directamente en la fase de elaboración de los presupuestos de los Estados. El motivo, como indica su considerando núm. 11, es que “*los errores manifiestos deben detectarse tan pronto como sea posible. Los Estados miembros deben beneficiarse no solo del establecimiento de principios rectores y objetivos presupuestarios, sino también de un seguimiento sincronizado de sus políticas presupuestarias*”.

Para que la Comisión pueda llevar a cabo dicho control, los Estados deberán presentar, a más tardar el 15 de octubre, un *proyecto de plan presupuestario* para el año siguiente (art. 6.1 del Reglamento sobre disposiciones comunes para el seguimiento de la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios)³⁹⁹.

La Comisión, en caso de ser necesario, podrá efectuar un *dictamen sobre el proyecto de plan presupuestario* como muy tarde el 30 de noviembre (art. 7 del Reglamento sobre disposiciones comunes para el seguimiento de la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios). Este dictamen de la Comisión será público y, a petición del Parlamento del Estado miembro afectado, será presentado por la Comisión a dicho Parlamento. Tras este trámite, los presupuestos de las Administraciones públicas deberán aprobarse y hacerse públicos cada año a más tardar el 31 de diciembre (art. 3 del Reglamento sobre disposiciones comunes para el seguimiento de la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios).

gobernanza económica llevado a cabo a través del *Six Pack*. El *Two Pack* entró en vigor el 31 de mayo de 2013.

³⁹⁹ El art. 6.3 del Reglamento sobre disposiciones comunes para el seguimiento de la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios determina la información que debe contener el proyecto de plan presupuestario. El proyecto de plan presupuestario no es equivalente al anteproyecto de ley de presupuestos generales del Estado, al incluir información adicional. Sin embargo, la Comisión en la explicación general relativa al contenido del *Two Pack* hace referencia a la remisión del anteproyecto de ley de presupuestos del Estado, al indicar que “As part of a common budgetary timeline, euro-area Member States shall submit their draft budgetary plan for the following year to the Commission and the Eurogroup before 15 October”.

Disponible vía internet: http://ec.europa.eu/economy_finance/articles/governance/2012-03-14_six_pack_en.htm (última consulta, julio de 2013).

En síntesis, el Estado deberá complementar la información contenida en el anteproyecto de ley de Presupuestos con las previsiones macroeconómicas independientes en las que el anteproyecto de ley de presupuestos se base y con una descripción detallada de las medidas que pretende introducir para alcanzar el objetivo de estabilidad a medio plazo.

El contenido final de los proyectos de planes presupuestarios se regula en: COMISIÓN, *Comunicación de la Comisión. Marco armonizado para los proyectos de planes presupuestarios y los informes de emisión de deuda en la zona del Euro*, COM(2013) 490 final, 27 de junio de 2013, Bruselas.

Como se extrae de las competencias de la Comisión descritas, tras la aprobación del nuevo Reglamento (UE) núm. 473/2013, las autoridades europeas ejercerán un control directo sobre los anteproyectos de presupuestos de los Estados miembros de la zona euro. Hasta el momento, el control efectuado por las autoridades europeas (Comisión y Consejo) a lo largo del semestre europeo se llevaba a cabo sobre la base de los Programas de Estabilidad y Convergencia (art. 2 del Reglamento de Supervisión de 2011). Por tanto, esta nueva fase de control, inserta en el “semestre nacional”, permitiría comprobar si el Estado ha seguido efectivamente las directrices fijadas por las autoridades europeas durante el semestre europeo.

Además, de forma previa, las obligaciones relativas a la elaboración de los presupuestos contenidas en la Directiva 2011/85/UE eran solo obligaciones de resultado para los Estados. Las instituciones europeas no intervenían de forma activa durante la fase de elaboración de los presupuestos de los Estados miembros, capacidad que sí les atribuye el nuevo Reglamento para el seguimiento de la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios. Concretamente, el art. 7.2 del Reglamento establece que si la Comisión, en el plazo de dos semanas a partir de la presentación del proyecto de plan presupuestario, constata la existencia de incumplimientos graves por parte del Estado de las obligaciones en materia de política presupuestaria establecidas en el PEC, podrá solicitar un *proyecto de plan presupuestario revisado*.

Por tanto, si bien la Comisión no puede vetar directamente el anteproyecto de ley de presupuestos de un Estado, la solicitud de un proyecto de plan revisado alegando que el presentado contiene graves incumplimientos de las obligaciones presupuestarias del PEC, probablemente forzará al Gobierno del Estado en cuestión a modificar su anteproyecto de ley de presupuestos.

Dada la incidencia de la medida, la redacción originaria de esta disposición fue modificada y se adicionó la obligación de la Comisión de “consultar al Estado miembro” antes de emitir el Dictamen en el que se requiere la presentación de un proyecto de plan presupuestario revisado⁴⁰⁰. Esta nueva obligación dota al Estado de una posibilidad adicional de justificar el proyecto de plan presupuestario presentado, y

⁴⁰⁰ Concretamente, la enmienda núm. 60 del Parlamento Europeo a la Propuesta de Reglamento (enmiendas efectuadas el 13 de junio de 2012) estableció una nueva redacción al entonces art. 6 apartado 1 de la Propuesta de Reglamento sobre disposiciones comunes para el seguimiento de la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios. En ella se indicaba que “la Comisión podrá solicitar un proyecto revisado del plan presupuestario, después de una consulta adecuada con el Estado miembro y una explicación adecuada por parte del mismo”. El texto definitivo del art. 7.2 del Reglamento tan solo recoge la obligación de la Comisión de consultar al Estado miembro, y no se hace referencia a que la consulta de la Comisión y la explicación del Estado deban ser adecuadas.

potencialmente (si demuestra la idoneidad del plan) evitar que la Comisión solicite un plan presupuestario revisado. Este trámite constituye en algún sentido un límite a la capacidad de la Comisión de pronunciarse sobre la idoneidad del anteproyecto de ley de presupuestos de un Estado. Tal limitación se introduce dadas las importantes implicaciones que un posicionamiento de este tipo por parte de la Comisión puede tener en la solvencia de un Estado.

Por último, en cuanto a la emisión de deuda pública, debemos apuntar que el art. 8 del Reglamento núm. 473/2013 impone la obligación a los Estados de zona del euro de informar *ex ante* de sus planes de emisión de deuda pública, con el objetivo de controlar la evolución de la emisión de deuda pública y mejorar la coordinación en materia de emisión.

II. EL SISTEMA EUROPEO DE CUENTAS NACIONALES Y REGIONALES (SEC-95)

1. Antecedentes y situación actual del SEC-95

El primer antecedente del actual SEC-95 es el Sistema Europeo de Cuentas Económicas Integradas publicado en 1970. Este documento fue elaborado por la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas en colaboración con los Institutos Nacionales de Estadística de los Estados miembros. A través del Sistema Europeo de Cuentas Económicas Integradas se pretendía crear un sistema de contabilidad nacional que respondiera a las necesidades de política económica y social de la Comunidad. Este documento constituía la versión comunitaria del Sistema de Cuentas Nacionales de Naciones Unidas de 1968⁴⁰¹. La versión original del SEC, adoptada sucesivamente por los Estados europeos, fue objeto de revisión en 1979, dando como resultado el SEC-79, también denominado SEC segunda edición.

⁴⁰¹ El sistema de contabilidad nacional de las Naciones Unidas tiene como objetivo garantizar la comparabilidad de los resultados estadísticos de todos los países de miembros de las Naciones Unidas a escala mundial.

Tal como apunta DE ESTEBAN ALONSO, “la estadística constituye el instrumento de evaluación y de transparencia política, permite a los ciudadanos y a todos los agentes de la vida política, económica y social, juzgar las actuaciones realizadas”. Véase, DE ESTEBAN ALONSO, Fernando, *Eurostat, la oficina estadística de la Comisión Europea*, cit., p. 232.

Estas dos versiones, a diferencia del SEC-95, eran documentos administrativos, y las autoridades comunitarias tan solo recomendaban su aplicación a la hora de elaborar las cuentas nacionales de los Estados miembros de la Comunidad. Sin embargo, para el correcto funcionamiento de la UEM⁴⁰², tomó especial importancia dotar de homogeneidad los distintos conceptos de carácter presupuestario manejados en el Tratado de Maastricht. Este hecho propició que la Comisión se planteara la idoneidad de configurar la metodología SEC como norma jurídica. Finalmente, se dotó de fuerza normativa al SEC-95 a través de su aprobación por el Reglamento (CE) núm. 2223/96, de 25 de junio de 1996, relativo al Sistema Europeo de Cuentas nacionales y regionales de la Comunidad⁴⁰³.

El Reglamento (CE) núm. 2223/96 se compone de 9 artículos y dos anexos⁴⁰⁴. Posee un carácter claramente contable, especificando los criterios en virtud de los cuáles se han de aplicar los principios de contabilidad nacional, y determinando en qué supuestos las operaciones consolidan en el balance de una Administración pública. Tiene especial importancia el Anexo A que recoge la metodología del sistema contable que cada Estado debe cumplir para elaborar la información que presenta a las instituciones europeas.

A lo largo de este trabajo en múltiples ocasiones nos remitiremos a apartados del al SEC-95 para definir conceptos, como los conceptos de déficit público o de deuda pública. En estos casos nos remitiremos a apartados del Anexo A del Reglamento (CE) núm. 2223/1996, de 25 de junio de 1996, relativo al Sistema Europeo de Cuentas nacionales y regionales de la Comunidad (en adelante, SEC-95).

En cuanto a la naturaleza y la estructura del SEC-95, el SEC-95 constituye “*un marco contable comparable a escala internacional cuyo fin es realizar una descripción sistemática y detallada de una economía en su conjunto...*” (apartado 1.01 del SEC-95). El SEC-95 integra dos tipos de análisis económicos. El primero es un análisis *institucional* en el que se apuntan las relaciones económicas entre las distintas unidades

⁴⁰² En los considerandos del Reglamento (CE) núm. 2223/96 se afirma que “*para establecer la unión económica y monetaria y realizar su seguimiento es preciso contar con datos comparables, actualizados y fiables sobre la estructura y la evolución económica de cada país y/o región*”.

⁴⁰³ (DO L 310 de 30 de noviembre de 1996), pp. 1 – 469.

⁴⁰⁴ El Anexo B detalla el programa (plazos) de transmisión de datos a Eurostat. Este segundo anexo refuerza tanto el carácter obligatorio del SEC como la posición de control de Eurostat, al fijar fechas concretas y claras en que los Estados deben cumplir con sus obligaciones de transmisión de información. Ahora bien, en el mismo Anexo B se introdujeron excepciones específicas según el Estado a los requerimientos de información establecidos con carácter general. Estas excepciones hicieron que disminuyera la contundencia inicial del Reglamento.

institucionales que conforman la economía nacional. Este examen se completa a través de las cuentas financieras que analizan los flujos monetarios y financieros que se producen entre unidades institucionales. El segundo tipo de análisis es de carácter *funcional* y destaca las relaciones técnico-económicas existentes en el proceso productivo. Dichas relaciones se reflejan mediante una tabla *input-output* que describe con detalle el proceso productivo (estructura de costes, renta generada y empleo)⁴⁰⁵.

A efectos del PEC, se tiene en cuenta el análisis institucional. Este análisis toma como punto de partida el concepto de *unidad institucional*. El SEC-95 define la unidad institucional como “un centro elemental de decisión económica caracterizado por una uniformidad de comportamiento y una autonomía de decisión en el ejercicio de su función principal”. De esta definición se infieren los dos requisitos que una entidad debe cumplir para ser considerada una unidad institucional: gozar de *autonomía de decisión en el ejercicio de su función principal* y disponer (o poder disponer) de un *conjunto completo de cuentas* (apartado 2.12 del SEC-95)⁴⁰⁶.

Las entidades que no gozan de autonomía de decisión en el ejercicio de su función principal se engloban en las unidades que las controlan. Y las entidades que no disponen de un conjunto completo de cuentas, y para las que no es posible ni pertinente elaborarlo, se engloban en las unidades institucionales en cuya contabilidad se integran sus cuentas parciales.

La unidad institucional se emplea para describir la renta, el gasto, los flujos financieros y los balances. Las unidades que tienen un comportamiento análogo se agrupan entre sí. Esta agrupación da origen a los diferentes sectores y subsectores en los que se divide la economía. Concretamente, existen cinco sectores: sociedades no financieras (S.11); instituciones financieras (S.12); administraciones públicas (S.13); hogares (S.14); instituciones sin fines de lucro a servicio de los hogares (S.15).

A lo largo de su existencia el SEC-95 ha sido objeto de sucesivas modificaciones⁴⁰⁷. Estas modificaciones pueden clasificarse en: modificaciones que son

⁴⁰⁵ Véase, GIL HERRERA, Luis, *La contabilidad pública y la contabilidad nacional: enlace micro-macro contable*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2006, pp. 38 y 39.

⁴⁰⁶ Este concepto se analizará con detalle con posterioridad al definir el sector Administraciones públicas. Véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe Criterios para la clasificación de un ente en el sector Administraciones públicas, pp. 427 y ss.

⁴⁰⁷ Véase un estudio detallado de las modificaciones del SEC-95 en GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, Pedro, “El SEC-95: Herramienta fundamental para la toma de decisiones y seguimiento de la política económica en la Unión Europea”, *Revista Asturiana de Economía*, (34), 2005, pp. 91 y ss.

consecuencia de cambios en disposiciones ya contempladas en el SEC-95 original⁴⁰⁸; modificaciones que afectan a principios comunes del SEC-95⁴⁰⁹; modificaciones que son consecuencia de revisiones del Sistema Contable de Naciones Unidas 93⁴¹⁰; y, por último, modificaciones en el sistema de transmisión de datos de las cuentas nacionales⁴¹¹.

A su vez, el SEC-95 se ha ido complementando con documentos de carácter interpretativo entre los que destaca el “*Manual del SEC-95 sobre el déficit público y la deuda pública*” (en sus cinco ediciones, 2000, 2002, 2010, 2012 y 2013), en adelante *Manual del SEC-95*. A lo largo de nuestro estudio trabajaremos con la quinta versión del Manual del SEC-95 (ed. 2013)⁴¹². Mediante este instrumento, Eurostat pretende resolver la mayor parte de los problemas estadísticos que se plantean en la aplicación práctica del SEC-95 por los Estados. El *Manual del SEC-95* no posee carácter normativo vinculante pero recoge el conjunto de criterios que ha utilizado Eurostat en sus decisiones precedentes; y, de este modo, dota de certeza a las actuaciones de los Estados miembros acordes con las directrices fijadas en él. Ahora bien, la fundamentación jurídica de las prácticas contables tanto de Eurostat como de los Estados miembros en materia de contabilidad nacional deberá encontrarse en el articulado del Reglamento (CE) núm. 2223/96⁴¹³.

⁴⁰⁸ Como son las introducidas por los Reglamentos (CE) núm. 448/98, de 16 de febrero (DO L 58 de 27 de febrero de 1998), y el Reglamento (CE) núm. 359/2002, de 12 de febrero (DO L 58 de 28 de febrero de 2002).

⁴⁰⁹ A través del Reglamento (CE) núm. 2516/2000, de 7 de noviembre (DO L 290 de 17 de febrero de 2000). La modificación introducida por este Reglamento tiene por objeto garantizar la comparabilidad y la transparencia entre Estados a la hora del registro de los impuestos y las cotizaciones sociales, señaladamente a efectos del procedimiento de déficit excesivo. Y el Reglamento (CE) núm. 995/2001, de 22 de marzo (DO L 139 de 23 de mayo de 2001), complementario al Reglamento (CE) núm. 2516/2000.

⁴¹⁰ A través del Reglamento (CE) núm. 2558/2001, de 3 de diciembre (DO L 344 de 28 de diciembre de 2001). Este Reglamento reforma el registro de los flujos de intereses e introduce un nuevo anexo (el V, dentro del Anexo A). La introducción de este nuevo anexo hizo necesaria la modificación del Reglamento (CE) núm. 3605/1993 por el Reglamento (CE) núm. 475/2000, definiendo los términos “déficit (o superávit) público” y los intereses incluidos en el déficit público con arreglo al nuevo Anexo V del SEC-95. También fue objeto de reforma por el Reglamento (CE) núm. 113/2002, de 23 de enero, (DO L 21 de 24 de enero de 2002).

⁴¹¹ Mediante el Reglamento (CE) núm. 1500/2000, de 10 de julio (DO L 172 de 12 de julio de 2000) y el Reglamento (CE) núm. 1267/2003, de 16 de junio (DO L 180 de 18 de julio de 2003).

⁴¹² EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, Methodologies and Working papers, ed. 2013, Luxemburgo.

⁴¹³ A pesar de que en términos teóricos Eurostat debe fundamentar sus decisiones en el texto del Reglamento (CE) núm. 2223/1996, en la práctica los argumentos de muchas de ellas se basan en el texto del *Manual del SEC-95*. A modo de ejemplo, puede verse la decisión de Eurostat sobre la naturaleza de las inyecciones de capital que las Administraciones públicas efectúan a ADIF (EUROSTAT, *Methodological treatment of the capital injections into ADIF*, 26 de julio de 2007, Luxemburgo). Dado

Además del *Manual del SEC-95*, Eurostat emite decisiones tanto de carácter general (para el conjunto de los Estados) como específicas (para un Estado concreto), con el objetivo de determinar la forma de contabilización de ciertas operaciones conflictivas a efectos de déficit y deuda públicos⁴¹⁴.

La sucesión de documentos interpretativos y de decisiones generales y específicas de Eurostat, refleja la complejidad de la aplicación del SEC-95 y, especialmente, la dificultad de determinar la naturaleza en términos de SEC-95 de determinados entes u operaciones.

Los Estados miembros deben utilizar la metodología SEC para elaborar todas las estimaciones de contabilidad nacional y regional requeridas por las instituciones europeas. No obstante, como apunta el art. 1.3 del Reglamento (CE) núm. 2223/1996, los Estados no están obligados a seguir el sistema SEC para elaborar las cuentas destinadas a satisfacer sus propias necesidades a nivel de contabilidad nacional.

Antes de la entrada en vigor del TUE, muchos de los Estados miembros – especialmente los integrantes de la UEM– ya poseían normas internas relativas a la disciplina presupuestaria. De hecho, el proceso vivido en el seno de la Unión se nutre en gran medida de la tradición presupuestaria existente en los Estados miembros. Por ello, muchas de las medidas incorporadas poseen como precedentes disposiciones similares existentes en los ordenamientos jurídicos internos⁴¹⁵.

que Eurostat hace referencia al *Manual del SEC-95*, el Instituto Nacional de Estadística igualmente apoya sus argumentos en el texto del *Manual del SEC-95*. El contenido material de esta decisión de Eurostat será objeto de análisis, véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe Aplicación del test de la naturaleza de las inyecciones de capital por Eurostat: el caso de ADIF, pp. 463 y ss.

⁴¹⁴ Los diferentes tipos de decisiones de Eurostat serán analizados con posterioridad. Véase, *infra*, Capítulo II, epígrafe Aplicación de los conceptos del SEC-95, pp. 163 y ss.

⁴¹⁵ En algunas ocasiones el Derecho europeo lleva a cabo una homogenización de las diferentes normativas nacionales. Esta homogenización se produce a través de dos procesos: por un lado, la asunción a nivel europeo de principios e instituciones jurídicas ya existentes en el algunos Estados miembros y, por el otro, la influencia del derecho europeo en los ordenamientos de los Estados miembros. Estos dos procesos constituyen la denominada fase ascendente y descendiente, respectivamente, de la influencia de la normativa europea. El punto que describimos constituye la fase ascendente, en la cual los órganos europeos acuden, en su labor de creación y aplicación del Derecho, a los ordenamientos de los Estados miembros, y utilizan principios, instituciones y categorías jurídicas propias de estos. Véase, GREGO, Guido, “Il Diritto comunitario propulsore del diritto amministrativo europeo”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, XLIII, (1), 1993, pp. 85 y ss.; y GREGO, Guido, “L’influence du droit communautaire sur le droit administratif”, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, (3-4), 2007, p. 850.

España aplicó por primera vez el SEC-95 a los datos transmitidos a Eurostat en abril de 1999, en virtud de lo establecido en el Anexo B del SEC-95 que determina los plazos de transferencia de información de los Estado a la Comisión. Con anterioridad, los datos estadísticos que el Estado español había transmitido a las autoridades comunitarias (incluidos los datos necesarios para observar el cumplimiento de los criterios de convergencia, en 1997) seguían la metodología del SEC-79.

En síntesis, para garantizar la coordinación y supervisión de la disciplina presupuestaria en el conjunto de los Estados de la UE, la normativa europea utiliza la metodología SEC-95. Esta establece conceptos de carácter comprensivo que pueden ser aplicables de forma uniforme por todos los Estados miembros. A continuación analizaremos en detalle la naturaleza de los conceptos del SEC-95.

Antes de concluir este apartado, debemos señalar que el 26 de junio de 2013 se publicó en el Diario Oficial de la UE, el Reglamento (UE) núm. 549/2013, relativo al Sistema de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea, de 21 de mayo de 2013 (en adelante, SEC-2010). El SEC-2010 será aplicable por primera vez a los datos transmitidos a partir de 1 de septiembre de 2014⁴¹⁶. En nuestra exposición, basada en el SEC-95, destacaremos algunos cambios importantes que se introducen en el SEC-2010. A efectos de nuestro estudio, debemos destacar dos novedades introducidas por el SEC-2010. En primer lugar, el SEC-2010 introduce ciertos cambios en los criterios para la clasificación sectorial de entes. Como analizaremos con detalle, se establecen mayores restricciones para la clasificación de entes de naturaleza pública fuera del sector Administraciones públicas⁴¹⁷. Y en segundo lugar, en un nuevo apartado relativo a las “cuestiones contables relacionadas con las Administraciones públicas” recoge, entre otros aspectos, normas relativas a la clasificación contable de las inyecciones de capital de las Administraciones públicas a entes fuera del sector Administraciones públicas y normas sobre la incidencia contable de las colaboraciones público privadas. Estas disposiciones no constituyen una novedad en sí mismas, puesto que ya se encontraban en iguales términos en el *Manual del SEC-95* y en otros pronunciamientos específicos de Eurostat. Ahora bien, la novedad estriba en la mayor fuerza vinculante que ahora poseen estos criterios al estar recogidos en el texto del Reglamento que aprueba el SEC-2010, que no se regulan en el actual Reglamento (CE) núm. 2223/96.

⁴¹⁶ Así se establece en el art. 5.1 del SEC-2010 relativo a la fecha de aplicación y de primera transmisión de datos.

⁴¹⁷ Véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe La naturaleza o no de mercado de la unidad institucional, pp. 433 y ss.

2. Naturaleza contable de los conceptos del SEC-95

Para la correcta aplicación de los criterios del déficit público y de la deuda pública establecidos en el art. 126 TFUE⁴¹⁸ es necesario el establecimiento de conceptos de deuda pública y de déficit público precisos que posibiliten su medición. Por este motivo, el Reglamento (CE) núm. 479/2009, relativo a la aplicación del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, anejo al Tratado, define estos conceptos, así como los datos necesarios para su medición, a través de remisiones al SEC-95.

Los conceptos que conforman el SEC-95, en su condición de sistema integrado de cuentas, son conceptos contables que ponen fin a distinciones de carácter formal existentes en los diferentes Estados miembros.

Eurostat de forma expresa se ha posicionado en contra de la toma en consideración del contexto jurídico por parte de los contables nacionales para la clasificación de entes u operaciones. A efectos de la clasificación de una unidad institucional o de un flujo económico en el SEC-95 es necesario “ver más allá de la forma jurídica y transmitir la realidad económica”⁴¹⁹.

El SEC-95, en su apartado 1.05, establece ocho características de los conceptos que en él se incluyen. Los conceptos del SEC-95: a) son compatibles a escala internacional; b) están armonizados con los de otras estadísticas sociales y económicas; c) son coherentes; d) son operativos; e) difieren de la mayoría de los conceptos administrativos; f) son conceptos recogidos y establecidos para un largo período de tiempo; g) se centran en la descripción del proceso económico en términos monetarios y fácilmente observables; y h) son conceptos flexibles y con aplicación múltiple.

A través de estas premisas se busca establecer conceptos que el SEC-95 denomina “conceptos operativos”. Un concepto operativo es aquel que está diseñado especialmente para poder medir magnitudes (apartado 1.09 del SEC-95). Este tipo de

⁴¹⁸ Estos criterios fueron analizados en el Capítulo I, véase, *supra*, epígrafe Regulación contenida en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), pp. 24 y ss.

⁴¹⁹ EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 111.

Traducción extraída de la versión de 2002, EUROSTAT, *Manual del SEC-95 sobre déficit público y la deuda pública*, cit., p. 28. En la versión de 2002, estas afirmaciones se recogían en un apartado específico relativo los principios generales del SEC-95, en particular, el segundo principio es reflejar la realidad económica más allá de la forma jurídica. Desde su versión de 2010, el *Manual del SEC-95* ya no recoge de forma específica los principios generales, y esta afirmación se lleva a cabo cuando se analiza las relaciones entre las Administraciones públicas y las sociedades públicas.

conceptos permite comprobar si los Estados están dando cumplimiento a las limitaciones al déficit y la deuda públicos del TFUE que son esencialmente cuantitativas. El carácter operativo del que se quiere dotar a los conceptos del SEC-95 se refleja en diferentes aspectos concretos: algunas actividades o elementos contables solo se reflejan si tienen cierta importancia⁴²⁰; algunos conceptos van acompañados de explicaciones claras de cómo calcularlos⁴²¹; para simplificar las operaciones, se han adoptado ciertos convenios⁴²²; los conceptos están armonizados con los de las estadísticas sociales y económicas utilizadas para la elaboración de las cuentas nacionales (apartado 1.09 del SEC-95).

Además, el apartado 1.10 del SEC-95 precisa que, debido a la función que cumplen, es posible que en muchas ocasiones los conceptos que en él se integran difieran de los conceptos jurídicos. Esta diferencia se produce por distintos motivos, entre los que se encuentran: i) los conceptos jurídicos difieren entre los distintos países y, por lo tanto, no son compatibles a escala internacional; ii) los conceptos jurídicos cambian a lo largo del tiempo y, por tanto, no son aptos para llevar a cabo comparaciones en el tiempo; iii) los conceptos subyacentes en las fuentes de datos administrativos no son coherentes entre sí; iv) por último, los conceptos administrativos no son considerados los más indicados para llevar a cabo un análisis económico y una evaluación de la política económica.

Ahora bien, en algunas ocasiones las fuentes de datos administrativos cubren adecuadamente las necesidades de las cuentas nacionales bajo la metodología SEC-95, por tanto, las limitaciones apuntadas no pueden generalizarse a todos los conceptos.

La utilización de este tipo de conceptos persigue evitar que a través de aspectos formales (como, por ejemplo, nuevas formas organizativas o mecanismos de colaboración entre el sector público y el sector privado) se sustraigan del control del endeudamiento público verdaderas fuentes generadoras de este. Por ello, en la clasificación de un ente o una operación a efectos de SEC-95 se prima la realidad

⁴²⁰ Por ello no se toma en consideración, por ejemplo, la producción de bienes por cuenta propia por parte de los hogares: la confección textil y la producción de cerámica no se incluyen, pues se considera que no son significativas en los Estados de la Unión Europea (apartado 3.08 del SEC-95).

⁴²¹ Por ejemplo, la valoración de la producción final propia debe valorarse a precios básicos de productores vendidos en el mercado. No obstante, dada la dificultad de determinar los precios básicos, habrá de valorarse sumando los diversos costes de producción en que se ha incurrido (apartado 3.49 del SEC-95).

⁴²² Por ejemplo, por convenio, los servicios colectivos prestados por las administraciones públicas se consideran todos ellos gasto en consumo final (apartado 1.9 c) del SEC-95).

económica frente a la forma jurídica⁴²³.

Existen tanto posiciones a favor como en contra de la remisión a conceptos contables para definir los conceptos de las normas de disciplina presupuestaria. Las posiciones a favor destacan como los criterios de naturaleza económica-contable, a diferencia de las posibles calificaciones jurídicas, permiten dar cumplimiento a los objetivos de homogeneidad y comparabilidad entre los distintos Estados de la UEM. En este sentido, FUENTES QUINTANA y BAREA TEJEIRO han señalado que “la continuidad conceptual del SEC hace menos vulnerables sus conceptos a las presiones políticas; gracias a ello, los datos de la contabilidad nacional han podido servir, durante decenios, de base objetiva para el análisis económico”⁴²⁴.

Por el contrario, las voces críticas consideran que la determinación y medición del déficit y la deuda públicos a través de los criterios del SEC-95 genera otros problemas⁴²⁵ como son:

⁴²³ La obligación de primar la realidad económica puede comportar la necesidad de reordenar ciertas operaciones llevadas a cabo por las unidades institucionales (apartado 1.38 del SEC-95). Existen tres métodos de reordenación de las operaciones: la reasignación, la división y la determinación de la parte principal que interviene en la operación. Estos tres mecanismos se describen en los siguientes apartados del SEC.

Concretamente, respecto a la reasignación el apartado 1.39 del SEC-95 establece que “*es posible registrar una operación que, para las unidades participantes, tiene lugar directamente entre las unidades A y C como si tuviera lugar indirectamente a través de una tercera unidad B. De esta forma, una única operación entre A y C se registra como dos operaciones: una entre A y B y otra entre B y C.*” Otro tipo de reasignación se produce cuando “*las operaciones se registran como si tuvieran lugar entre dos o más unidades institucionales, aunque según las partes no se haya producido ninguna operación*”.

En cuanto a la división, el apartado 1.40 del SEC-95 indica que “*cuando una operación considerada por las partes como una única operación se registra como dos o más operaciones clasificadas de forma diferente, se dice que se divide la operación. Normalmente, la división no supone la participación de más unidades en las operaciones*”.

Finalmente, el apartado 1.41 del SEC-95 hace referencia a la tercera reordenación: la determinación de la parte principal en una operación. Esta operación de reasignación establece que “*cuando una unidad realiza una operación en nombre de otra unidad, la operación se registra únicamente en las cuentas de la unidad principal*” Y seguidamente, precisa que “*como norma, no se debe incumplir este principio y tratar, por ejemplo, de asignar los impuestos o las subvenciones a los que los pagan o las reciben en último término, mediante la adopción de las correspondientes hipótesis*”.

En el Capítulo IV analizaremos supuestos de reasignación de operaciones entre unidades institucionales. Por ejemplo, las operaciones efectuadas por la Facilidad Europea de Estabilización Financiera (FEEF) se han reasignado como operaciones de los Estados miembros de la zona euro que avalan sus emisiones. Véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe La sociedad Facilidad Europea de Estabilización Financiera y el Mecanismo Europeo de Estabilidad, pp. 515 y ss.

⁴²⁴ FUENTES QUINTANA, Enrique y BAREA TEJEIRO, José, “El déficit público de la democracia española”, *Papeles de Economía Española*, (68), 1996, pp. 87 y ss.

⁴²⁵ El conjunto de problemas se recogen y describen en COSTA CAMPI, Teresa, “Sobre la Ley General de Estabilidad presupuestaria”, *Revista Española de Control Externo*, (10), 2002, p. 17.

- La *ingeniería financiera*: prácticas contables de los Estados tendentes a reducir el déficit y la deuda públicos⁴²⁶.
- La *ilusión financiera*⁴²⁷: relacionada con la propia concepción del déficit. La *ilusión financiera* se produce fruto del propio concepto de déficit público, y la concepción parcial de la economía del sector público. Algunos ejemplos de ilusión financiera son:
 - i) Tomar en consideración los pasivos explícitos (suscritos formalmente), pero no los implícitos (pasivos contingentes) que tienen las Administraciones públicas.
 - ii) Efectuar procesos de privatizaciones en épocas de crisis. Las privatizaciones suponen una importante reducción de activos públicos. Estas operaciones pueden permitir ganancias eficientes, pero también pueden comportar “ilusión financiera” si se efectúan durante épocas de austeridad fiscal como mecanismo para reducir déficit público.
 - iii) Las reducciones drásticas en inversión pública efectuadas a lo largo de períodos de austeridad. La inversión pública reporta a medio–largo plazo importantes tasas de rendimiento al sector público. El Banco Mundial fijó una tasa de rendimiento del 19 % en las inversiones en telecomunicaciones y del 29 % de las inversiones en infraestructuras⁴²⁸. Por tanto, reducir la inversión puede suponer costes muy elevados en el crecimiento futuro.

⁴²⁶ Algunas de las práctica de ingeniería financiera llevadas a cabo por los Estados miembros y controladas por Eurostat serán objeto de análisis a lo largo del Capítulo IV de este trabajo.

⁴²⁷ Véase, EASTERLY, William, “When is fiscal adjustment an illusion?”, *Economic Policy*, (28), Abril 1999, pp. 57 a 86.

Ya en 1903 PUVIANI había apuntado la existencia de *ilusiones en materia de gasto*, “que tienen por efecto o disminuir el costo de los servicios públicos o aumentar su utilidad (ilusión optimista)”. Para PUVIANI la ilusión financiera se alcanzaba de diferentes formas: ignorancia de la salida de ciertas sumas de dinero de las cajas públicas; ignorancia del verdadero empleo del gasto; ignorancia sobre la verdadera cantidad del gasto; ignorancia sobre la duración del gasto; ignorancia en el momento en que se realiza el gasto; ignorancia del fin que el Estado se propone alcanzar con el gastos; ignorancia de los efectos inmediatos o mediatos del gasto; e ignorancia sobre las causas del gasto. Algunas de estas formas de ilusión financiera, como la ignorancia en la duración (“el gasto se supone temporal y en cambio es permanente o se supone más breve de lo que realmente será”), poseen en la actualidad plena vigencia. Véase, PUVIANI, Amilcare, *Teoría de la ilusión financiera*, traducción de Álvaro RODRÍGUEZ BEREJO, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1972, pp. 25 a 28.

⁴²⁸ Véase el documento del BANCO MUNDIAL, *Averting the Old- Age Crisis*, Policy Research Report, Oxford University Press, New York, 1994). Sobre el impacto económico de las infraestructuras,

Para economistas como EASTERLY existe ilusión financiera si la reducción de déficit o deuda pública no mejora la riqueza real de un país (*net worth*), por ello, consideran que muchos de los avances en materia de disciplina presupuestaria que se habían producido en Estados de la UE eran mera ilusión financiera⁴²⁹.

La *riqueza real (net worth)* de un país se define como el conjunto de obligaciones y derechos del sector público frente a terceros, considerando estos tanto a corto como a largo plazo, y tanto los explícitos como los implícitos.

La problemática, en este punto, como señala COSTA CAMPI es que, si bien la mayor parte de la literatura defiende que la solución óptima es determinar los cambios realmente habidos en el *net worth* (estableciendo las variaciones en la estructura del activo y del pasivo y concebir el déficit desde un enfoque intertemporal), la práctica ha llevado a prescindir de esta aproximación por las dificultades que tiene el cálculo del *net worth* de un Estado⁴³⁰.

Para concluir, debemos apuntar que tanto entre los detractores como entre los seguidores de la utilización del SEC-95 para definir conceptos como déficit y deuda públicos se encuentra la idea de que este proceso de armonización conceptual está todavía inconcluso, y que hacen falta medidas adicionales, en materia de transparencia y calidad de la información, que lo refuercen.

La obligación de los Estados de adaptar la normativa interna a la disciplina presupuestaria europea, ha comportado que los ordenamientos jurídicos de algunos de los Estados miembros asuman los conceptos contables del SEC-95, dándoles igualmente carta de norma jurídica.

De esta forma, en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros algunos conceptos jurídicos tradicionales (como el concepto Administraciones públicas o el de deuda pública) coexisten con los nuevos conceptos derivados de la normativa europea. Ahora bien, no estamos frente a una interpretación económica de los conceptos tradicionales, sino frente a la introducción de nuevos conceptos que, por su función, se configuran a través de parámetros contables. Los conceptos jurídicos tradicionales

concretamente de transporte, en España, véase, NOMBELA MERCHÁN, Gustavo, “Infraestructuras de transporte y productividad”, *Presupuesto y Gasto público*, (39), 2005, pp. 191 y ss.

⁴²⁹ EASTERLY, William, “When is fiscal adjustment an illusion?”, *Economic Policy*, Vol.14, (28), Abril 1999, p. 75.

⁴³⁰ COSTA CAMPI, Teresa, “Sobre la Ley General de Estabilidad presupuestaria”, cit., p. 21.

deben mantener los matices y singularidades jurídicos (v.g, las derivadas del negocio jurídico a través del cual se materializan), mientras que los conceptos jurídico de naturaleza contable tratarán de forma equivalente realidades que en términos jurídicos son desiguales⁴³¹.

Bajo estas circunstancias, será necesario determinar en que supuestos una norma hace referencia a los conceptos jurídicos tradicionales y en que supuestos se hace alusión a los conceptos jurídico-contables europeos. En algunas ocasiones la propia norma determina claramente a que tipo de concepto hace referencia, por ejemplo, a través de remisiones a la normativa europea. Este es el caso del art. 2 de Ley 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, que de forma expresa configura el sector público partiendo del concepto sector “Administraciones públicas” establecido en el Reglamento (CE) núm. 2223/1996 (SEC-95).

Ahora bien, existen normas que no precisan de forma expresa si los conceptos que en ellas se integran son los conceptos tradicionales o los conceptos contables. Este es el caso del reformado art. 135 de la CE, en el cual, a nuestro parecer, se incluyen los conceptos tradicionales de déficit y deuda públicos (párrafos primero y segundo del art. 135.3 de la CE) y el concepto europeo de deuda pública (párrafo tercer del art. 135.3 de la CE)⁴³².

3. Aplicación de los conceptos del SEC-95

Como tuvimos ocasión de observar al analizar los objetivos del PEC, las funciones de la normativa europea en materia de disciplina presupuestaria son complejas. Armonizar aspectos relativos a las decisiones en materia de ingresos y gastos de los Estados choca con numerosos impedimentos, entre ellos la propia soberanía de los Estados. No obstante, no puede negarse la existencia de un proceso lento de acercamiento de las estructuras y las nociones presupuestarias esenciales de los Estados miembros. Este acercamiento y conciliación de las distintas prácticas contables de los

⁴³¹ Este tratamiento uniforme de realidades desiguales en términos jurídicos fue una de las objeciones vertidas a la doctrina del principio de la realidad económica. Como señala SAINZ DE BUJANDA, “con la teoría expuesta no se llega al resultado apetecido de tratar fiscalmente de un modo igual las situaciones iguales, sino en que tributen de un modo uniforme situaciones y cosas desiguales”. SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Hacienda y Derecho I*, cit., p. 601.

⁴³² Sobre el nuevo art. 135 de la CE, véase, *infra*, Capítulo III, epígrafe El nuevo art. 135 de la CE, pp. 337 y ss.

Estados miembros hace posible “la comparabilidad”⁴³³, y es imprescindible para poder comprobar si un Estado da cumplimiento de los mandatos de disciplina presupuestaria de la Unión⁴³⁴. Dentro de este proceso de acercamiento se ha producido la armonización de los conceptos contables utilizados por los Estados miembros.

Si tomamos como precedente lo sucedido en el conjunto del Derecho público de la UE, el acercamiento de los conceptos se ha llevado a cabo a través de dos mecanismos: el primero de carácter normativo (“*de iure*”) y el segundo jurisprudencial (“*de facto*”). Sin embargo, en materia presupuestaria, este proceso de acercamiento se ha demostrado especialmente costoso. Los motivos son varios, entre ellos destaca la exclusión de una actuación directa del Tribunal de Justicia, tanto en la fase de interpretación como en la de aplicación de las disposiciones de Tratado relativas a la gobernanza económica y a la disciplina presupuestaria

En primer lugar, en cuanto a la armonización “*de iure*”, esta se ha llevado a cabo esencialmente mediante la aprobación del SEC-95 en el Anexo A del Reglamento (CE) núm. 2223/96. Como apuntamos en el apartado relativo a los antecedentes del SEC-95⁴³⁵, las dos versiones anteriores del SEC (la de 1970 y de 1978) eran documentos administrativos, mientras que el SEC-95 al aprobarse por Reglamento goza de fuerza jurídica vinculante y eficacia directa. De hecho, en los considerandos del Reglamento (CE) núm. 2223/96 se establece que “*el nuevo sistema deberá sustituir gradualmente a cualquier otro sistema en cuanto a marco de referencia de normas, definiciones, clasificaciones y normas contables comunes destinados a la elaboración de cuentas de los Estados miembros para las necesidades de la Comunidad, permitiendo así obtener resultados comparables entre los Estados miembros*”.

⁴³³ Concepto extraídos del considerando núm. 7 del Reglamento (CE) núm. 2223/96. En sentido equivalente, el *Manual del SEC-95* (versiones 2002, 2004 y 2010) señalaba que “la comparabilidad y la agregación de los datos a escala de la Unión Europea requieren una profunda armonización para poder establecer políticas comunes, por ello, la flexibilidad debe reducirse al mínimo”. EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2010, p. 53.

⁴³⁴ Este proceso de acercamiento de la contabilidad nacional acontecido en el Derecho europeo, y por ende de aproximación de los conceptos en ella recogidos, no es aislado, sino que a nivel internacional la ONU ha promovido la creación de un sistema común de cuentas nacionales. En la década de los ochenta, Eurostat colaboró (en el marco del grupo intersecretarial de trabajo sobre cuentas nacionales) en la revisión del Sistema de Cuentas Nacionales 68 (en adelante, SCN). Estos trabajos dieron como resultado el SCN 93, que fue objeto de varias modificaciones parciales y finalmente fue revisado en 2008, dando como resultado el SNC 2008⁴³⁴. Los retos a los que se enfrenta el SCN 2008 son incluso más amplios que los del SEC-95, puesto que debe ser aplicado en Estados que se encuentran en diferentes etapas de desarrollo en materia tanto económica como estadística.

⁴³⁵ Véase, *supra*, Capítulo II, epígrafe Antecedentes y situación actual del SEC-95, pp. 152 y ss.

En segundo lugar, en relación con la armonización *de facto*, con carácter general el Tribunal de Justicia ha jugado un papel decisivo en la creación de lo que se puede denominar Derecho administrativo europeo⁴³⁶. Partiendo de unas categorías y principios generales claves para la ordenación de un cuerpo de Derecho público, en caso de inexistencia o falta de concreción, el Tribunal de Justicia ha sido el encargado de completar esta labor⁴³⁷.

En el ámbito de la disciplina presupuestaria de la UE, esta labor de interpretación y aplicación de las normas contables (especialmente, del Reglamento (CE) núm. 2223/1996) no se efectúa por el Tribunal de Justicia sino por Eurostat (Oficina Estadística de la Comisión Europea) y con el apoyo del Comité de Estadísticas Monetarias, Financieras y de Balanzas de Pagos (en adelante, CMFB).

El CMFB es un órgano independiente con funciones tan solo de asesoramiento de la Comisión Europea, sin potestad legislativa⁴³⁸. El CMFB está formado por representantes de las autoridades estadísticas nacionales, de los bancos centrales nacionales de los Estados miembros y del BCE⁴³⁹.

En caso de dudas por parte de Eurostat sobre el registro de operaciones o la clasificación de entes, el Comité Ejecutivo del CMFB remitirá a las autoridades estadísticas nacionales, a los bancos centrales nacionales de los Estados miembros y al BCE un cuestionario con preguntas concretas sobre la operación. Estas preguntas

⁴³⁶ El papel del Tribunal de Justicia en la formación del Derecho público, y en concreto de un Derecho administrativo comunitario, fue clave desde los inicios de la Comunidad. Véase, SCHWARZE, Jürgen, “Tendances vers un droit administratif commun en Europe”, *Revue Trimestrielle de droit européen*, (2), 1993, pp. 122 y ss.

⁴³⁷ Véase, ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Derecho comunitario. Derechos nacionales y Derecho común europeo*, Civitas, Madrid, 1998, p. 237.

⁴³⁸ El CMFB fue instituido por la Decisión del Consejo, de 25 de febrero de 1991 por la que se crea un Comité de estadísticas monetarias, financieras y de balanza de pagos (91/115/CEE) para asistir a la Comisión Europea en la elaboración y ejecución de programas de trabajo relativos a aspectos monetarios, financieros y de balanzas de pagos. Esta Decisión sufrió sucesivas modificaciones y finalmente, en aras de una mayor racionalidad y claridad, fue codificada. Véase, CONSEJO EUROPEO, *Decisión del Consejo por la que se crea un Comité de estadísticas monetarias, financieras y de balanzas de pagos*, (2006/856/CE), (DO L 332/21 de 30 de noviembre de 2006).

⁴³⁹ El CMFB elige a un órgano ejecutivo que está compuesto por los siguientes miembros: presidente; vicepresidente; presidente previo; tres representantes de los bancos centrales nacionales; tres representantes de las instituciones estadísticas nacionales; un miembro de un banco central nacional o de un institución estadística nacional, en función de la circunscripción del presidente anterior; un representante de la Comisión; y un representante del BCE.

deberán ser resultas en un determinado plazo⁴⁴⁰. A partir de este cuestionario, el comité ejecutivo del CMFB formulará su opinión a Eurostat sobre el caso concreto⁴⁴¹.

En los últimos años el CMFB ha jugado un papel clave en el análisis de los datos aportados en el contexto de los procedimientos de déficit excesivo. Se considera que el CMFB constituye el elemento central de conexión entre Eurostat, las autoridades estadísticas nacionales, los Bancos centrales de los Estados miembros y el BCE.

Eurostat lleva a cabo su función de interpretación y aplicación del SEC-95 mediante diferentes tipos de actuaciones. En primer lugar, Eurostat ha aprobado el *Manual del SEC-95* que actualmente se encuentra en su quinta edición (2013). El *Manual del SEC-95* es un documento interpretativo que tiene como objetivo coadyuvar a los Estados miembros en la aplicación del SEC-95, al indicar los criterios de Eurostat para el registro de determinados entes u operaciones que poseen especial conflictividad⁴⁴².

Junto al *Manual del SEC-95*, Eurostat aprueba *decisiones de carácter general* para guiar la actuación de los Estados miembros a la hora de contabilizar determinadas operaciones a efectos de déficit y deuda públicos⁴⁴³. A modo de ejemplo, en 2004, Eurostat publicó el documento “*Long Term Contracts Between Government Units And Non- Government Partners*” debido a la proliferación de formas de colaboración público-privada generadoras de ambigüedades a la hora de su consolidación en la contabilidad pública. Los criterios establecidos en estas decisiones, al ser de carácter general y afectar a varios Estados, con frecuencia se acaban integrando en el texto del *Manual del SEC-95* que se actualiza periódicamente⁴⁴⁴. En caso de que Eurostat emita aclaraciones sustanciales, estas podrán dar lugar incluso a la modificación del texto del SEC-95.

Además, Eurostat asesora de forma bilateral a los Estados miembros a través de *recomendaciones sobre casos particulares* que se le plantean (art. 10 del Reglamento

⁴⁴⁰ En algunas ocasiones no todos los miembros consultados resuelven el cuestionario en plazo.

⁴⁴¹ Sus opiniones se encuentran disponibles en: <http://www.cmf.org>

⁴⁴² Así es el objetivo que recoge el Prefacio del *Manual del SEC-95*. Sobre la naturaleza del *Manual del SEC-95*, véase, *supra*, Capítulo II, epígrafe Antecedentes y situación actual del SEC-95, pp. 152 y ss.

⁴⁴³ Estas se encuentran disponibles en:

http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/government_finance_statistics/methodology/decisions_for_GFS (última consulta, julio de 2013).

⁴⁴⁴ Si seguimos el ejemplo indicado, en la actualidad el tratamiento de las colaboraciones público-privadas se recoge en el apartado VI.5 del *Manual del SEC-95* (ed. 2013).

(CE) núm. 479/2009⁴⁴⁵). Estas recomendaciones pueden versar sobre muchos aspectos relativos a la configuración de las cuentas del sector público. A modo de ejemplo, encontramos recomendaciones sobre la clasificación de procesos de privatizaciones (Italia, 2008); sobre el cómputo del sistema de pensiones (Hungria, 2010); o sobre la clasificación de los contratos de CPP para la construcción, mantenimiento y explotación de obras públicas, como son muchos de los casos planteados en España (2008, 2010 y 2011). Las consultas pueden ser previas o posteriores al momento de realización de la operación⁴⁴⁶.

Muchas de las recomendaciones de Eurostat a los Estados no se efectúan a través de pronunciamientos específicos, sino que se llevan a cabo en el marco de las Visitas de Diálogo del Procedimiento de Déficit Excesivo⁴⁴⁷. El art. 11 del Reglamento (CE) núm. 479/2009, establece que Eurostat mantendrá un diálogo permanente con las autoridades estadísticas de los Estados miembros, para ello, efectuará visitas periódicas de diálogo. Estas visitas tienen como finalidad revisar los datos notificados, examinar cuestiones metodológicas, debatir a cerca de fuentes y procesos estadísticos descritos en los inventarios y evaluar el cumplimiento de las normas contables.

En los supuestos en los que Eurostat aprecie riesgos significativos o posibles problemas con respecto a la calidad de los datos⁴⁴⁸, en particular, cuando dichos riesgos se refieran a los métodos, conceptos y clasificaciones aplicados a los datos que los

⁴⁴⁵ El art. 11 del Reglamento (CE) núm. 479/2009 determina que *“en caso de duda sobre la correcta aplicación de las normas contables del SEC-95, el Estado miembro interesado pedirá una aclaración a la Comisión (Eurostat). La Comisión (Eurostat) estudiará el problema sin demora y comunicará su clarificación al Estado miembro interesado y, en su caso al Comité de Estadísticas Monetarias, Financieras y de Balanzas de Pagos”*.

⁴⁴⁶ Estas recomendaciones de Eurostat, que adoptan la forma de cartas dirigidas a las Autoridades Estadísticas nacionales, se encuentran disponibles en:

http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/government_finance_statistics/methodology/advice_member_states (última consulta, julio de 2013).

⁴⁴⁷ Las Visitas de Diálogo del Procedimiento de Déficit Excesivo a los diferentes Estados Miembros pueden consultarse en :

http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/government_finance_statistics/excessive_deficit/eurostat_edp_visits_member_states (última consulta, julio de 2013).

⁴⁴⁸ Se considera que hay riesgo significativo o problemas con respecto a la calidad de los datos cuando: a) haya remisiones frecuentes e importantes al déficit o la deuda sin una explicación clara y adecuada; b) el Estado en cuestión no esté enviando a la Comisión toda la información estadística solicitada en el contexto de las rondas de clarificación del Procedimiento de Déficit Excesivo; c) el Estado cambie unilateralmente y sin una explicación clara, las fuente o los métodos de cálculo del déficit y la deuda de las Administraciones públicas establecidas en el inventario con un efecto significativo sobre las estimaciones; d) existan problemas metodológicos pendientes que puedan tener un efecto significativo sobre las estadísticas de la deuda o déficit; e) haya ajustes de flujos o fondos persistentes e inusualmente elevados, sin una explicación clara (art. 11 *ter* Reglamento (CE) núm. 479/2009).

Estados miembros están obligados a notificar, podrá efectuar visitas metodológicas. Las visitas metodológicas tienen como objetivo controlar los procesos y las cuentas públicas justificativos de los datos reales notificados y sacar conclusiones detalladas sobre la calidad de los datos notificados (art. 11 *ter* del Reglamento (CE) núm. 479/2009).

Las actuaciones descritas comportan un trabajo conjunto entre Eurostat y las autoridades estadísticas nacionales⁴⁴⁹. Para llevar a cabo esta labor, entre Eurostat y las autoridades estadísticas nacionales existe un acuerdo de colaboración para la elaboración de estadísticas oficiales en el seno del Sistema Estadístico Europeo (en adelante, SEE). El SEE es la asociación formada por Eurostat, los institutos nacionales de estadística y otros organismos nacionales competentes en cada Estado miembro para la elaboración y la difusión de las estadísticas necesarias para llevar a cabo las actividades de la UE⁴⁵⁰. Igualmente, existen otros órganos –señaladamente, el Sistema Europeo de Bancos Centrales (en adelante, SEBC)– que colaboran con el BCE para la elaboración de estadísticas o para la obtención de información por parte de las autoridades nacionales o de los agentes económicos, que permitan también la posterior elaboración de las estadísticas para la UE⁴⁵¹.

Una vez remitida la información por parte de las autoridades estadísticas nacionales a Eurostat, pueden haber divergencias de opinión entre Eurostat y las autoridades estadísticas nacionales sobre la calificación en términos de SEC-95 de determinados entes u operaciones. En este punto, es clave determinar el carácter vinculante o no vinculante de los actos de Eurostat. Ello permitirá analizar, en primer lugar, la capacidad del Estado de no seguirlos y, en segundo lugar, la viabilidad de un potencial recurso frente al Tribunal de Justicia de la UE⁴⁵².

⁴⁴⁹ En España el denominado “grupo de trabajo” se conforma por grupo por el Instituto Nacional de Estadística, la IGAE y el Banco de España.

⁴⁵⁰ El conjunto de estadísticas se encontraban enumeradas en el Reglamento (CE) núm. 322/97, de 17 de febrero, sobre estadística comunitaria, conocido comúnmente como “Ley Estadística” (DO L 52 de 22 de febrero de 1997). Actualmente, este Reglamento ha sido derogado por el Reglamento (CE) núm. 223/2009, de 11 marzo, relativo a la estadística europea (DO L 87/164 de 31 de marzo de 2009). Cabe destacar que tanto el ámbito del Reglamento (CE) núm. 223/2009 como del Código de buenas prácticas de las estadísticas europeas abarcan la totalidad de las estadísticas elaboradas en el ámbito comunitario, superando con mucho la esfera estrictamente económica y fiscal.

⁴⁵¹ La recogida de información estadística por parte del BCE se encuentra regulada en el Reglamento (CE) núm. 2533/98, de 23 de noviembre de 1998, sobre la obtención de información estadística por parte del BCE. (DO L 318 de 27 de noviembre de 1998).

⁴⁵² Como tuvimos ocasión de observar a lo largo del Capítulo I, los actos que conforman el procedimiento de déficit excesivo poseen una denominación atípica (distinta a la genérica utilizada en el Derecho de la Unión Europea). A modo de ejemplo, muchos de los actos son recomendaciones que no tienen fuerza jurídica vinculante. Como apunta CHALTIEL, en el contexto del PEC se utiliza el concepto “*recomendación*” para actos de diversa naturaleza: las recomendaciones de la Comisión al Consejo, las

Eurostat puede modificar los niveles de déficit y deuda públicos presentados por los Estados a través de los siguientes cauces:

Primeramente, Eurostat puede indicar a un Estado la necesidad de efectuar cambios sobre la clasificación metodológica de determinados entes u operaciones. Estas indicaciones pueden recogerse bien en una *decisión sobre un caso particular*⁴⁵³ (art. 10 del Reglamento (CE) núm. 479/2009), bien en *las visitas periódicas de diálogo o visitas metodológicas efectuadas en el marco del procedimiento de déficit excesivo* (arts. 11 y 12 del Reglamento (CE) núm. 479/2009). La introducción por parte del Estado de estas modificaciones puede suponer un incremento en los niveles de déficit y deuda públicos del Estado.

Inicialmente, las decisiones de Eurostat a un Estado sobre un caso particular no tenían carácter vinculante. Estas actuaciones de Eurostat se enmarcaban en la cooperación voluntaria entre Eurostat y las autoridades estadísticas nacionales para garantizar la fiabilidad de los datos aportados por los Estados. Así lo afirmó la Comisión en sus alegaciones en el caso MINTRA (Auto del Tribunal de Primera Instancia, de 5 de septiembre de 2006, Asunto T- 48/05⁴⁵⁴) y su posición fue corroborada por el Tribunal de Justicia. Este último inadmitió el recurso de anulación presentado por la Comunidad de Madrid alegando que solo constituyen actos objeto de

recomendaciones de la Comisión a los Estados o las recomendaciones del Consejo a los Estados”. Véase, CHALTIEL, Florence, “Le Pacte de stabilité, entre exigences juridiques et pragmatisme politique”, cit., p. 513. Véase, *supra*, nota al pie núm. 128.

Lo mismo sucede con los pronunciamientos de Eurostat, estos se efectúan a través de actos cuyos efectos jurídicos obligatorios son cuestionables, y por tanto, también existen dudas sobre la viabilidad de la presentación de un recurso por el Estado afectado frente al Tribunal de Justicia de la UE.

⁴⁵³ Estas decisiones de Eurostat se efectúan a través de cartas remitidas a las autoridades estadísticas de los Estados. Si las recomendaciones son previas a la realización de la transacción y la operación tiene carácter confidencial, estas no serán publicadas.

⁴⁵⁴ El Tribunal, al recoger las alegaciones de las partes, señala que, según la Comisión “*incumbe a los Estados miembros notificar los déficits públicos previstos y reales y el nivel de su deuda pública. La compilación de datos estadísticos a este respecto corresponde a las autoridades nacionales, y no a Eurostat*”. A juicio de la Comisión, mediante el escrito impugnado, Eurostat únicamente podía informar al INE de su interpretación del SEC-95 en lo que respecta al caso de MINTRA, pero el INE no estaba jurídicamente obligado a seguir dicha interpretación. Por otra parte, la Comisión indica que, en el supuesto de que el INE no hubiera aceptado la postura expresa en el escrito impugnado, Eurostat habría adoptado una decisión de modificación de los datos notificados por el INE, y dicha decisión sí habría sido susceptible de recurso. Sin embargo, como en el presente caso el INE se ajustó al escrito impugnado, Eurostat no tuvo que adoptar tal decisión.

El caso MINTRA será objeto de estudio a lo largo de este trabajo. Véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe Evolución de Eurostat en la aplicación de los criterios para la clasificación sectorial de entes: de la BIG austríaca a MINTRA, pp. 443 y ss.

un recurso de anulación las medidas que producen efectos jurídicos obligatorios que pueden afectar a los intereses de la partes, y las recomendaciones de Eurostat sobre la clasificación de MINTRA no tenían este carácter. En el momento de presentación del recurso, Eurostat carecía de competencia para efectuar decisiones específicas (al no existir una disposición específica en el Tratado o en actos de carácter vinculante adoptados por las instituciones que le atribuyera la competencia).

Ahora bien, el art. 8 del Reglamento (CE) núm. 3605/1993 fue modificado por el Reglamento (CE) núm. 2103/2005, de 12 de diciembre. La nueva redacción de este precepto parecía atribuir una competencia directa a Eurostat para decidir sobre la correcta aplicación del SEC en los casos complejos o de interés general. Concretamente, el art. 8.2 *quarter* del Reglamento (CE) núm. 3605/1993, establecía que “los casos que, en opinión de la Comisión o del Estado miembro interesado, presenten complejidad o sean de interés general, la Comisión (Eurostat) tomará una decisión tras consultar al CMFB. La Comisión (Eurostat) publicará sus decisiones junto al dictamen del CMFB, sin perjuicio de las disposiciones sobre secreto estadístico contenidas en el Reglamento (CE) núm. 322/1997”.

Este cambio en la naturaleza de las decisiones específicas de Eurostat derivado de la nueva redacción del art. 8 del Reglamento (CE) núm. 3605/1993 ya había sido puesto de manifiesto por el Tribunal de Justicia también en el caso MINTRA. En este pronunciamiento, el Tribunal afirmó que “estas modificaciones (*del art. 8 del Reglamento (CE) núm. 3605/1993*), que entraron en vigor el 23 de diciembre de 2005, es decir, en una fecha posterior a la del escrito impugnado, no pueden afectar a la naturaleza jurídica de este”^{455 y 456}.

La redacción del art. 8.2 *quarter* del Reglamento (CE) núm. 3605/1993, dada por el Reglamento (CE) núm. 2103/2005, se mantiene en el art. 10.2 del Reglamento (CE) núm. 479/2009.

⁴⁵⁵ A mayor abundamiento, el Tribunal de Justicia afirmó que “antes de la aprobación del Reglamento (CE) núm. 2103/2005, que introdujo el art. 8 *nono* del Reglamento (CE) núm. 3605/1993, la práctica descrita más arriba no se basaba en ninguna disposición específica de la normativa pertinente”.

⁴⁵⁶ LÓPEZ DÍAZ considera, partiendo de los escasos precedentes jurisprudenciales, que tienen efectos jurídicos obligatorios las decisiones reguladas en el anterior art. 8 *quarter* 2 del Reglamento (CE) núm. 3605/1993, actual art. 10 del Reglamento (CE) núm. 479/2009, e igualmente las modificaciones de datos (art. 8, *nono* 2 del Reglamento (CE) núm. 3605/1993, actual art. 15.2 del Reglamento (CE) núm. 479/2009). Por el contrario, considera que no son susceptibles de recurso la simple formulación de reservas. LÓPEZ DÍAZ, Antonio, “La aplicación del principio de estabilidad presupuestaria: la prevalencia de lo económico sobre lo jurídico”, *Crónica Tributaria: Boletín Actualidad*, (5), 2001, p. 29.

A su vez, como hemos indicado, el Reglamento (CE) núm. 479/2009, en sus arts. 11 y 12, regula las visitas periódicas de diálogo y las visitas metodológicas efectuadas en el marco del procedimiento de déficit excesivo. En cuanto a la naturaleza jurídica de estas actuaciones de Eurostat, de la redacción de estos preceptos del Reglamento parece inferirse que se trata de actuaciones de cooperación entre Eurostat y las autoridades estadísticas de los Estados. A través de las visitas de diálogo y metodológicas se persigue garantizar la existencia de una comunicación constante entre Eurostat y las autoridades estadísticas nacionales que garantice la existencia de datos estadísticos fiables⁴⁵⁷.

De lo expuesto hasta el momento se extrae que Eurostat puede determinar la clasificación de un ente u operación a través de dos actos con naturaleza jurídica dispar. Por un lado, mediante una decisión específica, que tiene carácter jurídico vinculante para el Estado en cuestión y es susceptible de recurso frente al Tribunal de Justicia de la UE. Y por otro lado, en las indicaciones recogidas en las visitas de diálogo y visitas metodológicas, que se consideran actuaciones de cooperación entre Eurostat y las autoridades estadísticas nacionales.

En la práctica, cada vez más, Eurostat resuelve las cuestiones sobre la clasificación de entes u operaciones en el marco de las visitas de diálogo a los Estados⁴⁵⁸. En los últimos años se aprecia un reforzamiento de los Diálogos entre Eurostat y los Estados miembros. De este modo, la mayor parte de las cuestiones sobre el tratamiento contable de entes u operaciones se tratan y resuelven en dichos Diálogos, sin que sea necesaria la presentación de consultas específicas por parte de los Estados. Este es el caso, a modo de ejemplo, de la clasificación del Fondo de Ordenación Bancaria (FROB) español. La discusión y el análisis metodológico que determinaron la clasificación del FROB en el sector Administraciones públicas se recogen en las conclusiones de la visita de diálogo a España de los días 17 y 18 de febrero de 2011⁴⁵⁹.

Esta opción limita la capacidad de recurso de los Estados frente a los actos de Eurostat. Bajo estas circunstancias, el Estado dispone de dos opciones para poder

⁴⁵⁷ Las visitas de diálogo tiene la finalidad de “revisar datos notificados, examinar cuestiones metodológicas, debatir acerca de fuentes y procesos estadísticos descritos en los inventarios y evaluar el cumplimiento de las normas contables. Las visitas de diálogo servirán para detectar los riesgos o los problemas potenciales en relación con la calidad de los datos notificados”.

⁴⁵⁸ Véase, *supra*, nota al pie núm. 447.

⁴⁵⁹ EUROSTAT, *Final findings, EDP dialogue to Spain, 17 - 18 de febrero de 2011*, Luxemburgo 9 de enero de 2013, pp. 18 y 19.

La clasificación sectorial del FROB se analizara con detalle en este trabajo. Véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe El Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, pp. 489 y ss.

presentar un recurso frente al Tribunal de Justicia de la UE. En los casos complejos, podrá presentar una consulta específica a Eurostat (art. 10.2 del Reglamento (CE) núm. 479/2009). Eurostat deberá resolver la consulta a través de una decisión específica la cual, como hemos apuntado, es vinculante jurídicamente para el Estado y susceptible de recurso frente al Tribunal de Justicia de la UE. La segunda opción del Estado es no seguir las indicaciones formuladas por Eurostat en las conclusiones de la visita de diálogo. Este hecho probablemente desencadenará que Eurostat modifique los datos inicialmente presentados por el Estado. Las modificaciones de datos, como analizaremos a continuación, son susceptibles de recurso de anulación frente al Tribunal de Justicia de la UE.

De forma previa a que se produjera el reforzamiento de los Diálogos entre Eurostat y los Estados, Eurostat en algunos casos señalaba el tratamiento metodológico de algunos entes u operaciones en actos que no tienen fuerza vinculante (como son los comunicados de prensa). Algunos Estados, entre ellos España, presentaron recurso de anulación frente al Tribunal de Justicia de estos actos, pero el Tribunal declaró los recursos inadmisibles⁴⁶⁰. La situación fue objeto de críticas por parte de la doctrina

⁴⁶⁰ En este sentido resolvió el Tribunal de Primera Instancia el recurso de anulación presentado por Madrid Calle 30 S.A. (Auto del Tribunal de Primera Instancia, Sala Cuarta, de 12 de julio de 2007, Asunto T- 177/06).

En el caso de Madrid Calle 30 S.A. el Ayuntamiento de Madrid perseguía la anulación del comunicado de prensa de Eurostat núm. 48/2006, de 24 de abril, puesto que, en su opinión, contenía una decisión de Eurostat relativa a la clasificación de Madrid Calle 30 S.A. en el sector Administraciones públicas en términos de SEC-95. Tras la inclusión de Madrid Calle 30 S.A. en el sector Administraciones públicas, el Ayuntamiento de Madrid veía incrementados sustancialmente sus niveles de déficit y deuda públicos.

Sin embargo, el Tribunal declaró el recurso inadmisibles por carecer el acto recurrido de fuerza jurídica vinculante.

En el citado comunicado de prensa, Eurostat no modificaba los datos aportados por el Instituto Nacional de Estadística que ya había clasificado Madrid Calle 30 S.A. en el sector Administraciones públicas. Por tanto, no había divergencia de opiniones entre Eurostat y las autoridades estadísticas nacionales respecto a la clasificación del ente; y, en consecuencia, no había sido necesario un pronunciamiento específico de Eurostat (basado en el entonces art. 8 *quarter* del Reglamento (CE) núm. 3605/1993, actual art. 10. 2 del Reglamento (CE) núm. 479/2009) para determinar la clasificación del ente.

Del mismo modo, al no haber modificaciones ni reservas por parte de la Comisión a los datos aportados por el Instituto Nacional de Estadística, todavía era más cuestionable la pretensión del Ayuntamiento de Madrid de que la actuación de Eurostat constituyera un acto decisorio (equivalente a la aprobación implícita de tales datos) susceptible de recurso de anulación.

Esta decisión del Tribunal de Primera Instancia fue casada por el Auto del Tribunal de Justicia, de 20 de junio de 2008, Sala Sexta.

Este asunto, junto al de Madrid Infraestructuras de Transporte (MINTRA contra Comisión de las Comunidades Europeas, Auto del Tribunal de Primera Instancia, Sala cuarta, de 5 de septiembre de 2006), pusieron de manifiesto la existencia de divergencias entre las autoridades estadísticas nacionales y la

española puesto que actos que incidían trascendentalmente en el cumplimiento de la disciplina presupuestaria por parte del Estado eran actos que no tenían efectos jurídicos vinculantes y no eran recurribles⁴⁶¹.

Como hemos señalado, el segundo cauce que Eurostat tiene es *modificar directamente los datos estadísticos aportados por el Estado miembro*. Esta opción es posible en los supuestos en los que los datos no se ajustan a lo establecido en el art. 8 del Reglamento (CE) núm. 479/2009. Este precepto versa sobre la función de Eurostat de evaluar periódicamente la calidad de los datos reales notificados por los Estado. Por tanto, si un Estado no ha seguido las indicaciones de Eurostat sobre la clasificación de un ente u operación, este último podrá modificar los datos presentados. Eurostat tendrá que suministrar los datos modificados y una justificación de la modificación (art. 15.2 del Reglamento (CE) núm. 479/2009). A modo de ejemplo, en 2012, Eurostat modificó los datos aportados por el Reino Unido, sin embargo, cuando las autoridades estadísticas inglesas reclasificaron Brandford & Bingley and Northern Rock Asset Management en el sector Administraciones públicas, siguiendo lo establecido en el capítulo relativo a la remoción de deudas del *Manual del SEC-95*, Eurostat canceló la modificación efectuada en los datos⁴⁶².

El acto de modificación de los datos aportados por el Estado sí puede ser objeto de recurso frente al Tribunal de Justicia⁴⁶³, al constituir una intervención efectiva de Eurostat respecto de los datos presentados por los Estados, que puede tener efectos lesivos para el Estado en cuestión. La posibilidad de que los Estados puedan recurrir las modificaciones de datos se afirma taxativamente por la propia Comisión en sus alegaciones en el caso MINTRA (Auto del Tribunal de Primera Instancia, de 5 de

Comunidad de Madrid (en el caso de MINTRA) y el Ayuntamiento de Madrid (en el caso de Madrid Calle 30 S.A.), a la hora de determinar la clasificación de determinados entes en el sector Administraciones públicas.

⁴⁶¹ LÓPEZ DÍAZ, Antonio, “La aplicación del principio de estabilidad presupuestaria: la prevalencia de lo económico sobre lo jurídico”, cit., p. 29. Y, MARTÍNEZ CALVO, Juan, “Hacia la construcción de un “Derecho Administrativo Financiable””, *Revista Española de Administración pública*, (167), 2005, cit., p. 387 (nota al pie núm. 20) y p. 390.

⁴⁶² Puede verse un análisis de la calidad de los datos estadísticos aportados por los Estados miembros en COMISIÓN EUROPEA, *Report from the Commission to the European Parliament and the council on the quality of fiscal data reported by member States in 2012*, COM(2013) 88 final, 20 de febrero de 2013, Bruselas (sobre la modificación de los datos aportados por el Reino Unido, pp. 9 y 10).

⁴⁶³ Bélgica interpuso, el 22 de diciembre de 2006, el correspondiente recurso de anulación contra la modificación de datos efectuada por Eurostat el 29 de septiembre de 2006 (asunto T – 403/06). No obstante, en este caso, el Tribunal de Justicia no llegó a pronunciarse sobre el fondo del asunto porque el demandante desistió (Auto del Tribunal de Primera Instancia de 9 de abril de 2008).

septiembre de 2006, Asunto T- 148/05⁴⁶⁴). De igual forma, esta posibilidad se infiere de las siguientes afirmaciones del Tribunal de Justicia en el recurso de casación del Asunto Madrid Calle 30 S.A. (asunto C-448/07, de 20 de junio de 2008): “el Tribunal de Primera Instancia juzgó también, en el apartado 58 del auto recurrido, que el hecho de que la Comisión (Eurostat) tenga la facultad de intervenir sobre los datos reales del déficit y la deuda públicos notificados por los Estados miembros en el momento de publicarlos no significa que una ausencia de intervención por su parte deba interpretarse como una aprobación implícita de la adecuación de las cuentas públicas nacionales a las normas contables del SEC-95, ni por consiguiente como una aprobación de la clasificación de las entidades de que se trate en el sector de «administraciones públicas» del SEC-95 ”.

Antes de concluir este apartado debemos señalar que los problemas de aplicación práctica del SEC-95 no siempre surgen por la existencia de divergencias en la calificación de las operaciones entre Eurostat y las autoridades estadísticas nacionales. Otro de los principales inconvenientes en la aplicación de la metodología SEC-95 es la demora en la presentación de la información por parte de los Estados miembros.

La elaboración de cuentas nacionales sobre una base anual, si bien proporciona información global relevante sobre el estado de la economía, genera un importante desajuste temporal entre el año de referencia y la publicación efectiva de los datos. Este desajuste genera deficiencias en los controles efectuados por las autoridades europeas respecto de las fluctuaciones existentes a corto plazo. Para evitar este excesivo lapso temporal, se han introducido reformas en el original SEC-95 para la transmisión de información con carácter trimestral⁴⁶⁵. Además, el art. 4.7 de la Directiva 2011/85/UE, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros, establece la obligación de Eurostat de publicar trimestralmente los niveles de déficit y deuda públicos de los Estados.

En última instancia, las estadísticas proporcionadas por los Estados constituyen el elemento esencial para el correcto funcionamiento de la supervisión presupuestaria de la UE ejercida por Eurostat (Comisión), pero también por el resto de instituciones

⁴⁶⁴ Véase, nota al pie núm. 454.

⁴⁶⁵ Los cambios se introducen mediante el Reglamento (CE) núm. 264/2000, de 3 de febrero, sobre la aplicación del Reglamento (CE) núm. 2223/96, en lo relativo a las estadísticas a corto plazo sobre finanzas públicas. Sobre el mismo, véase, GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, Pedro, “El SEC-95: Herramienta fundamental para la toma de decisiones y seguimiento de la política económica en la Unión Europea”, cit., pp. 102 y ss.

europas, como el Parlamento Europeo o el Consejo. Por ello, la disponibilidad periódica de datos fiables permite: reducir las incertidumbres, mejorar la evaluación de los resultados y poder actuar con celeridad en aquellos supuestos en los que la evolución presupuestaria de un Estado no sea la prevista.

III. LOS CONCEPTOS DE DÉFICIT Y DE DEUDA PÚBLICOS EN EL REGLAMENTO (CE) NÚM. 479/2009 Y EL SEC-95

El art. 2 del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo establece las definiciones de déficit y deuda públicos que deben tomarse en consideración para la aplicación de los criterios del déficit y la deuda públicos recogidos en el art. 126 TFUE (anterior art. 104 TUE).

Según este precepto del Protocolo se entiende por déficit “*el volumen de endeudamiento neto, con arreglo a la definición del sistema europeo de cuentas económicas integradas*”. A su vez la deuda pública se define como “*la deuda bruta total, a su valor nominal, que permanezca viva a final del año, consolidada dentro de los sectores del gobierno general, con arreglo a la definición del primer guión*”⁴⁶⁶.

Estas dos definiciones son marcadamente ambiguas y requirieron su determinación a través del Reglamento (CE) núm. 3605/1993, actual Reglamento (CE) núm. 479/2009, relativo a la aplicación del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo. A continuación analizaremos las definiciones recogidas en este último Reglamento. Además, dado que las definiciones se configuran mediante remisiones al SEC-95 analizaremos también los conceptos de déficit y deuda públicos en el SEC-95.

1. El concepto de déficit público en el Reglamento (CE) núm. 479/2009 y el SEC-95

El art. 1.3 del Reglamento (CE) núm. 479/2009, relativo a la aplicación del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, define el

⁴⁶⁶ El primer guión contiene la definición de público. Se considera público “lo perteneciente a las administraciones públicas, es decir, a la administración central, a la administración regional o local y a los fondos de la seguridad social, con exclusión de las operaciones de carácter comercial, tal como se definen en el sistema europeo de cuentas económicas integradas”.

concepto de déficit/superávit público como “*la necesidad (capacidad) de financiación del sector Administraciones públicas, tal como se define en el SEC-95*”.

Por tanto, el concepto de déficit público a efectos del procedimiento de déficit excesivo se define a través de una remisión al concepto de déficit público en el SEC-95. No sucede así, como veremos, con el concepto de deuda pública. En el caso de la deuda pública, el art. 1.5 del Reglamento (CE) núm. 479/2009, relativo a la aplicación del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, establece un concepto específico de deuda pública que difiere en ciertos aspectos del concepto de deuda pública del SEC-95.

En términos generales, el SEC-95 equipara el déficit a “la capacidad o necesidad de financiación”. Concretamente, el apartado 8.98 del Reglamento (CE) núm. 2223/96 establece que “*la capacidad (+) o necesidad (-) de financiación del total de la economía es la suma de las capacidades o necesidades de financiación de los sectores institucionales y representa los recursos netos que la economía en su conjunto pone a disposición del resto del mundo (si es positiva) o que recibe del resto del mundo (si es negativa). La capacidad (+) o la necesidad (-) de financiación del total de la economía es igual, pero de signo opuesto, a la necesidad (-) o capacidad (+) de financiación del resto del mundo.*”⁴⁶⁷

Para poder comprender el concepto “capacidad o necesidad de financiación” debemos apuntar previamente, y de forma sucinta, las características básicas y la estructura del SEC-95. El SEC-95, como sistema de cuentas nacionales, tiene por objeto la descripción cuantitativa de la actividad económica. Es decir, la descripción de las operaciones realizadas por las unidades económicas (ya sean residentes entre sí o residentes con extranjeras). Esta descripción se lleva a cabo en una *serie ordenada de cuentas*, que han sido diseñadas para poner de relieve la información económica más relevante de cada uno de los cinco sectores en los que el SEC-95 divide la economía (sociedades no financieras; instituciones financieras; administraciones públicas; hogares; y instituciones sin fines de lucro al servicio de los hogares). De esta forma, el

⁴⁶⁷ El Reglamento (CE) núm. 2558/2001, de 3 de diciembre de 2001, (DO L 344/1 de 28 de diciembre de 2001) modificó la definición de déficit público a efectos del procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo a través de la introducción del Anexo 5 el cual establece que “*a efectos de los informes de los Estados miembros a la Comisión de conformidad con el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo que establece el Reglamento (CE) núm. 3605/93 del Consejo, "déficit público" es el saldo contable "capacidad/necesidad de financiación" de las Administraciones públicas, incluidas las series de pagos de intereses resultantes de acuerdos de permutas financieras y acuerdos de tipos de interés futuros*”.

sistema permite elaborar una serie completa de cuentas de flujos y de balances para cada sector y subsector, si así se desea, y para el total de la economía⁴⁶⁸.

El SEC-95 establece la existencia de tres categorías de cuentas: cuentas corrientes, cuentas de acumulación y balances (apartado 8.04 del SEC-95). Cada una de estas categorías de cuentas incluye varias cuentas distintas. A continuación definiremos cada una de las categorías de cuentas y detallaremos las cuentas que se integran en ellas⁴⁶⁹.

Las *cuentas corrientes* registran los bienes y servicios producidos. La producción, distribución y utilización de la renta. Estas operaciones se recogen, respectivamente, en la cuenta de producción, en las cuentas de distribución, y en la cuenta de utilización de la renta. De estas tres cuentas, que conforman la categoría cuentas corrientes, la más importante para nuestro estudio es la *cuenta de producción*. Esta recoge las operaciones relativas a los procesos de producción, y su saldo constituye uno de los indicadores más importantes del sistema: la contribución de un sector a la creación de riqueza, que se denomina valor añadido bruto, más conocido como Producto Interior Bruto (PIB). Cuando se suman las contribuciones de todos los sectores de la economía se obtiene el PIB del Estado.

Las *cuentas de acumulación* son cuentas de flujos⁴⁷⁰. Estas registran variaciones en activos y pasivos y los cambios en el patrimonio neto. En esta categoría de cuentas encontramos la cuenta de capital, la cuenta financiera y las cuentas de otras variaciones de los activos. Dentro de las cuentas de acumulación centraremos nuestro análisis en la *cuenta de capital*, dado que a partir de esta se determina el nivel de déficit público que marcará la apertura del procedimiento de déficit excesivo.

Los *balances* tienen por objeto describir los activos, los pasivos y el patrimonio neto de los sectores al principio (balance de apertura) y al final (balance de cierre) del período contable, así como las variaciones que tienen lugar durante el período. Por ello, en los balances se insertan: el balance de apertura, las variaciones del balance y el balance de cierre.

⁴⁶⁸ Esta es la función del SEC-95 tal como se recoge en el apartado 1.28 del propio SEC-95.

⁴⁶⁹ Para el análisis de las cuentas seguimos la exposición efectuada por GIL HERRERA, Luis, *La contabilidad pública y la contabilidad nacional: enlace micro-macro contable*, cit., p. 43.

⁴⁷⁰ A diferencia de los balances (apertura y cierre), las cuentas de acumulación son cuentas que registran flujos económicos no stocks, los cuales se registran en los balances.

Las cuentas que se incluyen en cada categoría contienen un saldo calculado por diferencia entre el valor de los registros efectuados a cada lado de la cuenta. Las cuentas generalmente no están equilibradas, es decir, los recursos no son iguales a los empleos, ni la variación de los activos igual a la de los pasivos. En consecuencia, hay un *saldo contable de la cuenta que es un agregado significativo de la actividad económica*. La mayoría de los saldos de las cuentas establecidas en el SEC-95 para el conjunto de la economía constituyen macromagnitudes económicas significativas de su actividad durante un período de tiempo. Por ejemplo, la macromagnitud PIB es el resultado de la cuenta de producción, y el ahorro es el resultado de la cuenta de utilización de la renta⁴⁷¹.

A efectos del PEC se tienen tan solo en consideración las *cuentas de acumulación*. Como hemos apuntado, las cuentas de acumulación son aquellas cuya finalidad es registrar las causas de las variaciones de los activos y pasivos de los sectores y la variación de su patrimonio neto. Posteriormente, a través de la consolidación de las cuentas de acumulación de los diferentes sectores, se obtiene el resultado global de la economía nacional. Entre las cuentas de acumulación se encuentran: la cuenta de capital y la cuenta financiera, y la cuenta de otras variaciones de los activos. Para la aplicación del PEC se toman en consideración la *cuenta de capital y la cuenta financiera* del sector Administraciones públicas, y no la cuenta de otras variaciones de los activos⁴⁷².

La *cuenta de capital* registra las adquisiciones de activos no financieros⁴⁷³ menos las disposiciones (cesiones) de activos no financieros realizadas por las unidades institucionales residentes. Para obtener el saldo de la cuenta de capital debe registrarse en el lado izquierdo (empleos) la formación bruta de capital fijo⁴⁷⁴, mientras que en el

⁴⁷¹ Seguimos la explicación de CARRASCO CANALS, Fernando, *Déficit público y contabilidad nacional. El Pacto de Estabilidad y Crecimiento*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2006, cit., p. 19.

⁴⁷² La cuenta de “otras variaciones de activos” recoge las variaciones de activos y pasivos de las unidades institucionales que no se deben al ahorro y a las transferencias de capital.

⁴⁷³ Los activos no financieros o activos reales son bienes tangibles en los que se puede invertir dinero, esperando que mantenga o aumente su valor. Por el contrario, los activos financieros son los instrumentos de captación de ahorro, títulos valores representativos de préstamos u operaciones financieras similares con un vencimiento que puede ir desde el corto plazo hasta el largo plazo. Estos instrumentos representan simultáneamente una obligación para el emisor y un derecho para el poseedor, materializándose este en la rentabilidad que se obtiene del activo o en el reembolso del principal. Véase, AA.VV., “*Glosario de términos bursátiles y financieros*”, Thomson Cívitas, Madrid, 2004, p. 19 (concepto de activo financiero).

⁴⁷⁴ Se entiende por *formación bruta de capital* “el conjunto de adquisiciones menos las cesiones de activos fijos realizadas por los productores residentes durante un período de tiempo”. Véase esta definición, así como los conceptos que se integran en la formación bruta de capital, en CARRASCO

lado derecho (recursos) se registran las variaciones del patrimonio neto debidas al ahorro y a las transferencias de capital⁴⁷⁵.

Los recursos que permiten adquirir los activos no financieros son el ahorro y las transferencias de capital que recibe el sector. En consecuencia, la cuenta de capital permite cuantificar la variación del patrimonio neto debida al ahorro y a las transferencias de capital. El resultado de la cuenta de capital del sector Administraciones públicas pone de manifiesto si este tiene capacidad para adquirir activos no financieros, o si por el contrario debe recurrir a la financiación por terceros para llevar a cabo estas operaciones⁴⁷⁶. De este modo, la cuenta de capital lleva a cabo

CANALS, Fernando, *Déficit público y contabilidad nacional. El Pacto de Estabilidad y Crecimiento*, cit., p. 189.

Activos fijos son activos materiales o inmateriales obtenidos a partir de procesos de producción y utilizados de forma repetida en otros procesos de producción durante más de un año (definición contenida en el apartado 3.102 del SEC-95).

La formación bruta de capital fijo incluye valores positivos (adquisiciones) y valores negativos (cesiones). Entre los valores positivos se incluyen: activos fijos nuevos o existentes adquiridos; activos fijos producidos y conservados para uso propio de sus productores; activos fijos nuevos o existentes adquiridos por medio de trueque; activos fijos nuevos o existentes recibidos como transferencia de capital en especie; activos fijos nuevos o existentes adquiridos mediante arrendamiento financiero; grandes mejoras de activos fijos y monumentos históricos existentes. En sentido opuesto, entre los valores negativos se encuentran: los activos fijos existentes vendidos, entregados en trueque o entregados como transferencia de capital en especie.

Como regla general, la formación bruta de capital fijo se registra en el momento en que se produce la transferencia de propiedad de los bienes y se valora a precios de adquisición. En el caso de adquiridos en régimen de arrendamiento financiero, se registra como si el usuario se convirtiera en propietario en el momento en que toma posesión de los bienes, dentro de la categoría de activos materiales. Véase, GIL HERRERA, Luis, *La contabilidad pública y la contabilidad nacional: enlace micro-macro contable*, cit., p. 152.

⁴⁷⁵ El SEC-95 define las *transferencias de capital* en efectivo como las transferencias en efectivo entre dos partes en las que, o bien la primera de ellas la ha realizado desprendiéndose de un activo o activos –excepto existencias–, o bien se espera que la segunda utilice o que está obligada a utilizar para la adquisición de un activo o activos –excepto existencias–. Las transferencias de capital en especie consisten en las transferencias de la propiedad de un activo –excepto efectivo o existencias–, o en la cancelación de una deuda por parte del acreedor sin recibir ninguna contrapartida a cambio. CARRASCO CANALS recoge entre las características de las transferencias de capital: i) se da “algo” por nada; ii) se diferencian de las transferencias corrientes en que significan la adquisición o cesión de un(os) activo(s) por al menos una de las partes que intervienen en la transferencia de capital; iii) Las transferencias de capital se manifiestan en una variación de activos – financieros o no financieros- por la misma cuantía en los balances de una o de ambas partes que intervienen en la operación. CARRASCO CANALS, Fernando, *Déficit público y contabilidad nacional. El Pacto de Estabilidad y Crecimiento*, cit., p. 183.

⁴⁷⁶ Véase, MORENO ENGUIX, M^a del Rocío, y BENITO PÉREZ, Bernardino, “Medición de la Capacidad/Necesidad de financiación: contabilidad pública y contabilidad nacional”, *Estudios de Economía aplicada*, Vol. 24 (2), 2006, pp. 635 y 636.

la medición del *déficit no financiero*⁴⁷⁷, que es el déficit que se tiene en consideración a efectos del PEC.

La *cuenta financiera* calcula la necesidad (capacidad) de financiación mediante la variación de activos y pasivos financieros. Las operaciones se registran de la manera siguiente: en el lado de la izquierda (variación de los activos) se integran todos los activos financieros del sector, y deben registrarse todas las variaciones que se hayan producido a lo largo del ejercicio económico. En el lado derecho de la cuenta (variaciones de pasivos y del patrimonio neto) se incluyen el total de los pasivos financieros, e igualmente deben recogerse todas las variaciones existentes durante el ejercicio económico. Si el saldo de la cuenta financiera es positivo existe la posibilidad de financiar a otros sectores o de ahorrar. Por el contrario, si el saldo es negativo ello manifiesta que otros sectores han participado en la financiación de estos activos⁴⁷⁸. Si el saldo es negativo, existe *déficit financiero*. Este no se toma en consideración a efectos del PEC. Si el déficit financiero se adiciona al posible saldo negativo de la cuenta de capital el resultado es el *déficit global del sector Administraciones públicas*.

Como se extrae de lo expuesto, las operaciones de las Administraciones públicas, en función de la contabilidad nacional, se van a dividir en dos grandes grupos: las operaciones financieras y las operaciones no financieras. Las *operaciones no financieras* reflejan la vertiente real de la actividad económica desarrollada por las Administraciones públicas, y pueden afectar tanto a su cuenta de renta como a su cuenta de capital. Las *operaciones financieras* integran el conjunto de pasivos financieros emitidos por las Administraciones públicas para financiar el déficit y los activos financieros en los cuales se ha colocado el superávit⁴⁷⁹.

En síntesis, fruto de esta división van a existir dos tipos de déficits, el déficit no financiero y el déficit financiero, siendo el primero de ellos el que se toma en consideración en el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo. En consecuencia, para el cálculo de los niveles de déficit público a efectos del procedimiento de déficit excesivo, un elemento generador de controversias es la calificación de los activos como *activos financieros* o como *activos no financieros*.

⁴⁷⁷ O, dicho de otro modo, el déficit es el saldo de la cuenta de capital resultante de las operaciones no financieras computadas según el criterio del devengo. Véase, BAREA TEJEIRO, José, “El déficit público”, *Papeles de Economía*, (10), 1982, p. 38.

⁴⁷⁸ Véase, MORENO ENGUIX, M^a del Rocío, y BENITO PÉREZ, Bernardino, “Medición de la Capacidad/Necesidad de financiación: contabilidad pública y contabilidad nacional”, cit., p. 636.

⁴⁷⁹ Definiciones apuntadas por FUENTES QUINTANA, Enrique y BAREA TEJEIRO, José, “El déficit público de la democracia española”, *Papeles de Economía Española*, cit., pp. 87 y ss.

Como apuntaba el propio *Manual del SEC-95*, en su versión de 2002, “dado que, en el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, el déficit se ha definido como la necesidad de financiación del sector administraciones públicas, se produce una asimetría entre el tratamiento estadístico de los activos no financieros y el de los activos financieros. Las variaciones de los activos no financieros (cuando se deben a operaciones) se registran en la cuenta de capital. Por lo tanto, modifican la capacidad o necesidad de financiación, que es el saldo de la cuenta de capital. Por el contrario, las variaciones de los activos financieros –registradas en la cuenta financiera– no modifican dicho saldo de la cuenta de capital (excepto en el caso de las variaciones unidireccionales, como la asunción de deudas o la cancelación de deudas, si la variación de los pasivos se compensa mediante una transferencia de capital)”⁴⁸⁰

Teniendo en consideración esta distinción entre activos financieros y activos no financieros, las Administraciones públicas pueden llevar a cabo dos tipos de operaciones.

En primer lugar, es posible que las Administraciones públicas efectúen un préstamo a una entidad y esta posteriormente lo reembolse bajo condiciones contractuales (por ejemplo, la Administración compra bonos emitidos por una sociedad y obtiene la correspondiente retribución por el capital prestado); en este caso se trata de una operación de *adquisición de activos financieros* (concretamente, una operación de adquisición de valores distintos de acciones). Según el *Manual del SEC-95*, una aportación de capital se considera adquisición de un activo financiero si reúne tres características: i) los fondos se ponen a disposición de una sociedad que tiene un amplio grado de libertad sobre la forma de utilizarlos; ii) los accionistas tienen derecho a recibir

⁴⁸⁰ El SEC-95 es un conjunto integrado de cuentas de flujos y stocks, cuyo objetivo consiste en garantizar la coherencia del sistema en su totalidad. El *Manual del SEC-95 sobre el déficit público y la deuda pública*, (versión 2002) consideraba este tratamiento asimétrico de los activos no financieros y los activos financieros como una posible fuente de “incoherencia” del sistema del SEC-95. Véase, EUROSTAT, *Manual del SEC-95 sobre el déficit público y la deuda pública*, (versión 2002), cit., pp. 29 y 30.

En las versiones posteriores del *Manual del SEC-95 sobre el déficit público y la deuda pública* ya no se hace referencia a los límites a la coherencia, pero sí se mantiene el tratamiento contable diferente entre activos financieros y activos no financieros. EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, pp. 111 y ss.

dividendos; iii) en el caso de entes constituidos con la forma jurídica de sociedades, se emiten nuevas acciones (por un montante igual a los fondos colocados)⁴⁸¹.

En segundo lugar, también es posible que la Administración efectúe el préstamo sin recibir a cambio dividendos ni intereses; esta operación tiene como fin mejorar ciertas necesidades sociales y debe ser considerada como una transferencia de capital. Las transferencias de capital son operaciones llevadas a cabo generalmente por las Administraciones públicas, y realizadas con fines de política pública. En estas operaciones, la Administración no obtiene nada a cambio (en términos de dividendos), puesto que en la mayor parte de los casos la empresa que recibe la aportación no paga dividendos⁴⁸².

La primera de las operaciones descritas no afecta a la capacidad o necesidad de financiación de las Administraciones públicas. Por el contrario la segunda sí, al no existir contrapartida al capital prestado por la Administración pública, la operación genera gasto público.

En consecuencia, para el cálculo correcto de la capacidad o necesidad de financiación del sector Administraciones públicas se debe determinar si las inyecciones de capital que efectúa la Administración pública a entes fuera del sector Administraciones públicas son adquisiciones de activos financieros (que no incrementan

⁴⁸¹ EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 125 (Box 3). Traducción extraída de la versión de 2002 del *Manual del SEC-95*, p. 66.

A nivel doctrinal, algunos autores consideran que un hecho determinante para considerar la inyección de capital como adquisición de activos financieros es que las acciones de la sociedad coticen en bolsa. Véase, BAREA TEJEIRO, José, “Una nota sobre déficit público y activos financieros”, *Revista española de control externo*, vol. 8, (24), 2006, p. 167.

De igual forma, otros autores consideran que los elementos fundamentales para considerar la operación como adquisición de activos financieros son: haber recibido un activo a cambio y esperar recibir dividendos. Véase, AMENGUAL ANTICH, José, “Una consecuencia de la Ley General de Estabilidad presupuestaria: alternativas a la financiación de inversiones públicas”, *Presupuesto y gasto público*, (40), 2005, p. 56.

⁴⁸² El SEC-95 define dos tipos de transferencias de capital: las ayudas a la inversión (D.92); y otras transferencias de capital para cubrir pérdidas acumuladas (D.99). Una ayuda a la inversión es una “transferencia de capital, en efectivo o en especie, por parte de la Administración, a otro residente unidad institucional, para financiar la totalidad o parte del coste de la adquisición de activos fijos”. Y, otras transferencias de capital para cubrir pérdidas acumuladas son inyecciones de capital realizadas para cubrir pérdidas (ya sean pérdidas repetitivas durante varios años fiscales, o pérdidas irregulares pero que no se compensan con los beneficios existentes). Estas inyecciones de capital se tratan normalmente como una operación no financiera por su importe completo, incluso si la sociedad que tiene pérdidas ha emitido parcialmente acciones o títulos equivalentes. Sobre la definición de transferencia de capital, sus características y tipos, véase, EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, pp. 125 y 126 (Box 3).

el nivel de déficit público), o si por el contrario, se tratan de transferencias de capital (que incrementan el nivel de déficit público).

La distinción entre una u otra operación es especialmente compleja cuando la Administración lleva a cabo inyecciones de capital a sociedades públicas⁴⁸³. En este punto, Eurostat ha reclasificado como transferencias de capital algunas de las inyecciones de capital que los Estados miembros habían calificado inicialmente como adquisición de activos financieros. Analizaremos de forma extensa esta distinción a través de los pronunciamientos de Eurostat sobre la naturaleza de las inyecciones de capital que las Administraciones públicas españolas efectuaban a ADIF (considerada sociedad pública de mercado, clasificada fuera del sector Administraciones públicas). Estas inyecciones de capital fueron inicialmente calificadas por el Estado español como adquisición de activos financieros, y posteriormente reclasificadas por Eurostat como transferencias de capital⁴⁸⁴.

Estas reglas fijadas para la clasificación de las inyecciones de capital que las Administraciones públicas efectúan a sociedades públicas, también deben aplicarse en los casos de determinadas inyecciones de capital de las Administraciones públicas a empresas privadas. Tal como establece el *Manual del SEC-95*, algunas empresas privadas son “demasiado grandes para caer” (“*too big to fail*”) o llevan a cabo actividades cruciales en la economía (como poseer y explotar infraestructuras y servicios de carácter esencial)⁴⁸⁵. En estos casos, las Administraciones públicas se ven forzadas a preservar la existencia de estas empresas, y las inyecciones de capital (formalmente consideradas operaciones financieras), pueden ser reclasificadas en términos económicos como subvenciones (D.3). Las subvenciones son pagos corrientes

⁴⁸³ El *Manual del SEC-95* recoge un apartado específico relativo a la calificación de las inyecciones de capital de las Administraciones públicas a sociedades públicas como adquisición de activos financieros, o como transferencia de capital. Véase, EUROSTAT, *Manual del SEC-95*, (versión 2012), cit., pp. 109 y ss.

⁴⁸⁴ Véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe Naturaleza de las inyecciones de capital de las Administraciones públicas a sociedades públicas, pp. 462 y ss.

⁴⁸⁵ Como advirtió el Fondo Monetario Internacional, en algunos proyectos en los que colaboran conjuntamente el sector público y el sector privado (CPP) al tratarse comúnmente de proyectos de grandes infraestructuras proveedoras de servicios esenciales (denominados proyectos “*too big to fail*”), la Administración acaba asumiendo más riesgos de los que se reflejan en las cláusulas del contrato. Véase, FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *Public – Private Partnerships*, 12 de Marzo de 2004, p. 22, párrafo 39. Disponible vía internet: <http://www.imf.org/external/np/fad/2004/pifp/eng/031204.pdf> (última consulta, julio de 2013).

Sobre la distribución de los riesgos entre el sector público y privado en los contratos de CPP, véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe La distribución de los riesgos como elemento determinante para la calificación de las obligaciones derivadas del contrato como públicas, pp. 584 y ss.

que las Administraciones públicas efectúan sin contrapartida e incrementan el déficit público no financiero.

De forma previa a finalizar este apartado relativo al concepto de déficit público, debemos apuntar uno de los principales problemas para su determinación, la transposición de los datos derivados de la contabilidad presupuestaria en términos de contabilidad nacional. Las autoridades estadísticas nacionales parten de la contabilidad presupuestaria para obtener el déficit en términos de contabilidad nacional⁴⁸⁶, para ello efectúan los correspondientes ajustes en los datos presupuestarios⁴⁸⁷.

Como hemos analizado, el SEC-95 toma en consideración el déficit o superávit no financiero, que es equivalente a la diferencia entre los capítulos I a VII de ingresos y gastos del Presupuesto. Quedando excluidos los Capítulos VIII y IX del Presupuesto que corresponden, respectivamente, a activos y pasivos financieros⁴⁸⁸. A pesar de esta equivalencia, la operación de transposición de los criterios de la contabilidad presupuestaria a los criterios de la contabilidad nacional no es tan sencilla, dado que entre ambas contabilidades existen diferencias a nivel de composición del sector y de criterios contables más profundas. Estas disparidades generan la necesidad de practicar dichos ajustes contables. Existen diferentes tipos de ajustes, entre los que podemos

⁴⁸⁶ El paso de la contabilidad presupuestaria a la contabilidad nacional no es una operación sencilla; por ello, a nivel de la Administración General del Estado esta tarea se lleva a cabo por un servicio especializado de la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE). En los casos de las Comunidades Autónomas y los Entes Locales, en el marco establecido por el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para asuntos económicos sobre mejoras en la transparencia en el ámbito de la información económica y estadística proporcionada por el Gobierno”, la IGAE ha aprobado sendos manuales sobre el cálculo del déficit en contabilidad nacional para las Comunidades Autónomas y los Entes locales. Estos manuales proporciona a los gestores públicos los elementos básicos para que puedan realizar, a partir de la información de base de la que disponen, una evaluación aproximada y suficiente del saldo de sus cuentas en los términos del sistema europeo de contabilidad nacional.

⁴⁸⁷ Existen, sin embargo, dos conceptos de contabilidad presupuestaria que pueden considerarse próximos al déficit (superávit) en términos de contabilidad nacional, el saldo presupuestario y el resultado presupuestario. El *resultado presupuestario* viene dado por la diferencia entre ingresos y gastos realizados, excluida la variación de pasivos financieros. Este indica si los recursos presupuestarios han sido suficientes para financiar los gastos presupuestarios en cuyo caso habrá superávit presupuestario, o si han sido insuficientes, caso en que existirá déficit presupuestario. Por su parte, el *saldo presupuestario* se obtiene de sumar al resultado presupuestario la variación neta de activos financieros, y su resultado será la existencia de superávit (si es positivo) o déficit (si es negativo) de financiación.

⁴⁸⁸ Siguiendo la clasificación económica del presupuesto de gastos (art. 40.1.c) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria), estos pueden clasificarse en:

A) Operaciones corrientes: Capítulo I: Gastos de personal; Capítulo II: Gastos corrientes en bienes y servicios; Capítulo III: Gastos financieros; y Capítulo IV: Transferencias corrientes.

B) Operaciones de capital: Capítulo V: Fondo de contingencia; Capítulo VI: Inversiones reales; Capítulo VII: Transferencias de capital; Capítulo VIII: Activos financieros; y Capítulo IX: Pasivos financieros.

destacar, los ajustes derivados de la inclusión en el sector Administraciones públicas de determinados órganos que en términos de contabilidad presupuestaria quedan exentos⁴⁸⁹, los ajustes resultantes del diferente momento del cómputo de las operaciones⁴⁹⁰ o los ajustes fruto de la suscripción de contratos entre el sector público y el sector privado que generan obligaciones que deben contabilizarse como públicas a pesar de ser de titularidad privada⁴⁹¹.

Además, como hemos apuntado y analizaremos en extenso, la exclusión de los capítulos VIII y IX del Presupuesto a efectos del cómputo del déficit y la deuda públicos ha propiciado una tendencia por parte de los Estados a trasladar gastos de otros capítulos del Presupuesto a estos capítulos. El incremento de este tipo de prácticas por parte de los Estados dificulta la compleja tarea de transposición entre ambas contabilidades. Como apunta, BAREA TEJEIRO “el presupuesto no se caracteriza por su transparencia. Por ello, se desconoce si se están contabilizando en cuentas nacionales tales operaciones de acuerdo con el SEC-95 o si se están siguiendo los criterios de contabilidad pública, en este caso el déficit no refleja la situación real de las finanzas públicas”⁴⁹². Lo anterior lleva al autor a declarar que “controlar estas reasignaciones es una misión muy importante que debería ser realizada por órganos que no dependan de la Administración”⁴⁹³.

En esta coyuntura surgen dos cuestiones. La primera de ellas, relativa a la idoneidad de aproximar los criterios presupuestarios y los criterios de la contabilidad nacional. La asunción por parte de la contabilidad presupuestaria de los criterios de la contabilidad nacional, si bien simplificaría el proceso de elaboración y transposición de información a las autoridades europeas sobre los niveles de déficit y deuda públicos nacionales, menoscabaría alguno de los objetivos intrínsecos a la institución del presupuesto. El presupuesto, “como acto de previsión y de autorización de todos los ingresos y sus gastos del Estado en un período determinado”⁴⁹⁴, perdería parte de su efectividad con la aplicación de algunos criterios claves de la contabilidad nacional,

⁴⁸⁹ Esta cuestión será analizada durante el estudio del elemento subjetivo del concepto europeo de deuda pública. Véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe La configuración del sector Administraciones públicas en el SEC-95, pp. 425 y ss.

⁴⁹⁰ Las diferencias entre el criterio del devengo y el criterio de caja serán objeto de estudio. Véase, *infra*, Capítulo IV epígrafe El criterio del devengo, pp. 566 y ss.

⁴⁹¹ La incidencia de estos contratos en la deuda pública se analizará en el Capítulo IV, epígrafe Los contratos de colaboración público – privada, pp. 576 y ss.

⁴⁹² Véase, BAREA TEJEIRO, José, “El marco conceptual del déficit público”, cit., p. 74.

⁴⁹³ Véase, BAREA TEJEIRO, José, “Una nota sobre déficit público y activos financieros”, *Revista española de control externo*, Vol. 8, (24), 2006, p. 170.

⁴⁹⁴ Concepto de presupuesto recogido por RODRÍGUEZ BEREJO, Álvaro, *El presupuesto del Estado. Introducción al Derecho presupuestario*, Biblioteca Tecnos de Estudios Jurídicos, Madrid, 1970, p. 15.

como, por ejemplo, el criterio del devengo a la hora de contabilizar temporalmente determinadas operaciones.

La contabilidad presupuestaria y la contabilidad nacional cumplen funciones distintas, y de ello se deriva la existencia de desigualdades entre ambas y la necesidad de efectuar ajustes para trasponer los datos obtenidos bajo contabilidad presupuestaria a contabilidad nacional. Ahora bien, estos argumentos, no justifican la introducción de diferencias forzadas que tengan como único objetivo ocultar déficit y deuda públicos.

En este sentido se pronuncia PASCUAL GARCÍA al afirmar que “el presupuesto es un plan financiero a corto plazo y un instrumento de control del gasto que no alcanzaría su finalidad si, en lugar de actos administrativos de gestión, tratara de cuantificar hechos económicos, algunos de los cuales escaparían incluso a la voluntad de los órganos gestores y otros carecerían de repercusiones financieras. Por ejemplo, me parece más acorde con la naturaleza del presupuesto contabilizar los intereses en el ejercicio del vencimiento, en el cual se practican las correspondientes liquidaciones y se ha de disponer de recursos para el pago, que con arreglo al devengo económico. De otra parte, existen gastos en sentido económico, como las amortizaciones, que carecen de interés para el presupuesto. Los ajustes para obtener la contabilidad nacional a partir de la contabilidad pública seguirán siendo necesarios y no hay que temerles”⁴⁹⁵.

A pesar de las afirmaciones anteriores, PASCUAL GARCÍA considera que en algunos ámbitos sí que cabe la posibilidad de acercar los criterios aplicables en contabilidad presupuestaria y contabilidad nacional. Este es el supuesto del concepto sector Administraciones públicas existente a nivel interno y de SEC-95, que podría unificarse “con el fin de evitar la desviación del déficit hacia el sector público empresarial”⁴⁹⁶. Esta aproximación en la estructura del sector Administraciones públicas se ha llevado a cabo a través de LGEP, y en la actual LGEP, como observaremos estas normas han adoptado el concepto “sector Administraciones públicas” del SEC-95⁴⁹⁷.

⁴⁹⁵ PASCUAL GARCÍA, José, “Seguimiento y control de la estabilidad presupuestaria”, *Revista española de control externo*, cit., p. 103.

⁴⁹⁶ *Ibidem*, p. 103.

⁴⁹⁷ La introducción del concepto “sector Administraciones públicas” en el ordenamiento jurídico interno será analizada con posterioridad. Véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe Delimitación del sector público en la Ley General de Estabilidad Presupuestaria y la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, pp. 546 y ss.

La segunda cuestión es la necesidad de introducir normas armonizadas de contabilidad del sector público en los Estados miembros. En cumplimiento del art. 16 de la Directiva 2011/85/UE, la Comisión ha presentado un informe en el que detalla la idoneidad de introducir normas armonizadas de contabilidad del sector público basadas en el criterio del devengo. En palabras de la propia Comisión la contabilidad de devengo en el sector público es necesaria *“para evitar algunas de las manipulaciones que permite la contabilidad de caja, en la que los pagos pueden adelantarse o posponerse para registrarlos en el periodo que elija la administración. Sin embargo, la contabilidad de devengo no pretende suprimir o sustituir la contabilidad de caja, en particular cuando esta última se utiliza a efectos de presupuestación o control presupuestario”*⁴⁹⁸.

El informe constata que la calidad de los datos estadísticos mejoraría sustancialmente si todas las Administraciones públicas partieran de normas contables armonizadas para elaborar las cuentas en términos de SEC, y determinar los niveles de déficit y deuda públicos. Ahora bien, el proceso para llevar a cabo esta armonización tiene algunas dificultades. En primer lugar, los costes económicos para los Estados de introducir la contabilidad armonizada. Y en segundo, la necesidad de determinar el sistema contable que debe aplicarse. En este punto, el informe de la Comisión evalúa la adecuación de introducir las Normas Internacionales de Contabilidad del Sector Público (*International Public Sector Accounting Standards*, IPSAS) a los Estados miembros. Las IPSAS son el único conjunto de normas de contabilidad del sector público reconocido internacionalmente. Sin embargo, tras las consultas a la autoridades estadísticas nacionales, Eurostat afirma que las IPSAS no pueden aplicarse fácilmente a los Estados miembros en su estado actual⁴⁹⁹. Esto no excluye que las IPSAS constituyan una referencia indiscutible a efectos de elaborar unas cuentas armonizadas de la UE, las futuras Normas Europeas de Contabilidad para el Sector público (EPSAS, *European Public Sector Accounting Standards*).

⁴⁹⁸ COMISIÓN, *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Hacia la aplicación de normas armonizadas de contabilidad del sector público en los Estados miembros. La idoneidad de las IPSAS para los Estados miembros*, COM(2013), 6 de marzo de 2013, Bruselas.

⁴⁹⁹ Entre las deficiencias de las que adolecen las IPSAS se encuentra su capacidad para resolver el problema de la consolidación en las cuentas públicas de un ente con arreglo a la definición de administraciones públicas. Todos los problemas de las IPSAS se detallan en COMISIÓN, *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Hacia la aplicación de normas armonizadas de contabilidad del sector público en los Estados miembros. La idoneidad de las IPSAS para los Estados miembros*, COM(2013), cit., p. 9.

2. Los conceptos de deuda pública en el Reglamento (CE) núm. 479/2009 y en el SEC-95

El art. 1.5 del Reglamento (CE) núm. 479/2009, sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, establece el concepto de deuda pública a efectos de dicho procedimiento:

“Por deuda pública se entenderá el valor nominal del total de las obligaciones brutas del sector Administraciones públicas (S.13) pendientes a final del año, a excepción de las obligaciones representadas por activos financieros que estén en manos del sector Administraciones públicas.

La deuda pública estará constituida por las obligaciones de las Administraciones públicas en las categorías siguientes: efectivo y depósitos (AF. 2), títulos que no sean acciones, con exclusión de los productos financieros derivados (AF. 33) y préstamos (AF. 4), conforme a las definiciones del SEC-95”.

De esta definición inferimos que el elemento objetivo de la deuda pública a efectos del procedimiento de déficit excesivo se integra por las *obligaciones brutas* del sector Administraciones públicas *pendientes a final del año*. Para poder determinar el alcance del elemento objetivo del concepto de deuda pública, a nuestro parecer, es preciso analizar tres aspectos⁵⁰⁰: el concepto obligación; su registro bruto; y el carácter de pendiente a final del año.

En términos contables, una *obligación* es “una deuda actual, cierta o estimada, que supone un pasivo para la parte deudora, proveniente de transacciones, acuerdos o acontecimientos de naturaleza presupuestaria o no presupuestaria acaecidos en un tiempo pasado, en virtud de la cual la entidad se ha comprometido a realizar, al vencimiento de la misma, una prestación evaluada económicamente”⁵⁰¹. Como se observa en la definición, el elemento central del concepto obligación, en términos contables, es la existencia de un *pasivo* para la parte deudora, con independencia del título jurídico del que el pasivo se derive.

⁵⁰⁰ Junto a estos tres aspectos del elemento objetivo del concepto de deuda pública, debería analizarse su elemento subjetivo (el concepto de sector Administraciones públicas en el SEC-95). Ahora bien, como ya apuntamos, este análisis se efectuará en el Capítulo IV. Véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe Criterios para la clasificación de un ente en el sector Administraciones públicas, pp. 427 y ss.

⁵⁰¹ Ni el Reglamento (CE) núm. 2223/1996, ni el *Manual del SEC-95* recogen un concepto de obligación, por ello, hemos reproducido el concepto de obligación establecido en el documento núm. 3 de los Principios Contables públicos. Véase, IGAE, *Principios Contables públicos*, Documentos 1 a 8, Ministerio de Hacienda, p. 75 (apartado 2.1.A. Concepto y características de la obligación).

Para el cálculo de la deuda pública a efectos del procedimiento de déficit excesivo, las obligaciones deben computarse en términos *brutos*, por tanto, no deben compensarse con otros activos financieros en manos del sector Administraciones públicas (principio de no compensación)⁵⁰². Esta consideración hace que la variación del nivel de deuda pública no coincida con el importe de déficit público para ese ejercicio, ya que el déficit es la necesidad de financiación, equivalente a los *recursos netos* que las Administraciones públicas reciben del resto de sectores de la economía y del exterior en el ejercicio.

Por último, solo deben contabilizarse aquellas obligaciones *pendientes a final del año*. Para poder determinar si una obligación está pendiente a final del año es necesario conocer el momento de registro de las obligaciones en términos de SEC-95. En el SEC-95, de igual forma que para el cálculo de la deuda pública en el procedimiento de déficit excesivo, las obligaciones se computan según el *criterio del devengo*, “es decir, cuando se crea, transforma o extingue el valor económico, o cuando nacen, se transforman o se cancelan los derechos y las obligaciones” (apartado 1.57 del SEC-95).

Por tanto, se integran las obligaciones nacidas en ese período, pero no se toman en consideración las obligaciones de las Administraciones públicas que están pendientes por incumplimiento. Estas obligaciones habrán sido previamente contabilizadas en el montó de la deuda pública del año en que nacieron (criterio del devengo), y no deben contabilizarse de nuevo cuando se produce el incumplimiento, puesto que supondría contabilizarlas doblemente.

En cuanto a la determinación del período cuya deuda se tiene en cuenta, el *Manual del SEC-95* establece que la deuda que se toma en consideración es la variación de la deuda pública entre dos momentos (final del año N y final del año N-1). O

⁵⁰² Véase, EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, pp. 333 (apartado 2).

La *no compensación* constituye uno de los principios de la contabilidad nacional. Este principio establece que “en ningún caso deben compensarse las partidas del activo y del pasivo del Balance, ni las de gastos e ingresos que integran la Cuenta del resultado económico-patrimonial, ni los gastos e ingresos que integran el Estado de liquidación del Presupuesto. Deben valorarse separadamente los elementos integrantes de las distintas partidas del activo y del pasivo. Véase, IGAE, *Principios Contables públicos*, Documento de trabajo 1, Principios contables públicos, p. 40.

expresado de otro modo, la deuda es igual a la emisión en el año N de nuevos pasivos⁵⁰³.

Una vez determinado el concepto de obligación bruta pendiente al final del año, hemos de tener en cuenta que no todas las obligaciones brutas pendientes al final del año del sector Administraciones públicas se integran en el concepto de deuda pública, existen dos excepciones.

En primer lugar, se extraen del concepto de deuda pública “*las obligaciones representadas en activos financieros*” (art. 1.5 del Reglamento (CE) núm. 479/2009). Esta exclusión hace referencia a la operación de consolidación⁵⁰⁴. Es decir, han de eliminarse del cálculo de la deuda pública las obligaciones (pasivos) cuyos correspondientes activos financieros están también en posesión del sector Administraciones públicas. De este modo, si bien no cabe la compensación de activos y pasivos distintos (como hemos visto, las obligaciones deben registrarse en términos brutos), sí se consolidan aquellos pasivos cuyos activos también están en posesión del sector Administraciones públicas. La deuda pública debe consolidarse en los cuatro subsectores que integran el sector Administraciones pública⁵⁰⁵ (administración central, comunidades autónomas, corporaciones locales, administración de seguridad social⁵⁰⁶).

En segundo lugar, como hemos apuntado, en el concepto de deuda pública aplicable en el procedimiento de déficit excesivo no se integran determinados pasivos financieros que sí se computan en el cálculo de la deuda pública en términos de SEC–95. Como se extrae de la comparación de ambas definiciones de deuda pública, el concepto de deuda pública a efectos del procedimiento de déficit excesivo no incluye: los derivados financieros (AF. 34); otras cuentas pendientes de pago (AF. 7); ni algunas

⁵⁰³ Véase, EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, pp. 337 (VIII.2.2.4 Variación de la deuda pública, apartado 9).

⁵⁰⁴ La redacción de la versión española (“*a excepción de las obligaciones representadas por activos financieros que estén en manos del sector Administraciones públicas*”) es, a nuestro parecer, más confusa que la versión francesa o la inglesa, en las que claramente se aprecia que esta disposición hace referencia a la operación de consolidación. La versión francesa tiene el siguiente tenor “*à l’exception des engagements dont les actifs financiers correspondants sont détenus par le secteur Administrations publiques*” (que puede traducirse como: a excepción de las obligaciones cuyos activos financieros correspondientes están en manos del sector Administraciones públicas). Del mismo modo, la versión inglesa establece “*with the exception of those liabilities the corresponding financial assets of which are held by the sector of ‘general government’*”.

⁵⁰⁵ El *Manual del SEC–95* reitera la obligación de consolidar la deuda pública. Véase, EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, pp. 333 (apartado 2).

⁵⁰⁶ El concepto sector Administraciones públicas y su división en subsectores se analizará con posterioridad. Véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe La subdivisión del sector Administraciones públicas en cuatro subsectores, pp. 442 y ss.

acciones y participaciones (AF. 5) y reservas técnicas de seguro (AF. 6). La exclusión de otras cuentas pendientes de pago se lleva a cabo, esencialmente, por motivos prácticos de medición (*Manual del SEC-95*, apartado VIII, relativo al cálculo de la deuda pública)⁵⁰⁷. De forma similar, en el caso de los productos financieros no existe un valor nominal idéntico al observado para los demás instrumentos financieros, por ello, no deben incluirse en las obligaciones constitutivas de la deuda pública (considerando núm. 5 del Reglamento (CE) núm. 479/2009).

Estas precisiones hacen que para la determinación de la deuda pública a efectos del procedimiento de déficit excesivo deban efectuarse una serie de ajustes respecto al stock de deuda pública en términos de SEC-95. Estos son: en primer lugar, la deuda pública deberá consolidarse; en segundo lugar, deberán excluirse las cuentas pendientes de pago y los derivados financieros; en tercer lugar, deberán efectuarse las correcciones de los intereses devengados a los intereses pagados; y, por último, en el caso de los títulos valores, deberán realizarse correcciones del valor de transacción al valor facial (es decir, la diferencia entre el precio de emisión o rescate y el valor nominal)⁵⁰⁸.

En síntesis, la deuda pública a efectos del procedimiento de déficit excesivo se configura del siguiente modo: (i) Elementos incluidos: las obligaciones brutas de las Administraciones públicas pendientes al final del año. Concretamente, se incluyen los pasivos del sector Administraciones pública materializados en: efectivo y depósitos; valores distintos de acciones –excluidos los derivados financieros–; y los préstamos. (ii) Elementos excluidos: Se excluyen aquellos pasivos cuyos activos financieros están también en manos del sector Administraciones públicas (“*pasivos representados en activos financieros*”).

Por último, debemos señalar que, como veremos a lo largo del Capítulo IV, en el elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública también deben incluirse determinadas obligaciones brutas pendientes al final del año de entes fuera del sector Administraciones públicas⁵⁰⁹. Estas últimas obligaciones se califican como públicas debido al importante nivel de riesgos que las Administraciones públicas asumen en la operación en la que nace la obligación. Estas obligaciones se reflejarán en el balance público a través del registro de un préstamo imputado.

⁵⁰⁷ Véase, EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, pp. 333 (apartado 3).

⁵⁰⁸ Véase, EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, pp. 337 (apartado 11).

⁵⁰⁹ Véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe Obligaciones brutas pendientes de entes fuera del sector Administraciones públicas que integran el concepto europeo de deuda pública, pp. 575 y ss.

De lo anterior se extrae que una interpretación literal de la definición de deuda pública recogida en el art. 1.5 del Reglamento (CE) núm. 479/2009 puede suponer no tomar en consideración obligaciones (de antes fuera del sector Administraciones públicas) que finalmente se integrarán en el elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública. Por ello, dado que una de las principales funciones del Reglamento (CE) núm. 479/2009 es precisar los conceptos fijados en el art. 2 del Protocolo núm. 12 sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, a nuestro parecer, la propia definición del concepto de deuda del art. 1.5 del Reglamento (CE) núm. 479/2009 debería contener una mención expresa a este tipo de obligaciones.

Antes de concluir este apartado relativo al concepto de deuda pública debemos precisar que, a diferencia de lo que sucede con el concepto de déficit público, el concepto de deuda pública a efectos del procedimiento de déficit excesivo es específico para dicho procedimiento y difiere del concepto de deuda pública del SEC-95.

En cuanto al concepto de deuda pública en el SEC-95, si bien *Manual del SEC-95* no recoge una definición específica de deuda pública, esta puede inferirse de los datos relativos al método de cálculo de la deuda pública recogidos en la parte VIII del *Manual del SEC-95*⁵¹⁰.

El concepto de deuda pública a efectos del procedimiento de déficit excesivo y el concepto de deuda pública en términos de SEC-95 se diferencian, por un lado, en la forma de valoración de las obligaciones (se toma en consideración el valor nominal). Y por otro lado, en las categorías de obligaciones que lo integran (algunas de las categorías que integran el concepto de deuda pública del SEC-95 no se incluyen en el concepto de deuda pública a efectos del procedimiento de déficit excesivo).

Al respecto, el *Manual del SEC-95* precisa que si bien “la definición de deuda pública en el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo es coherente con lo dispuesto en el SEC-95 en cuanto a la definición del sector administraciones públicas y

⁵¹⁰ El *Manual del SEC-95* en su versión de 2002 contenía una parte específica relativa al cálculo de la deuda pública (Parte V: Adenda sobre la deuda pública). En la actualidad, esta parte se incluye en la Parte VIII (*Measurement of General Government debt*). Véase, EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, pp. 333 y ss. (sobre los pasivos que conforman el stock de deuda pública en términos de SEC-95, p. 335).

Además del método de cálculo del monto de deuda pública a efectos del procedimiento de déficit excesivo, el *Manual del SEC-95* también recoge disposiciones de carácter general (como son disposiciones relativas a la delimitación del sector Administraciones públicas o al concepto de pasivo financiero) que también inciden en la configuración del concepto de deuda pública.

de los pasivos financieros”, su “valoración difiere de las normas de valoración del SEC–95”⁵¹¹. Por tanto, la definición de deuda pública en ambos supuestos tiene el mismo elemento subjetivo (el sector Administraciones públicas en términos de SEC–95⁵¹²) y las definiciones de las categorías de pasivos que lo integran son las definiciones establecidas por el SEC–95. Ahora bien, la valoración de las obligaciones en uno u otro concepto son distintos en varios aspectos.

En primer lugar, para el cálculo de la deuda pública en el procedimiento de déficit excesivo, se toma en consideración el valor nominal de las obligaciones pendientes a final del año, y no el valor de mercado que es el utilizado en el SEC–95⁵¹³. El art. 1.5 del Reglamento (CE) núm. 479/2009 establece que el valor nominal es equivalente al valor facial de los pasivos y, por su parte, el *Manual del SEC–95* precisa que el valor facial “es igual al importe (acordado contractualmente) que las Administraciones públicas deberán reembolsar a los acreedores en el momento del vencimiento”⁵¹⁴.

En segundo lugar, los intereses se computan de forma distinta en el cálculo de la deuda pública a efectos del procedimiento de déficit excesivo que en el cálculo del stock de deuda pública del SEC–95. El *Manual del SEC–95* establece que, en términos de SEC–95, los intereses se computan cuando se devengan, con independencia del momento en que estos se pagan⁵¹⁵. Sin embargo, para el cálculo de la deuda pública en el procedimiento de déficit excesivo, los pasivos registrados por su valor nominal no incluyen los intereses devengados, a excepción de los instrumentos emitidos al descuento en los que el valor nominal *de facto* ya incluye los intereses⁵¹⁶.

⁵¹¹ EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, pp. 333.

⁵¹² Sobre la configuración del sector Administraciones públicas. Véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe Criterios para la clasificación de un ente en el sector Administraciones públicas, pp. 427 y ss.

⁵¹³ El apartado 1.51 del Reglamento (CE) núm. 2223/96 que establece que “los precios de mercado son la referencia básica del SEC para la valoración”.

⁵¹⁴ Véase, EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, pp. 335.

⁵¹⁵ El apartado 4.50 del Reglamento (CE) núm. 2223/1996 establece que: “los intereses se registran según el criterio del devengo, es decir, como si se devengaran de forma continua al acreedor sobre el importe del saldo vivo del principal”.

Los intereses devengados se adicionan desde el principio al valor del instrumento financiero en el balance. La cuantía correspondiente a los intereses se irá reduciendo a medida que los intereses se vayan pagando. Véase, EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, pp. 336 (apartado 6).

⁵¹⁶ Véase, EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, pp. 336 (apartado 6).

Bajo esta regla general de cómputo de los intereses a efectos del procedimiento de déficit excesivo, existe un supuesto específico, el de los intereses debidos y no pagados. Estos, mientras no se paguen,

En tercer y último lugar, el *Manual del SEC-95* realiza una serie de precisiones respecto al cálculo del valor nominal⁵¹⁷ de algunos de los pasivos que integran la deuda pública a efectos del procedimiento de déficit excesivo⁵¹⁸. Estas puntualizaciones son:

- En el caso de los depósitos⁵¹⁹ (incluidos los pagarés⁵²⁰ no negociables⁵²¹) el valor nominal incluye los intereses devengados cuando se pagan efectivamente al depositario por imperativo legal y pueden retirarse.
- En las obligaciones indicadas⁵²² el valor nominal corresponde al valor facial ajustado mediante la actualización del capital vinculado a la indicación calculada al final del año.
- Para los bonos cupón cero⁵²³ el valor nominal es el valor de rescate.
- En los bonos con intereses capitalizados⁵²⁴ el valor nominal es el valor de la emisión.
- Respecto a los bonos desdoblados⁵²⁵ el desdoble de cupones y principal no modifica el valor nominal del bono original.

deberán registrarse como otras cuentas pendientes de pago (F. 79). Para el cálculo de la deuda pública en el procedimiento de déficit excesivo no se toma en consideración los intereses registrados en otras cuentas pendientes de pago. EUROSTAT, *Manual del SEC-95*, (versión 2002), cit., p. 205 (ejemplo de los intereses atrasados). Este ejemplo no consta en las versiones posteriores del *Manual del SEC-95*.

⁵¹⁷ *Valor nominal*: valor por el que se emitió un título- valor, y cuyo importe figura inscrito en el documento. *Ibidem*, p. 182.

⁵¹⁸ Véase, EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, pp. 335 y 336.

⁵¹⁹ *Depósito*: contrato real por el que una parte (depositante) entrega una cosa a otra parte (depositario) para que este la custodie y la conserve con la obligación de restituirla al término de un plazo prefijado. Definición extraída de: AA.VV., “*Glosario de términos bursátiles y financieros*”, cit., p. 66.

⁵²⁰ *Pagaré*: título por el que una persona, denominada firmante, se obliga a pagar a otra (tenedor), o a su orden, una cantidad determinada en fecha y lugar fijados. AA.VV., “*Glosario de términos bursátiles y financieros*”, cit., p. 137.

⁵²¹ *Negociables*: calificativo de los títulos susceptibles de negociación, que pueden ser transmitidos, cedidos o enajenados según las peculiaridades propias del tipo del que se trate. AA.VV., “*Glosario de términos bursátiles y financieros*”, cit., p. 125.

⁵²² *Indicado*: títulos que se remuneran o amortizan respecto a un índice de referencia, con lo que se consigue asegurar al tenedor unos rendimientos constantes. AA.VV., “*Glosario de términos bursátiles y financieros*”, cit., p. 102.

⁵²³ *Cupón cero*: emisiones de bonos y obligaciones en las que no se pagan intereses durante la vida del bono u obligación, ya que estas se van reinvertiendo, produciéndose la rentabilidad como una plusvalía constituida por la diferencia entre el valor de la emisión y el de reembolso, no pudiendo hacerse efectivo hasta el vencimiento. AA.VV., “*Glosario de términos bursátiles y financieros*”, cit., p. 62.

⁵²⁴ *Capitalización (simple)*: operaciones con capitalización simple son aquellas donde los intereses no son acumulativos, es decir, no se acumulan al capital inicial para producir nuevos intereses. AA.VV., “*Glosario de términos bursátiles y financieros*”, cit., p. 47.

- Los derivados⁵²⁶ financieros no se incluyen en la deuda pública, ya que no tienen un valor nominal idéntico al de otros instrumentos de deuda⁵²⁷.
- Finalmente, en los arrendamientos financieros⁵²⁸ la deuda incluye el préstamo imputado igual a la formación bruta de capital fijo en los arrendamientos financieros.

Junto a la distinta valoración de las obligaciones, los dos conceptos de deuda pública también difieren en las categorías de obligaciones pendientes (pasivos) que se integran cada uno de ellos. El stock de deuda pública a efectos de SEC-95 se constituye por la suma de todos los pasivos del sector administraciones públicas (S. 13): efectivo y depósitos (AF. 2), valores distintos de acciones (AF. 3) incluidos los derivados financieros (AF. 34), préstamos (AF. 4) y otras cuentas pendientes de pago (AF. 7), así como, en algunos casos y en muy pequeña medida, acciones y otras participaciones (AF. 5) y reservas técnicas de seguro (AF. 6).

Por tanto, el concepto de deuda pública del procedimiento de déficit excesivo incluye un menor número de obligaciones que las incluidas en el cálculo del stock de deuda pública en términos de SEC-95. Esta distinción se deriva de la función que cumplen cada uno de los conceptos. El concepto de deuda pública del SEC-95 debe integrar todas las categorías de obligaciones, de lo contrario afectaría a la coherencia del SEC-95 como sistema integrado de cuentas. Ahora bien, a efectos del procedimiento de déficit excesivo, el concepto de deuda pública define una magnitud a través de la cual

⁵²⁵ *Bono desdoblado*: bono convencional en el que se separan sus componentes, lo que significa que los cupones y el principal quedan segregados. Cada pago de cupón y principal se convierte en un bono separado con su particular fecha de vencimiento. El bono desdoblado, por tanto, se convierte en una serie de bonos cupón cero que se pueden comercializar por separado. REUTERS, *Curso sobre mercados de renta fija*, título original *An Introduction to Bond Markets*, Gestión 2000, Barcelona, 2002, p. 37.

⁵²⁶ *Derivados*: son productos financieros cuyo valor “se deriva” o está en función del precio de otro activo llamado “activo subyacente”, tal como acciones, bonos, divisas, tipos de interés, índices bursátiles, etc. Los principales productos derivados son los futuros, las opciones y los swaps. Una de las funciones más importantes que tienen es permitir la cobertura del riesgo ante variaciones de precios, ampliar las posibilidades de inversión y proteger las oportunidades para particulares e instituciones. AA.VV., “*Glosario de términos bursátiles y financieros*”, cit., p. 67.

⁵²⁷ En cambio los derivados financieros (AF. 34) sí se incluyen en el cómputo de la deuda pública con arreglo al SEC-95, entre “los valores distintos de acciones” (AF.3).

⁵²⁸ *Arrendamiento financiero*: contrato mercantil mediante el cual un sujeto o arrendador confiere a otro sujeto o arrendatario, el derecho al uso de la propiedad de determinados bienes específicos a cambio de un pago periódico, existiendo, además, la opción de compra al finalizar dicho contrato. En la práctica habitual, se utiliza el “leasing”, aunque en disposiciones legales se adopte el término arrendamiento financiero. AA.VV., “*Glosario de términos bursátiles y financieros*”, cit., p. 27. Sobre el arrendamiento financiero, véase, ZUNZUNEGUI PASTOR, Fernando, *Derecho del Mercado Financiero*, 3 ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 693 y ss.

controlar la sostenibilidad de las finanzas públicas de un Estado. Por ello, no se integran aquellas categorías de obligaciones que no tienen un valor nominal idéntico al observado para los demás instrumentos de deuda, ni tampoco aquellas obligaciones cuya cuantía no es significativa en el monto total de la deuda pública.

IV. RELACIONES ENTRE EL DÉFICIT Y LA DEUDA PÚBLICOS

1. El recurso a la deuda pública como mecanismo para financiar el déficit público

Una vez analizados los conceptos de déficit público y deuda pública en el ordenamiento jurídico de la Unión, trataremos las vinculaciones existentes entre el déficit y la deuda públicos.

La relación entre déficit público y deuda pública ha sido apuntada de forma recurrente por la doctrina económica. En muchas ocasiones, como sucede actualmente en el control de la disciplina presupuestaria por parte de las instituciones europeas, se tiende a intensificar el control sobre los niveles de déficit, dejando en un segundo plano el análisis de la acumulación de pasivos por parte de los Estados. El volumen de déficit se analiza de forma más estricta en la medida en que posee una proyección temporal más cercana. Concretamente, se analizan las repercusiones del déficit en la actividad económica presente, en los niveles de inflación y en las balanzas de pagos⁵²⁹.

Esta inmediatez se ha vinculado a la concepción, si no errónea sí cuestionable, de que el déficit posee una repercusión temporal limitada, es decir, que afecta a la situación económica del año en que se produce pero no genera graves implicaciones en las actuaciones que pretendan efectuarse en años futuros. Este planteamiento ignora los efectos derivados de una cadena de déficit, ya que la existencia de déficit puede mejorar la situación económica de un Estado durante el año en que se produce, especialmente si la economía del Estado en cuestión no se encuentra en su nivel potencial máximo, pero puede ser dañino para las actuaciones económicas que se quieran llevar a cabo en años venideros. Uno de los principales motivos de este efecto negativo es la repercusión directa que la existencia de déficit público puede tener sobre los niveles de deuda pública⁵³⁰.

⁵²⁹ DE LAROSIÈRE, Jacques “Growth of Public Debt and Need for Fiscal Discipline”, en la obra colectiva *Public Finances and Public Debt*, Wayne State University Press, Detroit, 1986, pp. 17 y ss.

⁵³⁰ El incremento del volumen de deuda pública limitará la inversión de diferentes maneras. En primer lugar, el Gobierno, debido al pago del servicio de la deuda pública (pago de intereses y devolución del

Los niveles de déficit tienen un efecto directo respecto del volumen existente de deuda pública. La cadena de acontecimientos, en la mayoría de los casos, de forma simplificada, es la siguiente: durante fases de escaso crecimiento económico se activan los denominados estabilizadores automáticos. MANKIW define los estabilizadores automáticos como “los cambios en la política fiscal que estimulan la demanda agregada cuando la economía entra en una recesión sin que las autoridades económicas tengan que tomar ninguna medida deliberada”. El principal estabilizador automático es el sistema tributario. En fases de recesión económica, la cantidad de impuestos recaudados por el Estado disminuye automáticamente, ya que casi todos los impuestos están en mayor o menor medida relacionados con la actividad económica. Esta reducción automática de los impuestos estimula la demanda agregada y, por lo tanto, reduce la magnitud de las fluctuaciones económicas. Por su parte, el gasto público también actúa como un estabilizador automático. El estabilizador automático más evidente en la vertiente del gasto es el aumento de las prestaciones por desempleo. En fases de recesión económica se incrementa la demanda de prestaciones de desempleo y otras prestaciones asistenciales. Este incremento del gasto público permite mantener la demanda agregada en el momento en que esta es insuficiente para mantener el pleno empleo⁵³¹. Este mayor nivel de gasto público, al existir una menor recaudación de ingresos tributarios, debe ser financiado a través de deuda pública.

Ahora bien, según la tipología de déficit público, las repercusiones sobre la deuda pública serán distintas. En el caso de niveles de déficit reducidos, especialmente si el crecimiento del PIB del Estado es bueno, el incremento en la deuda pública será bajo, e incluso, si nos encontramos frente a elevados crecimientos del PIB, el volumen de deuda pública no crecerá⁵³². La incidencia del déficit público en la deuda pública es totalmente distinta cuando nos encontramos frente a déficits públicos elevados y que se mantienen en el tiempo. En este supuesto, probablemente no tan solo se incrementará el nivel de deuda pública, sino que existirá también una desaceleración del crecimiento

capital prestado), verá limitadas sus posibilidades de inversión en otros conceptos. Y, en segundo lugar, el acceso a la inversión privada de otros agentes económicos distintos del Gobierno será más reducido o deberá afrontar un mayor coste financiero, fruto del efecto *crowding out* que generan elevados niveles de deuda pública en los mercados de capitales. Véase, CHOURAQUI, Jean-Claude, “Los déficits presupuestarios, el crecimiento monetario y el fenómeno del “crowding out”, *Papeles de Economía Española*, (33), 1983, pp. 397 y ss. Y, MANKIW, N. Gregory, *Principios de Economía*, 4ª ed. Thomson, Madrid, p. 406.

⁵³¹ MANKIW, N. Gregory, *Principios de Economía*, cit., p. 550.

⁵³² Esta situación se produjo en los Estados Unidos durante la década de los setenta, cuando se sucedieron más años con déficit que con superávit presupuestario, no obstante, el alto crecimiento de la economía estadounidense permitió que su volumen de deuda pública no se viera incrementado. Véase, STIGLITZ, Joseph E., *Economía del sector público*, Antonio Bosch Editor, 2002, pp. 697 y 698.

económico del Estado y un incremento de los tipos de interés⁵³³. Bajo estas circunstancias, como apunta DE LAROSIÈRE⁵³⁴, muy probablemente el déficit se convertirá en persistente (el denominado déficit estructural⁵³⁵). Si el déficit acaba poseyendo carácter estructural, las políticas presupuestarias serán cada vez menos operativas como instrumento de reordenación de la actividad económica.

En este punto debe analizarse una variable más: el destino de los ingresos obtenidos a través de la deuda pública emitida. La emisión de deuda pública en situaciones deficitarias puede tener un doble destino. Por un lado, es posible e incluso probable, pero desaconsejable, que la emisión de deuda pública venga a cubrir el gasto corriente de las Administraciones públicas. O, por otro lado, los ingresos crediticios pueden destinarse a financiar inversiones públicas rentables o a gasto público que estimule la inversión privada⁵³⁶. En este segundo caso, el déficit público - financiado mediante deuda pública- puede entenderse como una ayuda para el crecimiento económico⁵³⁷. A su vez, se considera que la deuda pública emitida con este objetivo, en algún sentido, se autofinancia, puesto que el mayor stock de capital público contribuirá a incrementar el nivel de renta sobre el que los impuestos se recaudan.

⁵³³ Las teorías económicas apuntan que las distintas consecuencias derivadas del incremento del déficit público nacen de un efecto inicial, primario: el déficit público disminuye el ahorro nacional. El ahorro nacional se conforma por el ahorro privado (renta después del pago de impuestos que no se destina al consumo) y el ahorro público (ingresos públicos generalmente derivados de los tributos que el Estado no destina al gasto público). Cuando el Estado tiene déficit, el ahorro público es negativo, reduciendo el ahorro nacional por debajo de los niveles del ahorro privado. Fruto de esta reducción del ahorro nacional se derivan el resto de consecuencias: incremento de tipos de interés, mayores niveles de importación que exportación, etc. Véase, BALL, Laurence y MANKIW, Gregory, “What do budget deficits do?” en la obra colectiva *Budget deficits and debt: Issues and Options*, Federal Reserve Bank of Kansas City, Kansas City, 1995, pp. 96 y ss.

⁵³⁴ DE LAROSIÈRE, Jacques, “Growth of Public Debt and Need for Fiscal Discipline”, cit., p. 18.

⁵³⁵ El déficit estructural se define como “el excedente de los gastos sobre los ingresos que persiste cuando la economía experimenta un crecimiento a su más alta tasa de empleo”. Véase, MULLER, Patrice y PRICE, Robert W.R., “Structural budget deficits and fiscal stance”, *OCDE Working Papers*, (15), julio 1984, p. 1.

⁵³⁶ Se debe distinguir claramente entre la deuda pública emitida para financiar gastos corrientes de la deuda pública que emitida para financiar gastos de capital, ya sean estos últimos inversiones directas del Estado o subvenciones a la inversión. La problemática en este punto es la existencia de varias opciones respecto de la configuración del concepto “gastos de capital”, puesto que dentro del mismo pueden incluirse, o no, los gastos del Estado llevados a cabo para aumentar el stock de capital humano (como por ejemplo, gastos en educación, investigación, etc.). Véase, STRAUSS-KAHN, Dominique, “Déficit público y crecimiento de la deuda pública”, *Papeles de Economía Española*, (24), 1985, p. 117.

⁵³⁷ CHOURAQUI, Jean-Claude, “Los déficit públicos en los países de la OCDE: causas y consecuencias”, *Papeles de Economía*, (24), 1985, p. 17.

No obstante, el recurso a la deuda pública en niveles elevados no puede convertirse en una constante, ya que puede generar en un crecimiento explosivo de la deuda pública⁵³⁸. Bajo estas circunstancias, el pago del servicio financiero de la deuda (pago de intereses y devolución del capital prestado) puede convertirse en una carga demasiado pesada para el presupuesto corriente que acabe reduciendo la productividad.

Todo lo anterior nos lleva a afirmar que el recurso a la deuda pública en niveles sostenidos es un recurso ordinario, y necesario, de la Hacienda pública actual⁵³⁹. El carácter de recurso público excepcional predicado de la deuda pública por las teorías clásicas debe vincularse a niveles elevados que alteran la normal distribución de ingresos y gastos públicos.

En suma, la relación entre déficit y deuda pública es circular, y entre ellos mantienen una estricta interacción. Así, el incremento del déficit aumenta la deuda pública y, a la inversa, cuando existen mayores niveles de deuda pública el pago de su servicio es más costoso, aumentando el nivel de déficit público. Además, el desarrollo de políticas monetarias restrictivas hace que se incrementen los tipos de interés y, por ende, el servicio de la deuda pública también ascienda⁵⁴⁰. Esta última afirmación conduce a tratar la vinculación del déficit y la deuda públicos con otras variables.

Tanto el déficit público como la deuda pública afectarán a otros aspectos de la economía entre los que se encuentran la demanda y el ahorro privados. Si el déficit se financia a través de la creación de moneda, la inflación puede llevar a las familias a aumentar sus ahorros para mantener constante el valor real de su patrimonio, reduciéndose así la demanda privada. El incremento del ahorro puede producirse incluso en aquellos casos en los que el déficit se financia de forma no inflacionista. Las causas pueden ser diversas; por ejemplo, porque las familias asimilan los gastos

⁵³⁸ Se afirma que la deuda pública tiene un crecimiento explosivo cuando el porcentaje de crecimiento del servicio de la deuda pública en términos de tipos de interés aumenta más rápidamente que el crecimiento económico, sin que el principal de la deuda pública disminuya (sino que aumenta).

Las teorías económicas apuntan que la ratio deuda – PIB tiende a la explosividad si la economía mantiene un déficit estructural y el tipo de interés excede el ritmo de la expansión económica. En estas circunstancias es probable que la deuda pública emitida con la intención de mantener unos tipos impositivos estables termine forzando una brusca elevación de estos (véase, el estudio realizado por TANZI, Vito y LUTZ, Mark “Interest rates and government debt” Are the linkages global rather than national?, *International Monetary Found, Working Papers*, (91/6), pp. 3 y ss.

⁵³⁹ De hecho, se considera cada vez más que la elección entre uno u otro tipo de ingresos (tributarios o crediticios) es una cuestión de oportunidad. En este sentido se manifiestan autores como DUVERGER. Véase, DUVERGER, Maurice, *Finances publiques*, 6ª ed., Presses Universitaires de France, 1968, p. 137.

⁵⁴⁰ CHOURAQUI, Jean-Claude, “Los déficit públicos en los países de la OCDE: causas y consecuencias”, *Papeles de Economía*, (24), 1985, p. 6.

públicos a su propio consumo, contrayendo la demanda privada. Otro supuesto es la expectativa por parte de las familias de un incremento en los impuestos para garantizar el pago del servicio de la deuda pública. Estas situaciones se derivan de la teoría de la “racionalidad de los agentes” aplicada al caso concreto de las familias⁵⁴¹.

Como señalamos, el incremento elevado de la deuda pública puede comportar la subida de los tipos de interés y dicho ascenso, a su vez, puede producir el denominado efecto expulsión de los emisores privados (*crowding out*⁵⁴²). El incremento de los tipos de interés reduce el recurso al crédito por parte del sector privado puesto que dicho recurso comportará excesivos costes financieros⁵⁴³, y el recurso a la financiación en otros mercados extranjeros no siempre constituye una solución factible o eficiente para

⁵⁴¹ Véase, BUTER, Willem y TOBIN, James, “Debt Neutrality: a Brief Review of Doctrine and Evidence”, *Social Security Versus Private Saving*, Ed. VON FURSTENBERG, Ballinger Publishing Co., 1977, pp. 39 y ss.

⁵⁴² Sobre el concepto *crowding out*, véase, nota al pie núm 203.

⁵⁴³ Según los estudiosos del sistema financiero, el inversor debe atender a tres aspectos económico – financieros a la hora de llevar a cabo su inversión: liquidez, rentabilidad y seguridad. Véase, BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, Alberto, “El Derecho del mercado de capitales”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Año 8, (29), 1988, p. 78. Fruto de estos tres aspectos, con carácter general, la deuda corporativa, para ser competitiva, debe ofrecer mayor remuneración debido al denominado diferencial de rentabilidad de la renta privada frente a la deuda pública. El diferencial surge de las primas de riesgo y liquidez que posee el activo privado. La prima de riesgo nace de la menor certeza de devolución del capital invertido que los valores privados aportan, en tanto que la prima de liquidez es fruto del menor desarrollo y profundidad del mercado secundario de valores corporativos en el que los títulos se negocian y transmiten. En algunos supuestos existe una prima adicional, la prima fiscal, derivada del régimen tributario favorable del valor público.

Un activo financiero con una elevada prima de riesgo o prima de inversión, para ser atractivo para los inversores, su emisor deberá incrementar su rentabilidad. El riesgo es un factor inherente a la inversión, en cuanto estas constituye una renuncia a ventajas presentes, generalmente el consumo, en aras de alcanzar unas ventajas futuras, – materializadas en la rentabilidad o, en su caso, por la revalorización que hayan podido experimentar –. Por tanto, riesgo y rentabilidad son dos elementos claves en la dinámica inversora. Cuando el factor riesgo constituye el elemento fundamental estamos frente a inversiones de carácter especulativo, donde se asumen niveles máximos de riesgo para obtener elevados niveles de rentabilidad a corto plazo. Frente a inversores de naturaleza especulativa, encontramos inversores que prefieren mayor seguridad en la devolución del capital invertido. La seguridad depende, en gran medida, de la solvencia de las entidades emisoras, pero también se encuentra estrechamente relacionada con el nivel de liquidez del activo. El binomio constituido por los elementos *seguridad-riesgo* tiene, como ALONSO ESPINOSA asevera, diferentes enfoques: i) Riesgo entendido como la “probabilidad” por parte del emisor de hacer frente a las obligaciones contraídas (principalmente, devolución del capital y pago de los intereses). ii) Riesgo, como capacidad alternativa de resarcimiento, por parte del inversor, en caso de incumplimiento del emisor. iii) Nivel de información, o capacidad del inversor de valorar tanto la solvencia del emisor como de las garantías en caso de ver fallido el crédito. ALONSO ESPINOSA, Francisco José, “Intereses del inversor y derecho del mercado de valores”, *Revista de Derecho Mercantil*, (208), abril–mayo 1993, pp. 448 y 449.

los emisores privados⁵⁴⁴. La situación hasta este momento descrita puede mantenerse y generar un incremento constante de los tipos de interés y una grave desatención de las necesidades de financiación del sector privado, puesto que los inversores mantendrán en sus carteras importantes volúmenes de títulos públicos. Bajo estas circunstancias, los posibles efectos económicos expansivos del déficit público se verán contrarrestados por una disminución sustancial del gasto privado, el cual es especialmente sensible a los incrementos constantes de tipos de interés.

Se puede hacer una matización a las premisas anteriores, concretamente la derivada de la existencia de un posible efecto *crowding in*. El efecto *crowding in* se produce cuando, fruto de la existencia de déficit y la emisión de deuda pública, se incrementa también el ahorro privado (circunstancia factible⁵⁴⁵). El incremento del ahorro privado mantiene los recursos financieros disponibles para la economía, limitando la potencial alza de los tipos de interés, lo que reduce el riesgo de producirse un marcado efecto *crowding out*. Esta hipótesis, no obstante, no se encuentra plenamente contrastada, y por ello existen claros recelos sobre la idoneidad de la acumulación de activos financieros públicos. Esta incerteza se convierte casi en evidencia cuando el nivel de déficit, y en consecuencia de deuda pública, son especialmente elevados⁵⁴⁶.

Junto a los efectos sobre los tipos de interés, el déficit público también mantiene una relación directa con la inflación. El principal motivo es la financiación del déficit a través de la creación de moneda, opción que tiene consecuencias negativas directas sobre el nivel de precios⁵⁴⁷. Sin embargo, de nuevo, existen dudas sobre la relación inmediata entre el crecimiento del déficit público y la inflación. La afectación del déficit en la inflación no es intrínseca, sino que dependerá de otras variables como el funcionamiento del sistema financiero del Estado en cuestión y del tipo de sistema de

⁵⁴⁴ CHOURAQUI, Jean-Claude, “Los déficit públicos en los países de la OCDE: causas y consecuencias”, cit., p.17 y ss.

⁵⁴⁵ Durante el período 1997 a 2009, la tasa de ahorro española se ha situado en niveles similares a los de la media de la UEM (en el período entre 1997 a 2006 es incluso ligeramente superior, y en los años 2006 a 2009 ligeramente inferior). Y esta se encuentra muy por encima de la tasa de ahorro de algunos Estados de la UEM como Grecia o Portugal. Véase, los datos aportados por los servicios de estudios del BBVA respecto de las tasas de ahorro nacional, DOMÉNECH VILARIÑO, Rafael, “Situación y perspectivas de la economía Española”, *Instituto d Estudios Fiscales Seminario de Economía pública*, 23 de septiembre de 2010, p. 18. Disponible en:

http://www.ief.es/documentos/investigacion/seminarios/economia_publica/2010_23Septiembre.pdf (última consulta, julio de 2013).

⁵⁴⁶ CHOURAQUI, Jean-Claude, “Los déficit públicos en los países de la OCDE: causas y consecuencias”, cit., p. 6.

⁵⁴⁷ STRAUSS-KAHN, Dominique, “Déficit público y crecimiento de la deuda pública”, cit., p. 123.

cambio que se siga (tipo de cambio fijo o flexible)⁵⁴⁸. Observaremos detalladamente las vinculaciones entre déficit y deuda públicos y las políticas monetarias de la UEM en el apartado siguiente.

2. La prohibición de acudir al préstamo de los Bancos Centrales y el papel actual del BCE

En caso de necesidad de financiación (existencia de déficit público), se pueden desarrollar diferentes opciones de política fiscal: incrementar los ingresos tributarios, aumentar la emisión de deuda pública o crear dinero⁵⁴⁹. Desde la creación de la UEM, el incremento de la masa monetaria no constituye una alternativa que pueda ser adoptada de forma discrecional por los Gobiernos de los Estados miembros, al ser el BCE el encargado de la emisión de moneda⁵⁵⁰.

A su vez, la creación de la UEM también ha anulado la posibilidad de que los Gobiernos de los Estados recurran al crédito de sus respectivos bancos centrales (tanto nacionales como europeo) para enjuagar su déficit público. Concretamente, esta previsión se recoge en el art. 123 del TFUE (antiguo artículo 101 TCE), que prohíbe la “*autorización de descubiertos o la concesión de cualquier otro tipo de créditos por el Banco Central Europeo y por los bancos centrales de los Estados miembros, denominados en lo sucesivo ‘bancos centrales nacionales’, a favor de instituciones u organismos comunitarios, Gobiernos centrales, autoridades regionales o locales u otras autoridades públicas, organismos de Derecho público o empresas públicas de los Estados miembros, así como la adquisición directa a los mismos de instrumentos de*

⁵⁴⁸ Los estudios del FMI ponen de relieve la ausencia de relación entre déficit e inflación en la mayoría de los países analizados. Y en los casos en los que existe una relación significativa esta puede ser fruto de la causalidad inversa. STRAUSS-KAHN, Dominique, “Déficit público y crecimiento de la deuda pública”, cit., p. 123.

⁵⁴⁹ Desde una perspectiva económica, el Estado puede financiar el gasto a través de tres formas: en primer lugar, puede obtener ingresos a través de impuestos; en segundo lugar, puede pedir préstamos al público vendiendo bonos del Estado; en tercer lugar, puede imprimir dinero simplemente. Los ingresos obtenidos imprimiendo dinero se denominan *señoraje*. Véase, MANKIW, Gregory, *Macroeconomía*, cit., p. 214.

⁵⁵⁰ Tradicionalmente los ingresos derivados de la creación de moneda se han considerado ingresos de derecho público y, en la clasificación económica de los ingresos presupuestarios, la “Emisión de Moneda” aparecía incluida en el Capítulo IX del Presupuesto, “pasivos financieros”. Sobre los ingresos derivados de la creación de dinero, véase, TABOADA, Carlos, *Derecho Financiero y Tributario. Introducción. Derecho Presupuestario. Ingresos Públicos no tributarios*, 2ª ed., Cedex, Madrid, 1987, pp. 310 y 311.

deuda por el BCE o los bancos centrales nacionales”⁵⁵¹. Esta disposición cierra este recurso al crédito al conjunto del sector Administraciones públicas (en el que se integran en este caso también a las empresas públicas, para evitar posibles transferencias indirectas de financiación), y supone una restricción de las posibilidades de financiación de sus gastos, obligándose a obtener sus recursos a través de ingresos no financieros o mediante la emisión de deuda pública en condiciones de mercado⁵⁵².

La imposibilidad de conceder crédito por parte del SEBC se inserta en un proceso más amplio de consolidación de la independencia de los bancos centrales nacionales⁵⁵³. A través de la independencia del SEBC se pretende evitar que influencias de los Gobiernos sobre los bancos centrales nacionales (especialmente presiones en el proceso de suministro de dinero) puedan afectar a la estabilidad de precios y a las políticas antiinflacionista de la UEM.

A pesar de que los bancos centrales están vinculados a sus respectivos objetivos estatutarios, que de una u otra forma deben recoger como clave de bóveda la estabilidad de precios⁵⁵⁴, la independencia absoluta de los bancos centrales nacionales respecto de los Gobiernos de los Estados constituye un objetivo arduo de alcanzar, dadas las múltiples relaciones existentes entre los bancos centrales y los complejos sistemas financieros actuales. Los estudios que versan sobre la independencia de los bancos centrales enumeran tres tipos de independencia (la orgánica, la funcional y la profesional) que deben alcanzarse para poder afirmar que la independencia se produce de forma real⁵⁵⁵. Tanto la independencia orgánica como la independencia funcional requieren el establecimiento de un estricto marco legal. Por su parte, la independencia

⁵⁵¹ Esta medida se integró en el conjunto de medidas que fueron de inmediata aplicación tras la aprobación del Tratado de Maastricht; y entró en vigor el día 1 de enero de 1994, coincidiendo con el inicio de la segunda fase del desarrollo de la UEM.

⁵⁵² GARCÍA CRESPO, Milagros, “Los costes de la estabilidad presupuestaria”, *Revista Española de Control Externo*, Vol. 5, (13), 2003, p.16.

⁵⁵³ Sobre la requerida independencia de los bancos centrales nacionales, véase, LASTRA, Rosa M^a., “The independence of the European System of Central Banks”, *Harvard International Law Journal*, (33), 1992, p. 475.

⁵⁵⁴ Este es el objetivo central de la mayor parte de los bancos centrales nacionales, pero pueden existir otros. Dichos objetivos están detallados con mayor o menor precisión en los estatutos de los bancos centrales nacionales y pueden cubrir espectros más o menos amplios de la realidad del Estado. En algunos casos se fijan, simplemente, principios laxos y estrictamente vinculados con las actuaciones propias del Banco central nacional (este es el caso del Bundesbank alemán, sujeto a una obligación genérica de “asegurar el valor de la moneda”). En cambio en otras ocasiones, se fijan directrices que alcancen un sector más amplio de la actividad económica (por ejemplo, los estatutos de la Reserva Federal americana contienen previsiones relativas a precios, pero también a crecimiento y empleo).

⁵⁵⁵ Véase, LASTRA, Rosa M^a, “European Monetary Union and Central Bank Independence”, en la obra colectiva, *European Economic and Monetary Union: The Institutional Framework*, cit., p. 300.

profesional constituye la denominada independencia *de facto*, que vendrá marcada por las relaciones entre el Gobierno (en la figura del Ministro de Economía) y el Gobernador del banco central nacional⁵⁵⁶. Con la intención de garantizar, como punto de partida, la independencia orgánica y funcional, el Tratado establece una estricta normativa en la materia (art. 130 del TFUE, antiguo 108 TCE⁵⁵⁷), con la exigencia añadida de que esta sea rigurosamente transpuesta en los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros. Con este fin, el propio Tratado (art. 131 TFUE, antiguo 109 TCE) determina la obligatoriedad de que la normativa nacional, incluidos los Estatutos de los bancos centrales nacionales, sea compatible con los Tratados y con los Estatutos del SEBC y del BCE.

De igual forma que sucede con los bancos centrales nacionales, el BCE debe gozar de independencia para el correcto cumplimiento de sus funciones. Para ello ha sido dotado de personalidad jurídica y autonomía institucional. Su estatus jurídico específico hizo que este no se incluyese entre las instituciones europeas hasta la entrada en vigor del TFUE. El Tratado de Lisboa ha situado al BCE en el apartado de “instituciones europeas” (Título III, art. 13 del TUE), a diferencia de su inclusión previa en el grupo de “otras instituciones”. Algunos autores se posicionaron en contra de este cambio en el estatus del BCE⁵⁵⁸, que puede comportar a medio o largo plazo una agresión a su independencia.

Respecto a la posición del BCE, y del SEBC en su conjunto, tras el Tratado de Lisboa se pueden hacer varias apreciaciones. El art. 282.2 del TFUE sigue

⁵⁵⁶ PÖHL, Otto, “Towards Monetary Union in Europe”, en la obra colectiva “*Europe’s Constitutional Future*”, Institute of Economic Affairs, Londres, 1990, pp. 38-40.

⁵⁵⁷ El art. 130 del TFUE establece que “*en el ejercicio de las facultades y en el desempeño de las funciones y obligaciones que les asignan los Tratados y los Estatutos del SEBC y del BCE, ni el Banco Central Europeo, ni los bancos centrales nacionales, ni ninguno de los miembros de sus órganos rectores podrán solicitar o aceptar instrucciones de las instituciones, órganos u organismos de la Unión, ni de los Gobiernos de los Estados miembros, ni de ningún otro órgano. Las instituciones, órganos u organismos de la Unión, así como los Gobiernos de los Estados miembros, se comprometen a respetar este principio y a no tratar de influir en los miembros de los órganos rectores del Banco Central Europeo y de los bancos centrales nacionales en el ejercicio de sus funciones*”.

⁵⁵⁸ Destaca la posición del entonces presidente del BCE, Jean-Claude Trichet, durante la tramitación del Tratado de Lisboa. Jean-Claude Trichet solicitó a Manuel Lobo Antunes (cuyo país, Portugal, ejercía la presidencia de la Unión Europea durante esta fase de tramitación del Tratado) que, en el borrador del Tratado de Lisboa, se extrajese al BCE del artículo que comprendía la enumeración de las instituciones europeas (el entonces art. 9.1 del proyecto de TUE). A la vez, Trichet solicitaba que se modificase la denominación de “institución europea” contenida en el art. 254 del proyecto de TFUE, por el de “institución”. En el texto definitivo del TUE, su art. 13 incluye al BCE entre las instituciones europeas. Por su parte, el art. 282 del TFUE, relativo al BCE, finalmente no hace alusión a su carácter de institución europea, y tan solo determina que “el Banco Central Europeo tendrá personalidad jurídica”.

configurando, como objetivo principal del SEBC, (que está dirigido por los órganos rectores del BCE) la estabilidad de precios (al igual que establecía el antiguo art. 105.1 TCE). Ahora bien, como institución europea el BCE tiene que promover el cumplimiento del resto de objetivos de la UE, fijados en el art. 3 del TUE⁵⁵⁹. Esta posición prominente del objetivo de estabilidad de precios, no es óbice para que el BCE también deba velar por el cumplimiento del resto de objetivos de la UE. De hecho, el propio art. 282.2 del TFUE (como con anterioridad hacía el art. 105.1 TCE) precisa que *“sin perjuicio de este objetivo (la estabilidad de precios), (el SEBC) prestará apoyo a las políticas económicas generales de la Unión para contribuir a la consecución de los objetivos de ésta”*.

Esta modificación en el régimen del BCE no ha sido obstáculo para que, hasta el momento, los órganos rectores del BCE preserven el objetivo principal de estabilidad de precios. Sin embargo, si se conjuga la obligatoriedad del BCE de tomar en consideración el resto de objetivos de la UE (recogida en el art. 282 del TFUE), con las obligaciones derivadas de su condición de institución europea (art. 13 del TUE), es posible que sobre el BCE recaigan mayores presiones para que configure sus políticas mediante un diálogo *ex ante* con los distintos Estados⁵⁶⁰.

Otro de los cambios introducidos en el Tratado de Lisboa respecto a la institución del BCE es la mayoría necesaria para seleccionar sus miembros. Con anterioridad a la aprobación del Tratado de Lisboa, el nombramiento de los miembros del Comité Ejecutivo del BCE requería un acuerdo por unanimidad de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados. Por el contrario, el TFUE, en su art. 282, establece que *“el presidente, el vicepresidente y los demás miembros del Comité Ejecutivo serán nombrados por el Consejo Europeo, por mayoría cualificada sobre la base de una recomendación del Consejo y previa consulta al Parlamento Europeo y al Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo”*. La disposición anterior comporta reducir la capacidad de los Estados pequeños para determinar quiénes serán los miembros del

⁵⁵⁹ El art. 3.3 del TUE indica que *“la Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico”*.

⁵⁶⁰ Así lo apunta CRESPO RUIZ DE ELVIRA. Esto puede suceder especialmente cuando haya transcurrido un cierto tiempo, puesto que en la actualidad todavía se encuentra muy marcada la posición conservadora del BCE. No obstante, como plantea la autora, no sabemos qué ocurrirá “a diez años vista cuando se hayan incorporado nuevos Estados miembros en la zona euro, o cuando, por ejemplo, el euro se haya apreciado mucho más, ¿no recibirá el BCE más presiones, y no serán más efectivas por el hecho de tener esta base jurídica?” Véase, CRESPO RUIZ DE ELVIRA, Clara, “La gobernanza económica de la Zona Euro bajo el Tratado de Lisboa”, cit., pp. 14 y 15.

Comité Ejecutivo del BCE. Como ya analizamos en el Capítulo I⁵⁶¹, la mayoría cualificada en general y especialmente tal y como esta se configura en el Tratado de Lisboa, otorga mayor fuerza de decisión a los Estados grandes. Con este cambio se concede a estos últimos mayor facilidad para conformar el Comité Ejecutivo del BCE y, por ende, para orientar el ritmo de la política monetaria durante los ocho años siguientes⁵⁶². Hasta el momento el Comité Ejecutivo siempre se ha integrado por un miembro de los Estados grandes (un alemán, un francés, un italiano y un español), y los dos miembros restantes se han repartido entre los pequeños⁵⁶³. Este *statu quo* de relativo equilibrio de fuerzas, entre Estados grandes y pequeños, puede llegar a verse afectado con la nueva mayoría necesaria. Es más, los Estados grandes pueden vetar con relativa facilidad a un posible candidato, mientras que esta capacidad de veto es más compleja para los Estados pequeños. Por todo ello, la unión de los Estados grandes fácilmente determinará la composición del Comité Ejecutivo del BCE.

Otro elemento determinante para garantizar la independencia del SBCE es el importante poder normativo que el Tratado concede al BCE. La mayor parte de los actos normativos del BCE no requieren la intervención de ninguna otra institución de la Unión para producir efectos obligatorios. Concretamente, el art. 132 del TFUE y el art. 34 de los Estatutos del BCE dotan al BCE de la capacidad de dictar reglamentos, decisiones, recomendaciones y dictámenes. Esta amplia capacidad normativa se ve restringida por dos aspectos. En primer lugar, los actos normativos del BCE son considerados “actos no legislativos”, al no estar aprobados mediante el procedimiento

⁵⁶¹ Véase, *supra*, Capítulo I, epígrafe Vertiente correctiva: el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, pp. 46 y ss.

⁵⁶² Respecto de los miembros del Comité Ejecutivo se presume su profesionalidad (su elección se lleva a cabo “entre personas de reconocido prestigio y experiencia profesional en asuntos monetarios o bancarios”) y su independencia, la cual se pretende blindar a través de un largo mandato (ocho años) no renovable, y con un proceso de revocación complejo que requiere una decisión del Tribunal de Justicia a petición del Consejo de Gobierno o del Comité Ejecutivo del BCE. La situación descrita garantiza la independencia del miembro del Consejo del BCE con independencia de su nacionalidad. No obstante, en la práctica, se considera conveniente tener un nacional en el Comité Ejecutivo del BCE.

⁵⁶³ El Comité Ejecutivo se integra por el Presidente, el Vicepresidente y cuatro miembros más. La figura del presidente posee especial importancia puesto que además de presidir las reuniones del BCE (tanto del Comité Ejecutivo como del Consejo de Gobierno, órgano este último formado por el Comité ejecutivo y por los Gobernadores de los Bancos centrales de los Estados miembros) goza de un voto de calidad para resolver los empates. Es la persona que puede comprometer legalmente al BCE frente a terceros (art. 39 de los Estatutos del BCE) y quien representa al BCE en el exterior (art. 13.2 de los Estatutos del BCE). En la actualidad el presidente es francés y previamente, como se ha renovado una vez, era holandés. La renovación, el 1 de noviembre 2011 de Trichet por Mario Draghi, de nacionalidad italiana, mantiene la presidencia del BCE en manos de un Estado grande, rompiendo la alternancia entre Estados grandes y pequeños precedente. Para evitar que con la entrada de Mario Draghi se produjera la concurrencia de dos miembros italianos, Lorenzo Bini Smaghi dimitió de su cargo en el Comité Ejecutivo del BCE y fue sustituido por el francés Benoît Cœuré.

legislativo (art. 289.3 del TFUE⁵⁶⁴). En segundo lugar, el principio de atribución de competencias en el ámbito institucional (regulado en el art. 13.2 del TUE⁵⁶⁵), unido a la limitación del ámbito material sobre el que pueden recaer los reglamentos del BCE establecida en sus Estatutos, también comporta una limitación de su capacidad normativa⁵⁶⁶.

Por último, para preservar la independencia del BCE, este se rige por un Protocolo específico anexo al Tratado (Protocolo núm. 4 sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco central Europeo), que constituye una fuente legislativa estable, al formar parte del derecho europeo originario⁵⁶⁷.

La especial posición en la que se encuentra el BCE debe permitirle el correcto desarrollo de sus funciones, entre las que se encuentran: definir y ejecutar la política monetaria de la Unión; gestionar las operaciones de cambio de divisas; poseer y gestionar las reservas oficiales de divisas de los Estados miembros; y promover el buen funcionamiento de los sistemas de pago (127.1 del TFUE, antiguo 105.1 del TCE y el art. 3.1 de los Estatutos del BCE). A su vez, el BCE será el encargado de “*autorizar la emisión de billetes de banco en euros en la Unión*” (art. 128.1 del TFUE, antiguo 106.1 TCE) y si bien los Estados miembros podrán realizar emisiones de moneda metálica, para estas será necesaria la aprobación del BCE en cuanto al volumen de la emisión (art. 128.2 del TFUE, antiguo art. 106.2 TCE). A través de todas estas prerrogativas y

⁵⁶⁴ Este precepto establece que “Los actos jurídicos que se adopten mediante procedimiento legislativo constituirán actos legislativos”. Según el art. 289.1 del TFUE “el procedimiento legislativo ordinario consiste en la adopción conjunta por el Parlamento Europeo y el Consejo, a propuesta de la Comisión, de un reglamento, una directiva o una decisión”.

⁵⁶⁵ El art. 13.2 del TUE establece que “*cada institución actuará dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados, con arreglo a los procedimientos, condiciones y fines establecidos en los mismos. Las instituciones mantendrán entre sí una cooperación leal*”.

⁵⁶⁶ El BCE puede dictar reglamentos en los siguientes ámbitos materiales: definición y ejecución de la política monetaria (art. 3.1 Estatutos del BCE); reservas mínimas de las entidades de crédito en las cuentas del BCE (art. 19.1 Estatutos del BCE); para garantizar el sistema de compensación y liquidación dentro de la UE y con otros países (art. 22 Estatutos del BCE); supervisión prudencial de las entidades de crédito y otras entidades financieras, con excepción de las compañías de seguros (art. 25.2); y en los supuestos que lo prevea la legislación complementaria adoptada por el Consejo por mor del art. 41 de los Estatutos del BCE.

⁵⁶⁷ Sin embargo, esta “constitucionalización” de la figura del BCE puede generar dificultades en caso de surgir necesidades de reforma. Por ello, se fijó un proceso de reforma de las disposiciones más técnicas del Estatuto mediante un procedimiento legislativo ordinario (art. 129.3 TFUE y 40 de los Estatutos del BCE), que permite eludir la aplicación del mecanismo de revisión de los Tratados previsto en el art. 48 del TUE. Véase, MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 288.

funciones, el BCE debe dar cumplimiento a su principal cometido: garantizar la estabilidad de precios en la UEM.

Pese a la importancia del objetivo de estabilidad de precios, el Tratado no precisa en términos cuantitativos qué ha de entenderse en la práctica por estabilidad de precios. El art. 140 del TFUE (antiguo art. 104 del TCE) tan solo establece que *“el logro de un alto grado de estabilidad de precios, que deberá quedar de manifiesto a través de una tasa de inflación que esté próxima a la de, como máximo, los tres Estados miembros más eficaces en cuanto a la estabilidad de precios”*. De conformidad con el artículo 1 del Protocolo núm. 13 sobre los criterios de convergencia, anejo al Tratado, el criterio relativo a la estabilidad de precios, contemplado en el primer guión del apartado 1 del artículo 140 del TFUE (antiguo 104 TCE), se entenderá en el sentido de que *“los Estados miembros deberán tener un comportamiento de precios sostenible y una tasa promedio de inflación, observada durante un período de un año antes del examen, que no exceda en más de un 1,5 % la de, como máximo, los tres Estados miembros con mejor comportamiento en materia de estabilidad de precios. La inflación se medirá utilizando el índice de precios de consumo sobre una base comparable, teniendo en cuenta las diferencias en las definiciones nacionales”*. De este modo, estamos frente a un criterio de máximos, puesto que las cuantías son variables dependiendo de aquellos países que posean los precios más estables⁵⁶⁸.

Dada esta situación, en octubre de 1998, el BCE determinó cuantitativamente la estabilidad de precios como *“un incremento interanual del Índice Armonizado de Precios de Consumo (IAPC⁵⁶⁹) inferior al 2 % para el conjunto de la zona euro”*.

En cuanto al cumplimiento práctico del objetivo de estabilidad de precios, se puede afirmar que, en términos generales, la estabilidad de precios se ha mantenido en la zona euro, si bien la tasa de inflación en algunos momentos ha superado el 2 % como consecuencia de perturbaciones de carácter temporal como el fuerte incremento del precio del petróleo⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ Entre los Estados que poseen los precios más estables se encuentran normalmente Alemania y los Países Bajos. Por el contrario, entre los países con niveles elevados de inflación están Italia y el Reino Unido.

⁵⁶⁹ El BCE seleccionó el IAPC como medida de medición de la estabilidad de precios porque es el único índice de precios de “alta calidad” de la Zona Euro, armonizado suficientemente entre los distintos Estados y que se publica todos los meses. A través de su uso se persigue alcanzar los mayores niveles de eficacia y transparencia.

⁵⁷⁰ Respecto de la evolución de la política monetaria desempeñada por el BCE, GONZÁLEZ–PÁRAMO MARTÍNEZ–MURILLO concluye que el BCE no solo ha alcanzado la estabilidad de precios, sino que también ha logrado una elevada predictibilidad de sus decisiones de política monetaria, es decir, los

La observancia de este objetivo central lleva al BCE a desarrollar una política monetaria que, en algunos casos, difiere de las políticas monetarias implementadas por los otros bancos centrales (como puede ser la Reserva Federal, el Banco de Inglaterra o el Banco Central de Japón). Concretamente, en situaciones de crisis económica, el BCE se muestra reacio a la creación de moneda como mecanismo para financiar el gasto, puesto que un incremento de la oferta monetaria provoca, a su vez, inflación⁵⁷¹. Por tanto, la política del BCE cierra una de las posibles vías de financiación de los déficits, y conduce a los Estados a emitir deuda pública como principal mecanismo para su financiación.

Bajo estas condiciones, y debido a los elevados niveles de deuda pública y las quiebras de los sectores públicos de algunos Estados, el BCE ha adquirido en determinadas ocasiones deuda soberana de Estados miembros de la UEM (principalmente de los Estados denominados periféricos). Esta operación se conoce como *monetización de la deuda pública*, y comporta, indirectamente, la financiación del déficit público a través de la emisión de moneda, utilizando como paso intermedio la compra de deuda pública.

Las adquisiciones de deuda pública por parte del BCE se encuentran coartadas por los propios mandatos del Tratado⁵⁷². Señaladamente, el art. 123 del TFUE (antiguo

mercados prevén generalmente bien las decisiones del BCE en el corto plazo, dato que da estabilidad al sistema. Véase la evolución de la política monetaria del BCE y una valoración de la misma en GONZÁLEZ-PÁRAMO MARTÍNEZ-MURILLO, José M., “Los primeros nueve años de Política Monetaria Única”, *Mediterráneo económico*, (12), 2007 (Ejemplar dedicado a: Europa en la encrucijada), p. 314.

⁵⁷¹ La vinculación entre estabilidad de precios e inflación está aceptada por la doctrina económica. Como apunta MANKIW, “la teoría cuantitativa del dinero establece que el banco central, que controla la oferta monetaria, tiene el control último de la tasa de inflación. Si el banco central mantiene estable la oferta monetaria, el nivel de precios se mantiene estable. Si eleva rápidamente la oferta monetaria, el nivel de precios sube rápidamente”. Véase, MANKIW, Gregory, *Macroeconomía*, cit., p. 211.

Cabe señalar que las teorías macroeconómicas apuntan que imprimir dinero para recaudar ingresos es “como establecer un impuesto de la inflación”. El denominado “impuesto de la inflación” recae sobre aquellas personas que tienen dinero (impuesto sobre la tenencia de dinero), puesto que cuando suben los precios (porque se ha creado mayor masa monetaria) disminuye el valor real del dinero que poseían. Véase, MANKIW, Gregory, *Macroeconomía*, cit., p. 214.

⁵⁷² Para garantizar la efectividad de esta prohibición de monetización (art. 123 TFUE), a estas se unen dos prohibiciones más: La prohibición de establecer privilegios: “*Queda prohibida cualquier medida que no se base en consideraciones prudenciales que establezca un acceso privilegiado a las entidades financieras para las instituciones, órganos u organismos de la Unión, Gobiernos centrales, autoridades regionales, locales u otras autoridades públicas, organismos de Derecho público o empresas públicas de los Estados miembros*” (art. 124 del TFUE) y la prohibición de corresponsabilidad: “*La Unión no asumirá ni responderá de los compromisos de los Gobiernos centrales, autoridades regionales o locales u otras autoridades públicas, organismos de Derecho público o empresas públicas de los Estados*”

art. 101 TCE) establece que “*queda prohibida la autorización de descubiertos o la concesión de cualquier otro tipo de créditos por el Banco Central Europeo y por los bancos centrales de los Estados miembros, denominados en lo sucesivo «bancos centrales nacionales», en favor de instituciones, órganos u organismos de la Unión, Gobiernos centrales, autoridades regionales o locales u otras autoridades públicas, organismos de Derecho público o empresas públicas de los Estados miembros, así como la adquisición directa a los mismos de instrumentos de deuda por el Banco Central Europeo o los bancos centrales nacionales*”.⁵⁷³

Para sortear esta limitación del Tratado y poder intervenir en los desequilibrios de los mercados financieros de los Estados de la UEM, el BCE ha adquirido gradual y sucesivamente bonos en los mercados primarios y secundarios de renta fija pública y privada⁵⁷⁴. A través de la adquisición en los mercados primarios y secundarios se evita que el BCE adquiera de forma directa deuda a los sujetos públicos, puesto que esta actuación sería contraria a lo establecido en el art. 123 del TFUE. De hecho, el propio art. 18.1 de los Estatutos del SEBC permite de forma expresa que “*los bancos centrales nacionales de la zona euro y el BCE pueden operar en los mercados financieros*

miembros, sin perjuicio de las garantías financieras mutuas para la realización conjunta de proyectos específicos” (art. 125 TFUE), reguladas de forma en sendos apartados del primigenio art. 104 del TCE.

⁵⁷³ La Reserva Federal americana también tiene prohibido por ley la adquisición directa de deuda pública, por tanto, ambos bancos centrales se enfrentan a la misma limitación.

⁵⁷⁴ A lo largo de los últimos años el BCE ha adquirido deuda pública de los Estados a través de diferentes programas. Concretamente, el 10 de mayo de 2010, el Consejo de Gobierno del BCE decidió adoptar varias medidas para hacer frente a las fuertes tensiones existentes en distintos segmentos del mercado, que afectaban al correcto funcionamiento del mecanismo de transmisión de la política monetaria, y en consecuencia a la estabilidad de precios a medio plazo. Entre estas medidas se encuentra la citada intervención en los mercados de renta fija pública y privada de la zona del euro, en el marco del Programa para los Mercados de Valores, con el fin de asegurar la profundidad y la liquidez en los segmentos de mercado con un comportamiento disfuncional. El Programa se crea por Decisión del Banco Central Europeo, de 14 de mayo de 2010. Véase, BANCO CENTRAL EUROPEO, *Boletín mensual mayo 2010*, (Traducción y publicación del Banco de España), Madrid, 2010, p. 8.

En esta misma línea, el 2 de agosto de 2012, el Consejo de Gobierno del BCE en septiembre de 2012, el BCE aprobó la realización de operaciones monetarias de compraventa (denominadas OMT, por sus siglas en inglés). El recurso a las compras simples de bonos como herramienta de política monetaria está contemplado expresamente en el art. 18.1 de los Estatutos del BCE. Las características de las OMT se fijaron en decisiones del BCE de 12 de septiembre de 2012. Las OMT están dirigidas a la adquisición de bonos públicos con vencimientos de entre uno y tres años. Una condición necesaria para la existencia de OMT es una condicionalidad estricta y efectiva contenida en un programa de la Facilidad Europea de Estabilidad Financiera (FEEF) o en el Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera (MEDE). Sobre la actuación del MEDE y el establecimiento de condicionalidades. Véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe La sociedad Facilidad Europea de Estabilización Financiera y el Mecanismo Europeo de Estabilidad, pp. 515 y ss.

En la decisión que aprobaba la realización de OMTs se dio por concluido el Programa para los Mercados de Valores.

mediante, entre otras operaciones, la compra y venta simple de instrumentos negociables”⁵⁷⁵. Pero, a pesar de la salvedad anterior, este tipo de intervenciones de compra de deuda pública por parte del BCE en los mercados secundarios son contrarias al espíritu del Tratado, que prohíbe los rescates de los déficits de los Estados miembros por parte de los bancos del SEBC, y a través de ellas no se puede eludir el objetivo del art. 123 del TFUE⁵⁷⁶.

Es cierto que el mero establecimiento de programas de adquisición de deuda pública tiene un efecto positivo en los mercados, ya que pone de manifiesto la voluntad del banco central de restaurar la confianza tanto en la economía en su conjunto como en ciertos segmentos del mercado⁵⁷⁷.

⁵⁷⁵ El art. 18.1 de los Estatutos del SEBC y del BCE constituye una vía de escape a las limitaciones contenidas en el art. 123 del TFUE. Dadas las prácticas de otros Bancos Centrales como la Reserva Federal americana, era de esperar que los bancos integrantes del SEBC recurrieran a la compra de deuda privada, o pública, en los mercados secundarios. No podemos perder de vista que existe una vía, relativamente sencilla, de alcanzar a través de la actuación en los mercados secundarios el mismo resultado que mediante una compra directa de bonos soberanos: si los Bancos comerciales de los Estados miembros de la Zona Euro económicamente débiles se vieran forzados a comprar deuda pública, y el BCE a la vez derogara (como hizo en el caso de Grecia) sus garantías hipotecarias, el Estado obtendría dinero a través de una ruta relativamente sencilla. Véase, BELKE, Ansgar, “*Driven by the Markets? ECB Sovereign Bond Purchases and the Securities Markets Programme*”, *RUHR Economic Papers*, (194), Universität Duisburg Essen, p. 4 (nota al pie núm. 1).

⁵⁷⁶ Así se afirma en los considerandos del Reglamento (CE) núm. 3603/1993, del Consejo, de 13 de diciembre, por el que se establecen definiciones para la aplicación de las prohibiciones a que se refiere el art. 104 y el apartado 1 del art. 104 B: “las adquisiciones efectuadas en el mercado secundario no deben servir para eludir el objetivo que este artículo persigue” (art. 104 TUE, actual art. 123 del TFUE).

⁵⁷⁷ El BCE no ha sido el único banco central que ha introducido programas de adquisición de deuda pública o privada. Otros bancos centrales, como la Reserva Federal americana o el Banco de Inglaterra, han implementado planes de esta naturaleza. Ahora bien, cada uno de los programas tiene sus propias especialidades. El programa de compras de la Reserva Federal americana ha sido sustancialmente más amplio que el del BCE. Véase más sobre el programa implementado por la Reserva Federal americana y sus resultados en GAGNON, Joseph, RASKIN, Matthew, REMACHE, Julie, y SACK, Brian, “*Large-Scale Asset Purchases by the Federal Reserve: Did They Work?*”, *Federal Reserve Bank of New York Staff Report*, (441), marzo, New York, 2010.

Por su parte, el Banco de Inglaterra, bajo su programa de *quantitative easing*, ha comprado activos financieros, principalmente valores del Gobierno británico, con cargo a sus reservas. Se denomina *quantitative easing* al proceso a través del cual el banco central de un Estado puede incrementar la cantidad de dinero existente o, en otras palabras, inyectar dinero en la economía. Para ello, el banco central no tiene porqué imprimir dinero, sino que puede incrementar el dinero existente a través de la compra de activos de las instituciones del sector privado (compañías de seguros, fondos de pensiones, bancos, etc.) o adquirir créditos de las cuentas de los bancos comerciales. Las instituciones vendedoras de estos activos tendrán en ese momento un mayor volumen de dinero que podrán redistribuir en la economía prestándolo o adquiriendo otros activos como acciones o bonos de empresas. Estas compras harán subir los precios de los activos. El incremento del precio de los activos comportará la reducción del rendimiento que estos tienen que ofrecer, disminuyéndose el coste del recurso al crédito para empresas y hogares, lo cual debe generar, indirectamente, un nuevo impulso al consumo. A través de este mecanismo

Pero estas medida no ha estado exenta de críticas. En primer lugar, las adquisiciones de deuda pública por parte del BCE han sido criticadas por el elevado coste financiero que estas tienen para el BCE⁵⁷⁸. Por todo ello, el BCE justifica este tipo de adquisiciones en las graves tensiones que viven los mercados financieros y apunta, a su vez, la inexistencia de alternativas posibles.

En segundo lugar, también ha sido objeto de críticas la repercusión que la adquisición de deuda pública por el BCE tiene en la rentabilidad obtenida por los bonos públicos de otros Estados de la UEM. En este sentido, algunos autores apuntan a que la adquisición por parte del BCE de bonos de Estados elevadamente endeudados hace que su prima de tipo de interés disminuya y, correlativamente, incremente la prima de interés de los Estados fuertes. A los inconvenientes anteriores deben sumarse los riesgos que el BCE asume adquiriendo activos tóxicos que pueden, en caso de disminuir sustancialmente su valor, consumir las reservas e incluso afectar al capital social del BCE. Si esta situación se produjese, podría verse afectado el reparto de beneficios que el BCE hace a los Estados miembros de la UEM y, en última instancia, a la estabilidad del euro⁵⁷⁹.

En tercer y último lugar, cabe apuntar que el BCE se ha mostrado contrario en algunas ocasiones a informar sobre la naturaleza de los bonos que adquiere puesto que la composición del portafolio del Programa sería un dato significativo sobre la debilidad de algunos Estados y dejaría de ser efectivo⁵⁸⁰. No obstante, esta opacidad, aunque relativa, vulneraba el principio de transparencia que debe regir la actuación del BCE. Por ello, en septiembre de 2012, entre las condiciones fijadas por el Consejo de

se puede atacar situaciones de severa escasez de crédito. Sin embargo, el recurso a este mecanismo no puede ser ilimitado puesto que elevados niveles de liquidez monetaria pueden descontrolar los niveles de inflación. En caso de ser necesario, el banco central podrá drenar liquidez del mercado monetario mediante diferentes mecanismos, entre ellos la venta de los activos que previamente había adquirido. Véase una descripción del mecanismo del *quantitative easing* en el documento del BANK OF ENGLAND, “*Quantitative easing explained. Putting more Money into our economy to boost spending*”, Londres, 2010, pp. 1 a 14.

⁵⁷⁸ Véase, BELKE, Ansgar, “*Driven by the Markets? ECB Sovereign Bond Purchases and the Securities Markets Programme*”, cit., p. 4.

⁵⁷⁹ Estas y otras críticas han generado posiciones a favor de eludir este tipo de intervenciones e iniciar un proceso de quiebras ordenadas de Estados. Véase, BELKE, Ansgar, “*Driven by the Markets? ECB Sovereign Bond Purchases and the Securities Markets Programme*”, cit., pp. 12 y 13.

⁵⁸⁰ Informaciones extra oficiales recogidas afirman que el 75 % de las adquisiciones iniciales del Programa para los Mercados de Valores fueron deuda pública griega, seguida de importantes volúmenes de deuda pública portuguesa e irlandesa y pequeñas cantidades de deuda pública española e italiana. Véase, BELKE, Ansgar, “*Driven by the Markets? ECB Sovereign Bond Purchases and the Securities Markets Programme*”, cit., p. 5.

Gobierno del para la realización de Operaciones Monetarias de Compraventa⁵⁸¹ se encuentra la transparencia (semanalmente se publicará el saldo de las Operaciones Monetarias de Compraventa realizadas y mensualmente su duración media y el detalle por países).

En conclusión, la aplicación de programas de compra de deuda pública de esta naturaleza aporta estabilidad a los mercados, pero puede convertir, en algún sentido, al BCE, en un prestamista de último recurso. Al mismo tiempo se produce un efecto en cadena, puesto que cada vez que el BCE incrementa la compra de deuda pública de un Estado, le es más difícil negarse a futuras intervenciones para financiación a otros Estados. Esta situación puede llegar a comprometer su función de garante de la estabilidad de precios. De lo anterior se extrae la cautela con la que el BCE lleva a cabo las compras de bonos soberanos, que deben ser limitadas y con objetivos precisos⁵⁸².

⁵⁸¹ Sobre las características de las Operaciones Monetarias de Compraventa, véase, *supra*, nota al pie núm. 574.

⁵⁸² Así lo apuntaron en el momento de creación del *Programa para los Mercados de Valores* Axel Weber (antiguo Gobernador del Bundesbank) y Mario Draghi (antiguo Gobernador de la Banca de Italia), los cuales eran los principales candidatos para remplazar a Jean Claude Trichet en la presidencia del BCE. Véase sus posturas en: <http://www.bloomberg.com/news/2010-05-31/ecb-heavyweights-weber-draghi-urge-quick-end-to-limited-bond-purchases.html> (última consulta, julio de 2013).

CAPÍTULO III
LA DISCIPLINA PRESUPUESTARIA
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

I. INTRODUCCIÓN

Al abordar el estudio del principio de estabilidad presupuestaria, y concretamente su vinculación con el gasto público, en numerosas ocasiones se parte de la premisa de que el principio de estabilidad presupuestaria constituye en esencia un principio limitativo del gasto público⁵⁸³. Sin embargo, también existen posturas, que suscribimos, que consideran incorrecta la identificación del principio de estabilidad con un principio restrictivo del gasto público⁵⁸⁴. Asimilar el principio de estabilidad presupuestaria a un principio de reducción del gasto comporta obviar la lógica del presupuesto como institución que conexiona los ingresos y los gastos públicos, y convierte ambas vertientes en recíprocamente interdependientes⁵⁸⁵. Las decisiones adoptadas en uno de los bloques inciden directamente en el otro, y la estabilidad entre los dos puede alcanzarse a través de mecanismos que no deben comportar, en todo caso, una contención del gasto público.

⁵⁸³ Esta es la postura de MARTÍNEZ GINER al afirmar que “y esa influencia de la estabilidad presupuestaria sobre el gasto público, que se proyecta en todo su régimen jurídico, acaece en nuestra opinión por varias razones. Por un lado, debe convergerse en la consideración última, o si se quiere primigenia, de la estabilidad presupuestaria como principio limitativo del gasto”, MARTÍNEZ GINER, Luis A., “El principio de justicia en materia de gasto público y la estabilidad presupuestaria”, *Civitas. Revista española de Derecho Financiero*, (115), 2002, p. 471.

⁵⁸⁴ Véase, entre otros, RUIZ ALMENDRAL, Violeta, *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España*, cit., p. 153. Para RUIZ ALMENDRAL esta concepción errónea del principio de estabilidad presupuestaria ha suscitado dudas acerca de su compatibilidad con el principio de justicia en el gasto público. La autora reitera la imposibilidad de identificar la estabilidad presupuestaria con la limitación del gasto en RUIZ ALMENDRAL, Violeta, “Estabilidad Presupuestaria y Reforma Constitucional”, *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, (41), enero-marzo, 2012, pp. 40 (también en página 92 al analizar la relación entre la normativa de estabilidad y la justicia en el gasto público – art. 31.2 de la CE–).

⁵⁸⁵ Como señalaba el profesor VICENTE ARCHE “la valoración conjunta y simultánea de los gastos y los ingresos públicos pertenece a la lógica financiera elemental o de forma más concreta, a la lógica presupuestaria, cualquiera que sea la estructura presupuestaria del sector público que quiera considerarse. Por esta razón las decisiones sobre el gasto público no son, en verdad, decisiones autónomas, sino recíprocamente interdependientes con las que al mismo tiempo deben adoptarse en la vertiente de los ingresos”. Véase, VICENTE ARCHE, Fernando, “Notas sobre gasto público y contribución a su sostenimiento en la Hacienda pública”, *Civitas. Revista española de Derecho financiero*, (3), 1974, p. 538.

Ahora bien, como apunta VICENTE ARCHE, la interrelación entre ambas vertientes no solo pasa por “contraponer el gasto público al conjunto de los ingresos públicos”, sino que “en el momento mismo de decidir sobre el volumen del gasto público, la elección simultánea en el campo del ingreso penetra ya en las alternativas para financiar el gasto (...). De donde se desprende, al final, que la proyección en el ámbito de los ingresos de las decisiones sobre el aumento de gasto público se concretan entre un aumento de los ingresos obtenidos por reparto y la constitución de *nuevas* formas de ingresos al margen de este sistema, que en esencia consistirán en nuevas demandas a los mercados financieros”⁵⁸⁶. Por tanto, en términos teóricos⁵⁸⁷, la estabilidad presupuestaria puede mantenerse sin reducir el gasto público, pero la decisión de sostener los niveles de gasto comportará adoptar simultáneamente medidas tendentes al incremento de los ingresos, ya sea a través de una subida de tipos impositivos o mediante el recurso al crédito público⁵⁸⁸.

Los asertos anteriores nos llevan a evitar caracterizar el principio de estabilidad presupuestaria, de forma exclusiva, como un principio limitativo del gasto, lo cual no excluye que la instrumentación de este principio pueda comportar, y en muchas ocasiones comporte, la reducción del gasto público. La opción de reducción del gasto se adopta tras valorar las alternativas para su financiación. Así, dadas las limitaciones a la

⁵⁸⁶ *Ibidem*. p. 538 (la cursiva es del autor).

⁵⁸⁷ Hacemos alusión al plano teórico, dado que a nivel práctico en los casos de incumplimiento de la estabilidad presupuestaria las políticas que se han aplicado llevan aparejadas, en la mayoría de los casos, medidas tendentes a la reducción del gasto. No existe ningún Estado en la UE que tras sufrir la apertura de un procedimiento de déficit excesivo no haya confirmado la introducción, en mayor o menor medida, de políticas de contención de su gasto público.

Las diferentes medidas se pueden observar en los Programas de Estabilidad y Convergencia, o sus actualizaciones, presentados por los Estados miembros para el 2012: http://ec.europa.eu/economy_finance/economic_governance/sgp/convergence/programmes/2012_en.htm (última consulta octubre de 2012).

⁵⁸⁸ Debemos apuntar la existencia de teorías hacendísticas que se oponen a los aumentos de presión impositiva como mecanismo para la reducción del déficit público, en la medida en que consideran que estos solo reducirán el déficit a corto plazo, pero podrían aumentarlo en el futuro si no existen limitaciones a la emisión de deuda pública. Para estas teorías, el control del déficit debe apoyarse en la introducción de restricciones legales sobre el déficit y el endeudamiento, combinadas con recortes discrecionales del gasto. En este sentido se posiciona GONZÁLEZ-PÁRAMO MARTÍNEZ-MURILLO al afirmar que “un programa de consolidación presupuestaria eficaz y creíble, –esto es, consistente con la dinámica observada en el comportamiento de las variables presupuestarias– debe basarse en la contención o la reducción del gasto. Esta política es efectiva tanto a corto como a largo plazo. La mejora inicial en el saldo presupuestario derivada de una disminución permanente del gasto puede ser reforzada, en un momento posterior, mediante recortes de impuestos.” GONZÁLEZ-PÁRAMO MARTÍNEZ-MURILLO, José Manuel, *Costes y beneficios de la disciplina fiscal: la Ley de Estabilidad Presupuestaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001, p. 102.

deuda pública fijadas en el derecho europeo y la tendencia de los políticos a rehuir subidas de impuestos⁵⁸⁹, la reducción del gasto público se presenta como la principal alternativa para evitar déficits excesivos⁵⁹⁰.

Bajo estas premisas, para poder pronunciarnos sobre la naturaleza del principio de estabilidad presupuestaria y su incidencia jurídico-financiera en el presupuesto y el gasto públicos, debemos traer a colación la configuración que de este principio ha llevado a cabo la normativa europea⁵⁹¹.

En primer lugar, debemos precisar que ni el TFUE ni el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo recogen un principio de estabilidad presupuestaria como tal. En puridad, el TFUE hace referencia al principio de finanzas públicas sólidas (art. 119 TFUE) y establece dos criterios a través de los cuales se da cumplimiento a la disciplina presupuestaria (art. 126.2 del TFUE). De lo anterior se colige que la estabilidad presupuestaria es una concreción del principio más amplio de finanzas públicas sólidas, pero de ello no puede extraerse que para alcanzar finanzas públicas sólidas deba obligatoriamente darse en todo momento estabilidad presupuestaria, ni que la existencia de estabilidad presupuestaria comporte en todo caso la existencia de finanzas públicas sólidas⁵⁹². Varios son los motivos que nos llevan a hacer tales afirmaciones:

⁵⁸⁹ Al abordar la estabilidad presupuestaria con frecuencia el debate se centra en la limitación del gasto y se lleva a cabo una referencia menor al sistema tributario. No obstante, este último constituye un elemento central para alcanzar la estabilidad presupuestaria. Como señala RUÍZ ALMENDRAL, “se olvida con excesiva frecuencia que junto al “techo de gasto”, existe, aunque no se mencione, un auténtico “suelo de ingresos”, sin los cuales el Estado no puede funcionar”. RUIZ ALMENDRAL, Violeta, “Estabilidad Presupuestaria y Reforma Constitucional”, cit., p. 102.

⁵⁹⁰ Como señala MARTÍNEZ GINER, “el marco jurídico regulado por la Ley 18/2001, de 12 diciembre, se encuadra en el contexto europeo de contención del gasto bajo las fórmulas de limitación del endeudamiento y del déficit público. Véase, MARTÍNEZ GINER, Luis A., “El principio de justicia en materia de gasto público y la estabilidad presupuestaria”, cit., p. 471.

⁵⁹¹ Desde la adhesión de España a las Comunidades Europeas (actual UE) se produce la incorporación de un ordenamiento jurídico específico (el acervo comunitario) a nuestro ordenamiento jurídico nacional. El Estado español, responsable de acuerdo con lo establecido en el art. 93 de la CE, deberá adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en el Tratado y el Derecho derivado. En materia de disciplina presupuestaria, estas obligaciones se concretan en el art. 3 del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo: “*los Estados miembros garantizarán que los procedimientos nacionales en materia presupuestaria les permitan atender, en dicho ámbito, a sus obligaciones derivadas del Tratado*”.

⁵⁹² La experiencia práctica ha puesto de manifiesto que Estados que no cumplían con la estricta estabilidad presupuestaria han tenido finanzas públicas más sólidas a medio plazo (Alemania o Francia son algunos ejemplos) que otros Estados que cumplían este objetivo durante años (Irlanda o España).

- Como hemos señalado, ninguno de los criterios fijados en el Tratado relativos a la disciplina presupuestaria hace alusión expresa a la estabilidad presupuestaria. Los propios valores numéricos de referencia fijados en el Protocolo aplicable en caso de déficit excesivo permiten ciertos niveles de déficit y deuda públicos (en concreto, el 3 % del PIB y el 60 % del PIB, respectivamente). Por tanto, el equilibrio o superávit presupuestario no es un mandato que en sentido estricto se desprenda del texto del Tratado. Y, a mayor abundamiento, los criterios del déficit y deuda públicos fijados en el art. 126 del TFUE contienen excepciones bajo las cuales cabe la existencia de ciertos niveles de déficit y deuda públicos, incluso, por encima de los valores de referencia.

- La primera mención específica en el Derecho europeo a la estabilidad presupuestaria se encuentra en el PEC⁵⁹³. La Resolución del Consejo que aprueba el Pacto⁵⁹⁴ recoge entre las obligaciones de los Estados la de “*conseguir situaciones presupuestarias próximas al equilibrio o superávit*”. No obstante, la naturaleza de esta Resolución constituye una cuestión controvertida, puesto que si bien el conjunto de PEC debe interpretarse de forma que este otorgue máxima efectividad a las diferentes normas que lo conforman, a nivel de aplicabilidad y eficacia tan solo los dos Reglamentos que se integran en el PEC posee un efecto directo completo (art. 288 TFUE), por el contrario, la Resoluciones constituyen actos que no tienen fuerza jurídica vinculante.

- En cuanto a los dos Reglamentos que conforman el PEC, el Reglamento de Supervisión contiene una obligación para los Estados miembros similar a la fijada en la Resolución que aprueba el PEC. En concreto, el art. 3.2 del Reglamento originario de 1997 (precepto que se establecen los aspectos que deben incluirse en los Programas de estabilidad), recogía, en su apartado a), la obligación de los Estados de fijar “*el objetivo a medio plazo en términos de situación presupuestaria próxima al equilibrio o con superávit y la trayectoria de ajuste para alcanzar este objetivo en lo que respecta al déficit o superávit público, así como la tendencia prevista para la proporción de la deuda pública*”. Sin embargo, tras la reforma efectuada por el Reglamento (CE) núm. 1055/2005, esta disposición ya no hace referencia al objetivo de estabilidad

⁵⁹³ Debemos recordar en este punto que la denominación originaria del Pacto de Estabilidad y Crecimiento hacía tan solo alusión a la estabilidad (*Stability Pact for Europe*), y que la inclusión de el concepto crecimiento se produjo en la Conferencia de Dublín de 13 y 14 de diciembre de 1996 (*Stability and Growth Pact*). Dos objetivos (estabilidad y crecimiento) que en algún sentido se pueden considerar difíciles de alcanzar de forma conjunta. Pero su unión no es aleatoria: refleja que los mandatos del PEC persiguen algo más que la mera estabilidad.

⁵⁹⁴ Resolución del Consejo Europeo, en Ámsterdam el 17 de junio de 1997.

como “*situación próxima al equilibrio o superávit*” y, es más, precisa que “*los objetivos presupuestarios a medio plazo específicos de cada país podrán diferir de una situación de proximidad al equilibrio o superávit*”⁵⁹⁵. Además, el objetivo de a medio plazo no es un valor equivalente en todos los Estados, el art. 2 bis del Reglamento de Supervisión en su versión de 2005 introduce la existencia de objetivos a medio plazo diferenciados para cada Estado miembro en función de su “*situación presupuestaria*”. La singularización para cada Estado del objetivo a medio plazo fue uno de los cambios introducidos en el Reglamento de Supervisión originario, por mor del Reglamento (CE) núm. 1055/2005⁵⁹⁶. Esta tendencia se mantiene en el actual art. 3.2 a) del Reglamento (CE) núm. 1175/2011, relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas⁵⁹⁷. En síntesis, el Reglamento de Supervisión no configura un principio de estabilidad presupuestario unitario para todo los Estados miembros, sino que debe evaluarse la situación específica de cada Estado para determinar sus objetivos presupuestarios a medio plazo específicos que le permitan garantizar el cumplimiento, en última instancia, del principio de finanzas públicas sólidas.

- Por su parte, el Reglamento del procedimiento de déficit excesivo, siguiendo el esquema fijado en el art. 126 del TFUE, no hace alusión directa a un estricto principio de estabilidad presupuestaria. Al contrario, en su art. 2, precisa las excepciones a la apertura del procedimiento por déficit excesivo a pesar de que el Estado haya superado el valor de referencia del 3 % siempre y cuando este sea temporal, excepcional y cercano al valor de referencia⁵⁹⁸. En consecuencia, estas

⁵⁹⁵ El art. 3.2 del Reglamento de supervisión, tras la reforma efectuada por el Reglamento (CE) núm. 1055/2005, determina que el programa de estabilidad contendrá la siguiente información: “*a) el objetivo presupuestario a medio plazo y la trayectoria de ajuste hacia dicho objetivo para el saldo presupuestario de las administraciones públicas y la trayectoria de evolución prevista para la proporción de deuda pública*”.

⁵⁹⁶ Véase, *supra*, nota al pie núm. 207.

⁵⁹⁷ La toma en consideración de las circunstancias específicas de cada Estado se acentúa en la reforma del PEC llevada a cabo en el 2011. En concreto, a nivel de gobernanza económica, el nuevo Reglamento (UE) núm. 1176/2011, relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos, establece un cuadro de indicadores con umbrales específicos para cada Estado, cuya análisis permitirá establecer la existencia de desequilibrios macroeconómicos (art. 3, 4 y 5 del citado Reglamento).

⁵⁹⁸ La redacción del art. 2.1 del Reglamento del procedimiento de déficit excesivo se ha mantenido inalterada a lo largo de las dos reformas del PEC. Esta tiene el siguiente tenor: “*Un déficit público superior al valor de referencia se considerará excepcional y temporal, a efectos de lo previsto en el segundo guión de la letra a) del apartado 2 del artículo 104 del TUE, cuando obedezca a una circunstancia inusual sobre la cual no tenga ningún control el Estado miembro afectado y que incida de manera significativa en la situación financiera de las administraciones públicas, o cuando obedezca a una grave recesión económica. Asimismo, se considerará que el exceso sobre el valor de referencia es*

disposiciones flexibilizan el mandato a los Estados de alcanzar situaciones presupuestarias cercanas al equilibrio o superávit.

A través de estos argumentos queremos poner de manifiesto tres aspectos: El primero, la forma específica como la normativa europea configura la estabilidad presupuestaria, no tanto como un principio genérico de equilibrio o superávit presupuestario⁵⁹⁹, sino como un conjunto de criterios a través de los cuales poder alcanzar el principio de finanzas públicas sólidas, el cual, a diferencia del principio de estabilidad, sí se encuentra recogido de forma expresa en el texto del Tratado. El segundo, la naturaleza no limitativa del déficit público de la normativa europea. Es decir, el mandato de evitar déficits excesivos enumerado en el art. 126 del TFUE no constituye una prohibición a la existencia de déficit, sino un mecanismo de contención frente a la existencia de déficits excesivos (considerando excesivos aquellos déficits superiores al 3 % del PIB)⁶⁰⁰. El tercero, que la estabilidad presupuestaria predicada en el Derecho europeo no comporta un deber indefectible de reducción del gasto público. Hasta la reforma del PEC de 2011 no había mandatos europeos específicos limitando el gasto público. Ha sido en esta última donde se ha introducido, en el Reglamento de Supervisión (a través del Reglamento (UE) núm. 1175/2011), el principio de política fiscal prudente. Este principio determina que en aquellos Estados donde no se haya

temporal cuando las previsiones presupuestarias facilitadas por la Comisión indiquen que el déficit se situará por debajo del valor de referencia al término de la circunstancia inusual o de la grave recesión económica”.

Sí fueron objeto de modificación los apartados 2 y 3 del art. 2 del Reglamento (CE) núm. 1467/97, a través del Reglamento (CE) núm. 1056/2005, que flexibilizó el contenido de las causas de excepción a la apertura del procedimiento de déficit excesivo.

El Reglamento (UE) núm. 1177/2011 no efectúa modificaciones a este precepto, tan solo introduce un apartado 2 bis relativo al reforzamiento del diálogo entre las instituciones de la Unión en la materia.

⁵⁹⁹ En este punto convergimos con RUIZ ALMENDRAL cuando afirma que “la estabilidad presupuestaria no es exactamente un *principio*, ya que la delimitación de la estabilidad por relación a dos magnitudes fijas acerca la noción a la categoría de *regla*” (la cursiva es de la autora). Sin embargo, disintimos de la opinión de la autora cuando afirma que dicha regla “no admite por tanto modulaciones”. Todo lo contrario, dicha regla (o criterios) se ha configurado desde su redacción primigenia con excepciones que dejan un margen de apreciación a las instituciones europeas sobre la existencia de déficit o deuda públicos excesivos. Flexibilización que se acrecentó en la reforma de 2005. Véase, RUIZ ALMENDRAL, Violeta, *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España*, cit., p. 77.

⁶⁰⁰ De este modo ha caracterizado el principio de estabilidad presupuestaria SOLER ROCH, al afirmar que “el principio de estabilidad presupuestaria no es un principio prohibitivo del déficit, sino solo limitativo del mismo. En realidad, uno de los objetivos fundamentales que late en el fondo de este principio es producir, en nuestro ordenamiento, una alteración sustancial en la correlación entre las situaciones de equilibrio y déficit presupuestario, de modo que el primero pase a ser la regla general y el segundo la excepción”. SOLER ROCH, M^a. Teresa, “Estabilidad presupuestaria y Haciendas Locales”, *Revista Valenciana de Hacienda pública*, (2), 2001, p. 68.

alcanzado el objetivo a medio plazo, el crecimiento del gasto anual no debe exceder un porcentaje en relación con el crecimiento del PIB⁶⁰¹. Por tanto, no es una limitación inicial del gasto público sino una limitación condicionada, solo aplicable en aquellos casos en que el Estado no haya alcanzado su objetivo presupuestario a medio plazo.

En conclusión, la ordenación de la disciplina presupuestaria en el Derecho europeo posee múltiples aristas (a modo de criterios, excepciones, etc.) que como hemos comprobado a lo largo del capítulo I de este trabajo dificultan su aplicación efectiva, pero buscan adaptar la norma a las coyunturas económicas existentes en los distintos Estados miembros de la de la UE. Por ello, los criterios europeos de disciplina presupuestaria conceden un determinado margen de apreciación a los Estados miembros para el desarrollo de políticas fiscales distintas (con mayor o menor nivel de gasto, de presión fiscal, etc.)⁶⁰². Estas diferentes opciones tienen cabida en la medida en que no alteren la consecución del objetivo perseguido, el cual no es el déficit cero o un volumen mínimo de deuda pública, sino unas finanzas públicas estables a medio plazo, que puedan superar las fases bajas del ciclo económico sin alcanzar niveles muy elevados de deuda y déficit públicos.

A pesar de la forma como la estabilidad presupuestaria se ha determinado en el TFUE y en el PEC, la vinculación de la estabilidad presupuestaria a la contención del gasto ha constituido una constante en la normativa interna que ha adaptado el ordenamiento jurídico nacional a los mandatos europeos. La Ley General de Estabilidad Presupuestaria (en adelante, LGEP), esencialmente en su redacción originaria (Ley 18/2001, de 12 de diciembre) dotó de una carga especial la vertiente de contención del gasto del principio de estabilidad presupuestaria⁶⁰³. Este hecho se reflejaba tanto en su Exposición de Motivos, a través de alusiones a la contención del gasto como objetivo, como en su articulado, principalmente debido a la naturaleza de algunos de los mecanismos introducidos para garantizar la estabilidad. Entre estos últimos encontramos: la determinación de un máximo anual de gasto no financiero en el

⁶⁰¹ Sobre el principio de política fiscal prudente véase, *supra*, Capítulo I, epígrafe Reforma de los Reglamentos del PEC, pp. 113 y ss.

⁶⁰² No podemos obviar que estas afirmaciones se han matizado tras la aprobación del TCEG. El TCEG refuerza las exigencias en materia de disciplina presupuestaria establecidas en el TFUE y el PEC. Analizaremos el contenido esencial de este tratado con posterioridad. Véase, *infra*, Capítulo III, epígrafe La introducción del principio de estabilidad presupuestaria a nivel constitucional, pp. 306 y ss.

⁶⁰³ De igual forma, la estabilidad presupuestaria recogida en la LGEP originaria tomaba en consideración especialmente los niveles de déficit público, dejando en un segundo lugar el volumen de deuda pública.

Presupuesto del Estado⁶⁰⁴, o la creación del Fondo de contingencia que cubre las necesidades de gasto no discrecional y no previstas en el Presupuesto inicialmente aprobado⁶⁰⁵.

Esta excesiva asimilación del principio de estabilidad presupuestaria con un mandato de contención del gasto público ha llevado a algunos autores a hacer hincapié en la falta de atención prestada en la LGEP a los principios en materia de gasto público, señaladamente, al art. 31.2 CE⁶⁰⁶, y en concreto a la equidad como principio de justicia distributiva en el gasto. Ahora bien, que la redacción de la LGEP acentuara con mayor o menor idoneidad la vertiente de reducción del gasto derivada del principio de estabilidad presupuestaria constituye una opción legislativa, pero no puede llevarnos a afirmar que este principio, como tal, implique una confrontación directa con el principio de justicia en materia de gasto público. Observemos, a continuación, la vinculación

⁶⁰⁴ Este mecanismo se recogía en los arts. 8 y 12 del Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, que aprueba el texto refundido de la TRLGEP, e inicialmente se reguló en los art. 8 y 13 de la Ley 18/2001. Ahora bien, el límite al gasto no financiero es una limitación parcial al gasto, puesto que afecta al ámbito de la estabilidad (capítulos I a VI del Presupuesto), existiendo, a su vez, el máximo de gasto presupuestario computado en el conjunto de capítulos del Presupuesto.

⁶⁰⁵ El Fondo de contingencia se establece en el art. 15 del TRLGEP. Respecto a las necesidades que son cubiertas por el Fondo, como apunta RAMALLO MASSANET si “son gastos discrecionales debe ser porque son los que se suelen llamar gastos comprometidos; y al ser no previstos –sentado el carácter no discrecional- parece referirse a la cuantía insuficiente”. Sin embargo, como ya señalaba el autor estos gastos no son los mismos a los que hace alusión el Ministro de Hacienda cuando indica que el Fondo se “destinará exclusivamente a atender necesidades no previstas (...) en esta cantidad se incluirán los créditos extraordinarios, los suplementos, ampliaciones e incorporaciones de crédito y cualquier otra posible modificación de crédito”. Intervención del Ministro de Hacienda en el Pleno del Congreso, de 21 de marzo de 2002. Véase, RAMALLO MASSANET, Juan, “El bloque presupuestario en España: presupuesto, acompañamiento, estabilidad”, *Revista jurídica de las Illes Balears*, (1), 2003, p. 16.

El destino del Fondo de contingencia al que hacía alusión el Ministro de Hacienda (sustancialmente más amplio que el que parecía delimitar la LGEP originaria) fue recogido en similares términos en el art. 50 de la Ley 7/2003, General Presupuestaria. Este precepto establece que el Fondo se destinará a financiar “cuando proceda, las modificaciones siguientes: a) Las ampliaciones de crédito reguladas en el artículo 54; b) Los créditos extraordinarios y suplementos de crédito, de conformidad con lo previsto en el artículo 55; c) Las incorporaciones de crédito, conforme al artículo 58”.

⁶⁰⁶ ORÓN MORATAL destaca esta falta de atención a los criterios fijados por el art. 31.2 CE. Véase, ORÓN MORATAL, Germán “La suficiencia financiera de las Administraciones territoriales y la nueva normativa presupuestaria”, *Presupuesto y Gasto público*, (30), 2002, p. 88. Si observamos las disposiciones de la LGEP, en su art. 6, (bajo la rúbrica de eficiencia en la asignación y utilización de recursos públicos) hacía alusión a “una gestión de los recursos públicos orientada por la eficacia, la eficiencia y la calidad”. La eficiencia es el único criterio del art. 31.2 CE recogido en la LGEP, echándose en falta especialmente la alusión a la equidad como criterio de justicia distributiva en materia de gasto público.

Igualmente, MARTÍNEZ GINER puso de manifiesto esta falta de referencia en la LGEP al principio de asignación equitativa de los recursos públicos. Véase, MARTÍNEZ GINER, Luis A., “El principio de justicia en materia de gasto público y la estabilidad presupuestaria”, cit., p. 483.

existente entre estos dos principios: el principio de estabilidad presupuestaria y el principio de justicia en materia de gasto público.

La LGEP y la Ley orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria a la Ley General de Estabilidad Presupuestaria (en adelante, LOCLGEP) vinieron a cubrir el hueco normativo existente en materia de disciplina presupuestaria⁶⁰⁷, especialmente a nivel estatal, en la medida en que ya había restricciones en relación con la capacidad de endeudamiento de las Comunidades Autónomas y entes locales recogidas en la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas y en el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, respectivamente.

A través de las Leyes de Estabilidad se pretendía instaurar un mecanismo de contención y control del gasto público, que pondría fin a una concepción generalizada que aceptaba la dificultad de establecer límites jurídicos al gasto público, al entender que las decisiones correspondientes a este último son decisiones de carácter meramente político. Este sentir lo reflejó claramente LAZARTE ÁLVAREZ al afirmar que, más allá del control mutuo entre Gobierno y Parlamento, las decisiones relativas al gasto público son “de tipo político, o de competencias de este carácter que se ejercen con libertad, sin otra perspectiva jurídica que la de dar rango de ley a los acuerdos que las formulan. Estamos, pues, ante una responsabilidad política, no jurídica. Por supuesto, la experiencia histórica, las elaboraciones doctrinales y las reglas del juego político se traducen en una serie de máximas financieras y de gestión diligente, pero no en un esquema jurídico que constriña eficazmente en la capacidad de decisión”⁶⁰⁸. Incluso el Tribunal Constitucional hizo referencia al amplio margen de apreciación en la toma de decisiones relativas al gasto en la Sentencia 13/1992, de 6 de febrero, al indicar que se debe “evitar asimismo que la extremada prevención de potenciales injerencias competenciales acabe por socavar las competencias estatales en materia financiera, el

⁶⁰⁷ Algunos autores han interpretado esta ausencia de referencia a la estabilidad presupuestaria como constitutiva de una laguna constitucional, colmada por el TUE y la normativa comunitaria de desarrollo, principalmente por el PEC. Véase en este sentido PASCUAL GARCÍA, José, “Seguimiento y control de la estabilidad presupuestaria”, *Revista Española de Control Externo*, (13), 2003, p. 84. Ahora bien, como apunta RUIZ ALMENDRAL sobre esta tesis “no queda claro sin embargo dónde radicaría el fundamento de tal laguna, imprescindible para poder calificar una omisión del legislador” (véase RUIZ ALMENDRAL, Violeta, *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España*, cit., p. 150). Del mismo modo que RUIZ ALMENDRAL, consideramos que la inexistencia de alusión expresa a la estabilidad presupuestaria no significa ni que tal omisión constituya una laguna como tal, ni que de otros preceptos constitucionales, principalmente el art. 31.2 CE, no se puedan inferir fundamentos para la aplicación de dicha estabilidad.

⁶⁰⁸ Véase, LASARTE ÁLVAREZ, Javier, “El equilibrio presupuestario ante el ordenamiento jurídico”, en la obra colectiva *Marco y jurídico-financiero del sector público: perspectivas de reforma*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1986, p. 198.

manejo y la disponibilidad por el Estado de sus propios recursos y, en definitiva, la discrecionalidad política del legislador estatal en la configuración y empleo de los instrumentos esenciales de la actividad financiera pública” (FJ 2º).

Sin embargo, la calificación como “política” de la decisión del gasto no puede ser la justificación para la huida de su configuración, y especialmente de su control, en términos jurídicos. Es más, el calificativo de “político” debe atribuirse tan solo a la “elección” financiera de entre los distintos empleos que pueden darse a los recursos disponibles del Estado⁶⁰⁹. Y esta elección, en puridad, posee igual carga política que la “elección” de la forma de obtención de ingresos entre las distintas alternativas posibles, o de la configuración del sistema de ingresos que se quiere establecer.

La necesidad de propiciar este cambio de perspectiva en la ordenación del gasto público se vio reflejada en la redacción del art. 31.2 CE, que recoge el principio de justicia en materia de gasto. La redacción de este principio posee el siguiente tenor: “El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderá a los criterios de eficacia y economía”. La inclusión final de un precepto de esta naturaleza en la Constitución constituyó un revulsivo para aquel sector doctrinal que de forma férrea había abogado a favor de constitucionalizar el principio de justicia material en el gasto⁶¹⁰. Su importancia era

⁶⁰⁹ Esta es la observación que con acierto plantea RODRÍGUEZ BEREIJO a los argumentos de VICENTE ARCHE sobre la naturaleza política de las decisiones sobre los gastos públicos. Véase, RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro, *Introducción al estudio del Derecho Financiero: un ensayo sobre los fundamentos teóricos del Derecho Financiero*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1976, p. 104.

Posteriormente, ORÓN MORATAL haría referencia también a esta conjunción de los elementos políticos y jurídicos: “no queremos con esto negar el elemento político de la decisión del gasto público, sino averiguar si en las decisiones del gasto tiene cabida el elemento jurídico y en qué medida o cómo se materializa”. El autor resuelve seguidamente afirmando que “de ser posible podría concluirse que la decisión del gasto público, como manifestación de la actividad financiera, es esencial pero no exclusivamente política, convirtiéndose claramente en objeto de estudio del Derecho Financiero. (...) Por otra parte, ese elemento jurídico no lo reducimos a aspectos formales, sino que implica criterios de justicia”. ORÓN MORATAL, Germán, *La configuración constitucional del gasto público*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 29 y 30.

⁶¹⁰ Esta necesidad fue apuntada por RODRÍGUEZ BEREIJO al indicar en el año 1976 que “la justicia en el gasto público equivale hoy, pues, a control eficaz y riguroso en la aprobación, gestión y ejecución del gasto. Pero esto equivale a identificar la *justicia en el gasto público* con la *legalidad del gasto público*, que son cosas diferentes, que es posible que coincidan, pero que pueden no coincidir e incluso es muy frecuente que así ocurra. Por tanto, los principios y las normas que definen la legalidad en el gasto público no pueden (ni deben) tomarse como criterios definitivos de consagración positiva, material, de la justicia en el gasto. La legalidad formal no es la justicia, esto parece evidente” (la cursiva es del autor). Véase, RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro, *Introducción al estudio del Derecho Financiero*, cit., p. 101.

En el mismo sentido se pronunció MARTÍN QUERALT en la recesión hecha a la citada obra de RODRÍGUEZ BEREIJO. Véase, MARTÍN QUERALT, Juan, recensión a la obra “Introducción al estudio del

clave, puesto que la asignación equitativa de los gastos públicos “se presenta como la forma paralela al ejercicio de los principios de progresividad que imperan en el ámbito del ingreso”⁶¹¹, conectándose el ingreso con el gasto como dos momentos inseparables del fenómeno financiero, puesto que, como apunta VICENTE ARCHE, “las decisiones del gasto público no son, en verdad, decisiones autónomas, sino recíprocamente interdependientes con las que al mismo tiempo deben adoptarse en la vertiente de los ingresos públicos”⁶¹².

Cabe precisar que el originario art. 29 del proyecto de Constitución no contenía una disposición de esta naturaleza. Esta fue fruto de una enmienda presentada por la Agrupación independiente del Senado⁶¹³. Varios fueron los fundamentos que se invocaron para la introducción de esta enmienda, la cual fue defendida por FUENTES QUINTANA en el Senado. El primero, la importancia de incluir los criterios a los que debe responder el gasto público, dado que muchos artículos del texto constitucional se traducirán en incrementos de este. El segundo, el hecho que la Hacienda pública es una Hacienda de ingresos y de gastos y ambas conductas deben orientarse por principios semejantes puesto que, de lo contrario, se puede correr el riesgo de que “la Hacienda con la mano de los gastos públicos anule lo que se ha construido con la mano de los ingresos orientada por criterios constitucionales”. En tercer lugar, al ser previsible que el gasto público reforzase su presencia en la economía, era necesaria la consagración, a nivel constitucional, de principios o criterios adjetivos de eficiencia y economicidad como elementos rectores de la decisión de gasto⁶¹⁴.

Esta tercera consideración constituye un elemento de racionalización de la actividad financiera y, en concreto, de la decisión del gasto. En palabras de ESCRIBANO LÓPEZ, el principio de justicia material del gasto “tiene un componente de racionalización de la actividad financiera y supone un aspecto quizá pasivo del principio, pero no menos importante (...) Un principio de austeridad en la administración del dinero público como nota característica de esa actividad que puede

Derecho financiero de A. Rodríguez Bereijo”, *Civitas, Revista Española de Derecho Financiero*, (12), 1976, pp. 360 y ss. En concreto, MARTÍN QUERALT se posiciona a favor del reflejo constitucional de los principios de justicia material en el gasto en la p. 362.

⁶¹¹ Véase, ESCRIBANO LÓPEZ, Francisco, *Presupuestos del Estado y Constitución*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, p. 325.

⁶¹² Véase, VICENTE ARCHE, Fernando, “Notas sobre gasto público y contribución a su sostenimiento en la Hacienda pública”, *Civitas. Revista española de Derecho financiero*, (3), 1974, p. 538.

⁶¹³ Junto a otras pretensiones la enmienda número 674 buscaba introducir un segundo párrafo con el siguiente texto: “*El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación, ejecución y control responderán a los principios de eficacia y economicidad*”.

⁶¹⁴ Véase, las justificaciones de la enmienda 674, en *Texto de Enmiendas del Senado*, pp. 2951 y 2952.

ser controlada y que indudablemente en la medida en que pueda ser juzgada, en base a esos criterios, desarrollará todas sus posibilidades⁶¹⁵.

De este modo, las normas europeas de disciplina presupuestaria, y en la actualidad el principio de estabilidad presupuestaria recogido en la nueva redacción del art. 135 de la CE, deben conjugarse con el principio rector del gasto público recogido en el art. 31.2 CE. En esta toma en consideración conjunta no puede obviarse que el principio de justicia material en el gasto tiene una función bifronte respecto del gasto público: como límite a este, puesto que se requiere que su programación y ejecución se fundamenten en criterios de eficacia y economía (racionalización del gasto), pero también como garante de la existencia de gasto frente a medidas legislativas que supongan un recorte en la cobertura de necesidades económicas-sociales esenciales⁶¹⁶.

Pero no solo el art. 31.2 de la CE refleja esta doble vertiente, o esta contraposición entre la necesidad de contención del gasto y la necesidad de mantener determinadas políticas públicas generadoras de este. Existen otros preceptos que también recogen esta contraposición. Entre los ejemplos que podemos enumerar se encuentra el art. 131.1 CE que atribuye a los poderes públicos la potestad de “*planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución*”, infiriéndose la idea de un presupuesto

⁶¹⁵ Véase, ESCRIBANO LÓPEZ, Francisco, *Presupuestos del Estado y Constitución*, cit., p. 327. En el mismo sentido, BAYONA DE PEROGORDO considera que los criterios de eficiencia y economía constituyen fórmulas de racionalidad económica (BAYONA DE PEROGORDO, Juan José, “Notas para la construcción de un Derecho de los Gastos públicos”, *Presupuesto y gasto público*, (2), 1979, p. 77); RODRÍGUEZ BEREIJO señala que “la segunda de las determinaciones del precepto tiene una proyección de racionalidad económica” (véase, RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro, “Los fundamentos constitucionales del control interno de la actividad financiera del Estado”, en la obra *X Jornadas de Control interno en el sector público: eficacia y legalidad en la gestión pública*, Intervención General de la Administración del Estado, Madrid, 1993, p. 30). En similares términos, CAZORLA PRIETO hace referencia a la eficiencia y a la economía como “dos principios –mejor criterios– económico-financieros de buena administración”. Véase, CAZORLA PRIETO, Luis, M^a, “Comentarios al artículo 31 de la CE” en la obra colectiva *Comentarios a la Constitución*, dirigida por GARRIDO FALLA, Civitas, Madrid, 1980, p. 400.

⁶¹⁶ Dentro de esta segunda vertiente del principio de asignación equitativa de los recursos públicos existe un amplio margen de maniobra, puesto que podrá apelarse a este principio para el cumplimiento de una multiplicidad de derechos de contenido económico. Y este hecho constituye en palabras de ESCRIBANO LÓPEZ uno de los “problemas más arduos del principio, su eficacia como resorte de amparo y fundamento de acciones que persigan el logro de estos contenidos y la posibilidad de vincular a los poderes públicos, fundamentalmente al Gobierno, para que toda su actividad esté presidida por este principio”. Véase, ESCRIBANO LÓPEZ, Francisco, *Presupuestos del Estado y Constitución*, cit., p. 327.

intervencionista donde cabe, e incluso se promueve, la existencia de ciertos niveles de déficit⁶¹⁷.

Este carácter bifronte del principio de justicia material en el gasto también se aprecia en su vinculación con la estabilidad presupuestaria. El art. 31.2 CE permite introducir políticas de estabilidad presupuestaria (y contención del gasto) en la medida en la que estas comporten mayor eficiencia y economía en la programación del gasto. La racionalización del gasto público es un objetivo costoso pero necesario, puesto que, si bien es cierto que los criterios de eficiencia y economía son conceptos indeterminados⁶¹⁸, este hecho no justifica su inobservancia sistemática, interpretándolos como una “recomendación piadosa”⁶¹⁹. Es más, la estabilidad presupuestaria no solo tiene cabida junto a los mandatos de racionalización de la actividad financiera que posee el artículo 31.2 de la CE, sino que debe ser un revulsivo en la aplicación de los criterios de eficiencia y economía en la programación y ejecución del gasto público.

Mayores tensiones pueden producirse entre el objetivo de estabilidad presupuestaria y la otra vertiente del principio de justicia material en el gasto público, la

⁶¹⁷ En este precepto se puede observar cierto influjo de las teorías keynesianas que consideran el gasto público como el motor del crecimiento económico. KEYNES, John Maynard, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, cit., pp. 374 y ss.

De hecho, la Constitución española toma como principal fuente de inspiración la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución italiana, normas ambas promulgadas en la década de los cuarenta bajo la influencia de las tesis keynesianas. En concreto la Ley Fundamental de Bonn fue modificada expresamente (años 1967 y 1969) para introducir políticas de carácter anticíclico, concretamente en sus arts. 109 a 115. Posteriormente analizaremos la reforma alemana de 2009 que, por el contrario, tiene como principal objetivo la contención del déficit y la deuda públicos. Véase, *infra*, Capítulo III, epígrafe La introducción del principio de estabilidad presupuestaria a nivel constitucional, pp. 306 y ss.

⁶¹⁸ Algunos autores han abordado la difícil tarea de dar contenido a estos dos criterios de eficiencia y economía. Así, BAYONA DE PEROGORDO caracteriza la eficiencia como un criterio de “eminente naturaleza fáctica que vendría a exigir que los gastos se realicen (...)”. En concreto, para el autor “el principio de eficiencia acentúa el carácter funcional del procedimiento de gasto público y conlleva la exigencia de su efectiva realización, y en el nivel de los flujos monetarios”. Y por último, “el principio de eficiencia comporta la exigencia de que los mismos (los gastos) se efectúen puntualmente”. En cuanto al criterio de economía, BAYONA DE PEROGORDO considera que “viene a exigir que en la realización del gasto público, ya asegurada por el principio de eficiencia, se actúe de manera tal que se produzca la óptica combinación de unos medios escasos con la finalidad de obtener la más amplia satisfacción”. Véase, BAYONA DE PEROGORDO, Juan José, “El procedimiento de gasto público y su control, *Presupuesto y gasto público*, (13), 1982, p. 31.

Por su parte, CAZORLA PRIETO considera que el criterio de economía comporta la obtención del máximo de resultados posibles con el mínimo de recursos públicos dirigidos a tal fin (CAZORLA PRIETO, Luis, M^a, “Comentarios al artículo 31 de la CE”, cit., p. 401).

⁶¹⁹ GARCÍA AÑOVEROS, Jaime, “El presupuesto y el gasto público en la Constitución Española”, en la obra colectiva *El sistema económico en la Constitución Española*, XV Jornadas de Estudio de la DGSJE, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, p. 1656.

equidad en la asignación equitativa de los recursos públicos. Como propone MARTÍNEZ GINER, “cabría plantearse hasta qué punto la adopción de una decisión de gasto y su programación y ejecución presupuestaria en base a criterios exclusivamente de eficiencia y economía –o lo que es lo mismo, de acuerdo con el principio de estabilidad presupuestaria– justificaría el desatender a la equitativa asignación de recursos”. Resolver esta cuestión pasa por valorar la existencia de una jerarquía entre la asignación equitativa y la racionalidad del art. 31.2 CE. Para algunos autores no existe graduación entre ambas vertientes del principio al ser improbable la colisión⁶²⁰. Por el contrario, otras opiniones, que suscribimos, consideran que tal confrontación puede producirse y que en tal caso deberá prevalecer el *principio* de asignación equitativa del gasto frente a los *criterios* de eficacia y economía⁶²¹.

Todo lo anterior nos lleva a afirmar que, si bien no consideramos que exista una confrontación directa entre el principio de justicia material en el gasto y la estabilidad presupuestaria, esta puede producirse. Por ello, el principio de *asignación equitativa de los recursos públicos* debe constituir el parámetro para configurar el concepto de estabilidad presupuestaria que tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico⁶²². Concretamente, la asignación equitativa en el gasto público recogida en el art. 31.2 de la CE debe actuar a modo de freno frente a políticas excesivamente ortodoxas de estabilidad presupuestaria, que puedan alterar el desarrollo de las funciones encomendadas a los poderes públicos o poner en entredicho la asignación equitativa de los recursos públicos⁶²³.

⁶²⁰ Entre estos se encuentran: BAYONA DE PEROGORDO, Juan José, “El Derecho de los gastos público”, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1991, p.159 y PASCUAL GARCÍA, José, *Régimen jurídico del gasto público: presupuestación, ejecución y control*, Editorial BOE, Madrid, 1999, p. 333.

⁶²¹ En este sentido: CAZORLA PRIETO, Luis, M^a, “Comentarios al artículo 31 de la CE”, cit., p. 400; ORÓN MORATAL, Germán, *La configuración constitucional del gasto público*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 53 y 54; y MARTÍNEZ GINER, Luis A., “El principio de justicia en materia de gasto público y la estabilidad presupuestaria”, cit., p. 482.

⁶²² MARTÍNEZ GINER ha reflejado la necesidad de conectar ambos principios al afirmar que “ se hace necesario compatibilizar los objetivos de las políticas y programación del gasto público informado por sus principios constitucionales, –señaladamente el de asignación equitativa de los recursos públicos–, y las exigencias de racionalidad económica en la ejecución presupuestaria en base a los criterios de eficacia, eficiencia y calidad. MARTÍNEZ GINER, Luis A., “El principio de justicia en materia de gasto público y la estabilidad presupuestaria”, cit., p. 477.

⁶²³ La dificultad se estriba en concretar en términos materiales y cuantitativos las limitaciones que no pueden producirse. Como precisa MARTÍNEZ GINER, “la cuestión es sin duda la concreción de cuáles son las necesidades que como mínimo y por encima de cualquier consideración de orden presupuestario deben ser satisfechas en aras a la salvaguarda de la asignación equitativa de recursos públicos, así como la determinación del “*quantum*” que supone esa actuación”. MARTÍNEZ GINER, Luis A., “El principio de justicia en materia de gasto público y la estabilidad presupuestaria”, cit., p. 477.

Sería idóneo poder afirmar que la contención del gasto llevará aparejada mayor atención y cuidado en su elección y programación, pero esta vinculación entre estabilidad presupuestaria y asignación equitativa de los recursos públicos, completamente deseable, ni tan siquiera tuvo reflejo en el articulado de la LGEP y la LOCLGEP, normas en cuyos textos no se hacía alusión a la equidad como principio de justicia en el gasto público. Desacuerdo que no ha superado la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (en adelante, LOEPSF)⁶²⁴.

Pero la desatención al control de la justicia material en el gasto no se predica tan solo de las sucesivas leyes de estabilidad presupuestaria. Con frecuencia la doctrina ha manifestado el olvido de este principio y las perniciosas consecuencias que ello genera en la justicia del sistema financiero en su conjunto⁶²⁵. Esta desatención se produce por varios factores, entre los que destacan, en primer lugar, la dificultad de determinar los criterios materiales en función de los cuales cabe impugnar la constitucionalidad de una determinada partida de gasto; y, en segundo, la complejidad de concretar los cauces a través de los cuales puede garantizarse esta adecuación⁶²⁶. Por tanto, si bien la doctrina concuerda en afirmar la necesidad de efectuar un control jurídico del gasto, presenta mayores problemas la concreción de controles de carácter material en supuestos específicos⁶²⁷.

⁶²⁴ BOE núm. 103, de 30 de abril de 2012

⁶²⁵ Las palabras de CORTÉS DOMÍNGUEZ ya reflejaban en 1968 esta problemática: “De nada nos sirve ser muy meticulosos, muy estrechos en la justicia tributaria si luego en el momento del gasto no tenemos criterio material de justicia; de nada me sirve que nuestro sistema sea un espejo de justicia si después por el camino de la subvenciones, por el camino del gasto público en general, conseguimos en definitiva los mismos fines que se podrían conseguir con el sistema tributario. Si a mi no me declaran exento por respetar el principio de capacidad económica y luego me conceden una subvención, el resultado es el mismo. O sea, que hay que estudiar en serio el problema de la justicia en el gasto público”. Véase, CORTÉS DOMÍNGUEZ, Matías, “Los principios generales tributarios. Coloquio sobre el futuro de los sistemas fiscales”, en la *XVI Semana de Estudios de Derecho Financiero*, Madrid, 1968, p. 104.

SOLER ROCH apuntó con acierto como este principio constituye “la cenicienta del Derecho constitucional financiero”. SOLER ROCH, M^a Teresa, “Los principios implícitos en el régimen jurídico del gasto público”, en la obra colectiva *El sistema económico en la Constitución española*, (Vol. II), Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1994, p. 1837.

⁶²⁶ Véase, MARTÍN QUERALT, Juan, recensión a la obra “Introducción al estudio del Derecho financiero de A. Rodríguez Bereijo”, cit., p. 360.

⁶²⁷ Estos controles, como recoge ORÓN MORATAL, se podrán efectuar en diferentes fases de la actividad financiera: en la elección del recurso para cubrir una necesidad determinada; en la autorización del empleo de los recursos públicos para satisfacer fines públicos; y en la asignación de recursos autorizados para la satisfacción de fines públicos. Véase, ORÓN MORATAL, Germán, *La configuración constitucional del gasto público*, cit., pp. 29 y 30.

Algunos autores han intentado resolver las dos cuestiones planteadas. En relación con los parámetros materiales que deben determinar la constitucionalidad del gasto, RODRÍGUEZ BEREIJO afirma que el criterio que debe primar a la hora de declarar la inconstitucionalidad de un determinado gasto público es la ausencia de finalidad pública de la actividad a la cual el gasto se encuentra afecto. Y, en cuanto a las vías a seguir, el autor considera que los cauces para la adecuación de los gastos a los principios constitucionales no deben circunscribirse a los estrictamente procesales, sino que también deben comprender las “vías institucionales y orgánicas (distribución de competencias, funcionamiento de los órganos, controles internos, etc.)”⁶²⁸.

De igual forma, para dotar de contenido al control material del gasto, o lo que es lo mismo, para poder valorar si se da cumplimiento al principio de justicia en el gasto, otros autores han hecho alusión a la vinculación de este principio con otros principios constitucionales. Así, GARCÍA AÑOEROS afirma que la existencia de equidad en la asignación de recursos comporta “la interdicción del gasto inicuo, como financiación de actividades contrarias a los principios o mandatos constitucionales, tanto si se realizan de un modo directo como mediante subvenciones”; y, en concreto, “la interdicción del gasto que promueve desigualdad”, dado que “existen numerosos supuestos de gasto público, por ejemplo, en materia de subvenciones, en que el principio de igualdad del artículo 14 CE puede padecer al menos tanto, si no más que en la asignación tributaria. Así sucede, también con numerosas prestaciones sociales”⁶²⁹.

Otra alternativa para valorar el control de la justicia en el gasto es la adoptada por BAYONA DE PEROGORDO, el cual afirma que serán justos aquellos gastos que son efectuados para la satisfacción de las necesidades públicas fijadas en la Constitución, puesto que su enumeración en el texto constitucional pone de manifiesto que constituyen una expresión de la voluntad general⁶³⁰.

Por su parte, PASCUAL GARCÍA también ha vinculado la justicia en el gasto con lo consecución de los fines del Estado recogidos en la Constitución al afirmar que “en

⁶²⁸ RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro, *Introducción al estudio del Derecho Financiero*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1976, pp. 106 y ss.

⁶²⁹ Véase, GARCÍA AÑOEROS, Jaime “El presupuesto y el gasto público en la Constitución Española”, cit., p. 1655.

⁶³⁰ Esta segunda opción, a diferencia de la propuesta por GARCÍA AÑOEROS, contiene mayor carga de discrecionalidad, por ello el autor incluye, a modo de ejemplo, una serie de necesidades públicas derivadas de la Constitución. En última instancia, los parámetros fijados por BAYONA DE PEROGORDO son abiertos porque su argumento vincula la justicia en el gasto con “un concepto general de justicia de la que la justicia en el gasto no será más que una de sus manifestaciones”. Véase, BAYONA DE PEROGORDO, Juan José, “El Derecho de los gastos público”, cit., pp. 190 a 192. La enumeración de las necesidades se recoge, en particular, en la p. 191.

relación con el gasto, la Constitución ha expresado la necesidad de que se realice la justicia, pero no ha establecido ningún parámetro con arreglo al cual pueda juzgarse cuándo se ha de considerar justo el gasto, mejor dicho, lo ha establecido en otros preceptos, al fijar los fines del Estado, respecto de los cuales el gasto público tendrá – aunque no siempre– la condición de medio”⁶³¹.

Tras exponer las diferentes propuestas de concreción del principio de justicia material en el gasto, no podemos concluir sin apuntar la existencia de dificultades a la hora de su aplicación práctica. Como se cuestiona RODRÍGUEZ BEREJO, “¿Cómo demostrar la ilegalidad de un determinado gasto público por vulneración de un principio sancionado en la Constitución? La prueba puede ser muy difícil, casi una *probatio diabólica*”⁶³².

Ahora bien, tal dificultad no es óbice para que, en un contexto marcado por la restricción del gasto público, los mandatos derivados de la disciplina presupuestaria europea – básicamente de carácter cuantitativo–, no se conjuguen con controles de carácter cualitativo. Estos últimos deben ser controles basados indirectamente (vía principio de asignación equitativa de los recursos públicos) en principios como el de igualdad (art. 14 CE)⁶³³. Esta labor debería comportar la determinación de criterios específicos sobre el destino del gasto. Este tipo de concreciones no se infieren de la normativa europea, sino de la necesidad de gestionar las restricciones presupuestarias de acuerdo con el principio de asignación equitativa de los recursos públicos. A nivel europeo, el destino del gasto es tomado en consideración por la Comisión para analizar

⁶³¹ PASCUAL GARCÍA, José, *El procedimiento de ejecución del gasto público*, INAP, Madrid, 1984, p. 67.

⁶³² RODRÍGUEZ BEREJO, Álvaro, *Introducción al estudio del Derecho Financiero*, Instituto de Estudios Fiscales, cit., pp. 103 y 104.

En concreto el autor hace alusión a la dificultad de apreciar la vulneración del principio de igualdad en el gasto dado que este, citando las palabras de ABBAMONTE, es “una obligación generalísima y difícilmente coercible, porque no es fácil de realizar en concreto y demostrar las desigualdades de hecho que se derivan de la decisión de un determinado gasto público”. ABBAMONTE, Giuseppe, *Corso di Diritto finanziario*, Liguori, Napoli, 1975, p. 33.

⁶³³ En la actual situación de crisis parece tomar más fuerza que nunca el análisis del gasto público en función de criterios de eficiencia, eficacia y economía pero también de equidad. Muchas medidas correctoras de déficit comportan reducción del gasto, pero esta reducción debe efectuarse, como apunta OCAÑA PÉREZ DE TUDELA, “donde menos impacto se produzca sobre el servicio público”. El control del gasto se efectuará ahora también a través de un Plan específico, el Plan de Reestructuración del Gasto público que supone una revisión adicional a la efectuada en el Presupuesto General del Estado, y “exhaustiva de todos los programas y políticas de gasto de la Administración General del Estado y la racionalización de sus estructuras, así como del sector público empresarial”. Véase, OCAÑA PÉREZ DE TUDELA, Carlos, “El marco general de la política presupuestaria para 2010”, *Presupuesto y Gasto público*, (58), 2010, pp. 10 y 13.

si se producen los motivos de excepción a la apertura del procedimiento de déficit excesivo⁶³⁴, una vez el Estado ha superado los límites de déficit y deuda públicos fijados en el Tratado y el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo. Por tanto, las autoridades europeas, salvo en determinadas excepciones⁶³⁵, en la medida en que los límites de déficit y deuda públicas fijados en el Tratado y en el Protocolo no sean superados, no entran a valorar el destino del gasto.

En suma, los sistemas de control del gasto derivados de la disciplina presupuestaria europea aportan una nueva vertiente de fiscalización a aquella ya existente fruto del principio de justicia en materia de gasto público recogido en la Constitución. Sin embargo, el alcance de las restricciones europeas es limitado, no solo por las dificultades en su aplicación (derivadas de las deficiencias en la información aportada por los Estados o de las prácticas de ingeniería en la contabilidad pública), sino también por su propia naturaleza. Al tratarse de limitaciones marcadamente cuantitativas, no examinan aspectos cualitativos y mucho menos de justicia en la distribución del gasto. Para evitar que una aplicación severa⁶³⁶ a nivel nacional de los mandatos europeos de disciplina presupuestaria pueda vulnerar el principio de justicia material en el gasto, la normativa interna en materia de estabilidad presupuestaria – y especialmente la Ley Orgánica recogida en la nueva redacción del art. 135 de la CE– debería haber recogido criterios cualitativos de distribución de los recursos públicos basados en el art. 31.2 de la CE, que permitieran priorizar los gastos que deben ser

⁶³⁴ A modo de ejemplo, la Comisión no abrió el procedimiento por déficit excesivo a Luxemburgo en 2010 porque una parte importante de su gasto se destinó a investigación y desarrollo. Véase, *supra*, nota al pie núm. 292.

⁶³⁵ En las respuestas a algunos de los Programas de Estabilidad y Convergencia las instituciones europeas hacen referencia a la necesidad de implementar reformas en determinados sectores o incrementar partidas de gasto como las destinadas a I+D. Véase, a modo de ejemplo, la evaluación de la Comisión del Programa de Estabilidad de la Estabilidad presentado por España en 2005, y la necesidad de mantener la inversión en investigación y desarrollo durante 2006 y 2007, puesto que en este último año el programa no reflejaba un esfuerzo equivalente en investigación y desarrollo al de los años anteriores. Sin este tipo de inversiones se considera difícil alcanzar unas finanzas públicas sostenibles a medio plazo. COMISIÓN EUROPEA, *December 2005 update of the stability programme of Spain (2005 – 2008). An assessment*, ECFIN/B3/2006/50381, 8 de marzo de 2006, Bruselas, p. 22.

⁶³⁶ Algunos autores han abogado por la competencia del Estado para limitar el endeudamiento de los entes subcentrales, incluso por encima de los mandatos estrictamente europeos, así URÍA FERNÁNDEZ señala que “el Gobierno es responsable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución, interpretado conjuntamente con los artículos 149.1.3 (relaciones internacionales) y el art. 149.1.11 (sistema monetario), de adoptar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento presente y futuro de sus obligaciones lo que, sin necesidad de argumentación, facultaría no solo para la aprobación de una ley en la que se recogiese el objetivo de estabilidad sino, incluso, de endurecerlo en la medida en que ese endurecimiento se considerase imprescindible para garantizar el cumplimiento del principio de estabilidad”. Véase, URÍA FERNÁNDEZ, Francisco, “Fundamento constitucional de los proyectos de Ley de Estabilidad presupuestaria”, *Presupuesto y Gasto público*, (27), 2001, p. 19.

cubiertos con los cada vez más escasos recursos públicos. Sin embargo, como observaremos al analizar el contenido de la LOEPSF, este desiderátum no se ha materializado. Entre los principios generales la citada Ley hace referencia expresa al principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos (art. 7), pero nada indica en relación con la equidad.

II. ADAPTACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL A LA DISCIPLINA PRESUPUESTARIA DE LA UNIÓN EUROPEA

1. Sobre la necesidad de transposición de la normativa europea en materia de disciplina presupuestaria

Para analizar la incidencia que la normativa europea en materia de coordinación económica y disciplina presupuestaria ha tenido en el ordenamiento jurídico nacional, la primera cuestión que debemos plantearnos es la forma en que se ha producido la recepción o inserción de las normas europeas en el ordenamiento jurídico español.

El art. 93 de la CE prevé la posibilidad de atribuir a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución⁶³⁷. Con base en este precepto constitucional se ha producido la cesión parcial del ejercicio de las competencias soberanas en materia de política económica y presupuestaria a favor de las instituciones europeas. Ahora bien, la competencia asumida por las instituciones europeas tiene una finalidad, procedimiento y efectos distintos⁶³⁸ a la competencia nacional, concretamente, la disciplina presupuestaria europea tiene como principal finalidad, en última instancia, preservar la estabilidad monetaria.

La regulación de la disciplina presupuestaria se lleva a cabo en el Derecho originario de la UE (actualmente en el art. 126 del TFUE y el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo) y en el Derecho derivado

⁶³⁷ El artículo 93.1 de la CE establece que “*mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización o Institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución*”.

⁶³⁸ Como afirman MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS, “la competencia cuyo ejercicio se atribuye a las instituciones europeas ya no es idéntica a la competencia mientras estaba en el dominio soberano, sino que posee unas características propias, se va a ejercer con unas finalidades, procedimientos y efectos distintos”. MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 468.

(especialmente en el Reglamento de Supervisión y el Reglamento del procedimiento de déficit excesivo). Respecto de ambos tipos de normas se afirma la aplicabilidad directa. En cuanto al Derecho originario los criterios contenidos en el art. 126 del TFUE, conjugados con la precisión numérica que de ellos se efectúa en el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, son lo suficientemente precisos e incondicionales para poder ser aplicados de forma directa en los ordenamientos jurídicos internos. Además, hemos de tener en cuenta que la intervención que lleva el Estado para dar cumplimiento al Tratado no comporta que la norma en sí misma no sea directamente aplicable⁶³⁹.

Respecto a los dos Reglamentos que conforman el PEC, dadas las características y la función de los Reglamentos en el sistema de fuentes europeo, de ellos se predica también su eficacia directa. En la ejecución de las disposiciones reglamentarias es frecuente que las Instituciones europeas otorguen determinado margen de apreciación a los Estados con el fin de adaptar las disposiciones reglamentarias a las circunstancias internas del Estado⁶⁴⁰. No obstante, el grado de discrecionalidad que poseen los Estados es limitado, y en ningún caso este margen de apreciación puede ir en contra de la finalidad del Reglamento⁶⁴¹. En el supuesto concreto del Reglamento de supervisión y el Reglamento del procedimiento de déficit excesivo, dada la naturaleza procedimental de sus disposiciones⁶⁴², cabe su aplicación efectiva sin necesidad de medidas de ejecución específicas. Por ello, como veremos con detalle, los cambios en la normativa nacional han tenido como principal objetivo adaptar los procedimientos presupuestarios internos para dar cumplimiento a las obligaciones fijadas en el Tratado.

⁶³⁹ Inicialmente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia estableció como requisito para afirmar la aplicabilidad directa que no hubiera intervención legislativa de los Estados miembros (sentencia Van Gend & Loos), pero este requisito se abandonó posteriormente en la sentencia Salgoil c. Italia, de 19 de diciembre de 1968 (asunto 13/68). Este último pronunciamiento del tribunal afirma el efecto directo de los preceptos de los Tratados en la medida en que sean lo suficientemente precisos para su aplicación, y “corresponde al ordenamiento jurídico nacional determinar el órgano jurisdiccional competente para garantizar dicha protección” (Fondo de la segunda cuestión planteada por la Corte d’appello di Roma al Tribunal de Justicia).

⁶⁴⁰ Sobre las medidas de ejecución de los reglamentos, véase, LASO PÉREZ, Javier, *La cooperación leal en el ordenamiento comunitario*, Colex, Madrid, 2000, pp. 244 a 250.

⁶⁴¹ Sentencia del Tribunal de Justicia, *Bussone vs. Italia*, de 30 de noviembre de 1978, asuntos 31/78 (apartado 16).

⁶⁴² El Reglamento de supervisión contiene las normas que regulan el contenido, la presentación, el examen y el seguimiento de los programas de estabilidad y de los programas de convergencia en el marco de supervisión multilateral por el Consejo, para impedir, en una fase inicial, que se produzcan déficits públicos excesivos e impulsar la supervisión y coordinación de las políticas económicas (art. 1 del Reglamento de supervisión).

Por su parte, el Reglamento del procedimiento de déficit excesivo establece las disposiciones para acelerar y clarificar el procedimiento de déficit excesivo, con el objetivo de impedir los déficits públicos excesivos y, en caso que se produzcan propiciar su pronta corrección.

En materia de disciplina presupuestaria, la única alusión expresa que las normas europeas contienen respecto a las medidas que deben ser adoptadas por los Estados se encuentra en el art. 3 del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo⁶⁴³. Este precepto enumera varios mandatos, en primer lugar, establece que “*a fin de garantizar la eficacia del procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, los Gobiernos de los Estados miembros serán responsables, con arreglo a dicho procedimiento, de los déficits del gobierno general con arreglo a la definición del primer guión del artículo 2*”. Y en segundo lugar, determina que “*los Estados miembros garantizarán que los procedimientos nacionales en materia presupuestaria les permitan atender, en dicho ámbito, a sus obligaciones derivadas del Tratado*”. El artículo 2 del citado Protocolo inserta en el concepto de Administraciones Públicas: la Administración Central, la Administración Regional o Local y a los fondos de la seguridad social⁶⁴⁴.

Este precepto del Protocolo constituye la precisión en materia de disciplina presupuestaria del *principio de cooperación leal* y el *principio de autonomía institucional y procedimental*. El principio de cooperación leal previsto en el art. 4.3 (segundo párrafo) del TUE establece que “*los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión*”⁶⁴⁵. Y en función del principio de autonomía institucional, al Derecho de la UE le es indiferente la estructura interna de sus Estados⁶⁴⁶. Por ello, el Estado

⁶⁴³ De este modo, la normativa europea obliga a los Estados a recoger *reglas de procedimiento* que introducen restricciones sobre la elaboración, la presentación, la discusión, la aprobación y la ejecución de sus presupuestos. Las reglas de procedimiento, junto con los objetivos numéricos, son los dos tipos de reglas para fomentar la disciplina presupuestarias. Respecto de la efectividad de cada uno de ellos, los trabajos empíricos demuestran que, al menos a nivel nacional, son más importantes las reglas de procedimiento. Puede verse el estudio empírico de la efectividad de las reglas de procedimiento en GONZÁLEZ – PÁRAMO, José Manuel, *Costes y beneficios de la disciplina fiscal: la Ley de Estabilidad Presupuestaria*, cit., pp. 27 y ss, el estudio empírico p. 48.

⁶⁴⁴ Quedan excluidas del concepto de Administraciones públicas las operaciones de carácter comercial, tal como se definen en el SEC-95. Con posterioridad en nuestro estudio analizaremos los detalles de los contornos del sector Administraciones públicas. Véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe Criterios para la clasificación de un ente en el sector Administraciones públicas, pp. 427 y ss.

⁶⁴⁵ Desde la sentencia *Scheer* el Tribunal de Justicia afirmó la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar la eficacia de las disposiciones comunitarias. Sentencia Tribunal de Justicia, *Otto Scheer vs. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, de 17 de diciembre de 1970, asunto 30/70, apartado 10.

⁶⁴⁶ El Tribunal de Justicia afirmó en sus iniciales pronunciamientos que “cuando las disposiciones del Tratado o de reglamentos reconocen poderes o imponen obligaciones a los Estados miembros a efectos de la aplicación del Derecho comunitario, la cuestión de saber de qué manera el ejercicio de esos poderes y

responderá “cualquiera que sea el órgano del Estado cuya acción o inacción da origen al incumplimiento, aun cuando se trate de una institución constitucionalmente independiente”⁶⁴⁷. En la medida en que los Entes subcentrales poseen competencias en materia tanto de ingresos como de gastos públicos es posible que su actuación pueda generar un incumplimiento de las obligaciones sobre disciplina presupuestaria contraídas por el Estado. Sin embargo, el Estado no podrá “alegar disposiciones o prácticas de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos en la normativa comunitaria”⁶⁴⁸.

Del análisis de la naturaleza de los mandatos contenidos en el Derecho europeo, podemos extraer que la aprobación de la LGEP fue una opción que si bien puede considerarse idónea en términos de técnica legislativa, principalmente por aportar un mayor nivel de seguridad jurídica, no era una cuestión de obligado cumplimiento por parte del legislador español⁶⁴⁹. La responsabilidad de los Estados miembros se circunscribe al control material de los niveles de déficit y deuda públicos, asegurando que “los procedimientos nacionales en materia presupuestaria les permitan atender, en dicho ámbito, a sus obligaciones derivadas del Tratado” (art. 3 del Protocolo), por tanto, no se exige expresamente que los mecanismos para tal fin adopten la forma de una norma legal.

En conclusión, la LGEP, junto a la LOCLGEP, constituyeron el marco legislativo de un conjunto de políticas basadas fundamentalmente en la contención del gasto, introducidas a principios de los años dos mil, que llevaron a España a alcanzar los

la ejecución de esas obligaciones pueden ser encomendados por los Estados a determinados órganos depende únicamente del sistema constitucional de cada Estado”. Sentencia Tribunal de Justicia, *International Fruit Company*, de 13 de mayo de 1971 (asuntos acumulados 41 a 44/71).

⁶⁴⁷ Sentencia Tribunal de Justicia, *Comisión vs. Bélgica*, de 5 de mayo de 1970, asunto 77/69, apartado 15.

⁶⁴⁸ Sentencia Tribunal de Justicia *Comisión vs. Italia*, de 8 de febrero de 1973, asunto 30/72, apartado 11.

Igualmente, en el mismo apartado de la esta sentencia, el Tribunal de Justicia precisa que el Estado “si es necesario, adaptará sus procedimientos de consignación presupuestaria de tal manera que no constituyan un obstáculo para implementar, en los plazos establecidos, sus obligaciones en el marco del Tratado” (segundo párrafo apartado 11, versión inglesa, la traducción es nuestra).

⁶⁴⁹ En este sentido SOLER ROCH apunta como “es evidente que estas recomendaciones (las recogidas en el PEC) no implican, necesariamente, una actuación legislativa por parte de los Estados miembros, pero no es menos cierto que tampoco la impiden e incluso puede decirse que la hacen aconsejable. En cualquier caso, este proyecto (LGEP) es fruto de una decisión política legítima pero cuyo calado, en el terreno jurídico, va más allá del simple texto de esta Ley, ya que la proyección de la estabilidad implica ulteriores e importantes modificaciones en nuestro ordenamiento financiero”. Véase, SOLER ROCH, M^a Teresa, “Estabilidad Presupuestaria y Haciendas Locales”, cit., p. 59.

criterios de convergencia⁶⁵⁰. Se adoptaron estas medidas legislativas para garantizar que los procedimientos presupuestarios españoles permitirían atender a los mandatos de la UE, pero se podían haber adoptado otras, como llevar a cabo reformas en el entonces vigente Texto Refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria⁶⁵¹ (en adelante, TRLGP) y en la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de diciembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas⁶⁵² (en adelante, LOFCA). A continuación analizaremos el proceso de aprobación de las Leyes de Estabilidad Presupuestaria y los cambios introducidos por estas normas.

2. Aprobación de las Leyes de Estabilidad Presupuestaria

2.A. La estabilidad presupuestaria en la normativa previa a la aprobación de las Leyes de Estabilidad Presupuestaria

Las Leyes Generales Presupuestarias previas a la entrada en vigor de la LGEP⁶⁵³ no contenían una mención directa al principio de estabilidad presupuestaria. No obstante, en su articulado se encontraban alusiones indirectas o tangenciales a la estabilidad presupuestaria, y se recogían medidas tendentes a alcanzarla. Estas referencias a la estabilidad presupuestaria se centraban en dos ámbitos: uno, relativo a las limitaciones al endeudamiento a los entes subcentrales u organismos autónomos, y

⁶⁵⁰ Si observamos las memorias anuales del Banco de España desde la entrada en vigor de la LGEP en ellas se repiten afirmaciones del siguiente tenor: “En resumen, la mejora en el saldo de las Administraciones públicas que se observó en 2005 se debió principalmente al considerable aumento de la recaudación impositiva y también a la reducción en la ratio de gastos primarios, pese a que el consumo público siguió mostrando elevadas tasas de crecimiento y mantuvo su peso en el PIB” (Informe Anual del Banco de España, año 2005, p. 110). La recaudación impositiva aumentaba fruto, no del incremento de los tipos, sino del dinamismo de la economía. Por tanto, la estabilidad presupuestaria y el superávit se alcanzaron en un efecto combinado de contención del gasto e incremento de los ingresos. Es más, los reducidos déficits o incluso superávits de esta época, posterior a la aprobación de la LGEP, se debieron en gran medida a la integración en el concepto de sector público a la Seguridad Social y el cómputo en la suma algébrica de su superávit.

⁶⁵¹ En la fecha de entrada en vigor de la LGEP se encontraba vigente el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre. Texto refundido de la Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria.

⁶⁵² La LOFCA fue objeto de modificación poco después de la entrada en vigor de la LGEP (el 12 de diciembre de 2001), por mor de la Ley Orgánica 7/2001, de 27 de diciembre.

⁶⁵³ Nos referimos básicamente a la Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria, cuyo texto fue refundido través del Real Decreto Legislativo 1091/1988. Este último estuvo vigente hasta la aprobación de la actual Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

otro, sobre la regulación de las modificaciones de los créditos presupuestarios (créditos extraordinarios o suplementos de créditos).

En concreto, respecto a las limitaciones a los entes subcentrales u organismos autónomos, el TRLGP en su art. 54 establecía la obligación de los Departamentos Ministeriales de remitir al Ministerio de Economía y Hacienda los estados de ingresos y gastos de los organismos autónomos a ellos adscritos. Y se precisaba que tales presupuestos no podían “tener déficit inicial ni créditos destinados a obligaciones de carácter permanente que excedan (*excediesen*) del importe de sus ingresos ordinarios”. Esta disposición constituía un requerimiento indirecto a la estabilidad presupuestaria en su vertiente más estricta, el equilibrio presupuestario, al forzar la obligatoriedad de déficit cero en el momento inicial⁶⁵⁴. La doctrina vinculó este mandato a los organismos autónomos con su carácter dependiente de las Administraciones públicas y con la repercusión que su potencial déficit podía tener en las finanzas públicas⁶⁵⁵. Es necesario subrayar que en la actual Ley 47/2003, General Presupuestaria (en adelante LGP), concretamente el art. 36 relativo a la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado, no hace mención expresa a este requisito específico de los organismos autónomos.

La segunda referencia a la estabilidad presupuestaria contenida en la normativa presupuestaria previa a la LGEP, se encontraba en la regulación de las modificaciones de créditos presupuestarios. A través de ciertas restricciones se pretendía evitar que las modificaciones en los créditos inicialmente aprobados acabasen generando desequilibrios entre los niveles de ingresos y gastos en el momento de cierre del ejercicio presupuestario. Concretamente, el art. 64 de la TRLGP recogía los requisitos formales y materiales para la aprobación de créditos extraordinarios o suplementos de crédito, exigencias que eran mayores si estos cambios se producían en el seno de un organismo autónomo⁶⁵⁶. Estas limitaciones se mantienen actualmente en el art. 56 de la

⁶⁵⁴ La vinculación existente entre este precepto y la estabilidad presupuestaria se apuntó por ZORNOZA PÉREZ, Juan, “L'équilibre budgétaire dans le Droit espagnol”, en la obra colectiva *L'équilibre budgétaire*, bajo la dirección de TALLINEAU, Economica, Paris, 1994, p. 221.

⁶⁵⁵ BAYONA DE PEROGORDO, Juan José y SOLER ROCH, M^a. Teresa, *Temas de Derecho Presupuestario*, Compás, Alicante, 1990, p. 128; y CAYÓN GALIARDO, Antonio, “El principio de equilibrio presupuestario como límite al poder financiero de las Cortes Generales”, en la obra colectiva, *Las funciones financieras de las Cortes Generales*, Cámara de los Diputados, Madrid, 1985, p. 113.

⁶⁵⁶ En el caso de los organismo autónomos existían una serie de requisitos cuantitativos específicos: que su concesión no supusiera aumento en los créditos de los Presupuestos Generales del Estado: si los concedía el Ministro de Economía y Hacienda no podían superar el 2 % del presupuesto de gastos del organismo autónomo; si los concedía el Consejo de Ministros no podían superar el 5 % en los de carácter administrativo y el 10 % en los de carácter industrial, comercial, financiero o análogo. Estos límites eran

LGP, y como veremos, la LGEP aprobó el Fondo de Contingencia de ejecución presupuestaria para evitar que este tipo de modificaciones a lo largo de la ejecución del presupuesto alterasen la estabilidad presupuestaria.

Junto a estas referencias recogidas en el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria de 1988, destacaba la mención al equilibrio presupuestario contenida en el art. 146.4 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante, LRHL), en función de la cual “cada uno de los presupuestos que se integran en el Presupuesto General deberán aprobarse sin déficit inicial”⁶⁵⁷. Actualmente, este mandato no se especifica en el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Hacienda Locales (en adelante, TRLRHL), puesto que las disposiciones relativas a la estabilidad presupuestaria de los entes locales se encontraban en la propia LGEP. De esta forma se solventó la incertidumbre sobre la normativa aplicable a efectos de estabilidad presupuestaria de los entes locales, dado que existió un íter temporal en el que coexistía la LGEP, que en su art. 22 parecía permitir la existencia de presupuestos deficitarios para los entes locales, y el antiguo 146.4 de la LRHL de 1988 que los prohibía. La posibilidad de que el ente local aprobara presupuestos con déficit tenía cabida en la LGEP porque el art. 22 de la citada ley obligaba a que aquellos entes locales que no hubieran alcanzado el objetivo de estabilidad presupuestaria elaborasen “*en el plazo de los tres meses siguientes a la aprobación o liquidación del Presupuesto en situación de desequilibrio, un plan económico-financiero a medio plazo para la corrección*”⁶⁵⁸.

Además de la normativa que hemos detallado, como mecanismo de coordinación bilateral del endeudamiento se aprobaron los Escenarios de Consolidación Presupuestaria, acordados ente las Comunidades Autónomas y el Estado desde 1992. La

acumulativos en cada ejercicio presupuestario, con lo cual se referían al total de los créditos extraordinarios o suplementos de crédito que se concedían en un ejercicio (art. 64.2 del TRLGP).

⁶⁵⁷ A su vez el art. 174 de la LHL regulaba el remanente negativo de tesorería y establecía que “1. En caso de liquidación del Presupuesto con Remanente de Tesorería negativo, el Pleno de la Corporación o el Órgano competente del Organismo Autónomo, según corresponda, deberán proceder, en la primera sesión que celebren, a la reducción del gasto del nuevo Presupuesto por cuantía igual al déficit producido. La expresada reducción sólo podrá revocarse por acuerdo del Pleno, a propuesta del Presidente, y previo informe del Interventor, cuando el desarrollo normal del Presupuesto y la situación de la Tesorería lo consintiesen. 2. Si la reducción de gasto no resultase posible, se podrá acudir al concierto de operaciones de crédito por su importe, siempre que se den las condiciones señaladas en el art. 158.3 de esta Ley. 3. De no adoptarse ninguna de las medidas previstas en los dos apartados anteriores, el Presupuesto del ejercicio siguiente habrá de aprobarse con un superávit inicial de cuantía no inferior al repetido déficit.”

⁶⁵⁸ Esta discordancia generaba también incertidumbres respecto a la aplicación de las causas de impugnación de los presupuestos (recogidas en el anterior art. 151 LHL). Véase, ORÓN MORATAL, Germán, “La suficiencia financiera de las Administraciones territoriales y la nueva normativa presupuestaria”, *Presupuesto y Gasto público*, (30), 2002, p. 88.

aprobación de los Escenarios de Consolidación Presupuestaria evidenció la existencia de una necesidad creciente de coordinación presupuestaria, entre Estado y Comunidades Autónomas, para la contención del déficit y la deuda públicos, para dar cumplimiento a las obligaciones nacidas tras la firma del Tratado de Maastricht⁶⁵⁹. Esta situación propició que el Consejo de Política Fiscal y Financiera (en adelante, CPFF) se ocupara en mayor medida de la coordinación del endeudamiento autonómico, función ya recogida en el art. 14.3 de la LOFCA⁶⁶⁰, pero que había desempeñado en menor medida hasta el 1991⁶⁶¹. La coordinación durante este período inicial, comprendido entre los

⁶⁵⁹ El programa de medidas de reducción del déficit que iban a ser adoptadas se recogió en el primer Programa de Convergencia presentado por España, su primera versión data de marzo de 1992, y fue revisado en julio de 1994. Puede consultarse un estudio de las medidas introducidas en el citado Programa en NOVELLA IZQUIERDO, Joaquim, “El programa de Convergencia y la Unión Económica y Monetaria: ¿Un plan de ajuste o reformas estructurales?” *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, (25), pp. 37 – 56.

⁶⁶⁰ El art. 14 de la LOFCA regula las limitaciones al endeudamiento de las Comunidades Autónomas. La redacción de este precepto desde el 22 de octubre de 1980 hasta el 31 de diciembre de 1998 era la siguiente: *1. Las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de lo que se establece en el número cuarto del presente artículo, podrán realizar operaciones de crédito por plazo inferior a un año, con objeto de cubrir sus necesidades transitorias de tesorería.*

2. Asimismo, las Comunidades Autónomas podrán concertar operaciones de crédito por plazo superior a un año, cualquiera que sea la forma como se documenten, siempre que cumplan los siguientes requisitos:

a) Que el importe total del crédito sea destinado exclusivamente a la realización de gastos de inversión.

b) Que el importe total de las anualidades de amortización, por capital e intereses, no exceda del veinticinco por ciento de los ingresos corrientes de la Comunidad Autónoma.

3. Para concertar operaciones de crédito en el extranjero y para la emisión de deuda o cualquier otra apelación al crédito público, las Comunidades Autónomas precisarán autorización del Estado.

4. Las operaciones de crédito de las Comunidades Autónomas deberán coordinarse entre sí y con la política de endeudamiento del Estado en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera.

5. La Deuda Pública de las Comunidades Autónomas y los títulos-valores de carácter equivalente emitidos por éstas estarán sujetos, en lo no establecido por la presente Ley, a las mismas normas y gozarán de los mismos beneficios y condiciones que la Deuda Pública del Estado.

Sin ánimo de exhaustividad, y siguiendo lo establecido por MONASTERIO ESCUDERO, este precepto perseguía un doble objetivo: por un lado, el destino del crédito a la inversión, busca garantizar que el endeudamiento autonómico no incumple las exigencias que establece el principio de equidad intergeneracional, impidiendo que pueda destinarse el producto del endeudamiento a la financiación de gastos corrientes de los que se benefician las generaciones presentes. Por el otro, la carga financiera máxima del 25 % respecto de los ingresos corrientes, preserva el equilibrio financiero de los gobiernos regionales, evitando que el servicio de la deuda pueda situarse más allá de su capacidad de ahorro, llegando a comprometer los presupuestos futuros. Junto a estos dos objetivos, la deuda pública a corto plazo se concibe como una deuda de tesorería para cubrir los desfases temporales que puedan producirse entre ingresos y pagos de la Comunidad Autónoma. Véase, MONASTERIO ESCUDERO, Carlos, “La (des)coordinación del endeudamiento autonómico”, en su obra, *El laberinto de la Hacienda autonómica*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2010, pp. 204 a 207.

⁶⁶¹ La función llevada a cabo por el CPFF hasta 1991 había sido objeto de críticas. Concretamente, VALLÉS GIMÉNEZ y ZÁRATE MARCO destacaron que su labor se había caracterizado por “una falta de

años 1992 y 2001, era de carácter bilateral entre el Estado y el conjunto de las Comunidades Autónomas. Este sistema adolecía de tres defectos: el primero, la negociación bilateral conducía a una ausencia de criterios explícitos para el reparto de la deuda autonómica y hacía que el mecanismo fuera altamente sensible a la capacidad de presión política de cada Comunidad Autónoma; el segundo, la ausencia de sanciones a las Comunidades Autónomas que incumplían hacía que la única medida de presión aplicable fuese la no autorización de pasivos que precisasen de la autorización estatal; el tercero, la falta de transparencia del proceso, no se conocían ni los objetivos asignados a cada Comunidad Autónoma ni el grado de cumplimiento de estos⁶⁶².

En el marco de la negociación del sistema de financiación para 1992 – 1996, el Acuerdo 1/1992, de 20 de enero 1992, del CPPF determinó que “*el Consejo de Política Fiscal y Financiera, a los efectos de la autorización a la que se refiere el artículo 14.3 de la LOFCA, acuerda establecer la presentación al Gobierno, por cada Comunidad Autónoma, de un Programa Anual de Endeudamiento, tanto interior como exterior, coherente con el Escenario de Consolidación Presupuestario a que se hace referencia en el apartado I.2 de este Acuerdo*”. Los Programas de endeudamiento se configuraron como el principal sistema de control del cumplimiento de los Escenarios de Consolidación Presupuestaria. La problemática en este punto era la inexistencia de garantías suficientes para frenar el endeudamiento de la Comunidad Autónoma que incumpliese el Escenario de Consolidación Presupuestaria, en la medida en que esta se endeudase a través de pasivos, por ejemplo a corto plazo, que no precisaban la autorización estatal.

El grado de cumplimiento de los Escenarios de Consolidación Presupuestaria fue elevado, ahora bien, las desigualdades que se producían entre Comunidades Autónomas en un momento inicial se pronunciaron durante la aplicación del sistema. Como afirma MONASTERIO ESCUDERO, se primó el cumplimiento global, haciendo que Comunidades Autónomas cumplidoras se fijaran objetivos más exigentes, mientras que aquellas

acuerdo, un espíritu poco dialogante del nivel central, y muchos planes que no han dado su fruto, como la redefinición del art. 14 de la LOFCA”. Véase, VALLES GIMÉNEZ, Jaime y ZÁRATE MARCO, Anabel, “Los Escenarios de Consolidación presupuestaria como antecedente para la coordinación del endeudamiento en un contexto de estabilidad presupuestaria”, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 8, 2003, p. 139.

⁶⁶² Estas tres carencias del sistema se recogen por MONASTERIO ESCUDERO, Carlos, “La (des)coordinación del endeudamiento autonómico”, en su obra, *El laberinto de la Hacienda autonómica*, cit., pp. 212 y 213. En términos similares se pronuncian VALLES GIMÉNEZ, Jaime y ZÁRATE MARCO, Anabel, “Los Escenarios de Consolidación presupuestaria como antecedente para la coordinación del endeudamiento en un contexto de estabilidad presupuestaria”, cit., pp. 144 y ss.

Comunidades que habían incumplido veían ampliados sus topes de deuda pública⁶⁶³. Esta revisión de los objetivos vinculada al incumplimiento hizo que el sistema de coordinación perdiera credibilidad.

Por último, es necesario apuntar que este tipo de control bilateral flexible unido a las limitaciones al endeudamiento derivadas del art. 14 de la LOFCA, propició prácticas de enmascaramiento de endeudamiento público. Algunas de estas prácticas consistían en trasladar el endeudamiento público a organismos autónomos o empresas públicas (sector público empresarial) o incrementar excesivamente la concertación de operaciones a corto plazo de forma reiterada con su correspondiente amortización en el mismo año, lo cual permite camuflar crédito que en esencia no es a corto plazo –para cubrir desajustes de tesorería– sino a largo plazo.

2.B. La aprobación de las Leyes de Estabilidad Presupuestaria

Con el propósito de reforzar el cumplimiento de las exigencias de disciplina presupuestaria establecidas en el Tratado y en el PEC⁶⁶⁴ se aprobaron la LGEP y la LOCLGEP. Frente a esta opción de técnica legislativa, como hemos apuntado, cabían otras posibilidades para introducir en el ordenamiento jurídico-financiero nacional disposiciones sobre contención y control del déficit y la deuda públicos. Nos referimos, principalmente, a la reforma de la normativa hasta el momento vigente, a través de la

⁶⁶³ MONASTERIO ESCUDERO, Carlos, “La (des)coordinación del endeudamiento autonómico”, en su obra, *El laberinto de la Hacienda autonómica*, cit., p. 215.

⁶⁶⁴ La exposición de motivos de la Ley 18/2001, General de Estabilidad Presupuestaria a la hora de fijar los objetivos derivados de la normativa europea hace alusión al compromiso de los Estados de la Unión de “perseguir el objetivo a medio plazo de situaciones presupuestarias próximas al equilibrio o en superávit, de forma que, cuando los estabilizadores automáticos actúen, el déficit se mantenga siempre por debajo del 3 por 100”. A mayor abundamiento, la exposición de motivos de la citada Ley apunta como objetivos las recomendaciones del Consejo Europeo de Santa María de Feira en junio de 2000, relativas a las Orientaciones Generales de Política Económica, que “instan a los Estados miembros a continuar el saneamiento de las cuentas públicas más allá del nivel mínimo para cumplir los requisitos del Pacto de Estabilidad y Crecimiento y de esta forma generar un margen de maniobra adicional para la estabilización cíclica, para protegerse de una evolución presupuestaria imprevista, acelerar la reducción de la deuda y prepararse para los desafíos presupuestarios del envejecimiento de la población”.

La forma en como se hace referencia al contenido de las obligaciones derivadas de la normativa europea (haciendo hincapié en la pura estabilidad presupuestaria) hace prever el tenor del articulado de la Ley, orientado principalmente al equilibrio presupuestario, y donde no se hace alusión a otros principios como el principio de justicia material en el gasto o al principio de finanzas públicas sólidas a medio plazo.

inclusión en ella de disposiciones específicas referentes a la disciplina presupuestaria⁶⁶⁵. Estos cambios hubieran afectado esencialmente al TRLGP como norma codificadora del régimen jurídico general de la Hacienda pública⁶⁶⁶ y a la LOFCA en lo referente al régimen financiero de las Comunidades Autónomas. De hecho, tras la aprobación de la LGEP, y por mandato contenido en esta⁶⁶⁷, se inició el proceso de reforma del TRLGP que culminó con la aprobación de la Ley 47/2003 General Presupuestaria.

La reforma del TRLGP tenía un doble fundamento, por un lado, la adecuación del régimen presupuestario al principio de estabilidad, y por el otro, atajar la inseguridad jurídica que las sucesivas modificaciones en el texto de la LGP de 1977 (texto que ya había sido refundido en 1988) podían acarrear⁶⁶⁸. Estos eran los objetivos a los que de forma directa debía dar cumplimiento la reforma de la LGP. No obstante, habida cuenta de la ocasión que brindaba la aprobación de una nueva LGP, tras veinticinco años de vigencia de su antecesora, algunos autores abogaron por la realización de reformas de mayor calado⁶⁶⁹. Además, como apuntó SOLER ROCH, el principio de finanzas públicas sólidas, “supone una importante revisión del contenido del poder financiero (...) una nueva concepción de la correlación entre los recursos y los gastos públicos”⁶⁷⁰. Pero no fue así, y la LGP optó por una tendencia continuista, en la cual se introdujeron nuevos parámetros y mecanismos derivados de las estabilidad presupuestaria, pero se mantuvo la estructura y los elementos esenciales del TRLGP. Por último, debemos recordar que la posibilidad de reformar profundamente el régimen

⁶⁶⁵ En este sentido, SOLER ROCH no descartaba la posible integración de la LGEP y la LGP, SOLER ROCH, M^a Teresa, “Principios inspiradores de la reforma de la Ley General Presupuestaria”, *Presupuesto y gasto público*, (30), 2002, p. 20.

⁶⁶⁶ Con acierto pone de manifiesto la SOLER ROCH esta función específica de la LGP que junto a la LGT constituyen “el bloque normativo de la denominada codificación financiera española. (...) Desde esta perspectiva, puede considerarse que la función de la LGP es superior a la de la LGT, ya que ésta se limita a la regulación de un único instituto financiero (el tributo), mientras que aquélla es, como ya hemos dicho, nuestra Ley General de la Hacienda pública”. SOLER ROCH, M^a Teresa, “Principios inspiradores de la reforma de la Ley General Presupuestaria”, cit., pp. 22 y 23.

⁶⁶⁷ Concretamente, la LGEP en su disposición final primera determinó que “*el Gobierno remitirá a las Cortes Generales en el plazo de seis meses a partir de la publicación de esta Ley un proyecto de Ley General Presupuestaria*”. La publicación de la LGEP se llevó a cabo el 13 de diciembre de 2001, con lo cual la limitación vencía el 13 de julio de 2002, y la pretensión inicial de que los presupuestos del ejercicio 2003 (primeros presupuestos aprobados bajo la el Acuerdo de Estabilidad Presupuestaria para el período 2003- 2005 – tramitado en el 21 de marzo de 2002 en el Congreso y el 4 de abril de 2002 en el Senado) se aprobaran bajo la vigencia de una nueva LGP no fue posible, dado que la Ley 47/2003, entró en vigor el 1 de enero de 2005.

⁶⁶⁸ DÍAZ ZURRO, Alicia, “Inauguración del curso presente y futuro de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, a la luz de las normas de estabilidad”, *Presupuesto y Gasto público*, (30), 2002, p. 16.

⁶⁶⁹ SOLER ROCH, M^a Teresa, “Principios inspiradores de la reforma de la Ley General Presupuestaria”, cit., p. 20.

⁶⁷⁰ *Ibidem*. p. 20.

presupuestario y del gasto público se ha planteado de nuevo a través de la Ley Orgánica que se ha aprobado siguiendo las exigencias fijadas en el nuevo art. 135 de la CE.

Al margen de este inciso relativo a las afectaciones en el TRLGP de la aprobación de la LGEP, y prosiguiendo con la aprobación en 2001 de las Leyes de estabilidad presupuestaria, debemos hacer mención a otras dos cuestiones de técnica legislativa. La primera de ellas relativa a la denominación que se otorgó a estas normas y, la segunda, referente a la necesidad de aprobación de una ley orgánica complementaria a la LGEP para regular los aspectos relativos a la vinculación del Estado con las Comunidades Autónomas.

La denominación de esta ley como “Ley General de Estabilidad Presupuestaria” constituye la acepción lógica si se tiene en consideración que, desde 1977, la ley reguladora del conjunto de la Hacienda pública posee la denominación de Ley General Presupuestaria. No obstante, es por todos conocido que el contenido de la Ley General Presupuestaria de 1977 al igual que el de sus sucesoras, y en concreto de la Ley 47/2003, no se limita al régimen presupuestario. Ahora bien, fue a partir de la LGP de 1977 que se abandonó la denominación de Leyes de Administración y Contabilidad de la Hacienda pública (leyes de 1850, 1870, y 1911) y se adoptó la denominación de Ley General Presupuestaria vigente hasta la actualidad⁶⁷¹. Por tanto, en estamos frente a una distorsión entre el título de la Ley y su contenido, ya que este es de alcance muy superior a la institución presupuestaria.

En el caso de la LGEP también existe una disparidad, entre el título de la norma y el objetivo que persigue. En puridad, el principio recogido en el art. 3 de la LGEP no es la estabilidad presupuestaria sino la estabilidad a nivel de contabilidad nacional (SEC-95)⁶⁷². Por tanto, si la denominación más certera para la LGP sería la de *Ley General de la Hacienda pública*⁶⁷³, en el caso de la LGEP su título podría ser *Ley General de estabilidad contable del sector público*. Una denominación de este tipo, quizás no tan arraigada en nuestro ordenamiento jurídico, hubiera reflejado, por un lado,

⁶⁷¹ La denominación anterior era más acorde con la materia regulada. A nivel de derecho comparado la mayor parte de las normas no hacen alusión solo a la materia presupuestaria sino a la hacienda pública, a las finanzas o a la contabilidad. Así, en Francia encontramos la *Loi organique relative aux lois de finances* (Ley orgánica relativa a las Leyes de Finanzas); en Estados Unidos la *Budget and Accounting Act* (Ley de Presupuesto y Contabilidad).

⁶⁷² Art. 3 de la LGEP que “se entenderá por estabilidad presupuestaria, en relación con los sujetos a los que se refiere el artículo 2.1.a) y c) de esta Ley, la situación de equilibrio o de superávit computada, a lo largo del ciclo económico, en términos de capacidad de financiación de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales”.

⁶⁷³ Esta denominación fue apuntada por SOLER ROCH, M^a Teresa, “Principios inspiradores de la reforma de la Ley General Presupuestaria”, cit., p. 20.

que el objetivo perseguido no es la estabilidad presupuestaria –como equilibrio o superávit entre ingresos y gastos presupuestarios– sino la estabilidad en términos de contabilidad nacional, entendida como la inexistencia de necesidad de financiación del sector público (inexistencia de déficit), o incluso la capacidad de este sector para financiar otros sectores de la economía (existencia de superávit). Y, por otro lado, que la estabilidad debe predicarse no solo de los entes que integran el presupuesto, sino del conjunto de entes que constituyen el sector Administraciones públicas a efectos del SEC–95. Como observaremos⁶⁷⁴, la delimitación del sector público recogidos en el art. 2 de la LGEP era prácticamente equivalente a los del sector Administraciones públicas regulado en el SEC–95. Y, en la actualidad, el art. 2 de la LOEPSF remite directamente al SEC–95 para la delimitación de su ámbito subjetivo.

Una denominación de este tipo hubiera fomentado la transparencia en los objetivos perseguidos y, si bien no hubiera evitado prácticas tendentes a la generación de endeudamiento público al margen de la contabilización y control públicos, sí habría puesto de manifiesto que en la actualidad la realidad del déficit y el endeudamiento públicos, y en consecuencia de estabilidad del sector público, comporta evaluar muchos más aspectos que la mera estabilidad presupuestaria.

La segunda cuestión de técnica legislativa que queremos analizar es la necesidad de aprobar dos normas: la LGEP cuyo ámbito de aplicación es el Estado y los entes locales, y la LOCLGEP relativa a las Comunidades Autónomas. La opción de la coexistencia de dos normas fue adoptada tras el Dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de Ley de Estabilidad Presupuestaria⁶⁷⁵. El Consejo de Estado se pronunció en contra de lo que denominó “incrustaciones” de ley orgánica en una ley ordinaria, expresión utilizada respecto de las disposiciones del anteproyecto de Ley de estabilidad presupuestaria que regulaban las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y que por ello tenían rango de ley orgánica a pesar de estar insertas en una norma con rango de ley ordinaria⁶⁷⁶. Junto a esta elección de técnica legislativa cabían otras posibilidades, entre ellas la aprobación de una ley con carácter

⁶⁷⁴ Véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe Delimitación del sector público en la Ley General de Estabilidad Presupuestaria y la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, pp. 546 y ss.

⁶⁷⁵ CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley General de Estabilidad Presupuestaria*, núm. Expediente 4/2001, de 18 de enero de 2001.

⁶⁷⁶ El art. 11 del anteproyecto de Ley General de Estabilidad presupuestaria otorgaba rango de ley orgánica a determinadas disposiciones, hecho que generó la oposición del Consejo de Estado, el cual, si bien participaba de la decisión de dotar estas disposiciones del rango de ley orgánica, se mostraba contrario a su introducción en una ley ordinaria.

parcialmente orgánico⁶⁷⁷, o incluso compaginar la regulación por ley ordinaria con la remisión de aquellas materias que requerían su regulación por ley orgánica a la LOFCA.

La existencia de la LOCLGEP no ha estado exenta de evaluaciones encontradas. En primer lugar, existen opiniones en contra de la regulación de toda la materia contenida en la LOCLGEP en una norma de tal rango, debido a la petrificación del ordenamiento jurídico que el uso de este tipo de normas comporta, así como la sustracción al normal sistema de mayoría simple de materias que no se encuentran específicamente recogidas en el ámbito de la Ley Orgánica recogido en el art. 81 CE⁶⁷⁸. Y, en segundo lugar, la LOCLGEP ha sido criticada por invertir la forma normal de colaboración entre leyes orgánicas y leyes ordinarias⁶⁷⁹. Constituye una situación cuando menos paradójica que una ley orgánica (que en esencia tiene la función de desarrollo constitucional) sea la norma complementaria a una ley ordinaria, como es la de Ley General de Estabilidad Presupuestaria.

2.C. Principales cambios introducidos a través de las Leyes Generales de Estabilidad Presupuestaria

La materialización del principio de estabilidad presupuestaria (recogido en el art. 3 de la LGEP) comportó una serie de cambios en el procedimiento de elaboración de los Presupuestos Generales del Estado. Cambios que en algunas ocasiones pueden llegar a considerarse alteraciones en la distribución de competencias presupuestarias establecidas en el art. 134 de la CE.

⁶⁷⁷ Esta es la opción defendida por MARTÍNEZ LAGO. Entre los motivos que el autor señala se encuentran: “el carácter restrictivo con el que ha de interpretarse la reserva de ley orgánica que establece el art. 81.1 CE, no encontrándose el equilibrio presupuestario entre las materia que constitucionalmente requieren ley orgánica”, o “por la existencia previa de diversas leyes “parcialmente orgánicas”, lo cual no puede interpretarse de tal forma que cualquier materia ajena a esa reserva especial de ley, por el hecho de estar incluida en una ley orgánica, haya de gozar definitivamente de la resistencia o fuerza pasiva propia de este tipo de norma y de la necesidad de una mayoría cualificada para su ulterior modificación”. Véase, MARTÍNEZ LAGO, Miguel Ángel, “La estabilidad presupuestaria en el ámbito de la Unión Europea. Unas cuantas reflexiones sobre la legislación estabilizadora española”, en la obra colectiva *Estudios en homenaje al Profesor Pérez de Ayala*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 1055 y ss.

⁶⁷⁸ Este argumento se apunta por MARTÍNEZ LAGO quien considera que, salvo la Disposición adicional primera de la LOCLGEP que modifica la LOFCA, el resto de materias podían haber sido reguladas por Ley ordinaria o haber remitido su regulación a la LOFCA. Hecho que hubiera evitado una “petrificación abusiva” del ordenamiento jurídico y una sustracción “al sistema habitual de mayorías parlamentarias simples” de materias más allá de las estrictamente fijadas por la Constitución. Véase. *Ibidem.*, pp. 1055 y 1056 (argumentos tercero y cuarto).

⁶⁷⁹ Colaboración que ha sido reconocida y aceptada por el Tribunal Constitucional (STC 137/1986, de 6 de noviembre).

A continuación analizaremos los cambios concretos en el procedimiento presupuestario introducidos a través de la LGEP. Estas innovaciones se centraron en tres aspectos: el primero, la concreción de un *objetivo de estabilidad presupuestaria*; el segundo, la determinación de un *máximo anual de gasto no financiero*; y, por último, el establecimiento de un *escenario presupuestario plurianual*, puesto que el objetivo de estabilidad presupuestaria a medio plazo recogido en la normativa europea tiene un horizonte temporal de tres años⁶⁸⁰.

La primera instrumentación del principio de estabilidad la encontramos en la fijación del objetivo de estabilidad presupuestaria (art. 8 LGEP). El objetivo de estabilidad presupuestaria se determina por el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Economía y Hacienda y previo informe del Consejo de Política Fiscal y Financiera. La concreción del objetivo de estabilidad presupuestaria altera los plazos del procedimiento de creación de los Presupuestos Generales del Estado, puesto que dicho objetivo debe establecerse por el Gobierno en el primer cuatrimestre del año, y debe ser remitido a las Cortes Generales para su elaboración⁶⁸¹. Una vez aprobado por las Cortes, el objetivo de estabilidad presupuestaria vinculará al Gobierno en la elaboración del Proyecto de Presupuestos Generales del Estado. Cabe valorar en qué medida esta vinculación al objetivo inicialmente fijado puede interpretarse como una conculcación de la competencia de iniciativa legislativa del poder ejecutivo en materia presupuestaria. En este punto, no consideramos que estemos frente a una sustracción de competencias puesto que la iniciativa para fijar dicho límite la posee primigeniamente el Gobierno, por ello, se trata en todo caso de una autoimposición. Y, a mayor abundamiento, constituye una autoimposición tanto para el poder ejecutivo como para el legislativo, ya que este último verá condicionada su capacidad de enmienda a través de una nueva restricción: no superar el límite de gasto determinado en el objetivo de estabilidad presupuestaria para el sector público estatal que ha sido fijado por el Gobierno y aprobado de forma previa por él⁶⁸².

⁶⁸⁰ Véase un estudio detallado de estas modificaciones en SÁNCHEZ REVENGA, Jaime, “La Ley General de Estabilidad Presupuestaria y su adaptación al escenario de la estabilidad”, *Presupuesto y gasto público*, (30), 2002, pp. 37 y ss.

⁶⁸¹ El Congreso y el Senado tienen que pronunciarse aprobando o rechazando el objetivo de estabilidad fijado por el Estado. Si es rechazado, el Gobierno, en el plazo máximo de un mes, remitirá un nuevo acuerdo que se someterá al mismo procedimiento.

⁶⁸² Respecto a la cuestión de si la aprobación del objetivo de estabilidad comporta una limitación para las Cortes, RUIZ ALMENDRAL afirma que “la respuesta sólo puede ser negativa, pues basta un acuerdo, o en su caso una ley, posterior para modificar el acuerdo inicial. Es decir, el objetivo de estabilidad vincularía, en principio, al Gobierno para elaborar su Presupuesto, pero no a las Cortes, salvo a posteriori, pues éstas tampoco podrán incumplir el déficit sin incumplir también el artículo 134.6 CE”. Véase, RUIZ ALMENDRAL, Violeta, *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España*, cit., p. 73.

En cuanto a la configuración del citado objetivo de estabilidad presupuestaria el art. 8 de la LGEP establecía que “en el primer cuatrimestre de cada año, el Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministerios de Economía y de Hacienda, y previo informe del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas en cuanto al ámbito de las mismas, fijará el objetivo de estabilidad presupuestaria referido a los tres ejercicios siguientes, tanto para el conjunto del sector público, como para cada uno de los grupos de agentes comprendidos en el artículo 2.1 de esta Ley”. Esta redacción, no exenta de concreción, dejaba algunos puntos abiertos. Entre ellos, como señaló BARRIO, la ley no determinaba si este objetivo se predicaba “para todos y cada uno de los subsectores definidos o si bien alguno de ellos podrá tener déficit, que sería compensado por el superávit de alguno de los otros subsectores”⁶⁸³.

El segundo cambio respecto del procedimiento de aprobación de los Presupuestos Generales del Estado fue la obligatoriedad de determinar el gasto no financiero del Estado (art. 12 LGEP). En el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se establece el objetivo de estabilidad presupuestaria debe incluirse también el límite máximo de gasto no financiero del Estado. Esta exigencia comporta, de nuevo y por los mismos motivos que hemos analizado respecto al objetivo de estabilidad presupuestaria, una alteración en el desarrollo del procedimiento de elaboración del Presupuesto, puesto que el gasto no financiero se debe determinar en el primer cuatrimestre del año. El importe máximo de gasto no financiero valor, a diferencia del objetivo de estabilidad, no es objeto de debate y aprobación por las Cámaras. La no ratificación por las Cámaras sitúa a esta previsión, a nivel de permanencia, en una situación completamente distinta a la del objetivo de estabilidad, puesto que surgen dudas respecto de la posibilidad de modificar este límite ya sea por el Gobierno, a lo largo de la elaboración del Proyecto de Ley de Presupuestos, o, posteriormente por las Cortes Generales durante el procedimiento de discusión, enmienda y aprobación de la Ley de Presupuestos. Una concepción conjunta de ambas restricciones (el objetivo de estabilidad y el límite de gasto no financiero) y de su proceso de aprobación, nos lleva a afirmar que el límite de gasto no financiero solo podrá ser alterado en la medida en que su cambio no afecte al objetivo de estabilidad presupuestaria. El objetivo de estabilidad presupuestaria debe ser respetado a lo largo del proceso de aprobación de los Presupuestos Generales del Estado, por ello, tras su determinación por el Gobierno,

⁶⁸³ BARRIO, José, “La futura Ley de estabilidad Presupuestaria y su efecto en las Corporaciones Locales”, *Revista Análisis Local*, (36), 2001, p. 7.

El autor en su estudio, específico sobre las Corporaciones Locales, plantea una problemática clave tras la determinación por el Gobierno del objetivo de estabilidad presupuestaria: ¿Cómo se repartirá dicho objetivo entre el elevado número de entidades que componen el sector local español?

requiere la aceptación expresa de las Cortes. Esta rigidez no se predica en tal grado respecto al límite máximo de gasto no financiero que no es ratificado de forma expresa por el Congreso y el Senado. Sin embargo, debido a la estrecha relación entre el objetivo de estabilidad y el límite de gasto no financiero, las posibilidades de modificación son relativamente restringidas. De este modo, en el caso del límite máximo de gasto no financiero las limitaciones se derivan más por su vinculación con el objetivo de estabilidad que por su propia configuración legal.

Antes de concluir debemos señalar que, en todo caso, cabe la alteración tanto del objetivo de estabilidad como del límite de gasto no financiero si dichos cambios se derivan de enmiendas del poder legislativo que van acompañadas de incrementos en los ingresos públicos, y tales enmiendas obtienen la conformidad del poder ejecutivo de acuerdo con lo establecido en el art. 134.6 de la CE. Bajo estas circunstancias, se puede afirmar que ambos poderes están de acuerdo en alterar las previsiones que ellos mismos previamente han establecido. De no aceptar esta posibilidad la restricción sería un corsé excesivo en el proceso de elaboración de los Presupuestos Generales del Estado, y comportaría la sustracción al legislador presupuestario de la capacidad de alterar sus decisiones, a pesar de poseer la conformidad del Gobierno. Esta última es la única limitación impuesta por el texto de la Constitución.

Directamente vinculado con la obligatoriedad de fijar el límite de gasto no financiero, se encuentra la creación del Fondo de contingencia de ejecución presupuestaria (art. 15 de la LGEP). El Fondo de contingencia de ejecución presupuestaria tiene un importe equivalente al 2 % del límite del gasto no financiero establecido para ese ejercicio. Y su función es atender necesidades de carácter no discrecional que no hayan sido previstas en el Presupuesto inicialmente aprobado y que puedan presentarse a lo largo del ejercicio. En teoría los suplementos de crédito, ampliaciones e incorporaciones de crédito se financiarán mediante el recurso al Fondo o mediante bajas en otros créditos. El recurso al Fondo requiere la aprobación del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Hacienda. El remanente de crédito a final de cada ejercicio anual no puede ser objeto de incorporación a ejercicios posteriores. Las características de su funcionamiento, así como la imposibilidad de la incorporación del remanente a ejercicios posteriores, hacen que el Fondo de contingencia constituya, en verdad, un crédito presupuestario *sui generis* sin destino predeterminado, pero que nace con la Ley de Presupuesto y tiene, al igual que el Presupuesto, vigencia anual. La principal limitación asociada al Fondo de contingencia es que este no puede ser destinado a la cobertura de gastos o actuaciones que deriven de decisiones discrecionales de la Administración. El establecimiento de este tipo de restricciones cualitativas en el uso del Fondo lleva aparejada la necesidad de precisar algunos

conceptos como el de “necesidad no discrecional”, y de concretar el procedimiento a seguir para imputar dichos gastos a cargo del Fondo de contingencia. Además, en última instancia, la correcta aplicación del Fondo de contingencia pasa por la armonización de su regulación con las normas relativas a las modificaciones de créditos preexistentes en el TRLGP.

La actual LGP regula el Fondo de contingencia en su art. 50, de forma previa a las modificaciones de crédito. No obstante, este precepto no define los conceptos que pueden ser cubiertos por el Fondo de contingencia, como créditos específicos, sino que contiene una remisión a la regulación de los créditos ampliables y los créditos extraordinarios o suplementos de crédito. Con ello, el Fondo de contingencia se convierte en una de las posibles fuentes de financiación de las distintas formas de modificación de crédito existentes, siempre y cuando se produzca la concurrencia de algunos requisitos. En particular, las ampliaciones de crédito que afecten al presupuesto del Estado podrán ser cubiertas a cargo del Fondo de contingencia sin limitación cualitativa. Ahora bien, en el caso de los créditos extraordinarios y suplementos de crédito las necesidades de financiación deberán surgir de operaciones no financieras⁶⁸⁴.

Lógicamente, este tipo de necesidades (surgidas de ampliaciones de crédito o créditos extraordinarios o suplementos de crédito) a pesar de que puedan ser cubiertas por otro tipo de fondos, tenderán a ser cubiertas con el Fondo de contingencia puesto que este posee carácter anual y no comporta la baja de otros créditos⁶⁸⁵. Por tanto, el Fondo de contingencia constituye una fuente de financiación alternativa, en muchas ocasiones, a la emisión de deuda pública. A esta última se recurre cuando se produce la insuficiencia del Fondo de Contingencia durante el ejercicio o cuando tratándose de créditos extraordinarios o suplementos de crédito las necesidades surgen de operaciones financieras. En la práctica muchas de las medidas que se aplicaron durante el inicio de la crisis económica (principalmente, durante los años 2008 y 2009) se introdujeron en el ordenamiento jurídico a través de la figura del Decreto-Ley, en el mismo Decreto-Ley se aprobaba el correspondiente crédito extraordinario que era sufragado a través de deuda pública⁶⁸⁶.

⁶⁸⁴ En el caso de tratarse de necesidades surgidas en operaciones financieras del Presupuesto, éstas se deberán financiar con deuda pública o con baja en otros créditos de la misma naturaleza.

⁶⁸⁵ Se tenían grandes expectativas depositadas en el Fondo de contingencia, especialmente que el 2 % del límite de gasto cubriera el conjunto de las modificaciones presupuestarias. Véase, RODRÍGUEZ HERRER, M^a Elvira, “Clausura de los encuentros sobre el presente y futuro de la Ley General Presupuestaria a la luz de las normas de estabilidad”, *Presupuesto y Gasto público*, (30), 2002, p. 131.

⁶⁸⁶ Algunos ejemplos de este tipo de emisiones de deuda pública los encontramos en el Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crean un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la dinamización de la economía y el empleo y se aprueban créditos extraordinarios para

En este punto, ni la LGEP ni la LGP de 2003 especifican nada respecto a la hipótesis de insuficiencia del Fondo de Contingencia durante el ejercicio presupuestario. La situación descrita nos lleva a afirmar que muchos de los aspectos que debían ser determinados por la LGP sobre el Fondo de Contingencia quedaron igualmente indeterminados tras la aprobación de la Ley 47/2003, General Presupuestaria⁶⁸⁷. Además, el mecanismo, como tal, se ha convertido en una fuente de financiación alternativa de modificaciones de créditos, sin que en caso de situaciones presupuestarias

atender a su financiación, y en el Decreto-Ley 10/2008, de 12 de diciembre, por el que se aprueban medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas, y otras medidas económicas complementarias.

Estas medidas han requerido, en la mayor parte de las ocasiones, la dotación de créditos extraordinarios que, a su vez, han sido sufragados con cargo a nuevas emisiones de deuda pública. Existen dudas sobre la idoneidad de esta técnica legislativa, puesto que la autorización de la emisión de deuda pública se recoge en el propio Decreto-Ley. Esta técnica legislativa puede considerarse una auto-autorización por parte del poder ejecutivo para la emisión de deuda pública, lo que se pone en entredicho el cumplimiento del principio de reserva de ley para la emisión de deuda pública previsto en el art. 135 de la CE “*el Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por Ley para emitir deuda pública o contraer crédito*”.

La expresión “auto-autorización” se apunta por DE LA HUCHA CELADOR al expresar su posición contraria al uso del Decreto-Ley para la autorización para la emisión de deuda pública. Véase, DE LA HUCHA CELADOR, Fernando, *Ordenación Constitucional de la Deuda pública*, Tesis inédita, Tomo I, Universidad Complutense de Madrid, Curso académico 1984/1985, Madrid, pp. 86 y ss.

En contra del uso del Decreto-Ley para la autorización de emisiones de deuda pública se pronuncia también CAZORLA PRIETO, al indicar que “el término “Ley” “tal como es empleado por el apartado 1 del art. 135 del texto constitucional se refiere con claridad a un acto del Estado con fuerza y rango de ley. Es, por otra parte, evidente que, al ser destinatario de la habilitación el Gobierno de la Nación y al referirse a operaciones de crédito a contraer por el Estado, la mención de la ley que realiza el apartado 1 del art. 135 ha de entenderse como ley aprobada por las Cortes Generales”. Véase, CAZORLA PRIETO, Luis M^a; “*Comentarios a la Constitución*”, Editorial Civitas, Madrid, 1980, p. 1452.

Por último, nos parece desaconsejable la modificación del saldo vivo de la deuda pública fijado en la Ley de Presupuestos Generales del Estado mediante un conjunto de normas dispersas en el ordenamiento jurídico, sin que exista, por parte del Gobierno, una voluntad de sistematización de los diferentes incrementos. Sin este tipo de acciones de recapitulación es difícil tener una visión de conjunto de la situación en la cual se encuentra la deuda pública. Además, en estos Decretos-Leyes no se determinan las características básicas de la deuda pública, y tampoco se precisan sus efectos respecto del saldo vivo fijado en art. 49 de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2008. Dado que dicho precepto fija que a 31 de diciembre el saldo vivo no podrá superar los 7.694.404,77 miles de euros, el límite cuantitativo tras la aprobación de los Decretos-Leyes será superado y, por tanto, se ha producido una derogación implícita de este precepto de la Ley de Presupuestos Generales del Estado a través de un Decreto-Ley. Por último, hay que tener en cuenta que al ser normas adoptadas al final del ejercicio tienen repercusiones a nivel de deuda pública en el ejercicio presupuestario siguiente (concretamente, el 2009) pero nada se indica sobre estas afectaciones en el texto del Decreto-Ley.

⁶⁸⁷ Sobre estos y otros aspectos se esperaba un posicionamiento al respecto por parte de la entonces futura LGP, véase, PANIZO GARCÍA, Antonio, “Algunos aspectos jurídicos de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria en el ciclo presupuestario”, *Presupuesto y Gasto público*, (30), 2002, pp. 63 y ss.

complejas logre cumplir su verdadero cometido de salvaguarda de la estabilidad presupuestaria, dado que su cuantía ha sido insuficiente para cubrir los incrementos en el gasto, y ha sido necesario recurrir a la emisión de mayores niveles de deuda pública.

El último de los cambios introducidos fue la integración de la plurianualidad. La toma en consideración de la plurianualidad incide directamente en el procedimiento presupuestario, dotándolo de un mayor margen de apreciación que, en principio, debe facilitar alcanzar el objetivo de estabilidad presupuestaria. La visión más amplia derivada de la plurianualidad permite tomar en consideración las expectativas de ingresos y gastos, y constituye, a su vez, una de las concreciones del principio de eficiencia en la asignación de los recursos públicos.

Las sinergias de fijar objetivos y políticas presupuestarias de carácter plurianual son múltiples⁶⁸⁸, sin embargo, tanto a nivel europeo como nacional la aplicación de la plurianualidad encuentra escollos que acaban reduciendo los beneficios que pueden ser alcanzados. Una cuestión clave para la efectividad del marco plurianual es la

⁶⁸⁸ Realizar apreciaciones presupuestarias plurianuales lleva inherentes dos beneficios claros: uno, la capacidad de limitar la tendencia al incremento del gasto público que a menudo existe cuando la previsión es tan solo a corto plazo; y otro, incrementar la acomodación de los datos presupuestados a la realidad. A nivel europeo, los Estados que han adaptado sus presupuestos a una perspectiva plurianual han incluido aspectos como objetivos a medio plazo, horizontes plurianuales, e incluso han fijado objetivos concretos de carácter plurianual vinculados a compromisos estrictos.

A diferencia de otras modificaciones introducidas por los Estados miembros las cuales no guardan una vinculación directa con la normativa europea, estas variaciones se encuentran directamente relacionadas con las previsiones contenidas en el Reglamento de supervisión, y la obligación de los Estados miembros de presentar Programas de Estabilidad o Convergencia. A través de los Programas de Estabilidad o Convergencia se solicita a los Estados la realización de previsiones por un lapso de tiempo de 5 años; y tras la rendición del Programa inicial, los Estados tienen que realizar actualizaciones anuales. Las previsiones de los Programas de Estabilidad y Convergencia no tan solo deben contener datos estrictamente presupuestarios, sino que los mismos deben vincularse directamente a las principales variables macroeconómicas. Fruto del carácter obligatorio de la presentación de los Programas de Estabilidad o Convergencia los cambios introducidos en este aspecto del presupuesto son más acentuados y uniformes en todos los Estados miembros.

De igual forma, a lo largo del procedimiento correctivo de déficit excesivo, recogido en el Reglamento del procedimiento de déficit excesivo, el Consejo presenta recomendaciones al Estado afectado el seguimiento de las cuales requiere en muchas ocasiones la introducción de medidas con un espectro temporal superior al ejercicio presupuestario en curso. La vinculación directa de la plurianualidad con los mandatos europeos ha generado una mejora sustancial de estos aspectos en el conjunto de los Estados miembros, encontrando casos, como el de Luxemburgo, en el que se ha pasado de una total falta de consideración de las previsiones plurianuales en el presupuesto, a una aplicación clara de medidas y objetivos presupuestarios a medio plazo. Véase, HALLERBERG, Mark, STRAUCH, Rolf R., y VON HAGEN, Jürgen, "Budgeting in Europe after Maastricht", *Hacienda pública española* (Monografía destinada a la Estabilidad presupuestaria y transparencia), núm. Extra 2004, (Monografía destinada a la estabilidad presupuestaria y transparencia), pp. 204 y ss.

articulación de este con el presupuesto anual⁶⁸⁹. En muchas ocasiones estos dos conceptos permanecen separados y las decisiones que se adoptan por el legislador presupuestario a nivel anual, no tienen en cuenta las previsiones plurianuales. Otro factor a destacar es la relativa flexibilidad con la que se modifican los objetivos a medio plazo. Esta flexibilidad es fruto de la propia metodología de configuración de los planes. La planificación fiscal plurianual se lleva a cabo en marcos temporales que, normalmente, tienen una duración de tres o cuatro años. Esto no significa que los marcos se mantengan estables durante todo el período, puesto que hay que tener en cuenta, por un lado, la cadencia con la que se producen las actualizaciones de los agregados del marco y, por el otro, si es posible modificar los datos aportados y, en caso de existirlos, con qué frecuencia. En función de estos tres aspectos se considerará que estamos frente a un marco flexible (que permite modificaciones de los datos aportados en el marco inicial) o fijo (si no permite modificaciones y el marco debe permanecer invariable hasta su consecución). Marcos especialmente flexibles permiten una mayor adaptabilidad a las circunstancias económicas de cada ejercicio, pero fuerzan en menor medida a las autoridades fiscales a comprometerse con las previsiones previamente determinadas⁶⁹⁰.

En la misma línea, afecta a la flexibilidad del marco plurianual el hecho de que los marcos sean rotantes o periódicos. Los marcos rotantes son aquéllos que formulan las previsiones plurianuales avanzando tan solo en un año respecto a su predecesor, existiendo un gran solapamiento de años. Por el contrario, los marcos periódicos son emitidos una vez el marco previo ha finalizado. De este modo cada año tan solo se verá incluido en un marco y no existirán solapamientos. La primera tipología de marcos permite una elevada flexibilidad, puesto que en el proceso de actualización –en el que se debe añadir un nuevo año– se aprovecha para reescribir los objetivos establecidos para los años previos. Estas características hacen que la plurianualidad pierda, desgraciadamente, parte de su eficiencia. Los marcos rotantes son los aplicados en los Programas de Estabilidad o Convergencia presentados por los Estados miembros⁶⁹¹.

⁶⁸⁹ Así lo pone de manifiesto la experiencia internacional comparada, véase, BOEX, Jameson, MARTÍNEZ - VAZQUEZ, Jorge, MCNAB, Robert, *Multi – Year Budgeting: a Review of International Practices and Lessons for Developing and Transitional Economies*, Georgia State University, Andrew Young School of Policy Studies, Working Paper 98 – 4, noviembre 1998, pp. 19 y ss. Disponible vía Internet: <http://aysps.gsu.edu/isp/files/ispwp9804.pdf> (última consulta, julio de 2013).

⁶⁹⁰ Sobre los mecanismos para mejorar la eficiencia de las estructuras del presupuesto, véase, el estudio coordinado por CURRISTINE, Teresa, *“Performance Budgeting in OECD countries”*, OECD, Paris, 2007, pp. 40 y ss.

⁶⁹¹ La cadencia de los marcos de los Programas de estabilidad presentados por España nos permite apreciar el funcionamiento de un marco rotante. El gobierno Español presentó en la actualización correspondiente a los años 2004/2005 el programa de Estabilidad para los años 2004 a 2008. Es decir, el marco comprende el año en curso más al menos tres años más (en este caso 4 años). En la siguiente

Para superar esta carencia, en la LGEP el principio de plurianualidad (art. 4⁶⁹²) se vinculó el escenario plurianual con el principio de anualidad que rige la aprobación y ejecución del presupuesto. Posteriormente, al tratar aspectos aplicativos de la estabilidad en el sector público estatal, la originaria LGEP (art. 12 LGEP) recogía dos obligaciones vinculadas a la plurianualidad, mientras que el TRLGEP tan solo mantuvo la primera de ellas. Esta hace referencia a la necesidad de confeccionar, de forma previa a la elaboración del Presupuesto Generales del Estado, escenarios de previsión plurianual de ingresos y gastos. Labor que, como hemos señalado, debe garantizar la comparabilidad de las prioridades existentes, mejorando la asignación equitativa de los recursos. El segundo requisito, que fue suprimido, era la obligación de que cualquier proyecto de norma legal, disposición reglamentaria, acto administrativo, contrato y convenio de colaboración y cualquier otra actuación que afectase a los gastos públicos debía respetar el entorno financiero plurianual, supeditando su aprobación a que este tenga cabida en los escenarios presupuestarios plurianuales. Esta norma pretendía sujetar a todos los actores vinculados en el proceso de gasto a tomar en consideración las repercusiones de este a nivel plurianual. No obstante, la operatividad de esta disposición era relativa, dadas las escasas consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento. La LGEP no se pronunciaba sobre tales consecuencias y tampoco lo hacía la LGE, pero del análisis conjunto de las normas presupuestarias se extraía que solo los actos administrativos que fueran contrarios a esta disposición podrían

actualización correspondiente al 2005/2006 presentó el Programa de Estabilidad para 2005 a 2008, por tanto, el año en curso y tres años más. Como vemos, los años 2005, 2006, 2007 y 2008 se ha regulado en los dos Programas (se produce solapamiento), y cabe la posibilidad de introducir modificaciones en las previsiones iniciales. Esta cadencia se reitera en todos los años: en la actualización de 2006/2007 se presenta el Programa de Estabilidad para los años 2006 a 2009; en la actualización de 2007/2008 se adjunta el Programa de Estabilidad para los años 2007 a 2010, donde se afirmó la adecuación de las finanzas públicas españolas para prologar el crecimiento económico, y mantener la sostenibilidad de las finanzas públicas a largo plazo (Programa de Estabilidad de España para los años 2007 a 2010, p. 41). No obstante, en la actualización de 2008/2009, que recogía el Programa de Estabilidad para 2008 a 2011, las previsiones fueron diametralmente distintas, haciendo alusión a un contexto totalmente dispar al presentado en sus antecesores, fruto de la crisis económica que afectaba a la economía en general y a la consecución del objetivo a medio plazo (Programa de Estabilidad de España para los años 2008 a 2011, p. 6). Finalmente las actualizaciones de 2009/2010 (Programa de Estabilidad de 2009 a 2013), y la actualización de 2011 (Programa de Estabilidad para 2011 a 2014) siguen la misma línea de medidas tendentes a la reducción del déficit.

Como podemos observar, las medidas para los mismos años han ido evolucionando durante el transcurso de los años, y el solapamiento de los años presentados permite la introducción de múltiples cambios.

⁶⁹² El principio de plurianualidad se recoge del siguiente modo “*la elaboración de los presupuestos en el sector público se enmarcará en un escenario plurianual compatible con el principio de anualidad por el que se rige la aprobación y ejecución presupuestaria.*”

finalmente ser declarados anulables, pero no así las leyes ni los reglamentos⁶⁹³. Su limitado alcance y la dificultad de determinar su contenido normativo – al no existir un procedimiento en la LGP que supedita la ejecución del gasto a esta estabilidad– hicieron que este precepto fuera calificado de norma programática, que “hace referencia a la necesidad de articular buenas prácticas (*good governance*) en el desarrollo de la actuación pública”⁶⁹⁴.

A pesar de que el posterior art. 11 del TRLGEP, relativo a los escenarios presupuestarios plurianuales, no recogió esta segunda previsión, esta podía inferirse del mandato contenido en el art. 6.2 del TRLGEP. Este precepto, que se mantuvo en los mismos términos que el originario art. 6.2 de la LGEP, determinaba que “*las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración y cualquier otra actuación de los sujetos a que se refiere el artículo 2 de la presente Ley que afecte a los gastos públicos, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias del principio de estabilidad presupuestaria*”. La valoración de las repercusiones y efectos y la supeditación al principio de estabilidad presupuestaria constituyen mandatos que llevan inherente la evaluación de las repercusiones del gasto a medio plazo, y en consecuencia la toma en consideración de la plurianualidad.

La problemática en este punto, como ya hemos señalado al tratar la relación del principio de estabilidad con el principio de justicia en el gasto, se encuentra en la escasa protección que con carácter general, y en concreto en las sucesivas leyes de estabilidad, se ha otorgado al principio de asignación equitativa de los recursos públicos. El art. 6 de la LGEP recogía el principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, pero no menciona en cambio el principio de asignación equitativa de los

⁶⁹³ PANIZO GARCÍA analiza los distintos supuestos “tratándose de Proyectos de Ley su tramitación y aprobación posterior como Ley por el Parlamento sanaría el vicio, sin que obviamente el incumplimiento del requisito pudiese determinar la declaración de inconstitucionalidad de la Ley, único modo de expulsarla del ordenamiento jurídico” En cuanto a las disposiciones reglamentarias, “el incumplimiento del requisito previsto en el art. 12.2 de la LGEP no es causa que determine la nulidad de la disposición de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común”. Y, “tratándose de actos administrativos, éstos deberían calificarse como anulables, por incurrir en infracción del ordenamiento jurídico”. PANIZO GARCÍA, Antonio, “Algunos efectos jurídicos de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria en el ciclo presupuestario”, cit., pp. 64 y ss.

⁶⁹⁴ RUIZ ALMENDRAL, Violeta, *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España*, cit., p. 152.

recursos públicos, el cual sigue siendo la gran asignatura pendiente del Derecho Financiero⁶⁹⁵.

Una vez analizadas las tres afectaciones básicas de la LGEP en la estructura del ciclo presupuestario, es conveniente apuntar que la aprobación de la LGEP introdujo otras modificaciones de menor calado, que no detallaremos, entre las que se encontraban la obligatoriedad por parte del Gobierno de remitir a las Cortes Generales un plan económico-financiero para la corrección de las situaciones de desequilibrio que excepcionalmente pudieran presentarse en los Presupuestos del Estado o de la Seguridad Social (art. 14 LGEP).

2.D. Reforma de 2006 de las Leyes Generales de Estabilidad Presupuestaria

Las dos leyes de estabilidad inicialmente aprobadas en 2001 fueron objeto de reforma en el año 2006. Los cambios introducidos tuvieron una doble justificación.

Por un lado, incorporar los mecanismos de flexibilización introducidos en la normativa europea (señaladamente en el Reglamento del procedimiento de déficit excesivo⁶⁹⁶). El legislador español no dudó en calificar la reforma de 2006 de “flexibilización del principio de estabilidad”, por el contrario, las instituciones europeas se mostraron reticentes a la hora de efectuar este tipo de afirmaciones respecto a la reforma del PEC de 2005⁶⁹⁷. Hemos de tener en cuenta que, si bien ambas regulaciones –la europea y la nacional– eran especialmente severas en sus objetivos, la LGEP de

⁶⁹⁵ Como destaca SOLER ROCH con frecuencia se adopta la perspectiva de la financiación en el lugar de la perspectiva de la asignación de los recursos, es decir, del gasto. El motivo, para SOLER ROCH, se encuentra en que “no importa tanto cómo se asignan los recursos públicos a través del gasto (la determinación de las necesidades públicas), sino el coste de dicha asignación (la financiación pública). SOLER ROCH, M^a Teresa, “Los principios implícitos en el régimen jurídico del gasto público”, cit., p. 1855.

⁶⁹⁶ Sobre los cambios introducidos en el PEC en su reforma de 2005, véase, *supra*, Capítulo I, epígrafe Elementos de la reforma, pp. 69 y ss.

⁶⁹⁷ La exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 2/2007 apunta tres elementos de la reforma: Primero, introducir un mecanismo para la determinación del objetivo de estabilidad de las Administraciones públicas territoriales y sus respectivos sectores basado en el diálogo y la negociación. En este sentido, el objetivo de estabilidad de cada Comunidad Autónoma debe acordarse con el Ministerio de Economía y Hacienda tras una negociación bilateral, si bien, en última instancia, son las Cortes Generales y el Gobierno (en función del art. 149.1.13^a de la CE) las encargadas de adoptar las decisiones esenciales. Segundo, potenciar el principio de transparencia, a través de la figura del Consejo de Política Fiscal y Financiera. Y, por último, *flexibilizar el principio de estabilidad*, atendiendo a la situación económica, adaptando la política presupuestaria al ciclo económico con el fin de suavizarlo (la cursiva es nuestra).

2001 había añadido un grado más de exigencia a la disciplina presupuestaria marcada por la UE. Y por otro lado, una causa de carácter interno, como era reforzar la coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la aplicación de la normativa de estabilidad presupuestaria para evitar posibles limitaciones a la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, como las que habían tenido lugar bajo la vigencia de las leyes de estabilidad presupuestaria originarias.

Esta reforma se efectuó a través de dos leyes, la Ley 15/2006, de 26 de mayo y la Ley Orgánica 3/2006, de la misma fecha. Por último, debemos señalar que la disposición final primera de la Ley 15/2006 habilitó al Gobierno para refundir en un plazo de un año la Ley 18/2001 y la Ley 15/2006, para aportar mayor claridad y armonía al sistema. El resultado fue el Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, que aprobó el texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria.

En cuanto a los cambios introducidos, una de las principales innovaciones de la reforma de 2006 fue la inclusión del concepto “*ciclo económico*” en lugar de “*ejercicio*” en la medición de la estabilidad presupuestaria.

Esta valoración del ciclo económico constituye la introducción en la normativa interna de uno de los elementos de flexibilización introducidos en la reforma del PEC de 2005. El Código de Conducta establece la necesidad de adaptar la actuación presupuestaria al ciclo económico, y de este modo poder lograr el objetivo de estabilidad a medio plazo. Concretamente, afirma que “los Estados deben alcanzar un enfoque de política fiscal más simétrico en relación con el ciclo, incrementando la disciplina presupuestaria en períodos de recuperación económica, con el objetivo de evitar políticas procíclicas y alcanzar gradualmente el objetivo de estabilidad a medio plazo, creando de este modo el espacio necesario para dar mejor cabida a las crisis económicas (...)”⁶⁹⁸. En la misma línea, el Código de Conducta exige mayor disciplina presupuestaria durante los “buenos momentos”⁶⁹⁹, y permite alcanzar determinados niveles de déficit si estos sirven para efectuar “reformas importantes que tengan un

⁶⁹⁸ La última versión del Código de Conducta fue aprobada por el CONSEJO ECOFIN y tiene por título *Specifications on the implementation of the Stability and Growth Pact and Guidelines on the format and content of Stability and Convergence Programs*, p. 5. Disponible vía internet: [http://ec.europa.eu/economy_finance/economic_governance/sgp/pdf/coc/2010-09-07_code_of_conduct_\(consolidated\)_en.pdf](http://ec.europa.eu/economy_finance/economic_governance/sgp/pdf/coc/2010-09-07_code_of_conduct_(consolidated)_en.pdf) (última consulta, julio de 2013).

⁶⁹⁹ El Código de Conducta define como “buenos tiempos” aquellos períodos en los cuales la producción excede sus niveles potenciales, teniendo en consideración la elasticidad de los impuestos. Véase, Código de Conducta, cit., p. 5.

impacto positivo verificable en la sostenibilidad de las finanzas públicas a largo plazo⁷⁰⁰.

Consideramos que esta mención al “ciclo económico” comporta la legitimación a nivel legal de una necesidad real (puesta de manifiesto a nivel europeo) como es la aceptación de situaciones excepcionales de déficit. Sin embargo, no podemos afirmar que la consideración del escenario a medio plazo sea una novedad de las reformas acontecidas en Europa y a nivel interno a lo largo del bienio 2005–2006. Tanto la redacción del inicial PEC como de la LGEP no eran ajenas a la necesidad de fijar objetivos a medio plazo y de tener en consideración el escenario presupuestario plurianual.

A nivel aplicativo, la introducción del concepto “ciclo económico” llevó aparejada la introducción de un procedimiento, especialmente complejo, regulado en el art. 8 de la Ley 15/2006. A continuación detallaremos brevemente dicho proceso⁷⁰¹:

Primeramente, el Gobierno debía fijar el objetivo de estabilidad presupuestaria para un horizonte temporal de tres años. El objetivo se determinaba para el conjunto del sector público así como para cada uno de los grupos de agentes comprendidos en el art. 2.1 de la LGEP⁷⁰². Algunos sujetos podían aprobar y liquidar presupuestos con déficit. Concretamente, estos eran la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los municipios que, encontrándose dentro de los enumerados en el art. 111 del TRLHL, establecía la Comisión Nacional de la Administración Local⁷⁰³. El objetivo de estabilidad era aprobado por el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Economía y Hacienda y previo informe del Consejo de Política Fiscal y Financiera y de la Comisión Nacional de la Administración Local.

⁷⁰⁰ Código de Conducta, cit., p. 5.

⁷⁰¹ En la actualidad la determinación del objetivo de estabilidad para un horizonte temporal de tres años y la realización del informe del Ministerio de hacienda son obligaciones reguladas de forma análoga en el art. 15 de la LOEPSF.

⁷⁰² Los agentes que se integran en el art. 2.1 de la LGEP son, a grandes rasgos, la Administración central, la Administración central de cada Comunidad Autónoma, la Seguridad Social y los entes locales, así como los organismos dependientes de ellas que no tengan una financiación mayoritariamente comercial. Sobre este punto, véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe Criterios para la clasificación de un ente en el sector Administraciones públicas, pp. 427 y ss.

⁷⁰³ A diferencia del Ministerio de Economía y Hacienda y el Consejo de Política Fiscal y Financiera, la Comisión Nacional de la Administración Local no constaba en el texto original de la Ley 18/2001, y fue incluida por el art. Único de la Ley 15/2006, de 26 de mayo, de modificación de la Ley 18/2001, general de estabilidad presupuestaria.

La propuesta de objetivo de estabilidad para los tres ejercicios presupuestarios siguientes iba acompañada de un informe del Ministerio de Hacienda donde se determinaba el momento del ciclo en que se encontraba la economía a lo largo del horizonte temporal del objetivo de estabilidad. La determinación de la fase del ciclo económico se efectuaba previa consulta al Instituto Nacional de Estadística y al Banco de España, teniendo en cuenta igualmente las previsiones que sobre la economía española habían efectuado la Comisión y el BCE. Este informe del Ministerio de Hacienda también contenía “el cuadro económico de horizonte plurianual”⁷⁰⁴, siguiendo los siguientes parámetros: “la previsión de evolución del Producto Interior Bruto nacional y diferencial respecto a su potencial de crecimiento, comportamiento esperado de los mercados financieros, del mercado laboral y del sector exterior, previsiones de inflación, necesidades de endeudamiento, las proyecciones de ingresos y gastos públicos en relación con el Producto Interior Bruto, y el análisis de sensibilidad de la previsión” (art. 8.2 LGEP).

Los datos recogidos en el informe descrito permitían establecer una “tasa de variación del PIB” para el ejercicio siguiente, la cual debía compararse con la tasa de variación fijada previamente por el Gobierno para los tres ejercicios presupuestarios siguientes⁷⁰⁵. En función de esta comparativa, los presupuestos de los agentes recogidos en el art. 2.1 de la LGEP podían ser aprobados de varias formas: necesariamente con superávit, si el informe preveía para la economía española un crecimiento económico superior a la tasa de variación; al menos con equilibrio económico, si la previsión de crecimiento se encontraba entre las tasas de variación fijadas; y con déficit, si la tasa de crecimiento prevista era inferior a la tasa de variación fijada.

En el último caso descrito el déficit no podía superar unos determinados límites previstos igualmente en la LGEP (art. 8.2, párrafo 5º). Concretamente, se establecía que el déficit de los presupuestos de la Administración central, las Comunidades Autónomas y las entidades locales recogidas en el art. 19.1 de la LGEP no podía ser superior a un 1

⁷⁰⁴ Los datos contenidos en este informe guardan bastantes similitudes con los datos que deben ser presentados por los Estados miembros en el marco de los Programas de Estabilidad o Convergencia. El contenido de estos se detalla en el Código de conducta, pp. 11 y ss.

⁷⁰⁵ El art. 7.3 de la LGEP tras la reforma efectuada por la Ley 15/2006 preveía que “*el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda y previo informe del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas y de la Comisión Nacional de Administración Local, fijará para un período de tres ejercicios presupuestarios la tasa de variación del Producto Interior Bruto nacional real que determine el umbral de crecimiento económico por debajo del cual los sujetos a los que se refiere el apartado anterior podrán excepcionalmente presentar déficit. Igualmente fijará para el mismo período la tasa de variación del Producto Interior Bruto nacional real que determine el umbral de crecimiento económico por encima del cual los referidos sujetos deberán presentar superávit*”.

% del PIB⁷⁰⁶. Este porcentaje se tenía que dividir del siguiente modo: 0,20 % para la Administración General del Estado; 0,75 % para el conjunto de las Comunidades Autónomas y 0,05 % para las entidades locales seleccionadas por la Comisión Nacional de la Administración Local⁷⁰⁷.

La principal problemática de formular el régimen jurídico de la estabilidad presupuestaria tomando como elemento central “la tasa de variación del PIB” era, y sigue siendo, que esta tasa es siempre una previsión, que puede divergir de la situación que finalmente acaba produciéndose, como sucedió al inicio de la crisis económica⁷⁰⁸.

La posibilidad de incurrir en déficit llevaba aparejadas algunas obligaciones. En el caso de los entes locales, el art. 7 de la LGEP, tras la reforma de 2006, establecía la obligación de aquellas Administraciones que incurrieran en déficit de presentar una memoria plurianual “*mostrando que la evolución prevista de los saldos presupuestarios, computados en la forma establecida en el apartado anterior, garantiza la estabilidad a lo largo del ciclo*”. La existencia de un límite cuantitativo y la exigencia en última instancia de preservar la estabilidad a lo largo del ciclo, nos llevan a afirmar que si bien la ley daba un cierto margen de maniobra, la flexibilidad no era muy elevada.

⁷⁰⁶ La realidad es que los niveles de déficit fijados como límite distaron de los niveles de déficit que finalmente fueron alcanzados. Los datos del Tesoro Público de octubre de 2010 establecieron que el déficit finalmente alcanzado por el conjunto de las Administraciones públicas fue de un 9,3 % del PIB y la deuda de un 62,8 % del PIB. La suma algebraica hasta llegar a este déficit se compone: de un 6,7 % de déficit del Estado; del déficit correspondiente a las Comunidades Autónomas que representa el 2,4 % del PIB y el déficit de las Administraciones locales representan que el 0,6 %; del PIB, y finalmente un superávit de la Seguridad Social del 0,4 %. Datos extraídos de TESORO PÚBLICO, “*Spain: Policy measures towards a sustained and balanced growth path*”, febrero, 2011.

⁷⁰⁷ La problemática de cómo medir el PIB se acentuaba en el caso de las Corporaciones Locales. Para evitar esta controversia, el art. 20 de la Ley 15/2006 establecía que en el importe equivalente al 0,05 % PIB se tradujese en términos de porcentaje sobre los ingresos no financieros. Así, la LGEP determinaba que “Las entidades a que se refiere el apartado 1 del artículo 19 podrán presentar déficit que no podrá superar el porcentaje de los ingresos no financieros consolidados de la entidad local respectiva que al efecto establezca la Comisión Nacional de la Administración Local, a propuesta de las asociaciones de las Entidades Locales representadas en ella”. Como apuntaba, DODERO JORDÁN esta disposición comporta la remisión a la Federación Española de Municipios y Provincias (como única asociación representada en la Comisión Nacional de la Administración Local) de la responsabilidad de delimitar el déficit de las entidades locales, si bien en este caso la función de la Comisión Nacional de la Administración Local podía llevarse a cabo a través de unos cálculos relativamente sencillos. Este cálculo se detalla por DODERO JORDÁN, Adolfo, “Análisis crítico de la Ley General de Estabilidad presupuestaria. Valoración de la reforma de 2006”, *Tributos Locales*, (68), 2007, p. 51.

⁷⁰⁸ Véase, RUIZ ALMENDRAL, Violeta, “Estabilidad Presupuestaria y Reforma Constitucional”, cit., p. 78.

Junto a la adaptación al ciclo económico, tras la reforma de 2006, existía otro supuesto en el que las Administraciones públicas podían alcanzar ciertos niveles de déficit. Se trataba de los casos de realización de inversiones productivas. Por inversión productiva se entiende aquella inversión destinada a atender actuaciones de investigación, desarrollo e innovación⁷⁰⁹. Este criterio era tenido en cuenta con independencia de la fase del ciclo en la cual se encontraba la economía⁷¹⁰.

De todos modos, el volumen de déficit que podía ser alcanzado para efectuar inversiones productivas no podía superar unos determinados límites fijados en el art. 7.5 segundo párrafo de la LGEP (el 0,20 % para la Administración Central; el 0,25 % para las Comunidades Autónomas; y el 0,05 % para la Entidades Locales incluidas en el art. 19.1 LGEP). A su vez, la posibilidad de alcanzar ciertos niveles de déficit se encontraba condicionada a la realización de programas de inversión aprobados por el Ministerio de Economía y Hacienda a partir de los criterios establecidos por el Consejo de Política Fiscal y Financiera para las Comunidades Autónomas y por la Comisión Nacional de la Administración Local para los entes locales. Para la aprobación del Programa de inversión, el Ministerio de Economía y Hacienda debía tener en cuenta aspectos como la mejora de la productividad de la economía, el nivel de endeudamiento de la Comunidad Autónoma o el ente local, etc. Por último, el ente que pretendía alcanzar estos niveles adicionales de déficit público debía presentar un Programa de inversión que se financiase, al menos en el 30 %, por ahorro bruto de la Administración proponente.

Otro de los aspectos que quiso reforzarse a través de la reforma de 2006 fue el principio de transparencia y, concretamente, la importancia del suministro de información que permitiese ratificar el cumplimiento de la normativa europea. Por este motivo, al original art. 5 de la LGEP (el cual establecía que *“los presupuestos de los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley y sus liquidaciones deberán contener información suficiente y adecuada para permitir la verificación del cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria”*) se adicionó la precisión *“así como el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y la observancia de las obligaciones impuestas por las normas comunitarias en materia de contabilidad nacional”*. La introducción de esta remisión a la normativa comunitaria podría considerarse una redundancia, puesto que si la información es suficiente y adecuada

⁷⁰⁹ El concepto se recogía en el reformado art. 7.5 de la LGEP.

⁷¹⁰ Tras la reforma del PEC de 2005, la Comisión a la hora de determinar la apertura del procedimiento de déficit excesivo debe tomar en consideración una serie de factores, entre los que se encuentra el nivel de gasto que es destinado a la inversión (art. 126.3 del TFUE). Esta modificación en la LGEP comportaba la adaptación de la normativa interna a los parámetros europeos.

para verificar el principio de estabilidad presupuestaria y este último se define tomando como referencia la normativa europea, concretamente el SEC-95, ya se están considerando los parámetros europeos. No obstante, creemos que esta precisión intentaba poner freno a las distorsiones existentes a la hora de trasladar información desde el ámbito estatal (en el cual la información prioritaria es la contenida en el presupuesto) al ámbito europeo (donde la información manejada es en términos de SEC-95)⁷¹¹.

2.E. La introducción en el TRLGEP de la regla de gasto de las Administraciones públicas

A través del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de la simplificación administrativa, se introdujo en el TRLGEP la denominada “regla de gasto de las Administraciones públicas”, que en la actualidad se encuentra en el art. 12 de la LOEPSF. Por varios motivos, entre ellos su regulación a través de un Decreto-Ley de un marcado contenido heterogéneo, esta norma no fue objeto de la debida atención⁷¹², a pesar de que constituyó, por un lado, una importante novedad en relación con los mandatos de disciplina presupuestaria hasta entonces existentes y, por otro lado, la principal disposición limitativo del gasto público hasta el momento. Analizaremos con detalle esta modificación del TRLGEP.

El art. 3 del Decreto-Ley 8/2011 introdujo la regla de gasto para los sujetos comprendidos en el art. 2.1 a) del TRLGEP y para las Entidades locales incluidas en el ámbito subjetivo definido en los art. 111 y 135 del TRLHL. Por tanto, inicialmente la regla de gasto era de aplicación a la Administración General del Estado y sus organismos autónomos⁷¹³ y a los entes locales que participan en la cesión de impuestos

⁷¹¹ Algunos de los ajustes que deben practicarse entre la información a nivel presupuestario y a nivel de SEC-95 se analizarán con posterioridad. Véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafes La regulación de los contratos de obra pública con pago aplazado en el SEC-95, pp. 571 y ss; y Incidencia de los contratos de colaboración público-privada en la contabilidad presupuestaria y en la contabilidad nacional, pp. 619 y ss.

⁷¹² Así lo señaló RUIZ ALMENDRAL, para la autora esta modificación del TRLGEP “bien podría considerarse el preámbulo impropio de la reforma constitucional”. Véase, RUIZ ALMENDRAL, Violeta, “Estabilidad Presupuestaria y Reforma Constitucional”, cit., p. 69.

⁷¹³ La Administración General del Estado, los organismos autónomos y los demás entes públicos vinculados o dependiente de aquélla que presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales, así como los órganos con dotación diferenciada en los

estatales⁷¹⁴ (al resto de Entes Locales les seguía siendo de aplicación la regla de equilibrio o superávit prevista en el TRLGEP). El ámbito subjetivo de la regla de gasto actual es más amplio, concretamente, el art. 12 de la LOEPSF determina que la regla de gasto será de aplicación a la Administración Central, de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales.

En cuanto al contenido de la regla de gasto, esta determinaba que, con carácter general, el gasto de las entidades enumeradas no podía superar la tasa de crecimiento de referencia de la economía española. A diferencia de las normas anteriores, esta disposición no perseguía alcanzar una determinada posición – equilibrio o estabilidad – a nivel presupuestario, sino que buscaba limitar el gasto público tomando como proporción el crecimiento de la economía española.

Como hemos tenido ocasión de apuntar, la estabilidad presupuestaria, tal como se concebía en la normativa europea de disciplina presupuestaria originaria, no comporta indefectiblemente la limitación del gasto público. De hecho, la normativa europea no introdujo reglas tendentes exclusivamente a la limitación del gasto hasta la reforma del PEC llevada a cabo en 2011. Actualmente, la limitación del gasto público se recoge en el art. 5 del Reglamento de supervisión en la redacción dada por el Reglamento (CE) núm. 1175/2011, a través del principio de política fiscal prudente. Este principio establece que el crecimiento del gasto anual no debe exceder un porcentaje medio prudente⁷¹⁵. Ahora bien, a diferencia de la regla de gasto interna, el principio sobre política fiscal prudente, limita el gasto teniendo en consideración si el Estado ha dado cumplimiento al objetivo presupuestario a medio plazo⁷¹⁶. Por tanto, si

Presupuestos Generales del Estado (concepto amplio de Administración central recogido en el art. 2.1 del TRLGEP).

⁷¹⁴ Estos municipios eran los que cumplieran una de las dos condiciones siguientes: a) Ser capitales de provincia, o de comunidad autónoma, o b) Tener una población de derecho igual o superior a 75.000 habitantes. A estos efectos, se considerará la población resultante de la actualización del Padrón municipal de habitantes vigente a la entrada en vigor del modelo regulado en la presente sección (art. 111 del TRLHL).

⁷¹⁵ Sobre el principio de política fiscal prudente, véase, *supra*, Capítulo I, epígrafe Reforma de los Reglamentos del PEC, pp. 113 y ss.

El análisis de la trayectoria de gasto se efectúa por la Comisión y el Consejo en el seno de la supervisión multilateral prevista en el art. 121 del TFUE. Este análisis se efectúa de forma conjunta al examen de otros aspectos como: el cumplimiento por los Estados de los objetivos presupuestarios a medio plazo, la idoneidad de la trayectoria de ajuste hacia dichos objetivos, la trayectoria del coeficiente de deuda y la adecuación de las medidas adoptadas para alcanzar el objetivo presupuestario a medio plazo.

⁷¹⁶ El art. 5 del Reglamento de Supervisión 2011 establece que la Comisión y el Consejo evaluarán si la trayectoria del gasto público de un Estado se adapta a las siguientes condiciones: “a) en el caso de los Estados miembros que *hayan alcanzado el objetivo presupuestario a medio plazo*, [que] el crecimiento anual del gasto no exced[a] de *una tasa de crecimiento potencial del PIB a medio plazo* que sirva de

se cumplen los objetivos de déficit y deuda públicos, las limitaciones del gasto son más moderadas. Por el contrario, la regla de gasto introducida por el Decreto–Ley 8/2011 no preceptúa su aplicación diferenciada según si la entidad está dando cumplimiento al objetivo de estabilidad a medio plazo. Con ello, la limitación al gasto público se configura como una constante, frenando la inversión incluso en aquellos períodos en los que existan niveles moderados de déficit y deuda públicos, mientras que la norma europea pretende limitar el gasto durante fases de escaso crecimiento para propiciar el cumplimiento del objetivo de estabilidad a medio plazo.

En síntesis, el legislador español configuró una regla limitativa del gasto público más estricta que los mandatos europeos. Y además, lo hizo con anterioridad a que este tipo de disposiciones europeas tuvieran el carácter de definitivas. El 1 de julio de 2011, fecha en que se aprobó el Decreto–Ley 8/2011, la regla limitativa del gasto público se incluía tan solo en el artículo 5 de la propuesta de Reglamento de Supervisión presentada por la Comisión⁷¹⁷, el Reglamento (CE) núm. 1175/2011 no se aprobaría hasta el 16 de noviembre de 2011 y entraría en vigor el 13 de diciembre de 2011.

Para la aplicación de la regla de gasto son claves tres cuestiones: a) qué se considera gasto; b) cómo se efectúa el cálculo de la tasa de crecimiento potencial; c) cómo afecta a la regla del gasto el posible incremento de ingresos. Estos aspectos se han determinado de forma similar en la norma europea y en la nacional.

- a) Respecto de los elementos que integran el gasto computable, la regla de gasto del Decreto–Ley 8/2011 estableció que eran “*los empleos no financieros, definidos en términos de Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales, excluidos los intereses de la deuda pública y el gasto no discrecional en prestaciones por desempleo*”. Por su parte, el art. 5 del Reglamento de Supervisión también excluye del cómputo los gastos de intereses; los cambios no discrecionales en los gastos destinados a prestaciones de desempleo pero

referencia, a menos que el exceso se compense con medidas discrecionales relativas a los ingresos; b) en el caso de los Estados miembros que *no hayan alcanzado aún su objetivo presupuestario a medio plazo*, [que] el crecimiento anual del gasto no exced[a] de *una tasa inferior a una tasa de crecimiento potencial del PIB a medio plazo que sirva de referencia*, a menos que el exceso se compense con medidas discrecionales en relación con los ingresos (los subrayados son propios).

⁷¹⁷ COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de reforma del Reglamento de supervisión, COM(2010) 526 final, de 29 de septiembre de 2010, Bruselas (en concreto, su art. 5).

adiciona los gastos de programas de la Unión que se compensen totalmente con ingresos de fondos de la Unión⁷¹⁸.

- b) En cuanto a la tasa de crecimiento de la economía española, el art. 5 del Reglamento tan solo establece de forma genérica que se determinará *“a partir de proyecciones hacia el futuro, o de estimaciones retrospectivas”*, y será la Comisión la encargada de determinar el método de cálculo y la tasa de crecimiento potencial del PIB a medio plazo que sirva de referencia. La regla de gasto del Decreto–Ley 8/2011 gozaba de mayor concreción al disponer que *“la tasa de crecimiento a medio plazo de referencia de la economía española se define como el crecimiento medio del PIB, expresado en términos nominales, durante 9 años. Dicho crecimiento se determinará como la media aritmética de las tasas de crecimiento real del PIB previstas en el Programa de Estabilidad para el ejercicio corriente y los tres ejercicios siguientes y las tasas de crecimiento real del PIB registradas en los cinco años anteriores. A efectos de determinar el crecimiento del PIB en términos nominales, a la tasa resultante del párrafo anterior se le añadirá una referencia de inflación equivalente a una tasa anual del 1,75 por ciento (art. 8 bis apartado 1 del TRLGEP).*
- c) En relación con los potenciales incrementos en los niveles de ingresos, el art. 5 del Reglamento de Supervisión permite (tanto a los Estados que cumplen con el objetivo presupuestario a medio plazo, como a los Estados que no cumplen con el objetivo presupuestario a medio plazo) que se produzcan excesos en los niveles de gasto por encima de la tasa de crecimiento potencial del PIB (o de la tasa inferior a la tasa de crecimiento potencial del PIB, en el caso de los Estados que no cumplen con el objetivo de estabilidad a medio plazo), siempre que estos excesos se compensen con medidas discrecionales relativas a los ingresos. Por su parte, la regla de gasto introducida en el TRLGEP vincula el gasto público computable para la regla con los ingresos, en concreto, *“con los cambios normativos que supongan aumentos permanentes de la recaudación”* o *“disminuciones de la recaudación”*. Así, *“cuando se aprueben cambios normativos que supongan aumentos permanentes de la recaudación, el nivel de gasto computable resultante de la aplicación de la regla en los años en que se obtengan los aumentos de recaudación podrá aumentar en la cuantía equivalente”* (art. 8 bis apartado 2 del TRLGEP). De forma inversa, *“cuando se aprueben cambios normativos que supongan disminuciones de la recaudación,*

⁷¹⁸ Estos elementos se adicionan en la regla de gasto recogida en el art. 12 de la LOEPSF, que establece la exclusión en el concepto de gasto de *“la parte del gasto financiado con fondos finalistas procedentes de la Unión Europea o de otras Administraciones públicas”*.

el nivel de gasto computable resultante de la aplicación de la regla en los años en que se produzcan las disminuciones de recaudación deberá disminuirse en la cuantía equivalente”. (art. 8 bis apartado 2 del TRLGEP).

Junto a las disposiciones anteriores, en su apartado 3 del art. 8 bis del TRLGEP, la regla de gasto nacional recoge otra previsión limitativa del gasto que no contiene la norma europea, esta establece que *“los ingresos que se obtengan por encima de lo proyectado se dedicarán íntegramente a reducir el nivel de deuda pública”*. Esta disposición cuyo objetivo (la reducción del volumen de deuda pública existente) no es desdeñable, puede conllevar algunas consecuencias cuestionables. En primer lugar, la reducción de los niveles de inversión pública, puesto que los ingresos excedentes no podrán destinarse a este fin. En segundo lugar, la obligatoriedad de amortizar deuda pública a pesar de que con posterioridad sea necesario contraer nueva deuda pública quizás con un coste financiero superior a la previamente amortizada; por último, la posible desmotivación por parte de algunos entes públicos para la obtención de ingresos más allá de los proyectados en la medida en que su destino será la amortización de deuda pública y no la inversión.

Además de las consecuencias enumeradas, esta norma adolece, a nuestro parecer, de otra incorrección como es limitar de forma equivalente a todas las Administraciones públicas con independencia de sus niveles de endeudamiento. Para la correcta aplicación de una regla de esta naturaleza, esta debería contener criterios que diferenciara entre aquellos entes cuyos niveles de endeudamiento son correctos (en estos casos el recurso al crédito constituye una opción válida de financiación de gasto de inversión, que permite la redistribución intergeneracional del gasto⁷¹⁹), de entes

⁷¹⁹ El destino de la deuda pública a la inversión constituye la denominada regla de oro que persigue mantener la equidad intergeneracional. Esta regla impide que pueda destinarse el producto del endeudamiento a la financiación de gastos corrientes, de los que se benefician la generación presente, mientras que la carga se traslada a las futuras generaciones. MONASTERIO ESCUDERO, Carlos, “La (des)coordinación del endeudamiento autonómico”, en su obra, *El laberinto de la Hacienda autonómica*, cit., pp. 203 y 204. El hecho que los contribuyentes futuros no votan constituye un incentivo para financiar el gasto con endeudamiento. GONZÁLEZ – PÁRAMO, José Manuel, *Costes y beneficios de la disciplina fiscal: la Ley de Estabilidad Presupuestaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001, p. 18. Ahora bien, en la medida en que el gasto de inversión posee una elevada tasa de retorno para las generaciones futuras su financiación si puede efectuarse a través de deuda pública, sin que esto comporte vulnerar la equidad intergeneracional. Como afirman ALBI IBÁÑEZ, GONZÁLEZ PÁRAMO, ZUBIRI, “Desde Musgrave, la Economía pública académica haya aceptado como principio de equidad intergeneracional la financiación impositiva de los gastos corrientes y la financiación con deuda de los gastos de inversión (regla de oro)”, ALBI IBÁÑEZ, Emilio, GONZÁLEZ PÁRAMO, José Manuel, ZUBIRI ORIA, Ignacio, *Economía pública II*, 3ª ed., Ariel, p. 318.

cuyos niveles excesivos de endeudamiento convierten la reducción de deuda pública en una prioridad por encima de la inversión⁷²⁰.

Por último, la regla de gasto introducida en el Decreto-Ley 8/2011, se acompañaba de un precepto que recogía las consecuencias derivadas de su incumplimientos; sin embargo, tales consecuencias era especialmente indeterminadas. El art. 10 bis del TRLGEP, tras la reforma efectuada por el citado Decreto-Ley, tan solo precisaba que “*en caso de incumplimiento de la tasa de incremento de gasto, a la que se refiere el artículo 8 bis, la administración pública responsable deberá adoptar medidas extraordinarias de aplicación inmediata que garanticen el retorno a la senda de gasto acorde con la regla establecida*”. La indeterminación de las medidas que debían ser aprobadas por la Administración incumplidora, así como la falta de procedimientos correctivos o intervenciones sancionadoras derivadas del incumplimiento, son factores que han disminuido la efectividad de la regla de gasto.

III. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 135 DE LA CE

1. *Situación previa a la reforma del art. 135 de la CE*

Para llevar a cabo el análisis del anterior art. 135 de la CE destacaremos dos aspectos de este precepto que, a nuestro entender, han generado especial controversia. El primero, la interpretación de las expresiones “*emitir deuda pública*” y “*contraer crédito público*”. Y, el segundo, el alcance de la reserva de ley en materia de deuda y crédito públicos recogida en este artículo de la Constitución. Estas dos cuestiones continúan vigentes en la actualidad puesto que la nueva redacción del art. 135 de la CE, tras la reforma de 2011, ha incluido en su apartado tercero los apartados primero y segundo preexistentes, si bien en su redacción se han introducido algunas modificaciones.

El artículo 135 originario tenía el siguiente tenor:

⁷²⁰ En estos casos la reducción de la deuda puede contener consecuencias perniciosas como el conocido “efecto bola de nieve” de la deuda pública. El efecto “bola de nieve” describe el crecimiento explosivo de la deuda pública bajo determinadas circunstancias. La conjunción de un escaso crecimiento del PIB y una elevada proporción de deuda pública puede comportar que una proporción creciente de los ingresos fiscales sea absorbida por el servicio de la deuda, siendo necesario la emisión de mayores niveles de deuda pública para hacer frente a la elevada carga financiera en interés y amortizaciones. ALBI IBÁÑEZ, Emilio, GONZÁLEZ PÁRAMO, José Manuel, ZUBIRI ORIA, Ignacio, *Economía pública II*, 3ª ed., Ariel, pp. 319 - 320. STIGLITZ, Joseph E., *Economía del sector público*, cit., pp. 698 – 703.

“Art. 135.1. El Gobierno habrá de estar autorizado por ley para emitir deuda pública o contraer crédito.

2. Los créditos para satisfacer el pago de intereses y capital de la deuda pública del Estado se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de los presupuestos y no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión.”

Salvadas las diferencias que examinaremos con detalle durante el estudio de la nueva redacción del art. 135 CE, existe una gran similitud entre las dos versiones de estos apartados. Este hecho comporta que aquellos aspectos del antiguo art. 135 CE que generaron dudas respecto a su interpretación continúen suscitándolas. El legislador no ha aprovechado la oportunidad que la reforma constitucional le brindaba para corregir las deficiencias de los dos apartados del primigenio art. 135 CE.

a) La determinación de los conceptos deuda pública y crédito público

Como hemos señalado, nuestra exposición sobre el antiguo 135 de la CE se centrará en dos puntos. El primero de ellos es la interpretación que debe hacerse de las expresiones “*emitir deuda pública*” y “*contraer crédito público*”. Varias son las interpretaciones que pueden extraerse de la enumeración conjunta de las expresiones “*emisión de deuda pública*” y “*contraer crédito público*”. La primera de las interpretaciones, fruto de una lectura literal, es considerar ambas expresiones como sinónimas, y entender, de este modo, que la segunda constituye una mera reiteración de la primera. Esta concepción surge de la toma en consideración unitaria de la posición deudora del Estado en ambas situaciones.

La segunda interpretación es reservar el término deuda pública para las fórmulas de empréstito público y el crédito público para las fórmulas de crédito singular. El elemento diferenciador entre el empréstito y el crédito singular es el carácter general del empréstito, frente al carácter singular del crédito. Mientras que en el empréstito la deuda, emitida en el mercado de capitales, es suscrita por un conjunto indeterminado de inversores anónimos⁷²¹, en el crédito singular se contrae con un número reducido de entidades, seleccionadas a través de concurso⁷²².

⁷²¹ Esta afirmación no excluye que la deuda pública emitida en los mercados de capitales pueda ser colocada a través de un número restringido de entidades. Estas entidades actúan como mediador; mediación que puede ser propia –limitándose a poner en contacto con el Estado demandantes de los títulos

El empréstito público es la forma de representación de la deuda pública por antonomasia. Ya en la Constitución de 1808 se reconocía que “los vales Reales, los juros y los empréstitos de cualquier naturaleza que se hallen solemnemente reconocidos, constituyen definitivamente deuda nacional”. Esta situación de preeminencia ha dado lugar a un estudio en profundidad de la figura del empréstito⁷²³, dejando en un segundo

y obtener la correspondiente comisión por la colocación– o impropia –cuando la entidad adquiere los títulos para sí negociándolos posteriormente–, o mixta, el mediador aceptan suscribir en firme la deuda no logren recolocar. Las diferentes formas de mediación se recogen en estos términos por PALAO TABOADA, Carlos, *Derecho Financiero y Tributario. Introducción. Derecho presupuestario. Ingresos no tributarios*, 2ª ed. Colex, Madrid, 1987, p. 272.

A nivel legislativo, la Ley 47/2003, General Presupuestaria, expresamente recoge esta distinción en el artículo relativo a las emisiones de valores (art. 99). Concretamente, establece que la subasta llevada a cabo por el Tesoro, podrá dirigirse al público en general; a colocadores autorizados; o a un grupo restringido de estos que adquieran compromisos especiales respecto a la colocación de la deuda o al funcionamiento de los mercados.

A la inversa, aquella deuda pública materializada, inicialmente, en un contrato de préstamo o crédito singular, con posterioridad, puede ser recolocada o cedida a un conjunto indeterminado de inversores. Esta posible titularización de la deuda, derivada de la operación de préstamo o crédito, no empece para que estemos frente a un crédito singular, puesto que el acreedor de la Administración continúa siendo la entidad –o conjunto de entidades– con las que esta haya suscrito la operación de préstamo o crédito. Véase, DE LA HUCHA CELADOR, Fernando, *Manual de Derecho Financiero de Navarra*, Colección Pro Libertate, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2006, p. 395.

⁷²²En las diferentes clasificaciones de la deuda pública siempre se ha incluido una que distingue entre el empréstito y el crédito singular. De esta forma diferencian ambas figuras autores como FERREIRO LAPATZA: “si la deuda pública engloba el conjunto de préstamos concertados por el Estado, cuando dicho préstamo se suscribe acudiendo al mercado anónimo de capitales estaremos frente al empréstito público” (FERREIRO LAPATZA, José Juan, “Análisis jurídico de la deuda pública”, *Revista de Administración pública*, (53), 1967, p. 161); PALAO TABOADA recoge a la hora de clasificar la deuda pública la distinción entre “General y Singular. La primera es la que se dirige, mediante la emisión de un empréstito, al mercado de capitales; la segunda es la que se concierta con uno o varios prestamistas individualmente determinados” (PALAO TABOADA, Carlos, *Derecho Financiero y Tributario*, cit., pp. 265 y 266); SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Sistema de Derecho Financiero*, Tomo I, Vol. 2, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1977-1985, pp. 327 y ss.; DE LA HUCHA CELADOR “(...) la deuda pública de Navarra es general cuando se dirige a cualquier potencial prestamista o cuando se oferta en los mercados financieros. (...) Por el contrario, la deuda singular es la que se concierta con uno o varios prestamistas determinados” (DE LA HUCHA CELADOR, Fernando, *Manual de Derecho Financiero de Navarra*, cit., p. 395).

⁷²³Al analizar el empréstito SAINZ DE BUJANDA inicia su exposición señalando la especial posición del empréstito frente al resto de figuras jurídicas que componen la deuda pública. Así, el autor afirma que “durante un largo período de tiempo han sido los empréstitos la figura central de este Derecho. En etapas ya remotas, tuvieron una significación trascendental los “préstamos singulares” concedidos por banqueros a determinados Monarcas, y en los años más recientes han vuelto a adquirir relieve notorio las operaciones de crédito a entes públicos personalizados – v. gr. a organismos autónomos o a Corporaciones Locales-. Pero, aun así, siguen siendo los empréstitos la modalidad más importante de apelación al crédito público.” Véase, SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Sistema de Derecho Financiero*, cit., Vol. 2, p. 327.

plano otros tipos de operaciones crediticias, como son el crédito singular o los avales. La primacía del empréstito frente al resto de formas de endeudamiento ha forjado la asimilación del concepto deuda pública con el de empréstito público⁷²⁴. Y, a mayor abundamiento, esta idea ha llevado incluso a considerar que los requisitos y garantías de contratación que se predicán de la deuda pública, en la práctica tan sólo deben extenderse a la figura del empréstito y no así a los contratos de préstamo y crédito singular. Tesis que consideramos inadecuada, puesto que si bien entre ambos tipos de formas de contratación de endeudamiento público el número de potenciales suscriptores cambia, así como el procedimiento de emisión o contratación, el régimen jurídico del empréstito y el crédito singular es en esencia el mismo⁷²⁵.

FERREIRO LAPATZA puso de manifiesto esta vinculación entre deuda pública y empréstito público al afirmar que “si esto lo unimos a la importancia económica de estos empréstitos públicos y su trascendencia frente a los particulares, a la multiplicidad de relaciones a que da origen cada emisión, podemos justificar que un estudio de la deuda pública tome, como punto de partida, la concepción tradicional y más restringida de ésta, entendiéndola como el conjunto de préstamos celebrados por el Estado y documentados en forma de títulos valores que se ofrecen al público. Véase, FERREIRO LAPATZA, José Juan, “Análisis jurídico de la deuda pública”, cit., p. 144.

⁷²⁴ En este sentido, INGROSSO afirma que “préstamos públicos llamados así porque la petición de dinero se hace al público, por medio de la emisión de títulos” (véase, INGROSSO, Gustavo, *Diritto finanziario*, Jovene, Nápoles, 1956, p. 675). SOLÉ VILLALONGA utiliza indistintamente los conceptos deuda y empréstito. Véase, SOLÉ VILLALONGA, Gabriel, “Juicio acerca de la deuda pública”, *Anales de Economía*, octubre – diciembre, 1963, p. 712.

Igualmente, la doctrina clásica francesa consideró la deuda pública como las obligaciones contraídas por el Estado a través de la figura del empréstito público. El empréstito (*emprunt public*) constituye el instrumento generador de la obligación pecuniaria del Estado, deuda pública (*dette publique*). JÈZE, Gaston, *Cours de Science des Finances et de législation financière française*, Marcel Girard, Paris, 1922, cit., p. 215.

⁷²⁵ Cabe precisar que los contratos de préstamo y crédito singular (al igual que los empréstitos) se encuentran excluidos del ámbito de la Ley de Contratos del Sector Público. Inicialmente, los contratos de préstamo y crédito singular se encontraban incluidos en el ámbito de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones públicas y fueron excluidos por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Administrativas Fiscales y de Orden Social, que modificó la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones públicas. Por el contrario, desde la redacción inicial de la Ley 13/1995, los empréstitos se excluían de su ámbito de aplicación con base a la previsión 3.1 k) que dejaba fuera del ámbito de la Ley los contratos relacionados con la compraventa y transferencia de valores negociables o de otros instrumentos.

El régimen jurídico de los contratos de préstamo y crédito fue modificado en tres ocasiones: primero eran contratos privados (art. 5 del Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado), después contratos administrativos (art. 207 de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones públicas de 1995), y finalmente contratos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones públicas (art. 3.1 en la redacción recibida tras la Ley 13/1996). Estos cambios se recapitulan en PLEITE GUADAMILLAS, Francisco “*Los contratos de préstamo y crédito de las Administraciones Públicas*”, Monografías Jurídicas – Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 94 y ss. (en concreto, 99), y en, PLEITE GUADAMILLAS, Francisco “*Régimen jurídico aplicable a los contratos de préstamo y crédito de las Administraciones públicas*”, *Revista Jurídica de Castilla la Mancha*, (25), 1999, pp. 173-206.

Lo anteriormente señalado ha llevado a la doctrina en muchas ocasiones a efectuar un análisis independiente de la figura del empréstito, atribuyéndole características diferenciales al resto de formas a través de las cuales puede formalizarse el recurso al crédito. Así, a modo de ejemplo, el carácter contractual de la deuda pública se afirmaba con relativa facilidad respecto a las operaciones de crédito singular, mientras que existían mayores dudas en el caso del empréstito⁷²⁶.

No obstante, los posicionamientos doctrinales han tendido hacia la desvinculación del concepto de deuda pública del de empréstito público, a la vez que se matizaban las singularidades de su régimen jurídico. En este sentido, TEJERIZO LÓPEZ modifica su posicionamiento y afirma que “algunos autores, por ejemplo SAINZ DE BUJANDA, (y yo mismo hace algunos años), parecen reservar el término para las fórmulas de empréstito, esto es para aquéllas en que una pluralidad de personas, indefinidas apriorísticamente, atienden la solicitud de los Entes públicos, según esta opinión, por tanto, la expresión deuda pública no significa otra cosa que la solicitud hecha “al público” en general para que, en la medida que se determine en cada momento, entregue los fondos solicitados. Se contrapone así el término al préstamo, entendido como una relación jurídica bilateral entre el Ente público deudor y un singular prestamista acreedor. A mi entender, no hay tal. Ambas fórmulas de endeudamiento participan de las mismas características esenciales, y solo se diferencian en las peculiaridades específicas de la elegida en cada momento”⁷²⁷.

Esta exclusión se mantiene en el actual Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, en adelante TRLCSP. Su art. 4.1 letra l) precisa que se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas: “l) *Los contratos relativos a servicios financieros relacionados con la emisión, compra, venta y transferencia de valores o de otros instrumentos financieros, en particular las operaciones relativas a la gestión financiera del Estado, así como las operaciones destinadas a la obtención de fondos o capital por los entes, organismos y entidades del sector público, así como los servicios prestados por el Banco de España y las operaciones de tesorería*”. La exclusión de los empréstitos se deriva de lo establecido en el apartado p) del mismo precepto, que excluye: “*los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas*”.

⁷²⁶ En este sentido, MARTÍN QUERALT; LOZANO SERRANO, TEJERIZO LÓPEZ, CASADO OLLERO, afirman que “el principal problema en torno a la naturaleza jurídica de la deuda pública es el de su consideración contractual. En las operaciones de crédito concertadas con un único prestamista la naturaleza contractual no ofrece duda alguna, ofreciéndola en cambio los empréstitos emitidos en masa”. Véase, MARTÍN QUERALT, Juan; LOZANO SERRANO, Carmelo, TEJERIZO LÓPEZ, José M., CASADO OLLERO, Gabriel, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 21ª ed. Tecnos, Madrid, 2010, p. 51.

⁷²⁷ Véase, TEJERIZO LÓPEZ, José M., “Artículo 135: deuda pública”, en la obra colectiva *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Cortes Generales Editoriales de Derecho Reunidas, Tomo X, Madrid, 1980, p. 349.

Una tercera interpretación, que suscribimos, de la mención conjunta de los conceptos emisión de deuda pública y contracción de crédito entiende que la deuda pública se encuentra subsumida en el concepto más amplio de crédito público y, por tanto, la primera es una modalidad del segundo⁷²⁸. Esta interpretación haría innecesaria la inclusión de la reserva de ley en materia de deuda pública, siendo suficiente la constitucionalización del principio de reserva de ley en materia de crédito público.

Frente a la opción de incluir el concepto de deuda pública dentro del concepto de crédito público, pero recoger ambos términos en la Constitución, algunos autores han considerado que al decir "...para emitir deuda pública o contraer crédito", la Constitución trata de evitar cualquier equívoco en torno al ámbito de aplicación de este artículo, que abarca esta forma, sin que puedan plantearse dudas al respecto, no sólo la forma más tradicional de deuda, es decir a la emisión de empréstitos documentados en títulos-valores que se ofrecen al público, sino también a los préstamos concertados con un sujeto particular y a los contratos que, como el de apertura de crédito, pueden ofrecer alguna duda en torno a su asimilación a la figura genérica del empréstito, es decir, de un contrato por el que una de las partes entrega o pone a disposición de un ente público una cantidad de dinero, comprometiéndose este a reembolsar la cantidad recibida y a pagar los intereses pactados"⁷²⁹.

Mientras que otros autores conciben la yuxtaposición de ambos conceptos como una redundancia que puede generar problemas de interpretación jurídica del todo innecesarios⁷³⁰. Estos problemas surgen, especialmente, en relación con el apartado 2 del artículo 135 (actual art. 135.3 segundo párrafo), al plantearse la cuestión de si el principio de inclusión presupuestaria automática que este precepto proclama se refiere

En este sentido, CARRERA RAYA afirma que "la deuda pública desde un punto de vista jurídico: es un recurso financiero de los entes públicos, integrado por todos aquellos institutos jurídicos que, basados en el crédito, resulten eficaces para la obtención de ingresos". Véase, CARRERA RAYA, Francisco José, "El empréstito como modalidad de la deuda pública: su naturaleza jurídica", *Civitas. Revista española de Derecho Financiero*, (57), 1988, p. 97.

⁷²⁸ Esta postura parece inferirse de la exposición de SAINZ DE BUJANDA. El autor afirma que existe deuda pública cuando "la posición pasiva del ente público –es decir, su "deuda"– surge como consecuencia de la recepción de fondos que le han sido previamente entregados a título de préstamo, o, más ampliamente, a título de crédito". Véase, SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Sistema de Derecho Financiero*, cit., Vol. 2, p. 306.

⁷²⁹ Véase, FERREIRO LAPATZA, José Juan, "Legislación del patrimonio, del Tesoro y de la deuda pública", *Hacienda y Constitución*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, Madrid, p. 624.

⁷³⁰ Sobre la inconveniencia de la mención específica de la "deuda pública" y los problemas interpretativos que la misma puede generar se pronuncia DE LA HUCHA CELADOR, Fernando, *Ordenación Constitucional de la deuda pública*, cit. p. 140.

solamente a las operaciones de deuda pública, como literalmente determina, o, por el contrario, hay que entender que se extiende a todas las posibles operaciones de crédito público.

La cuestión en este punto estriba en determinar el concepto de deuda pública y, sobretodo, el concepto de crédito público cuyos contornos son más amplios e indeterminados.

En cuanto al concepto legal de deuda pública, este se recoge en la LGP, norma que regula gran parte de las parcelas más importantes de la actividad financiera del Estado⁷³¹ y entre ellas se encuentra la deuda pública. Del análisis de las sucesivas Leyes Generales Presupuestarias existentes en el ordenamiento jurídico español se puede inferir un concepto legal de deuda pública en los términos siguientes: constituye deuda pública “el conjunto de capitales tomados en préstamo por el Estado o los organismos autónomos”. Esta definición, con algunas especialidades, ha constituido una constante en la norma reguladora de la Hacienda pública. De este modo, la ley define la institución teniendo en consideración el instrumento a través del cual se formaliza: un contrato de préstamo^{732 y 733}. Esta definición legal de la deuda pública plantea dos

⁷³¹ Véase, ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, César, “La Ley General Presupuestaria, un juicio global”, *Revista de Estudios*, (77), 1977, pp. 29 y ss.

⁷³² En este sentido, la Ley de Administración y Contabilidad, de 1 de julio de 1911, en su art. 18, define la deuda pública como “los valores de crédito que, con autorización de las Cortes, emite el Estado”. Para FERREIRO LAPATZA esta referencia a los “valores de crédito” constituye una al título-valor, confundiendo, la ley, el derecho con el título que lo representa. Véase, FERREIRO LAPATZA, Juan José, “Análisis jurídico de la deuda pública”, cit., p. 135. Esta alusión, inapropiada, a la forma para definir la institución no se reproducirá en la normativa presupuestaria posterior, de hecho, ya en el art. 101 de la Ley 11/1977, General Presupuestaria, expresamente se establecía “la deuda pública en sus distintas modalidades y formas de ser documenta”.

Por el contrario, la relación entre deuda pública y capitales tomados en préstamo, recogida en el art. 17 de la Ley de Administración y Contabilidad pública, se perpetuará en las siguientes Leyes Generales Presupuestarias. El citado artículo, al regular el principio de reserva de ley en la materia de deuda pública, determina que “el Gobierno necesita estar autorizado por Ley para tomar caudales a préstamo”. Con posterioridad, la Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria recoge (art. 28) la definición de la deuda pública como “los capitales tomados a préstamo por el Estado o sus Organismos autónomos”, concepto que no sufrió modificaciones en el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria. La vigente Ley 47/2003 General Presupuestaria mantiene esta definición pero ha intentado, de manera cuestionable, complementar la misma mediante una enumeración, no taxativa, de operaciones que constituyen deuda pública. Entre estas se encuentra, i) la emisión pública; ii) operaciones de crédito; iii) subrogación en la posición deudora de un tercero. Para finalizar el legislador introduce una cláusula de cierre, que permite incluir en el concepto de deuda pública “cualquier otra operación financiera del Estado, con destino a financiar los gastos del Estado o a constituir posiciones activas de tesorería”. (El subrayado es nuestro)

⁷³³ DE LA HUCHA CELADOR se ha posicionado en contra de esta técnica legislativa al indicar que la definición de la Deuda pública como los capitales tomados a préstamo por el Estado o sus organismos

cuestiones: en primer lugar, que la deuda pública sea *un contrato*; y, en segundo, que sea equivalente a un contrato *de préstamo stricto sensu*.

Respecto al primero de los aspectos, la mayoría de la doctrina reconoce el carácter contractual de la deuda pública, considerando superadas las tesis internacionalistas o de acto de soberanía⁷³⁴, así como las tesis de soberanía legislativa

autónomos es inexacta 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. Véase, DE LA HUCHA CELADOR, Fernando, “La Deuda pública: análisis de su evolución jurídica desde la aprobación de la Constitución de 1978”, *Cuadernos de Derecho público*, (25), (mayo –agosto), 2005, p. 186.

⁷³⁴ En el pasado existió discusión doctrinal respecto al carácter contractual de la deuda pública. Las tesis internacionalistas constituyen la clásica postura contraria a la naturaleza contractual de la deuda pública. Las tesis internacionalistas fueron defendidas a principios del siglo XX por DRAGO. El argumento de DRAGO es claro, la emisión de deuda pública constituye un acto de soberanía. El autor diferencia entre dos tipos de compromisos que el Estado puede asumir, por un lado, los compromisos derivados de contratos propiamente dichos y, por otro, los compromisos derivados de la deuda pública (*emprunts publics*). Para DRAGO, en los primeros el Estado procede “administrativamente” (*iure gestionis*), por tanto, al ser una de las partes, puede ser llamado a responder por aquello que ha hecho o no hecho frente a una Corte de Reclamación, conforme a las reglas de la jurisdicción establecida. Por el contrario, en el caso de la emisión de deuda pública el proceso, en caso de reclamación, sigue un cauce muy distinto. No puede haber “justicia” puesto que no existe tribunal competente frente al cual se pueda llamar al Estado deudor. El motivo de esta ausencia de jurisdicción es estar frente a un choque de soberanías, la del Estado reclamante y la del Estado deudor. Esto es así porque la emisión de deuda pública constituye – al igual que la emisión de papel moneda- un acto de soberanía, a través del cual el Estado no actúa como Administración, sino que ejerce una de las funciones esenciales de gobierno, y la afectación de la misma dañaría la integridad y la independencia nacional. Por su parte el prestamista adelanta, no en la forma ordinaria de los contratos de *mutuum*, sino comprando el título en el mercado, sin otra formalidad ni relación con el gobierno deudor. DRAGO, Luis M^a, “Les emprunts d’Etat et leurs rapports avec la politique internationale”, *Revue Générale de Droit International Public*, marzo –abril 1907, pp. 251 y ss.

En esta misma línea, pero con algunas peculiaridades, se encuentra la tesis de INGROSSO, para el cual la deuda pública no constituye un contrato, sino un acto de soberanía del Estado. La relación entre el Estado y el particular se basa en el Derecho público, y no posee naturaleza contractual puesto que sus condiciones esenciales se determinan en una Ley –máximo exponente de la soberanía del Estado–, y por ello, la relación que nace no tendrá carácter bilateral sino unilateral⁷³⁴. Véase, INGROSSO, Gustavo, *Diritto finanziario*, cit., p. 628.

Igualmente SAYAGUÉS LASO considera inaceptable que la deuda pública sea considerada un contrato de préstamo de derecho privado y que, si bien algunas de las objeciones se salvan a través de la teoría del contrato de derecho público resulta insuficiente en otros aspectos. Estas deficiencias llevan al autor a afirmar que la deuda pública “tiene caracteres específicos que no permiten analizarla como contrato, tipificando una obligación autónoma unilateral con valor por sí misma, que puede ser utilizada de distintas maneras y con fines diversos: para obtener fondos mediante su enajenación, para lograr otros resultados de carácter económico, etc.”. Las tesis del administrativista uruguayo se recogen en SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. III, Ed. FCU, Montevideo, 1959, pp. 119 y 120.

Entre los defensores de las tesis internacionalistas se encuentra también FONROUGE, Carlos M. Giuliani, *Derecho Financiero*, Vol. II, 4^a ed., Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 1202; RUZO, Alejandro, *Curso de Finanzas y de Legislación financiera Argentina*, vol. III, Ateneo, Buenos Aires, 1933, pp. 283 y ss.

del Estado⁷³⁵. Las tesis que defienden la naturaleza contractual de la deuda pública consideran que si bien la ley es una manifestación de la soberanía del Estado, y solo a través de esta puede autorizarse la emisión de deuda pública, este factor no afecta a la naturaleza del vínculo contractual que sirve de base a la relación entre el ente público emisor y el suscriptor de deuda pública⁷³⁶. La deuda pública se entiende como un acto bilateral⁷³⁷, en que se establecen obligaciones recíprocas para ambas partes y cuyo cumplimiento puede ser exigido mediante la intervención de autoridades jurisdiccionales.

Al afirmar el carácter contractual de la deuda pública, una de las dudas que se ha planteado es determinar si la manifestación de voluntad del ente público de emitir deuda pública –a través de una ley– constituye ya una obligación, a pesar de que esta sea frente a una persona indeterminada. Afirmar que la obligación derivada de la deuda pública nace de la declaración unilateral del Ente público de contratar con aquel que

⁷³⁵ Una segunda orientación, a caballo entre las tesis internacionalistas y aquellas tesis que afirman la naturaleza contractual de la deuda pública, es aquella que coloca en el centro de la discusión sobre la naturaleza de la deuda pública la soberanía legislativa del Estado. Esta tesis sostenida por autores como WUARIN, KAUFMAN, FREUND Y FISCHER WILLIAMS, establece una clara distinción entre empréstitos internos y empréstitos internacionales. En relación con los primeros, el prestamista queda incondicionalmente sometido a la potestad legislativa del Estado prestatario, mientras que en el caso de los segundos, la soberanía estatal no puede modificar unilateralmente el contrato. A diferencia de las teorías internacionalistas que negaban la existencia de una jurisdicción que pudiera dirimir las quejas del prestamista, los autores que defienden la soberanía legislativa del Estado atribuyen al prestamista la protección del Derecho internacional. Sobre estas tesis véase, FONROUGE, Carlos M. Giuliani, *Derecho Financiero*, cit. p. 1203.

⁷³⁶ Con carácter general se predica la naturaleza contractual de la deuda pública, si bien, como veremos, existen diferencias respecto al tipo de contrato que la misma constituye. Véase, entre otros, ZANOBINI, Guido, *Corso de diritto amministrativo*, Giffre, Milano, 1958, Vol. IV, p. 493; GRAZIANI, Augusto “Il debito pubblico” en *Trattato di diritto amministrativo*, dirigida por ORLANDO, Giuffré, Milano, 1955, Vol. IX, p. 590. TROTABAS, Louis, *Finances publique*, 3ª ed., Dalloz, Paris, 1969, p. 275; FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo, “*Los contratos administrativos: doctrina general, legislación española, con inclusión de los estatutos municipal y provincial...*”, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1927, p. 287.; FERREIRO LAPATZA, Juan José, “Análisis jurídico de la deuda pública”, cit., pp. 147 y ss.; PALAO TABOADA, Carlos, *Derecho Financiero y Tributario*, cit., p. 264. CARRERA RAYA, Francisco José, “El empréstito como modalidad de la deuda pública: su naturaleza jurídica”, cit., pp. 147 y ss.

⁷³⁷ La bilateralidad de la deuda pública no es aceptada por un sector de la doctrina española, al entender que la deuda pública tan solo genera obligaciones para el ente público prestamista y no para el prestatario, teniendo, en consecuencia, carácter unilateral. Apuntan el carácter unilateral de la deuda pública, SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Sistema de Derecho Financiero*, cit., Vol. 2, p. 306; CARRERA RAYA, Francisco José, “El empréstito como modalidad de la deuda pública: su naturaleza jurídica”, cit., p. 94; FERREIRO LAPATZA, Juan José, “Análisis jurídico de la deuda pública”, cit., p. 137.

El carácter bilateral o unilateral de la deuda pública lo analizaremos con detalle en este mismo apartado al estudiar la naturaleza de préstamo de la deuda pública, y la evolución del préstamo como contrato consensual y bilateral.

acepte las condiciones de la emisión excluiría la naturaleza contractual de la institución, puesto que entre las notas definitorias del contrato administrativo, como del contrato interprivados, está el encuentro de la voluntad libremente determinada de los sujetos⁷³⁸. Además, es difícil declarar la unilateralidad de la deuda pública en nuestro sistema jurídico en el que, salvo excepciones puntuales, la declaración unilateral no tiene fuerza vinculante, sino que se requiere el concurso de la oferta y la aceptación para determinar la perfección⁷³⁹. La solución para poder afirmar la naturaleza contractual de la deuda pública, a nuestro parecer, pasa por distinguir dos momentos, un primer momento que podemos considerar pre-contractual, en el que el Estado muestra su voluntad de contratar con aquel sujeto que acepte las condiciones de la ley de emisión⁷⁴⁰. En esta

⁷³⁸ Al lado de los actos generales o singulares emanados de los órganos de la Administración que imponen unilateralmente obligaciones para los individuos, constituye una constante en la doctrina clásica, tanto española como internacional, la consideración del contrato administrativo como un acto bilateral. Tal como indica INGROSSO, una prestación obligatoria no da lugar a un negocio jurídico contractual, o en un término más laxo “bilateral”; la naturaleza contractual implica el encuentro de la voluntad libremente determinada de los sujetos que se obligan mutuamente a un dar o a un hacer. INGROSSO, Gustavo, *Diritto finanziario*, cit., pp. 27 y ss.

Una vez se ha generado el acuerdo de voluntades, para que este sea considerado un contrato el acuerdo jurídico tiene que ser firme, y no es suficiente una mera declaración de intenciones. LAUBADÈRE califica el contrato administrativo como una fuente de obligaciones jurídicas firmes. Este requisito debe cumplirse también por los contratos de carácter económico, puesto que en este campo cada vez más las partes tienden a dar a sus relaciones jurídicas el máximo de flexibilidad. Por ello, a pesar de que parezca banal, la creación de obligaciones jurídicas entre las partes es imprescindible para el nacimiento de un contrato. Este aspecto diferenciará los contratos de otras formas jurídicas que reposan solo bajo la discusión, la negociación o la aproximación de los puntos de vista de las partes. Véase, LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *Traité Théorique et pratique des Contrats Administratifs*, Tome I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1956, pp. 35 - 37.

Por último, es preciso puntualizar que las obligaciones jurídicas vendrán fijadas, en muchos casos, por las leyes, puesto que el contrato administrativo no es un mero acuerdo de voluntades, sino que el mismo posee una función socio-económica que el Derecho debe regular. La autonomía de la voluntad pública se encuentra condicionada por el marco normativo, por ello, lo importante no es tanto la voluntad de la Administración contratante sino su competencia para aplicar y ejecutar las leyes reguladoras de los actos administrativos. MONEDERO GIL, José Ignacio, *Doctrina del Contrato del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977, pp. 260 y ss.

⁷³⁹ Véase, GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, 2ª ed., Imprenta Aguirre, Madrid, 1955, p. 10.

⁷⁴⁰ La estructura de la deuda pública se asemeja a un *contrato de adhesión*. En algunos supuestos – como en muchas emisiones o concertaciones de deuda y crédito públicos– el contenido del contrato administrativo se encuentra básicamente –e incluso en su totalidad– determinado por la Administración pública. La otra parte, por tanto, no participa en la elaboración del acto contractual. Podemos hablar entonces de una voluntad privada recepticia. No obstante, esto no es óbice para excluir la existencia de un verdadero contrato. Este aspecto generó en el pasado importantes controversias, pero las dudas que pudieron surgir sobre la naturaleza de los contratos de adhesión se consideran en la actualidad superadas, y tanto la jurisprudencia como la doctrina moderna afirman, terminantemente, la naturaleza contractual de los negocios concluidos mediante la mecánica de la adhesión o sumisión. Un contrato de adhesión

primera fase estamos frente a una oferta⁷⁴¹ de contrato, que se diferencia de su conclusión que se produce en un segundo momento con el acuerdo bilateral de voluntades. Este acuerdo irá proseguido de la entrega de la suma de dinero por parte del prestamista –cumpliendo de este modo su obligación contractual– y de la aceptación del capital por el prestatario. El prestatario –ente público– dará cumplimiento a su obligación en un momento posterior en el tiempo, a través del pago de los intereses y la devolución del capital prestado⁷⁴².

Este esquema responde a la distinta posición que ocupan el Estado y el ente privado. Para los particulares el contrato es la consecuencia de un acuerdo de voluntades que se cierra de modo espontáneo, mientras que para el Estado, que actúa a través de órganos administrativos sujetos a reglas de competencia y procedimiento, el contrato constituye el resultado final de una serie de actos preparatorios, concatenados, que acaban generando el acto contractual cuando entra en juego la voluntad del particular y la Administración la virtualiza jurídicamente⁷⁴³. A través de estos actos preparatorios, el Estado está dando cumplimiento al esquema contractual de la deuda pública, que está sujeto en gran medida a la norma. Esta norma compele en última

continúa siendo un contrato en la medida en que el contenido del acto está destinado a regir las relaciones de aquellos cuyas voluntades se han reencontrado.

⁷⁴¹ En este punto, surgen dudas respecto a las características que debe poseer la oferta para ser considerada como tal, y el momento en que esta se produce en el procedimiento de emisión de deuda pública o concertación de crédito público. En la deuda pública la oferta presentada por el Ente público es, normalmente, a persona indeterminada. En este tipo de ofertas en muchas ocasiones es difícil establecer si estamos frente a verdaderas propuestas de contrato, o frente a simples invitaciones para que el público haga sus ofertas. Para poder establecer la diferencia se entiende que la verdadera oferta es aquella que puntualiza los elementos objetivos del futuro contrato. Pero, además, el procedimiento de emisión de deuda pública utiliza con mucha frecuencia, el mecanismo de la subasta, que supone una declaración del subastador de cerrar el contrato con la persona que, en un determinado plazo de tiempo, haga la proposición más favorable. La doctrina considera la subasta como una *invitation ad offerendum*, donde la propuesta de contrato no la efectúa el que subasta, sino el licitador en la subasta. El motivo es claro, la declaración del subastador no recoge todos los elementos objetivos, sino que está incompleta al faltar un elemento fundamental: el precio, que será indicado precisamente por el licitador. Véase, GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, 2ª ed., cit., pp. 12 y ss.

⁷⁴² Sobre este esquema contractual se pronuncian con claridad TROTABAS y COTTERET al afirmar que si bien “las modalidades del empréstito son fijadas de forma unilateral por el Estado, las obligaciones asumidas por las dos partes proceden del acuerdo de voluntades, creador de una situación jurídica de naturaleza contractual. En consecuencia, todas las teorías que intentan establecer, sobre pretexto de soberanía o de legitimidad el carácter no obligatorio de la deuda pública para el Estado son jurídicamente falsas. La deuda pública, como la deuda privada es obligatoria, el hecho que la deuda pública tenga ciertos caracteres reglamentarios y sea un contrato de Derecho público son factores que no atenúa su carácter obligatorio”, véase, TROTABAS, Louis y COTTERET, Jean-Marie, *Droit budgétaire et comptabilité publique*, 5ª ed. Dalloz, Paris, 1995, p. 167. (La traducción es nuestra).

⁷⁴³ Véase, MONEDERO GIL, José Ignacio, *Doctrina del Contrato del Estado*, cit., p. 91.

instancia tanto al ente público como al particular colaborador (en este caso, suscriptor)⁷⁴⁴.

En síntesis, la existencia de una fase previa establecida unilateralmente por la Administración y el hecho que las condiciones de la relación se establezcan por ley (sin posibilidad de que los particulares puedan influir al respecto) son factores que no desnaturalizan el carácter contractual de la deuda pública. Además, como veremos al analizar el alcance de la reserva de ley en materia de deuda pública, la normativa en la materia (tanto en la modalidad de crédito singular como en la de empréstito público) se ha flexibilizado. Las normas, no solo las de carácter legal sino también reglamentario – Ordenes Ministeriales –, dejan a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera (órgano encargado, en última instancia, de suscribir o emitir la deuda) un gran margen de actuación para fijar las condiciones de la deuda pública. Por tanto, la evolución del régimen jurídico de las emisiones de deuda pública corrobora su naturaleza contractual y la aleja de las tesis internacionalistas que la categorizan como un acto de soberanía.

La segunda cuestión a tratar es el carácter de préstamo de la deuda pública. Respecto a la existencia de un contrato de préstamo, salvando las diferencias existentes entre el negocio privado y la deuda pública, la mayor parte de la doctrina acepta la caracterización genérica de la deuda pública como un contrato de préstamo⁷⁴⁵. Es más, la identificación de la deuda pública con un contrato de préstamo ha servido a algunos autores para deslindar la deuda pública de otras obligaciones de carácter económico suscritas por el Estado. Así, estas tesis consideran que las obligaciones nacidas de la deuda pública, como aquellas surgidas de un contrato de préstamo, tienen carácter unilateral, y solo existen obligaciones de la Administración deudora. Por el contrario, se entiende que la mayoría de obligaciones económicas del Estado tienen carácter bilateral al existir obligaciones para ambas partes, el ente privado debe prestar los bienes o servicios a la Administración pública y esta última debe cubrir el coste económico⁷⁴⁶.

⁷⁴⁴ Sobre esta diferenciación interna de los contratos administrativos, véase, MONEDERO GIL, José Ignacio, *Doctrina del Contrato del Estado*, cit., p. 88.

⁷⁴⁵ TEJERIZO LÓPEZ matiza que “la expresión préstamo debe entenderse en sentido genérico, como entrega de dinero con la obligación de devolverlo, y no en sentido jurídico dadas las indudables diferencias entre el negocio privado del mismo nombre y el endeudamiento público; y dadas las múltiples variedades que éste puede revestir como indicaremos un poco más adelante”. TEJERIZO LÓPEZ, José M., “Artículo 135. Deuda pública”, en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, cit., 1980, p. 349.

⁷⁴⁶ Nos referimos principalmente a la postura defendida por SAINZ DE BUJANDA. El autor destaca que el Estado “asume, consiguientemente, una posición determinada –activa o pasiva– dentro de vínculos de carácter obligacional y de contenido económico. Cuando la posición es pasiva se habla normalmente de “obligaciones” económicas del Estado, que constituyen, junto a los derechos de igual naturaleza, el contenido propio de la Hacienda pública. (...). Las “obligaciones” o “deudas” a las que acabamos de referirnos no quedan, sin embargo, insertas dentro del ámbito de lo que el ordenamiento financiero

No obstante, la evolución del contrato de préstamo nos lleva a cuestionar esta distinción. Inicialmente, y tomando como punto de partida el Código Civil (artículos 1740 y 1753 a 1957) y el Código de Comercio (artículos 311 a 319), el contrato de mutuo o préstamo propiamente dicho se clasificó por la doctrina tradicional y el Tribunal Supremo entre los contratos reales (se perfeccionan con la entrega) y son unilaterales (con obligaciones a cargo únicamente del prestatario). Así, en el préstamo como contrato real, una vez se ha producido la entrega, el contrato solo genera obligaciones para la parte prestataria. La obligación de entrega del prestamista se considera el eje de la perfección del contrato y la unilateralidad nace de su perfección⁷⁴⁷.

A pesar de esta perspectiva aportada por ambos Códigos, civil y mercantil, hace tiempo que la doctrina admite la existencia del préstamo consensual y considera en crisis la concepción del préstamo como un contrato real⁷⁴⁸. Así, ALBALADEJO aporta luz

positivo entiende por “Deuda pública”. Como enseguida veremos, ésta solo existe cuando la posición pasiva del ente público – es decir, su “deuda” – surge como consecuencia de la recepción de fondos que han sido previamente entregados a título de préstamo, o más ampliamente, a título de crédito, y que viene obligado a reembolsar, en el tiempo, forma y condiciones a los que más adelante nos referimos. En cambio, las “obligaciones” de contenido económico, a que antes hemos aludido, surgen, en la generalidad de los casos, por razón de prestaciones de bienes o servicios que han sido previamente realizados a la Administración pública. En tales supuestos, el pago por la Administración – es decir, la liberación de su deuda– no podrá producirse “si el acreedor no ha cumplido o garantizado su correlativa obligación” (cfr. art. 42, n. 2, de la Ley General Presupuestaria). Se trata, pues, en todo caso, de obligaciones bilaterales, en contraste con las nacidas en el ámbito de la Deuda que, por propia naturaleza, son, generalmente, unilaterales, como surgidas de operaciones de préstamo en las que la obligación solo pesa sobre el ente público receptor de fondos, siquiera no pueda descartarse, por entero, en un plano teórico, la posibilidad de operaciones crediticias de tipo bilateral (v.gr., contratos de apertura de crédito)”. Véase, SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Sistema de Derecho Financiero*, vol. 2, cit., pp. 305 y 306.

⁷⁴⁷ La unilateralidad del contrato del contrato de mutuo se afirmaba, entre otros, por BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, p. 465; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español común y foral*; Tomo IV, Madrid, 1977, p. 434; Díez – PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial I*”, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1983, pp. 557 y ss; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, Tomo III, Madrid, 1994, p. 321; SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editoriales de Derecho Reunidas, 16ª ed., Madrid, 1992, p. 517; URÍA MERUÉNDANO, Rodrigo, *Derecho Mercantil*, 24ª ed., Civitas, Madrid, 1997, p. 828; VICENT CHULIÁ, Francisco, *Compendio crítico de Derecho Mercantil español*, Tomo II, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1990, p. 252. Igualmente, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, véanse, entre otras, las STS 4 de mayo de 1943; 26 de febrero de 1957; 28 de febrero de 1983; 15 de junio de 1984; 10 de julio de 1990; STS núm. 495/2001, 22 de mayo de 2001. El contrato de préstamo es considerado un contrato real, entendiéndose que la entrega de la cosa constituye uno de los requisitos esenciales, juntamente con el consentimiento, el objeto y la causa, para la perfección del contrato.

⁷⁴⁸ De hecho, las dudas se plantean no tan solo el préstamo como contrato real, sino sobre la categoría de contratos reales en sí misma, la cual está sometida hoy a una profunda revisión. Así lo afirman, Díez – PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II,

a la controversia al afirmar que “si el contrato es gratuito y no se celebra por escrito, la entrega debe *acompañar* al acuerdo, como en el comodato, y entonces el contrato es real. Pero no hace falta que lo acompañe si es oneroso (si devenga intereses) o se celebra por escrito. Entonces el mutuante queda obligado a tal entrega”⁷⁴⁹. En el mismo sentido el propio Tribunal Supremo su sentencia, de 7 de octubre de 1994, ha afirmado que “lo esencial para la existencia del préstamo no es que la entrega de la cosa sea simultánea a la firma del contrato, sino que el deudor reconozca o el acreedor pruebe que dicha cosa o cantidad la tiene, en efecto, recibida con la obligación de devolverla en plazo determinado”⁷⁵⁰.

En esta misma línea argumentativa, la doctrina mercantilista – haciéndose eco de la práctica bancaria⁷⁵¹ – considera que tras el acuerdo de voluntades entre las partes – a pesar de la inexistencia de la entrega del dinero – el contrato de préstamo está concluido. Por tanto, como afirma GARRIGUES “cuando una empresa industrial después de largas discusiones, llega a concertar un préstamo con un Banco y se pactan por escrito las condiciones, nadie duda de que el préstamo está perfecto y la entrega o las entregas de dinero son actos de ejecución del préstamo y no contratos nuevos. De aquí se desprende que, con arreglo a esa mentalidad (la propia de los banqueros), el contrato de préstamo

Tecnos, Madrid, 2001, pp. 484-485. Algunos autores, como JORDANO BAREA han ido más allá y han considerado la categoría de los contratos reales como “un mero residuo histórico”. Véase, JORDANO BAREA, Juan Bautista, *La categoría de los contratos reales*, Bosch, Barcelona, 1958, p. 133.

⁷⁴⁹ La cursiva es del autor. Véase, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Compendio de Derecho Civil*, 13ª ed., Edisofer S.L.- Libros jurídicos, 2007, p. 298. En el mismo sentido, DE CASTRO afirma “resulta entonces lógico que dichos contratos gratuitos necesiten para su eficacia de cierta forma, que complete el consentir de los contratantes, y que aquélla sea, como en el supuesto de la donación verbal “la entrega simultánea de la cosa” (art. 632 CC). Esta construcción del tipo en la Ley como contrato real o formal no implica se niegue la posibilidad de negocios atípicos de préstamo y de depósito (...) Resulta, pues, reducida la exigencia de la entrega o recepción de la cosa a ser un requisito de forma (*ad solemnitatem*) para los préstamos y depósitos gratuitos contraídos verbalmente...”. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, (reimpresión), 1985, p. 286.

⁷⁵⁰ En idénticos términos, STS de 31 mayo de 1968 y STS de 16 de octubre de 1993.

⁷⁵¹ Así, BROSETA PONT aprecia como “la práctica bancaria (...) ha convertido” al préstamo “en consensual, en cuya virtud –concluye– el Banco se obliga a entregar el capital en el momento pactado, prestación que puede ser exigida por el prestatario desde la perfección del contrato (normalmente al firmarse la póliza de préstamo). BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, cit., p. 478. De hecho, el estado de la cuestión hace que SÁNCHEZ CALERO, modificando su postura previa, afirme que la concepción del préstamo como contrato real “choca con la práctica de los negocios y en especial la bancaria que estima que las partes suelen tender a transformar el contrato de préstamo en consensual y estimar que está perfeccionado desde el momento en que las partes se han puesto de acuerdo en la cuantía del préstamo, los plazos para su devolución y el importe de los intereses”. Véase, SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., ediciones posteriores a la 16ª, en concreto, 17ª ed., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994, p. 282.

se convierte en consensual”⁷⁵². Una vez afirmado el carácter consensual, GARRIGUES no duda en cuestionar la segunda característica atribuida por la doctrina civilista clásica al contrato de préstamo, la unilateralidad, puesto que “cuando el préstamo es a interés –y ésta es la hipótesis normal en el comercio bancario– es indudable que hay un cambio de prestaciones semejante al de los contratos bilaterales”⁷⁵³. Si el contrato de préstamo se califica como consensual, deberá también afirmarse su naturaleza bilateral, al generar para el prestamista la obligación de entregar la suma pactada⁷⁵⁴.

Esta opción, defendida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, es posible puesto que el CC no la prohíbe; y, de hecho, la estructura encaja en lo fijado en el artículo 1254 CC “el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otras, a dar cosa o prestar algún servicio”⁷⁵⁵.

⁷⁵² Véase, GARRIGUES DÍAZ – CAÑABATE, Joaquín, *Contratos bancarios*, 2ª ed., Imprenta Aguirre, Madrid, 1975, p. 225.

⁷⁵³ Véase, GARRIGUES DÍAZ – CAÑABATE, Joaquín, *Contratos bancarios*, cit., p. 226.

⁷⁵⁴ Se afirma el carácter bilateral del contrato de préstamo por la mayor parte de la doctrina. Véase, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Compendio de Derecho Civil*, 13ª ed., cit., p. 298; LACRUZ BERDEJO, José Luis, “Elementos de Derecho Civil. II Derecho de Obligaciones”, 3ª ed. Revisada por RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 171 y 172.; PRATS ALBENTOSA, Lorenzo, *Préstamo al consumo, Crédito al consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 69; YSÀS SOLANES, María, *El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*, La Ley, Madrid, 1994, pp. 17 y ss.

Ahora bien, no toda la doctrina ha aceptado la existencia de un contrato de préstamo consensual. Por ello, para algunos autores, en los supuestos en los que la entrega no se produce de forma simultánea al acuerdo el contrato de préstamo es inexistente y existe otro contrato preliminar. Véase, JORDANO BAREA, Juan Bautista, *La categoría de los contratos reales*, cit., p. 97 y ss. Con posterioridad, otros autores, como DÍEZ – PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS también han introducido matizaciones en el carácter consensual del préstamo, afirmando que “toda la fase consensual que precede a la entrega constituye una auténtica laguna legal por encontrarse huérfana de reglamentación”, esta situación les lleva a afirmar la existencia de un “contrato consensual atípico...”. DÍEZ–PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, cit. p. 485.

⁷⁵⁵ SÁNCHEZ CALERO pone de relieve la inexistencia de “norma imperativa alguna que imponga el carácter real del contrato de préstamo”, siendo el artículo 1740 CC una “norma de carácter dispositivo que puede ser modificada por la voluntad de las partes y adelantar la perfección del contrato al momento en que exista el acuerdo entre ellas de celebrar un contrato de préstamo mutuo, de manera que por esta vía se llega a la concepción de este contrato como consensual por la voluntad de las partes”. SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Tomo II, 17ª ed., cit., p. 291. Argumento recogido en ediciones de la citada obra posteriores a la 16ª edición tras la que SÁNCHEZ CALERO abandona su postura sobre la consideración como contrato real del contrato de préstamo.

DE PRADA también se posiciona a favor de que las partes puedan “constituir contrato consensual de préstamo en el que la entrega no esté integrada en el acto constitutivo, sino que sea un efecto del contrato”, DE PRADA, José Mª, “Algunos aspectos de los préstamos bancarios”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, (14), 1984, p. 315.

La base se encuentra en las amplias libertades que el Código Civil concede a las partes, pues como indica SÁNCHEZ CALERO, no existe obligación de entender el artículo 1740 CC como un precepto imperativo y “sino meramente dispositivo, como lo son la gran mayoría de normas sobre contratos”. SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., p. 291.

Las obligaciones, que han nacido de forma simultánea, son exigibles de forma sucesiva. Es necesario que la obligación del prestamista –la entrega del objeto del contrato al prestatario en las circunstancias que en él se determinen– se extinga para que nazca la del prestatario –la restitución del bien de la misma especie y calidad de la que recibió–⁷⁵⁶. En el contrato de préstamo consensual la entrega del prestamista se deriva del contrato, y no es condición de existencia del contrato en sí mismo. Este último desplegará sus efectos desde el momento en que exista el acuerdo de voluntades.

En síntesis, el carácter unilateral o bilateral del contrato de préstamo *inter privados* viene determinado por su consideración como contrato real o consensual. Así, si la entrega es considerada un presupuesto lógico-jurídico para el nacimiento del contrato no existirán obligaciones por parte del prestamista (y el contrato será unilateral). Ahora bien, si se considera la entrega un mero acto de ejecución y no de perfección –al haberse producido esta última con la emisión del consentimiento de ambas partes– el contrato será bilateral, al generar obligaciones tanto para el prestamista (una obligación pura, la de dar) como para el prestatario (una obligación condicionada a ella, la de devolver). Esta segunda posición es la que tiene mayor cabida en el sistema de contratación bancaria y financiera actual.

Tomando como punto de partida la bilateralidad del contrato de préstamo y el esquema negocial descrito, y salvando las claras diferencias que comporta la naturaleza pública del ente prestatario, consideramos que el contrato de deuda pública, entre el Estado y el suscriptor particular, se perfecciona con el acuerdo de voluntades. La entrega de la cantidad por parte del prestamista no es un elemento constitutivo del contrato, sino la ejecución de las obligaciones nacidas fruto del acuerdo de voluntades⁷⁵⁷. Afirmar el carácter bilateral de la deuda pública, comporta extraer esta

En contra de esta opinión encontramos algunos autores, como MARTÍ SÁNCHEZ, Nicolás, “El préstamo bancario de dinero”, en *Contratos bancarios y parabancarios* (obra dirigida por NIETO CAROL), Lex Nova, Valladolid, 1998, p. 396.

⁷⁵⁶ Así, ALGUER afirma que “nada obsta a que las obligaciones que engendra un contrato vayan surgiendo sucesivamente y no de una manera simultánea, en cuanto aparezca para cada una de ellas la base de hecho y de derecho necesaria para su existencia”, véase, citado por DÍEZ – PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, cit., p. 484). Sin embargo, esta especial consecución de las obligaciones en el contrato de préstamo consensual ha llevado a algunos autores a considerar que, si bien este no deja de ser bilateral, posee una bilateralidad peculiar, por no nacer la obligación del prestatario hasta que el prestamista no haya cumplido con la suya de entrega de dinero. Véase, PUIG BRUTAU, José, “Comodato, precario y mutuo”, en *Compendio de Derecho Civil*, Vol. II, 2ª ed., Bosch, 1994, p. 465.

⁷⁵⁷ En la mayoría de los casos el acuerdo de voluntades se alcanzará a través del procedimiento de subasta pública. La subasta es la principal forma de asignación de los títulos de deuda pública. No

nota diferencial y aproximarle en este aspecto al resto de obligaciones de contenido económico contraídas por el Estado.

Una vez caracterizada la deuda pública como un contrato de préstamo y tras entenderla inserta en la categoría más amplia de crédito público, debemos analizar el concepto crédito de público.

En este punto debemos hacer algunas apreciaciones sobre el concepto de crédito. El crédito se produce cuando entre ambas obligaciones – la de recibir y la de devolver– se interpone el *valor tiempo*, con el contenido de incertidumbre que el mismo

obstante, este no es el único mecanismo utilizado por el Tesoro público, puesto que los títulos de deuda también se colocan a través de la oferta pública u otros métodos competitivos entre una serie de entidades autorizadas.

Las subastas efectuadas por el Tesoro público español posee algunas singularidades respecto de las subastas efectuadas por los Tesoros de otros países de nuestro entorno. La principal es su carácter híbrido entre una subasta uniforme y una subasta discriminatoria. En una subasta uniforme todos los ganadores pagan por cada unidad el mismo precio (que es el precio mínimo aceptado), y en una subasta discriminatoria cada ganador paga el precio al que pujo. En la subasta híbrida española los ganadores que formularon peticiones a un precio superior al precio medio ponderado pagan el precio medio ponderado. Sin embargo, los inversores que solicitaron títulos a un precio inferior al precio medio ponderado pagarán el precio solicitado. Además, las peticiones no competitivas (que no pujaron) son adjudicadas en su totalidad al precio medio ponderado que resulte de la subasta. El precio medio ponderado de una subasta se obtiene ponderando los precios de las pujas ganadoras por las cantidades pujadas a cada precio.

La eficacia recaudatoria de este modelo híbrido de subasta se analiza por SALINAS MARTÍNEZ DE LECEA, Rafael, *Subastas de títulos de Deuda pública: un análisis de mecanismos de asignación de recursos*, Documentos de Trabajo, núm. 9002, Centro de Estudios Monetarios y Financieros, Madrid, 1990; y, MAZÓN CALPENA, Cristina y NÚÑEZ RAMOS, Soledad, “Optimalidad de las subastas de bonos: el caso español”, *Boletín económico – Banco de España*, (10), octubre, 1999, pp. 69 y ss.

La mayoría de los estudios en la materia se centran en el análisis de las características e implicaciones de las subastas discriminatorias o uniformes, existiendo un debate abierto sobre cual de ellas genera mayores rendimientos para el vendedor (véanse, entre otros, BERG, Sigbjørn Atle, “Central Bank auctions of deposit certificates”, *Arbeidsnotat, Norges Bank*, 1996/0002; CAMMACK, Elizabeth B., “Evidence of bidding strategies and the information in Treasury Hill auctions”, *Journal of Political Economy*, (99), 1991, pp. 100-130; SIMON, David P., “Mark-ups, quantity risk and bidding strategies of Treasury coupon auctions”, *Journal of Financial Economics*, Vol. 35, pp. 43-62.

No nos adentraremos, puesto que son aspectos económico- financieros, en las ventajas y desventajas de cada uno de los tipos de subastas. La idoneidad de una u otra subasta dependerá del objetivo perseguido por el Tesoro público. Este normalmente será maximizar los ingresos, pero también es posible que el Tesoro público tenga objetivos alternativos, como puede ser evitar que uno de los compradores se apodere de la mayor parte de la emisión, y ocupe una posición de monopolio respecto a su negociación en el mercado secundario. Estas cuestiones se analizan en MAZÓN CALPENA, Cristina y ÁLVAREZ GONZÁLEZ Francisco, “Subastas del Tesoro: ¿Cómo debe vender el Tesoro la Deuda pública”, *Estudios en homenaje a Luis Ángel Rojo: políticas, mercados e instituciones económicas*, coord. por SEBASTIÁN GASCÓN, Carlos, PÉREZ FERNÁNDEZ, José, TEDDE DE LORCA, Pedro, Vol. 1, 2005, pp. 343-366; y LÓPEZ CASASNOVAS, Guillem, PUIG-JUNOY, Jaume, GANUZA, Juan José, PLANEAS MIRET, Iván, *Los nuevos instrumentos de la gestión pública*, Servicio de Estudios de La Caixa, (31), Barcelona, pp. 226 y ss.

comporta⁷⁵⁸. Como afirma GARRIGUES, “el instrumento de la función crediticia es el *diferimiento*, es la *dilación*. Sobre la base de la dilación, el Derecho hace surgir dos obligaciones: la obligación de quien recibe el crédito, obligación de devolver; y la obligación del que concede el crédito, la de esperar”⁷⁵⁹.

El factor tiempo hace que la *confianza*, en la mayor parte de los casos, incremente y, a su vez, la protección de la ley se adapte a estos grados de confianza. Por ello, los contratos de crédito irán acompañados de las correspondientes garantías, tanto personales como reales⁷⁶⁰. Pero, en nuestra opinión, el elemento determinante del crédito es el tiempo y no la confianza, la cual puede o no existir⁷⁶¹.

⁷⁵⁸ Etimológicamente, el concepto de crédito se ha vinculado a “*credere*”, puesto que se cree en lo que uno tiene fe (“*fides*”) y se tiene confianza en la persona que es digna de crédito. A partir de esta premisa define el crédito público, FONROUGE, vinculando el concepto “crédito” con la confianza o fe en la persona (Véase, FONROUGE, Carlos M. Giuliani, *Derecho Financiero*, cit., pp. 1173 y 1174). En el mismo sentido, DUVERGER mantiene que la expresión “crédito” se relaciona “con dos formas de creencia: la confianza o la fe en la moral de una persona dispuesta a cumplir sus deberes y obligaciones, y la creencia de que podrá cumplirla por disponer de medios económicos” (Véase, DUVERGER, Maurice, “*Finances publiques*”, 6ª ed., Presses Universitaires de France, 1968, pp. 190 y ss). Esta misma idea de esperanza se recogió por la doctrina mercantilista alemana, apuntado que “el crédito es la esperanza de que una promesa será cumplida. GARRIGUES DÍAZ- CAÑABATE recoge esta posición de autores alemanes como Thol. Véase, GARRIGUES DÍAZ- CAÑABATE, Joaquín “El crédito en el Derecho” en la obra colectiva “*Ordenación jurídica del crédito*”, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1978, p. 5.

En relación con la deuda pública, en este sentido se ha pronunciado CARRERA RAYA al indicar: “De las ideas que acabamos de exponer se desprende la existencia de un presupuesto básico para que se produzca el endeudamiento público –en sentido estricto–. Se trata de la utilización del crédito como medio para la obtención de recursos económico. (...) Etimológicamente la palabra crédito deriva del término latino *creditum* que a su vez proviene del verbo *credere* que significa tener confianza o fe. (...) Y si al término crédito le añadimos el adjetivo público, nos estamos refiriendo a que esa confianza es aprovechada por un ente público, como medio para la obtención de los recursos necesarios para el logro de sus fines”. Véase, CARRERA RAYA, Francisco José, “El empréstito como modalidad de la deuda pública: su naturaleza jurídica”, cit., p. 95.

No obstante, existen otras voces, que suscribimos, que vinculan el crédito con la palabra “*cretum*”, participio pasado del verbo “*cerno*”, que significa esperar, distinguir o dar. IGLESIAS SANTOS, Juan, *Derecho Romano: Instituciones de derecho privado*, 6ª ed, edición revisada y aumentada, Ariel, Barcelona, 1972, pp. 408 y 409.

⁷⁵⁹ Véase, GARRIGUES DÍAZ- CAÑABATE, Joaquín, “El crédito en el Derecho” en la obra colectiva *Ordenación jurídica del crédito*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1978, p. 5 (la cursiva es nuestra).

⁷⁶⁰ Si bien las garantías reales ocupan una posición central, en el tráfico privado el acreedor –normalmente un banco– buscará, en primer lugar, “la garantía personal del deudor (fundada en las condiciones de seriedad y honorabilidad del cliente, en su reputación de buen pagador)”, GARRIGUES DÍAZ- CAÑABATE, Joaquín, *Contratos bancarios*, cit., p. 295.

Se introduce en este punto otro concepto clave como es la *solvencia*, el crédito se concede en función de la solvencia –moral y material– que el deudor posee.

⁷⁶¹ Como precisa GARRIGUES, siguiendo a Knies, puede haber confianza sin crédito y crédito sin confianza. La confianza puede ser un motivo de la voluntad pero, desde un punto jurídico, el elemento clave es la voluntad en si misma y no los motivos que la han generado. En este caso la voluntad es

El crédito no solo interviene en aquellos contratos en los que se transmite exclusivamente la *propiedad de dinero*⁷⁶², y en que, con posterioridad, se produce su restitución, tras haber gozado de su uso y haber pagado la correspondiente retribución del disfrute en forma de intereses⁷⁶³. El concepto crédito se inserta, también, en aquellos contratos en los que el dinero se utiliza a modo de contraprestación, pero el pago de la deuda se aplaza en el tiempo. En este supuesto, como en el primero, la obligación principal de devolución irá acompañada de la obligación accesoria de pagar intereses. Estos últimos, mayoritariamente, habrán sido calculados de antemano y se encontrarán insertos en el equivalente económico⁷⁶⁴.

“realizar anticipadamente una prestación y ser acreedor del equivalente económico”. Véase, GARRIGUES DÍAZ- CAÑABATE, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, II, 8ª Ed, Imprenta Aguirre, 1983, p. 166.

En el mismo sentido, en Derecho financiero, FERREIRO LAPATZA, recogiendo las afirmaciones de Wagner y Halm señala que: “toda relación de cambio –señala Wagner– en la que transcurre un cierto intervalo de tiempo entre la prestación y la contraprestación es una relación de crédito. El crédito – indica Halm– es la transferencia temporal de poder adquisitivo a cambio de la promesa de reembolso y pago de intereses. La idea de tiempo aparece, así, colocada en el núcleo de toda operación de crédito, hasta tal punto que, podemos decir, toda operación de crédito consiste en el cambio de un bien presente por una riqueza futura. La idea de tiempo aparece pues ligada a toda operación de crédito. Y aparece, desde luego, ligada a las operaciones de crédito fundamentales; a las más frecuentes, típicas y características: el préstamo, como figura general, los aplazamientos de pago y las garantías. La idea de tiempo, la idea de una contraprestación futura parece ha de llevar aparejada la confianza en su realización. El crédito refleja, así, y puede ser entendido como la confianza tanto en la solvencia como en la buena disposición de un sujeto para cumplir sus obligaciones.(...) Ahora bien, la confianza que acompaña normalmente a una operación de crédito libremente realizada entre dos sujetos de derecho puede faltar en alguna de ellas (...) La operación de crédito, el cambio de una riqueza presente por una riqueza futura se realiza, aunque falte, en absoluto o en gran medida, la confianza en la exacta realización de la futura contraprestación”. Véase, FERREIRO LAPATZA, José J., *Curso de Derecho Financiero español*, 25ª ed., Marcial Pons, Barcelona, 2006, pp. 133 y 134.

⁷⁶² Hacemos alusión, en este punto, al dinero en su condición ideal de poder abstracto de cambio universal. Caracterizado como: cosa fungible, esencialmente consumible, y por lo mismo, esencialmente medio de cambio. Véase, GARRIGUES DÍAZ- CAÑABATE, Joaquín, *Contratos bancarios*, cit., pp. 69 y ss. El dinero, entendido en este sentido, puede representarse no solo mediante piezas monetarias, sino también – atendidas la experiencia y la ley de los grandes números- a través de los denominados sustitutos monetarios, que cumplen la función del dinero.

⁷⁶³ Entre los contratos que obligan a la restitución del dinero recibido se encuentran: el depósito (entrega al otro para que lo custodie); comisión (para que cumpla un encargo dándole el destino que este requiere); (préstamo) para que pueda obtener quien lo recibe la utilidad que se derive de su empleo *pro tempore*. Véase, DE LA CUESTA RUTE, José Mª, *El dinero y la representación de las posiciones acreedoras y deudoras en el tráfico mercantil*, Marcial Pons, Madrid, pp. 78 y 79.

⁷⁶⁴ Este esquema fue apuntado por las denominadas “teorías del cambio”, que configuran el contrato de crédito como un contrato de cambio de bienes actuales por bienes futuros, y consideran el interés como la diferencia de valor entre aquellos y estos. Estas teorías surgieron inicialmente, en términos más económicos, y fueron formuladas por BÖHM-BAWERK, Eugen, *Histoire critique des théories de l'intérêt du capital*, Vol. II, Paris, 1902, pp. 196 y ss.

El contrato de préstamo constituye el contrato de crédito por antonomasia, y las vinculaciones entre ambos conceptos –crédito y préstamo– son muy estrechas, pero no se puede reducir el ámbito del segundo a la estructura contractual del primero⁷⁶⁵.

Es difícil delimitar los contornos de una categoría contractual como son los contratos de crédito, puesto que una concepción amplia comporta afirmar que cualquier contrato con prestación aplazada implica por sí mismo un crédito⁷⁶⁶. Como señala GARRIGUES, el crédito no se corresponde con un esquema negocial determinado, sino con la “voluntad de realizar anticipadamente una prestación y ser acreedor del equivalente económico”⁷⁶⁷.

Igualmente sucede con el recurso al crédito por parte de la Administración pública⁷⁶⁸. La ampliación del concepto recurso al crédito con otros mecanismos

Posteriormente, estas tesis fueron reelaboradas desde una perspectiva jurídica por CARNELUTTI. CARNELUTTI recoge la “teoría del cambio” tras acaecido un determinado período de tiempo, al afirmar que el elemento característico del contrato de crédito es “la atribución al contratante del goce *temporal* de una cosa” (la cursiva es del autor). Y continúa afirmando que “naturalmente, si el goce debe ser temporal la cosa debe ser restituida; no obstante, no tiene porque ser restituida la misma cosa; al contrario, cuando se trata de una cosa fungible, el objeto de la restitución puede ser el *tantundem*”. Véase, CARNELUTTI, Francesco, *Teoria giuridica della circolazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Padova, 1933, p. 26.

⁷⁶⁵ DE LA HUCHA CELADOR apunta lo inapropiado, en términos metodológicos, de identificar el crédito público con el concepto de empréstito o, préstamo, ya que el segundo es tan solo una parte del primero. Esta equiparación de ambos conceptos se había generalizado entre algunos hacendistas. Véase, DE LA HUCHA CELADOR, Fernando, *Ordenación Constitucional de la Deuda pública*, cit., pp. 6 y 7.

⁷⁶⁶ Véase, TRUJILLO DIEZ, Iván Jesús, “Comentario al artículo 68 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”, en la obra coordinada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “*Comentarios a la Ley Concursal*”, Vol. I, Tecnos, Madrid, 2004, p. 797.

Por ello, la doctrina privatista distingue entre los contratos de crédito en *sentido estricto* y los contratos de crédito en *sentido amplio*. Los primeros se definen por su estructura externa, relación real de entrega y devolución con aplazamiento, y la función económica–social o causa típica a la que responden: la *causa credendi*. Los segundos se caracterizan por desarrollar el denominado *mecanismo de crédito*, consistente en el aplazamiento del pago de una deuda cuyo objeto lo constituyen cosas fungibles, siendo su causa típica primaria y autónoma, distinta de la *causa credendi* (por ejemplo, compraventa con precio aplazado). En este concepto amplio de contratos de crédito incluimos también aquellos contratos en que el dinero, como contraprestación de la prestación de la otra parte, se entrega –se produce su desplazamiento posesorio– una vez transcurrido un determinado período de tiempo. El pago se origina, en estos casos, con motivo de la contraprestación a la otra parte, y no como restitución del dinero recibido– como sería el caso de los contratos de crédito en sentido estricto–.

⁷⁶⁷ Véase, GARRIGUES DÍAZ- CAÑABATE, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, II, 8ª ed., 1983, p. 166.

⁷⁶⁸ Siendo conscientes que, en este punto, trasladamos al Derecho Financiero conceptos *iusprivatistas*, no obstante, el funcionamiento del instituto jurídico del crédito es el mismo. Si bien, al tratarse de un ente público el que recurre al crédito, algunos autores ha tendido a vincular especialmente crédito con

creadores de endeudamiento más allá que aquellos que “impliquen una recepción de suma dinerarias por parte del ente público a título de crédito”⁷⁶⁹ fue considerada una ampliación sustancial del concepto, que para algunos autores lo convertía en inoperante⁷⁷⁰.

Por este motivo, la doctrina ha limitado los contratos que se incluían en el concepto de crédito público. En relación con la expresión “contraer crédito”⁷⁷¹,

confianza. (véase, CARRERA RAYA, Francisco José, “El empréstito como modalidad de la deuda pública: su naturaleza jurídica”, cit., p. 95).

Ahora bien, en nuestra opinión la problemática se encuentra en la confusión entre crédito y *solvencia*. En este caso, el sujeto que suscribe deuda pública (o contrae crédito público) tiene confianza en la solvencia del ente público. Pero si bien la confianza en la solvencia del Estado puede encontrarse detrás de la suscripción del crédito por parte del público no es el objeto de este. Sobre la solvencia y el riesgo país nos pronunciamos al tratar el art. 135 CE. Véase, *supra*, Capítulo III, epígrafe El nuevo art. 135 de la CE, pp. 337 y ss.

⁷⁶⁹ Esta definición se apunta por SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Sistema de Derecho Financiero*, cit., Vol. 2, p. 334.

⁷⁷⁰ Así, FERREIRO LAPATZA considera que “es evidente que el recurso al crédito no es la única forma en que el Estado puede endeudarse. Su situación de deudor puede derivar de los más diversos títulos. Pero es obvio que, si bien desde un punto de vista económico, un estudio del endeudamiento total del Estado puede derivar importantes consecuencias, desde una perspectiva jurídica tal empeño se nos muestra como carente de sentido. (...). Las exigencias de la técnica jurídica determinan el estudio por separado, aunque encuadradas, claro está, dentro de un marco jurídico general, de cada una de las figuras en que aparezca como tal”(...). Por ello, una noción demasiado amplia de la Deuda pública, como aquella que la concibe como “el conjunto de las deudas contraídas por el Estado o por otros entes públicos”, se nos revela, desde nuestra perspectiva, como absolutamente inoperante”. FERREIRO LAPATZA, José Juan, “Análisis jurídico de la Deuda pública”, cit., p. 134.

Nótese que el autor indica que el recurso al crédito no es la única forma de endeudarse que tiene el Estado. A nuestro parecer el crédito es el elemento generador del endeudamiento público, en todo caso, y el préstamo no es la única forma que el Estado tiene para endeudarse, sino que puede recurrir a multiplicidad de contratos de crédito (financiación). Parece, por tanto, que el autor está equiparando préstamo y crédito, mientras que el préstamo se inserta en la categoría más amplia de contratos de crédito.

En este punto, PALAO TABOADA coincide con FERREIRO LAPATZA al afirmar que “en un sentido muy amplio puede entenderse por Deuda pública toda situación jurídica en la que el Estado se encuentre obligado al pago de una suma de dinero. Quedarían comprendidas en un concepto vasto figuras heterogéneas como, por ejemplo, las obligaciones del Estado con pago aplazado, las fianzas y depósitos constituidos en las cajas públicas o las indemnizaciones derivadas de la responsabilidad administrativa. Es obvio, sin embargo, que un concepto así definido carece de utilidad desde la perspectiva financiera que aquí nos ocupa”. Véase, PALAO TABOADA, Carlos, *Derecho Financiero y Tributario*, cit., p. 263.

⁷⁷¹ El originario artículo 135.1 en el Informe de la Ponencia (entonces, artículo 128.1 de la CE) tenía la siguiente redacción: “El Gobierno habrá de estar autorizado por ley para emitir deuda pública o tomar crédito en cualquier forma”. Esta redacción fue modificada por la enmienda *in voce* de UCD defendida por BRAVO DE LAGUNA BERMÚDEZ (Sesión de 13 de junio de 1978 de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados).

Para justificar las modificaciones introducidas a través de la citada enmienda se afirmaba que “la expresión “contraer crédito” es técnicamente mejor que la de “tomar crédito” y eliminamos este concepto

FERREIRO LAPATZA apunta que esta hace alusión a “los préstamos concertados con un sujeto particular y a los contratos que, como el de apertura de crédito, pueden ofrecer alguna duda en torno a su asimilación a la figura genérica del empréstito, es decir, de un contrato por el que una de las partes entrega o pone a disposición de un ente público una cantidad de dinero, comprometiéndose éste a reembolsar la cantidad recibida y a pagar los intereses pactados”⁷⁷². En similar sentido, SAINZ DE BUJANDA afirma que “las operaciones de crédito distintas de los empréstitos, que también forman parte de la deuda pública, no necesitan asumir la figura jurídica del préstamo, al menos tal y como aparece secularmente configurada en el Derecho privado. Junto a ella cabe la posibilidad de que la operación adopte la figura de un contrato de apertura de crédito”⁷⁷³. El autor también incluye en el Derecho de la deuda pública los anticipos al Tesoro público por parte del Banco central y los avales del Estado⁷⁷⁴.

En la labor doctrinal de configuración del concepto de crédito público, un elemento clave ha sido la inclusión o exclusión en dicho concepto de los avales del Estado. Algunos autores han categorizado los avales del Estado como “otros ingresos por operaciones de crédito”, y consideran que su tratamiento conjunto con las operaciones de crédito “no deriva del hecho de que nos encontremos ante una operación de crédito, con la que tienen sensibles diferencias, sino de la circunstancia de que también son susceptibles de generar ingresos públicos, aunque más que ingresos por operaciones de crédito, podría decirse que se trata de ingresos percibidos *con ocasión* de operaciones de crédito”⁷⁷⁵.

Por el contrario, SAINZ DE BUJANDA considera “adecuado el tratamiento de la materia (avales del Estado) dentro del que denominamos “Derecho de la Deuda pública”, debido a que, si bien la prestación del aval no procura *por sí misma* al Estado

indeterminado e innecesario, por otra parte de “en cualquier forma”. Véase, AA.VV., “*Constitución española. Trabajos Parlamentarios*”, Cortes Generales, Madrid, 1980, Tomo II, pp. 1492-1493.

Ambos cambios fomentaron la concreción del ámbito objetivo de la reserva de ley. La expresión “contraer” crédito poseía una connotación sustancialmente más restrictiva que “tomar” crédito. Por su parte la expresión “en cualquier forma” dejaba constancia de la multiplicidad de formas a través de las cuales se puede materializar la figura del crédito, y permitía subsumir en el concepto todas aquellas opciones que se adoptasen para obtener crédito, las cuales, debido a la fungibilidad de los esquemas jurídicos, eran indeterminadas.

⁷⁷² Véase, FERREIRO LAPATZA, José Juan, “Legislación del patrimonio, del Tesoro y de la deuda pública”, cit., p. 624.

⁷⁷³ SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Sistema de Derecho Financiero*, cit., Vol. 2, p. 334.

⁷⁷⁴ SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Sistema de Derecho Financiero*, cit., Vol. 2, pp. 334 y 348, respectivamente.

⁷⁷⁵ Véase, MARTÍN QUERALT, Juan; LOZANO SERRANO, Carmelo, TEJERIZO LÓPEZ, José M., CASADO OLLERO, Gabriel, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 21ª ed. Tecnos, Madrid, 2010, p. 59.

avalista ingresos dinerarios para la cobertura de los gastos públicos, sí genera, en cambio, a su cargo, responsabilidades en cuanto atañe a las obligaciones de amortización y pago de intereses. Podríamos decir que el volumen global de los avales prestados genera un *endeudamiento potencial*, cuyo tratamiento ha de hacerse teniendo presentes los principios y exigencias propios de la Deuda pública⁷⁷⁶.

Esta voluntad de delimitación del concepto crédito público también se recogía en la Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria, cuya Exposición de Motivos establecía que “se ha entendido ineludible el reconocimiento normativo del crédito público que acampa al margen de la estricta deuda pública, pues así queda sometida a la oportuna regulación que deslinda competencias orgánicas para su contracción y exige que, en todo caso, se ingresen en el Tesoro público los fondos obtenidos, sin perjuicio de la aplicación presupuestaria que sea procedente”⁷⁷⁷.

Sin embargo, la concepción amplia de recurso al crédito que hemos señalado es la que toma en consideración el legislador europeo a la hora de configurar el concepto de deuda pública. El concepto europeo de deuda pública que hemos analizado en el capítulo II, incluye “el conjunto de obligaciones pendientes a final del año, a excepción de las obligaciones representadas por activos financieros que estén en manos del sector Administraciones públicas” (art. 1.5 del Reglamento (CE) núm. 479/2009, relativo a la aplicación del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo). El concepto de deuda pública europeo tiene un mayor alcance que el concepto de deuda pública jurídico tradicional dada la función que este posee. A través del concepto europeo de deuda pública, las instituciones de la UE pretenden que los Estados miembros presenten datos estadísticos relativos a la deuda pública que sean comparables entre Estados y que permitan la fiscalización del cumplimiento de la estabilidad presupuestaria. Por ello, este concepto se define con referencia a los códigos de clasificación del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Comunidad, SEC-95.

A diferencia del concepto tradicional de deuda pública, el concepto europeo de deuda pública no se configura en atención a la causa jurídica de los contratos. Las obligaciones del elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública nacen de

⁷⁷⁶ SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Sistema de Derecho Financiero*, cit., Vol. 2, (p. 348, la cursiva es del autor).

⁷⁷⁷ La redacción del art. 102.3 de la Ley 11/1977, General Presupuestaria, deja constancia de esta multiplicidad de formas a través de las cuales el Estado puede concretar el crédito público y amplía el alcance de la reserva de ley a todas ellas. La redacción exacta del precepto es la siguiente: “El Estado podrá contraer deudas no documentadas en títulos-valores como consecuencia de operaciones de crédito en sus distintas clases, pero siempre que esté autorizado por Ley”.

contratos con causas jurídicas distintas, como son el préstamo y el arrendamiento financiero (“el préstamo tiende a la financiación del prestatario, mientras que en el *leasing* se financia la futura adquisición de un objeto”⁷⁷⁸).

Como observaremos al analizar el nuevo art. 135 de la CE, este concepto de deuda pública es el que debe manejarse para dar cumplimiento a los mandatos del art. 135. 3 de la CE que establece el límite constitucional a la deuda pública a través de una remisión al valor de referencia establecido en el TFUE⁷⁷⁹.

b) *La reserva de ley en materia de deuda pública y crédito público*

El segundo de los aspectos que queremos destacar del inicial art. 135 CE es la configuración de la reserva de ley en materia de deuda pública⁷⁸⁰. Este ha sido el aspecto que mayor discusión doctrinal ha generado, básicamente por la divergencia entre el mandato constitucional y la realidad práctica de la reserva de ley en materia de deuda y crédito públicos.

El anterior art. 135.1 de la CE establecía que “*el Gobierno habrá de estar autorizado por ley para emitir Deuda pública o contraer crédito*”. En la actualidad, el art. 135.3 de la CE recoge la reserva de ley en iguales términos, y solo ha modificado el sujeto que requiere la autorización, que ahora en lugar del Gobierno es “*el Estado y las*

⁷⁷⁸ Así lo ha afirmado el TS, véase, STS de 10 de febrero de 2005.

⁷⁷⁹ El art. 135.4 determina que “(...) *El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación al Producto Interior Bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*”.

⁷⁸⁰ En el Derecho financiero el principio de reserva de ley no tan solo se circunscribe a la materia tributaria, sino que el mismo afecta a otras instituciones claves. La fortaleza de la ley se va a manifestar también respecto del resto de recursos financieros –crediticios, patrimoniales y monopolísticos–. Claro está que en cada uno de estos supuestos la reserva de ley va a responder a motivaciones distintas, pero existe un factor común que engendra la existencia de la reserva de ley en cada uno de los recursos públicos: la afectación, más o menos directa, que la exacción de estos genera en el Derecho de propiedad, afectación del Derecho de propiedad que se verá concretada de formas distintas. La necesidad de intervención del principio de reserva de ley será más marcada si el nivel de coactividad para la obtención del ingreso público es superior. Así, la reserva de ley en materia tributaria posee un mayor alcance que la misma institución en el resto de recursos públicos, como es el caso de los recursos patrimoniales, los derivados de monopolios o, como veremos con mayor detalle, los recursos crediticios. Sin embargo, la reducción de la coactividad (ya sea real o aparente) no excluye la no aplicación del principio de reserva de ley. Por ello, la CE, en su art. 132.3, determina que “*por ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación*”. Y, de igual forma, el art. 128.2 de la CE dispone que “*mediante ley se podrá preservar al sector público recursos y servicios públicos, especialmente en caso de monopolio...*”.

Comunidades Autónomas”. La propia expresión utilizada (“para emitir”) pone de manifiesto que nos encontramos frente a una reserva de ley relativa y no absoluta⁷⁸¹. No obstante, la problemática se encuentra en determinar los elementos de la emisión de deuda pública que deben estar cubiertos por la reserva de ley. Como afirma SAINZ DE BUJANDA, la exigencia de autorización legal para que la deuda pública sea emitida se debe a la necesidad de que “el órgano legislativo encauce o controle la actuación del ejecutivo en las emisiones u operaciones que engendren endeudamiento público. Ahora bien, semejante resultado únicamente puede alcanzarse si, junto a la autorización se señala la extensión de esta última”⁷⁸².

En la práctica, la obligatoriedad de autorizar la emisión de deuda pública por ley se ha traducido en la fijación del techo máximo de endeudamiento anual (el denominado saldo vivo de la deuda pública) en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Estamos frente a una interpretación laxa del principio de legalidad en materia de deuda pública⁷⁸³. La justificación del limitado alcance del principio de reserva de ley se ha

⁷⁸¹ Desde una perspectiva económica, a la deuda pública se le atribuye el carácter de un impuesto diferido. Este carácter de impuesto diferido es también una de las justificaciones de la reserva de ley en materia de deuda pública. STIGLITZ, Joseph E., *Economía del sector público*, cit., pp. 700.

⁷⁸² SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Sistema de Derecho Financiero*, cit., Vol. 2, p. 321. Igualmente, SAINZ DE BUJANDA, recogiendo los pronunciamientos de CAZORLA PRIETO, afirma la necesidad de entender el acto de autorización comprendido en el artículo 135.1 CE de forma amplia.

CAZORLA PRIETO incluye entre los elementos que deben figurar en la Ley de autorización “la cantidad máxima que puede ser emitida, la clase de deuda, la forma y plazo de reembolso y la finalidad específica de la misma, al menos, pues de no ser así se estaría creando un auténtico portillo para defraudar el principio de legalidad en la materia, el cual no consiste tanto en la simple autorización como en que se fijen por las Cortes Generales las características básicas de la emisión”. El autor sustenta la interpretación amplia del artículo 135.1 CE en el propio artículo 135.2 CE, relativo a la inclusión directa en el estado de gastos de los créditos destinados a satisfacer el principal y los intereses de la deuda pública, no pudiendo ser objeto de enmienda siempre y cuando se ajusten a las “condiciones de la Ley de emisión”. La última afirmación determina, indirectamente, la inclusión de las condiciones de la deuda en la Ley de emisión. CAZORLA PRIETO, Luis M^a, “Comentarios al artículo 31 de la CE”, cit., p. 2049.

Debe observarse, en este punto, como la tesis sostenida por ambos profesores dista mucho de la interpretación que, en la práctica, se ha llevado a cabo del alcance del principio de reserva de ley contenido en el anterior artículo 135.1 CE, y como aquellos elementos de la deuda que los autores circunscriben al ámbito de la Ley de autorización son fijados por el Ministro de Economía y Hacienda, siguiendo los parámetros previamente establecidos por el Gobierno. En este sentido, véase a BAYONA DE PEROGORDO, Juan José y SOLER ROCH, M^a Teresa, *Derecho financiero*, Vol. II., Compás, Alicante, 1989, p. 404.

⁷⁸³ FERREIRO LAPATZA afirma que “autorizar significa, de una parte, conceder una cierta libertad de acción, y de otra, fijar límites a esta acción. El campo de acción libre concedido por la Ley puede variar en cada caso. La Ley puede, por ejemplo, fijar todas las características de la emisión, dejando únicamente al Gobierno la facultad de elegir el momento de realizarla. O puede dejar al Gobierno la determinación, en general, de tales características”. Esta segunda opción ha sido la adoptada por la LGP (artículo 94) interpretando “de modo extremadamente laxo el artículo 135 CE”. FERREIRO LAPATZA, José Juan, *Curso de Derecho Financiero Español*, cit., pp. 155 y 156.

centrado en la imposibilidad, dadas las características de la economía actual, de que exista una legislación permanente que regule las condiciones de la deuda⁷⁸⁴. En este punto no podemos olvidar que, cuando el Estado emite deuda pública se introduce en los mercados de capitales en los que entra en competencia, de un lado, con el sector privado, y del otro, con los demás entes públicos (nacionales e internacionales) que también necesitan acudir al crédito⁷⁸⁵.

Junto a este factor, otro elemento que ha contribuido al establecimiento de una reserva de ley “laxa” en materia de deuda pública ha sido el carácter voluntario de este ingreso público. En contraposición a los tributos, de carácter coactivo, la deuda pública es suscrita voluntariamente por el sujeto privado. Por ello, en su fundamento no puede estar la protección de unos hipotéticos derechos o intereses de los ciudadanos, puesto que estos pueden optar por la posibilidad de no suscribir la deuda pública emitida. Además, la protección del suscriptor de deuda pública se encuentra en el principio de inclusión presupuestaria automática, que constituye la garantía constitucional de la devolución de las cantidades tomadas en préstamo y el pago de los intereses pactados. En este contexto, se reduce sustancialmente la necesidad de que sea el Parlamento, como máximo representante de la voluntad colectiva, el que fije la recaudación de este tipo de ingresos y sus características⁷⁸⁶.

A nuestro entender, como posteriormente argumentaremos, el principio de la reserva de ley en materia de deuda pública no permite un campo de acción tan amplio al Gobierno como para abarcar la segunda opción recogida por FERREIRO LAPATZA.

⁷⁸⁴ NAVARRO FAURE, Amparo, *Aspectos jurídico-financieros del Déficit público. Especial referencia al déficit autonómico*, cit., p. 152.

⁷⁸⁵ Este argumento ha constituido la clave de bóveda del proceso de la deslegalización de la materia. Véase, ATIENZA MENA, M^a Teresa, “El mercado de deuda pública española”, *Presupuesto y Gasto Público*, (3), 1979, p. 34; NAVARRO FAURE, Amparo, *Aspectos jurídico-financieros del Déficit público. Especial referencia al déficit autonómico*, cit., p. 150; TEJERIZO LÓPEZ, José M., “Artículo 135. deuda publica”, en la obra colectiva *Comentarios a la Constitución española de 1978*, cit., p. 361.

⁷⁸⁶ MARTÍN QUERALT, Juan; LOZANO SERRANO, Carmelo, TEJERIZO LÓPEZ, José M., CASADO OLLERO, Gabriel, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 25^a ed., cit., p. 54.

Los autores apuntan la dificultad de determinar por Ley un aspecto tan volátil en la actualidad como es el interés de la deuda pública, salvo que se aceptase de modo permanente la utilización de la fórmula del Decreto-Ley.

Bajo esta concepción, NAVARRO FAURE afirma que “los límites a la emisión de deuda pública deben ser, a lo sumo, de carácter formal y no de carácter sustancial como sucede con los tributos. NAVARRO FAURE, Amparo, *Aspectos jurídico-financieros del Déficit público. Especial referencia al déficit autonómico*, cit., p. 150.

Frente a estas opiniones, DE LA HUCHA CELADOR apunta que “los argumentos para negar la fijación de las condiciones de la emisión por ley prevista en el artículo 135.1 de la CE son económicos, pero no jurídicos. DE LA HUCHA CELADOR, Fernando, “La Deuda pública: análisis de su evolución jurídica desde la aprobación de la Constitución de 1978”, cit., p. 181.

Una vez señalados los motivos que han justificado la flexibilización del principio de reserva de ley, analizaremos el proceso de emisión de deuda pública para observar hasta que punto se ha producido una deslegalización de la regulación de este instituto jurídico.

Tras la autorización de la emisión de deuda pública y la determinación de la cuantía máxima del incremento del saldo vivo de la deuda del Estado a final de año (a 31 de diciembre) por Ley de Presupuestos Generales del Estado, el Gobierno, en el marco previamente establecido, debe disponer su creación. Concretamente, la LGP en su art. 98, relativo a las competencias para la formalización de las operaciones relativas a la deuda, establece que *“corresponde al Ministro de Economía autorizar las operaciones señaladas en el artículo precedente, así como establecer los procedimientos a seguir para la contratación y formalización de tales operaciones y para el ejercicio de las competencias que figuran en los artículos siguientes”*⁷⁸⁷. A través de este precepto, la LGP efectúa una primera delegación, puesto que el órgano encargado para llevar a cabo la emisión no es el Gobierno –tal y como establece la Constitución– sino el Ministro de Economía y Hacienda. Y, además, el artículo 98 de la LGP recoge una segunda delegación, al indicar que *“el Ministro podrá delegar tales facultades, de forma ordinaria, en el Director General del Tesoro y Política Financiera”*, potestad que en la práctica se ha materializado⁷⁸⁸.

Esta doble delegación se corrobora por lo establecido en el art. 99 de la LGP que al regular la “emisión de valores”, atribuye directamente a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera la capacidad de emitir la deuda pública y fijar sus características⁷⁸⁹. De este modo, el legislador incluye en la delegación aspectos claves

⁷⁸⁷ Este precepto introduce por tanto una mera concreción del órgano, puesto que el poder ejecutivo posee la competencia no en función de laLGP, sino del propio artículo 135.1 de la CE. Este precepto, en su redacción originaria atribuía la competencia al Gobierno. El actual art. 135.3 la atribuye al Estado y las Comunidades Autónomas. Por tanto, con base en el precepto constitucional, la competencia ya se encuentra en manos del poder ejecutivo el cual debe recibir la preceptiva autorización legal para llevar a cabo la correspondiente emisión. Por tanto, como indica DE LA HUCHA en relación con la función de la Ley de emisión, la Ley no crea la deuda, como sucede con los tributos, sino el órgano ejecutivo, perfeccionándose su creación mediante la suscripción de los prestamistas. Véase, DE LA HUCHA CELADOR, Fernando, *Manual de Derecho financiero de Navarra*, cit., p. 407.

⁷⁸⁸ Concretamente, a través de la Orden EHA/1/2011, de 10 de enero, por la que se dispone la creación de Deuda del Estado durante el año 2011 y enero de 2012 y se delegan determinadas facultades en la Dirección General del Tesoro y Política Financiera. El empleo de una Orden Ministerial, en lugar de un Decreto, para la creación de la deuda del Estado como sería procedente, es una práctica común del Ministerio de Economía y Hacienda, concretamente desde 2004.

⁷⁸⁹ El art. 99 de la LGP afirma que la Dirección General del Tesoro y Política Financiera *“podrá proceder a la emisión de valores denominados 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*

en la configuración de la institución, como son el plazo de amortización o el tipo de interés de la deuda pública a emitir. Estos elementos finalmente acabarán siendo regulados en Resoluciones de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera⁷⁹⁰.

La deslegalización y delegación descrita no constituye una novedad introducida por la LGP, ya el texto normativo precedente contenía mandatos a favor del Ministro de Economía en términos similares. Así, el art. 101. 6 del TRLGP de 1988 establecía que *“corresponderá al Gobierno disponer la creación de deuda pública, fijando el límite máximo hasta que el Ministro de Economía y Hacienda pueda autorizar su emisión o contratación y señalando los criterios generales a los que deberá ajustarse aquélla y la gestión de la Deuda pública en circulación”*. Debemos destacar que el TRLGP en ningún caso recogía, como ahora sí hace la LGP, una delegación de competencias de tal alcance en la Dirección General del Tesoro y Política Financiera. Es más, el reparto de competencias se llevaba a cabo en su totalidad entre el Gobierno y el Ministro de Economía y Hacienda, y la citada Dirección no constaba en ninguno de los preceptos del Capítulo I, del Título IV, del TRLGP dedicado a la regulación de la deuda pública.

Por tanto, puede apreciarse la existencia de una evolución en la distribución de competencias entre el legislador, el Gobierno, el Ministro de Economía y Hacienda y la Dirección General del Tesoro y Política Financiera en las sucesivas Leyes Generales Presupuestarias. La Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria, objeto del Texto Refundido de 1988, atribuía la mayor parte de las competencias en materia de deuda pública al legislador. Concretamente, el art. 102 fijaba que *“La creación y la conversión de la Deuda del Estado habrán de ser autorizadas por Ley, que, asimismo, determinará su importe, características y finalidad”*. Junto a esta reserva de ley de contornos especialmente amplios, la Ley 11/1977, General Presupuestaria, introducía

demás características de esta”. Esta redacción hace pensar que, en el caso de emisiones de valores, la delegación voluntaria del Ministro de Hacienda de las competencias de contratación y formalización a favor de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera se transforma en una delegación obligatoria, o que esta delegación en todo caso se va a conceder. Así lo pone de manifiesto DE LA HUCHA CELADOR, Fernando, “La Deuda pública en la Ley General Presupuestaria”, *Civitas, Revista Española de Derecho Financiero*, (134), 2007, p. 329.

⁷⁹⁰ Como podemos observar la Orden EHA/1/2011, de 10 de enero, contiene múltiples delegaciones a favor de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera. Esta última será el órgano encargado de fijar a través de Resolución aspectos esenciales como el tipo de interés de la deuda pública (art. 6), las fechas de emisión y amortización de la deuda pública (art. 4), etc. A modo de ejemplo, en la Resolución de 24 de enero de 2011, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, se publica el calendario de subastas de Bonos y Obligaciones del Estado para el año 2011 y el mes de enero de 2012, y se dispone la emisión de Bonos del Estado a tres años en el próximo mes de febrero. Las sucesivas Resoluciones de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera reguladoras de las emisiones de deuda pública en el año 2011 se encuentra disponibles en: http://www.tesoro.es/SP/legislacion/index_legislacion_resoluciones.asp (última consulta, julio de 2013).

algunas salvedades a la actuación de la ley. La primera relativa a la determinación del tipo de interés, puesto que, si la ley de creación no lo fijaba, este podía ser establecido por el Gobierno (art. 102 de la Ley 11/1977, General Presupuestaria). Y, la segunda, sobre la conversión y a las operaciones de crédito exterior cuya competencia se cedía al Ministro de Economía y Hacienda “*siempre que no se alterare condición esencial alguna de su emisión ni perjudique los derechos económicos del tenedor*”. En la misma línea los arts. 112. 2 y 114.1 de la Ley 11/1977, General Presupuestaria, indicaban que correspondía la Ministro de Hacienda acordar la emisión de la deuda del Tesoro y determinar sus características⁷⁹¹.

En síntesis, la distribución de competencias en la Ley 11/1977 era la siguiente: la ley debía fijar las características esenciales de la deuda y, en determinados aspectos, como es el tipo de interés, en caso de no hacerlo, era el Gobierno el encargado. Y en cuanto a la cesión de competencias al Ministro de Hacienda, esta se limitaba a supuestos de conversión o emisión de crédito en el exterior, intervenciones que, al no afectar a la decisión misma de contraer crédito, se consideraban acordes con el mandato constitucional. En consecuencia, la LGP de 1977 poseía una regulación que en mayor medida daba cumplimiento al principio de reserva de ley en materia de deuda pública. Sin embargo, en la práctica, este principio de reserva de ley se iría sucesivamente debilitando, puesto que la ley de emisión no emitía por si misma la Deuda pública, sino que se limitaba a otorgar al Gobierno la oportuna autorización para llevar a cabo dicha emisión. Finalmente, el Gobierno, a través de Real Decreto, acordaba la emisión. Este Real Decreto normalmente iba acompañado de normas de rango inferior que determinaban gran parte de las características de la Deuda pública, normas que normalmente eran Órdenes Ministeriales y Resoluciones de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, órgano, este último, encargado de llevar a cabo la operación material de emisión.

La redacción del TRLGP de 1988 recogió esta realidad práctica al establecer, en su art. 101. 2, que “*la creación de la Deuda Pública, tanto del Estado como de los Organismo autónomos, habrá de ser autorizada por Ley, que, sin perjuicio de fijar cualesquiera otras características de la Deuda a crear, deberá señalar el importe máximo autorizado*”. Por tanto, se obvió la mención a un alcance de la reserva de ley al cual en la práctica ya no se daba cumplimiento. Además, el TRLGP habilitaba (en los

⁷⁹¹ La doctrina se mostró desde los inicios contraria a este tipo de delegaciones, para PALAO TABOADA la autorización legal para emitir la deuda o contraer el crédito solo puede tener por destinatario el Gobierno. Y, por ello, los artículos 112.2 y 114.1 de la LGP de 1977 que autorizaban al Ministro de Hacienda para emitir Deuda del Tesoro se consideraban “dificilmente compatibles con la Constitución”. Véase, PALAO TABOADA, Carlos, *Derecho Financiero y Tributario*, cit., pp. 269 y 270.

apartados 6 y 7 del art. 101) al Ministro de Economía y Hacienda para la fijación de las condiciones esenciales de la deuda pública.

Para finalizar, la Ley 47/2003, da un paso más en lo que podíamos denominar “legalización” o “institucionalización” de la deslegalización de la deuda pública, al considerar que, la mera determinación en la Ley de Presupuesto del saldo vivo de la deuda pública da cumplimiento al principio de reserva de Ley en materia de Deuda pública (art. 94.1 de la LGP⁷⁹²). Como afirman BAYONA DE PEROGORDO y SOLER ROCH, el contenido que inicialmente se consideraba como contenido mínimo de la ley de emisión, en la actualidad se ha convertido en su contenido máximo⁷⁹³. Además, en cuanto al órgano encargado de fijar las características básicas de la Deuda pública, la LGP vigente, apartándose por completo de la disposición constitucional, atribuye la competencia para la contratación y formalización al Ministro de Economía y Hacienda, que, a su vez, podrá delegarla en el Director General del Tesoro y Política Financiera⁷⁹⁴.

Tras reflejar el acentuado alcance de la deslegalización, puesto que en esencia los elementos esenciales de la deuda se establecen en la actualidad en Resoluciones de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, y a pesar del arraigo de los fundamentos doctrinales a favor de la existencia de una reserva de ley laxa en materia de deuda pública, debemos manifestar nuestra opinión crítica a este proceso. Como señalábamos dos han sido los argumentos que han justificado la deslegalización: la flexibilidad requerida para operar en los mercados de capitales y el carácter voluntario de la suscripción de deuda pública. Pero frente a ambas consideraciones pueden efectuarse objeciones.

En relación con la primera, si bien es cierto que nos encontramos en un sector de la realidad especialmente cambiante, este factor no imposibilita que se lleve a cabo en la ley de emisión una determinación, si no exacta sí aproximada o abierta, de las características básicas de la deuda pública. Como apunta DE LA HUCHA CELADOR, existen mecanismos para ensamblar los argumentos económicos con el cumplimiento

⁷⁹² Este establece que “la creación de Deuda del Estado habrá de ser autorizada por Ley. A tal efecto, la Ley de Presupuestos Generales del Estado establecerá el límite de la variación del saldo vivo de Deuda del Estado de cada ejercicio presupuestario, al que se ajustarán las operaciones financieras que impliquen creación de Deuda”.

⁷⁹³ Los autores afirman que “la práctica consistente en autorizar un tope máximo de endeudamiento, anualmente, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado es, en realidad, la única cobertura legal de las sucesivas emisiones y contrataciones que, a partir de dicho precepto y con base en un Derecho del Gobierno, se contienen en una simple Orden Ministerial”. BAYONA DE PEROGORDO, Juan José y SOLER ROCH, M^a Teresa, *Derecho Financiero*, Vol. II, cit., pp. 402 y 404.

⁷⁹⁴ Una voz crítica a esta deslegalización de la deuda pública la encontramos en DE LA HUCHA CELADOR, Fernando, “La Deuda pública en la Ley General Presupuestaria”, cit., (134), pp. 325 y ss.

del mandato constitucional contenido en el artículo 135.1 de la CE. 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”⁷⁹⁵.

Por el contrario, la solución adoptada por la LGP y materializada a través de las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado, dificilmente da cumplimiento a la reserva de Ley del artículo 135.1 de la CE. En este punto, varios autores han fijado el contenido de esta reserva de ley (dada la falta de pronunciamientos del Tribunal Constitucional) a través de una interpretación hermenéutica de los dos apartados que conformaban el art. 135 de la CE (ambos insertos en el actual apartado 3 del art. 135). Así para CAZORLA PRIETO y DE LA HUCHA CELADOR el apartado 2 del artículo 135 – que contiene el principio de inclusión presupuestaria automática– supedita la inexistencia del derecho de enmienda a que los créditos consignados en los estados de gastos de los Presupuestos “se ajusten a las condiciones de la Ley de emisión”.

No obstante, en la práctica, el establecimiento de las condiciones la deuda pública no solo no se determina en la ley de emisión, sino que tras sucesivas delegaciones, no es ni el Gobierno ni el Ministro de Hacienda, sino la Dirección General del Tesoro y Política Financiera el órgano encargado de concretar dichas condiciones. Por ende, el legislador presupuestario futuro se encontrará vinculado ineludiblemente, al no haber derecho a enmienda, a dar cumplimiento a las partidas presupuestarias para cubrir una deuda pública cuyas características básicas fueron fijadas por una Dirección General⁷⁹⁶.

A su vez, respecto al segundo argumento, si bien la suscripción de deuda pública constituye un acto voluntario, las obligaciones derivadas de la misma recaen directamente sobre el “futuro” legislador presupuestario – férreamente vinculado dado el principio de inclusión presupuestaria automática (anterior artículo 135.2 CE) –. No podemos obviar el carácter bifronte de la deuda pública: como ingreso y como gasto público⁷⁹⁷. Y el importante volumen de gasto que comporta hacer frente al servicio de la deuda pública hace necesaria la determinación de unos parámetros mínimos de su

⁷⁹⁵ Véase, DE LA HUCHA CELADOR, Fernando “La nueva era de la deuda pública en España: aspectos jurídicos”, *Perspectivas del Sistema Financiero*, (46), pp. 66 – 108 e, igualmente, en DE LA HUCHA CELADOR, Fernando, “La Deuda pública: análisis de su evolución jurídica desde la aprobación de la Constitución de 1978”, cit., p. 181.

⁷⁹⁶ Véase, DE LA HUCHA CELADOR, Fernando, “La Deuda pública: análisis de su evolución jurídica desde la aprobación de la Constitución de 1978”, cit., p. 199 y ss.

⁷⁹⁷ PALAO TABOADA, Carlos, *Derecho Financiero y Tributario*, cit., pp. 277 y ss.

régimen jurídico por ley. De lo contrario y, paradójicamente, los futuros contribuyentes y sus representantes parlamentarios deberán someterse al cumplimiento, sin derecho a réplica, de unas decisiones emanadas por la Dirección General del Tesoro y Política Financiera.

No efectuaremos un análisis de mayor calado sobre la problemática de la aplicación del principio de reserva de Ley en materia de deuda pública (cuestión controvertida que merece una especial atención), ni sobre la más que dudosa constitucionalidad de la opción adoptada en la práctica. En este momento de nuestro estudio, se busca poner de relieve el proceso de adaptación (e, inherentemente, flexibilización) de la normativa reguladora de la emisión de deuda pública a la realidad de los mercados financieros en los que opera.

La regulación de la deuda pública en su modalidad de empréstito público emitido en los mercados de capitales revela una aplicación laxa de la reserva de ley que es extensible a la generalidad de formas de contracción de crédito público. En la misma línea, se encuentran los contratos de préstamo y crédito suscritos entre las Administraciones públicas y sujetos privados determinados (el denominado crédito singular). Estos contratos quedan expresamente excluidos del ámbito objetivo de aplicación de la TRLCSP (art. 4.1 letra l) del TRLCS), remitiéndose su regulación a normas específicas.

Frente a esta exclusión debemos apuntar dos elementos. El primero es que no existen normas de naturaleza administrativa que disciplinen esta materia y son de aplicación las normas que regulan el tráfico mercantil. Este cambio legislativo –que comporta una flexibilización en la normativa de las operaciones de crédito contratadas por las Administraciones públicas con un prestamista singular– asemeja estas operaciones a un contrato de crédito y préstamo entre particulares. Esta transformación se enmarca en un proceso llevado a cabo por los entes públicos para acomodar los procedimientos de obtención de préstamo y crédito a sus necesidades, cada vez más variables. Así, del mismo modo que se vive un proceso de deslegalización y delegación de competencias en materia de emisión de empréstitos públicos, las operaciones de crédito singular también sufren su particular proceso de transformación.

El segundo elemento a destacar es la existencia de una zona común (constituida por elementos como la formación de la voluntad, la organización, el sujeto, la capacidad y la competencia) que permanece bajo la esfera del Derecho público por el hecho de ser

un sujeto público el contratante⁷⁹⁸. Y respecto a este conjunto de elementos comunes, en caso de no existir normativa específica, será de aplicación la LCSP. Entre los elementos que siempre serán regulados por el Derecho Administrativo se encuentra “todo lo relativo a la regulación del aparato administrativo, así como la formación de la voluntad de la administración”⁷⁹⁹.

Tal y como establece el art. 1 del TRLCSP, el proceso de generación del contrato tiene que estar marcado por los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia⁸⁰⁰ (en iguales términos se pronuncia en el artículo 100 de la LGP). El principio de publicidad, actúa como estímulo de la transparencia en el actuar administrativo en sectores –como es el de la contratación pública– donde debido al gran número de intereses económicos en juego dicha publicidad está a menudo cuestionada⁸⁰¹.

⁷⁹⁸ Como indica FORTI la distinción no es tanto entre Derecho público o Derecho privado sino entre los diferentes momentos singulares de actuación de la Administración, puesto que algunos de ellos estarán sometidos a Derecho público y otros a Derecho privado, incluso dentro de la misma institución. Véase, cita de GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, “Principios sobre los contratos de la Administración con especial referencia a la esfera Local”, *Revista de estudios de la vida local*, (87), 1956, p. 304.

⁷⁹⁹ Véase, GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, “Principios sobre los contratos de la Administración con especial referencia a la esfera Local”, cit., p. 303. Posición respaldada desde hace décadas por el Consejo de Estado (Véase, su dictamen de 2 de octubre de 1969). En este sentido, el Tribunal Supremo en sucesivas ocasiones ha afirmado que “incluso cuando el resultado final de una actuación administrativa sea un contrato de Derecho privado, la formación de la voluntad de la Administración está sometida a normas de naturaleza jurídico-administrativa, exige que ésta observe en todo caso las reglas sobre competencia y procedimiento”.

⁸⁰⁰ Estos principios se recogen en el art 1 del TRLCSP relativo al objeto y la finalidad de la norma, y se conectar con el principio de estabilidad presupuestaria y la necesidad de control del gasto público. El citado precepto establece que “*la presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa*”.

⁸⁰¹ Pero la publicidad no debe concebirse solo como una forma de fiscalización de la actuación administrativa, sino también como un medio de promoción de la concurrencia privada. Por tanto, en palabras de MONEDERO GIL, la máquina de la publicidad trabaja también como motor de la concurrencia. La contratación administrativa, a diferencia de lo que sucede en la esfera privada, debe aspirar a la concurrencia total, no siendo suficiente difundir la información de la oferta de contratación a un grupo de personas o empresas limitado. Solo a través de la búsqueda de esta concurrencia máxima se da cumplimiento a una competencia legal y óptima. MONEDERO GIL, José Ignacio, *Doctrina del Contrato del Estado*, cit., p. 330.

Estos principios deben regir la actuación de la Administración, concretamente de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera a la hora de concertar las líneas de crédito y préstamo, y tan solo podrán decaer en aquellos casos en los que entren en colisión con otros intereses de la Administración. En el caso de la concertación de crédito singular, la Orden EHA/2393/2006, de 14 de julio, que regula los procedimientos para la concertación de líneas de crédito y otras operaciones de financiación a corto plazo, así como préstamos a medio y a largo plazo por parte de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, concretamente en su Exposición de motivos, establece que, si bien los procedimientos por ella regulados garantizan los principios de objetividad, transparencia y publicidad, “pueden darse casos en los que, con el objetivo de aplicar una adecuada política de gestión del riesgo de incumplimiento, o por la necesidad de evitar movimientos especulativos en el mercado previos a la realización de la operación, convenga restringir la concurrencia a las entidades financieras que reúnen la condición de creadores de mercado de deuda pública”⁸⁰². En consecuencia pueden darse dos supuestos, uno, que la convocatoria esté abierta a todas las entidades de crédito que cumplan los requisitos fijados en la Resolución de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera que regula los procedimientos para la concertación de líneas de crédito y otras operaciones de financiación a corto plazo, y otro, que la concurrencia se limite a las entidades creadoras de mercado. En esta segunda opción la publicidad se restringe sustancialmente, al informarse tan solo a dichas entidades mediante fax, correo certificado o, incluso, e-mail del cual que quede constancia de su transmisión y recepción (artículo 2 de la Orden

Por último, es conveniente apuntar que el principio de publicidad también garantiza el cumplimiento del principio de igualdad entre administrados. Hemos de tener en consideración que si bien el contratista privado no ocupa una posición pareja a un cargo público, este desempeña una determinada función pública, véase, MORELL OCAÑA, LUÍS “Requisitos de los contratos: capacidad y solvencia de las empresas” en *Comentarios de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas*, coord. Rafael GÓMEZ – FERRER MORANT), 2ª ed. Thomson Civitas, 2004, pp. 142 y 143. Por ello, a pesar de no ser aplicable el art. 23.2 de la CE, sí podemos afirmar que si un ciudadano tiene derecho a acceder en posición de igualdad a la función pública, tiene *mutatis mutandis* el mismo derecho a acceder a la contratación pública.

⁸⁰² Los creadores de mercado de deuda pública son un grupo de entidades financieras cuya finalidad última es favorecer la liquidez del mercado secundario de deuda pública y cooperar con la Dirección General del Tesoro y Política Financiera en la difusión exterior e interior de la deuda del Estado. Los creadores de mercado de deuda pública del Reino de España están regulados en la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de 10 de febrero de 1999. La Resolución, de 7 de julio de 2005, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera por la que se regulan los creadores de mercado de deuda pública del Reino de España (BOE núm. 179 de 28 de julio de 2005), que sustituye a la Resolución de 5 de marzo de 2003, y tiene por objeto actualizar el régimen de los creadores de mercado para facilitar su adaptación a los cambios que han operado en los mercados de deuda pública. Además, se pretende promocionar el mercado de valores segregados o «strips» y dar cobertura al acuerdo alcanzado por los Tesoros de la zona euro, acerca de la armonización de los sistemas de remisión de información de los Creadores de Mercado.

EHA/2393/2006, relativo al procedimiento y finalidad de la concertación de líneas de crédito).

Las restricciones en la publicidad y la concurrencia requeridas por la LCSP se justifican en aras de aportar mayor seguridad a la operación, debido a la importancia que esta posee⁸⁰³. Concertar la línea de crédito con una entidad Creadora de Mercado de deuda pública garantiza que el importe tomado en préstamo será entregado en tiempo al Estado, factor que se considera imprescindible dado que el capital prestado probablemente cubrirá la amortización de otros valores de deuda pública. En caso de no disponer de dicho importe se podría incumplir el servicio de la deuda del Estado, garantizado constitucionalmente y poner en entredicho la solvencia del Estado.

A continuación analizaremos la normativa específica en materia de concertación de crédito singular. Tras la determinación del principio de reserva de ley en materia de deuda pública en la Constitución (art. 135) y la fijación del saldo vivo de la deuda pública para ese ejercicio en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, la única norma con rango legal que regula las operaciones de crédito (entendido este último como la concertación de líneas de crédito u operaciones de préstamo en moneda nacional) es la LGP. Ahora bien, como sucedía en el caso de la emisión de valores, esta regulación es especialmente sucinta. En concreto, la competencia para la formalización de las operaciones se delega en el Ministro de Economía y Hacienda y, posteriormente, en la Dirección General del Tesoro y Política Financiera (art. 98 de la LGP). Debemos traer aquí a colación dos ideas que apuntamos en relación con la excesiva delegación contenida en la LGP en materia de emisión de empréstitos, dado que el art. 98 de la citada ley es de aplicación tanto para las emisiones de empréstitos como para la concertación de crédito singular (operaciones todas ellas enumeradas en el art. 97 de la LGP, precepto al cual el art. 98 hace referencia). Junto a la determinación del órgano competente, el art. 100 de la LGP regula el procedimiento de concertación de líneas de crédito u operaciones de préstamo, pero este precepto contiene una remisión en blanco a

⁸⁰³ Desde la doctrina administrativista se ha sostenido la exclusión de las actividades del Tesoro público (en la totalidad de su actuación financiera: áreas crediticias, de valores y de seguros) de los principios de libertad y concurrencia. Esto se debe a que la aplicación de estos principios puede “presentar disfunciones que darán lugar a característicos servicios de caja, anticipos, colaboraciones en la gestión recaudatoria. Además el Tesoro no hace frente, tan solo, a la problemática de los desajustes o de la distribución territorial de los fondos; las actividades funcionales tiene que ver, además, con la intervención en el mercado de capitales, dinero, valores y divisas, cuando las circunstancias lo aconsejen; y contribuir al funcionamiento normal de dichos mercados. Pues bien, esas tareas, como también las de cobertura de riesgos de interés o de cambio, en las relaciones interestatales, constituyen una actividad contractual que, por razones de finalidad, quedan al margen de la LCAP.” Véase, MORELL OCAÑA, Luís, “Requisitos de los contratos: capacidad y solvencia de las empresas”, cit., p. 127.

lo establecido en la normativa reglamentaria⁸⁰⁴. La única restricción que se establece a la potestad reglamentaria es el respeto a los principios de objetividad, transparencia y publicidad. Principios que, como analizamos, irradian sobre el conjunto de la contratación pública, con independencia de si se trata de un contrato público o privado, o incluso excluido de la LCSP, como son los contratos de préstamo y crédito. Por tanto, la regulación específica, contenida en la LGP, no dispone mayores restricciones a la actuación del poder ejecutivo que aquellas que, con carácter general, establece la LCSP. Es más, podríamos afirmar que el art. 100 en LGP en puridad deja abierta la posibilidad de una aplicación flexible de estos principios, puesto que establece que los procedimientos para la concertación de líneas de crédito u operaciones de crédito singular deberán garantizar los principios de objetividad, transparencia y publicidad “*adecuados al tipo de operación*”. Y esta capacidad fijada en la ley se concretiza, como hemos visto, en por la Orden EHA/2393/2006, de 14 de julio, que expresamente posibilita la limitación de los principios para garantizar una correcta gestión de los riesgos de incumplimiento y evitar movimientos especulativos del mercado.

Fruto de la remisión en blanco de la LGP a la normativa reglamentaria, el régimen jurídico de los procedimientos de concertación de operaciones de crédito se encuentra por completo en Órdenes del Ministerio de Economía y Hacienda y, principalmente, en Resoluciones de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera. Entre las primeras destaca la Orden de 19 de junio de 1997, por la que se regulan las operaciones de segregación de principal y cupones de valores de Deuda del Estado y su reconstitución y se autoriza a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera a formalizar préstamos singulares con instituciones financieras. El art. 2 de la citada Orden del Ministerio de Economía y Hacienda recoge, de nuevo, una delegación en el Director general del Tesoro y Política Financiera de las facultades necesarias para concertar y formalizar operaciones de préstamo y, en particular, para establecer tanto el procedimiento para “*seleccionar las entidades de prestamistas, los importes, plazos de vencimiento y tipos de interés de cada una de las operaciones que se formalicen en virtud de esta autorización*”.

Junto a la Orden de junio de 1997, la Orden EHA/2393/2006, de 14 de junio, regula los procedimientos para la concertación de líneas de crédito y otras operaciones de financiación a corto plazo, así como de préstamos a medio y a largo plazo por parte de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera. El articulado de esta norma

⁸⁰⁴ El tenor del art. 100 de la LGP es totalmente abierto “*La concertación de líneas de crédito u operaciones de préstamos en moneda nacional o en divisas se realizará de conformidad con los procedimientos que reglamentariamente se establezcan, en los que se garantizarán los principios de objetividad, transparencia y publicidad adecuados al tipo de operación que se trate*”.

contiene aspectos relativos, estrictamente, al procedimiento a través del cual el Director General del Tesoro y Política Financiera seleccionará las entidades financieras con las que se concertarán las líneas de crédito y otras operaciones de financiación⁸⁰⁵. Pero la Orden no determina dichas actuaciones, sino que estas se establecerán a través de Resoluciones del Director General del Tesoro y Política Financiera (siguiendo, eso sí, el contenido mínimo fijado en la Orden). Ahora bien, dicho contenido mínimo es tan solo una enumeración de los aspectos básicos que deben constar en la Resolución (es decir, la finalidad de línea de crédito u operación; las características generales – su divisa, su modalidad, las normas relativas al cálculo de intereses, etc.-; el plazo de vigencia; el plazo de resolución del proceso, etc.), siendo el Director General del Tesoro y Política Financiera el encargado de dotar de contenido material estos parámetros.

En síntesis, las características básicas del recurso al crédito, en este caso singular, no van a ser fijadas por ley (ley de emisión que ha sido transformada en una mera ley de autorización del límite máximo de deuda pública), ni por Orden ministerial (puesto que las Órdenes reguladoras de la materia contienen delegaciones de funciones amplísimas) sino por Resoluciones del Director del Tesoro y Política Financiera. Si esta delegación se conjuga con las limitaciones apuntadas del principio de publicidad y concurrencia, podemos concluir que la suscripción de los contratos de préstamo y crédito queda exclusivamente en manos de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, que podrá, sin mayores restricciones que las genéricas aplicables a todo contrato administrativo, -e incluso estas últimas alteradas en función del interés general- contratar con una entidad de crédito y establecer con plena libertad las condiciones de la operación de préstamo, en función de la situación en la que se encuentren los mercados de capitales.

El examen de los procedimientos de emisión de deuda pública y concertación de crédito público nos lleva a afirmar que el legislador no ha dudado en poner en entredicho el cumplimiento de mandatos constitucionales para convertir la deuda pública y el crédito singular en instrumentos competitivos, fin que podía haberse alcanzado sin otorgar una autorización casi en blanco al Gobierno en la materia. El elenco de

⁸⁰⁵ Como establece la Orden EHA/2393/2006, este procedimiento es complementario al establecido en las Órdenes anuales que disponen la creación de Deuda del Estado, puesto que el objetivo de la concertación de líneas de crédito, y el resto de operaciones a corto plazo reguladas en la Orden EHA 2393/2006, es cubrir las necesidades transitorias de tesorería que no conviene cubrir, por cuestiones de carácter operativo y financiero, mediante la emisión de valores (emisiones de valores reguladas, de forma muy básica, en la Orden anual correspondiente, que será complementada por periódicas Resoluciones de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera en las que se fijarán, no solo el calendario de subastas de las emisiones, sino también aspectos como la modalidad de Deuda pública a emitir y el interés que acompaña a la misma).

competencias otorgadas en última instancia a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera permite regular la deuda pública y el crédito singular obviando la rigidez surgida de la regulación legal. No obstante, el principio de reserva de ley formal, da cumplimiento a diversas exigencias de índole sustancial⁸⁰⁶, que no pueden ser desatendidas en tal medida respecto a un instituto clave del derecho financiero como son, en la actualidad, los ingresos crediticios.

Antes de concluir este apartado relativo a la reserva de ley en materia de deuda pública debemos hacer dos apreciaciones. En primer lugar, las afirmaciones que hemos realizado sobre la necesidad de fijar ciertas características de la deuda pública por ley, si bien han tenido cabida en momentos previos marcados por la estabilidad de la deuda pública española en los mercados de capitales, en la actualidad son de difícil consecución. La severa crisis a la que hace frente la deuda pública española⁸⁰⁷ hace prácticamente inviable la predeterminación de sus características básicas por ley. La concreción en una ley, por ejemplo, de los márgenes entre los cuales deben oscilar los tipos de interés a los cuales se emite la deuda pública podría tener consecuencias muy negativas para su viabilidad. La deuda pública perdería el poco margen de maniobra que le resta para adaptarse a los convulsos mercados de capitales y los datos contenidos en la norma legal generarían movimientos especulativos. Con esta apreciación, no nos posicionamos en contra del cumplimiento del principio de reserva de ley en materia de deuda pública, sin embargo, este desiderátum parece costoso de alcanzar⁸⁰⁸.

La segunda observación, estrechamente relacionada con la primera, hace referencia a la posición continuista adoptada por el legislador a la hora de determinar la redacción del nuevo art. 135 de la CE. La deslegalización de la emisión de deuda pública y de la concertación de crédito público constituye un fenómeno arraigado en el ordenamiento jurídico financiero. Además, estas actuaciones del legislador y del

⁸⁰⁶ PÉREZ ROYO, Fernando, “Fundamento y ámbito de la reserva de Ley en materia tributaria”, *Hacienda Pública Española*, (14), 1972, p. 207.

⁸⁰⁷ La deuda pública española está haciendo frente a las primas de riesgo más elevadas de su historia, con un diferencial entre el bono español y el bono alemán a diez años de unos 500 puntos básicos.

⁸⁰⁸ Igualmente, DE LA HUCHA CELADOR, defensor del establecimiento de horquillas limitativas de los límites máximo y mínimo de los tipos de interés de la deuda pública, ha puesto de manifiesto en sus últimas aportaciones doctrinales la dificultad de fijar en ley estas características de la deuda pública en momentos de turbulencias en los mercados de capitales. Si bien el autor es consciente, de que “de todas formas, no hay que resignarse a la idea de que sean éstos (los mercados) quienes gobiernen nuestras economías, sino que la política debe regular aquello, aun a sabiendas de que son perfectamente conocedores de las necesidades de financiación, del calendario de vencimientos y de la imposibilidad de amortización de la Deuda salvo refinanciación obligatoria”. Véase, DE LA HUCHA CELADOR, Fernando, “La Reforma del artículo 135 de la Constitución: estabilidad presupuestaria y deuda pública”, *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, (153), Enero–Marzo, 2012, pp. 43 y 44.

ejecutivo no han generado consecuencias jurídicas. Tal es el nivel de consolidación de estas prácticas que en nuestra opinión cabe afirmar que respecto a la reserva de ley regulada en el primigenio art. 135.1 de la CE se había producido una *mutación constitucional*⁸⁰⁹.

Las premisas necesarias para afirmar la existencia de una mutación constitucional son dos: un cierto grado de rigidez de la Constitución y su comprensión como instrumento normativo⁸¹⁰. A estas dos circunstancias, debemos unir la ausencia de una regulación constitucional de la institución que permita un amplio margen de maniobra al legislador ordinario. En el caso de la deuda y el crédito públicos (art. 135 de la CE) se puede afirmar que las diferentes condiciones se producen. En cuanto a los métodos, o los procesos, a través de los cuales se perfecciona la mutación, según LABAND pueden ser tres: regulación por parte de las leyes de elementos centrales del Estado no previstos o previstos de manera colateral; modificación de elementos centrales del Estado por medio de leyes que contradicen el contenido de la Constitución; y, por último, alteración de los elementos centrales del Estado por medio de usos y costumbres de los poderes públicos⁸¹¹. En nuestro supuesto podemos observar la

⁸⁰⁹ Fue la doctrina publicista alemana de finales del siglo XIX y principios del XX la primera en formular el concepto de “mutaciones constitucionales” (*verfassungswandlung*), expresión acuñada para aquellos cambios de significado o de sentido de la Constitución sin que su redacción escrita se vea alterada y, por tanto, al margen completamente de los cauces establecidos para su reforma. Paradójicamente autores como LABAND, partidario –inicialmente– de la separación del Derecho de la política, fueron los propulsores del estudio de las diferencias entre lo establecido en la norma constitucional y la realidad aplicativa de la misma (para un estudio detallado de la cuestión, véase, PÉREZ ROYO, Javier, “El proyecto de constitución del Derecho público como ciencia en la doctrina alemana del siglo XIX”, *Revista de Estudios Políticos*, (1), 1975, pp. 83 a 85). El concepto de mutación constitucional y las diferencias con la reforma constitucional han sido apuntadas por JELLINEK, “por reforma de la Constitución entiendo la modificación del texto constitucional resultante de acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación”. véase, JELLINEK, Georg, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, traducción de Christian FÖSTER, *Reforma y mutación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 7 (el original de JELLINEK es de 1906).

Por tanto, el elemento de la intencionalidad es el que diferencia la reforma de la mutación. Esto nos lleva a considerar que el marco jurídico europeo en materia presupuestaria ha supuesto no una transformación (mutación) en nuestra Constitución (como apunta RUIZ ALMENDRAL), sino una reforma Constitucional. La mutación del precepto relativo a la deuda y el crédito públicos, a nuestro entender, se había producido con anterioridad. RUIZ ALMENDRAL, Violeta, “Estabilidad Presupuestaria y Reforma Constitucional”, cit., pp. 35 y 36.

⁸¹⁰ SÁNCHEZ URRUTIA, Ana Victoria, “Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto”, *Revista española de Derecho Constitucional*, (58), Enero-Abril, Madrid, 2000, pp. 107 y ss.

⁸¹¹ LABAND estableció estas premisas a finales del siglo XIX en su obra *Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*. Sin embargo, estas gozan de plena vigencia en la actualidad. Véase, LABAND, Paul,

confluencia del segundo y tercer supuesto, puesto que si bien la regulación de la deuda pública no llega a contradecir frontalmente lo establecido en la Constitución, la interpretación de la norma constitucional ha sido tan laxa que la realidad de la regulación jurídica de la institución se ha alejado sustancialmente de lo establecido en el mandato constitucional. Por último, los usos y costumbres de los poderes públicos han tenido un importante papel en la nueva configuración del instituto jurídico de la deuda pública. La evolución de los mercados de capitales y la contratación pública en los últimos treinta años hace que los preceptos fijados en la Constitución de 1978 regulen mandatos de difícil consecución y que difieren de las prácticas totalmente aceptadas.

Bajo estas circunstancias, la cuestión que se plantea es si el legislador de la reforma constitucional debería haber modificado estas disposiciones y haber aprobado una norma que no contuviera obligaciones que sistemáticamente se incumplen y que, muy probablemente, seguirán incumpléndose en el futuro. Para ello, preservando la reserva de ley en materia de deuda pública y el principio de inclusión presupuestaria automática⁸¹², se podía haber eliminado la precisión de que se satisfará el pago de intereses y capital “(...) *mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión*”, porque, en esencia, las condiciones no se fijan en una ley; en la ley tan solo se recoge la autorización al Ministro de Hacienda para que incremente la deuda pública con el límite de que el saldo vivo de esta, a 31 de diciembre, no supere una determinada cuantía. Sería más acorde con la realidad de la deuda pública que el precepto constitucional apuntara que se satisfará el pago de intereses y capital de la deuda pública *mientras no se superen los niveles autorizados por la ley*. Del mismo modo, podía haberse suprimido la referencia a la “*ley de emisión*”, dado que tal ley de emisión no existe. La ley es una *ley de autorización*, puesto que la emisión se materializa, como vimos con anterioridad, a través de una Resolución de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera.

Laband: Abhandlungen und Rezensionen, Vol. I, Leipzig, 1980, p. 574, citado por SÁNCHEZ URRUTIA, Ana Victoria, “Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto”, cit., p. 108.

⁸¹² DE LA HUCHA CELADOR señala la inexistencia en otros Estados, como Alemania, de esta garantía constitucional de la deuda pública derivada del principio de inclusión presupuestaria automática; Estados que aun así “gozan de mejor crédito – entendida esta expresión en sentido vulgar– que España. Para el autor, este hecho pone de manifiesto la dificultad de constitucionalizar la confianza en un Estado. Tras la reforma, en este punto, el legislador no solo no ha seguido la línea de otras Constituciones y ha obviado la inclusión del principio de inclusión presupuestaria automática sino que ha querido reforzar este, como veremos, a través de la precisión de prioridad absoluta del pago de los intereses y el capital de la deuda pública. Véase, DE LA HUCHA CELADOR, Fernando, “La Reforma del artículo 135 de la Constitución: estabilidad presupuestaria y deuda pública”, cit., p. 43.

2. La reforma del art. 135 de la CE

2.A. La introducción del principio de estabilidad presupuestaria a nivel constitucional

A nivel nacional e internacional, han existido voces tanto a favor como en contra de la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria. Esta confrontación de posturas ha dado como resultado la existencia de intentos –logrados y fallidos– de introducir este principio en diferentes textos constitucionales. Entre los intentos fallidos, a modo de ejemplo, podemos destacar el malogrado proyecto de la administración Reagan de introducir una enmienda mixta de equilibrio presupuestario y limitación de imposición, que fue finalmente rechazada por el Congreso de los Estados Unidos⁸¹³. El tenor exacto de dicha enmienda era el siguiente: “antes de cada ejercicio fiscal el Congreso adoptará una relación de ingresos y gastos para dicho ejercicio”. Esta enmienda se enmarcaba ideológicamente en las teorías de BUCHANAN y WAGNER tendentes a la contención del déficit y a la estricta estabilidad presupuestaria, postulados frontalmente contrarios a los keynesianos. Estos autores apuntaron, incluso, la necesidad de que la regla constitucional de la estabilidad incluyera “un mecanismo específico de ajuste” que “se dispararía automáticamente en la emergencia de darse una diferencia entre gastos e ingresos por encima y más allá de un umbral determinado”. Este ajuste debía “ser automático en el sentido que se (viera) inmunizado frente a la toma de decisiones corrientes”; y debía “entrar en funcionamiento a través de la propia operatividad de la regla”⁸¹⁴. BUCHANAN y WAGNER consideraron este mecanismo imprescindible, dado que para ellos era “relativamente fácil pensar en una situación en la cual el requisito constitucional del equilibrio pudiera existir sin un mecanismo de ajuste, en cuyo caso los déficits presupuestarios podrían continuar produciéndose con poco o ningún efecto sobre el propio proceso de toma de decisiones en sí”⁸¹⁵.

⁸¹³ Sobre los elevados niveles de déficit en Estados Unidos durante la década de los ochenta y las medidas adoptadas a principios de los años noventa para su reducción, véase, STIGLITZ, Joseph E., *Economía del sector público*, cit., pp. 686 y ss.

⁸¹⁴ Este ajuste puede llevarse a cabo a través de dos mecanismos distintos: el primero, el aumento automático de los tipos impositivos que incremente los ingresos y permita eliminar la diferencia entre ingresos y gastos; el segundo, la contención del déficit a través de reducciones en los gastos. Véase, WAGNER, Richard E. y BUCHANAN, James M., *Déficit del Sector público y Democracia. El legado político de Lord Keynes*, Editorial Rialp, Madrid, 1983, p. 297.

⁸¹⁵ *Ibidem.*, p. 297.

De este modo, BUCHANAN y WAGNER ya ponían de manifiesto la limitada operatividad de los mandatos de disciplina presupuestaria (incluso instituidos a nivel constitucional) si a su incumplimiento no se anuda la aplicación de medidas de carácter automático, tendentes a la reducción de gastos o incremento de ingresos. Estas debilidades, derivadas de la falta de mecanismos automáticos de ajuste, constituyen una de las carencias de la disciplina presupuestaria europea, en concreto, un escollo para la estricta aplicación del PEC, y probablemente constituirán una de las principales dificultades de una estricta aplicación de las reglas de disciplina presupuestaria incluidas a nivel constitucional.

Frente a estas propuestas no materializadas, encontramos Estados que han introducido en sus textos constitucionales de forma expresa el principio de estabilidad presupuestaria. Entre estos últimos destacan Alemania. La reforma constitucional alemana, si bien no es la primera llevada a cabo en Europa, puesto que otros países como Suiza ya habían introducido en su Constitución preceptos tendentes a la disciplina presupuestaria⁸¹⁶, es la reforma que ha inspirado a la reforma constitucional española. De hecho, muchos de los Estados miembros de la UEM que en la actualidad han adaptado, o están en proceso de adaptar, sus Constituciones a los nuevos mandatos de la

⁸¹⁶ La reforma suiza tiene muchos puntos en común con la reforma alemana. En 2 de diciembre de 2001 se llevó a cabo un referéndum popular en Suiza en el cual por abrumadora mayoría se decidió la introducción en el texto constitucional de una regla de limitación al endeudamiento. En 2003, se modificaron el art. 126 y el art. 159, párrafos 3º y 4º, de la Constitución suiza para introducir las siguientes indicaciones: el nivel de gastos debe ajustarse cíclicamente al nivel de ingresos. Además, los posibles ingresos adicionales no deben destinarse a incrementar los gastos, sino a reducir el stock existente de deuda pública. Los posibles déficits o superávits deben establecerse en una cuenta específica, que debe equilibrarse a lo largo de varios años a través de una reducción o un incremento de los gastos, respectivamente. En caso de producirse un déficit superior al 6 % del PIB este debe ser reducido en los tres años siguientes. Por último, si existen gastos extraordinarios, estos tienen que ser aprobados por la mayoría de las dos Cámaras. Podrán excederse los niveles de déficit en caso de necesidades financieras excepcionales. La Ley sobre las Finanzas de la Confederación, de 7 de octubre de 2005 (RO 2006, 1275), establece como situación excepcional aquellos supuestos que escapen al control de la Confederación. La reforma Suiza se hizo efectiva en el ejercicio presupuestario de 2007.

Ahora bien, el caso suizo debe analizarse con cautela, puesto que los Cantones suizos tienen una autonomía financiera muy importante (tanto en la vertiente del ingreso como del gasto), que no tienen otros niveles subcentrales de Gobierno como los Länder alemanes, las regiones italianas o las Comunidades Autónomas españolas. Véase un estudio detallado de la reforma suiza en, FELD, Lars P. KIRCHGÄSSNER, Gebhard, *On the effectiveness of debt brakes: the Swiss experience*, CREMA Working Paper Series, (21), 2006, Centre for Research in Economics, Management and the Arts, p. 1 y ss; SOGUEL, Nils, “Coordination et décentralisation des règles budgétaires dans une structure fédéraliste. Le cas des cantons suisses”, *Revue d’Economie Régionale & Urbaine*, (1), 2006, p. 30 y ss. BODMER, Frank, “The Swiss debt brake: how it Works and What can go wrong”, *Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik*, Vol. 142, (3), 2006, pp. 307 y ss. Las diferencias con el caso alemán se detallan en FELD, Lars P. y BASKARAN, Thushyanthan, “Federalism. Budget Deficits and Public Debt: On the reform of Germany’s Fiscal Constitution”, *Review of Law and Economics*, 4:3, 2010, pp. 378 y 379.

UEM⁸¹⁷ han tomado, o toman, como modelo la reforma de la Ley Fundamental de Bonn de 2009.

La modificación de la Constitución alemana se llevó a cabo a través de dos reformas sucesivas y directamente relacionadas, la primera en 2006 y la segunda en 2009. La reforma constitucional alemana de 2006 (la conocida como Reforma del Federalismo alemán⁸¹⁸) introdujo una mención específica a la estabilidad presupuestaria. El art. 109, en un nuevo apartado 5º, estableció un reparto de responsabilidad entre la Federación y los Länder en caso de incumplimiento de las obligaciones de la República Federal de Alemania “*que se deduzcan de actos jurídicos de la Comunidad Europea en base al art. 104 del TUE*”⁸¹⁹. Este precepto no contenía tanto una transposición explícita del principio de estabilidad presupuestaria como una distribución de responsabilidades en caso de incumplimiento de la disciplina presupuestaria europea. Sin embargo, fue significativo que una norma de esta naturaleza se insertase en el texto constitucional. Los motivos son varios. A nivel material, el establecimiento del reparto de responsabilidades derivadas del incumplimiento de una determinada norma comporta una aceptación tácita, a nivel constitucional, de los mandatos derivados de dicha norma. Y, desde una perspectiva competencial, la introducción a nivel constitucional de una disposición que determina el reparto de

⁸¹⁷ En la Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Zona del Euro presentada el día 9 de diciembre de 2011, los Estados miembros de la UEM se comprometen a introducir en sus Constituciones o normas de nivel equivalente una regla de disciplina presupuestaria. Esta norma debe establecer la obligación de que “los presupuestos de las administraciones públicas estarán equilibrados o con superávit”. A su vez, “este principio se considerará respetado si, por norma general, el déficit estructural anual no excede del 0,5 % del producto interior bruto (PIB) nominal”. El Tribunal de Justicia de la UE tendrá la competencia para verificar la incorporación de esta norma al ordenamiento jurídico nacional.

Este compromiso de los Estados de la UEM finalmente acabó plasmándose en el art. 3 del TECEG.

⁸¹⁸ Esta reforma fue introducida a través de la 52ª Ley de modificación de la Ley Fundamental, de 28 de agosto de 2006 (que modificó los artículos 22, 23, 33, 52, 72, 73, 74, 74a, 75, 84, 85, 87c, 91a, 91b, 93, 98, 104a, 104b, 105, 107, 109, 125a, 125b, 125c, 143c). Fue publicada en el Boletín Oficial (Bundesgesetzblatt) el 31 de agosto de 2006 (BGBl. 2006, Teil I, Nr. 41), y entró en vigor el 1 de septiembre de 2006.

⁸¹⁹ El apartado 5 del art. 109 GG determina: “5) *Obligaciones de la República Federal de Alemania que se deducen de actos jurídicos de la Comunidad Europea en base al artículo 104 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea sobre el respeto de la disciplina presupuestaria tienen que ser cumplidas conjuntamente por la Federación y los Länder. Medidas de sanción de la Unión Europea soportan la Federación y los Länder en la proporción 65 a 35. La totalidad de los Länder soportan solidariamente 35 por ciento de las cargas asignadas a los Länder según el número de habitantes; 65 por ciento de las cargas asignadas a los Länder soportan los Länder según su contribución en la causa de la sanción. La regulación se hará por ley federal que requiere la aprobación del Bundesrat*”. Traducción obtenida del Bundestag Alemán – Administración – Sección de Relaciones Públicas Berlín. www.bundestag.de

competencias evita las potenciales controversias que se pueden producir entre la Federación y los Länder si dicha distribución se recoge en una norma con rango legal⁸²⁰.

En cuanto al contenido material del art. 109.5º GG, este precepto introdujo una “regla objetiva de determinación de responsabilidad”⁸²¹, que no tomaba en consideración quien era el sujeto responsable del incumplimiento puesto que en todo caso la Federación había de soportar el 65 % de la sanción impuesta, y los Länder debían hacer frente al 35 % restante. El 35 % de la sanción al que debían hacer frente los Länder se repartía tomando en consideración dos criterios: la población y el grado de responsabilidad que hubieran tenido en el incumplimiento de las obligaciones derivadas del PEC. En función de criterio de la población se distribuía el 35 % (porcentaje calculado sobre el 35 % correspondiente a los Länder), mientras que el 65 % restante debía cubrirse proporcionalmente por aquellos Länder que hubieran causado las sanciones⁸²².

Así, mientras el criterio de reparto de las sanciones entre Federación y Länder era plenamente objetivo, el criterio de reparto entre Länder tomaba en consideración tan solo parcialmente el grado de incumplimiento de la disciplina presupuestaria. En

⁸²⁰ En el ordenamiento jurídico español la traslación de responsabilidades a las Comunidades Autónomas fruto del incumplimiento de las obligaciones del TUE por parte del Estado se encontraba en el art. 7 apartado 4 de la LOCLGEP. Por tanto, se adoptó una opción de menor calado. Sobre la constitucionalidad de este precepto, en concreto sobre los aspectos de distribución de responsabilidad, no ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional, ahora bien las limitaciones genéricas al endeudamiento para las Comunidades Autónomas (establecidas en el art. 14 de la LOFCA) no han estado exentas de controversias, como veremos en el apartado relativo a las limitaciones al endeudamiento de las Comunidades Autónomas.

En la actualidad, la distribución de responsabilidad se recoge en el art. 8 de la LOEPSF, que sigue manteniendo el mismo rango. La disposición en ambas normas tiene el mismo tenor, ahora bien solo se altera el sujeto, en el caso de la LOCLGEP se establecía que las Comunidades Autónomas “*asumirán en la parte que les sea imputable las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubiesen derivado*”, mientras que en la actual LOEPSF se hace referencia a las “*Administraciones públicas*” de forma genérica.

⁸²¹ Sobre el conjunto de la reforma, puede verse ARROYO GIL, Antonio, *La reforma constitucional del federalismo alemán. Estudio crítico de la 52.ª Ley de modificación de la Ley Fundamental de Bonn, de 28 de agosto de 2006*, Institut d’Estudis Autònoms, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2009. Sobre el nuevo art. 109.5 concretamente, pp. 102 a 104.

⁸²² La Ley de Acompañamiento a la 52ª Ley de modificación de la Ley Fundamental, publicada el día 11 de septiembre (BGBl 2006, Teil I, Nr. 42, pp. 2098 a 2107) aprobó la Ley de Reparto del Pago de Sanciones (Gesetz zur innerstaatlichen Aufteilung von unverzinslichen Einlagen und Geldbußen gemäß Artikel 104 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Sanktionszahlungs-Aufteilungsgesetz - SZAG, BGBl. I, pp. 2098, 2.104).

términos porcentuales, los Länder responsables del incumplimiento debían cubrir menos del 25 % de la sanción total que pudiera imponerse sobre el Estado alemán⁸²³.

El criterio de reparto de responsabilidad entre Federación y Länder se unió a la disposición limitativa del recurso al crédito preexistente. Esta última se encontraba en el art. 115.1 *GG*⁸²⁴. La regla vigente hasta 2009 recogía dos requisitos para el acceso al crédito público: por un lado, un requisito de carácter formal, la previsión de la reserva de ley en materia de ingresos crediticios y, por el otro, una limitación cuantitativa del crédito público. En cuanto al segundo límite, el art. 115.1 *GG* establecía que “*los ingresos provenientes de créditos no podrán superar la suma de los gastos para inversiones previstos en el presupuesto, no admitiéndose excepciones sino para contrarrestar una alteración del equilibrio global de la economía. La regulación se hará por una ley federal*”. Esta limitación constituía lo que la doctrina hacendística califica como “*regla de oro*”, por la que los ingresos de la deuda pública se encuentran afectos a los gastos de inversión⁸²⁵. Esta regla de oro se reproducía también en bastantes de las Constituciones de los Länder. Ahora bien, la efectividad de estas normas para limitar el endeudamiento público había sido limitada⁸²⁶.

⁸²³ Las posturas frente a este reparto fueron distintas. Los Länder más pobres manifestaron que este porcentaje –aunque parcialmente reducido respecto al total– los podría colocar situación de emergencia presupuestaria. De este modo se recoge por MARTÍN VIDA, M^a Ángeles, “La reforma de federalismo alemán. Una visión General”, *Teoría y realidad constitucional*, (18), 2006, p. 348 (nota al pie núm. 32). Por el contrario, existen autores que recogen la falta de coherencia entre el objetivo general de la reforma (ordenar y clarificar el complejo orden competencial y las responsabilidades a él asociado) y una norma de reparto con marcado carácter objetivo que en gran medida no tienen en cuenta la actuación concreta, a nivel presupuestario, de cada Land. ARROYO GIL, Antonio, *La reforma constitucional del federalismo alemán. Estudio crítico de la 52.ª Ley de modificación de la Ley Fundamental de Bonn, de 28 de agosto de 2006*, cit., pp. 103 y 104.

⁸²⁴ Precepto que, como veremos, fue modificado en la reforma constitucional de 2009.

⁸²⁵ MONASTERIO ESCUDERO, Carlos y SUÁREZ PANDIELLO, Javier, *Manual de Hacienda Autonómica y Local*, Ariel Economía, Madrid, 1996, p. 207. Las teorías hacendísticas clásicas entienden que la rentabilidad de la inversión pública puede generar ingresos tributarios adicionales porque tiene un efecto positivo sobre la economía del que disfrutarán los contribuyentes futuros, mientras pagan sus impuestos. Sin embargo, con frecuencia se ha discutido sobre las potenciales deficiencias de este tipo de las reglas de oro. Véase, EZQUIAGA DOMÍNGUEZ, Ignacio, “La Deuda pública de las Comunidades Autónomas 1992-1998”, *Boletín Económico de Andalucía*, núm. 27, 1999, pp. 109 y 110.

Reglas de este tipo constituyen una constante en los mecanismos de control del endeudamiento por parte del Gobierno central respecto de los organismos subcentrales, un ejemplo es el art. 14 de la LOFCA.

⁸²⁶ Para determinar el carácter y alcance de la reforma el Ministerio de Economía y Tecnología solicitó a un grupo de expertos la realización de un informe específico sobre el estado de la deuda pública en Alemania. Este informe se titula “*Staatsverschuldung wirksam begrenzen*” (marzo 2007).

Igualmente, se recoge un análisis detallado de los niveles de endeudamiento tanto de la Federación como de los Länder, en FELD, Lars P y BASKARAN, Thushyanthan, “Federalism Commission II – Recent Reforms of Federal – Länder Financial Relationships in Germany”, *Forum of Federations, Publications*,

Los factores causantes de la inoperatividad de la regla de oro fueron varios⁸²⁷. En primer lugar, la interpretación amplia de los conceptos “gastos de inversión” –que podían ser financiados a través de endeudamiento– y “situación excepcional de alteración del equilibrio global de la economía” –bajo la cual podía incumplirse la regla de oro–⁸²⁸. En segundo lugar, la posibilidad de introducir desviaciones a la regla durante la aplicación del presupuesto, al no existir un control *ex post* de la ejecución del presupuesto ni la vinculación de sanciones al incumplimiento de la regla de oro. Y, en tercer y último lugar, la deficiencia más importante era que la regla actuaba de forma asimétrica a lo largo del ciclo económico. Mientras que en las épocas bajas del ciclo (en las que se producía una situación de perturbación del equilibrio económico general) no existían limitaciones al endeudamiento, durante las épocas altas del ciclo económico no había la obligación específica de reducir el endeudamiento (y lograr superávit)⁸²⁹.

A pesar de las carencias en su aplicación, la simple existencia de estas previsiones constitucionales (en los arts. 109 y 115 de la GG) relativas a la disciplina presupuestaria ponía de manifiesto que el legislador constituyente alemán era proclive,

2009, pp. 3 a 9. Disponible vía internet: <http://www.forumfed.org/en/pubs/2009-10-26-feld.pdf> (última consulta, julio de 2013).

⁸²⁷ La regla de oro del art. 115 GG se introdujo en la reforma de la Constitución alemana de 1969 (Decimoquinta Ley de reforma de la GG, de 8 de junio de 1967, BGBl. I 1967, p 581). La versión original de 1949 restringía el endeudamiento de la Federación a situaciones de extraordinaria necesidad y, como regla general, el endeudamiento solo se permitía para financiar gastos que generaran una importante tasa de retorno en términos económicos. La regla originaria contenía parámetros más restrictivos que la introducida en 1967. El carácter flexible de la norma introducida en 1967 fue uno de los motivos (entre otros, como el crecimiento del sector público o la reunificación) que hicieron que el endeudamiento en Alemania incrementara desde un 18,6 % del PIB en 1970, a un 73 % del PIB en 2009.

⁸²⁸ Concretamente, en el ejercicio presupuestario de 2004 el recurso al crédito excedió el gasto de inversión ya en el presupuesto inicialmente aprobado por las Cámaras (en los ejercicios presupuestarios de 2002 y 2003 este exceso se había producido en el presupuesto ejecutado pero no en el aprobado inicialmente). El Gobierno de la Federación justificó este hecho en la existencia de “una situación excepcional de alteración del equilibrio global de la economía”. No obstante, los partidos de la oposición en ese momento (CDU/CSU y FDP) alegaron la inexistencia de esta situación excepcional e impugnaron el Presupuesto. Sobre la situación previa a la reforma y la necesidad de esta, véase, BAUMANN, Elke y KASTROP, Christian, “A new Budget rule for Germany”, *Fiscal Policy: Current issues and challenges*, Ninth Banca d’Italia workshop, Perugia 29 -31 Marzo, 2007, p. 597.

⁸²⁹ KASTROP, Christian, HERRES, Helmut, SCHNEIDER, Jürgen, HANKE, Bernd, BAUMANN Elke, SNELTING, Martin y DÖNNEBRINK, Elmar, *Reforming the Constitutional Budget Rules in Germany*, Federal Ministry of Finance, Septiembre, 2009, p. 2. Los autores señalan además, como motivo de la reforma, que la situación económica y institucional había cambiado sustancialmente desde la aprobación de esta regla en 1969.

Las causas de la reforma de la constitución alemana de 2009 se detallan también en KÖLLING, Mario, “Los límites de la deuda pública según la reforma de 2009”, *Revista d’ Estudis Autònoms i federals*, (16), 2012, p. 79 a 84.

incluso antes de la reforma constitucional de 2009, a la introducción de mandatos de política presupuestaria en su Carta Magna. De hecho, el establecimiento en 2006, en un precepto constitucional, de una norma relativa al reparto de las responsabilidades derivadas de los compromisos adquiridos con la UE entre niveles de gobierno constituía una singularidad del caso alemán. El legislador alemán, a diferencia de otros legisladores de Estados miembros de la UE, no aprobó normativa específica de carácter legal en materia de estabilidad presupuestaria y entes subcentrales⁸³⁰, pero al contrario que el resto de Estados miembros introdujo un precepto de esta naturaleza a nivel constitucional. Y, posteriormente, como analizaremos, por mor de la reforma constitucional del 2009, instauró el principio de estabilidad presupuestaria, así como reglas específicas de contención del gasto en el texto constitucional⁸³¹.

⁸³⁰ Tras la entrada en vigor del PEC, Bélgica, Italia y España aprobaron normas en materia de disciplina presupuestaria y niveles subcentrales de gobierno. Estos Estados se unieron a Austria y Dinamarca que ya tenían con anterioridad a la entrada en vigor del PEC normativa de esta naturaleza. Véase más sobre la influencia del PEC en las alteraciones de las estructuras presupuestarias internas de los Estados miembros en HALLERBERG, Mark, *Domestic Budgets in a United Europe: Fiscal Governance from the End of Bretton Woods to EMU*, Ithaca, Cornell University Press, New York, 2005.

Algunos estudios empíricos apuntan que el federalismo fiscal puede comportar, incluso, mayores niveles de disciplina presupuestaria. Véase, en este sentido, HALLERBERG, Mark, STRAUCH, Rolf, y VON HAGEN, Jürgen, “Budget in Europe after Maastricht”, cit., pp. 214 y 215.

Por el contrario, otros académicos matizan que si el federalismo es de carácter centralizado, y la Federación en su conjunto acaba asumiendo el endeudamiento excesivo de algún Estado federado, los incentivos para que los Gobiernos subcentrales reduzcan el recurso al endeudamiento son mínimos. Este era el caso de los Länder alemanes, los cuales además podían recurrir al crédito obteniendo financiación a un bajo interés fruto de la seguridad crediticia que ofrecía la Federación en su conjunto. Las relaciones entre la autonomía financiera de los entes subcentrales y el endeudamiento público se detallan en FELD, Lars P. y BASKARAN, Thushy, *Federalism. Budget Deficits and Public Debt: On the reform of Germany's Fiscal Constitution*, cit., pp. 372 a 377.

⁸³¹ Para comprender mejor el porqué del establecimiento de estos mandatos a nivel constitucional debemos tener en cuenta determinados aspectos acontecidos en Alemania durante la década de los noventa, principalmente, la existencia de déficits excesivos en algunos de los Länder. Bajo esta coyuntura, en 1992 el Tribunal Constitucional alemán determinó que Saarland y Bremen no podían hacer frente por sí mismos a sus problemas fiscales y necesitaban la ayuda financiera de la federación (BverfG, 86 BvF 148, de 27 de mayo de 1992). El Gobierno federal tuvo que mantener transferencias a favor de estos dos Länder desde 1994 hasta 2004. Por su parte, Berlín también demandó al Estado Federal requiriendo ayuda financiera. Sin embargo, en octubre de 2006 (BverfG, 2 BvF 3/03, de 19 de octubre de 2006), su situación no fue calificada por el Tribunal Constitucional alemán como de extrema crisis financiera, sino que se consideró que el propio Land tenía capacidad para superar la situación económica. En este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional solicitó a los legisladores alemanes que fijaran normas restrictivas del endeudamiento público que evitaran la necesidad de efectuar nuevas ayudas financieras en el futuro. El Alto Tribunal consideró que estas ayudas de la Federación constituían medidas excepcionales (el Tribunal hace alusión al principio de *ultima ratio*) aplicables al no haber otras vías para superar la crisis financiera, y que, en caso de no aprobarse estas, se pondría en peligro “la existencia del Land como sujeto constitucional capaz de desempeñar sus tareas públicas”.

La reforma de 2006 había modificado de forma profunda las relaciones de poder entre la Federación y los Länder, y por ello se consideró imprescindible llevar a cabo también una revisión de calado de los instrumentos de financiación, puesto que de lo contrario, como afirma ARROYO GIL, “los propósitos que se perseguían en aquella se pueden llegar a ver completamente frustrados”⁸³². Junto al objetivo de la adaptación de los instrumentos de financiación, la reforma de 2009 abordó fundamentalmente el problema del excesivo endeudamiento existente en Alemania, que le había llevado a incumplir los mandatos comunitarios en 2004 y 2005⁸³³.

La segunda reforma constitucional se gestó el 15 de diciembre de 2006, día en que se aprobaron sendos acuerdos del Bundestag y el Bundesrat para la creación de la Comisión sobre el Federalismo II⁸³⁴. Esta Comisión aprobó por mayoría el 5 marzo de 2009 una propuesta de reforma de alcance tanto constitucional como legal. Dicha propuesta de reforma fue aceptada por el Gobierno federal, que inició la tramitación parlamentaria. El proceso en ambas cámaras concluyó el 29 de mayo en el Bundestag y el 12 de junio en el Bundesrat. El resultado fue la aprobación de la Ley de modificación de la Ley Fundamental (art. 91c, 91d, 104b, 109, 115 y 143d), de 29 de julio de 2009,

A esta situación interna debemos sumar las advertencias de la Comisión Europea respecto a los elevados niveles de déficit de Alemania a lo largo de los años 2003 y 2004. Véase, *supra*, Capítulo I, epígrafe Situación precedente y causas de la reforma, pp. 59 y ss.

⁸³² ARROYO GIL, Antonio, *La reforma constitucional del federalismo alemán. Estudio crítico de la 52ª Ley de modificación de la Ley Fundamental de Bonn, de 28 de agosto de 2006*, cit., p. 127.

⁸³³ Existía una lista de aspectos que debían ser abordados en la segunda reforma del Federalismo. En cuanto a los instrumentos de financiación, las modificaciones se orientaban en su mayoría a la consecución de los objetivos de descentralización, clarificación de las responsabilidades y potenciación de la autonomía de actuación. Por ello, se endurecieron las condiciones para la obtención de ayudas financieras (art. 104b GG), y se fortaleció la autonomía fiscal de los Länder en materia de Impuesto sobre la adquisición de terrenos (art. 105. 2ª) y 107.1 *in fine*.

Otro de los puntos que debían abordarse era el sistema de compensación financiera (*Länderfinanzausgleich*). El sistema de compensación financiera constituye una de las principales controversias entre Länder, puesto que, por un lado, desalienta a los Länder poblados a aumentar sus recursos, puesto que estos serán redistribuidos en un alto porcentaje entre los Länder más pobres. Y, por otro lado, los Länder pobres, los Länder menos poblados o las ciudades Estado (como Berlín) alegan enfrentarse a mayores costes por la prestación de servicios públicos en comparación con la media federal. El sistema de compensación financiera para el período comprendido entre 2005 y 2019 se aprobó poco antes de la constitución de la Comisión sobre el Federalismo II; por ello, la Comisión sobre el Federalismo II dejó en un segundo plano este aspecto y se centró en aquellos aspectos relacionados con el déficit y el endeudamiento públicos. HEINZ, Dominic, “Federal Reform II in Germany”, *Perspective on Federalism*, Vol. 2, (2), 2010, pp. 4 y 5.

⁸³⁴ La Comisión para el Federalismo II, constituida el 8 de marzo de 2007, se formó por treinta y dos miembros con derecho a voto (dieciséis del Bundestag y dieciséis del Bundesrat). A estos se unieron cuatro representantes de los Parlamentos de los Länder y tres representantes de las principales asociaciones de entes locales con derecho a voz pero sin derecho a voto.

que entró en vigor el 1 de agosto de 2009, y de la Ley de Acompañamiento de la Segunda Reforma del Federalismo, de 10 de agosto de 2009, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 18 del mismo mes⁸³⁵. En virtud de esta última se aprobaron nuevas leyes, y se modificaron leyes y reglamentos ya existentes. En relación con el control del déficit y el endeudamiento de la Federación y los Länder se introdujo la cláusula de “freno del endeudamiento” (*schuldenbremse*) y se aprobaron la Ley sobre el establecimiento de un Consejo de Estabilidad (*Stabilitätsrat*) y la prevención de situaciones de emergencia presupuestaria (*Gesetz zur Errichtung eines Stabilitätsrates und zur Vermeidung von Haushaltsnotlagen*) y la Ley para la aplicación del Artículo 115 GG (*Gesetz zur Ausführung von Artikel 115 des Grundgesetzes*), con base en los arts. 1 y 2 de la Ley de Acompañamiento, respectivamente⁸³⁶.

De este modo, se adaptó el ordenamiento alemán al más alto nivel a la disciplina presupuestaria europea. Esta adaptación podía llevarse a cabo a través de dos opciones de técnica legislativa. La primera, continuista de la situación anterior, comportaba mantener la regla de oro que limitaba el déficit a las cantidades destinadas a la inversión pública (recogida hasta entonces en el art. 115 GG). Sin embargo, como apuntamos, esta regla no había logrado evitar los desajustes presupuestarios existentes. La segunda opción era el establecimiento de una norma de estabilidad presupuestaria, conectada con las reglas del Tratado y del PEC, que propugnara el mantenimiento de una situación presupuestaria de equilibrio o cercana al equilibrio al largo del ciclo económico⁸³⁷. Esta segunda opción fue la que finalmente se llevó a cabo en la reforma de 2009.

Las modificaciones aprobadas en materia presupuestaria pueden sintetizarse del siguiente modo. Se introduce un nuevo apartado en el art. 109 GG (apartado 3º)⁸³⁸. Este

⁸³⁵ BGBl. I 2009 S. 2248 y BGBl. 2009 I S. 2702, respectivamente.

⁸³⁶ BGBl. I 2009 S. 2702, y BGBl. I S. 2702, 2704, respectivamente.

⁸³⁷ La introducción de esta segunda opción fue cuestionada a lo largo del proceso de reforma constitucional de 2009 en el seno de la Comisión sobre el Federalismo II. Si bien en la primera mitad de 2007 se abogó decididamente por su introducción, la crisis financiera de 2008 y 2009 y la necesidad de implementar programas de reactivación de la economía (de marcada tendencia keynesiana) pusieron en entredicho este tipo de medidas restrictivas del endeudamiento público. No obstante, tras largas discusiones de la Comisión sobre el Federalismo II, durante los meses de noviembre 2008 a febrero 2009, finalmente, los días 5 y 6 de febrero de 2009, se aprobó la introducción de un nuevo régimen en materia de endeudamiento público (este acuerdo se formalizó el día 5 de marzo de 2009). Se ha considerado que estas discusiones internas fomentaron el diálogo y allanaron el camino para poder alcanzar posteriormente la mayoría necesaria de dos tercios en el Parlamento alemán los días 29 de mayo y 12 de junio de 2009. Las discusiones se detallan por FELD, Lars P. y BASKARAN, Thushy, *Federalism. Budget Deficits and Public Debt: On the reform of Germany's Fiscal Constitution*, cit., pp. 368 y 369.

⁸³⁸ En cuanto a la estructura del art. 109 en su conjunto, el anterior apartado 3º pasa a ser el actual apartado 4º y el apartado 4º se deroga. De igual forma, los apartados 2º y 5º del art. 109 sufren

apartado establece que “*los presupuestos de la Federación y de los Länder deben ser equilibrados, en principio, sin ingresos procedentes de créditos*”.

En cuanto al concepto “recursos procedentes de créditos”, este se ha entendido por la doctrina como una noción unitaria de crédito. En él se incluyen “las aportaciones que tienen su origen en contratos de préstamo o de naturaleza similar o en empréstitos forzosos impuestos por un acto de naturaleza soberana”⁸³⁹. Quedan incluidos también en este concepto unitario de recursos procedentes de créditos “los compromisos de pago que no se basan en un anterior desembolso de dinero (puesta a disposición del crédito) sino que constituyen una contraprestación que subsigue, sustancialmente y a propósito, a una prestación principal de otro tipo”⁸⁴⁰. Por el contrario, quedan excluidas las deudas administrativas “derivadas de relaciones jurídicas sinalagmáticas en las que el poder público recibe una prestación material, el disfrute de una cosa o servicio”. Por último, hay que tener en cuenta que una deuda administrativa se convierte en deuda financiera cuando entre la recepción de la prestación principal, y el pago de la contraprestación transcurre un período de tiempo más largo, que excede de un plazo habitual⁸⁴¹. Este concepto unitario de crédito configurado por la doctrina alemana, es acorde con el

modificaciones leves en su redacción que observaremos al analizar el reparto de responsabilidades derivadas del Derecho de la UE entre Federación y Länder.

El art. 109.3 de la GG tiene el siguiente tenor: “*Los presupuestos de la Federación y de los Länder deben ser equilibrados, en principio, sin ingresos provenientes de créditos. La Federación y los Länder pueden prever regulaciones para la toma en consideración, de forma simétrica en expansión y recesión, de los efectos de un desarrollo conjuntural divergente de la situación normal, así como una regulación de excepción para casos de catástrofes naturales o de situaciones extraordinarias de emergencia, que se sustraen al control del Estado y que graven considerablemente la situación financiera estatal. Para la regulación de excepción debe preverse una regulación correspondiente de amortización. El desarrollo se regula para el presupuesto de la federación en el artículo 115 con la reserva que la frase 1 sólo se cumple si los ingresos provenientes de créditos no superan 0,35 por ciento en proporción al producto interior bruto nominal. El desarrollo para los presupuestos de los Länder regularán éstos en el marco de sus competencias jurídico-constitucionales con la reserva que la frase 1 sólo se cumple si no se admiten ingresos provenientes de créditos*”. Traducción facilitada por el Deutscher Bundestag.

⁸³⁹Véase, REIMER, Ekkerhart, “La crisis financiera como oportunidad político – constitucional. El nuevo freno al endeudamiento en la Constitución alemana”, *Teoría y Realidad Constitucional*, (28), 2011, p. 102. Para el autor, de la interpretación conjunta de este precepto con el art. 115 de la GG, se extrae la exclusión del concepto “recursos procedentes de créditos” las fianzas, garantías y otro tipo de seguridades que pudieran llevar consigo gastos en futuros ejercicios contables. Y en mayor medida, tampoco deben incluirse las cargas derivadas de obligaciones inciertas, como son las cargas de jubilación (p. 102).

⁸⁴⁰ *Ibidem*, p. 110.

en el epígrafe Situación previa a la reforma del art. 135 de la CE, pp. 266 y ss. Como señalamos, el crédito se inserta también en aquellos contratos en los que el dinero se utiliza a modo de contraprestación (véase, en particular notas al pie 763 y 764).

⁸⁴¹ *Ibidem*, pp. 110 y 111. Sobre el valor tiempo como elemento determinante de la existencia de crédito. Véase, *supra* nota al pie 758.

concepto de crédito que hemos apuntado con anterioridad en relación con el art. 135 de la CE.

La limitación genérica del recurso al crédito del art. 109.3 de la *GG*, tanto para la Federación como para los Länder tiene dos excepciones, recogidas en el propio precepto:

- Cuando exista un desarrollo coyuntural que se aparte de la situación considerada normal, que dé lugar a una recesión económica. En este caso se podrán adoptar medidas simétricas en expansión y recesión. Es decir, se podrá recurrir al crédito durante la fase de recesión del ciclo, pero deberá reducirse este déficit y alcanzar superávit durante la fase de expansión.
- Cuando se produzcan catástrofes naturales o situaciones de extraordinaria emergencia que se sustraen del control del Estado y que gravan considerablemente la situación financiera estatal. En estos casos podrán adoptarse regulaciones excepcionales que permitan el recurso al crédito. Para poder aprobar esta regulación de excepción es necesario establecer también la regulación tendente a su extinción y a la cancelación de las medidas adoptadas⁸⁴².

Tras establecer la prohibición del recurso al crédito y sus excepciones, el art. 109.3 *GG* lleva a cabo una doble remisión. Por un lado, remite la regulación de los aspectos relativos al presupuesto de la Federación a lo establecido en el art. 115 *GG*; y por el otro, consigna la regulación del presupuesto de los Länder a aquello que se determine en el marco de sus competencias jurídico–constitucionales. Ahora bien, la remisión a la normativa de los Länder no se deja totalmente abierta, puesto que el

⁸⁴² Nótense las múltiples similitudes existentes entre las excepciones a la prohibición de endeudarse contenidas en el art. 109 *GG* y la regulación contenida en el art. 2.1 del Reglamento del procedimiento de déficit excesivo. Este último precepto recoge los supuestos en los que se permite que el nivel de déficit público de un Estado supere el límite del 3 % del PIB, al ser considerado un déficit “excepcional y temporal”. La redacción del art. 2.1 del Reglamento del procedimiento de déficit excesivo es la siguiente “*un déficit público superior al valor de referencia se considerará excepcional, a efectos de lo previsto en el artículo 126, apartado 2, letra a), segundo guión, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), cuando obedezca a una circunstancia inusual sobre la cual no tenga ningún control el Estado miembro de que se trate y que incida de manera significativa en la situación financiera de las administraciones públicas, o cuando obedezca a una grave recesión económica*” (en la versión dada por el Reglamento (UE) núm. 1177/2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo).

Ambas normas, por tanto, permiten la existencia de déficit en situaciones fuera del control de los Estados y de graves recesiones económicas.

apartado 3 del art. 109 *GG* finaliza indicando que los Länder solo darán cumplimiento a la prohibición inicial si no recurren al crédito (con la única salvedad de las excepciones señaladas en el propio precepto). Esto significa que para los Länder no cabe la existencia de déficit estructural⁸⁴³, opción que sí permite el art. 115 *GG* para el presupuesto de la Federación.

La segunda modificación se encuentra en el art. 115 de la *GG*, relativo al recurso al crédito por parte de la Federación. El primer apartado del art. 115 de la *GG*, que no fue reformado en 2009, recoge el principio de reserva de ley en materia de deuda pública⁸⁴⁴. Este principio se circunscribe al monto de los “*los créditos y la prestación de fianzas, garantías u otras clases de seguridades que puedan dar lugar a gastos en ejercicios económicos futuros*”. El concepto “crédito” de este precepto es el concepto de crédito unitario del art. 109.3 de la *GG* que hemos recogido.

Los cambios se introducen en el segundo apartado del art. 115 de la *GG*, que reitera la prohibición general del recurso al crédito recogida en el art. 109.3 *GG*. Ahora bien, este precepto incluye un margen de apreciación del cumplimiento de la regla general de estabilidad presupuestaria en el caso de la Federación. La Federación podrá recurrir al crédito en 0,35 % de PIB (anualmente) e igualmente dar cumplimiento a los mandatos constitucionales de los art. 109 y 115 *GG*. De esta norma se deriva un trato diferencial entre Federación y Länder. Este trato más severo a los Länder, en términos de disciplina presupuestaria, se ha fundamentado en la dificultad de algunos Länder de evitar un recurso excesivo al crédito público. Ahora bien, cabe precisar que el endeudamiento preexistente no es atribuible por completo a los Länder, sino que existe un alto porcentaje de endeudamiento que debe imputarse a la Federación⁸⁴⁵. Este

⁸⁴³ En términos económicos, el déficit estructural se define como “el excedente de los gastos sobre los ingresos que persiste cuando la economía experimenta un crecimiento a su más alta tasa de empleo”. Véase, *supra*, Capítulo II, epígrafe El recurso a la deuda pública como mecanismo para financiar el déficit público, pp. 196 y ss (en concreto, nota al pie núm. 535).

⁸⁴⁴ El tenor del apartado 1 del art. 115 de la *GG* es el siguiente: “*La obtención de créditos y la prestación de fianzas, garantías u otras clases de seguridades que puedan dar lugar a gastos en ejercicios económicos futuros, necesitan una habilitación por ley federal que determine o permita determinar el monto de los mismos*”. Traducción facilitada por el Deutscher Bundestag.

⁸⁴⁵ En 2007, la deuda pública de la Federación era del 61 % del PIB (incrementando desde el 53,6 % existente en 1989). Por su parte, la deuda pública de los Länder era del 31,4 % (disminuyendo desde el 33,4 % existente en 1989). Véase, FELD, Lars P. y BASKARAN, Thushy, *Federalism. Budget Deficits and Public Debt: On the reform of Germany's Fiscal Constitution*, cit., p. 372.

Además, el nivel de endeudamiento es muy diferente según los Länder. El informe realizado por expertos en marzo de 2007 sobre el Estado de la deuda pública (“*Staatsverschuldung wirksam begrenzen*”), apunta que Länder como Baviera o Baden-Württemberg es muy reducido (del 5,7 % y 12,2 %, respectivamente), mientras que en ciudades Estado como Bremen, Berlín y Hamburgo es mucho más alto. Concretamente, el nivel de endeudamiento más alto lo poseía en ese momento Berlín (73,5 %),

elemento diferencial entre ambos niveles de gobierno y la rigurosa restricción a los Länder ha llevado a algunos autores a calificar esta norma de injerencia difícilmente justificable en la capacidad de autogobierno de los Länder⁸⁴⁶. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el propio Tribunal Constitucional ya se había pronunciado respecto al carácter limitado de la autonomía presupuestaria de los Länder, al afirmar que el régimen financiero en el Estado federal debía entenderse como un todo, y la autonomía financiera quedaba supeditada a las prescripciones constitucionales relativas a la asignación fiscal y a la compensación financiera⁸⁴⁷. A mayor abundamiento, en el seno

seguido de Bremen (52,9 %) y los nuevos estados federados de Sachsen-Anhalt (38,6 %) y Brandeburgo (34,8 %). Estas cifras llevaron a la Comisión de expertos a considerar que los niveles de endeudamiento de los nuevos Estados integrantes de la Federación eran correctos. Véase, el Informe del Ministerio de Economía y Tecnología, “*Staatsverschuldung wirksam begrenzen*”, pp. 14 y 15 (los datos relativos al endeudamiento de cada uno de los Länder se recogen en la Tabla 3 del informe).

⁸⁴⁶ Recogen esta crítica ARROYO GIL, Antonio, “La reforma constitucional de 2009 de las relaciones financieras entre la Federación y los Länder en la República Federal de Alemania”, *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, (10), abril 2010, p. 57 y 58; STURM, Roland, “Objetivos y resultados de las dos reformas del federalismo de Alemania, 2006 y 2009”, *Cuadernos de la Fundación Manuel Giménez Abad*, (1), 2011, p. 16; y KÖLLING, Mario, “Los límites de la deuda pública según la reforma de 2009”, cit., pp. 91 y 92.

Junto a su posición crítica, ARROYO GIL recoge dos anotaciones complementarias. En primer lugar, afirma la existencia de posturas contrarias a la suya que defienden el proyecto de Ley de modificación de la Ley Fundamental como las presentadas por los grupos parlamentarios de la CDU/CSU y el SPD en el Bundestag, al entender que esta previsión no lesiona el régimen jurídico constitucionalmente garantizado en el art. 79.3 de la Ley Fundamental. Y en segundo lugar, que sea como fuere este trato diferencial fue finalmente apoyado por todas las partes que constituían la Comisión sobre el Federalismo II. ARROYO GIL, Antonio, “La reforma constitucional de 2009 de las relaciones financieras entre la Federación y los Länder en la República Federal de Alemania”, *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, (10), abril 2010, pp. 57 y 58.

Algunos autores han llegado a afirmar que la reforma del art. 109.3 GG va más allá del límite de reformas constitucionales impuesto por el art. 79.3 GG. Este precepto establece que “*no está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte a la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20*”. Véase, SCHNEIDER, Hans Peter, *Schuldenregelungen des Bundes für die Haushaltswirtschaft der Länder*, 2008, trabajos de la Comisión sobre el Federalismo II, 134 (2008).

Por el contrario, REIMER destaca que “las prohibiciones de asunción de nuevas deudas no se aplican categóricamente, sino que permiten excepciones en épocas de crisis, con lo que, no en último lugar, están teniendo en cuenta de esta manera la subsistencia de los distintos entes y corporaciones” y, por ende, no son contrarias a las exigencias de la llamada “garantía de eternidad”. Véase, REIMER, Ekkerhart, “La crisis financiera como oportunidad político – constitucional. El nuevo freno al endeudamiento en la Constitución alemana”, cit., pp. 107 y 108.

El Tribunal Constitucional alemán no se ha pronunciado respecto a la injerencia del límite al endeudamiento en la autonomía presupuestaria de los Länder, el recurso del Parlamento de Schleswig–Holstein fue rechazado considerando que un parlamento no podía presentar recursos ante el Tribunal (BVerfG, 2 BvG 1/10, de 19 de agosto de 2011).

⁸⁴⁷ (BVerfG, 2 BvF 2, 3/98, 1, 2/99, de 11 de noviembre de 1999). Esta sentencia no era relativa a la materia presupuestaria en sentido estricto, sino que versaba sobre el sistema horizontal de compensación financiera. Algunos Länder (como Baviera, Baden – Württemberg y Essen) consideraban que las cuotas

de la Comisión sobre el Federalismo II se planteó la posibilidad de que el déficit estructural fuera del 0,5 % del PIB anual, y este porcentaje se atribuyese en un 0,35 % a la Federación y un 0,15 % a los Länder. Sin embargo, los Länder se pronunciaron a favor de la prohibición general de endeudamiento⁸⁴⁸.

El nuevo art. 115.2 *GG* hace referencia a la posibilidad de que la toma de créditos de hecho alcance niveles superiores al 0,35 % del PIB. En este caso, los niveles de endeudamiento que excedan del límite permitido deberán incluirse en una cuenta de control, y las cargas que superen el 1,5 % del PIB tendrán que ser reconducidas durante la fase de recuperación económica⁸⁴⁹. Por tanto, de nuevo, como hace el art. 109 *GG*, se toma en consideración la fase de la economía para permitir la existencia de determinados niveles de endeudamiento (durante la recesión) o establecer el deber de erradicarlos (durante la recuperación). El ciclo económico no se tomaba en consideración en la antigua regla de oro del art. 109 *GG*, desatención que había sido considerada una de las principales causas del elevado endeudamiento⁸⁵⁰. Estos aspectos se detallan en una ley federal (Ley para la aplicación del Artículo 115 *GG* –*Gesetz zur Ausführung von Artikel 115 des Grundgesetzes*–), que determina tanto el límite máximo

de solidaridad que abonaban para nivelar las rentas de los Länder más pobres eran excesivas. El Tribunal Constitucional resolvió afirmando, entre otros aspectos, que el sistema de ajuste financiero debe encontrar el punto de equilibrio entre, por un lado, la autonomía, la responsabilidad de cada ente y la preservación de la individualidad de los Länder, y por otro lado, la corresponsabilidad solidaria sobre la existencia e independencia de los Länder que conforman la Federación.

⁸⁴⁸ Véase, HÄDE, Ulrich, “Sobre la reforma del Federalismo en Alemania”, *Teoría y realidad constitucional*, (24), 2009, p. 486.

Como apunta REIMER, uno de los motivos que llevaron a desistir del plan inicial, que permitía un déficit del 0,15 %, fue la dificultad que hubiera planteado repartir ese contingente de endeudamiento entre los destinatarios. Véase, REIMER, Ekkerhart, “La crisis financiera como oportunidad político – constitucional. El nuevo freno al endeudamiento en la Constitución alemana”, cit., p. 95.

⁸⁴⁹ Esta posibilidad de que la toma de créditos “de facto” alcance mayores niveles que el 0,35 % del PIB hace referencia al endeudamiento real tras la ejecución del presupuesto. El art. 115 *GG* establece un límite relativo a la preparación y aprobación del presupuesto. No obstante, la práctica presupuestaria pone de manifiesto que un presupuesto aprobado en estabilidad y, por tanto, dando cumplimiento a la regla constitucional puede finalmente, tras su ejecución, contener endeudamiento. Los posibles débitos o créditos generados por esta situación se anotarán en la cuenta de control y se compensarán con el tiempo. Ahora bien, si la cuenta de control posee un balance negativo superior al 1,5 % del PIB en esos casos deberá fijarse una forma de reducción de este endeudamiento adecuada con el desarrollo del ciclo económico. Véase, KASTROP, Christian, HERRES, Helmut, SCHNEIDER, Jürgen, HANKE, Bernd, BAUMANN Elke, SNELTING, Martin y DÖNNEBRINK, Elmar, *Reforming the Constitutional Budget Rules in Germany*, Federal Ministry of Finance, Septiembre, 2009, p. 7.

Tomando en consideración que el pago de este endeudamiento por encima del límite se extenderá durante años, a nivel legal la norma es más rígida, y el umbral del 1,5 % del PIB fijado en el art. 115 *GG* se reduce al 1 % (concretamente, en §7 apartado 3 de la Ley para la Aplicación del Artículo 115 *GG* –*Gesetz zur Ausführung von Artikel 115 des Grundgesetzes*–).

⁸⁵⁰ Véase, nota al pie núm. 829.

de la toma neta de crédito anual, como el control y el equilibrio del recurso al crédito cuando este diverge del límite regular.

Finalmente, el precepto concluye recogiendo, como hace el art. 109 GG, la posibilidad de excepcionar la prohibición de recurso al crédito en los casos de catástrofe natural o de situaciones extraordinarias de necesidad que se escapen al control del Estado o que puedan poner en alto riesgo la situación financiera estatal. La superación de los límites deberá estar acordada por una resolución aprobada por la mayoría de los miembros del Bundestag, e ir acompañada de un plan de amortización del crédito contraído dentro de un plazo adecuado. En cuanto a las excepciones, parte de la doctrina ha afirmado que la norma en este punto sigue siendo demasiado permisiva, puesto que es relativamente sencillo obtener la mayoría de los miembros del Bundestag para decidir la expansión de la deuda pública⁸⁵¹.

La GG no se pronuncia de forma explícita sobre la situación de los entes locales frente a la estabilidad presupuestaria. Como ha apuntado la doctrina, este hecho se debe a que, a pesar de la autonomía local reconocida en el art. 28.2 GG⁸⁵², el 106.9 de la GG integra los ingresos y gastos de las entidades locales dentro de los ingresos y gastos de los respectivos Länder⁸⁵³. Además, la financiación de los entes locales se basa en gran medida en las aportaciones que reciben de los Länder. Por ello, se ha afirmado que la disciplina presupuestaria se ha establecido a los entes locales de forma indirecta, vía la obligación de alcanzar el equilibrio presupuestario suscritas por los Länder de los cuales dependen⁸⁵⁴.

⁸⁵¹ Véase, FELD, Lars P. y BASKARAN, Thushy, *Federalism. Budget Deficits and Public Debt: On the reform of Germany's Fiscal Constitution*, cit., p. 385.

El art. 121 de la GG precisa que “a los efectos de la presente Ley Fundamental, se considera mayoría de los miembros del Bundestag y del Bundesrat, la mayoría del número legal de miembros”.

⁸⁵² La autonomía de los entes locales se afirma en el art. 28.2 de la GG en los siguientes términos: “Debe garantizarse a los municipios el derecho a regular bajo su propia responsabilidad, dentro del marco de las leyes, todos los asuntos de la comunidad local. Las asociaciones de municipios tienen igualmente, dentro del marco de sus competencias legales y de acuerdo con las leyes, el derecho de autonomía administrativa. La garantía de la autonomía abarca también las bases de la propia responsabilidad financiera; estas bases incluyen una fuente tributaria que, junto con el derecho de fijar los tipos de recaudación, corresponde a los municipios y se rige por la respectiva capacidad económica”.

⁸⁵³ El art. 106.9 GG determina que “A los efectos del presente artículo se considerarán como ingresos y gastos de los Länder también los ingresos y gastos de los municipios (asociaciones de municipios)”.

⁸⁵⁴ SCHOLL, Bernd, “Die Neuregelung der Verschuldungsregeln von Bund und Ländern in den Art. 109 und 115 GG”, *Die Öffentliche Verwaltung*, (63), Heft 4, 2010, p. 165.

Sin embargo, otros autores han apuntado que excluir la referencia expresa a los entes locales puede comportar dejar abierta la posibilidad de que los entes locales recurran al endeudamiento. Este hecho “podría abrir una vía para que los Länder pudieran reducir sus gastos, en el sentido de que los Länder

El art. 143 d) *GG* recoge un conjunto de disposiciones transitorias para la aplicación de las nuevas reglas de estabilidad presupuestaria. Concretamente, el art. 143 d) *GG* determina que las normas recogidas en los art. 109 y 115 *GG* (artículos vigentes desde 1 de agosto de 2009) se aplicarán por primera vez en el ejercicio presupuestario 2011⁸⁵⁵. Además, el art. 143 *GG* mantiene intactas las autorizaciones de créditos existentes a fecha de 31 de diciembre de 2010, relativas a fondos especiales ya creados.

En cuanto al camino para el cumplimiento de la regla general de prohibición de recurso al crédito, el art. 143 *GG* determina que los Länder podrán divergir de los supuestos recogidos en el art. 109.3 *GG*, aplicando su Derecho vigente, hasta el presupuesto vigente desde 1 de enero a 31 de diciembre de 2019. Ahora bien, el presupuesto de los Länder para el ejercicio 2020 deberá dar cumplimiento al art. 109.3 *GG*. Por su parte, la Federación podrá divergir del presupuesto recogido en el art. 115.2 *GG*, segunda frase, (relativo, igualmente, a la prohibición de recurso al crédito por encima del 0,35 % del PIB) hasta el presupuesto del período de 1 de enero a 31 de diciembre de 2015, pero debe iniciar la reducción de déficit en su presupuesto para 2011. En síntesis, las reglas de prohibición del recurso al crédito para la Federación y los Länder deberán hacerse efectivas en los presupuestos de 2016 y 2020 para la Federación y los Länder, respectivamente.

Por último, el art. 143 d) *GG* recoge indicaciones relativas a las transferencias que se realizan por parte de la Federación a los Länder más débiles (Berlín, Bremen, Saarland, Sachsen-Anhalt y Schleswig-Holstein) para que pueden alcanzar el objetivo del art. 109.3 *GG* el 1 de enero de 2020. Concretamente, se pueden conceder ayudas para la consolidación durante los años 2011 a 2019, por un importe total de ochocientos millones de euros anuales procedentes del presupuesto de la Federación⁸⁵⁶. Estas ayudas están condicionadas al cumplimiento de la reducción total del déficit financiero

podrían disminuir las transferencias a los entes locales que a su vez deberían recurrir al endeudamiento”. KÖLLING, Mario, “Los límites de la deuda pública según la reforma de 2009”, cit., p. 93.

De este modo, como apunta REIMER, la vinculación inmediata de los presupuestos locales a la regla contenida en el art. 109.3 de la *GG* es necesaria para “la efectividad del freno al endeudamiento (idea de la protección antielusión), pero también la protección de los municipios frente al peligro – que de otro modo los amenazaría – de un desplazamiento de cargas hacia ellos desde los presupuestos de los Länder”. REIMER, Ekkerhart, “La crisis financiera como oportunidad político – constitucional. El nuevo freno al endeudamiento en la Constitución alemana”, cit., p. 101.

⁸⁵⁵ Por tanto, los artículos 109 y 115 de la *GG* en la versión vigente hasta el 31 de julio de 2009 fueron los aplicados hasta el año presupuestario 2010.

⁸⁵⁶ El reparto es el siguiente: Bremen trescientos millones de euros, a Saarland doscientos sesenta millones de euros y a Berlín, Sachsen-Anhalt y Schleswig-Holstein ochenta millones de euros, respectivamente.

existente a finales de 2020 por parte de los Länder más débiles a nivel presupuestario. A su vez, la norma expresamente establece la imposibilidad de otorgar simultáneamente a un Land ayudas para la consolidación (*Konsolidierungshilfe*) y ayudas para el saneamiento (*Sanierungshilfe*), aunque tenga lugar una situación de crisis presupuestaria extrema. Finalmente, el art. 143 d) *GG* determina que la carga financiera resultante del otorgamiento de las ayudas de consolidación será asumida a medias por la Federación y por los Länder. La parte correspondiente a estos últimos se extraerá de su participación en el Impuesto sobre las ventas. La regulación se hará por una Ley federal con la aprobación del Bundesrat.

Las normas de disciplina presupuestaria hasta aquí recogidas se complementan con normas tendentes a la prevención de las situaciones de emergencia presupuestaria, que permiten excepcionar la regla general de limitación del recuso al crédito público. Estas disposiciones se recogen tanto a nivel constitucional (introducción de un nuevo art. 109 a) *GG*), como en la regulación de las funciones del Consejo de Estabilidad, órgano de nueva creación (con base en el art. 109 a) *GG*) integrado por los Ministros de Finanzas de la Federación y de los Länder, así como los Ministros Federales de Economía y Tecnología⁸⁵⁷.

La tarea del Consejo de Estabilidad (tal y como determina el §2 de la Ley sobre el establecimiento de un Consejo de Estabilidad y la prevención de situaciones de emergencia presupuestaria - *Gesetz zur Errichtung eines Stabilitätsrates und zur Vermeidung von Haushaltsnotlagen*) es, básicamente, el control anual del desarrollo de los presupuestos, tanto de la Federación como de los Länder. Los Länder y la Federación tienen que adaptar sus presupuestos progresivamente para poder dar cumplimiento, en 2020 y 2016 respectivamente, a los mandatos de los arts. 109 y 115 *GG*. El control del Consejo de Estabilidad es más acentuado respecto de los Länder beneficiarios de ayudas a la consolidación (*Konsolidierungshilfe*). Se establecen índices específicos para el control de cada uno de los Länder, con el objetivo de poder detectar de forma anticipada una inminente crisis presupuestaria (§4 apartados 1 a 3 de la Ley sobre el establecimiento de un Consejo de Estabilidad y la prevención de situaciones de emergencia presupuestaria)⁸⁵⁸. Los Länder y la Federación están obligados a facilitar al

⁸⁵⁷ Una de las críticas al Consejo de Estabilidad hace referencia a su composición, puesto que este se conforma por el mismo grupo de políticos al que, supuestamente, debería controlar. KÖLLING, Mario, “Los límites de la deuda pública según la reforma de 2009”, cit., pp. 92 y 93.

⁸⁵⁸ Existen importantes semejanzas entre el control llevado a cabo a través del Consejo de Estabilidad alemán (art. 109 a *GG*) y el control que se ha introducido a través de los nuevos Reglamentos para reforzar la vigilancia en el seno de la UE en materia de desajustes macroeconómicos. Ambos procesos contienen indicadores específicos (ya sea para los Länder o para los Estados de la UEM), a través de los cuales poder detectar de forma anticipada la existencia de desequilibrios presupuestarios. Sobre el

Consejo de Estabilidad toda la información relativa al estado de sus presupuestos. El Consejo realizará informes sobre la existencia o inexistencia de crisis presupuestarias, que contendrán recomendaciones para los sujetos receptores y serán objeto de publicación (§4 apartados 3 a 5 de la Ley sobre el establecimiento de un Consejo de Estabilidad y la prevención de situaciones de emergencia presupuestaria). Por último, el §5 de esta Ley determina los mecanismos para solventar crisis presupuestarias inminentes de los Länder o la Federación mediante la aprobación de un programa específico de recuperación⁸⁵⁹.

Por tanto, el Consejo de Estabilidad, en esencia, supervisa la situación presupuestaria de los diferentes entes, efectúa informes, recomendaciones y, en caso de ser necesario, puede alertar de situaciones de déficit excesivo, tanto de la Federación como de los Länder, pero no puede adoptar medidas sancionadoras en caso de incumplimiento. Este hecho ha sido objeto de críticas puesto que puede mermar sustancialmente la efectividad de la actuación del Consejo de Estabilidad⁸⁶⁰. Estas críticas, así como las relativas a la falta de independencia, pueden ser transpuestas a la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal que se prevé crear en España⁸⁶¹.

Antes de concluir este breve análisis de la reforma alemana, debemos hacer referencia a la regla de reparto de responsabilidad entre Federación y Länder por las obligaciones derivadas del incumplimiento de los mandatos del TFUE. El art. 109.5 GG mantiene la distribución de responsabilidad en los mismos porcentajes que se fijaron en la reforma constitucional de 2006. Así, el reparto de responsabilidad sigue teniendo un marcado carácter objetivo, al ser la Federación quien asume el 65 % del coste de la potencial sanción, mientras que el 35 % de la sanción debe ser asumida por los Länder⁸⁶².

procedimiento en materia de desajustes macroeconómicos, véase, MARCO PEÑAS, Ester, “Reforma de la gobernanza económica y la disciplina presupuestaria de la Unión Europea: el Six Pack”, cit., pp. 64 a 70.

⁸⁵⁹ La Administración afectada deberá presentar un programa de saneamiento con un espectro temporal de cinco años, que contenga las medidas de reducción del endeudamiento neto anual y las medidas correctivas adicionales. El Consejo de Estabilidad evaluará la adecuación de las medidas para solventar la situación de crisis presupuestaria y, en caso de ser necesarias, hará recomendaciones sobre posibles actuaciones adicionales.

⁸⁶⁰ Recogen esta crítica STURM, Roland, “Objetivos y resultados de las dos reformas del federalismo de Alemania, 2006 y 2009”, *Cuadernos de la Fundación Manuel Giménez Abad*, (1), 2011, p. 16; y KÖLLING, Mario, “Los límites de la deuda pública según la reforma de 2009”, cit., p. 93.

⁸⁶¹ En el momento de redacción de este trabajo el proyecto de Ley Orgánica de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal se encuentra en proceso de aprobación en el Congreso de los Diputados.

⁸⁶² El art. 109. 5 GG anterior establecía que las “obligaciones de la República Federal de Alemania que se deducen de actos jurídicos de la Comunidad Europea en base al artículo 104 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea sobre el respeto de la disciplina presupuestaria tienen que ser

La reforma constitucional alemana de 2009 es previa a la adopción de acuerdos, lo largo de 2011, entre los Estados miembros de la UE tendentes a “traducir en la legislación nacional las normas presupuestarias de la UE establecidas en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento”, a través de un instrumento jurídico que “posea un carácter vinculante y duradero suficientemente sólido (por ejemplo, constitucional o de ley marco)”. Estos compromisos dejaban en manos de los Estados la formulación exacta de la norma, que podía tener la forma de un “freno del endeudamiento, un norma relacionada con el equilibrio primario o una norma de gasto”. A través de estas normas los Estados deben asegurar “la disciplina presupuestaria tanto en el nivel nacional como en el subnacional”. Para poder comprobar la adecuación de las normas nacionales aprobadas a las exigencias de la Unión, se abría la probabilidad de que la Comisión, dentro del pleno respeto de las prerrogativas de los parlamentos nacionales, fuera consultada “sobre la norma presupuestaria precisa antes de su adopción, a fin de asegurarse de que es compatible con la normativa de la UE y la apoya”⁸⁶³.

Estas exigencias se precisaron y acentuaron en el Consejo Europeo de 9 de diciembre de 2011⁸⁶⁴. Concretamente, en la Declaración de los jefes de Estado y de Gobierno de la Zona del Euro se comprometieron a establecer en sus respectivas constituciones (o en norma de nivel equivalente) una regla presupuestaria con los siguiente elementos: el compromiso de que los presupuestos de las Administraciones públicas deben estar equilibrados o con superávit (este principio se considera respetado si, por norma general, el déficit estructural anual no excede del 0,5 % del PIB). Esta norma debe contener un mecanismo de corrección automático que debe activarse en caso de desviación. La regla de estabilidad debe definirse por cada Estado miembro tomando como base los principios propuestos por la Comisión. Por último, los Estados

cumplidas conjuntamente por la Federación y los Länder. Medidas de sanción de la Unión Europea soportan la Federación y los Länder en la proporción 65 a 35. La totalidad de los Länder soporta solidariamente 35 por ciento de las cargas asignadas a los Länder según el número de habitantes; 65 por ciento de las cargas asignadas a los Länder soportan los Länder según su contribución en la causa de la sanción. La regulación se hará por ley federal que requiere la aprobación del Bundesrat. En el nuevo art. 109.5 GG, tras la reforma de 2009, se han suprimido la primera frase y la última frase del precepto. La redacción actual, sustancialmente más breve, establece que: “Medidas de sanción de la Comunidad Europea en el contexto con las disposiciones del artículo 104 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea sobre el respeto de la disciplina presupuestaria se soportaran por la Federación y los Länder en la proporción 65 a 35”.

⁸⁶³ Estos fueron los términos de las conclusiones del Consejo Europeo de 24 y 25 de marzo de 2011. Véase, el documento, CONSEJO EUROPEO, *Versión revisada de las conclusiones del Consejo (24 y 25 de marzo de 2011)*, EUCO 10/1/11, p. 19 (apartado relativo a las normas presupuestarias nacionales).

⁸⁶⁴ CONSEJO EUROPEO, *Declaración de los jefes de Estado y de Gobierno de la Zona del Euro de 9 diciembre*, Bruselas, 9 de diciembre de 2011, p. 4 (relativa a “un nuevo pacto presupuestario”).

reconocieron la competencia del Tribunal de Justicia de la UE para verificar la incorporación de esta norma en el ordenamiento jurídico nacional.

Finalmente, en el Consejo de Europa de 2 de marzo, todos los Estados miembros de la Unión Europea, salvo el Reino Unido y la República Checa, firmaron el Tratado de Estabilidad Coordinación y Gobernanza de la Unión Económica y Monetaria (en adelante, TCEG). El TCEG es un Tratado internacional que formalmente no modifica los Tratados constitutivos de la Unión, pero que regula materias propias de los mismos ligadas a la UEM, e incluso encomienda labores a las instituciones de la UE⁸⁶⁵. En la medida en que el TCEG es un acuerdo de Derecho internacional celebrado entre los Estados miembros y atiende a los objetivos de la Unión se puede afirmar que constituye Derecho complementario al Derecho de la UE⁸⁶⁶.

A través del nuevo Tratado, tal como establece la citada Declaración de jefes de Estado y de Gobierno de 9 de diciembre de 2011, se pretende “*avanzar hacia una unión económica más fuerte*”. Por ello, se ha afirmado que el contenido del nuevo Tratado viene a paliar una de las principales deficiencias del tratado de Maastricht, a saber, intenta regular el pacto presupuestario y una coordinación reforzada de las políticas económicas.

Ahora bien, algunos autores han puesto en duda la fuerza vinculante del TCEG afirmando que “jurídicamente es poco más que una cláusula de “buenas intenciones” ya que su materialización dependerá a la postre de la voluntad de los Estados y en modo alguno encarna un mecanismo de incorporación automática”⁸⁶⁷. Ello conduce a afirmar

⁸⁶⁵ Dada la dificultad de llevar a cabo una revisión de los Tratados constitutivos por la negativa rotunda del Reino Unido a respaldar una propuesta de este tipo, se optó por la opción de celebrar un Tratado al margen de dichos Tratados.

⁸⁶⁶ El Derecho complementario se define por ISAAC como “el derecho que resulta de *los acuerdos entre Estados miembros, en los ámbitos de la competencia nacional considerada*. En la medida en que su objetivo se sitúa en el ámbito o en la prolongación de los objetivos definidos por los Tratados, merecen el nombre de “derecho complementario” y pueden ser considerados como *Derecho comunitario en sentido amplio*, pero, por su régimen interestatal, mantienen relaciones específicas con el ordenamiento jurídico comunitario”. Véase, ISAAC, Guy, *Manual de Derecho comunitario general*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 213 y 214.

Además, debemos apuntar la subordinación jurídica del TCEG al Derecho de la UE. El propio art. 2.2 del TCEG establece que “*el presente Tratado será de aplicación en la medida en que sea compatible con los Tratados en los que se fundamenta la Unión Europea y con el Derecho de la Unión Europea*”.

⁸⁶⁷ Véase, MARTÍNEZ Y PÉREZ DE NANCLARES, José Martín, “El nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la UEM: reflexiones a propósito de una peculiar reforma realizada fuera de los Tratados constitutivos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (42), mayo/agosto 2012, p. 407.

que, a pesar de la aprobación del TCEG, todavía nos encontramos lejos de una verdadera Gobernanza económica europea⁸⁶⁸.

En relación con la constitucionalización del principio de estabilidad, el art. 3.2 del TCEG establece la obligación de los Estados firmantes de incorporar los mandatos contenidos en el art. 3.1 del TCEG al Derecho nacional “*a través de una disposición que tenga fuerza vinculante y carácter permanente, preferentemente de rango constitucional, o cuyo respeto esté de otro modo plenamente garantizado a lo largo de los procedimientos presupuestarios nacionales*”⁸⁶⁹. El art. 3.1 del TCEG establece, en esencia, la obligación de los Estados de encontrarse en una situación presupuestaria de equilibrio o superávit. Esta obligación se entenderá respetada si el déficit estructural del Estado no es superior al 0,5 % del PIB⁸⁷⁰.

⁸⁶⁸ Véase, AZOULAI, Loïc, POIARES MADURO, Miguel, DE WITTE, Bruno, CREMONA, Marise, HYVÄRINEN, Anna, KOCHAROV, Anna, ABDALLAT, Anwar, “Another Legal Monster? An EUI Debate on the Fiscal Compact Treaty”, *EUI Working Paper LAW*, 2012/09, 2012, p. 4 (opinión de Miguel Maduro).

⁸⁶⁹ El tenor literal del art. 3.2 del TCEG es el siguiente: “*Las normas establecidas en el apartado 1 se incorporarán al Derecho nacional de las Partes Contratantes a más tardar un año después de la fecha de entrada en vigor del presente Tratado mediante disposiciones que tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente, preferentemente de rango constitucional, o cuyo respeto y cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados a lo largo de los procedimientos presupuestarios nacionales. Las Partes Contratantes establecerán a escala nacional el mecanismo corrector mencionado en el apartado 1, letra e), sobre la base de los principios comunes que proponga la Comisión Europea, relativos en particular a la naturaleza, el alcance y el calendario de la medida correctora que se adopte, igualmente en caso de circunstancias excepcionales, y a la función e independencia de las instituciones responsables a escala nacional de supervisar la observancia de las normas establecidas en el apartado 1. Dicho mecanismo corrector respetará plenamente las prerrogativas de los Parlamentos nacionales*”.

⁸⁷⁰ El art. 3.1 del TCEG establece que “*Las Partes Contratantes aplicarán, además de sus obligaciones en virtud del Derecho de la Unión Europea y sin perjuicio de ellas, las normas establecidas en el presente apartado:*

a) la situación presupuestaria de las administraciones públicas de cada Parte Contratante será de equilibrio o de superávit;

b) la norma establecida en la letra a) se considerará respetada si el saldo estructural anual de las administraciones públicas alcanza el objetivo nacional específico a medio plazo, definido en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento revisado, con un límite inferior de déficit estructural del 0,5 % del producto interior bruto a precios de mercado. Las Partes Contratantes garantizarán la rápida convergencia hacia su respectivo objetivo a medio plazo. El calendario para lograr dicha convergencia lo propondrá la Comisión Europea tomando en consideración los riesgos específicos para la sostenibilidad de cada país. Los avances hacia el objetivo a medio plazo y su observancia serán objeto de una evaluación global que tome como referencia el saldo estructural e incluya un análisis del gasto excluidas las medidas discrecionales relativas a los ingresos, en consonancia con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento revisado;

c) las Partes Contratantes podrán desviarse temporalmente de su objetivo a medio plazo respectivo o de la senda de ajuste hacia dicho objetivo únicamente en las circunstancias excepcionales definidas en el apartado 3, letra b);

d) cuando la proporción entre la deuda pública y el producto interior bruto a precios de mercado esté muy por debajo del 60 % y los riesgos para la sostenibilidad a largo plazo de las finanzas públicas

Como puede observarse, la obligación primigenia recogida en el borrador del TCEG de incluir la norma en las constituciones de los Estados se ha reducido a un mandato mucho más flexible, como es que las disposiciones tengan “*preferentemente rango constitucional*”. Este hecho ha comportado una rebaja importante respecto de los objetivos inicialmente previstos⁸⁷¹.

Sin embargo, la doctrina ha puesto el acento en la importancia, no solo política sino también jurídica, de estas disposiciones del TCEG. El principal motivo es que el TCEG encomienda funciones de control de la disciplina presupuestaria al Tribunal de Justicia⁸⁷². En particular, el art. 8 del TCEG determina que cualquier Parte Contratante puede someter al control del Tribunal de Justicia la verificación de que otra Parte Contratante ha incumplido con la obligación de incorporar los mandatos contenidos en el art. 3.1 del TCEG al Derecho nacional, “*a través de una disposición que tenga fuerza vinculante y carácter permanente, preferentemente de rango constitucional*”. Además, el art. 8.1 del TCEG precisa que la sentencia del Tribunal de Justicia será vinculante para ambas partes en el procedimiento y la parte incumplidora deberá adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a la sentencia en el plazo que decida el Tribunal. Finalmente, en el supuesto en que el Estado incumpla la sentencia a la que hace referencia el art. 8.1, cualquier Parte Contratante puede someter al Tribunal de Justicia dicho incumplimiento. Si el Tribunal declara que la Parte Contratante ha incumplido su sentencia, podrá condenarla al pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva que no excederá del 0,1 % de su PIB.

A pesar de la importancia que la doctrina ha otorgado a esta nueva competencia del Tribunal de Justicia, debemos plantear nuestros recelos al respecto. Si bien es cierto

sean bajos, el límite inferior del objetivo a medio plazo especificado en la letra b) podrá alcanzar un déficit estructural máximo del 1 % del producto interior bruto a precios de mercado;

e) en el caso de que se observen desviaciones significativas del objetivo a medio plazo o de la senda de ajuste hacia dicho objetivo, se activará automáticamente un mecanismo corrector. Este mecanismo incluirá la obligación de la Parte Contratante de que se trate de aplicar medidas para corregir las desviaciones en un plazo de tiempo determinado”.

⁸⁷¹ La rigidez de la reforma de las constituciones de algunos Estados miembros hacía inviable o muy difícil la introducción de la regla en el texto de las Constituciones en el plazo establecido por el TCEG (antes de 1 de enero de 2014). En Estados como Bélgica o los Países Bajos la reforma de la Constitución requiere no solo la aprobación por el Parlamento, sino también llevar a cabo elecciones en medio del proceso. Véase, BESSELINK, Leonard y REESTMAN, Jan Herman, “The Fiscal Compact and the European Constitutions: ‘Europe Speaking German’”, *European Constitutional Law Review*, (8), 2012, p. 3.

⁸⁷² Véase, MARTÍNEZ Y PÉREZ DE NANCLARES, José Martín, “El nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la UEM: reflexiones a propósito de una peculiar reforma realizada fuera de los Tratados constitutivos”, cit., pp. 415 a 418.

que el art. 8 del TCEG concede al Tribunal de Justicia unas facultades más amplias que las que tiene encomendadas en función del art. 126 del TFUE⁸⁷³ y del *Six Pack*⁸⁷⁴, el Tribunal debe controlar el cumplimiento de la introducción de la regla de estabilidad (obligación regulada en el art. 3.2 del TCEG), pero no el cumplimiento por parte de los Estados de los criterios materiales establecidos en el art. 3.1 del TCEG, que permiten determinar la existencia de una situación de estabilidad o superávit. Por tanto, el control del Tribunal que se deriva de las nuevas competencias si bien tiene repercusiones capitales a nivel de derecho constitucional (posibles afectaciones a la soberanía nacional⁸⁷⁵), no es un control material del cumplimiento de la disciplina presupuestaria por parte de los Estados⁸⁷⁶. El TCEG sigue dejando este tipo de funciones en manos de la Comisión y el Consejo, tal como sucede en el PEC. A su vez, debemos señalar que la naturaleza de las sanciones aplicables a los Estados incumplidores de las sentencias del Tribunal de Justicia es similar a la naturaleza de las sanciones reguladas en el PEC, las

⁸⁷³ Como analizamos, el art. 126 del TFUE en su apartado 10 excluye la actuación del Tribunal de Justicia a través del recurso por incumplimiento respecto a la implementación de la normativa recogida en los apartados 1 a 9 del propio art. 126 TFUE. Sobre las competencias del Tribunal de Justicia en materia de disciplina presupuestaria, véase, *supra*, Capítulo I, epígrafe Crisis económica y aplicación del PEC, pp. 90 y ss.

⁸⁷⁴ El Reglamento sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria establece la posibilidad de que el Estado miembro que haya sido sancionado por manipulación de estadísticas pueda interponer recurso frente al Tribunal de Justicia contra la decisión del Consejo de imponer la multa. Sin embargo, como ya señalamos, todavía se debe esperar para ver el alcance efectivo de esta nueva competencia encomendada al Tribunal de Justicia. Véase, *supra*, Capítulo I, epígrafe Aprobación del Reglamento (UE) núm. 1173/2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria de la zona euro, pp. 127 y ss.

⁸⁷⁵ La afectación de la soberanía nacional hubiera sido superior de haberse mantenido la redacción originaria del art. 8 TCEG que obligaba a la introducción de la regla de oro en una norma de rango constitucional. De haber sido así, un potencial pronunciamiento del Tribunal de Justicia declarando el incumplimiento de la obligación del art. 3.2 del TCEG por parte de un Estado podría haber supuesto la imposición de una reforma constitucional al Estado incumplidor.

Loïc Azoulai destaca la afectación al poder constituyente del TCEG. Véase, AZOULAI, Loïc, POIARES MADURO, Miguel, DE WITTE, Bruno, CREMONA, Marise, HYVÄRINEN, Anna, KOCHAROV, Anna, ABDALLAT, Anwar, “Another Legal Monster?”, cit., 1.

⁸⁷⁶ Para FERRERES COMELLA, la función que se atribuye al Tribunal de Justicia “no es la que uno hubiera esperado, determinar si los Estados cumplen con la regla de oro, sino otra de carácter indirecto, comprobar si los Estados han introducido la regla de oro en sus constituciones (o norma equivalente) de la manera correcta ” (la traducción es nuestra). Véase, FERRES COMELLA, Víctor, “Amending the National Constitutions to Save the Euro: Is the Right Strategy?”, *Texas International Law Journal*, (2), Spring 2013, p. 236.

Sin embargo, como apuntamos al analizar el *Six Pack*, dotar al Tribunal de Justicia de este tipo de competencias realmente supondrían un avance en el control del cumplimiento de la disciplina presupuestaria por parte de los Estados miembros, pero a nuestro parecer todavía nos encontramos lejos de alcanzar este estadio en el proceso de refuerzo de la disciplina presupuestaria de la UE. Por ello, las competencias que se atribuyen al Tribunal de Justicia son mucho más limitadas.

cuales no han llegado a aplicarse y su eficacia como mecanismo correctivo ha sido muy cuestionada⁸⁷⁷.

En síntesis, y para concluir estas breves reflexiones sobre el TCEG, debemos destacar que existen tanto posiciones a favor como en contra de la idoneidad del mecanismo jurídico utilizado y del contenido del Tratado⁸⁷⁸. Respecto a este último, nos posicionamos con aquellas voces que afirman que el TCEG es “fundamentalmente un documento político que reitera mucho de lo que ya está en vigor en el marco del *Six Pack*”⁸⁷⁹. Además, a pesar de las nuevas competencias atribuidas al Tribunal de Justicia, no podemos obviar que el TCEG es un Acuerdo internacional y, desde el punto de vista de su ejecución, es más débil que el *Six Pack*, al no gozar de los beneficios de supremacía o efecto directo del Derecho de la UE⁸⁸⁰. Todo lo anterior ha llevado a algunos autores a afirmar que el TCEG tiene una función más de legitimación política que estrictamente jurídica⁸⁸¹.

Tras la entrada en vigor del TCEG⁸⁸², el 1 de enero de 2013, los Estados firmantes disponen de un plazo máximo de un año para dar cumplimiento al mandato recogido en el art. 3.2 del TCEG. A continuación analizaremos los cambios

⁸⁷⁷ En el PEC las multas son depósitos, con y sin, intereses convertibles en multas y en el TCEG son multas. Sobre la eficacia de las sanciones del PEC, véase, *supra*, Capítulo I, epígrafe Crisis económica y aplicación del PEC, pp. 90 y ss.

⁸⁷⁸ Pueden verse argumentos a favor y en contra de la idoneidad de la aprobación del TCEG en el debate organizado por el Instituto Europeo de Florencia, AZOULAI, Loïc, POIARES MADURO, Miguel, DE WITTE, Bruno, CREMONA, Marise, HYVÄRINEN, Anna, KOCHAROV, Anna, ABDALLAT, Anwar, “Another Legal Monster? An EUI Debate on the Fiscal Compact Treaty”, *EUI Working Paper LAW*, 2012/09, 2012.

⁸⁷⁹ Véase, AZOULAI, Loïc, POIARES MADURO, Miguel, DE WITTE, Bruno, CREMONA, Marise, HYVÄRINEN, Anna, KOCHAROV, Anna, ABDALLAT, Anwar, “Another Legal Monster?”, cit., 1 (afirmación de Anna Kocharov), pp. 3 y 4 (igualmente se afirma por Miguel Maduro).

En el mismo sentido, MARTÍNEZ Y PÉREZ DE NANCLARES, José Martín, “El nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la UEM: reflexiones a propósito de una peculiar reforma realizada fuera de los Tratados constitutivos”, cit., pp. 421 y 422.

⁸⁸⁰ Véase, AZOULAI, Loïc, POIARES MADURO, Miguel, DE WITTE, Bruno, CREMONA, Marise, HYVÄRINEN, Anna, KOCHAROV, Anna, ABDALLAT, Anwar, “Another Legal Monster?”, cit., 1 (afirmación de Anna Kocharov), p. 5 (Miguel Maduro).

⁸⁸¹ Véase, AZOULAI, Loïc, POIARES MADURO, Miguel, DE WITTE, Bruno, CREMONA, Marise, HYVÄRINEN, Anna, KOCHAROV, Anna, ABDALLAT, Anwar, “Another Legal Monster?”, cit., 1.

⁸⁸² El art. 14 del TCEG prevé la entrada en vigor del TCEG tras la ratificación de doce Estados de la zona euro. El mecanismo de entrada en vigor ha sido especialmente flexible. Se ha optado por un sistema que permite la entrada en vigor del TCEG para un determinado número de Estados y la progresiva incorporación del resto, a medida que van depositando ante la Secretaría General del Consejo sus respectivos instrumentos de ratificación. No obstante, hay que destacar que las disposiciones relativas a la gobernanza de la zona euro (arts. 12 y 13) han entrado en vigor para todas las Partes Contratantes desde el mismo momento en que entró en vigor el Tratado por la ratificación de los doce primeros Estados de la zona euro.

introducidos en los ordenamientos jurídicos de algunos Estados de la UEM para dar observancia al TECG.

En Francia, en 2011 se inició el trámite de reforma del texto constitucional a través de la *Ley constitucional relativa al equilibrio de las finanzas públicas*, de 13 de julio de 2011⁸⁸³. Sin embargo, en última instancia, dada la dificultad de su tramitación⁸⁸⁴, la introducción de la regla de estabilidad se ha efectuado a través de la ratificación del TECG⁸⁸⁵ y la aprobación de una ley orgánica. Esta última opción, como hemos apuntado, es posible tras la flexibilización de los mandatos establecidos en el art. 8 del TECG. Analizaremos brevemente el contenido tanto de la inicial propuesta de reforma, como de la definitiva Ley orgánica núm. 2012-1403, de 17 de diciembre de 2012, relativa a la programación y a la gobernanza de las finanzas públicas.

En cuanto al contenido de la inicial reforma francesa, en términos generales, la regla de estabilidad presupuestaria propuesta poseía un tenor más amplio y flexible que, por ejemplo, la regla de disciplina presupuestaria introducida en las constituciones de Alemania o Suiza, puesto que obviaba establecer referencias a niveles de déficit específicos o períodos en los cuales debían alcanzarse los objetivos de reducción de déficit.

En la fallida propuesta de reforma francesa, la redacción del art. 34 de la Constitución mantenía, como en la redacción actual, el principio de equilibrio presupuestario. Junto a este principio, el art. 34 establecía que una Ley marco de equilibrio de las finanzas públicas determinaría por un período, de al menos tres años, las orientaciones plurianuales, las normas de evolución y las reglas de gestión de las finanzas públicas, para asegurar el equilibrio de las cuentas de las Administraciones

⁸⁸³ *Assemblée Nationale, Constitution du 4 octobre 1958, Treizième Législature, session extraordinaire de 2010-2011*, 13 julio 2011.

⁸⁸⁴ Para que el proyecto de ley hubiera sido definitivo, siguiendo lo establecido en el art. 89 de la Constitución francesa, de 4 de octubre de 1958, debía ser aprobado por referéndum o por el Parlamento reunido en Congreso (es decir, Congreso y Senado juntos) y obtener una mayoría de tres quintas partes de los votos emitidos.

El art. 89 tercer párrafo de la Constitución francesa, de 4 de octubre de 1958, establece que “*sin embargo, la propuesta de revisión no estará sometida a referéndum cuando el Presidente de la República decida someterla al Parlamento convocado en Congreso; en este caso, el proyecto de revisión será aprobado si reúne el mayoría de tres quintas partes de los votos emitidos*”.

⁸⁸⁵ Loi núm. 2012-1171, du 22 octobre 2012 autorisant la ratification du traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire (JORF n.º 0247 du 23 octobre 2012 p. 16432).

públicas⁸⁸⁶. Igualmente, la Ley marco determinaría para cada año un límite de gasto y un mínimo de nuevas medidas relacionadas con los ingresos que se impondrán globalmente en las Leyes de Presupuestos (*Lois de finances*) y en las Leyes de Financiación de la Seguridad Social.

La creación de las Leyes marco de equilibrio de las finanzas públicas constituía el elemento central de la reforma. El contenido de las Leyes marco de equilibrio de las finanzas públicas se fijaría mediante una Ley orgánica. A su vez, esta Ley Orgánica sería la encargada de determinar los conceptos enumerados en la segunda frase del art. 34 de la Constitución (el límite de gasto público y medidas relativas a los ingresos).

Tras la reforma constitucional, la nueva Ley orgánica, del mismo modo que la Loi organique n.º 2001-692 de 1 de août de 2001 relative aux Lois de finances (en adelante, LOLF), hubiera ocupado una posición específica y privilegiada respecto a las Leyes de Presupuestos y las Leyes marco de equilibrio de las finanzas públicas.

En cuanto a la posición de las Leyes marco de equilibrio de las finanzas públicas, esta era *sui generis*⁸⁸⁷, puesto que si bien las Leyes marco no tenían carácter

⁸⁸⁶ Las Leyes marco de programación plurianual sustituían a las leyes de programación de las finanzas públicas existentes. Las leyes de programación de las finanzas públicas constituyen una categoría particular de leyes de programación. En ellas se establecen orientaciones y objetivos presupuestarios que no poseen carácter jurídico vinculante. Por este motivo, a pesar de que las leyes de programación actúan en el mismo ámbito que las leyes de finanzas y las leyes de financiación de la seguridad social, no tienen, jurídicamente, ningún efecto restrictivo sobre ellas.

La sustitución de las leyes de programación por las leyes marco, que fijan una trayectoria de reducción de los déficits y que se impondrán a las leyes de finanzas y a las leyes de financiación de la seguridad social, constituía uno de los principales objetivos recogidos en el informe “*Réaliser l’objectif constitutionnel d’équilibre des finances publiques*”, Informe del grupo de trabajo presidido por M. CAMDESSUS, Gobernador Honorario de la Banque de France, La Documentation française, p. 13. Disponible vía internet: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/104000330/0000.pdf> (última consulta, julio de 2013).

⁸⁸⁷ La doctrina afirmó el carácter intermedio, entre las leyes orgánicas y las leyes financieras, de las leyes marco. Este carácter intermedio se debía a dos motivos. En primer lugar, porque su existencia era obligatoria, en la medida en que ninguna ley de finanzas ni ley de financiación de la seguridad social podía ser adoptada si no existía una ley marco en vigor que cubriese el ejercicio presupuestario concerniente. En segundo lugar, porque las leyes marco se imponían a las leyes de finanzas y a las leyes de financiación de la seguridad social en algunas disposiciones, principalmente en aquellas relativas a los techos de gasto y al nivel mínimo de incremento de ingresos.

A través de este sistema el legislador presupuestario se constreñía a sí mismo, en tanto en cuanto tenía que modificar la ley marco si quería aprobar una ley de finanzas, o una ley de financiación de la seguridad social, que no respetasen las disposiciones restrictivas de la ley marco. Véase, BOUCHEZ, Rémi, “Les nouvelles propositions”: Des lois de programmation des finances publiques au projet d’instituer des lois-cadres d’équilibre des finances publiques”, *Revue Française de Finances Publiques*, (117), Febrero, 2012, p. 131.

orgánico, la reforma constitucional introducía un nuevo apartado al art. 46 de la Constitución que expresamente establecía que “*el Parlamento debe votar los proyectos de Leyes marco de equilibrio de las finanzas públicas en las mismas condiciones que las previstas para una Ley orgánica*”⁸⁸⁸. Además, la aprobación de las Leyes marco de equilibrio de las finanzas públicas era clave, dado que en ausencia de Ley marco no se podían aprobar para el ejercicio en cuestión ni la Ley de Presupuestos ni la Ley de financiación de la Seguridad Social.

La Consejo Constitucional (*Conseil Constitutionnel*) era el órgano encargado de analizar de forma previa a su promulgación la constitucionalidad de las Leyes marco de equilibrio de las finanzas públicas. Igualmente, de forma previa a la promulgación anual de la Ley de Presupuestos y de la Ley de Financiación de la Seguridad social el Consejo Constitucional controlaría su conformidad con lo establecido en las Leyes marco de equilibrio de las finanzas públicas en el momento vigente⁸⁸⁹.

Junto a los cambios indicados, la reforma constitucional francesa añadía un nuevo apartado al art. 88.8 de la Constitución en el que se establecía la obligación del Gobierno de presentar el Programa de Estabilidad frente a la Asamblea Nacional y el Senado, por lo menos dos semanas antes de su transmisión a las instituciones de la UE. Este nuevo mandato pretendía que los programas de estabilidad, que hasta el momento se elaboraban por el Gobierno y no tenían ningún estatus en el Derecho interno, fueran debatidos en el seno del Parlamento⁸⁹⁰.

Finalmente, la reforma del texto constitucional no prosperó. Y, tras la Decisión de la Corte Constitucional francesa, n.º 2012-653, de 9 de agosto de 2012, que afirmó que la ratificación del TCEG podía efectuarse sin llevar a cabo una revisión de la

⁸⁸⁸ No obstante, esta disposición precisaba que “*si el Gobierno lo decide, es posible la aplicación del procedimiento previsto en el tercer párrafo del art. 47*”. El párrafo 3º del art. 47 de la Constitución recoge la posibilidad de que “*si el Parlamento no se pronunciará en el plazo de setenta días, las disposiciones de la ley pueden entrar en vigor por medio de Ordenanza*”. A través de esta alternativa se pretendía facilitar la entrada en vigor de las Leyes marco de estabilidad de las finanzas públicas.

⁸⁸⁹ Este control *ex ante* de las leyes por parte de la Corte Constitucional se recoge en el art. 61 de la Constitución francesa. La reforma constitucional ampliaba el control ejercido por la Corte Constitucional, respecto de las Leyes orgánicas, también a las Leyes marco de estabilidad de las finanzas públicas. Y establecía un control previo a la promulgación de las Leyes de Presupuestos y las Leyes de financiación de la Seguridad Social de adecuación a lo establecido en las Leyes marco de estabilidad de las finanzas públicas.

⁸⁹⁰ En concreto, los programas se presentarán “*para su examen a una o más comisiones permanentes. Y “a petición del Gobierno o de un grupo parlamentario en el sentido del artículo 51-1, el proyecto da lugar a un debate en el Pleno, y está sujeta a un voto sin responsabilidad para el Gobierno*”.

Constitución⁸⁹¹, se dio cumplimiento a los mandatos del TECG mediante la aprobación de la Ley orgánica n.º 2012-1403, de 17 de diciembre de 2012, relativa a la programación y la gobernanza de las finanzas públicas. Esta Ley Orgánica se une a la LOLF⁸⁹², y a las Leyes de Finanzas y Leyes de financiación de la Seguridad social, estas dos últimas de carácter ordinario y anual.

La nueva Ley orgánica n.º 2012-1403, de 17 de diciembre de 2012, relativa a la programación y la gobernanza de las finanzas públicas, posee el mismo rango que la LOLF. La LOLF (como con anterioridad la derogada *Ordonnance n.º 59-2*) es una norma de naturaleza específica, y su contravención genera la inconstitucionalidad de la norma en conflicto, principalmente de las Leyes de Finanzas. Así, en los casos en los que una Ley de Finanzas no respetaba lo establecido en *la Ordonnance n.º 59-2*, el Consejo Constitucional declaró la disposición contraria a la Constitución⁸⁹³. Los sucesivos pronunciamientos en este sentido del Consejo Constitucional generaron afirmaciones relativas al “objeto materialmente constitucional” o al valor “cuasi-constitucional” de *la Ordonnance n.º 59-2*⁸⁹⁴.

⁸⁹¹ En particular, el segundo párrafo del considerando núm. 9 de la Decisión n.º 2012-653, de 9 de agosto de 2012 de la Corte Constitucional francesa establece que “*considerando que el párrafo 2 del artículo 3 (del TECG) no impone una revisión de la Constitución, las estipulaciones del artículo 8 (del TECG) no permiten al Tribunal de Justicia evaluar, en este contexto, la conformidad de las disposiciones de la Constitución a las estipulaciones del presente Tratado; y, en consecuencia, si Francia decide dar cumplimiento a las reglas establecidas en el art. 3 del Tratado según la modalidad fijada en la segunda parte de la alternativa de la primera frase del párrafo 2 del artículo 3, el artículo 8 no afecta a las condiciones esenciales para el ejercicio de la soberanía nacional*”. Esta modalidad es introducir la regla de estabilidad en disposiciones “*o cuyo respeto y cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados a lo largo de los presupuestarios nacionales*”.

⁸⁹² En el ordenamiento jurídico francés la labor codificadora de la materia presupuestaria se ha llevado a cabo mediante una norma con rango de Ley orgánica. Inicialmente, la *Ordonnance núm. 59-2 janvier 1959, portant Loi organique relative aux lois de finances* y, en la actualidad, la *Loi organique n.º 2001-692 de 1 de août de 2001 relatives aux Lois de finances* (LOLF). La LOLF integra la denominada constitución financiera francesa « *constitution financière* ». Si bien la LOLF no puede ser equiparada a la Constitución o su preámbulo, ésta constituye, junto a algunos principios fundamentales, el bloque constitucional. La propia Constitución en su art. 34 prevé la adopción de una Ley Orgánica en materia de finanzas (“Las Leyes de Presupuestos establecerán los ingresos y los gastos del Estado en las condiciones y con las reservas establecidas por una Ley orgánica”).

⁸⁹³ Consejo Constitucional, decisión n.º 60-8 DC, de 11 de agosto de 1960, relativa al impuesto sobre la radio.

⁸⁹⁴ En este sentido, PRELOT, Marcel y BOULOUIS, Jean, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 10ª ed., Dalloz, 1987, p. 622. AMSELEK, Paul, “Le budget de l’État et le Parlement sous la V République”, *Revue du droit public et de la science politique*, 1998, (núm. Supp), p. 1445.

Algunos autores adoptan posturas intermedias, considerando que la LOLF contiene preceptos de fuerza jurídica diferente. Así algunos de ellos poseen un valor constitucional, otros un valor orgánico y otros un simple valor legislativo (estos últimos serán aquellos que a pesar de no ser respetados por la Ley de Presupuestos, el incumplimiento no es sancionado por el Consejo Constitucional, como fue el caso del art. 20 relativo a las Anexos del Presupuesto). Véase, LOÏC, Philip, “Ordonnance de 1959 et loi organique

Entendemos que, del mismo modo que sucede con la LOLF, aquellas disposiciones de una ley de finanzas que contravengan la Ley orgánica núm. 2012-1403 podrían ser declaradas inconstitucionales.

Ahora bien, la Ley orgánica n.º 2012-1403, de 17 de diciembre de 2012, relativa a la programación y la gobernanza de las finanzas públicas, no regula ni los criterios limitativos del déficit y la deuda públicos, ni las previsiones de los niveles de déficit o deuda públicos que deben alcanzarse. El art. 1 de esta ley determina que serán las leyes de programación de las finanzas públicas las encargadas de fijar el objetivo a medio plazo de las Administraciones públicas, tal como establece el art. 3.1 del TECG. Por tanto, las posibles controversias se producirán entre lo previsto en las leyes de programación y lo finalmente regulado en las leyes de finanzas anuales. Ahora bien, a diferencia de lo que sucedía con las leyes marco creadas por el fallido proyecto de reforma constitucional⁸⁹⁵, las leyes de programación no ocupan una posición específica en el sistema de fuentes, diferente a las leyes de finanzas.

A nuestro entender, la efectividad del nuevo sistema instaurado tras la aprobación de la Ley orgánica n.º 2012-1403 dependerá de la vinculación de las leyes de finanzas a lo establecido en las leyes de programación. Hasta el momento las leyes de programación han contenido meras orientaciones y objetivos presupuestarios no jurídicamente vinculantes⁸⁹⁶. Sin embargo, tras la reforma de 2012, si las leyes de finanzas se desvían de lo establecido en la ley de programación de ese período, el Alto Consejo de las Finanzas públicas iniciará el mecanismo correctivo previsto en el Capítulo IV de la Ley orgánica n.º 2012-1403.

de 2001 relatives aux lois de finances“, *La Documentation française – Documents d’études*, (5.01, 2004, p. 2).

Para estos autores la LOLF se sitúa en el bloque constitucional, LOÏC, Philip, *Les fondements constitutionnels des finances publiques*, Finances publiques Poche, Economica, 1995, p. 9; FAVOREU, Louis, “*Droit Constitutionnel*”, Dalloz, 2007, p. 117; ORSONI, Gilbert, “*Science et législation financières*”, Economica, 2005, pp. 128 y 129).

Por último, existen voces contrarias a las atribución de carácter cuasi constitucional a la inicial *Ordonnance* núm. 59- 2 y a la actual LOLF. Véase, National rescue measures, Jean Michel, “Bloc de constitutionnalité ou Ordre constitutionnel?”, en la obra *Mélanges Jacques Robert : libertés*, Montchrestien, Paris, 1998, p. 227. Para el citado autor, estas normas han venido a dar cumplimiento a la orden contenida en el art. 34 de la Constitución y, por ello, se debe hacer referencia más a “orden constitucional” que a bloque constitucional.

⁸⁹⁵ Sobre la naturaleza específica de las leyes marco de programación plurianual, véase, *supra*, nota al pie núm. 887.

⁸⁹⁶ Por este motivo, la reforma constitucional perseguía la sustitución de las leyes de programación por las leyes marco de programación plurianual. Véase, *supra*, nota al pie núm. 886.

La creación del Alto Consejo de las Finanzas públicas constituye la segunda novedad significativa introducida por la Ley orgánica n.º 2012-1403, relativa a la programación y la gobernanza de las finanzas públicas (Capítulo III). El Alto Consejo de las Finanzas públicas es una autoridad independiente encargada de evaluar el cumplimiento de la disciplina presupuestaria. Entre sus funciones se encuentran: emitir informes sobre las previsiones macroeconómicas efectuadas por el Gobierno; determinar si las leyes de finanzas dan cumplimiento a lo establecido en las leyes de programación; indicar la necesidad de iniciar el mecanismo de corrección regulado en el Capítulo IV de la Ley orgánica n.º 2012-1403; o constatar, a petición del Gobierno, la existencia de circunstancias excepcionales en el sentido del art. 3 del TECG o el cese de dicha existencia⁸⁹⁷.

La opción seguida por Francia para adaptar su ordenamiento jurídico a los mandatos derivados del TECG difiere sustancialmente de las opciones llevadas a cabo en Alemania, Italia o España. En primer lugar, no se ha modificado directamente el texto constitucional, sino que, tomado como anclaje constitucional el principio de equilibrio de las finanzas públicas enunciado en el art. 34 de la Constitución, se ha aprobado una nueva ley orgánica⁸⁹⁸. Y en segundo lugar, ni el inicial proyecto de reforma constitucional⁸⁹⁹ ni la finalmente aprobada ley orgánica, contienen criterios limitativos del déficit y la deuda públicos como tales, sino que configuran la estabilidad como un principio u objetivo. Este hecho ha llevado a algunos autores a apuntar que en Francia no se ha introducido una norma de Derecho material, como son las disposiciones relativas a la estabilidad presupuestaria de las Constituciones alemana o española⁹⁰⁰.

⁸⁹⁷ Este mecanismo establece la necesidad de poner en marcha medidas para la reducción de los niveles de déficit si estos son superiores a los inicialmente previstos.

⁸⁹⁸ En relación con la estabilidad presupuestaria, el art. 34 de la Constitución francesa establece que *“Las orientaciones plurianuales de las finanzas públicas se definirán por las leyes de programación. Estas tienen como objetivo equilibrar las cuentas de las Administraciones públicas”*.

⁸⁹⁹ Los motivos del Gobierno francés a la introducción de una verdadera “regla de oro” en el texto constitucional fueron varios. Entre ellos se encontraban, por un lado, las elevadas dificultades metodológicas que una norma de este tipo puede plantear, especialmente en cuanto al perímetro de entes que deben incluirse en el equilibrio. Y por el otro, la voluntad de priorizar los derechos del Parlamento en la materia y evitar un control jurisdiccional del presupuesto.

Véase, un estudio de las dificultades de la introducción de una regla presupuestaria y las características que esta debe tener para ser eficiente en HUART, Florence, “Typologie et impact des règles de politique budgétaire”, *Courrier juridique des finances et de l’industrie*, (66), quatrième trimestre, 2011, pp. 23 y ss. (pp. 23 a 35).

⁹⁰⁰ BOUCHEZ, Rémi, “Les nouvelles propositions”: Des lois de programmation des finances publiques au projet d’instituer des lois-cadres d’équilibre des finances publiques”, p. 130.

En cuanto a la reforma de la Constitución italiana, esta mantiene mayores similitudes con las reformas llevadas a cabo en Alemania y España. Concretamente, el art. 1 de la Ley de reforma constitucional para la introducción del principio de equilibrio presupuestario en la Constitución⁹⁰¹ introduce, en el art. 81 de la Constitución italiana, el principio de equilibrio entre los ingresos y los gastos, tomando en consideración las fases adversas y favorables del ciclo económico. El Gobierno podrá endeudarse, previa autorización de la mayoría absoluta de la Cámara, cuando se verifique la presencia de un evento excepcional. Las normas relativas al presupuesto del Estado, la norma fundamental y los criterios básicos para asegurar el equilibrio entre los ingresos y los gastos presupuestarios, así como la sostenibilidad del endeudamiento del conjunto de las Administraciones públicas se establecerán en una ley que debe ser aprobada por mayoría absoluta de ambas Cámaras. A su vez, el art. 5 de la Ley de reforma constitucional remite a la nueva ley la delimitación algunos aspectos entre los que se encuentran: i) los controles, preventivos y finales, sobre las tendencias de las finanzas públicas. ii) Las causas de desviación de las predicciones establecidas, diferenciando entre aquellas debidas al ciclo económico, las relativas a la falta de efectividad de las intervenciones del Estado y aquellas fruto de un acontecimiento de carácter excepcional. iii) El nivel máximo de desviación negativa admisible dada la adaptación al ciclo económico, así como la acción correctiva que debe adoptarse para solventar tal desviación. iv) La definición de grave crisis económica y financiera y de catástrofe natural que permitirán excepcionar el cumplimiento de los límites del art. 81. v) Normas específicas en materia de gasto público que permitan salvaguardar el equilibrio presupuestario y la reducción de los niveles de deuda pública en relación con el PIB. vi) La creación de un órgano independiente encargado del análisis y seguimiento de la evolución de las finanzas públicas, y la evaluación del cumplimiento de las normas presupuestarias. vii) Las disposiciones a través de las cuales, en tiempos de adversidad en el ciclo económico o de concurrencia de circunstancias excepcionales, se garantizarán las funciones públicas básicas inherentes a los derechos fundamentales.

Por último, la reforma de la Constitución austríaca todavía está pendiente de aprobación. El proyecto de Ley constitucional federal, para la reforma de la Constitución federal, introduce en el art. 13a. el principio de equilibrio presupuestario, al cual se da cumplimiento si no se supera un déficit estructural del 0,35 % del PIB. Las posibles desviaciones se registrarán en una cuenta de control, cuando las cargas negativas computadas en la cuenta superen el umbral del 1,5 % del PIB será necesario adoptar medidas específicas para su reducción. De nuevo, estos límites podrán superarse

⁹⁰¹ Legge Costituzionale, 20 aprile, n.º 1. Introduzione del principio del pareggio nella Carta costituzionale (Gazzetta Ufficiale n.º 95, 23 de aprile 2012). Disponible vía internet: <http://gazzette.comune.jesi.an.it/2012/95/1.htm> (última consulta, julio de 2013).

en caso de desastres naturales o emergencias extraordinarias, tras decisión adoptada por la mayoría absoluta de los miembros del Bundesrat. Esta decisión debe ir acompañada de un plan de reestructuración. En cuanto al reparto de las responsabilidades entre la Federación y los Estados por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del TFUE, el nuevo art. 13b. fija que cada parte será responsable de la proporción de desviación en los límites fijados en el art. 13a que le sea imputable. Por último, se modifica el art. 97a. para introducir la obligación de los Estados de aprobar normas presupuestarias a nivel interno que les permitan dar cumplimiento a los mandatos constitucionales en materia de disciplina presupuestaria.

A la espera de la aprobación de la reforma constitucional, a nivel legal se han introducido modificaciones tendentes a la reducción del déficit y el endeudamiento públicos en la Ley federal de Presupuestos⁹⁰². Concretamente, el nuevo §2, apartado 4, establece que “el presupuesto federal debe estar en equilibrio. Este principio se cumple si el déficit estructural es del 0,35 % del PIB”. Esta previsión legal entrará en vigor a partir del ejercicio presupuestario de 2017.

2.A. El nuevo art. 135 de la CE

En el contexto europeo anteriormente descrito se enmarca la reforma de la Constitución española de 2011. Como señalamos con anterioridad, de forma previa a esta reforma no existía una alusión específica a la estabilidad presupuestaria en el texto constitucional español. Esta falta de pronunciamiento respecto al modelo de política presupuestaria que tenía que llevarse a cabo por los poderes públicos había sido considerada adecuada por la doctrina⁹⁰³. En la actualidad, poseen plena vigencia las afirmaciones de SAINZ DE BUJANDA sobre varios aspectos relativos al concepto y la técnica del presupuesto. El citado autor, en primer lugar, se posiciona sobre el equilibrio presupuestario y el recurso al déficit de las Administraciones públicas. Para SAINZ DE BUJANDA “las nuevas orientaciones de teoría financiera ponen de relieve que el equilibrio presupuestario ha dejado de constituir un ideal absoluto, ya que en ocasiones conviene, incluso provocar una situación de desequilibrio, mediante un incremento de los gastos, que permita al Estado actuar con mayor eficacia en la política del empleo y

⁹⁰² Bundeshaushaltsgesetz 2013, BGBl. I Nr. 139/2009.

⁹⁰³ En este sentido se pronunciaban, entre otros, SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Hacienda y Derecho I, Hacienda y Derecho I*, 3ª reimpression (1ª edición 1955), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 448. ZORNOZA PÉREZ, Juan, “L'équilibre budgétaire dans le Droit espagnol”, en la obra colectiva *L'équilibre budgétaire*, bajo la dirección de TALLINEAU, Economica, Paris, 1994.

en la creación de nuevas rentas”. Ahora bien, prosigue el autor, “estas nuevas orientaciones de la ciencia financiera entran, inevitablemente, en pugna con los esquemas tradicionales de Presupuesto o, si se prefiere, con el mecanismo jurídico–político del presupuesto, tal como había sido elaborado por la doctrina constitucionalista del pasado siglo. (...) El resultado de esta pugna es claro: la discusión y examen de los Presupuestos en las Cámaras legislativas del mundo entero va perdiendo significación, y el presupuesto, institución básica del Derecho público de la era constitucional, va adquiriendo una fisonomía puramente económica y contable, de la que se desentienden los juristas. El desenlace *político* de este proceso es el robustecimiento de las facultades gubernativas en el manejo de los caudales públicos; el resultado *jurídico* (...) es la muerte del Estado de Derecho en una zona de vital importancia para la nación”. Por ello, SAINZ DE BUJANDA predica la necesidad de modificar “el mecanismo jurídico–político del presupuesto, pero esa modificación no puede consistir, en modo alguno, en una renuncia a toda garantía jurídica en el manejo de los caudales públicos. El camino para que el Derecho –no el constitucional y parlamentario, al estilo decimonónico, sino lisa y llanamente, el Derecho– penetre en la órbita presupuestaria consistirá en modelar jurídicamente los nuevos instrumentos de racionalización de la actividad financiera”. Pero el autor precisa, que “disciplinar jurídicamente esa actividad, cualesquiera que sean su extensión y modalidades, no tiene por qué consistir en reservar a los Parlamentos la discusión prolija del presupuesto, ni en imponer en forma inexorable su duración anual, ni en sancionar, en textos políticos, como alguna vez se ha hecho determinados principios, cuya formulación corresponde exclusivamente a la teoría financiera”⁹⁰⁴. Y, es más, el autor introduce a nota a pie la siguiente afirmación “no tiene sentido, por ejemplo, que un precepto constitucional imponga coactivamente el equilibrio presupuestario como hace el artículo 110 de la Ley Fundamental de la República alemana”⁹⁰⁵.

Sin embargo, la realidad del derecho presupuestario y de la institución del presupuesto, en la actualidad, nos lleva a afirmar que ante la dificultad de controlar situaciones de elevados niveles de déficit y deuda públicos, así como de falta de transparencia y de control del presupuesto público, la solución se ha intentado encontrar a través de la introducción de principios, como el de estabilidad o de equilibrio presupuestario, en los textos constitucionales. Las justificaciones de esta inclusión son

⁹⁰⁴ SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Hacienda y Derecho I*, cit., p. 447 a 449.

El art. 110 de la Ley Fundamental de Bonn de entonces vigente tiene la rúbrica “*Plan presupuestario y ley de presupuesto de la Federación*” y establece que “*Todos los ingresos y gastos de la Federación deberán figurar en el presupuesto; en el caso de las empresas federales y de los patrimonios especiales no necesitarán figurar más que las entradas o las entregas. El presupuesto federal deberá ser equilibrado en sus ingresos y gastos*”.

⁹⁰⁵ SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Hacienda y Derecho I*, cit., pp. 448 y 449 (nota al pie núm. 314).

varias. Para algunos autores los efectos negativos del déficit público, apuntados por un sector de la doctrina económica⁹⁰⁶, justifican la regulación constitucional de sus limitaciones⁹⁰⁷. De este modo, el derecho constitucional económico de los Estados miembros de carácter más débil (neutro), se ha visto sucesivamente suplantado por el Derecho comunitario⁹⁰⁸. Este último, recoge en el Tratado mandatos concretos en materia de política económica y presupuestaria, que en la mayoría de los Estados miembros no se regulaban originariamente en los textos constitucionales sino en normativa legal⁹⁰⁹.

La traslación de estos mandatos a los textos constitucionales no se deriva tanto de la necesidad de frenar los efectos negativos de la existencia de déficit y deuda públicos excesivos (los cuales ya eran conocidos, pero se quiso guardar silencio al respecto en las constituciones), sino por la dificultad de algunos Estados de dar

⁹⁰⁶ A modo de ejemplo, GONZÁLEZ-PÁRAMO MARTÍNEZ-MURILLO destaca los efectos negativos sobre el crecimiento y la renta per cápita a largo plazo que producen el déficit público y la inflación. Señaladamente, el autor apunta que “los déficit públicos inhiben el crecimiento a través de mecanismos como la expulsión del ahorro y la inversión privados, la incertidumbre acerca de sus futuros efectos sobre las políticas monetarias y tributaria, y la consolidación de una mayor inflación a largo plazo. Véase, GONZÁLEZ-PÁRAMO MARTÍNEZ-MURILLO, José Manuel, *Costes y beneficios de la disciplina fiscal: la Ley de Estabilidad Presupuestaria*, Instituto de Estudios Fiscales, cit., p. 42.

En el mismo sentido, el estudio empírico sobre países de la OCDE llevado a cabo por DOMÉNECH, TAGUAS y VARELA señala que el descenso del déficit público registrado durante la década de los noventa habría producido un aumento de la tasa de ahorro nacional de 3,3 puntos y un aumento de la tasa de crecimiento del PIB a largo plazo de un 0,25 % entre los Estados de la UEM. DOMÉNECH, Rafael, TAGUAS, David, y VARELA, Juan, *The effects of Budget Deficits on National Savings in the OECD*, *Mimeo*, Ministerio de Asuntos Exteriores, 1997, pp. 1 a 17. Disponible vía internet: iei.uv.es/rdomenec/saving.pdf (última consulta, julio de 2013).

Pero como apunta, entre otros, ALBERTÍ ROVIRA, y nosotros suscribimos, la reforma del art. 135 de la CE supone “la consagración de una línea de pensamiento económico que sacraliza el equilibrio presupuestario, en sentido de eliminación del déficit, por encima de cualquier otra consideración. No es sin duda la única opción, ni de política económica en general ni de enfoque para superar la crisis financiera de la actualidad, sin que ello quiera decir que resulte admisible gastar mal o gastar más de lo debido. (...) La renuncia explícita y al máximo nivel jurídico interno a la adopción en el futuro de políticas económicas de inspiración keynesiana parece, además, un tanto precipitada. Véase, AA.VV. “Encuesta sobre la reforma constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, (93), Septiembre – Diciembre, 2011, p. 165.

⁹⁰⁷ RUIZ ALMENDRAL afirma que “así las cosas, el problema de partida del diseño constitucional es relativamente sencillo, al menos en su formulación inicial: si es cierto que la existencia de déficits cuantitativamente elevados y de carácter estructural o permanente es un problema, entonces parece lógico que deban ser objeto de regulación constitucional”. Véase, RUIZ ALMENDRAL, Violeta, “Estabilidad Presupuestaria y Reforma Constitucional”, cit., p. 101.

⁹⁰⁸ BAQUERO CRUZ, Julio, *Entre competencia y libre circulación. El derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 2002, p. 134.

⁹⁰⁹ *Ibidem*. p. 138.

cumplimiento efectivo a las restricciones del Derecho europeo⁹¹⁰. Este hecho constituye la causa principal de la inclusión de reglas de estabilidad en las constituciones nacionales, ahora bien, una vez determinado el motivo, las dudas surgen respecto de la idoneidad de la medida⁹¹¹. Se pretende solventar el incumplimiento sistemático y generalizado por los Estados de los mandatos del Tratado y del derecho europeo derivado sobre disciplina presupuestaria mediante la inclusión de la norma limitativa en las constituciones. Con ello, la problemática se traslada a la esfera constitucional nacional, serán los respectivos órganos nacionales encargados del control de la constitucionalidad de las normas internas los que tendrán que corroborar el cumplimiento de la disciplina presupuestaria y hacerlo a través de los cauces establecidos, en muchas ocasiones, para dirimir conflictos de distinta naturaleza, como, por ejemplo, la adecuación de las normas nacionales a los Derechos Fundamentales⁹¹². Este hecho comporta una protección diferente de la estabilidad según el Estado, manteniéndose la diversidad en las normativas, procedimientos y controles, y en consecuencia, la persistencia en la heterogeneidad que tan difícil hace el control por parte de las instituciones europeas. Esta es la solución adoptada frente a la imposibilidad de introducir en la normativa europea medidas más eficientes y dotar al Tribunal de Justicia de mayores competencias en la materia^{913 y 914}.

⁹¹⁰ Así, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ precisa que “ante la dificultad de algunos Estados de la Unión Monetaria para financiar sus desequilibrios presupuestarios, se ha considerado necesario dotar las reglas de estabilidad presupuestaria de un poder vinculantes que impidiera a los Estados desembarazarse de ellas fácilmente. Para este objetivo, las constituciones aparecen como el instrumento jurídico idóneo” GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge, “La Reforma del artículo 135 de la Constitución Española”, *Revista de Administración Pública*, núm. 187, Enero – Abril, 2012, p. 37 e, igualmente, en la p. 41.

⁹¹¹ Muchas han sido las voces que se han pronunciado en contra de constitucionalizar el principio de estabilidad presupuestaria. Los motivos alegados también son diversos. Entre ellos, ÁLVAREZ CONDE, señala tres, el primero, “es más que dudoso que estemos en presencia de una decisión política fundamental”; el segundo, “el poder de reforma, que es el autor de la modificación constitucional, no es un poder originario, como lo es el poder constituyente, sino limitado, debiendo, por tanto, respetar el modelo económico constitucionalmente establecido, el cual puede verse alterado por la fórmula utilizada”; el tercero, “al constitucionalizarse esta fórmula, la misma queda congelada por el principio de rigidez constitucional, lo cual puede llegar a suponer una contradicción con la finalidad inicialmente perseguida.” Véase, AA.VV., “Encuesta sobre la reforma constitucional”, cit., p. 161.

⁹¹² Tras aprobarse la reforma constitucional se apuntó, por ÁLVAREZ CONDE, la posibilidad de que la ley orgánica recogida en el nuevo art. 135 de la CE comportase una modificación en la LOTC para establecer un control específico (un procedimiento *ad hoc*). Véase, AA.VV., “Encuesta sobre la reforma constitucional”, cit., p. 164. Opción que finalmente no se ha plasmado en la LOEPSF que no fija ningún procedimiento específico, diferente a los ya existentes.

⁹¹³ Véase, *supra*, Capítulo I, epígrafe Crisis económica y aplicación del PEC, pp. 90 y ss.

⁹¹⁴ Como ha apuntado, ALBERTÍ ROVIRA, “si la UE considera necesario adoptar medidas adicionales a las ya existentes para asegurar el cumplimiento de los objetivos del Pacto de estabilidad y crecimiento, o para revisarlo para lograr una Unión Económica y Monetaria más eficaz, debería hacerlo en virtud de su propia autoridad con carácter general”. En el mismo sentido, ARAGÓN REYES afirma que “me parece que la solución eficaz de los actuales problemas de déficit y endeudamiento no puede proceder de la libre

Además, la reiteración de las normas y la asunción de las correspondientes obligaciones no es garantía de su correcto cumplimiento⁹¹⁵. Estamos frente a la superposición de mandatos prácticamente idénticos, tanto a nivel europeo como nacional, pero constitucionalizar la estabilidad no tiene porque comportar indefectiblemente que esta se alcance, ni que su consecución deba hacerse a cualquier precio. Como señaló el Parlamento Europeo, en su Resolución de 18 de enero, sobre las Conclusiones del Consejo Europeo de los días 8 y 9 de diciembre de 2011 acerca de un proyecto de Acuerdo internacional relativo a una unión para la estabilidad presupuestaria, la disciplina presupuestaria “no genera, por sí sola, una recuperación”⁹¹⁶.

Bajo esta perspectiva, queda claro que la razón última de la reforma del art. 135 de la CE no es introducción de un mandato de disciplina presupuestaria ajeno a las reglas ya existentes⁹¹⁷. La Exposición de Motivos de la Reforma deja constancia que en este punto se trata de “reforzar el compromiso de España con la Unión Europea”⁹¹⁸, compromiso, por tanto, ya asumido previamente. Junto a este objetivo, la Exposición de Motivos de la Reforma enumera dos objetivos más: vincular a todas las

adopción de soluciones sobre el particular por parte de los Estados miembros de la Unión, sino de la adopción de decisiones por la Unión Europea que debieran ser de obligatorio cumplimiento para todos los Estados miembros”. Ambas posturas se recogen en: AA.VV., “Encuesta sobre la reforma constitucional”, cit., pp. 165 y 170, respectivamente.

⁹¹⁵ Antes de detallar la adaptación del ordenamiento jurídico español a la disciplina presupuestaria, concretamente a través de la aprobación de las Leyes de Estabilidad Presupuestaria, ya hicimos alusión al efecto directo tanto de las disposiciones del art. 126 del TFUE como de los Reglamentos que conforman el PEC, precisión que debemos tener presente en este momento de la exposición. Véase, *supra*, Capítulo III, epígrafe Sobre la necesidad de transposición de la normativa europea en materia de disciplina presupuestaria, pp. 232 y ss.

No obstante, tras los acuerdos adoptados en el Consejo Europeo de 9 de diciembre de 2011, por los Jefes de Estado y Gobierno de la Zona del Euro, la introducción de una norma de estabilidad a nivel constitucional constituye una nueva obligación específica de los Estados miembros de la UEM.

⁹¹⁶ PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución de 18 de enero, sobre las conclusiones del Consejo Europeo de los días 8 y 9 de diciembre de 2011 acerca de un proyecto de acuerdo internacional relativo a una unión para la estabilidad presupuestaria* (2011/2546 (RSP)), punto 5.

⁹¹⁷ Las afirmaciones anteriores no comportan que no tomemos en consideración el cambio esencial en la naturaleza del principio de estabilidad presupuestaria tras su inclusión expresa en el texto constitucional, puesto que el Tribunal Constitucional había dejado constancia de que “la integración de España en la Comunidad Económica Europea no significa que por mor del art. 93 se hay dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales, ni quiere en modo alguno decir que la eventual infracción de aquellas normas por una disposición española entraña necesariamente a la vez una conculcación del citado art. 93 CE”. STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4º.

⁹¹⁸ Reforma del artículo 135 de la Constitución Española, de 27 de septiembre de 2011. (BOE núm. 223, de 27 de septiembre de 2011), que entró en vigor el mismo de su publicación –disposición final única–.

Administraciones públicas en la consecución del principio de estabilidad presupuestaria y garantizar la sostenibilidad económica y social de nuestro país.

La elevación del principio de estabilidad presupuestaria al rango de principio constitucional comporta situarlo al mismo nivel que otros principios, como el de autonomía financiera de las Comunidades Autónomas (art. 156.1 CE)⁹¹⁹, que podían bajo determinadas interpretaciones afectar al correcto cumplimiento por parte del Estado español de las obligaciones derivadas del TFUE. No obstante, ya con anterioridad, a pesar de no gozar de carácter constitucional, el Tribunal Constitucional en recientes pronunciamientos (en concreto, la STC 134/2011, de 20 de julio, sobre la constitucionalidad de la LGEP y la LOCLGEP) ya había dejado constancia de que la estabilidad presupuestaria se configura como una orientación de política general que el Estado puede dictar justificada tanto en la habilitación del art. 149.1.13ª CE⁹²⁰ como en el límite de la autonomía financiera que establece el principio de coordinación con la Hacienda estatal del art. 156.1 de la CE⁹²¹. Igualmente, es posible el establecimiento por parte del Estado de límites en materias concretas, como topes máximos de gasto, que afecten a todo el sector público, incluidas las Comunidades Autónomas y los entes

⁹¹⁹ De igual forma, hemos de tomar en consideración la autonomía de los entes locales, si bien esta a nivel financiero es *per se* más limitada que la de las Comunidades Autónomas. La autonomía local, garantizada en los art. 137, 140 y 141 de la CE, supone, como afirma el Tribunal Constitucional, “el Derecho de la Comunidad local a participar a través de los órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos les atañen (...) Para el ejercicio de esa participación los órganos representativos de la Comunidad local han de estar dotados de las potestades sin las que ninguna actuación es posible” (STC 31/1982, de 28 de julio de 1981, FJ 2º). Se trata, por tanto, “de un principio de suficiencia de ingresos y no el de autonomía financiera el que garantiza la Constitución español en relación con las haciendas locales, suficiencia de medios que constituye el presupuesto indispensable para posibilitar la consecución efectiva de la autonomía constitucionalmente garantizada (STC 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7º).

⁹²⁰ El art. 149.1.13ª CE recoge la competencia estatal de dirección de la actividad económica general. Y el Tribunal Constitucional afirma respecto de la LGEP que “lejos de ceñirse a ser un mero conjunto de previsiones contables, opera como un vehículo de dirección y orientación de la política económica que corresponde al Gobierno”.

Además, para el Alto Tribunal el establecimiento de límites presupuestarios no se encuentra solo en el art. 149.1.13 CE, sino que también se puede extraer, para aspectos más concretos, de otros títulos competenciales como los recogidos en el art. 149.1.14 CE “Hacienda General y Deuda del Estado”, y el art. 149.1.11 CE “sistema monetario: divisas, cambio y convertibilidad; bases de la ordenación del crédito, banca y seguros” (STC 134/2011, FJ 4º).

⁹²¹ Principio de coordinación entendido con el alcance previsto en el art. 2.1 b) de la LOFCA, que exige la acomodación de la actividad financiera de las Comunidades Autónomas a las medidas oportunas que adopte el Estado tendentes a conseguir la estabilidad económica interna y externa, toda vez que a él corresponde la responsabilidad de garantizar el equilibrio económico general (STC 171/1996, de 30 de octubre, FJ 2º).

locales⁹²². Este posicionamiento reitera jurisprudencia previa que ya había confirmado la constitucionalidad de límites específicos al recurso al crédito de las Comunidades Autónomas (STC 79/1992, de 28 de mayo, FJ 1º).

Este pronunciamiento del Tribunal Constitucional en julio de 2011, no solo ha confirmado la constitucionalidad de las Leyes de Estabilidad Presupuestaria⁹²³, sino que tiene un alcance más amplio al constituir el respaldo a la aprobación por parte del Estado de “límites o topes generales y no sólo específicos a los presupuestos de las Comunidades Autónomas” (FJ 8º), sin que este hecho comporte infringir la autonomía política y financiera de las Comunidades Autónomas⁹²⁴.

En esta línea, con anterioridad a la reforma constitucional, el Gobierno presentó recurso de inconstitucionalidad respecto de leyes autonómicas que consideraba contrarias a los mandatos de disciplina presupuestaria fijados para los entes subcentrales en la normativa estatal. Este fue el caso del recurso de inconstitucionalidad número 1528-2011, presentado por el Gobierno contra el primer párrafo del art. 8.2 de la Ley Foral 12/2010, de 11 de junio, por la que se adaptan a la Comunidad Foral de Navarra las medidas extraordinarias para la reducción del déficit público⁹²⁵. El Gobierno

⁹²² En la sentencia 62/2001, de 1 de marzo, el Tribunal Constitucional ya había considerado que el establecimiento por parte del Estado de topes máximos de gasto a las Comunidades Autónomas (concretamente, del gasto derivado de las retribuciones de los empleados públicos) constituía “una medida económica general de carácter presupuestario dirigida a contener la expansión relativa de uno de los componentes esenciales del gasto público”. Y que este tipo de límites presupuestarios en materias concretas encontraba su apoyo “en la competencia estatal de dirección de la actividad económica general (ex art. 149.1.13)” (STC 62/2001, de 1 de marzo, FJ 4º).

⁹²³ La STC 134/2011 valida la constitucionalidad tanto del establecimiento de límites presupuestarios a las Comunidades Autónomas y a los Entes locales, como de controles específicos ejercidos por el Consejo de Política Fiscal y Financiera y la Comisión Nacional de la Administración Local, respectivamente. Las actuaciones de ambos órganos se entienden como un control de la adecuación de las actuaciones de los entes subcentrales al objetivo de estabilidad presupuestaria. Concretamente, el Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas aprecia si el plan de económico-financiero elaborado por estas se adecúa o no al objetivo de estabilidad presupuestaria, sin que la apreciación negativa conlleve una sustitución en la competencia de la Comunidad Autónoma, sustitución que para el Tribunal sí sería inconstitucional (STC 134/2011, FJ 11º).

⁹²⁴ En la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 8045-2006, interpuesto por noventa y nueve Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, el Tribunal Constitucional ya había indicado que “*el objetivo de estabilidad presupuestaria correspondiente a cada una de las Comunidades Autónomas*” es una cuestión que por su naturaleza y alcance afecta, sin duda a “la garantía del equilibrio económico, a través de la política económica general” y ha de ser aprobada “con carácter general y de forma homogénea para todo el sistema” (FJ 130º).

⁹²⁵ El art. 8 establece: “*Medidas de aplicación a las entidades locales en materia económica financiera (...) 2. Las entidades locales que tengan obras acogidas a los Planes de Infraestructuras e*

consideraba que el citado precepto de la Ley Foral de Navarra autorizaba el endeudamiento de las entidades locales de Navarra sin sujeción a las exigencias que impone el Real Decreto–Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público⁹²⁶, adoleciendo, en consecuencia, de una inconstitucionalidad mediata o indirecta en tanto vulnera las competencias estatales del art. 149.1 11, 13 y 14 CE ejercidas a través del Real Decreto–Ley 8/2010. Se trata, por tanto, de recurso de inconstitucionalidad por conflicto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (art. 161.1 CE y art. 32.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional –en adelante LOTC–). Sin embargo, tras constitucionalizar el principio de estabilidad podrán formularse recursos y cuestiones de inconstitucionalidad respecto de normas tanto estatales como autonómicas que puedan ser contrarias a este principio. En este caso, la inconstitucionalidad será inmediata o directa.

Asimismo, como ha sucedido en el citado recurso de inconstitucionalidad núm. 1528-2011, tal como establece el art. 161.2 de la CE⁹²⁷, podrá producirse la suspensión de la norma autonómica impugnada por el Gobierno por contraria al principio de estabilidad presupuestaria.

El Tribunal Constitucional todavía no se ha pronunciado sobre el fondo del asunto, pero sí ha resuelto –con anterioridad a la reforma constitucional– sobre la necesidad de mantener o levantar la suspensión del art. 8.2 de la Ley Foral 12/2010. El Tribunal Constitucional ha acordado mantener la suspensión al entender que, de lo contrario, “el levantamiento de la suspensión de la vigencia del precepto impugnado podría poner en peligro, como señala el Abogado del Estado, la efectividad de una medida de política económica general relacionada con el conjunto de la política estatal encaminada a lograr la contención del déficit y endeudamiento públicos, con las correlativas e indeseables consecuencias que, en el contexto de la actual situación

Inversiones Locales para los períodos 2005-2008 y 2009-2012, podrán concertar créditos para la financiación del porcentaje de aportación que les corresponda, una vez comprobada por el Departamento de Administración Local la viabilidad económica del proyecto”.

⁹²⁶ Concretamente, el apartado segundo del art. 14 del citado Real Decreto–Ley determina que “*las entidades locales y sus entidades dependientes clasificadas en el sector Administraciones Públicas no podrán acudir al crédito público o privado a largo plazo, en cualquiera de sus modalidades, para la financiación de sus inversiones, ni sustituir total o parcialmente operaciones preexistentes, a excepción de aquellas que en términos de valor actual neto resulten beneficiosas para la entidad por disminuir la carga financiera, el plazo de amortización o ambos”.*

⁹²⁷ El art. 161.1 de la CE determina que “*el Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses”.*

económica y financiera, pudieran generarse para el conjunto de la economía española y, en especial para el equilibrio financiero de las cuentas públicas. A este respecto la necesaria coherencia de la política económica exige decisiones unitarias que aseguren un tratamiento uniforme de determinados problemas en orden a la consecución de objetivos de interés general y evite que, dada la estrecha interdependencia de las actuaciones llevadas a cabo en las distintas partes del territorio nacional, se produzca un resultado disfuncional y disgregador” (ATC 108/2011, de 5 de julio, FJ 5º).

En resumen, los diferentes pronunciamientos apuntados ponen de manifiesto que la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional era proclive al establecimiento de límites en materias, como el endeudamiento y el déficit públicos, que afectan al conjunto del sector público. Estas actuaciones se veían respaldadas en la competencia estatal *ex art.* 149.1. 11ª, 13ª y 14ª CE, y en el principio de coordinación con la Hacienda estatal (art. 156.1 CE).

Tras la reforma del art. 135 de la CE, el Tribunal Constitucional mantiene igual doctrina (véase, las SSTC 157/2011, de 18 de octubre; 185/2011, de 23 de noviembre; 189/2011, de 23 de noviembre; 195/2011, de 13 de diciembre; 197/2011, de 13 de diciembre), si bien ahora su posicionamiento tiene como principal fundamento el nuevo precepto constitucional. Esto es así porque, con base en la doctrina del *ius superveniens*, el Tribunal Constitucional, en un recurso de inconstitucionalidad, “no fiscaliza si el legislador se atuvo o no, en el momento de legislar, a los límites que sobre él pesaban, sino, más bien, si un producto normativo se atempera, en el momento de examen jurisdiccional, a tales límites y condiciones” (STC 157/2011, FJ 3º⁹²⁸). Bajo esta premisa, como atestigua el Tribunal, enjuiciar la LGEP y la LOCLGEP tras la reforma del art. 135 de la CE comporta hacerlo bajo un “*un nuevo canon de constitucionalidad*” marcado por la consagración del principio de estabilidad presupuestaria. Y, por ello, con contundencia el Tribunal afirma que el principio de estabilidad es “*un mandato constitucional que, como tal, vincula a todos los poderes públicos y que por tanto, en su sentido principal, queda fuera de disponibilidad –de la competencia– del Estado y de las Comunidades Autónomas*” (FJ 3º STC 157/2011).

Ahora bien, el “sentido principal” del principio de estabilidad presupuestaria, como precisa el Tribunal Constitucional, admite diversas formulaciones, y será en el desarrollo legal de este principio donde se perfilará su contenido. Para el Tribunal Constitucional, que el propio art. 135 CE encomiende su desarrollo a “una ley orgánica,

⁹²⁸ El Tribunal trae en este punto a colación la doctrina uniforme (STC 179/1998, de 19 de septiembre, FJ 2º, STC 135/2006, de 27 de abril, FJ 3º, STC 1/2011, de 14 de febrero, FJ 2º y STC 120/2011, de 6 de julio, FJ 2º).

obviamente estatal, corrobora la competencia del Estado en esta materia” (FJ 3º STC 157/2011).

En consecuencia, los pronunciamientos analizados –que constituyen la primera interpretación del Tribunal Constitucional del nuevo art. 135 de la CE– no comportan un cambio jurisprudencial, sino que vienen a respaldar y reforzar una doctrina ya existente. Como el propio Tribunal Constitucional destaca la competencia del Estado en esta materia ya había sido declarada por “este Tribunal aplicando el art. 149.1.13 y 14, por un lado, y 11 y 18, por otro”.

Todo lo anterior nos lleva a afirmar que para preservar la disciplina presupuestaria de los entes subcentrales, concretamente a través de la fijación de límites máximos de déficit y endeudamiento públicos, no era imprescindible la reforma constitucional finalmente llevada a cabo⁹²⁹.

Por tanto, si dicha reforma no era imprescindible ni para la aplicación de los mandatos de disciplina presupuestaria europeos, ni para el establecimiento de límites y controles en las políticas presupuestarias de las Comunidades Autónomas y entes locales, podemos afirmar que la razón principal de la reforma constitucional ha sido la tercera de las recogidas en su Exposición de Motivos: “garantizar la sostenibilidad económica y social de nuestro país”. Una de las principales críticas a la reforma ha sido que esta tuviera como principal finalidad aparente calmar a los mercados después de las tensiones existentes en verano de 2011. Más aun cuando un análisis de la evolución de la prima de riesgo de la deuda pública española tras la reforma constitucional pone de manifiesto que la reforma no consiguió dicho objetivo⁹³⁰.

Para alcanzar este objetivo se consideró necesario, en primer lugar, reafirmar el compromiso del Estado respecto a la adopción de una determina política fiscal tendente a la contención del déficit y el endeudamiento públicos; por ello, la norma en la cual se incardina la estabilidad presupuestaria es la norma de mayor rango del ordenamiento jurídico. La inclusión del principio de estabilidad presupuestaria en el texto

⁹²⁹ En este sentido se pronuncia MARTÍN QUERALT, “en estas circunstancias, ha de afirmarse que no es estrictamente necesario acudir al expediente de modificación constitucional que se ha planteado. Bastaría, como se hizo con anterioridad, con la aprobación de una Ley de Estabilidad y con la modificación de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas. Y ello incluso si se tratase simplemente de respetar los márgenes que pudiera fijar la Unión Europea a sus Estados miembros”. MARTÍN QUERALT, Juan, “La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria: ¿una reforma realmente necesaria?”, *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera*, (252), 2011, p. 7.

⁹³⁰ Toco después de la reforma la prima de riesgo alcanzó un máximo histórico en noviembre de 2011 (468,6), que se superó en mayo de 2012 (507,15).

constitucional y su configuración como parámetro de constitucionalidad constituyen un límite claro a la capacidad del legislador estatal para incurrir en déficit y deuda públicos excesivos. Con anterioridad a la reforma, las leyes estatales no habían sido objeto de un control estricto en términos de cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria, principio que poseía carácter legal. A modo de ejemplo, tras la entrada en vigor de las Leyes de Estabilidad en 2001 se han aprobado Leyes de Presupuestos Generales del Estado que contravenían los mandatos fijados en la propia LGEP⁹³¹. Con la nueva redacción del art. 135 CE, las normas estatales deben ser evaluadas, ahora sí, en función del principio constitucional de estabilidad presupuestaria. Una de las principales diferencias radica, entonces, en el alcance de las actuaciones del Tribunal Constitucional. De forma previa a la reforma del art. 135 de la CE, el Estado se encontraba vinculado a los mandatos de estabilidad derivados de la normativa europea, pero el Tribunal Constitucional se había pronunciado en contra de evaluar la incompatibilidad entre una norma de derecho interno y el sistema normativo de la UE⁹³², al no ser el Derecho de la Unión parámetro de constitucionalidad, posición del Alto Tribunal que se mantuvo en su pronunciamiento 134/2011, de 20 de julio, relativo a la constitucionalidad de la LGEP y la LOCLGEP⁹³³. Sin embargo, a través del nuevo

⁹³¹ A modo de ejemplo, fue aprobada sin dar cumplimiento a la estabilidad presupuestaria, tal como esta se definía en el art. 3 del TRLGEP, la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.

⁹³² Esta jurisprudencia ha recogido con anterioridad. Véase, *supra*, Capítulo I, nota al pie núm. 312.

⁹³³ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ ha afirmado que de forma previa a constitucionalizar el principio de estabilidad existía una insuficiente vinculación del Derecho español a la prohibición europea de déficit excesivo. Esta derivaba de la forma como se da aplicación al principio de supremacía del Derecho europeo. En los casos en los que una norma española es contraria al Derecho europeo, corresponde a los órganos judiciales seleccionar la norma aplicable en los litigios de que conocen, tratándose, como ha afirmado el Tribunal Constitucional, de un “puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto” (STC 28/1991, FJ 5º). Así, de ser contraria al Derecho europeo, la norma española se verá desplazada por la norma europea, si bien la norma española mantendrá su validez en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, como afirma GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, esta construcción da respuesta “a aquellos supuestos en los que existe un conflicto que puede ser resuelto aplicando una regla de Derecho europeo sin prejuzgar la eficacia *erga omnes* de la norma española. Sin embargo, no resuelve las vulneraciones de las reglas europeas de interdicción de la deuda o el déficit excesivos por parte de las normas españolas presupuestarias en la medida en que superen los umbrales permitidos. La naturaleza de estas últimas normas no permite operar una selección del Derecho aplicable al caso, pues la norma presupuestaria española —necesariamente programática, compleja y de detalle— no es susceptible de ser simplemente desplazada por otra europea de contenido netamente prohibitivo”. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge, “La Reforma del artículo 135 de la Constitución Española”, cit., pp. 40 y 41.

Además de este argumento, relativo a la naturaleza de las normas europeas en materia de disciplina presupuestaria, existe otro aspecto que ha limitado la aplicación del Derecho de la UE en materia presupuestaria, y es la dificultad de que el juez ordinario se encuentre frente a un caso que requiera que el Tribunal de Justicia interprete el art. 126 del TFUE. Las normas que pueden requerir este tipo de interpretación es más posible que sean enjuiciadas por el Tribunal Constitucional, como así ha sucedido.

art. 135 de la CE, y sus marcadas remisiones al Derecho de la Unión Europea para configurar las restricciones al déficit y la deuda públicos⁹³⁴, se constitucionaliza gran parte de la normativa europea en materia de estabilidad. Por tanto, ya no se trata de llevar a cabo una interpretación conforme de las normas españolas, sino que se han constitucionalizado determinadas reglas de disciplina presupuestaria europea, que constituyen un nuevo canon de control interno⁹³⁵. La normativa europea en materia de estabilidad deberá tomarse en consideración por el Tribunal Constitucional –junto a lo establecido en la LOEPSF– para evaluar la adecuación de la normativa interna a lo dispuesto por el art. 135 de la CE.

Y, en segundo lugar, reforzar el principio de inclusión presupuestaria automática –clásica garantía constitucional de devolución de los intereses y el capital de la deuda pública⁹³⁶–, a través de la precisión de que los gastos derivados del servicio de la deuda pública gozarán de *prioridad absoluta*⁹³⁷. Pero se trata tan solo un refuerzo puesto que el principio como tal ya existía y constituía la garantía constitucional de la devolución del capital prestado y el pago de los intereses a los suscriptores de deuda pública española. Ahora bien, esta precisión del nuevo art. 135 de la CE se configura como una posible limitación o condicionamiento al art. 31.2 de la CE, puesto que el gasto

Manifiestamos esta situación al tratar la posibilidad de presentar una cuestión prejudicial interpretativa del art. 126 del TFUE, véase, *supra*, Capítulo I, nota al pie núm. 312.

En estas circunstancias, la normativa presupuestaria nacional difícilmente podían ser objeto de control bajo el canon del Derecho europeo.

⁹³⁴ Como veremos al analizar la redacción del nuevo art. 135 de la CE, los criterios para limitar el déficit y la deuda públicos se configuran a través de sendas remisiones, en el caso del déficit estructural a los márgenes establecidos por Unión Europea para sus Estados miembros, y respecto de la deuda pública su volumen no podrá superar lo establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁹³⁵ Así lo apunta ALBERTÍ ROVIRA, AA.VV., “Encuesta sobre la reforma constitucional”, cit., p. 166.

⁹³⁶ La disposición contenida en el actual art. 135.2 segundo párrafo CE (anterior art. 135.2 CE), como apunta DE LA HUCHA CELADOR “puede ser contemplada desde una pluralidad de perspectivas, de entre las que destacar las siguientes: a) como garantía para los particulares, poniéndoles al abrigo de manipulaciones legislativas en el Presupuesto que obstaculicen su derecho a la percepción del capital y de los intereses de la Deuda pública (principio de inclusión presupuestaria automática). b) Como limitación, impuesta constitucionalmente, a la Ley de Presupuestos Generales del Estado. c) Como norma fortalecedora del crédito público (o, más exactamente, del crédito estatal), empleando esta expresión no en un sentido técnico jurídico, sino como confianza que la actuación del Estado inspira en los particulares”. Véase, DE LA HUCHA CELADOR, Fernando, “El principio de inclusión presupuestaria automática: acotaciones del artículo 135.2 de la Constitución”, *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, (63), 1989, p. 347.

⁹³⁷ El principio de inclusión presupuestaria automática en la actualidad se recoge en el apartado 3 del art. 135, el cual dispone que “*los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta. Estos créditos no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión*”. A diferencia del anterior art. 135.2 CE que no recogía la obligación de que “su pago gozará de prioridad absoluta”.

derivado de las obligaciones contraídas a través de la deuda pública deberá ser sufragado de forma prioritaria con independencia de que su priorización sea acorde con el principio de asignación equitativa de los recursos públicos. Se recoge, por tanto, un primer criterio de asignación material del gasto.

La reforma constitucional persigue, junto a otras medidas introducidas en el ordenamiento jurídico español, la contención del endeudamiento público mediante criterios de rigor presupuestario. En este punto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la necesidad de llevar a cabo una aplicación estricta de este tipo de disposiciones en materia de disciplina presupuestaria, puesto que, de lo contrario, podría verse afectada “la credibilidad de España para afrontar los importantes esfuerzos exigidos para la contención del déficit y del endeudamiento públicos”⁹³⁸. En los siguientes apartados analizaremos con detalle los términos de la reforma constitucional.

2.A.1. Procedimiento de tramitación de la reforma constitucional

La tramitación de la reforma constitucional se ha llevado a cabo por la vía del art. 167 de la CE⁹³⁹. Este artículo, junto al art. 168 CE, regula los procedimientos de reforma constitucional. En concreto, el art. 167 CE regula el procedimiento “ordinario” o “normal” de reforma de la Constitución, aplicable cuando no se propone una reforma total de la Constitución ni una reforma parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II. La reforma total o de estas partes protegidas de la Constitución debe realizarse mediante el procedimiento recogido en el art. 168 CE⁹⁴⁰.

⁹³⁸ ATC 108/2011, de 5 de julio de 2011, FJ 5º, en referencia al apartado segundo del art. 14 del Real Decreto-Ley 8/2010 que limita el endeudamiento local.

⁹³⁹ Art. 167.1 CE “*Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado.*

2. De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere adoptado el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso por mayoría de dos tercios podrá aprobar la reforma.

3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras”.

⁹⁴⁰ El complicadísimo procedimiento de reforma que regula el art. 168 de la CE está materialmente destinado a hacer prácticamente inviable la reforma total de la Constitución o de las partes protegidas de esta. Por ello, la doctrina ha calificado el art. 167 CE como el precepto que regula la reforma “normal” o

El objeto de la reforma es el art. 135 de la CE por lo que una interpretación literal y estricta del alcance de la reforma comporta que la vía correcta para su tramitación sea el art. 167, puesto que el art. 135 CE se encuentra en el Título VII del texto constitucional. Ahora bien, a pesar de la corrección del procedimiento, no pueden obviarse las múltiples incidencias que el establecimiento de una regla de contención del déficit y el endeudamiento públicos puede tener en la configuración del Estado español como Estado social, propugnada en el art. 1.1 CE⁹⁴¹, y en la consecución por parte de los poderes públicos de los mandatos contenidos en el art. 9.2 CE^{942 y 943}.

Pero estas conexiones, como ha precisado el Tribunal Constitucional en el Auto 9/2012, de 13 de enero, por el que se inadmite del recurso de amparo interpuesto el 28 de septiembre de 2011⁹⁴⁴ reiterando lo apuntado por la Mesa del Congreso de los Diputados en su acuerdo de 2 de septiembre de 2011, “no encuentran amparo alguno ni en la propia literalidad del texto constitucional, ni en la jurisprudencia constitucional ni tampoco en doctrina”, y por ello “tal y como ha quedado claro en todos los años de vigencia constitucional, el procedimiento agravado del artículo 168 CE está limitado

“ordinaria” de la Constitución, porque el recogido en el art. 168 CE “difícilmente será transitado en alguna ocasión”. En este sentido se posiciona, entre otros, PÉREZ ROYO, Javier, “Artículo 167: La reforma de la Constitución”, *Comentarios a la Constitución Española*, (dirigidos por Oscar ALZAGA VILLAAMIL), Edersa, Madrid, 1996, p. 458.

⁹⁴¹ Art. 1.1 CE “*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*”.

⁹⁴² Art. 9.2 CE “*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.*”

⁹⁴³ Algunos autores han afirmado que tal afectación puede constituir una mutación constitucional, concretamente, “en una suerte de mutación interna, de carácter interpretativo, por la que una parte de la Constitución que es formalmente modificada puede transformar el significado de otra parte que permanece inalterada”. Véase, GARCÍA – ANDRADE GÓMEZ, Jorge, “La Reforma del artículo 135 de la Constitución Española”, cit., pp. 64 y 65 (nota al pie núm. 72).

⁹⁴⁴ En el recurso de amparo presentado el 28 de septiembre de 2011 por Gaspar Llamazares Trigo y Nuria Buenaventura Puig sobre la resolución de la Mesa del Congreso de los Diputados, de 30 de agosto de 2011, Acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados, de 2 de septiembre de 2011, Acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados, de 30 de agosto de 2011, y Acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados, de 1 de septiembre de 2011, recaídos todos ellos en relación con la tramitación parlamentaria de la proposición de reforma del art. 135CE (Núm. de registro: 5241-2011), los demandantes reprochan a la Mesa que haya calificado la Proposición de reforma constitucional dentro de los supuestos objeto del procedimiento de reforma contemplados en el art. 167 CE, sobre la base de que la misma supone una reforma encubierta del Título Preliminar de la Constitución, afecta a distintos derechos fundamentales en cuanto merma su nivel de protección y menoscaba, en fin, las facultades de los Diputados y los propios ciudadanos.

por su propia naturaleza al objeto normativo en él contemplado sin que quepa ni sea razonable, una extensión por vía alguna de unos requisitos ya de por sí hiperrígidos. Esta pretensión carecería de sentido alguno y es directamente contraria al espíritu de un texto constitucional que delimitó con bastante precisión las dos vías de reforma constitucional⁹⁴⁵.

Los requisitos que el art. 167 CE fija para tramitar la proposición de reforma son: obtener la mayoría de tres quintos en cada una de las Cámaras y, tras la aprobación de la reforma, someter esta a referéndum si así lo solicitan, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.

El día 31 de agosto de 2011 el Pleno del Congreso de los Diputados admitió a trámite la Proposición de Reforma del art. 135 de la CE⁹⁴⁶, que había sido previamente publicada en el Boletín de las Cortes Generales el 26 de agosto de 2011⁹⁴⁷. El mismo día 31 de agosto, el Pleno de la Cámara acordó que, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 93, 126.5 y 146.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados, de 10 de febrero de 1982⁹⁴⁸, (en adelante RCD) la tramitación de la Proposición de Reforma del art. 135 de la CE se llevase a cabo por el procedimiento de urgencia y mediante el procedimiento de lectura única en las Cortes Generales. A su vez, se abrió el plazo de presentación de enmiendas hasta el día 1 de septiembre de 2011.

Tal y como establece el art. 94 RCD, el acuerdo de la Mesa del Congreso de que la reforma se tramite a través del procedimiento de urgencia hace que los plazos tengan

⁹⁴⁵ Auto 9/2012, de 13 de enero, por el que se inadmite el recurso de amparo presentado el 28 de septiembre de 2011 por Gaspar Llamazares Trigo y Nuria Buenaventura Puig, FJ 2º.

⁹⁴⁶ Boletín Oficial de las Cortes Generales, serie B, núm. 329-2, 31 de agosto de 2011.

⁹⁴⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales, serie B, núm. 329-1, 26 de agosto de 2011.

⁹⁴⁸ Los citados preceptos establecen:

Art. 93.1 A petición del Gobierno, de dos Grupos Parlamentarios o de una quinta parte de los Diputados, la Mesa del Congreso podrá acordar que un asunto se tramite por procedimiento de urgencia.

Art. 126.5 Acto seguido, el Presidente preguntará si la Cámara toma o no en consideración la proposición de ley de que se trate. En caso afirmativo, la Mesa de la Cámara acordará su envío a la Comisión competente y la apertura del correspondiente plazo de presentación de enmiendas, sin que, salvo en el supuesto del artículo 125, sean admisibles enmiendas de totalidad de devolución. La proposición seguirá el trámite previsto para los proyectos de ley, correspondiendo a uno de los proponentes o a un Diputado del Grupo autor de la iniciativa la presentación de la misma ante el Pleno.

Art. 146.1. Los proyectos y proposiciones de reforma constitucional a que se refieren los artículos 166 y 167 de la Constitución se tramitarán conforme a las normas establecidas en este Reglamento para los proyectos y proposiciones de ley, si bien éstas deberán ir suscritas por dos Grupos Parlamentarios o por una quinta parte de los Diputados.

“una duración de la mitad de los establecidos con carácter ordinario”. Además, en casos excepcionales, estos plazos podrán ser reducidos en mayor medida si así lo acuerda la Mesa del Congreso (art. 91 RCD).

En cuanto a la tramitación de una proposición en lectura única, el art. 150.1 del RCD fija que esta será posible si “la naturaleza del proyecto o proposición de ley tomada en consideración lo aconseje o su simplicidad de formulación lo permita”. La decisión de tramitación en lectura única debe ser adoptada por el Pleno de la Cámara a propuesta de la Mesa, y una vez oída la Junta de Portavoces. El procedimiento de lectura única comportará que el debate y la votación de la proposición se produzcan de forma exclusiva en el Pleno de la Cámara, sin que se lleven a cabo las fases previas de ponencia y comisión. Por su parte, la votación en sede plenaria se efectuará con arreglo a las normas de los debates y votaciones de totalidad, sometiéndose el conjunto del texto a una sola votación (art. 150.2 RCD), excluyéndose la votación de enmiendas al articulado. De este modo, se imposibilita la presentación, debate y votación de enmiendas que tiene lugar en la Comisión. Además, en los casos de tramitación en lectura única, el RCD no fija ninguna limitación para que se pueda efectuar en la misma sesión la votación sobre el procedimiento y la votación sobre la proposición de ley. Finalmente, el art. 150.3 RCD establece que si el resultado de la votación es favorable, el texto quedará aprobado y se remitirá al Senado, y que en caso contrario quedará rechazado.

Esta variedad particular del *iter legis*, que no se recoge directamente en la Constitución sino que ha sido creada por los Reglamentos parlamentarios, favorece la celeridad de la tramitación pero genera dos consecuencias negativas: una, la imposibilidad de presentar propuestas de modificación del articulado y, otra, la restricción de la participación de las minorías.

Las características del procedimiento de lectura única que hemos detallado ponen de manifiesto las importantes limitaciones que este comporta en las facultades de enmienda y debate del Parlamento. Por ello, los supuestos de hecho que justifican su utilización deben ser interpretados de forma restrictiva. Sin embargo, dada la ambigüedad con la que dichos supuestos están redactados, en la práctica este procedimiento se ha utilizado “cuando existe un consenso tal sobre el contenido de un proyecto que hace prever que el texto no sea variado en el curso de la tramitación (sea o no simple de contenido), previo acuerdo de la Junta de Portavoces”⁹⁴⁹. En consecuencia,

⁹⁴⁹ GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad, “El procedimiento legislativo en las Cortes Generales: regulación, fases y tipos”, *Teoría y realidad constitucional*, (16), 2005, p. 238.

en la utilización de la lectura única prima el criterio del consenso frente al criterio del contenido, por ello, a través de este procedimiento se tramitan leyes cuyo contenido ha sido previamente pactado fuera de las Cámaras⁹⁵⁰.

Bajo estas premisas es significativo que las dos reformas constitucionales que se han llevado a cabo se hayan tramitado a través del procedimiento de lectura única. Sin embargo, tanto el alcance material como el consenso existente en cada una de las reformas es sustancialmente distinto. La reforma constitucional de 1992 consistió en añadir, en el art. 13.2 CE, la expresión “y pasivo” referida al ejercicio del derecho de sufragio de los extranjeros en elecciones municipales. A pesar de la brevedad de la proposición de reforma, esta afectaba a un derecho básico en un Estado democrático. Pero el trámite de lectura única estaba justificado tanto por la premura que requería la introducción de la modificación constitucional⁹⁵¹, como por el amplio consenso existente a favor de su aprobación de la reforma constitucional⁹⁵².

⁹⁵⁰ Un ejemplo son las leyes por las que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco o el Convenio con la Comunidad Foral de Navarra.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la idoneidad de aprobar mediante el procedimiento de lectura única este tipo de leyes consensuadas de forma previa a las tramitación parlamentaria, indicando que “Las Leyes por las que se aprueban las aportaciones económicas de las Diputaciones Forales a la Hacienda General del País Vasco o las que fijan la metodología para su determinación son, como su propio título indica, “leyes de aprobación”, es decir, leyes que incorporan al ordenamiento jurídico con la eficacia que les es propia los contenidos de los acuerdos alcanzados entre las instituciones que integran el Consejo Vasco de Finanzas, esto es, el Gobierno Vasco y las Diputaciones Forales”. (STC 27/2000, de 31 de enero, FJ 5°).

⁹⁵¹ El Tratado de Maastricht, firmado el 7 de febrero de 1992, establece en su art. 8B que “*todo ciudadano de la UE que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida...*”. A la vista de la divergencia entre lo previsto en la Constitución, art. 13.2, y el Tratado de Maastricht, el Gobierno requirió al Tribunal Constitucional para que se pronunciara sobre si existía o no contradicción entre ambos textos, tal y como se prevé en el art. 95.2 CE.

El Tribunal Constitucional en su Declaración 1/1992, de 1 de julio de 1992, estableció: “1° que la estipulación contenida en el futuro artículo 8 B, apartado 1, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, tal y como quedará redactado por el Tratado de la Unión Europea, es contraria al artículo 13.2 de la Constitución en lo relativo a la atribución del derecho de sufragio pasivo en elecciones municipales a los ciudadanos de la Unión Europea que no sean nacionales españoles. 2° que el procedimiento de reforma constitucional, que debe seguirse, para obtener la adecuación de dicha norma convencional a la Constitución, es el establecido en su artículo 167”.

En suma, la necesidad de ratificar el Tratado de Maastricht y de dar cumplimiento a la declaración vinculante del Tribunal Constitucional justificaban el trámite de lectura única.

⁹⁵² El 7 de julio de 1992, fue presentada la proposición de reforma conjuntamente por los Grupos Parlamentarios Socialista, Popular, Catalán (Convergència i Unió), de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, del CDS, Vasco (PNV) y Mixto. A su vez, solicitaron su tramitación por el procedimiento de urgencia. La Mesa de la Cámara, en su reunión de 8 de julio, adoptó el acuerdo de admitir a trámite la Proposición y someterla a la deliberación del Pleno a efectos de su toma en consideración y, previa audiencia de la Junta de Portavoces, proponer al Pleno su tramitación por el procedimiento de lectura

Por el contrario, en el caso de la reforma constitucional de 2011 existen dudas sobre la concurrencia de los requisitos habilitantes del ejercicio del trámite de lectura única. En relación con la urgencia, los mandatos de disciplina presupuestaria que propician la reforma constitucional no se derivan de un cambio en el texto del TFUE, el cual en materia de gobernanza económica y disciplina presupuestaria no se ha visto modificado y, por tanto, no existía, como había sucedido en la reforma precedente, una contradicción entre ambos textos. Además, en el momento en que fue presentada la proposición de reforma todavía no se había formulado la Declaración de los jefes de Estado y de Gobierno de la Zona del Euro con el compromiso de establecer en sus respectivas constituciones (o en norma de nivel equivalente) una regla de disciplina presupuestaria. Esta se llevó finalmente a cabo en el Consejo Europeo de 9 de diciembre de 2011⁹⁵³. Por tanto, existía un margen de tiempo lo suficientemente amplio como para poder llevar a cabo la tramitación de la proposición de reforma mediante el procedimiento ordinario.

En cuanto al nivel de consenso necesario, si bien la proposición de reforma se consensuó por los dos partidos mayoritarios, existía la posición en contra de los partidos minoritarios. La presencia de un menor nivel de consenso que en la primera reforma constitucional se puso de manifiesto por la presentación de distintas enmiendas, tanto en el Congreso como en el Senado, a la proposición de reforma⁹⁵⁴. Por el contrario, en la tramitación de reforma del art. 13.2 de la CE no se presentaron enmiendas ni en el Congreso ni en el Senado. En las votaciones llevadas a cabo en el Pleno del Congreso y

única (BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 147-1, de 9 de julio de 1992). No se presentaron enmiendas ni en el Congreso ni en el Senado, existiendo unanimidad de todos los grupos políticos representados en las Cámaras respecto a su aprobación.

⁹⁵³ CONSEJO EUROPEO, *Declaración de los jefes de Estado y de Gobierno de la Zona del Euro de 9 diciembre*, Bruselas, 9 de diciembre de 2011, p. 4 (relativa a “un nuevo pacto presupuestario”).

⁹⁵⁴ En el Congreso se presentaron 24 enmiendas: diez por el Grupo Parlamentario Mixto (una de la señora Fernández Davila y del señor Jorquera Caselas, dos de la señora Barkos Berruezo, dos de la señora Oramas y del señor Rios y cinco de la señora Díez González); cuatro por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana- Izquierda Unida- Iniciativa per Catalunya Verds; dos por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) y ocho por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió). La Mesa de la Cámara en su reunión del día 1 de septiembre inadmitió algunas de las enmiendas y solicitó aclaración o reformulación de otras. (BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 329-3, de 5 de septiembre de 2011).

En el Senado se presentaron 29 enmiendas: ocho por el Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió, cuatro por el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas, dos por el Grupo Parlamentario Mixto (señor Quintero Castañeda) y quince por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (BOCG. Senado, núm. 106, de 6 de septiembre). El 6 de septiembre la Mesa de la Cámara no admitió a trámite algunas de las enmiendas (BOCG Senado, núm. 108, de 8 de septiembre).

en la comisión de Constitución del Senado⁹⁵⁵, en los días 2 y 6 de septiembre de 2011 respectivamente, se rechazaron todas las enmiendas, y el texto del art. 135 CE que finalmente fue aprobado por el Pleno de ambas Cámaras es prácticamente idéntico al inicialmente presentado en la proposición de reforma⁹⁵⁶.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 167.3 de la Constitución, a partir de la fecha de aprobación de la proposición de reforma, se abrió el plazo de quince días para que, bien una décima parte de los miembros del Congreso, bien una décima parte de los miembros del Senado, solicitaran que la reforma aprobada por las Cortes fuera sometida a referéndum para su ratificación⁹⁵⁷. Una vez transcurrido dicho plazo sin que se hubiera solicitado por un número suficiente de diputados o senadores someter la reforma a referéndum, se publicó el texto definitivo del artículo 135 de la Constitución en el BOCG⁹⁵⁸. La reforma constitucional fue sancionada y promulgada por el Rey el 27 de septiembre de 2011 y publicada el mismo día en el BOE.

Estamos frente una reforma constitucional que por su naturaleza y calado difícilmente cumple los requisitos para su tramitación en lectura única y por el procedimiento de urgencia⁹⁵⁹. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha apuntado en

⁹⁵⁵ La tramitación en el Senado fue a través del procedimiento de urgencia, en su versión más rápida al amparo del art. 135 del Reglamento del Senado, pero no de lectura única. El texto fue remitido por el Congreso al Senado, publicándose la proposición de Reforma el día 3 de septiembre, pasando a la Comisión de Constitución y abriéndose el plazo de presentación en enmiendas hasta el día 5 de septiembre (BOCG. Senado, núm. 105 de 3 de septiembre de 2011).

En la Comisión de Constitución (DS Senado. Comisiones, núm. 561) se rechazaron las enmiendas y se aceptó como Dictamen el texto remitido por el Congreso (BOCG. Senado, núm. 107, de 7 de septiembre).

⁹⁵⁶ Tan solo en el Congreso se introdujo una corrección gramatical en el sentido de sustituir "en relación al" por "en relación con" en el párrafo tercero del artículo 135.3 CE.

⁹⁵⁷ (BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 329-5 y BOCG. Senado, núm. 108, ambos de 8 de septiembre).

⁹⁵⁸ (BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 329-7, de 28 de septiembre de 2011).

⁹⁵⁹ Esta situación ha llevado a algunos autores, como VINTRÓ CASTELLS, a valorar la posibilidad de efectuar un control de constitucionalidad de las posibles infracciones de los Reglamentos parlamentarios por parte de la reforma constitucional. En cuanto a las vías procesales, VINTRÓ CASTELLS señala la presentación de un recurso de amparo. De acuerdo con lo establecido en el art. 42 de la LOTC, puede presentarse recurso de amparo frente a actos sin valor de ley de los órganos de las Cámaras que vulneren derechos fundamentales.

Esta opción fue la adoptada por dos parlamentarios (Gaspar Llamazares Trigo y María Nuria Buenaventura Puig) que presentaron el 28 de septiembre un recurso de amparo alegando una vulneración del derecho fundamental del art. 23 CE fruto de la restricción de sus facultades en el ejercicio de su cargo representativo. El recurso ha sido finalmente inadmitido por el Tribunal Constitucional en su Auto de inadmisibilidad de 13 de enero de 2012.

Ahora bien, como apunta VINTRÓ CASTELLS, "la resolución del recurso previsiblemente tardará bastante tiempo en llegar y, siguiendo la pauta de la jurisprudencia constitucional en la materia, si la

la resolución del recurso de amparo presentado respecto a la proposición de reforma constitucional, que *“ni de la lectura del texto constitucional en su conjunto, ni de modo especial del Título X dedicado por la propia Constitución a su posible reforma, ni del art. 146 RCD se advierte que la aprobación de la reforma constitucional haya quedado excluida del procedimiento de lectura única”*. Y, por ello, en la medida en que la decisión de tramitación por el procedimiento de lectura única se adoptó por el Pleno de la Cámara mediante la oportuna votación, esta se considera válida.

Frente a esta postura mayoritaria del Tribunal Constitucional se presentaron votos particulares, entre ellos el del vicepresidente del Tribunal GAY MONTALVO. El magistrado apunta que la decisión que acordaba el procedimiento de lectura única debía analizar si se observaba o no el mandato normativo del art. 150 RCD. Y, en este punto GAY MONTALVO destaca que *“la proposición de ley de reforma de la Constitución Española de 1978 que fue tramitada por ese procedimiento tenía tantas implicaciones que no puede decirse, a primera vista, que tuviese una formulación simple. Por otro, es posible que, como ha avalado el Pleno de la Cámara su voto favorable, la coyuntura que ha propiciado esta reforma constitucional dotase a aquella proposición legislativa de una naturaleza que aconsejase la sustanciación a través de este concreto procedimiento legislativo, si bien tratándose de una reforma de un texto constitucional que, como he dicho, se gestó como fruto de un delicado consenso pareciera que también hubiera motivos para entender que su naturaleza requería de una tramitación tal que facilitara la participación más plural posible, con lo cual no se compadece el procedimiento de lectura única”*⁹⁶⁰.

La diversidad de posiciones existentes pone de manifiesto la controversia existente respecto a la idoneidad de la tramitación de la reforma a través del procedimiento de lectura única. En términos generales, la extrema celeridad con la que se ha llevado a cabo la reforma de la Constitución española hace que esta diste mucho de las reformas llevadas a cabo en otros Estados como es Alemania, donde se creó una Comisión específica (Comisión sobre el Federalismo II) para debatir y consensuar el contenido de la reforma. Comisión en la que se incluían representantes tanto de la Federación como de los Länder y que estuvo activa desde finales de 2006 hasta la

sentencia es estimatoria, los efectos de la misma serán meramente declarativos del reconocimiento del derecho vulnerado y sin retroacción del procedimiento al momento de la vulneración”. Véase, VINTRÓ CASTELLS, Joan, “Reflexiones sobre la reciente reforma constitucional”, Institut de Dret Públic, octubre, 2011. Disponible vía internet: <http://idpbarcelona.blogspot.com/2011/10/reflexiones-sobre-la-reciente-reforma.html> (última consulta, julio 2013).

⁹⁶⁰ Voto particular que formula el Vicepresidente del Tribunal Constitucional, don Eugeni Gay Montalvo, al Auto dictado en el recurso de amparo avocado al Pleno núm. 5241-2011.

tramitación de la reforma en 2009⁹⁶¹. Con independencia de la necesidad de introducir una regla de contención del déficit y el endeudamiento públicos en el texto constitucional español para salvaguardar la sostenibilidad económica y la credibilidad en la deuda soberana española⁹⁶², una reforma de esta naturaleza requería alcanzar mayor nivel diálogo y de consenso.

2.A.2. Contenido

A través de la reforma constitucional de 2011 se ha dado una nueva redacción al art. 135 de la CE, ahora bien, como señalamos, los dos apartados que anteriormente lo conformaban no han sido suprimidos sino que estos se mantienen, integrados en el apartado 3 del actual art. 135 CE, y se adicionan cuatro apartados nuevos. El primero de ellos recoge el principio de estabilidad presupuestaria en el siguiente tenor: *“Todas las Administraciones públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria”*.

El primer aspecto que debemos destacar es la introducción del principio de estabilidad presupuestaria en el art. 135 de la CE, precepto constitucional relativo a la deuda y el crédito públicos (recursos crediticios), y no en el art. 134 de la CE referente al presupuesto del Estado. De las nuevas disposiciones incluidas en el art. 135 CE, tan solo el tercer párrafo del art. 135.3 CE hace referencia a la deuda pública, concretamente, establece el límite al endeudamiento de las Administraciones públicas (*“El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”*). Por tanto, si bien podía haberse recogido el principio de estabilidad presupuestaria en el art. 134 CE, la opción de técnica legislativa adoptada ha permitido el tratamiento conjunto del principio de estabilidad presupuestaria, la limitación del déficit público, la limitación de la deuda pública y la deuda pública como ingreso público. De este modo, se produce una doble consecuencia: se separa el principio de estabilidad presupuestaria de la institución del presupuesto público, y se conecta este principio con las limitaciones al endeudamiento público.

⁹⁶¹ Sobre la composición de la Comisión y el procedimiento de reforma constitucional alemán. Véase, *supra*, Capítulo III, epígrafe La introducción del principio de estabilidad presupuestaria a nivel constitucional, pp. 306 y ss.

⁹⁶² Respecto de la evolución de la estabilidad financiera en España durante el período previo a la reforma constitucional, véase, Banco de España, *Informe de estabilidad financiera*, (11), Madrid, 2011, pp. 11 y ss.

En relación con la separación del principio de estabilidad presupuestaria del precepto de la Constitución destinado al presupuesto, la estabilidad instaurada a nivel europeo es una estabilidad que va más allá del equilibrio presupuestario, entre otros factores, porque el presupuesto no es el único aspecto a evaluar, sino que el espectro de análisis es mucho más amplio. La estabilidad debe predicarse del conjunto de instituciones que conforman el sector público en términos de contabilidad nacional – con independencia de su inclusión en el presupuesto–. En la medida en que la nueva redacción del art. 135 CE contiene alusión directamente a la normativa europea como parámetro para configurar los límites al déficit y la deuda públicos, entendemos que el principio de estabilidad presupuestaria también debe configurarse en función de las directrices europeas. A su vez, el encuadre del principio de estabilidad presupuestaria junto a los límites al déficit y la deuda públicos acentúa la vertiente de contención del gasto público inherente al principio, frente al incremento de los ingresos públicos como mecanismos para alcanzar la estabilidad presupuestaria⁹⁶³.

Una vez afirmado el principio de estabilidad presupuestaria, el apartado 2 del art. 135 recoge la norma limitativa del déficit público. Sus términos son: “*El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados miembros*”. De esta regla destacan dos aspectos: la referencia al concepto de déficit estructural y la remisión a la normativa de la UE.

En relación con este segundo aspecto, en el momento de aprobarse la reforma constitucional española todavía no se había aprobado ninguna norma europea específica que vinculase la restricción del déficit público al déficit estructural. El criterio del déficit del art. 126 del TFUE hace referencia al déficit, sin mayor concreción, siendo este el déficit cíclico. Por lo tanto, a diferencia del criterio constitucional de la deuda pública (art. 135.3 CE), que remite para su concreción al TFUE, el criterio del déficit público contenido en el art. 135.1 de la CE hace referencia a los márgenes establecidos por la UE en términos genéricos, a la espera de la aprobación de una norma europea que contuviera un límite al déficit público de esta naturaleza; como sería el Tratado de Estabilidad, Cooperación y Gobernanza de la Unión Económica y Monetaria⁹⁶⁴.

⁹⁶³ Sobre el principio de estabilidad presupuestaria como principio de contención del gasto público nos pronunciamos en este capítulo. Véase, *supra*, Capítulo I, epígrafe Fundamentos de la disciplina presupuestaria, pp. 15 y ss.

⁹⁶⁴ Las directrices fijadas sobre el pacto presupuestario establecieron que “Los presupuestos de las administraciones públicas estarán equilibrados o con superávit; este principio se considerará respetado si, por norma general, el déficit estructural anual no excede del 0,5 % del producto interior bruto (PIB)

En cuanto a la toma en consideración del déficit estructural, la doctrina económica define el déficit estructural como “el excedente de los gastos sobre los ingresos que persiste cuando la economía experimenta un crecimiento a su más alta tasa de empleo”⁹⁶⁵. Tanto el TFUE como los Reglamentos que conforman el PEC, para evaluar la existencia de déficit excesivo en un Estado, valoran su déficit en términos generales, por tanto, el que se produce con independencia del momento del ciclo económico en el que se encuentre el Estado. Este criterio no ha estado exento de controversia. Inicialmente, se criticó el marcado carácter procíclico del PEC originario, el cual, por un lado, no ofrecía especiales incentivos a los Estados para reducir el déficit público en las fases altas del ciclo y, por otro lado, limitaba la puesta en marcha de políticas públicas anticíclicas que limitasen los efectos negativos de un descenso en el crecimiento económico⁹⁶⁶. Por ello, si bien el criterio del déficit establecido en el texto del Tratado no ha sido objeto de reforma, las Instituciones europeas, a la hora de evaluar el cumplimiento por parte de un Estado del criterio del déficit y de alguna de las excepciones que lo conforman, tienen en cuenta, entre otros aspectos, la fase del ciclo económico en la que el Estado se encuentra.

Dado que las Instituciones europeas no son ajenas al control del déficit estructural, la Comisión ha establecido un procedimiento para calcular el déficit estructural de los diferentes Estados miembros, extrayendo el componente cíclico del presupuesto⁹⁶⁷. El déficit público que persiste tras efectuar este ajuste permite apreciar mejor la estabilidad financiera del Estado a medio plazo, puesto que evalúa el estado del déficit público con independencia de los posibles aumentos o descensos derivados de las políticas introducidas en las distintas fases del ciclo económico.

nominal”. CONSEJO EUROPEO, *Declaración de los jefes de Estado y de Gobierno de la Zona del Euro de 9 diciembre*, Bruselas, 9 de diciembre de 2011, p. 3 (relativa a “un nuevo pacto presupuestario”).

Esta norma se recoge prácticamente en los mismos términos en el art. 3 del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Económica y Monetaria: “a) *La situación presupuestaria de las administraciones públicas de cada Parte Contratante será de equilibrio o de superávit; b) la norma establecida en la letra a) se considerará respetada si el anual de las administraciones públicas alcanza el objetivo nacional específico a medio plazo, definido en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento revisado, con un de déficit estructural del 0,5 % del producto interior bruto a precios de mercado*”.

⁹⁶⁵ MULLER, Patrice y PRICE, Robert W.R., “Structural budget deficits and fiscal stance”, cit., p. 1.

⁹⁶⁶ Los motivos de la reforma del PEC en 2005 pueden observarse, *supra*, Capítulo I, epígrafe Elementos de la reforma, pp. 69 y ss.

⁹⁶⁷ Sobre el cálculo del déficit estructural y los niveles de déficit estructural de los Estados miembros en otoño de 2011, véase, COMISIÓN EUROPEA, *Cyclical adjustment of Budget balances*, Ecofin Economic Forecasts, 26 de abril, 2012. Para un estudio más detallado del cálculo del déficit estructural y el proceso para extraer los factores cíclicos del presupuesto véase, COMISIÓN EUROPEA, “Technical note: The Commission services method for the cyclical adjustment of government budget balances”, *European Economy*, Directorate-General for Economic and Financial Affairs, (60), Luxemburgo, 1995, pp. 39 y ss.

Hasta este punto hemos recogido los aspectos positivos derivados de la toma en consideración del déficit estructural, pero existen también algunos elementos que nos hacen cuestionar la aplicabilidad y viabilidad de este criterio.

En primer lugar, es difícil determinar el nivel de déficit estructural existente en un Estado en cada momento, o al menos su cálculo es costoso, especialmente la concreción de las variables consideradas meramente cíclicas⁹⁶⁸. Por este motivo, es necesario que las Instituciones europeas determinen, y apliquen, un procedimiento claro y homogéneo para el cálculo del déficit estructural, que permita la comparabilidad y el control de las situaciones macroeconómicas de los Estados miembros. No obstante, las Instituciones europeas han tenido serias dificultades para llevar a cabo esta labor tomando en consideración el déficit cíclico, cuya determinación es sustancialmente más sencilla. Por tanto, tendremos que esperar para observar en qué medida es posible supervisar la existencia de déficit estructural.

En segundo lugar, a pesar de que la norma constitucional adopte como parámetro el déficit estructural no puede obviarse la importancia del déficit cíclico, especialmente, cuando este último alcanza cuotas especialmente elevadas. En la medida en que elevados niveles de déficit cíclico sean financiados a través de deuda pública, el servicio de la deuda puede hacer que incremente sustancialmente, a medio y largo plazo, el déficit estructural⁹⁶⁹. Por ello, en los supuestos en los que el déficit de un Estado se limita en función del déficit estructural, con carácter general, la regla permite un determinado margen para la existencia de déficits cíclicos cuando las circunstancias así lo requieran⁹⁷⁰.

Los factores expuestos ponen de manifiesto que existen aspectos tanto positivos como negativos en la selección del déficit estructural como variable para evaluar el cumplimiento de la estabilidad presupuestaria. Tan solo la aplicación práctica de la

⁹⁶⁸ La dificultad del cálculo del déficit estructural no ha sido superada por la LOEPSF que remite a la normativa europea la concreción de la metodología para su cálculo. Este aspecto será analizado con detalle durante el estudio de la LOEPSF. Véase, *infra*, Capítulo I, epígrafe Instrumentación de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, pp. 411 y ss. (en particular nota al pie núm. 1091).

⁹⁶⁹ La relación entre ambos tipos de déficit se analizó con anterioridad. Véase, *supra*, el Capítulo II, epígrafe El recurso a la deuda pública como mecanismo para financiar el déficit público, pp. 196 y ss.

⁹⁷⁰ Este es el caso del art. 115 de la GG que expresamente establece que “*deben tomarse en cuenta en caso de desarrollo coyuntural divergente de la situación normal, en forma simétrica en expansión y recesión, los efectos sobre el presupuesto*”.

norma confirmará o desmentirá la mayor efectividad de la variable del déficit estructural, frente al déficit cíclico hasta el momento utilizada.

Tras configurar el criterio del déficit público mediante una remisión a los márgenes establecidos por la Unión Europea, el segundo párrafo del art. 135.2 de la CE remite a la Ley Orgánica la fijación del “*déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con el producto interior bruto*”. Como observaremos al analizar la LOEPSF, el legislador orgánico a la hora de fijar el criterio limitativo del déficit público ha concebido las restricciones europeas como una norma de mínimos; estableciendo un límite al déficit público con valores numéricos mucho más restrictivos⁹⁷¹. Así, mientras que el art. 3 del TECG determina que los presupuestos de las Administraciones públicas estarán equilibrados si no superan un déficit estructural anual del 0,5 % de su PIB, la LOEPSF establece que “*ninguna Administración pública podrá incurrir en déficit estructural, definido como déficit ajustado del ciclo, neto de medidas excepcionales y temporales*” (art. 11.2 LOEPSF). Por tanto, se restringe el déficit estructural al 0 % del PIB, si bien a continuación el propio precepto de la LOEPSF hace referencia a la posibilidad de que “*en caso de reformas estructurales con efectos presupuestarios a largo plazo, de acuerdo con la normativa europea, podrá alcanzarse en el conjunto de Administraciones públicas un déficit estructural del 0,4 por ciento del PIB nacional expresado en términos nominales*”⁹⁷².

Finalmente, el art. 135.2 de la CE contempla que los entes locales deberán presentar equilibrio presupuestario. En principio, bajo circunstancias normales, los entes locales no podrán alcanzar déficit estructural, puesto que el precepto constitucional establece que “una ley orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado

⁹⁷¹ No sucede lo mismo en el criterio de la deuda pública para la que la LOEPSF ha reproducido los valores numéricos contenidos en el Protocolo núm. 12 sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo. Este reforzamiento del criterio del déficit frente al criterio de la deuda pública se inserta en la propensión, tanto en el Derecho de la UE como en el Derecho nacional, a centrar la disciplinar presupuestaria en el control de los niveles de déficit público. Ahora bien, como tuvimos ocasión de analizar, la Comisión Europea se ha mostrado contraria a la graduación entre ambos criterios, y, en este sentido, ha reforzado la posición del criterio de la deuda pública a la hora de valorar la apertura del procedimiento de déficit excesivo frente a un Estado miembro (Véase, *supra*, Capítulo I, epígrafe El criterio de la deuda pública (art. 126.2 b) del TFUE), pp. 30 y ss). Por último, hay que tener en cuenta que elevados niveles de deuda pública pueden afectar a medio y largo plazo en mayor medida a la sostenibilidad de las finanzas públicas que situaciones puntuales de elevado déficit público. No se puede obviar que hacer frente al pago de intereses y devolución del capital de una deuda pública muy cuantiosa generará indefectiblemente déficit estructural.

⁹⁷² Las limitaciones al déficit estructural reguladas en la LOEPSF se analizarán con detalle con posterioridad, véase, *infra*, Capítulo III, epígrafe Instrumentación de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, pp. 411 y ss.

y a las Comunidades Autónomas”, sin hacer referencia a los entes locales. La duda que se plantea es si cabe la posibilidad de que los entes locales, bajo circunstancias excepcionales, alcancen ciertos niveles de déficit estructural. El precepto constitucional nada predetermina, puesto que remite a la Ley Orgánica “*la distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones Públicas, los supuestos excepcionales de superación de los mismos y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro pudieran producirse*”. La indicación al conjunto de las Administraciones públicas (y no al Estado y las Comunidades Autónomas) deja abierta la posibilidad de que la Ley Orgánica atribuya a los entes locales la posibilidad de alcanzar un cierto nivel de déficit estructural bajo circunstancias excepcionales.

En cuanto a la aplicación temporal del criterio del déficit, la Disposición adicional determina que “*los límites de déficit estructural establecidos en el artículo 135.2 de la Constitución española entrarán en vigor a partir de 2020*”. Esta disposición difiere nueve años la entrada en vigor de los límites de déficit estructural⁹⁷³. La amplia demora en la aplicación efectiva del criterio del déficit se debe a la falta de viabilidad de alcanzar tales restricciones en un corto período de tiempo⁹⁷⁴. Es más, en la situación macroeconómica actual con facilidad se podría apreciar por la mayoría de los miembros del Congreso la concurrencia de las circunstancias excepcionales que permiten no dar cumplimiento a la limitación del déficit estructural.

A pesar de que la Disposición adicional hace referencia a “*los límites establecidos en el art. 135.2 de la Constitución*”, en puridad el precepto constitucional no configura ningún límite sino que contiene una doble remisión: a los límites fijados por la Unión Europea y los límites que sean establecidos en la ley orgánica. Si tenemos en cuenta la redacción de este mandato, los límites que entrarán en vigor en el 2020 son los determinados en la ley orgánica, puesto que los derivados de la normas de la Unión

⁹⁷³ Algunos autores han apuntado que el amplio diferimiento en la aplicación efectiva de las restricciones al déficit público pone de manifiesto lo inadecuado de la urgencia en la tramitación de la reforma. En este sentido, ÁLVAREZ CONDE, Enrique y DE CARRERAS SERRA, Francesc, AA.VV., “Encuesta sobre la reforma constitucional”, cit., pp. 161 y 187, respectivamente.

Ahora bien, en nuestra opinión dotar a las Administraciones públicas de un período amplio de tiempo resulta lógico dados los elevados niveles de déficit y deuda públicos existentes en el momento de aprobar la reforma del art. 135 de la CE. El calendario de reducción de los niveles de déficit y deuda públicos deben tener en cuenta los riesgos de cada país. Calendarios excesivamente restrictivos pueden conducir a situaciones de acentuado decrecimiento económico. Por ello, el art. 3 del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Económica y Monetaria remite a la Comisión la determinación del calendario de reducción de déficit que será individualizado para cada Estado.

⁹⁷⁴ Como señala BASTIDA FREIJEDO, “las causas de la urgencia de la reforma son precisamente las que retrasan la entrada en vigor de dos medidas que se consideran fundamentales para ponerles remedio”. Véase, BASTIDA FREIJEDO, Francisco J, AA.VV., “Encuesta sobre la reforma constitucional”, cit., p. 166.

Europea entrarán en vigor en el plazo que las propias normas europeas prescriban⁹⁷⁵. A nivel europeo, el criterio del déficit recogido en el TFUE hace referencia al déficit cíclico. Las únicas restricciones al déficit estructural se recogen en el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Económica y Monetaria que entró en vigor en enero de 2013. En cuanto al calendario para lograr la convergencia hacia el objetivo fijado en el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Económica y Monetaria, su art. 3, precisa que “*este (calendario) lo propondrá la Comisión Europea tomando en consideración los riesgos específicos para la sostenibilidad de cada país*”. En consecuencia, es posible que exista un íter temporal durante el cual el Estado pueda estar vulnerando el límite del déficit estructural que fije el Derecho europeo, pero no así el establecido en la ley orgánica cuya entrada en vigor se demorará hasta el 2020. Otra posibilidad es que, en 2020, el Estado dé cumplimiento a los límites de déficit estructural fijados por la Unión Europea pero no a los establecidos en la ley orgánica, que son especialmente restrictivos⁹⁷⁶. Sin embargo, estas afirmaciones son meros futuribles, puesto que la forma cómo coexistirán ambos límites y el cumplimiento que se dará a estos por las Administraciones públicas son cuestiones abiertas.

Por último, debemos señalar que esta demora en la entrada en vigor del límite del déficit público estructural no va acompañada del establecimiento de un calendario y unas medidas de apoyo que permitan alcanzar el objetivo a aquellas Administraciones públicas que tienen mayores niveles de déficit público. Esta es, en cambio, la fórmula seguida por la Ley Fundamental de Bonn, la cual prevé en su art. 143 d) ayudas de consolidación para los Länder que se encuentran en peor situación presupuestaria. Si bien no es necesario que la norma constitucional recoja hasta ese nivel de detalle el

⁹⁷⁵ Por ello, consideramos que hubiera sido más correcto que la Disposición Adicional hiciera referencia directa a los límites de déficit estructural fijados en la ley orgánica, con una redacción del siguiente tenor: “Los límites de déficit estructural establecidos en la ley orgánica, en desarrollo del art. 135.2 de la Constitución española, entrarán en vigor a partir de 2020”.

La actual redacción ha sido objeto de críticas, así, ARAGÓN REYES afirma que “¿el retraso de la entrada en vigor de «todos» los límites previstos en el artículo 135.2 (ésta es la redacción) hasta 2020 incluye también a los límites impuestos por el Derecho comunitario? Parece, literalmente, que es así. Pero ¿ello no quebranta el principio de primacía del Derecho comunitario? ¿O es que, nuevamente, ha de interpretarse que lo que ese apartado 3 «significa» es algo bien distinto a lo que «dice», y que, en contra de lo que dice, hay que entender que ese retraso de la entrada en vigor solo lo es para los «otros» límites que incorpore la ley orgánica, pero no para los provenientes del Derecho comunitario que tendrán la eficacia que de ese Derecho se derive, pese a que unos y otros están incluidos en el artículo 135.2 al que «in toto» este apartado 3 se refiere? En fin, la cosa no está clara, y es una lástima que se haga una reforma constitucional para confundir y no para aclarar”. ARAGÓN REYES, Manuel, AA.VV., “Encuesta sobre la reforma constitucional”, cit., p. 171.

⁹⁷⁶ Véase, *infra*, Capítulo III, epígrafe Instrumentación de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, pp. 411 y ss.

contenido del procedimiento de consolidación, sí es conveniente que la ley orgánica trace el proceso a seguir, concretamente las fases intermedias de reducción de déficit, y el órgano encargado de su supervisión. De lo contrario, este largo período de tiempo puede ser inoperativo para alcanzar el objetivo de déficit estructural. En este punto, para ganar efectividad la Ley Fundamental de Bonn vincula el acceso a las ayudas anuales para la consolidación al cumplimiento de los compromisos anuales de reducción de déficit por parte de los Länder. El desarrollo de este proceso es evaluado por el Consejo de Estabilidad alemán, que determina las consecuencias derivadas de los incumplimientos de los fases intermedias del proceso de consolidación⁹⁷⁷.

Prosiguiendo con el análisis, el tercer apartado del art. 135 CE recoge los dos apartados del precepto originario y el nuevo criterio limitativo de la deuda pública. La redacción del tercer apartado del art. 135 de la CE es la siguiente:

“El Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por ley para emitir deuda pública o contraer crédito.

Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta. Estos créditos no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión.

El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”.

En relación con las disposiciones que se mantienen, de la comparación entre ambas redacciones podemos observar dos tipos de modificaciones. El primer tipo de cambios hace referencia al ente emisor de la deuda y el crédito públicos. Se ha modificado el concepto *Gobierno* del art. 135.1 de la CE, por los conceptos *Estado y Comunidades Autónomas*, ampliando el alcance de la reserva de ley a la deuda pública emitida por las Comunidades Autónomas. A nuestro parecer, la versión primigenia del art. 135 CE reflejaba en mayor medida la distribución de competencias entre el poder legislativo y el poder ejecutivo en el proceso de emisión de deuda pública. Al ser el Gobierno el encargado de llevar a cabo la efectiva emisión de la deuda pública, es este quien, en esencia, necesita la autorización previa a través de una ley. Además, el

⁹⁷⁷ Sobre la creación el Consejo de Estabilidad en Alemania en particular, y sobre la reforma alemana en general, véase, *supra*, Capítulo III, epígrafe La introducción del principio de estabilidad presupuestaria a nivel constitucional, pp. 306 y ss.

mandato constitucional hacía referencia específica al Gobierno⁹⁷⁸, a pesar de que el art. 98 de la LGP de 2003 directamente atribuye la competencia al Ministro de Economía y Hacienda⁹⁷⁹. Con la nueva redacción del artículo 135 de la CE se sujeta de forma expresa a las Comunidades Autónomas al principio de reserva de ley en materia de deuda pública, mandato que las Comunidades Autónomas ya cumplían⁹⁸⁰, a pesar de que no todos los Estatutos de Autonomía lo recogen. De todos modos, si la intención del legislador de la reforma era someter de forma expresa a las Comunidades Autónomas a la reserva de ley hubiera sido más preciso en términos de técnica jurídica establecer “*El Gobierno del Estado y de las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por ley*”⁹⁸¹. Esta opción preservaría para el Gobierno la competencia de creación de la deuda pública. Por el contrario, la redacción dada al art. 135 tras la reforma permite que sea directamente el Ministro de Hacienda el que, tras la

⁹⁷⁸ Según los arts. 97 y 98 de la CE, el Gobierno es el órgano colegiado que dirige la política interior y exterior del Estado y es la cúspide de la Administración del Estado, tanto de la civil como de la militar. El Gobierno se integra por el presidente, los vicepresidentes, en su caso, y los ministros.

En cuanto al concepto de Estado, el Tribunal Constitucional ha afirmado que “*el término Estado es objeto en el texto constitucional de una utilización claramente anfibológica. En ocasiones (así, arts. 1, 56, 137 de la CE y en la propia rúbrica de su Título VIII, por mencionar solo algunos ejemplos) el término Estado designa la totalidad de la organización jurídico-política de la nación española, incluyendo las organizaciones propias de las nacionalidades y regiones que la integran y la de otros entes territoriales dotados de un grado inferior de autonomía; en otras, por el contrario (así, en los arts. 3.1, 149, 150 de la CE), por Estado se entiende solo el conjunto de las instituciones generales o centrales y sus órganos periféricos, contraponiendo estas instituciones a las propias de las Comunidades Autónomas y otros, entes territoriales autónomos*” (STC 32/1981, de 28 de julio de 1981, FJ 5º). El concepto Estado utilizado en el anterior art. 135 de la CE hacía referencia a la segunda de las acepciones recogidas por el Tribunal Constitucional.

⁹⁷⁹ El art. 98.1 LGP precisa que “*corresponde al Ministro de Economía autorizar las operaciones señaladas en el artículo precedente, así como establecer los procedimientos a seguir para la contratación y formalización de tales operaciones y para el ejercicio de las competencias que figuran en los artículos siguientes. El Ministro podrá delegar tales facultades, de forma ordinaria, en el Director General del Tesoro y Política Financiera*”.

⁹⁸⁰ Las Comunidades Autónomas, siguiendo la fórmula empleada a nivel estatal, recogen en sus correspondientes leyes de presupuestos anuales un precepto que autoriza a su respectivos Gobiernos para que incrementen el saldo vivo de su deuda pública en una cantidad determinada. Véase una muestra en el art. 40.1 a) de la Ley 6/2011, de 27 de julio, de Presupuestos de la Generalitat de Cataluña para 2011, establece que “*en lo que se refiere a las operaciones de endeudamiento de la Generalidad: a) Se autoriza al Gobierno para que, a propuesta del consejero o consejera de Economía y Conocimiento, emita o contraiga deuda pública o haga uso del endeudamiento con plazos de reembolso superiores a un año en cualquier modalidad, tanto en operaciones en el interior como al exterior, con la limitación de que el saldo de deuda viva a 31 de diciembre de 2011 no supere el saldo correspondiente autorizado a 31 de diciembre de 2010 en más de 5.622.409.132,03 euros.*”

⁹⁸¹ En este sentido se pronuncia DE LA HUCHA CELADOR, Fernando, “La Reforma del artículo 135 de la Constitución: estabilidad presupuestaria y deuda pública”, cit., p. 41.

autorización genérica recogida en el art. 98 de la LGP, apruebe la emisión de deuda pública para el siguiente ejercicio, sin que ello contravenga el precepto constitucional⁹⁸².

En esta misma línea de modificación y ampliación del ámbito subjetivo del precepto, el concepto *Estado* recogido en el antiguo art. 135.2 de la CE se ha sustituido por la noción *Administraciones públicas*. Concretamente, se indica que “*los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta*”. E, igualmente, en el párrafo siguiente se ha referencia a las Administraciones públicas: “*volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones públicas*”.

La determinación del ente público que emite deuda o contrae crédito constituye un elemento central para la correcta aplicación de toda regla de disciplina presupuestaria. Por ello, la ampliación de los contornos del ámbito subjetivo del art. 135 de la CE es, a nuestro parecer, un cambio necesario por varios motivos. El primero, para que el precepto constitucional sea acorde con la normativa europea (concretamente, con el SEC-95), la cual configura un sector público especialmente amplio⁹⁸³. Y, el segundo, para reflejar la existencia de una multiplicidad de entes –no tan solo el Gobierno– que recurren al crédito público y generan en consecuencia endeudamiento público.

Si observamos la redacción del art. 135 de la CE en su conjunto, cuando este hace referencia a los sujetos, en algunas ocasiones enumera “*el Estado y las Comunidades Autónomas*” y en otras a “*las Administraciones públicas*”. Así, el principio de estabilidad presupuestaria debe predicarse de las actuaciones de “*todas las Administraciones públicas*”. Según el criterio de restricción del déficit público, el límite del déficit estructural se establece respecto del Estado y de las Comunidades autónomas, mientras que los entes locales quedan excluidos de la posibilidad de alcanzar déficit estructural debiendo presentar equilibrio presupuestario⁹⁸⁴. Por su parte, el “*Estado y*

⁹⁸² A pesar de la referencia al Gobierno recogida en el inicial art. 135 de la CE, tras la aprobación de la LGP de 2003, partiendo de la delegación contenida en el art. 98 de la LGP, la creación de deuda pública se ha llevado a cabo a través de Orden Ministerial. A modo de ejemplo, en el año 2012, por la Orden ECC/41/2012, de 16 de enero, por la que se dispone la creación de Deuda del Estado durante el año 2012 y enero de 2013 y se delegan determinadas facultades en la Dirección General del Tesoro y Política, BOE núm. 14, de 17 de enero de 2012). Sobre la regulación de la emisión de la deuda pública, véase, *supra*, Capítulo III, epígrafe Situación previa a la reforma del art. 135 de la CE, pp. 266 y ss.

⁹⁸³ Sobre el concepto de sector público en la normativa europea, véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe Criterios para la clasificación de un ente en el sector Administraciones públicas, pp. 427 y ss.

⁹⁸⁴ A pesar de enumerar tan solo al Estado y las Comunidades Autónomas en el criterio del déficit, posteriormente, en el apartado 5 del art. 135 CE, cuando se hace referencia al reparto de los límites de déficit y deuda públicos, al tratar conjuntamente el déficit y la deuda públicos, se hace referencia al

las Comunidades Autónomas” deberán estar autorizadas por ley para emitir deuda o contraer crédito. Además, los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las “*Administraciones públicas*” se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos. Y, por último, el volumen de la deuda pública que se tomará en consideración para el comprobar el cumplimiento de los límites fijados en el TFUE es el del “*conjunto de las Administraciones públicas*”.

Para intentar sistematizar el ámbito subjetivo del art. 135 CE, podemos afirmar que este precepto contiene dos grandes tipos de restricciones. Por un lado, incluye normas materiales de contención del déficit y del endeudamiento públicos y, por el otro, la reserva de ley en materia de deuda y crédito públicos. Cuando el precepto hace alusión a la deuda y el crédito públicos como recursos crediticios, este hace mención al Estado y las Comunidades Autónomas, al ser estos los sujetos que constitucionalmente cuentan con “el producto de las operaciones de crédito” entre sus recursos, en función de lo establecido en el art. 135 de la CE y el art. 157.1 de la CE. Por el contrario, cuando se tratan aspectos vinculados con la vertiente del gasto de la deuda pública, con el déficit público o con la estabilidad presupuestaria el sujeto son las “Administraciones públicas”. Ahora bien, este intento de sistematización de los sujetos enumerados en el art. 135 CE se quiebra cuando se regula el criterio del déficit público. En este último caso, puesto que el legislador quiere excluir de forma expresa a los entes locales de la posibilidad de alcanzar ciertos niveles de déficit estructural, el precepto enumera tan solo al Estado y a las Comunidades Autónomas.

A nuestro parecer, la opción más correcta hubiera sido hacer referencia a las Administraciones públicas en todas las disposiciones limitativas del déficit y el endeudamiento públicos del art. 135 de la CE. Los motivos son varios: en primer lugar, como hemos apuntado, constituye una noción comprensiva que evita la exclusión de entes generadores de endeudamiento público y permite incluir una multiplicidad de sujetos que en la actualidad pueden recurrir al crédito público⁹⁸⁵. En segundo lugar,

concepto “Administraciones públicas”. Concretamente se establece que por ley orgánica se regulará: “a) *La distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones públicas, los supuestos excepcionales de superación de los mismos y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro pudieran producirse*”.

⁹⁸⁵ Como indican FELD y BASKARAN, una de las principales críticas a la norma de contención del déficit público en la GG es la forma en que esta configura el sector público. Los autores apuntan que “una regla relativa a la deuda debe cubrir el gobierno federal y estatal, pero también los entes locales, las Seguridad Social y los entes fuera del presupuesto”. En el caso alemán, la exclusión de la Seguridad Social y los municipios en la fase de planificación se ha argumentado alegando la falta de información sobre estas. Sin embargo, la justificación parece poco convincente en la medida en que ambos entes publican previsiones de su situación presupuestaria. Véase, FELD, Lars P. y BASKARAN, Thushy,

evita distinciones entre los conceptos utilizados en el criterio limitativo del déficit y el de la deuda pública. En la actual redacción parece que determinados entes –como son los entes locales– no pueden poseer en circunstancias normales déficit estructural, ya que el límite de déficit estructural se reparte entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pero sí recurrir al endeudamiento público, puesto que el criterio de la deuda hace alusión a la deuda del conjunto de las Administraciones públicas. Esta diferencia parece ilógica en la medida en que el endeudamiento viene a cubrir el déficit público (diferencia entre ingresos y gastos públicos), salvo que se entienda que los entes locales no pueden tener déficit estructural pero sí déficit cíclico, posibilidad que igualmente debe cuestionarse porque el segundo párrafo del art. 135.2 CE precisa que “los Entes locales deberán presentar equilibrio presupuestario”. Si la voluntad era excluir del reparto del déficit estructural a los entes locales, se podía haber hecho referencia igualmente al concepto Administraciones públicas y posteriormente requerir a los entes locales el equilibrio presupuestario. Por último, la LOEPSF no resuelve la cuestión, puesto que en el supuesto en que permite la existencia de déficit estructural (para, por ejemplo, llevar a cabo reformas estructurales) hace referencia a las “Administraciones públicas”⁹⁸⁶, y no se excluye a los entes locales.

El segundo cambio introducido en los apartados originarios del art. 135 de la CE es la inclusión de la prioridad absoluta en el pago de los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones públicas. El segundo párrafo del art. 135.2 de la CE establece que “*los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta*”.

Según el principio de inclusión presupuestaria automática los créditos presupuestarios para satisfacer el servicio de la deuda pública de las Administraciones

Federalism. Budget Deficits and Public Debt: On the reform of Germany's Fiscal Constitution, cit., p. 385.

En el caso español es claro que el concepto “Administraciones públicas” integra la Seguridad Social, en los supuestos en los que la Constitución hace referencia al Estado y las Comunidades Autónomas, la Seguridad Social se entiende incluida en el concepto amplio de Estado.

⁹⁸⁶ El art. 11.2 de la LOEPSF determina que “*No obstante, en caso de reformas estructurales con efectos presupuestarios a largo plazo, de acuerdo con la normativa europea, podrá alcanzarse en el conjunto de Administraciones Públicas un déficit estructural del 0,4 por ciento del Producto Interior Bruto nacional expresado en términos nominales, o el establecido en la normativa europea cuando este fuera inferior.*” Posteriormente, en relación con los supuestos de excepción por catástrofes naturales, recesión económica o situación de emergencia, sí que el art. 11.3 de la LOEPSF establece que podrán incurrir en déficit estructural solo el Estado y las Comunidades Autónomas. Estudiaremos detenidamente las limitaciones contenidas en la LOEPSF. Más adelante, véase, *infra*, Capítulo III, epígrafe Instrumentación de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, pp. 411 y ss.

públicas se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos, no podrán ser objeto de enmienda o modificación y, además, esta es la novedad, su pago “gozará de prioridad absoluta”. Esta precisión adicional persigue asegurar, en mayor medida, a los suscriptores de deuda pública el cobro de los intereses y la devolución del capital, y reducir de este modo la prima de riesgo de la deuda pública española⁹⁸⁷. Las opiniones frente a la inclusión de la prioridad absoluta son diversas, algunos autores lo han calificado como “muy llamativo”⁹⁸⁸, mientras que otros, como DE LA HUCHA CELADOR, han manifestado que la verdadera novedad es “la constitucionalización de un nuevo principio inédito en nuestro ordenamiento como es el de prioridad de pago de los intereses y el capital de la deuda pública, de suerte que nos encontramos con unas

⁹⁸⁷ La prioridad absoluta de pago pretende evitar la elevación de la prima de riesgo por aspectos como la inclusión de cláusulas de acción colectiva (en adelante, CAC) en los títulos de deuda pública. En las Conclusiones del Consejo Europeo, de 24 y 25 de marzo de 2011, se estableció que a partir de 2013 se incluirán CAC en los nuevos valores públicos de la zona del euro con un vencimiento superior a un año. Estas cláusulas permiten facilitar el acuerdo entre el prestatario soberano y sus acreedores del sector privado, al permitir que la mayoría cualificada de acreedores de un país pueda acordar con el Estado reestructuraciones de la deuda pública soberana, mediante el establecimiento de quitas o esperas. Las CAC se insertan en una tendencia más amplia, promovida por el FMI, para llevar a cabo reestructuraciones de deuda pública en aquellos Estados que acumulan cargas muy elevadas de endeudamiento.

A pesar de que el Consejo Europeo afirmó que “la inclusión de CAC en un bono público no implicará una mayor probabilidad de impago o de reestructuración de la deuda correspondiente a dicho bono”, este tipo de cláusulas generan mayor incerteza entre el inversor privado, incrementando la prima de riesgo de la deuda pública con CAC. Por ello, estas constituyen uno de los diversos factores detonantes de la crisis de deuda pública de los Estados de la UEM. Véase, CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones del Consejo Europeo, 24 y 25 de marzo de 2011*, EUCO 10/1/11, REV 1, Anexo II, pp. 32 y 33.

Dada la situación descrita, la UE y los jefes de Estado o de Gobierno circunscribieron la aplicación de quitas y esperas a la situación excepcional de la deuda soberana de Grecia y declararon la solvencia del resto de Estados. Véase, CONSEJO EUROPEO, *Declaración de Jefes de Estado y de Gobierno de la Zona Euro*, 21 de julio de 2011, Bruselas, p. 2 (puntos 6 y 7). Sin embargo, con posterioridad, en la *Declaración de 9 de diciembre de 2011*, ratificaron la introducción de las CAC a través de la inclusión de estos mecanismos en el preámbulo del Tratado constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (en adelante, MEDE). Ello sin dejar de afirmar la solvencia de los Estados de la zona euro y el carácter excepcional de la situación Griega. Véase, el CONSEJO EUROPEO, *Declaración de Jefes de Estado y de Gobierno de la Zona Euro, 9 de diciembre de 2011*, Bruselas, p. 6 (punto 15).

En conclusión, las Instituciones de la UE y los jefes de Estado o de Gobierno intentan mantener una doble postura, en parte contradictoria, que genera inseguridad en los mercados de capitales. Por un lado, afirman la solvencia de los Estados miembros pero, por el otro, ratifican la introducción de CAC en todos los nuevos títulos de deuda soberana. Cláusulas que, en última instancia, permitirían la reestructuración de la deuda soberana de un Estado muy endeudado y el establecimiento de quitas y esperas a sus acreedores. Por último, cabe apuntar que, a pesar de esta posición ambigua, finalmente, la introducción de CAC en todos los títulos de deuda soberana con vencimiento superior a un año se ha recogido en el texto del Tratado constitutivo del MEDE, en su art. 12.3. Este hecho deja constancia de la fuerza del FMI para el establecimiento de este tipo de mecanismos de reestructuración de deuda soberana de los Estados de la UE.

⁹⁸⁸ Véase, ALBERTÍ ROVIRA, Enoch, AA.VV., “Encuesta sobre la reforma constitucional”, cit., p. 169.

obligaciones de pago que gozan de prelación absoluta frente al resto de las obligaciones económicas del Estado y de las Comunidades Autónomas⁹⁸⁹.

Por ello, a nuestro entender, la diferencia estriba en la fase del presupuesto en que uno y otro principio son aplicables. El clásico principio de inclusión presupuestaria automática actúa a lo largo de la elaboración de los presupuestos y de su tramitación parlamentaria, mientras que la prioridad absoluta de pago hace referencia a la fase de ejecución del presupuesto, concretamente a la segunda fase del procedimiento de ejecución, la de ordenación y ejecución del pago. Una vez se han incluido los créditos relativos al capital e intereses de la deuda pública en el presupuesto y se ha ordenado el gasto correspondiente, con lo que se produce el nacimiento de la obligación de pago, la ordenación y ejecución de estos pagos gozará de prioridad absoluta. Por tanto, es un principio que garantiza el cumplimiento y la efectividad.

Por su parte el principio de inclusión presupuestaria también ha sido objeto de modificación, al ampliarse su ámbito subjetivo. Con anterioridad, la garantía derivada del principio de inclusión presupuestaria automática tan solo cubría al servicio de la deuda del Estado, mientras que ahora cubre el servicio de la deuda de todas las Administraciones públicas. Esta modificación afecta, principalmente, al servicio de la deuda pública emitida por las Comunidades Autónomas puesto que no todos Estatutos de Autonomía recogen el principio de inclusión presupuestaria automática, pero entendemos que también al servicio de la deuda pública emitida por otros entes de carácter público – como determinados fondos creados *ad hoc* – que puedan emitir deuda en los mercados de capitales y que conforman el sector Administraciones públicas a los efectos del SEC-95⁹⁹⁰. En consecuencia, con la nueva redacción del principio ya no es necesaria una interpretación extensiva del concepto Estado⁹⁹¹, ya que del mismo tenor literal del artículo se desprende la inclusión de la deuda de todos los entes que conforman el sector Administraciones públicas.

⁹⁸⁹ DE LA HUCHA CELADOR, Fernando, “La Reforma del artículo 135 de la Constitución: estabilidad presupuestaria y deuda pública”, cit., p. 44.

⁹⁹⁰ Entre estos entes se encuentra, a modo de ejemplo, el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB). Sobre el concepto Administraciones públicas en el SEC-95 y en las normas de estabilidad internas, véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe Criterios para la clasificación de un ente en el sector Administraciones públicas, pp. 427 y ss.

⁹⁹¹ La doctrina ya había llevado a cabo una interpretación amplia del concepto “*deuda pública del Estado*” e incluía también la deuda pública de los Organismos Autónomos. Véase, DE LA HUCHA CELADOR, Fernando, “El principio de inclusión presupuestaria automática: acotaciones del art. 135.2 de la Constitución”, cit., p. 353.

Una vez delimitado el ámbito subjetivo del principio de inclusión presupuestaria automática, debemos determinar su ámbito objetivo. Es decir, qué capitales e intereses se encuentran cubiertos por la garantía constitucional del art. 135.3 de la CE. El ámbito objetivo del principio no se ha alterado tras la reforma. El actual art. 135.3 de la CE continúa circunscribiendo el principio de inclusión presupuestaria a los créditos para la cobertura del capital y los intereses de la “deuda pública”. La problemática en este punto se encuentra en determinar el concepto de deuda pública a efectos del principio de inclusión presupuestaria automática. Según el alcance del que se dote a este concepto las obligaciones cuyos créditos gozarán de inclusión presupuestaria automática y su pago de prioridad absoluta serán mayores o menores. El concepto de deuda pública recogido en el originario art. 135.2 de la CE no ha sido definido por el Tribunal Constitucional. Frente a esta situación, varias son las opciones existentes para determinar el concepto de deuda pública a que se refiere el texto constitucional.

La primera de ellas es dotar de contenido al concepto de deuda pública a través de la normativa europea. El art. 1.5 del Reglamento (UE) núm. 479/2009, relativo a la aplicación del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, define la deuda pública como “el valor nominal de las obligaciones brutas del sector Administraciones públicas pendientes a final del año, a excepción de las obligaciones representadas por activos financieros que estén en manos del sector Administraciones públicas”⁹⁹². Esta es la definición de deuda pública que debe tenerse en cuenta a efectos del límite recogido en el párrafo tercero del mismo art. 135.3 de la CE. Y en este caso es la única opción válida, dado que el criterio de la deuda pública se configura a través de una remisión al valor de referencia establecido en el TFUE, el concepto de deuda pública que debe manejarse para evaluar el cumplimiento del límite debe ser también el europeo. Ahora bien, si se dota al concepto de deuda pública contenido en el principio de inclusión presupuestaria automática de este vasto alcance, el principio sería prácticamente inviable, al incluir todas las obligaciones del Estado pendientes a final de año. De ser así, el citado principio perdería su función de garantía constitucional de pago de la deuda pública española.

La segunda opción, es entender que el concepto de deuda del principio de inclusión presupuestaria automática, como del principio de reserva de ley, es el concepto de deuda pública jurídico tradicional⁹⁹³. Sin embargo, dentro de esta segunda opción también caben diferentes posibilidades. La primera de ellas es interpretar el

⁹⁹² El concepto europeo de deuda pública ha sido objeto de estudio, *supra*, Capítulo II, epígrafe Los conceptos de deuda pública en el Reglamento (CE) núm. 479/2009 y en el SEC-95, pp. 188 y ss.

⁹⁹³ Sobre los conceptos jurídicos tradicionales de deuda pública y crédito público, véase, Capítulo III, epígrafe Situación previa a la reforma del art. 135 de la CE, pp. 266 y ss.

concepto de deuda pública acudiendo a lo dispuesto en la LGP⁹⁹⁴. El art. 92 de la LGP precisa que “*constituye la Deuda del Estado el conjunto de capitales tomados a préstamo por el Estado mediante emisión pública, concertación de operaciones de crédito, subrogación en la posición deudora de un tercero o, en general, mediante cualquier otra operación financiera del Estado, con destino a financiar los gastos del Estado o a constituir posiciones activas de tesorería*”. Este concepto legal de deuda pública sigue siendo sustancialmente amplio, principalmente por dos aspectos, el primero, la inclusión del crédito singular y, el segundo, la inclusión de los avales. En este punto, DE LA HUCHA CELADOR se ha posicionado a favor de la inclusión del crédito singular en el ámbito objetivo del principio de inclusión presupuestaria. Para el autor “sería absurdo pensar que la Constitución ofrece solo tales garantías (principio de inclusión presupuestaria automática) a los préstamos documentados en títulos valores ofrecidos al público y no a los concertados con un sujeto determinado”⁹⁹⁵. Sin embargo, en relación con los avales, DE LA HUCHA CELADOR afirma su exclusión por considerarlos otras formas de crédito que no se reducen al concepto de deuda pública. En este punto, suscribimos la delimitación del concepto de deuda pública efectuada por DE LA HUCHA CELADOR que, a su vez, es acorde con la distinción que hemos efectuado con anterioridad en este trabajo entre deuda y crédito públicos⁹⁹⁶. La deuda pública a la que hace referencia el principio de inclusión presupuestaria automática es la deuda pública en sentido estricto materializada a través de un contrato de préstamo (ya sea este suscrito por una pluralidad de suscriptores, empréstito público, o por un único suscriptor, crédito singular), quedando excluidas el resto de formas de recurso al crédito e, igualmente, aquellas obligaciones contraídas por el Estado con ocasión del crédito de un tercero, como son los avales del Estado.

⁹⁹⁴ Si bien hay que tener en cuenta, como ha afirmado el Tribunal Constitucional que “el legislador ordinario no puede dictar normas meramente interpretativas cuyo exclusivo objeto sea precisar el único sentido, entre los varios posibles, que deba atribuirse a un determinado concepto precepto de la Constitución, pues, al reducir las distintas posibilidades o alternativas del texto constitucional a una sola, completa de hecho la obra del poder constituyente y se sitúa funcionalmente en su mismo plano, cruzando al hacerlo la línea divisoria entre el poder constituyente y los poderes constituidos”. (STC 76/1983, 5 de agosto, FJ 4º). Dado que, “en su condición de intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal Constitucional es el único competente para la definición auténtica —e indiscutible— de las categorías y principios constitucionales. Ninguna norma infraconstitucional, justamente por serlo, puede hacer las veces de poder constituyente prorrogado o sobrevenido, formalizando uno entre los varios sentidos que pueda admitir una categoría constitucional. Ese cometido es privativo del Tribunal Constitucional. Y lo es, además, en todo tiempo, por un principio elemental de defensa y garantía de la Constitución: el que la asegura frente a la infracción y, en defecto de reforma expresa, permite la acomodación de su sentido a las circunstancias del tiempo histórico”. STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 57.

⁹⁹⁵ DE LA HUCHA CELADOR, Fernando, “El principio de inclusión presupuestaria automática: acotaciones del art. 135.2 de la Constitución”, cit., p. 354.

⁹⁹⁶ Sobre el concepto de deuda pública y su diferencia respecto del crédito público, véase, *supra*, Capítulo III, epígrafe Situación previa a la reforma del art. 135 de la CE, pp. 266 y ss.

En relación con estos últimos, dada la importancia creciente de la figura del aval y de los elevados importes avalados por el Estado⁹⁹⁷, su exclusión del concepto de deuda pública a efectos del principio de inclusión presupuestaria automática no es una cuestión menor. Si partimos de la exclusión de los avales, en el supuesto hipotético de que alguna de las obligaciones contingentes asumidas por el Estado a través de un aval llegase a materializarse, los créditos para su sufragar esta obligación –capital e intereses– no se entenderían siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos, ya sean del Estado o de otra Administración pública, ni su pago gozarían de prioridad absoluta. De lo contrario, en caso de incluir los avales dentro del concepto de deuda pública del tercer párrafo del art. 135.3 de la CE, si se llegara a materializar alguna de las principales obligaciones contingentes asumidas por el Estado español, los créditos para cubrir esta se considerarían automáticamente incluidos en el presupuesto y su pago tendría el carácter de prioritario. Este último escenario podría comprometer gran parte de las partidas de gasto del presupuesto del Estado⁹⁹⁸.

Al analizar la nueva redacción del art. 135 de la CE, la doctrina ha señalado el trato diferencial que el precepto constitucional atribuye a los acreedores del Estado por obligaciones derivadas de la suscripción de deuda pública, de los acreedores del Estado en función del resto de obligaciones económicas contraídas por este⁹⁹⁹; pero tal

⁹⁹⁷ Para mejorar la seguridad de la deuda pública emitida por sujetos que no son estrictamente el Estado pero que desempeñan funciones que tradicionalmente se han llevado a cabo por el Estado, este último ha recurrido con frecuencia a la figura del aval. Mediante el aval, la deuda del ente emisor consigue alcanzar la misma calificación crediticia que la deuda del Estado. Pueden observarse las elevadas cuantías actualmente avaladas por el Estado en el art. 49 de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el 2011 (concretamente, el límite de la cuantía avalada es de 196.043.560.000 euros). Analizaremos el funcionamiento de este tipo de avales al estudiar la creación de entes fuera del sector Administraciones públicas. Véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe La clasificación sectorial de entes creados para el apoyo al sistema financiero y al sector eléctrico, pp. 477 y ss.

⁹⁹⁸ Para dar cumplimiento al principio de reserva de ley en materia de crédito público, la Ley de Presupuestos Generales del Estado contiene el límite máximo de avales que puede suscribir el Estado. Las cuantías avaladas en los últimos años son muy elevadas. Así, a modo de ejemplo, el art. 54.2 a) de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el 2013, incluye un aval de 92.543.560.000 euros para garantizar las obligaciones económicas exigibles a la sociedad denominada *Facilidad Europea de Estabilización Financiera*, derivadas de las emisiones de instrumentos financieros, de la concertación de operaciones de préstamo y crédito, así como de cualesquiera otras operaciones de financiación que realice dicha sociedad.

Este precepto contiene la autorización para el aval, pero a su vez refleja las importantes cuantías que el Estado español actualmente avala y que constituyen obligaciones contingentes del Estado.

⁹⁹⁹ ALBERTÍ ROVIRA entiende que “el establecimiento de esta «prioridad absoluta», además de limitar gravemente la capacidad de actuación del Estado, con el riesgo de conducirlo a posiciones de mayor debilidad en situaciones extremas, sitúa al resto de acreedores del Estado (por el suministro de otros

preferencia no constituye una novedad del precepto constitucional o fruto de la introducción en el precepto de la prioridad absoluta de pago. Este trato diferencial ya se derivaba de la redacción originaria del principio de inclusión presupuestaria automática del originario art. 135.2 de la CE. Además, este trato diferencial entre unos y otros acreedores del Estado, a pesar de ser cuestionable, constituye la *ratio legis* de este precepto¹⁰⁰⁰ y dota de efectividad al principio de inclusión presupuestaria automática.

Todo lo anterior, nos lleva a afirmar que el concepto de deuda pública recogido en la Constitución tiene carácter anfibológico, como ha afirmado el Tribunal Constitucional respecto a otros conceptos constitucionales como el de “Estado”¹⁰⁰¹. El concepto de deuda pública del principio de reserva de ley y del principio de inclusión presupuestaria automática y prioridad de pago es el concepto jurídico tradicional (“conjunto de capitales tomados a préstamo por el Estado”). Por el contrario, el concepto de deuda pública del límite constitucional del párrafo tercero del art. 135.3 de la CE, que analizaremos a continuación, es el concepto de deuda pública europeo del Reglamento (UE) núm. 479/2009, relativo a la aplicación del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, definido en términos de SEC-95.

El apartado tercero del art. 135 de la CE recoge el nuevo criterio limitativo de la deuda pública. Este tiene la siguiente redacción: *“el volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”*.

A diferencia del criterio del déficit, a la hora de delimitar el valor máximo de deuda pública que se podrá alcanzar, el criterio de la deuda pública remite al TFUE. Hubiera sido conveniente, para mantener la equivalencia entre ambos criterios constitucionales y dadas las posibilidades de que a nivel europeo se fijen nuevas normas limitativas de la deuda pública, una remisión genérica al Derecho de la Unión Europea.

bienes y servicios) en posición de desigualdad, difícilmente justificable en términos jurídicos. Véase, ALBERTÍ ROVIRA, Enoch, AA.VV., “Encuesta sobre la reforma constitucional”, cit., p. 168.

¹⁰⁰⁰ De no llevar a cabo esta interpretación restrictiva las consecuencias presupuestarias sería graves. Como apunta GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, si se entiende que la prioridad del pago “abarca todo el volumen de la deuda pública, gozarían de este privilegio los titulares de cualesquiera créditos ya nacidos frente a la Administración, tales como proveedores, empleados, etc. No se oculta que, dado el grave problema de morosidad que afecta a las Administraciones españolas, esta prelación constitucional de créditos supondría el impago inmediato de buena parte de las demás partidas presupuestarias y los consiguientes problemas de paralización en el funcionamiento de servicios públicos, desde la entrada en vigor de la reforma y hasta que se regularizara la situación de morosidad.”. Véase GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge, “La Reforma del artículo 135 de la Constitución Española”, cit., p. 54.

¹⁰⁰¹ STC 32/1981, 28 de julio de 1981, FJ 5º.

La remisión directa al TFUE puede comportar que la norma constitucional, en principio con una elevada vocación de permanencia, quede desactualizada con cierta facilidad.

Otra diferencia entre el criterio de la deuda pública y el criterio del déficit público es que el criterio de la deuda no recoge una remisión a la ley orgánica para que esta determine el nivel máximo de deuda pública permitido; por lo tanto, el único límite aplicable a la deuda pública es el fijado por el Tratado. Una de las cuestiones que suscita esta redacción es si el legislador orgánico puede establecer limitaciones a la deuda pública superiores a las establecidas en el Tratado, o si por el contrario el límite del Tratado actúa también a modo de freno de mayores restricciones. Algunos autores se pronuncian a favor de la posibilidad de que el legislador orgánico fije límites superiores a la deuda pública, y encuentran la justificación a estas mayores restricciones la encuentran en la relación directa existente entre los niveles de deuda pública con la estabilidad presupuestaria. De este modo consideran que, en la medida en que el art. 135.5 de la CE remite a la ley orgánica el desarrollo de los principios a los que el precepto hace referencia (“*una ley orgánica desarrollará los principios a que se refiere este artículo*”), el legislador podría establecer límites de deuda superiores a los fijados en el TFUE para preservar la estabilidad¹⁰⁰².

Frente a este argumento debemos formular algunas apreciaciones. En primer lugar, la necesidad de delimitar qué se entiende por principio de estabilidad presupuestaria, puesto que si bien es cierto que el art. 135.5 remite a la ley orgánica el desarrollo de este principio, una concepción amplia de este o de las reglas que permiten dar cumplimiento al principio puede suponer que se regule por Ley orgánica, con la petrificación normativa que ello comporta, aspectos de política económica cuya regulación debería llevarse a cabo por ley ordinaria¹⁰⁰³. En segundo lugar, para poder establecer un límite más estricto de la deuda pública, no consideramos necesario su vinculación con la estabilidad en términos generales. El establecimiento de valores numéricos más restrictivos puede considerarse instrumental para alcanzar el propio criterio de la deuda pública fijado en el TFUE. Una mayor limitación otorgaría un margen de maniobra que permitirá, en fases negativas de crecimiento económico, no superar el límite del 60 % establecido en el Protocolo núm. 12 sobre el Procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo¹⁰⁰⁴. Por tanto, tal restricción podría considerarse instrumental del cumplimiento del criterio de la deuda pública a medio plazo¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰² Véase, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge, “La Reforma del artículo 135 de la Constitución Española”, cit., p. 51.

¹⁰⁰³ El ámbito material de la LOEPSF se analizará en el siguiente epígrafe de este trabajo.

¹⁰⁰⁴ Esta no ha sido la opción seguida por el legislador orgánico. El art. 13 de la LOEPSF ha plasmado los mismos valores numéricos que el Protocolo núm. 12 sobre el procedimiento aplicable en caso de

Por último, en cuanto a la aplicación temporal del criterio de la deuda pública, mientras la Disposición adicional única en su tercer apartado fija la entrada en vigor de los límites del déficit estructural en el año 2020, nada se indica sobre la entrada en vigor del límite de la deuda pública. Y esto es lógico, puesto que este límite fijado en el TFUE ya se encuentra vigente en la actualidad. Sin embargo, consciente del actual incumplimiento del criterio de la deuda pública establecido en el TFUE y ante la dificultad de la reducción de los niveles actuales de deuda pública, el segundo apartado de la Disposición adicional única de la Reforma determina que la Ley Orgánica “contemplará los mecanismos que permitan el cumplimiento del límite de deuda a que se refiere el art. 135.3 de la Constitución Española”. Por tanto, la Ley Orgánica deberá diseñar una senda de reducción de la deuda pública que permita, como mínimo, dar cumplimiento al mandato del art. 2 bis del Reglamento del procedimiento de déficit excesivo. Este precepto establece que se considerará que la proporción de deuda pública disminuye de forma suficiente y se aproxima a un ritmo satisfactorio al valor de referencia (requisitos del art. 126.2b) del TFUE) cuando “la diferencia respecto al valor de referencia haya disminuido en los tres años anteriores a un ritmo medio de una veintava parte al año como referencia, sobre la base de los cambios registrados durante los últimos tres años respecto de los que se dispone de datos”.

El apartado 4 del nuevo art. 135 CE regula los supuestos bajo los cuales se pueden superar los límites del déficit estructural y de deuda pública. Este precepto establece que “los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública sólo podrán separarse en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados”. Estos supuestos guardan importantes similitudes con las excepciones

déficit excesivo. En consecuencia, el volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones públicas no podrá superar el 60 % del PIB.

¹⁰⁰⁵ Hay que tener en cuenta que la normativa europea establece la necesidad de alcanzar el “objetivo de estabilidad a medio plazo”. Esta referencia al medio plazo se introdujo en el Reglamento de Supervisión a través del art. 1.1 del Reglamento (UE) núm. 1055/2005, de 27 de junio, que establece “cada Estado miembro tendrá un objetivo a medio plazo diferenciado para su situación presupuestaria. Estos objetivos presupuestarios a medio plazo específicos de cada país podrán diferir del requisito de una situación de proximidad al equilibrio o superávit. Ofrecerán un margen de seguridad con respecto a la proporción de déficit público del 3 % del PIB; garantizarán un rápido avance hacia la sostenibilidad y, teniendo esto en cuenta, darán un margen de maniobra presupuestario, considerando en particular las necesidades de inversión pública”. La necesidad de mantener este margen de maniobra puede justificar la determinación de valores numéricos más restrictivos que los fijados en el Protocolo núm. 12 sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo.

recogidas en el art. 126 del TFUE al cumplimiento de los criterios de déficit y deuda públicos¹⁰⁰⁶, y con las excepciones recogidas en otras Constituciones de nuestro entorno, especialmente en la Ley Fundamental de Bonn¹⁰⁰⁷. Dadas las remisiones al derecho europeo contenidas en el art. 135 CE para la concreción de los criterios del déficit y la deuda, consideramos que la ley orgánica a la hora de configurar las excepciones deberá tomar también en consideración la normativa europea¹⁰⁰⁸. A modo de ejemplo, la Resolución de 17 de junio de 1997 que aprueba el PEC en el 7º compromiso de los Estado miembros establece que se considera “grave recesión económica” un descenso real en el PIB igual o superior al 2 % de PIB, y esta definición tendrá que ser el punto de partida para configurar el concepto “recesión económica” en la LOEPSF. Por tanto, entendemos que el legislador orgánico no tiene plena libertad a la hora de decidir cómo deben interpretarse los supuestos contemplados en la reforma para que pueda activarse el mecanismo de excepción¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁶ Los casos de excepción se enumeran de forma genérica en el art. 126 del TFUE y se concretan en el art. 2 del Reglamento del procedimiento de déficit excesivo. Las dos excepciones que evitan la apertura del procedimiento de déficit excesivo a pesar de que el valor de referencia del déficit público se haya superado son: primera, que la proporción del déficit superior al valor de referencia “*haya descendido sustancial y continuadamente y llegado a un nivel que se aproxime al valor de referencia*”. Segunda, que “*el valor de referencia se sobrepase sólo excepcional y temporalmente, y la proporción se mantenga cercana al valor de referencia*”. El art. 2.1 del Reglamento del procedimiento de déficit excesivo establece que, a los efectos del art. 126.2 a) del TFUE, se considerará excepcional aquel déficit que obedece a “*una circunstancia inusual sobre la cual no tenga ningún control el Estado miembro afectado y que incide de manera significativa en la situación financiera de las administraciones públicas, o cuando obedezca a una grave recesión económica*”.

En cuanto a la deuda pública, el art. 126 del TFUE determina que el incumplimiento de la proporción de deuda pública en relación con el PIB podrá producirse cuando “*la proporción disminuya suficientemente y se aproxime a un ritmo satisfactorio al valor de referencia*”. De igual forma, el art. 2. bis del Reglamento del procedimiento de déficit excesivo (en la versión dada por el Reglamento (UE) núm. 1176/2011, de 16 de noviembre de 2011) que se considerará que la proporción de deuda pública disminuye de forma suficiente y se aproxima a un ritmo satisfactorio al valor de referencia cuando “*la diferencia respecto al valor de referencia haya disminuido en los tres años anteriores a un ritmo medio de una veintava parte al año como referencia, sobre la base de los cambios registrados durante los últimos tres años respecto de los que se dispone de datos*”.

¹⁰⁰⁷ Concretamente, el art. 115 de la GG recoge que “*en caso de catástrofes naturales o de situaciones extraordinarias de emergencia, que se sustraen al control del Estado y que gravan considerablemente la situación financiera estatal, pueden superarse el límite máximo de crédito en base a una resolución de una mayoría de los miembros del Bundestag*”.

¹⁰⁰⁸ Sobre las excepciones a los criterios del déficit y la deuda públicos y su interpretación por la Comisión y el Consejo, véase, *supra*, Capítulo I, epígrafe Regulación contenida en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), pp. 24 y ss.

¹⁰⁰⁹ PÉREZ ROYO ha puesto el acento en el distinto margen de maniobra del legislador orgánico para la concreción de la norma que para la excepción. “En el caso de la concreción de la norma el margen es muy reducido. El límite del límite tanto del déficit estructural como de la deuda pública está definido en la reforma constitucional. Definido por remisión a lo establecido o que pueda establecer la Unión Europea, pero definido. Por el contrario en cuanto a las excepciones, PÉREZ ROYO considera que “la reforma

La mayor dificultad para la aplicación práctica de las excepciones es su elevada indeterminación¹⁰¹⁰. Así, a pesar de que su existencia deba apreciarse por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados¹⁰¹¹, es posible, que la excepción acabe generalizándose y que, con más frecuencia de lo inicialmente esperado, se aprecie la concurrencia de alguna de las excepciones apuntadas¹⁰¹².

constitucional orienta al legislador, pero es éste el que tiene que decidir cómo deben interpretarse los supuestos contemplados en la reforma para que pueda activarse el mecanismo de excepción”. PÉREZ ROYO, Javier, AA.VV., “Encuesta sobre la reforma constitucional”, cit., p. 202.

Varios motivos nos llevan a divergir de la posición del autor. En primer lugar, en cuanto a la concreción de la norma, no consideramos que el margen del legislador orgánico sea tan restringido. El art. 135.2 párrafo segundo de la CE otorga al legislador orgánico la posibilidad de fijar límites específicos al déficit estructural. Y así lo a hecho en el art. 11 de la LOEPSF. En segundo lugar, en relación con los supuestos de excepción, si los criterios del déficit y deuda públicos se concretan mediante una remisión al derecho europeo, es lógico que las excepciones a su cumplimiento también deban ser parejas a las excepciones de los criterios europeos. De lo contrario, la relación entre la norma y sus excepciones carecería de coherencia. No se pueden fijar unos criterios limitativos iguales a los europeos, y unas excepciones a su cumplimiento dispares a las europeas, puesto que de ser así no se daría un correcto cumplimiento a los criterios.

¹⁰¹⁰ Entre la doctrina española encontramos posiciones tanto a favor como en contra del modo en que se han configurado las excepciones al cumplimiento de los límites al déficit y la deuda públicos.

Entre las posiciones en contra encontramos a DE LA HUCHA CELADOR. El autor señala que existe “un error técnico importante porque parece conceder libertad a la futura ley orgánica en cuanto a la determinación de los supuestos excepcionales de superación, cuando hemos visto, que el art. 135.4 establece taxativamente (véase el adverbio “sólo” que utiliza el precepto en cuestión) los supuestos de superación del límite de déficit estructural y de deuda pública”. DE LA HUCHA CELADOR, Fernando, “La Reforma del artículo 135 de la Constitución: estabilidad presupuestaria y deuda pública”, cit., p. 36.

Entre las posturas a favor de la configuración de las excepciones encontramos, a GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, el cual afirma que “la cláusula que ahora se analizan tiene verdadero carácter excepcional frente al principio general de estabilidad y que, lejos de debilitarlo, contribuye a preservarlo”. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge, “La Reforma del artículo 135 de la Constitución Española”, cit., p. 56.

¹⁰¹¹ Se ha excluido en este punto al Senado, sin que existan razones para ello. DE LA HUCHA CELADOR también cuestiona la idoneidad de excluir al Senado en la toma de esta decisión “siendo, como dijimos anteriormente, inexplicable que se obvie completamente al Senado en este procedimiento, sin entender las razones para tal preterición”. DE LA HUCHA CELADOR, Fernando, “La Reforma del artículo 135 de la Constitución: estabilidad presupuestaria y deuda pública”, cit., p. 36.

En este punto la norma constitucional española sigue el mismo criterio que la *GG* alemana. En Alemania solo la mayoría de los miembros del Bundestag debe aprobar la concurrencia de las excepciones al cumplimiento del límite de endeudamiento (art. 115 *GG*), sin que sea necesaria la intervención del Bundesrat. Por el contrario, en el caso de la Suiza la concurrencia de las excepciones al límite del déficit público (reguladas en el art. 123 de la Constitución Suiza) debe ser aprobada por la mayoría absoluta de ambas Cámaras.

¹⁰¹² La doctrina alemana ha señalado la posibilidad de que la norma general acabe constituyendo la excepción, y la excepción la norma general. La norma contiene aspectos, como la toma en consideración del ciclo económico o las excepciones a la regla general, lo suficientemente ambiguos que pueden permitir con relativa facilidad su generalización. RENZSCH, Wolfgang, “Federal reform under the grand coalition”, *German Politics*, (19), 3-4, p. 386.

La doctrina, tanto nacional como internacional, cuestiona la dureza de este tipo de frenos al endeudamiento dada su amplitud de sus excepciones y el importante margen de maniobra que tiene el poder legislativo para la aprobación de las excepciones a la regla general. A modo de ejemplo, en Suiza el primer año tras la introducción de la norma de disciplina presupuestaria esta ya fue excepcionada¹⁰¹³. Respecto del art. 135 de la CE, la interpretación de la concurrencia de las causas de excepción constituye un elemento central para la correcta aplicación de los límites del déficit y deuda públicos, puesto que una concepción amplia de la concurrencia de las circunstancias excepcionales por parte del Congreso de los Diputados puede acarrear la ineficiencia de la norma de disciplina presupuestaria¹⁰¹⁴.

El apartado 5 del art. 135 CE recoge las materias que deben estar reguladas en una ley orgánica. El primer aspecto que debemos destacar es que, si bien este apartado

Algunos autores franceses, al analizar comparativamente el proyecto de reforma constitucional francés y la regla de oro introducida en la constitución alemana en 2009, afirman que “la regla de oro es una cuestión ante todo de déficit estructural, se prevén muchas excepciones, especialmente en períodos de grave situación económica. Y debemos recordar que esta regla no ha impedido el voto del presupuesto en desequilibrio en Alemania”. Véase, ROSSEAU, Dominique, “Allocation d’ouverture”, en la Jornada Constitution et équilibre des finances publiques, un débat d’avenir, *Revue Française de Finances Publiques*, (117), Febrero de 2012, p. 10.

¹⁰¹³ El ejemplo suizo es analizado por SOGUEL, Nils, “Coordination et décentralisation des règles budgétaires dans une structure fédéraliste. Le cas des cantons suisses”, *Revue d’Economie Régionale & Urbaine*, (1), 2006, p. 32.

En el mismo sentido, respecto a la observancia de las excepciones en Alemania por el Bundestag, FELD considera que la mayoría absoluta es tan solo la mitad más uno de los miembros del Bundestag, lo cual no constituye una barrera insalvable, y que hubiera sido más efectivo requerir la mayoría absoluta de ambas Cámaras. FELD, Lars P. y BASKARAN, Thushy, *Federalism. Budget Deficits and Public Debt: On the reform of Germany’s Fiscal Constitution*, cit., p. 385.

¹⁰¹⁴ Entre la doctrina española también se ha generalizado la opinión de que las excepciones son especialmente amplias. Entre los autores que defienden esta postura encontramos, BLANCO VALDÉS, Roberto, “La reforma de 2011: de las musas al teatro”, *Claves de Razón Práctica*, (216), octubre, 2011, p. 18. DE LA HUCHA CELADOR critica el carácter inconcreto de los supuestos de excepción al afirmar que “si bien dicho precepto es de una inconcreción tal que puede darse la paradoja de que, no obstante, el carácter aparentemente taxativo de los motivos de superación, estos puedan quedar enervados por un acuerdo (no sabemos bajo qué ropaje o forma jurídicos) aprobado por la mayoría de absoluta del Congreso de los Diputados”; DE LA HUCHA CELADOR, Fernando, “La Reforma del artículo 135 de la Constitución: estabilidad presupuestaria y deuda pública”, cit., p. 36. SOSA WAGNER y FUERTES LÓPEZ también se pronuncian sobre la posibilidad de que la amplitud de las excepciones acabe comportando invalidar el resto del contenido del artículo; SOSA WAGNER, Francisco y FUERTES LÓPEZ, Mercedes *Bancarrotas del Estado y Europa como contexto*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 143 y 144; y, DE CARRERAS SERRA afirma que “No cabe duda que, dado el carácter de la materia, algunas excepciones son necesarias para flexibilizar las normas que se establecen. Ahora bien, las excepciones que se prevén son de tal amplitud que, en su caso, pueden invalidar las normas establecidas en el resto del artículo”. Véase, DE CARRERAS SERRA, Francesc, AA.VV., “Encuesta sobre la reforma constitucional”, cit., p. 187.

enumera los elementos que deben regularse en la Ley Orgánica, a lo largo del art. 135 se remite a la ley orgánica la regulación de otras materias. Concretamente, el art. 135.2 de la CE consigna a la ley orgánica la fijación del déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas en relación con su PIB, mientras que la Disposición Adicional única, en su apartado 2, remite a la Ley Orgánica la determinación de los mecanismos que permitan el cumplimiento del límite de deuda recogido en el art. 135.3 de la CE. Si bien hubiera sido preferible recoger en un solo precepto el conjunto de materias que deben ser reguladas por ley orgánica, dada la vinculación del primer aspecto a la configuración del criterio del déficit y el carácter temporal que se quiere atribuir al mecanismo para dar cumplimiento al criterio de la deuda¹⁰¹⁵, se ha optado por la inclusión de estos dos elementos en el apartado relativo al criterio del déficit y en la Disposición adicional única, respectivamente.

Analizaremos las materias que deben ser reguladas en la ley orgánica en el apartado siguiente de este trabajo, relativo a la LOEPSF.

En cuanto al 6º y último apartado del art. 135 CE, este recoge el principio de lealtad institucional de las Comunidades Autónomas. En concreto establece que las Comunidades Autónomas “*de acuerdo con sus respectivos Estatutos y dentro de los límites a que se refiere este artículo, adoptarán las disposiciones que procedan para la aplicación efectiva del principio de estabilidad en sus normas y decisiones*”. Mediante este principio se implica de forma directa a las Comunidades Autónomas en la consecución del principio de estabilidad presupuestaria tanto en el momento de aprobación de sus normas, como en la elaboración de sus presupuestos.

Este mandato no constituye una novedad normativa sino que es el reflejo en el derecho nacional de un Estado descentralizado, como es el Estado español, del *principio*

¹⁰¹⁵ Durante la tramitación de la proposición de reforma constitucional en el Congreso de los Diputados se presentó una enmienda transaccional a las enmiendas 18 y 19 de CiU (que finalmente fue vetada por el Grupo ERC-IU-ICV, con base en el art. 118.3 del RCD) en la que se proponía la inclusión de la Disposición Adicional Única como nueva Disposición Transitoria Décima de la Constitución. Este cambio hubiera evitado la deficiencia técnica de que la Disposición adicional de la reforma constitucional no conste en el vigente texto constitucional. Igualmente, este problema se podía haber resuelto a través de la presentación de una enmienda técnica (tal y como posibilita el art. 118.3 RCD).

La no inclusión en el texto de la Constitución de la Disposición adicional no tiene especial repercusión en lo relativo a sus apartados 1 y 3, ya que estos contienen mandatos de carácter temporal: la aprobación de la ley orgánica recogida en el art. 135 CE antes del 30 de junio de 2012, y la entrada en vigor a partir de 2020 de los límites establecidos en el art. 135.2 CE, respectivamente. Por el contrario, mayor problemática genera la no inclusión en el texto de la Constitución del apartado 2 de la Disposición adicional, puesto que este contiene un mandato con vocación de permanencia indefinida.

de cooperación leal recogido en el art. 4.3, segundo párrafo, del TUE¹⁰¹⁶. Este principio fundamental de la Unión tiene su concreción en materia presupuestaria en el art. 3.2 del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo. Este último establece que “*los Estados miembros garantizarán que los procedimientos nacionales en materia presupuestaria les permitan atender, en dicho ámbito, a sus obligaciones derivadas del Tratado*”. En consecuencia, estamos frente a la traslación a las Comunidades Autónomas de las obligaciones derivadas de un principio fundamental del Derecho europeo que ya les es *per se* aplicable, dado que en el sector público sujeto a los mandatos de disciplina presupuestaria se incluye también la Administración regional¹⁰¹⁷. No obstante, tomando en consideración que el Estado –según el *principio europeo de autonomía institucional y procedimental*– es el responsable último del cumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho europeo, la inclusión de un precepto de esta naturaleza en el texto constitucional permite vincular de forma directa a las Comunidades Autónomas en las responsabilidades en que pueda incurrir el Estado español.

A pesar de que consideramos que este principio se encuentra directamente relacionado con el cumplimiento de los objetivos fijados por el Derecho europeo, el art. 136.6 CE no hace alusión directa al cumplimiento de los objetivos fijados por el Derecho europeo o a las responsabilidades que su incumplimiento pueda generar. En cambio, otras Constituciones como la alemana, sí contienen una norma que establece la asunción conjunta, entre Federación y Länder, de las responsabilidades que se deriven de la normativa europea (art. 109.2 GG). E incluso, la *Grundgesetz* determina el reparto en términos porcentuales de la responsabilidad entre la Federación y los Länder (art. 109.5 GG). El hecho de que la CE no recoja en el art. 135.6 una remisión directa a la normativa europea ni a las responsabilidades derivadas de esta, deja abierta la posibilidad de que la ley orgánica vincule la responsabilidad al incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria fijados en la propia ley, los cuales, como ya hemos apuntado, pueden suponer mayores restricciones en el déficit y endeudamiento públicos de las Comunidades Autónomas que las establecidas a nivel europeo. Igualmente, en el marco de este mandato constitucional, la ley orgánica deberá determinar la forma de reparto de las potenciales sanciones europeas en las que pueda

¹⁰¹⁶ Recordemos que el *principio de cooperación leal* supone el cumplimiento por parte de los Estado de varias obligaciones: la primera, la colaboración activa o adopción de las medidas necesarias para el cumplimiento del Derecho de la Unión; la segunda, la no aprobación de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines de los Tratados; y, por último, la transferencia a las Instituciones europeas de la información necesaria para el correcto cumplimiento de sus misiones. Véase, MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª ed., cit., p. 60.

¹⁰¹⁷ Art. 2 del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo.

incurrir el Estado entre las distintas Administraciones públicas causantes del incumplimiento. Esta regla de reparto puede tener un carácter objetivo (como es el caso alemán en el que la Federación asume la mayor parte de la sanción, mientras que los Länder, incluso aquellos que no han cumplido con sus obligaciones en materia de estabilidad presupuestaria, cubren un porcentaje menor) o subjetivo si se repercute en mayor medida la sanción a la Administración pública incumplidora.

El texto de la Reforma del art. 135 CE se acompaña de una Disposición adicional única y una Disposición final única. La Disposición final simplemente establece la entrada en vigor del art. 135 el mismo día de su publicación en el en el Boletín Oficial del Estado.

En cuanto al contenido de las Disposición Adicional, al cual ya nos hemos remitido en algunas ocasiones, este tiene mayor enjundia jurídica. El primer apartado de la Disposición adicional contiene la obligación de que la ley orgánica prevista en el art.135 CE sea aprobada antes del 30 de junio de 2012. Este plazo es lo suficientemente amplio como para alcanzar el consenso que requiere la regulación por ley orgánica de materias tan sensibles como las contenidas en el art. 135 CE.

El segundo apartado de la Disposición adicional recoge otro de los aspectos que deben regularse por la ley orgánica, concretamente, esta deberá contemplar *“los mecanismos que permitan el cumplimiento del límite de deuda a que se refiere el art. 135.3 de la Constitución española”*. Este mandato podría haberse incluido perfectamente en el art. 135.5 CE, relativo a los aspectos que deben ser desarrollados en la ley orgánica. Esta opción hubiera permitido un tratamiento sistemático del conjunto de materias cuya regulación se remite a la ley orgánica. Este tratamiento conjunto adquiere mayor importancia en la medida en que el texto de la Disposición adicional única no consta en el vigente texto constitucional.

Si el motivo de que este mandato conste es la Disposición adicional, y no en el art. 135.5 CE, es que *“los mecanismos que permitan el cumplimiento del límite de deuda a que se refiere el art. 135.3 de la Constitución española”* tienen carácter temporal, y deben ser aprobados para alcanzar el límite de deuda antes de un momento determinado, esta particularidad debería haberse indicado. No obstante, existe un inconveniente a esta alternativa, y es que no puede establecerse un lapso de tiempo para alcanzar el límite del art. 135.3 CE puesto que este remite al criterio de la deuda pública fijado en el TFUE que ya se encuentra vigente en la actualidad. Finalmente, en todo caso, para guardar la equivalencia entre el criterio del déficit y de la deuda, la ley orgánica debería fijar no solo los mecanismos para dar cumplimiento al límite de la

deuda pública, sino también a los mecanismos para dar cumplimiento al límite del déficit público. Sin embargo, a los mecanismos para alcanzar el límite de déficit estructural no se hace alusión en todo el texto del art. 135 CE ni en la Disposición adicional.

2.A.3. Control del cumplimiento de las disposiciones del art. 135 CE

De forma previa a la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria, el Tribunal Constitucional ejerció un control de carácter competencial, al evaluar en qué medida existía una competencia estatal para establecer controles presupuestarios específicos a las Comunidades Autónomas a través de las leyes de estabilidad presupuestaria aprobadas en 2001. En su sentencia 134/2011¹⁰¹⁸, el Tribunal Constitucional no entró a analizar las alegaciones formuladas por el Letrado del Parlamento de Cataluña respecto a la falta de concordancia existente entre el contenido normativo de las leyes recurridas y los objetivos de estabilidad presupuestaria definidos en el Derecho europeo, en la medida en que entiende que el Derecho europeo no constituye parámetro de constitucionalidad¹⁰¹⁹.

Ahora bien, dado que tras la reforma constitucional, los criterios del déficit y la deuda públicos recogidos en el art. 135 CE se configuran a través de sendas remisiones al Derecho de la Unión Europea y al TFUE, esto puede comportar que el Tribunal Constitucional deba considerar, de forma indirecta, la normativa europea para dotar de contenido los límites del precepto constitucional¹⁰²⁰. De este modo, estamos frente al

¹⁰¹⁸ Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña en relación con diversos preceptos de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, general de estabilidad presupuestaria y de la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria a la Ley General de Estabilidad Presupuestaria. Competencias sobre ordenación de la economía y en materia de Hacienda general, autonomía política y financiera de las Comunidades Autónomas y de los entes locales: validez de los preceptos de las leyes estatales que establecen un régimen de equilibrio presupuestario del sector público.

¹⁰¹⁹ En el FJ 8º de la STC 134/2011, de 20 de julio, el Tribunal Constitucional afirma que *“Tal reproche no puede prosperar, pues ya advertimos que dicho Derecho no se erige en parámetro de constitucionalidad en nuestro orden interno, ya que “no corresponde a este Tribunal ... pronunciarse sobre la eventual incompatibilidad entre una norma de Derecho interno y el sistema normativo de la Unión Europea”.*

¹⁰²⁰ Como señala RUIZ ALMENDRAL, “esta no es una cuestión menor, pues quizá implique traer al análisis constitucional nacional buena parte de las circunstancias que hasta la reforma del 135 CE eran objeto de examen por la Comisión. Véase, RUIZ ALMENDRAL, Violeta, “Estabilidad Presupuestaria y Reforma Constitucional”, cit., p. 84.

primer supuesto en que el Derecho de la Unión Europea constituye parámetro de constitucionalidad.

Este nuevo parámetro de control derivado de la consagración en el texto constitucional del principio de estabilidad será de aplicación a todos los poderes públicos. Tal como afirma el apartado 1 del art. 135 de la CE, “*todas las Administraciones públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria*”, mandato que vincula directamente al Estado¹⁰²¹. Resaltamos la vinculación al Estado puesto que, con relativa frecuencia, de forma previa a la reforma, este había aprobado Leyes de Presupuestos Generales del Estado que no daban cumplimiento al principio de estabilidad presupuestaria recogido en el art. 3 de la LGEP. Esta circunstancia era posible en términos jurídicos en la medida en que el principio de estabilidad se recogía en una norma del mismo rango que las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, pudiendo estas últimas no seguir lo establecido en la LGEP sin que tal contravención pudiera ser tachada de inconstitucional.

Sin embargo, esta mayor vinculación queda desvirtuada si analizamos la vía procesal a través de la que se controla la constitucionalidad de las leyes estatales. En la actualidad, la demora del Tribunal Constitucional en resolver los recursos planteados puede ser superior a una década. A modo de ejemplo, en la STC 19/2012, de 15 de febrero de 2012, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la renta de las personas físicas y otras normas tributarias, declarando la inconstitucionalidad del requisito de la convivencia en la reducción por el mínimo familiar por descendientes. Si estas demoras se unen otros factores como el carácter anual que se predica constitucionalmente de los presupuestos generales del Estado (art. 134.2 CE), la ausencia de control de constitucionalidad *ex ante* a la promulgación de las leyes, y la inexistencia de un recurso de inconstitucionalidad preventivo¹⁰²², es muy difícil que se

¹⁰²¹ Del mismo modo, RUIZ ALMENDRAL apunta, “supone la inclusión del principio de estabilidad presupuestaria, y en particular la constatación de que éste vincula también al Estado, algo que en las actuales normas de estabilidad no era algo del todo evidente”. Véase, RUIZ ALMENDRAL, Violeta, “Estabilidad Presupuestaria y Reforma Constitucional”, cit., p. 84.

¹⁰²² El Tribunal Constitucional ha afirmado que “*la Constitución no prevé que, tras su entrada en vigor, la ley estatal pueda ver impedida su aplicabilidad mediante una medida suspensiva o cautelar*” (Auto 90/2010, de 14 de julio, FJ 2º). Esta jurisprudencia se inició en la STC 66/1985, de 23 de mayo, cuyo FJ 3º afirmaba que “*la presunción de legitimidad de la que disfrutaban los actos o normas que emanan de poderes legítimos, que obliga a considerar como excepcional la posibilidad de suspender su vigencia o ejecutoriedad; presunción que es tanto más enérgica, añadíamos, cuanto más directa es la conexión del órgano con la voluntad popular, y que llega a su grado máximo en el caso de legislador*”. Doctrina que se ha reiterado en los Autos del Tribunal Constitucional 128/1996, de 21 de mayo, FJ 2º; 266/2000, de 14 de noviembre, FJ único, y 58/2006, de 15 de febrero, FJ 4º, en los que se destaca que “*la*

llegue a efectuar un control de constitucionalidad de una Ley de Presupuestos Generales del Estado antes de que finalice su vigencia.

Esta cuestión no es baladí, especialmente en la medida en que el recurso de inconstitucionalidad constituye uno de los elementos centrales de control del cumplimiento por parte de las leyes españolas de la regla de oro recogida en el art. 135 CE. Hay que recordar en este punto que uno de los motivos de la reforma del art. 135 CE es dar cumplimiento a los mandatos contenidos en el TCEG. Este, en su artículo 3.2 obliga a los Estados a incorporar “*a más tardar un año después de la fecha de entrada en vigor del presente Tratado mediante disposiciones que tenga fuerza vinculante y sean de carácter permanente, preferentemente de rango constitucional, o cuyo respeto y cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados a lo largo de los procedimientos presupuestarios nacionales*”. Es dudoso que a través del recurso de inconstitucionalidad se dé cumplimiento a estos mandatos europeos. Por ello, si el informe de la Comisión recogido en el art. 8 del TCEG apuntara que España incumple lo dispuesto en el art. 3 apartado 2, el asunto puede ser sometido al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por una o más Partes Contratantes del Tratado. Igualmente, es posible que una Parte Contratante del Tratado considere, con independencia del informe de la Comisión, que otra Parte Contratante ha incumplido lo dispuesto en el art. 3, apartado 2, y someta el asunto al Tribunal de Justicia. En ambos casos la sentencia será vinculante para las partes en el procedimiento. La parte condenada deberá adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a la sentencia en el plazo establecido por el Tribunal (art. 8.1 *in fine*)¹⁰²³.

Esta situación podría desencadenar la modificación de las vías de acceso al Tribunal Constitucional para los supuestos de enjuiciamiento de la constitucionalidad de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado¹⁰²⁴. No se puede obviar que el art. 8.2 del TCEG recoge la aplicación de condenas de cantidades a tanto alzado o de pago de multas coercitivas, de hasta el 0,1% de su PIB, para aquel Estado que no adopte las

vigencia de las decisiones que emanan de los cuerpos legislativos no puede ser suspendida sino en virtud de un apoderamiento expreso que, cuando se trata de las leyes procedentes de las Cortes Generales, no ha sido otorgado al Tribunal Constitucional, según resulta de lo dispuesto en el art. 30 LOTC”.

¹⁰²³ Esta problemática ha sido reflejada por FERRERES COMELLA, Víctor, “¿Y si Angela Merkel descubre lo que pasa con nuestro Tribunal Constitucional?”, el País, 14 de junio de 2012.

¹⁰²⁴ La Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional no impide resolver unos asuntos de forma previa a otros, por tanto, podría darse preferencia a los recursos de inconstitucionalidad frente a Leyes de Presupuestos, dado que los Presupuestos Generales del Estado tienen carácter anual.

El principal nivel de retraso del Tribunal Constitucional español se encuentra en los asuntos de pleno, principalmente, recursos de inconstitucionalidad (214). Dato extraído de MARTÍNEZ LÁZARO, Julio, “El Constitucional acumula retrasos hasta de 13 años en leyes polémicas”, el País, 2 de abril de 2012.

medidas necesarias para el cumplimiento de una sentencia condenatoria del Tribunal de Justicia.

La necesidad de introducir cambios en este sentido comportaría reavivar el debate relativo a la idoneidad de la existencia de un control preventivo de constitucionalidad de las leyes. En el ordenamiento jurídico español, el recurso preventivo de inconstitucionalidad contra proyectos de estatutos de autonomía y de leyes orgánicas, recogido en el art. 79 de la LOTC¹⁰²⁵, fue derogado por la Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio, y su derogación fue considerada constitucional por el propio Tribunal Constitucional en la sentencia 66/1985, de 23 de mayo¹⁰²⁶.

Existen posiciones tanto a favor como en contra de la conveniencia del recurso previo de inconstitucionalidad. Las primeras destacan la potencialidad del recurso previo de inconstitucionalidad para depurar *a priori* el ordenamiento jurídico, evitando que lleguen a estar vigentes, y sean aplicadas, leyes contrarias a la Constitución. Las segundas, no obstante, ponen el acento en la injerencia que este tipo de controles suponen sobre el poder legislativo, al convertir al Tribunal Constitucional en una suerte de tercera Cámara que puede llegar a bloquear la actuación del poder legislativo, alterando el equilibrio entre el Poder legislativo y el Poder corrector¹⁰²⁷. Por tanto, en

¹⁰²⁵ Este precepto establecía que “1. Son susceptibles de recurso de inconstitucionalidad, con carácter previo, los proyectos de estatutos de autonomía y de leyes orgánicas. El recurso tendrá por objeto la impugnación de: a) El texto definitivo del proyecto de Estatuto que haya de ser sometido a referéndum en el territorio de la respectiva comunidad autónoma en el supuesto previsto por el artículo 151.2.3 de la Constitución. En los demás casos se entenderá que es texto definitivo del estatuto de autonomía el que, con arreglo al apartado siguiente, se establece para los demás proyectos de leyes orgánicas. b) El texto definitivo del proyecto de ley orgánica tras su tramitación en ambas cámaras y una vez que el Congreso se haya pronunciado, en su caso, sobre las enmiendas propuestas por el Senado.

2. Están legitimados para entablar el recurso previo de inconstitucional quienes, de acuerdo con esta Ley, están legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad contra estatutos de autonomía y leyes orgánicas del Estado. El plazo para la interposición del recurso será el de tres días desde que el texto definitivo del proyecto recurrible estuviere concluido. La interposición del recurso suspenderá automáticamente la tramitación del proyecto y el transcurso de los plazos.

3. El recurso se sustanciará en la forma prevista en el capítulo II del título II de esta Ley.

4. a) Cuando el pronunciamiento del Tribunal declare la inexistencia de la inconstitucionalidad alegada, seguirá su curso el correspondiente procedimiento.

¹⁰²⁶ Debemos precisar que el Tribunal Constitucional se pronunció a favor de la constitucionalidad de la supresión del recurso previo de inconstitucionalidad, pero no respecto de la inconstitucionalidad de dicho recurso. De hecho, el Tribunal tan solo afirma el carácter *praeterconstitucional*, pero no inconstitucional del recurso (FJ 2º), y atribuye a la capacidad que tiene el legislador orgánico de suprimir mediante ley orgánica un recurso no previsto de forma expresa en la Constitución que había sido creado por un ley orgánica previa, como era la LOTC.

¹⁰²⁷ Estas posturas tienen como sustento la inadecuada práctica que del recurso de inconstitucionalidad preventivo se llevó a cabo durante su vigencia en España. Este recurso fue instrumentalizado para frenar la aprobación del veinticinco por ciento de las leyes orgánicas aprobadas entre 1982 y 1985, entre ellas la

relación con la materia que nos ocupa, si bien es cierto que la introducción de un tipo de recurso de esta naturaleza comporta alterar el equilibrio entre poderes en una materia tan sensible como es la presupuestaria, no es menos cierto que de no existir un control de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado *ex ante*, o *ex post*, con cierta celeridad, estas no se verán sujetas a los nuevos parámetros de constitucionalidad derivados del art. 135 CE¹⁰²⁸.

No sucede lo mismo en el caso de las Leyes de Presupuestos de las Comunidades Autónomas. Como advertimos con anterioridad, por mor del art. 161.2 de la CE, en caso que el Gobierno impugne disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas, tal impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal Constitucional deberá ratificar o levantar dicha suspensión en un plazo no superior a cinco meses. En aplicación de este precepto constitucional, el Gobierno puede impugnar las Leyes de Presupuestos Generales de las Comunidades Autónomas, lo cual no constituye una novedad, pero, y esta es la diferencia, ahora podrá impugnarlas por no dar cumplimiento al principio de estabilidad presupuestaria del art. 135.1 CE. Así lo recoge igualmente la Disposición adicional tercera de la LOEPSF al afirmar que *“en los términos previstos en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional podrán impugnarse ante el Tribunal Constitucional tanto las leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas como las disposiciones normativas sin fuerza de ley y resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Comunidades Autónomas que vulneren los principios establecidos en el artículo 135 de la Constitución y desarrollados en la presente Ley”*.

Respecto al contenido de este mandato, que en esencia recoge la opción ya existente en función del art. 161.2 de la CE, el Consejo de Estado ha destacado que la *“ausencia de toda referencia a los principios consagrados en el art. 135 de la Constitución”* no es una cuestión fortuita. Para el Consejo de Estado, esta

Ley Orgánica de Educación o la Ley Orgánica de Libertad Sindical. Véase, los debates del CONGRESO DE LOS DIPUTADOS relativos a la proposición de Ley Orgánica sobre regulación del recurso previo de inconstitucionalidad, presentada por el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia, el 5 de enero, Serie B, núm. 37.1.

Un estudio sobre los aspectos negativos y positivos del recurso previo de inconstitucionalidad puede verse en CRUZ VILLALÓN, Pedro, “El control previo de constitucionalidad”, *Revista de Derecho Público*, (82), enero-marzo 1981, pp. 5 a 21.

¹⁰²⁸ Existen voces a favor de una alternativa al modelo de control previo existente hasta 1985. Véase, CRUZ VILLALÓN, Pedro, “El control previo, a los veinte años de su supresión”, en REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (coord.), *La rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional. Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, núm. 4/2006, Junta General del Principado de Asturias, pp. 277-290.

indeterminación se debe a la inexistencia de un criterio definido acerca del papel que las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa debían tener en la fiscalización de las leyes, disposiciones normativas o actos, con o sin fuerza de ley, especialmente de estos últimos, que fuesen contrarios a la Ley orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera¹⁰²⁹. La duda no surge respecto a leyes o actos normativos con fuerza de ley, que podrán ser impugnados frente al Tribunal Constitucional si conculcan los principios recogidos en el art. 135 de la CE o si vulneran las previsiones establecidas en la Ley orgánica que los desarrolla, puesto que el Tribunal Constitucional ha admitido la inconstitucional indirecta derivada de la violación de una ley básica estatal por otra autonómica. Los problemas se plantean en relación con las disposiciones normativas, actos o resoluciones sin fuerza de ley de las Comunidades Autónomas. En este caso, como afirma el Consejo de Estado, hay que distinguir entre vicios de inconstitucionalidad e infracciones de legalidad, puesto que *“no puede afirmarse en abstracto que la vulneración de cualesquiera principios o previsiones establecidas en una ley, por más que ésta desarrolle un precepto constitucional, constituya un vicio de inconstitucionalidad”*¹⁰³⁰.

Tras recoger la posibilidad genérica de impugnación frente al Tribunal Constitucional, el segundo apartado de la Disposición adicional tercera de la LOEPSF regula el caso concreto de la impugnación por parte del Gobierno de una Ley de Presupuestos de una Comunidad Autónoma. En este supuesto *“se considerarán automáticamente prorrogados los Presupuestos del ejercicio anterior hasta la aprobación de los Presupuestos del ejercicio siguiente al impugnado, hasta la aprobación de una ley que derogue, modifique o sustituya las disposiciones impugnadas o, en su caso, hasta el levantamiento de la suspensión de la ley impugnada”*. Si ánimo de ser exhaustivos en este momento del estudio, hay que tener en cuenta las limitaciones en la autonomía de gasto derivadas de forma inherente de la situación de prórroga presupuestaria, dado que la prórroga presupuestaria solo alcanza al estado de gastos del presupuesto, y no afecta a *“los créditos para gastos*

¹⁰²⁹ El Consejo de Estado precisa que *“la disposición adicional segunda del texto inicial del anteproyecto, de fecha 26 de enero de 2012, preveía la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de los recursos contra los actos y resoluciones dictados en aplicación de esta Ley orgánica; esta previsión ha sido sustituida por la actual disposición adicional tercera del anteproyecto sometido a consulta, en la que se admite la posibilidad de impugnación ante el Tribunal Constitucional de leyes, disposiciones normativas y actos, con o sin fuerza de ley, que “vulneren los principios establecidos en esta Ley”*. CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de las Administraciones públicas*, Expediente 164/2012, 1 de marzo de 2012. Apartado XI. Disposiciones adicionales.

¹⁰³⁰ CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de las Administraciones públicas*, Expediente 164/2012, 1 de marzo de 2012. Apartado XI. Disposiciones adicionales.

*correspondientes a programas o actuaciones que terminen en el ejercicio cuyos presupuestos se prorrogan o para obligaciones que se extingan en el mismo*¹⁰³¹.

Además, hay que tener en cuenta que la suspensión y prórroga de la ley de presupuestos autonómica se producirá con independencia de cual sea el motivo alegado por el Gobierno para efectuar la impugnación, dado que la LOEPSF no establece distinción en función de los motivos alegados en la impugnación¹⁰³².

Otra cuestión que no se encuentra exenta de controversia es la relativa al objeto del control constitucional. El recurso de inconstitucionalidad, tal como establece la LOTC, se limita a las leyes, no alcanzando a otras normas o actos. No obstante, en materia de estabilidad pueden ser estos actos en esencia los constitutivos del incumplimiento de las previsiones recogidas en el art. 135 de la CE¹⁰³³.

Antes de concluir este apartado relativo al control, es ineludible hacer referencia al papel que debe adoptar el Tribunal de Cuentas. Con anterioridad a la reforma constitucional, tras la aprobación de las leyes de estabilidad en 2001, la doctrina puso de manifiesto que el Tribunal de Cuentas constituía el principal ausente en el control de la estabilidad presupuestaria¹⁰³⁴. Tal ausencia, reiterada tras la reforma constitucional y la aprobación de la LOEPSF, se encuentra injustificada si tenemos en cuenta la naturaleza

¹⁰³¹ Así lo establece el art. 38 de la LGP, para los Presupuestos Generales del Estado y se recoge de forma similar en las correspondientes Leyes de las Comunidades Autónomas, véase, a modo de ejemplo el art. 33 del Decreto Legislativo 3/2002, de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Finanzas públicas de Cataluña. Este último precisa que *“la prórroga no afectará los créditos para gastos correspondientes a servicios o programas que finalicen durante el ejercicio del presupuesto prorrogado”*.

¹⁰³² Algunos autores han considerado que esta regulación de la LOEPSF limita claramente la potestad legislativa de la Comunidad Autónoma en cuestión, más allá de lo imprescindible y razonable. Véase, PÉREZ DE LA HERAS, Beatriz, LARRAZABAL BASAÑEZ, Santiago, “Control presupuestario en la Unión Europea, reforma constitucional, ajuste de los presupuestos de las Administraciones públicas y su impacto en el autogobierno vasco en el marco del Concierto Económico”, *Revista Vasca de Administración pública*, (94), Septiembre – Diciembre de 2012, p. 167.

¹⁰³³ De ello deja constancia, RUIZ ALMENDRAL, Violeta, “Estabilidad Presupuestaria y Reforma Constitucional”, cit., p. 85.

¹⁰³⁴ SOLER ROCH había apuntado tras la aprobación de los proyectos de ley de estabilidad que “el Tribunal de Cuentas es el gran ausente de esta reforma; dicha ausencia se produce, además, de modo inexplicable, ya que si la legislación ordinaria no puede recortar el ámbito de la función fiscalizadora, en cuanto atribuida por la Constitución y el acuerdo global sobre estabilidad presupuestaria es aprobado por las Cortes Generales, parece lógico que la fiscalización (externa y a posteriori) sobre el cumplimiento de dicho acuerdo que, en definitiva, afecta al desarrollo de la actividad financiera del sector público, corresponda al órgano de control externo”. Véase, SOLER ROCH, M^a Teresa, “Coordinación Presupuestaria y autonomía financiera de las Administraciones públicas”, *Presupuesto y Gasto público*, (27), 2001, p. 87.

del control que este órgano lleva a cabo¹⁰³⁵. Como establece el art. 2 de la Ley 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (en adelante, LOTCu) una de las dos funciones del Tribunal de Cuentas¹⁰³⁶ es “*la fiscalización externa, permanente y consuntiva de la actividad económico-financiera del sector público*”. Esta función fiscalizadora, tal como determina el art. 9.1 de la LOTCu, “*se referirá al sometimiento de la actividad económica-financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia y economía*”¹⁰³⁷. Dada la vinculación del principio de estabilidad con los criterios de eficiencia y economía¹⁰³⁸, el control de su cumplimiento se entiende incluido entre las funciones del Tribunal de Cuentas.

Asimismo, a la hora de determinar los objetivos de la fiscalización en su *Informe sobre el cumplimiento del principio de transparencia establecido en la legislación sobre estabilidad presupuestaria, en relación con los presupuestos generales del Estado para los ejercicios 2007 y 2008*, el propio Tribunal de Cuentas ha incluido dentro del alcance de su labor fiscalizadora la verificación del cumplimiento del principio de transparencia, específicamente, si la información facilitada era “*suficiente y adecuada para permitir la verificación del principio de estabilidad presupuestaria*” (mandato recogido en el art. 5 del TRLGEP, actual art. 6 de la LOEPSF)¹⁰³⁹.

La naturaleza de la fiscalización que lleva a cabo el Tribunal de Cuentas, que va más allá de un control de la mera legalidad de las actuaciones económicas, financieras y contables efectuadas, llevando a cabo también un control de oportunidad de gasto¹⁰⁴⁰, lo convierte en el órgano idóneo para ejercer el control del correcto cumplimiento del principio de estabilidad. Ahora bien, la fiscalización efectuada por el Tribunal de Cuentas español es *a posteriori* y difícilmente puede constituir el freno a potenciales

¹⁰³⁵ En este sentido se pronuncia también RUIZ ALMENDRAL, Violeta, “Estabilidad Presupuestaria y Reforma Constitucional”, cit., p. 86 y 87.

¹⁰³⁶ La segunda función que tiene atribuida el Tribunal de Cuentas es “el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos” (art. 2 b) de la LOTCu).

¹⁰³⁷ El Tribunal Constitucional ha definido la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas como “*la comprobación de la actividad económica – financiera del sector público desde el punto de vista de los principios de legalidad, eficacia y economía, cuyo resultado se recoge en los informes anuales remitidos a las Cortes, proponiendo las medidas de mejora de gestión correspondientes y constatando las prácticas irregulares y las infracciones con la indicación de la responsabilidad producida y medidas para exigirla*” (STC 187/1988, de 17 de octubre, FJ 2º).

¹⁰³⁸ Sobre la relación entre el principio constitucional en materia de gasto público y el principio de estabilidad, véase, *supra*, Capítulo III, epígrafe Introducción, pp. 214 y ss.

¹⁰³⁹ Véase, TRIBUNAL DE CUENTAS, *Informe de fiscalización sobre el cumplimiento del principio de transparencia establecido en la legislación sobre estabilidad presupuestaria, en relación con los presupuestos generales del Estado para los ejercicios 2007 y 2008*, núm. 896, 30 de junio de 2011.

¹⁰⁴⁰ PALAO TABOADA, Carlos, *Derecho Financiero y Tributario*, cit., pp. 157 y ss.

incumplimientos de la estabilidad presupuestaria. En el Derecho comparado, existen casos de control *a priori* del gasto por parte de los órganos de control externo, como es la Corte dei Conti¹⁰⁴¹. Este hecho implica, en esencia, la existencia de una autorización previa a la realización del gasto público, pudiéndose producir una ralentización en el procedimiento de ejecución¹⁰⁴². Por ello, los posibles controles *a priori* del gasto tienen que circunscribirse a determinados aspectos directamente vinculados con la estabilidad que no incidan excesivamente en la ejecución presupuestaria¹⁰⁴³. A pesar de las afirmaciones anteriores, y de la necesidad de reforzar la posición del Tribunal de Cuentas en materia de control de la estabilidad presupuestaria, la LOEPSF, como hemos señalado, no contiene ninguna alusión expresa al control que puede ejercer el Tribunal de Cuentas y en menor medida a posibles controles adicionales a los ya existentes.

3. La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera

3.A. Alcance de la reserva de ley orgánica recogida en el art. 135 de la CE

Tras analizar el contenido del art. 135 de la CE, es de obligado cumplimiento el examen de la Ley orgánica a la que el propio precepto constitucional remite su desarrollo. Se trata de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad

¹⁰⁴¹ El art. 100.2 de la Constitución italiana atribuye a la Corte dei Conti el control a priori del gasto público, “*La Corte dei Conti esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo, e anche quello successivo sulla gestione del bilancio dello Stato. Partecipa, nei casi e nelle forme stabilite dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria. Riferisce direttamente alle Camere sul risultato del riscontro eseguito*”.

¹⁰⁴² Por este motivo, tras la reforma efectuada por la Ley 20/1994, de 14 de enero, n.º 20, sobre Disposiciones relativas a la competencia y el control del Tribunal de Cuentas, la Corte dei Conti tan solo ejerce el control *a priori* de determinados actos con fuerza de ley recogidos en su art. 3.1, considerándose esta enumeración taxativa.

Sobre los aspectos sujetos a control *a priori* de legalidad y las características de este procedimiento, véase, LAZO VITORIA, Ximena, *La racionalización de la actuación administrativa en el ordenamiento jurídico italiano: el modelo de la gestión pública por resultados*, Documentos de Trabajo núm. 29/07, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007, pp. 19 a 21.

¹⁰⁴³ Como señala VALLÈS VIVES, en algunos supuestos el control se puede producir de forma concomitante a la gestión del gasto público, pero en estos casos esta actuación “debe hacerse intentando evitar al máximo las interferencias con el proceso de gestión administrativa. De este modo, el control externo o fiscalización se mantiene como un observador del proceso y en un garante de la legalidad en la gestión administrativa”. Véase, VALLÈS VIVES, Francesc, *El control externo del gasto público*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 221 (nota al pie núm. 30).

Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (en adelante, LOEPSF)¹⁰⁴⁴. Antes de iniciar esta labor, debemos señalar dos precisiones relativas a la sistemática de la exposición. En primer lugar, dada la multiplicidad de aspectos relativos a la estabilidad que esta ley regula, nuestro estudio se centrará en aquellos que inciden en mayor medida en el concepto europeo de deuda pública¹⁰⁴⁵. Y en segundo lugar, el análisis del ámbito subjetivo de la esta ley se llevará a cabo en el Capítulo IV, al estudiar el elemento subjetivo del concepto europeo de deuda pública.

Como hemos señalado, la existencia de la LOEPSF es una exigencia del art. 135 de la CE, precepto que, a su vez, determina el alcance de la reserva de ley orgánica. El primer aspecto a tratar es el modo como el art. 135 de la CE fija las materias cuya regulación se debe llevar a cabo a través de ley orgánica. Con carácter general, a lo largo del texto constitucional se pueden distinguir dos formas de determinar el alcance material de las leyes orgánicas, una horizontal y otra vertical¹⁰⁴⁶. La forma horizontal enumera de manera precisa los aspectos de la materia que deben ser regulados por ley orgánica, en este supuesto la reserva se limita a estos aspectos y no otros conexos. En la determinación vertical, el precepto constitucional tan solo recoge una remisión genérica a la materia que debe ser regulada por ley orgánica, y el alcance de la ley orgánica se circunscribirá a sus normas básicas, mientras que el resto de la regulación podría llevarse a cabo mediante una ley ordinaria o reglamento¹⁰⁴⁷.

¹⁰⁴⁴ El apartado 2 de la Disposición adicional primera del anteproyecto de ley orgánica establecía como base competencial de la ley los art. 149.1.13ª y 149.1.18ª, a la vez que atribuía el carácter de básico a la totalidad de los preceptos. Sin embargo, siguiendo el Dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de ley orgánica, la Disposición final de la ley alude como único fundamento competencial el art. 135 de la CE. De igual forma, el texto final de la ley tampoco contiene la referencia al carácter de legislación básica contenida en el anteproyecto. En su Dictamen, el Consejo de Estado también había afirmado que esta norma carecía del carácter de legislación básica, en la medida en que no admitía desarrollo normativo por parte de las Comunidades Autónomas, que es el rasgo característico de la legislación básica. CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de las Administraciones públicas*, Expediente 164/2012, 1 de marzo de 2012. Apartado C. La Adecuación del anteproyecto sometido a consulta al marco constitucional, 3. Desde la perspectiva del esquema constitucional de distribución de competencias.

¹⁰⁴⁵ Nos referimos, en esencia, a los Capítulos I. Ámbito de aplicación, II. Principios Generales, III. Estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, V. Transparencia y VI. Gestión presupuestaria.

¹⁰⁴⁶ BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercè, *La ley orgánica. Ámbito material y posición en el sistema de fuentes*, Atelier, Barcelona, 2004, p. 45.

¹⁰⁴⁷ BARCELÓ I SERRAMALERA caracteriza cada una de estas formas a través de un ejemplo: el modo horizontal es el aplicable a la Ley Orgánica relativa al Consejo de Estado. El art. 107 CE establece que “el Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno. Una ley orgánica regular su composición y competencia”. Por tanto, el alcance de ley orgánica se circunscribe a la composición y competencias del Consejo, y quedan excluidos otros aspectos como su funcionamiento. En cuanto a la delimitación vertical, esta se efectúa respecto de la reserva de ley de la organización militar recogida en el art. 8 de la CE. Este precepto constitucional enuncia “que una ley orgánica regulará las bases de la

El legislador de la reforma ha combinado ambas fórmulas. Así, recoge una remisión a la ley orgánica de carácter genérico, la correspondiente al “*desarrollo de los principios a que se refiere el art. 135 de la CE*”, y enumera una serie de aspectos que “*en todo caso*” deberán estar comprendidos en la ley orgánica. Los aspectos citados directamente en el precepto tienen carácter preciso, y concretamente son: el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su PIB; la participación, en los procedimientos respectivos, de los órganos de coordinación institucional entre las Administraciones Públicas en materia de política fiscal y financiera; la distribución de los límites de déficit y deuda entre las distintas administraciones públicas; los supuestos excepcionales de superación de los mismos y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro pudieran producirse; la metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural; la responsabilidad de cada Administración pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria; y, por último, los mecanismos que permitan el cumplimiento del límite de deuda a que se refiere el art. 135.3 de la CE.

La expresión “*en todo caso*” parece dejar abierta la posibilidad de que en la ley orgánica se regulen otros aspectos relacionados con la estabilidad presupuestaria más allá de los estrictamente enumerados. De este modo, la enumeración del art. 135 de la CE constituiría el contenido mínimo de la ley orgánica, pero esto no sería óbice para que en la Ley Orgánica se regulasen otros aspectos conexos de la estabilidad presupuestaria. Ahora bien, esta aproximación parece contraria a la clásica concepción restrictiva del ámbito o sector atribuido a la ley orgánica, según la cual solo tendrán forma de ley orgánica aquellas materias sobre las que exista un imperativo constitucional de que revistan tal forma normativa¹⁰⁴⁸.

El Tribunal Constitucional ha seguido esta concepción material de las leyes orgánicas¹⁰⁴⁹, que considera que solo deberán tener rango de ley orgánica las materias previstas en la Constitución, sin que tal rango pueda extenderse a otras materias (por todas, SSTC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 4º; 160/1987, de 27 de octubre, FJ 2º; 142/1993, de 22 de abril; 185/1995 de 14 de diciembre, FJ 8º). Esta postura se deriva de entender que, del mismo modo que existen materias reservadas a leyes orgánicas,

organización militar”; de este forma, no todo el tratamiento de la organización militar esta sujeto a la reserva de Ley Orgánica, sino solo las normas básicas de dicha organización. BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercè, *La ley orgánica. Ámbito material y posición en el sistema de fuentes*, cit., p. 45.

¹⁰⁴⁸ BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercè, *La ley orgánica. Ámbito material y posición en el sistema de fuentes*, Atelier, Barcelona, 2004, p. 44.

¹⁰⁴⁹ Junto a la concepción material existe una concepción formal de las leyes orgánicas que permite la extensión de estas a otros sectores materiales no contemplados en el art. 81.1 de la CE.

también las leyes orgánicas están reservadas a estas materias. En consecuencia, el carácter extraordinario que se predica de las leyes orgánicas también abarca al contenido de las materias enumeradas en el art. 81.1 de la CE.

Tras las precisiones anteriores podemos concluir que el legislador de la reforma constitucional remite a la regulación mediante ley orgánica: por un lado, el desarrollo de los principios a que se refiere el art. 135 de la CE y, por otro lado, la determinación de un conjunto de aspectos que se consideran ineludiblemente vinculados a la estabilidad presupuestaria. Este modo de determinación el contenido deja abierta la posibilidad de que se incluyan en la ley orgánica otros conceptos que se consideren desarrollo de los principios recogidos en el art. 135 de la CE. Aunque el art. 135.5 de la CE establece que “una ley orgánica desarrollará los principios a que se refiere este artículo”, el art. 135 de la CE solo hace referencia de forma expresa al principio de estabilidad. Sin embargo, como veremos, la normativa europea establece otros principios que deben ser recogidos y desarrollados en la ley orgánica.

Dicho esto y teniendo en cuenta que la Constitución solo fija que deberá efectuarse por ley orgánica el “desarrollo de estos principios”, es necesario acotar el alcance de aquello que se considera “desarrollo” a estos efectos. La noción de “desarrollo” ha sido determinante para precisar el contenido de las leyes orgánicas en materia de derechos fundamentales y libertades públicas. Analizaremos la posición del Tribunal Constitucional en esta materia para, a partir de ella, intentar establecer parámetros con los que determinar el posible contenido de la ley orgánica que desarrolle el principio de estabilidad.

La concreción de aquello que se considera desarrollo de un derecho fundamental varía según la función que se le atribuya a la ley orgánica¹⁰⁵⁰. A este respecto se pueden diferenciar dos posturas: una que considera la ley orgánica solo como una pieza del sistema de fuentes, y otra que dota de un cierto contenido competencial al art. 81 de la CE¹⁰⁵¹. Si se sigue la primera postura, en la medida en que

¹⁰⁵⁰ Así se sistematiza por BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercè, *La ley orgánica. Ámbito material y posición en el sistema de fuentes*, cit., pp. 50 y 51.

¹⁰⁵¹ Defienden la primera postura, entre otros, LÓPEZ GUERRA, Juan, “Consideraciones sobre la regulación de las condiciones básicas en el artículo 149.1.1 CE”, *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español* (coord. PÉREZ CALVO, Alberto), Instituto Nacional de Administración pública, Madrid, 1990, p. 93; PEMÁN GAVÍN, Juan, “Las leyes orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes del derecho”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo I, 1ª ed. Civitas, Madrid, 1991, p. 167. En cambio, se posicionan a favor de la segunda, DE OTTO Y PARDO, Ignacio, “Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Vasca de Administración pública*, (10), 1984,

la ley orgánica no está dotada de contenido competencial, se deben tomar en consideración las normas competenciales del art. 149.1 de la CE, relativas a derechos y libertades, para poder delimitar el alcance de la reserva de ley orgánica. Por el contrario, si se suscribe la segunda postura, fruto de esta concepción competencial atribuida al art. 81.1 de la CE, la ley orgánica tiene una facultad autónoma para regular aspectos más allá de los establecidos en el art. 149.1 de la CE.

El Tribunal Constitucional ha basculado entre estas dos posiciones. En un momento inicial (STC 5/1981, de 13 de febrero), el Tribunal afirmó que el alcance de la ley orgánica podía ir más allá del desarrollo de lo básico establecido en algunos de los apartados del art. 149.1 CE, desprendiéndose del art. 81.1 CE una competencia estatal para regular todo el desarrollo de los derechos fundamentales. No obstante, en pronunciamientos posteriores (a modo de ejemplo, STC 137/1986, de 6 de noviembre), el Tribunal considera la ley orgánica solo como una categoría de fuentes y no como un título competencial. Esta segunda concepción evita que a través del art. 81.1 CE el Estado retenga competencias propias de las Comunidades Autónomas. En este sentido, en la citada STC 137/1986, el Tribunal señala que *“ni la unidad de la Constitución toleraría que una de sus disposiciones (art. 149.1.30) se desvirtuase íntegramente por lo establecido en otra (art. 81.1) ni, de otra parte, un precepto ordenador del sistema de fuentes en el ordenamiento integral del Estado (art. 81.1) puede sobreponerse a la norma que, en un plano del todo diverso, busca articular los ámbitos materiales que corresponden a ordenamientos diversos, por más que obviamente unidos (art. 149.1.30)¹⁰⁵²”* (FJ 3º).

A pesar de la determinación con la que el Tribunal Constitucional afirmó que el *“art. 81 de la CE no contiene, en puridad, ningún título competencial habilitante a favor del Estado”* (STC 137/1986, FJ 3º), en la práctica, la argumentación final tiende a discrepar. Así, el Tribunal matiza las afirmaciones precedentes al señalar que *“en virtud del art. 81.1 CE, sólo el Estado puede dictar esta forma de leyes en desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas y que las Comunidades Autónomas al ejercer sus competencias deben respetar el contenido de las mismas so pena de incurrir en un vicio de inconstitucionalidad por vulneración del art. 81.1 de la CE”* (STC

pp. 53 a 72; CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel, *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del Derecho comunitario*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 249.

¹⁰⁵² En la STC 137/1986 se contraponen el desarrollo del Derecho a la educación (art. 27.1 CE *“Todos tienen el derecho a la educación”*) y la competencia exclusiva del Estado del art. 149.1.30 CE de la *“regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del art. 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia”*.

173/1998, de 23 de julio, FJ 5º). Finalmente, el Tribunal aporta luz sobre como deben concordarse ambos aspectos al concluir que *“lo más relevante para la resolución del recurso de inconstitucionalidad no radica tanto en la distinción entre la naturaleza jurídica de la reserva de ley y las reglas de competencia, cuanto en la delimitación del alcance material de la reserva de ley orgánica y en la determinación de en qué medida esta delimitación debe hacerse o no a partir del sistema de distribución de competencias”*.

El Alto Tribunal prosigue apuntando que para llevar a cabo esta tarea delimitadora existen varios criterios: i) requiere ley orgánica *“el desarrollo de la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, ya sea en una regulación directa, general y global del mismo o en una parcial o sectorial, pero, igualmente, relativa a aspectos esenciales del derecho, y no, por parcial, menos directa o encaminada a contribuir a la delimitación y definición legal del derecho”* (STC 127/1994, de 5 de mayo, FJ 3º); ii) el Tribunal ha calificado la Ley Orgánica como *“legislación extraordinaria o excepcional”* (STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 2º), *“en la medida en que tiene una función de garantía adicional que conduce a reducir su aplicación a las normas que establecen restricciones de esos derechos o libertades o las desarrollan de modo directo, en cuanto regulan aspectos consustanciales a los mismos, excluyendo por tanto aquellas otras que simplemente afectan a elementos no necesarios sin incidir directamente sobre su ámbito y límites”* (STC 101/1991, de 13 de mayo, FJ 2º). iii) Por último, en cuanto a la vinculación entre la reserva de ley orgánica y los títulos competenciales del Estado, existen dos criterios: *“De un lado, que el ámbito de la reserva de Ley Orgánica no es coextenso al de las competencias atribuidas al Estado —así se establece de forma implícita en la práctica totalidad de las resoluciones de este Tribunal que han abordado este tema— y, de otro lado, que, en aplicación de un elemental criterio de interpretación sistemática, al fijar el alcance de la reserva de ley orgánica debe cohererarse con el contenido de los preceptos del llamado bloque de la constitucionalidad que distribuyen las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas”* (STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 7º).

Junto a estos tres criterios, el Tribunal apunta que el criterio fundamental que ha de orientar la tarea de definición sistemática del ámbito material de las leyes orgánicas es el de *“reservar al Estado ex art. 81.1 CE la regulación de los aspectos esenciales, el desarrollo directo del derecho fundamental considerado en abstracto o “en cuanto tal”, en tanto que se atribuye la regulación de la “materia” sobre la que se proyecta el derecho al legislador ordinario, estatal o autonómico, con competencias sectoriales”*

(entre otras, SSTC 67/1985, de 24 de mayo, 157/1992 de 22 de octubre, 127/1994, de 5 de mayo, y 61/1997, de 20 de marzo).

En cuanto al concepto de “*desarrollo directo*”¹⁰⁵³, los análisis efectuados sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en este punto destacan la imposibilidad de extraer una respuesta unívoca sobre el contenido que debe otorgarse a la noción “*desarrollo directo*”¹⁰⁵⁴. Con carácter general, se puede afirmar que el desarrollo directo de un derecho fundamental se constituye por su contenido esencial y, dependiendo de los derechos, también por la regulación de su ejercicio.

Por tanto, si bien será el concepto de “*desarrollo directo*” el que determinará el alcance de la reserva de ley orgánica, como el propio Tribunal Constitucional señala, este criterio no puede ser aplicado de forma mecánica, ya que con suma frecuencia es difícil diferenciar dónde acaba el desarrollo del derecho en cuanto tal y dónde comienza la regulación de la materia sobre la que el derecho se proyecta.

Esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional se puede tener en consideración, *mutatis mutandis*, para configurar el alcance material de la ley orgánica recogida en el art. 135 de la CE y su relación con el art. 156.1 de la CE que establece el principio de autonomía financiera de las Comunidades Autónomas. Así, la normativa regulada en ley orgánica no puede ser de tal significación que desvirtúe íntegramente la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas en la vertiente del gasto. Para elucidar sobre la relación entre ambos preceptos se tendrá que tener en consideración especialmente los títulos competenciales del Estado vinculados con la materia, señaladamente los recogidos en los arts. 149.1.13 (*Bases y planificación general de la actividad económica*) y 14 de la CE (*Hacienda General*). Esta opción permite una interpretación sistemática del texto constitucional. Ahora bien, según la concepción amplia o más

¹⁰⁵³ El concepto “*desarrollo directo*” se ha utilizado por el Tribunal Constitucional desde sus más tempranos pronunciamientos. En la STC 6/1982 apuntó la necesidad de llevar a cabo una interpretación restrictiva de la noción desarrollo: “*el artículo 81 de la CE se refiere al desarrollo «directo» de los derechos fundamentales, pues este artículo y las otras muchas alusiones de la Constitución al instrumento de la Ley orgánica en materias concretas, que, como se ha dicho, convierte a las Cortes en «constituyente permanente», no puede extremarse, con los importantes problemas de consenso interno que conlleva, al punto de convertir el ordenamiento jurídico entero en una mayoría de Leyes orgánicas, ya que es difícil concebir una norma que no tenga una conexión, al menos remota, con un derecho fundamental*” (FJ 4º).

¹⁰⁵⁴ Esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional se califica de “*zigzagueante*” (véase, CHOFRE SIRVENT, José F., *Significado y función de las leyes orgánicas*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 132), siendo complicado extraer “una noción general y unitaria de lo que deba entenderse por ley relativa al desarrollo de un derecho fundamental” (Véase, PEMÁN GAVÍN, Juan, “*Las leyes orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes del derecho*”, cit., pp. 138 y ss., en concreto, 159).

restrictiva de que se dote a estos títulos competenciales del Estado, el alcance material de la ley orgánica será mayor o menor.

Respecto al concepto de Hacienda General, el Tribunal considera, trayendo a colación la doctrina científica, que *“atribuida al Estado la competencia exclusiva en materia de Hacienda General, sin que figure en ningún momento entre las que pueden atribuirse a las Comunidades Autónomas la “Hacienda Regional” o cualquier otra locución similar que induzca a subsumir las cuestiones de tal índole en el ámbito propio de las funciones a desarrollar por las Comunidades Autónomas (art. 148 de la CE), ello no es obstáculo a que deba admitirse que su hacienda privativa es materia propia de dichas Comunidades, bien que para alcanzar esta conclusión las opiniones a veces tomen pie en preceptos diversos, como pueden ser el art. 156 de la CE, que les atribuye autonomía financiera, el 157.3 referente al “ejercicio de las competencias financieras”, o incluso por mor de lo admitido en el art. 149.3 de la CE, “por tratarse de una materia no expresamente atribuida al Estado por la CE” (STC 14/1986, de 31 de enero, FJ 2º). Pero el Tribunal matiza las afirmaciones anteriores al subrayar que “el reconocimiento constitucional de las Comunidades Autónomas no es incompatible con ciertas limitaciones” (FJ 3º). Además, a lo largo de su argumento el Tribunal en ningún momento acepta –al menos de forma expresa– que el concepto “general” y “estatal” cuando se predicen de la Hacienda, sean sinónimos. Consiguientemente, en este pronunciamiento el Alto Tribunal no delimita de forma completa el concepto de Hacienda general, puesto que solo señala que este concepto incluye la Hacienda Estatal y no excluye la existencia de competencias normativas de las Comunidades Autónomas, pero deja abierta la posibilidad de que dentro de la acepción Hacienda general puedan reconducirse otras materias más allá de la estricta Hacienda Estatal.*

Algunos autores han entendido que esta cuestión podía resolverse a través de lo establecido por el Tribunal Constitucional en su sentencia 179/1985, de 19 de diciembre, relativa a las relaciones entre la Hacienda Estatal y la Hacienda Local¹⁰⁵⁵. En ella el Tribunal Constitucional ya había asentado que *“el título competencial que más claramente ampara la decisión estatal en este caso (realización de transferencias ocasionales de recursos de la Hacienda estatal a la local) es, sin duda, el contenido en el art. 149.1.14. Sea cual fuere el contenido que al concepto general se atribuya, no parece discutible, en efecto, que haya de incluirse dentro del mismo una medida que tiene por objeto directo la relación entre las Haciendas estatal y las Haciendas locales y que precisamente se propone como finalidad de saneamiento de éstas para hacer*

¹⁰⁵⁵ Véase, FALCÓN Y TELLA, Ramón, “La distribución de competencias en materia financiera entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, *Estudios de Derecho y Hacienda. Homenaje a César Albiñana García – Quintana*, Vol., Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1987, p. 507.

posible que, en el futuro, un nuevo sistema de financiación de las entidades locales (cuyo establecimiento corresponde también a la competencia estatal), impida la generación de déficit que, en último término, como tantas veces ha ocurrido en el pasado, hayan de ser atendidos con los recursos de la Hacienda estatal” (FJ 1º). En un sentido similar, en la STC 233/1999, de 16 de diciembre, se integra en el concepto de Hacienda General “la regulación de las instituciones comunes a las distintas Haciendas, la coordinación de instituciones comunes a las distintas Haciendas o las medidas de coordinación entre la Hacienda estatal y las Haciendas de las Corporaciones Locales” (FJ 4º).

Con base en estas sentencias, la doctrina ha definido Hacienda general como Hacienda del Estado y las relaciones entre la Hacienda estatal y otros niveles de Hacienda, especialmente cuando esas relaciones se concreten o puedan dar lugar a transferencias del Estado¹⁰⁵⁶. Y, en nuestro caso, cuando estas relaciones puedan dar lugar a responsabilidad del Estado frente a la Unión Europea¹⁰⁵⁷.

Partiendo pues de la situación descrita, se puede afirmar que si bien el Tribunal Constitucional no ha gestado un concepto de “Hacienda General” que “sea aplicable a los distintos casos conflictivos que aparecen de forma inevitable en el largo proceso de descentralización”¹⁰⁵⁸, a través de sus heterogéneos pronunciamientos ha interpretado la competencia estatal sobre la Hacienda General *ex art. 149.1.14º* de forma tan amplia que esta “puede llegar a absorber el contenido de las competencias sustantivas autonómicas, sobre las más variadas materias”¹⁰⁵⁹.

La problemática descrita nos lleva a concluir que, a la hora de determinar qué se considera “desarrollo del principio de estabilidad” (art. 135.5 de la CE) es necesario

¹⁰⁵⁶ *Ibidem*, pp. 507 y 508.

¹⁰⁵⁷ El Tribunal Constitucional ya había vinculado este elemento a la Hacienda General. Concretamente, en su sentencia 79/1992, de 28 de mayo, sobre el alcance de la regulación del Estado de las ayudas del FEOGA apuntó “*por último y decisivamente, porque la aplicabilidad del FEOGA en España, que es uno de los capítulos cuantitativamente más importantes de los recursos que reciben de la CEE, afecta a las relaciones financieras del Reino de España con la Comunidad y su equilibrio presupuestario, incidiendo de manera directa en la Hacienda General (art. 149.1.14 CE). Si bien ello no priva a las Comunidades Autónomas de las competencias que les correspondan en la aplicación del Derecho derivado, sí justifica la adopción por el Estado de las normas con alcance eventualmente supletorio que sean precisas a fin de que esas relaciones financieras no queden al albur de la actividad o pasividad normativa de todas y cada una de las Comunidades Autónomas competentes en la materia*” (FJ 3º).

¹⁰⁵⁸ QUINTANA FERRER, Esteban, “Incidencia de la Hacienda general en la Hacienda Autonómica”, *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda pública*, Vol. 47, (243), p. 86.

¹⁰⁵⁹ QUINTANA FERRER, Esteban, “Incidencia de la Hacienda general en la Hacienda Autonómica”, *cit.*, p. 102.

evitar que la “peligrosa potencialidad expansiva”¹⁰⁶⁰ del art. 149.1.14º conculque las competencias de las Comunidades Autónomas en la materia.

A continuación, analizaremos el segundo título competencial directamente relacionado con el principio de estabilidad presupuestaria, el recogido en el art. 149.1.13ª CE, *Bases y planificación general de la actividad económica*. El Tribunal Constitucional ha interpretado de forma amplia la actividad económica sobre la que el Estado puede ejercer esta competencia. En efecto, el Tribunal entiende que “*corresponde al Estado la ordenación de la actuación económica general, lo cual ha de interpretarse como ordenación de la actuación económica de todos los sectores y del propio Estado con relación a ellos, es decir, la de la propia intervención del Estado en materia económica*” (STC 29/1986, de 20 de febrero, FJ 4º). Es más, en la STC 86/1989 el alcance de la competencia del Estado derivada de este título es aun mayor, puesto que el Estado está facultado para intervenir “*en todo el ámbito que pueda alcanzar transcendencia económica*”. Teniendo en cuenta esta jurisprudencia constitucional, se ha caracterizado la competencia del art. 149.1.13 CE como una competencia “horizontal” o “transversal”, esto es una competencia de ámbito material genérico y de titularidad estatal que atraviesa un gran número de materias sectoriales objeto de competencias de las Comunidades Autónomas. Esta competencia se ha denominado también competencia “plurisectorial”, ya que a partir de ella el Estado puede intervenir en la ordenación de todos los sectores de la actividad económica, incluyendo aquéllos sobre los cuales las Comunidades Autónomas tienen reconocidas competencias¹⁰⁶¹.

En cuanto al contenido material del concepto “*bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica*”, el Tribunal Constitucional lo ha definido como “*las normas estatales que fijan las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector*”. Debido a su carácter general y fundamental respecto de la ordenación de la materia, el Tribunal constitucional ha indicado que “*las bases de la misma deben tener estabilidad, pues con ellas se atiende a aspectos más estructurales que coyunturales*” (STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1º). Sin embargo, respecto a la ordenación de sectores económicos (como es el crédito en el supuesto de la

¹⁰⁶⁰ Esta expresión fue acuñada por VIVER PI-SUNYER en su Voto Particular a la STC 163/1994, de 26 de mayo (FJ 4º), al cual se adhirieron LÓPEZ GUERRA y DE LA VEGA BENAYAS.

¹⁰⁶¹ CARRASCO DURÁN, Manuel, “La interpretación de la competencia del Estado sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13ª de la Constitución)”, *Revista de Derecho político*, (62), p. 62.

STC 1/1982), el Tribunal admite la posibilidad de que las circunstancias coyunturales hagan necesario que *“el Gobierno de la Nación proceda a la concreción e incluso a la cuantificación de medidas contenidas en la regulación básica del crédito”* (FJ 1º).

Finalmente, el carácter amplio de esta competencia se refleja en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando en esta se identifica el contenido de bases y planificación general de la actividad económica con *“ordenación de la actuación económica general”* o *“ordenación general de la economía”* u otros contenidos similares (véase, entre otras, las SSTC 1/1982, de 28 de enero; 95/1986, de 10 de julio; 152/1988, de 20 de julio)¹⁰⁶². Por todo lo anterior se puede afirmar que el art. 149.1.13 CE contiene un título competencial del Estado de contornos muy extensos, a través del cual es complejo delimitar el contenido de una ley orgánica el cual es, *per se*, limitado y tasado.

Bajo estas circunstancias, podemos concluir que, si bien es necesario determinar qué se entiende por “desarrollo” del principio de estabilidad por ley orgánica a través de los títulos competenciales recogidos en los numerales 13 y 14 del 149.1 de la CE, esta interpretación sistemática debe hacerse partiendo de una concepción restrictiva de dichos títulos competenciales, puesto que, de lo contrario, el alcance material de la ley orgánica sería extremadamente amplio y contrario a la concepción de las leyes orgánicas por parte del Tribunal Constitucional como *“legislación extraordinaria o excepcional”*. Además, de no ser así, ello podría suponer vaciar de contenido otros preceptos constitucionales como el art. 156.1 CE, opción rechazada de forma expresa por el Tribunal Constitucional.

A pesar de las afirmaciones previas, es innegable que el nuevo art. 135 de la CE modulará el alcance del art. 156.1 CE. Como afirma el Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya en su Dictamen sobre la LOEPSF *“el legislador tendrá que ponderar adecuadamente los diferentes intereses en presencia, de tal manera que la necesaria consecución de los objetivos de estabilidad presupuestaria no limiten la autonomía*

¹⁰⁶² Igualmente, el contenido de las bases del art. 149.1.13 CE se ha interpretado en función de conceptos como los de “unidad económica” o “unidad de mercado”. Como señala CARRASCO DURÁN, los conceptos de unidad de mercado y de unidad económica quedan convertidos en la verdadera fuente de la competencia del Estado, en una línea que permite al Estado establecer cuantas normas y actuaciones considere necesarias para garantizar en la práctica tales nociones”. Véase, CARRASCO DURÁN, Manuel, “La interpretación de la competencia del Estado sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13ª de la Constitución)”, cit., pp. 73 y 74.

*financiera de las comunidades autónomas más allá de lo que sea estrictamente imprescindible y sin que esta pierda toda la entidad*¹⁰⁶³.

Antes de concluir debemos señalar un aspecto que si bien no es estrictamente jurídico tiene una importancia central a la hora de concretar el contenido de una norma como la LOEPSF. Nos referimos a la idoneidad de regular por ley orgánica normas de política económica. Determinadas medidas o mandatos de disciplina presupuestaria pueden ser idóneos en un momento concreto para alcanzar objetivos como la estabilidad presupuestaria o unas finanzas públicas sólidas, pero es posible que el cambio de las circunstancias económicas haga que estos pierdan eficacia. Por ello, en términos generales, es desaconsejable recoger este tipo de mandatos en normas que requieran mayorías especialmente cualificadas para su ulterior reforma. En el Derecho de la UE, esta premisa, unida al complejo proceso de reforma de los Tratados, comportó que los límites numéricos del criterio del déficit y la deuda públicos no se recogieran en el texto del Tratado, sino que su determinación se llevara a cabo en el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo. Por este motivo, consideramos correcto que la concreción numérica de las restricciones al déficit y deuda públicos no se regule en el texto del art. 135 CE¹⁰⁶⁴, y que la LOEPSF recoja solo los límites numéricos y las directrices básicas para la consecución de los criterios del déficit y la deuda públicos.

3.B. Principios generales regulados en la Ley orgánica

Tras pronunciarnos sobre la idoneidad de efectuar una interpretación restrictiva de los títulos competenciales estatales que determinan el contenido del desarrollo del principio de estabilidad, enumeraremos y analizaremos los otros principios regulados en la LOEPSF. En el Capítulo II de LOEPSF se mantienen los cuatro principios de la legislación anterior (estabilidad presupuestaria, plurianualidad, transparencia y eficacia y eficiencia en la asignación de los recursos públicos), y se introducen tres nuevos principios (sostenibilidad financiera, responsabilidad y lealtad institucional).

¹⁰⁶³ CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES DE CATALUNYA, *Dictamen 8/2012, de 2 de julio, sobre la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera*, p. 22.

¹⁰⁶⁴ Por el contrario, los límites numéricos sí se recogen en la Constitución alemana. El art. 115.2 de la GG, tras la reforma de 2009, establece que “*ingresos y gastos tienen que equilibrarse, en principio, sin ingresos provenientes de créditos. Se cumple este principio, si los ingresos provenientes de créditos no superan el 0,35 por ciento en proporción al producto interior bruto nominal*”. Traducción facilitada por el Deutscher Bundestag.

Para analizar estos principios haremos referencia al modo como estos se definen también por la normativa europea, especialmente por la Directiva 2011/85/UE, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros. A su vez, indicaremos aquellos principios que, si bien el legislador orgánico no ha recogido, a nuestro parecer, tomando en consideración la normativa europea, deberían constar en la LOEPSF.

Como señalamos, el art. 135 CE determina que la Ley orgánica efectuará “*el desarrollo de los principios a los que se refiere este artículo*”. El texto del art. 135 CE solo hace referencia expresa al principio de estabilidad presupuestaria, sin embargo, como analizamos en el capítulo I de este trabajo, la disciplina presupuestaria se fundamenta en el principio de finanzas públicas sólidas, principio rector enunciado en el art. 119.3 del TFUE y verdadera clave de bóveda de la gobernanza económica y de la disciplina presupuestaria europea¹⁰⁶⁵. Por ello, a nuestro entender, en primer lugar, de forma previa a la referencia al principio de estabilidad presupuestaria, hubiera sido conveniente recoger el *principio de finanzas públicas sólidas*. El principio de finanzas públicas sólidas es un principio de dimensión global que va más allá de un determinado límite material, de una concreta fase del ciclo económico o de un paquete de medidas adoptado bajo una específica coyuntura económica.

El primer principio que la LOEPSF recoge es el principio de estabilidad presupuestaria (art. 3 de la LOEPSF). El apartado primero del art. 3 de la LOEPSF hace referencia a la necesidad de que “*la elaboración, aprobación y ejecución de los Presupuestos y demás actuaciones que afecten a los gastos o ingresos de los distintos sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley se realizará en el marco de estabilidad presupuestaria, coherente con la normativa europea*”. La estabilidad debe predicarse del presupuesto en todas las fases del ciclo presupuestario, precisión que persigue evitar la práctica reiterada de dar cumplimiento a la estabilidad en el momento de aprobar el presupuesto, pero incumplir este mandato tras su ejecución¹⁰⁶⁶. A su vez, la estabilidad vincula a otras actuaciones que afecten a los gastos e ingresos de sujetos que, estando fuera del presupuesto, conforman el ámbito subjetivo de la ley. De esta precisión ya se infiere que el alcance de la estabilidad va más allá de los entes cuyo estado de ingresos y gastos tiene reflejo en el presupuesto. La apostilla final

¹⁰⁶⁵ Véase, *supra*, Capítulo I, epígrafe Fundamentos de la disciplina presupuestaria, p. 15 y ss.

¹⁰⁶⁶ Esta problemática constituye una constante en la ejecución de los presupuestos de la generalidad de los Estados. Así lo manifestaron los magistrados del Tribunal del Cuentas francés al afirmar que “el equilibrio se muestra inicialmente pero durante la ejecución existen múltiples posibilidad para el cambio”. LOGEROT, François, SCHWERER, Bertrand, VACHIA, Jean-Philippe, “L'équilibre budgétaire”, *Revue Française de Finances publiques*, (26), 1989, pp. 125 a 138.

relativa a la “*coherencia con la normativa europea*” atestigua que la estabilidad puede tener más connotaciones que el mero equilibrio o superávit.

A pesar de la precisión anterior, el apartado 2 del art. 3 de la LOEPSF define la estabilidad de forma restrictiva como “*la situación de equilibrio o superávit estructural*”. Este precepto introduce tres novedades respecto a la anterior LGEP. La primera, la referencia al carácter estructural del equilibrio o superávit, precisión derivada de la configuración del criterio del déficit en el art. 135.2 del CE, que toma en consideración el déficit estructural¹⁰⁶⁷. La segunda, la supresión de la referencia al SEC-95 para determinar el cómputo del déficit y superávit. La tercera, la exclusión de la referencia al “ciclo económico”¹⁰⁶⁸.

Por último, del mismo modo que hacía la LGEP, la estabilidad para el sector público empresarial se entiende como la posición de “*equilibrio financiero*” (art. 3.3 LOEPSF).

El siguiente principio recogido en el art. 4 de la LOEPSF es el principio de sostenibilidad financiera. La sostenibilidad financiera se define como “*la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit y deuda públicos, conforme a lo establecido en esta Ley y en la normativa europea*”. Este principio de sostenibilidad financiera es, en esencia, un freno genérico tanto del gasto actual (gasto corriente) como del gasto futuro (endeudamiento) para evitar incumplimientos futuros de los criterios del déficit y la deuda públicos. Su cumplimiento se vinculará, como veremos, al cumplimiento del criterio limitativo de la deuda pública.

El tercer principio enumerado en la LOEPSF es el principio de plurianualidad. Este principio determina que “*la elaboración de los Presupuestos de las Administraciones públicas y demás sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley se enmarcará en un marco presupuestario a medio plazo, compatible con el principio de anualidad por el que se rigen la aprobación y ejecución de los Presupuestos*”. La toma en consideración de la plurianualidad, o dicho de otro modo, la evaluación de la estabilidad presupuestaria a medio plazo, constituye uno de los

¹⁰⁶⁷ Sobre la idoneidad de la adopción del déficit estructural como parámetro de control nos pronunciamos al analizar el contenido del art. 135 de la CE. Véase, *supra*, Capítulo III, epígrafe Contenido, pp. 357 y ss.

¹⁰⁶⁸ Esta mención al ciclo económico se incluyó en el art. 3 de la LGEP por la Ley 15/2006, de 26 de mayo. Este precepto definía la estabilidad como “*la situación de equilibrio o de superávit computada, a lo largo del ciclo económico, en términos de capacidad de financiación de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales*”.

elementos centrales de la disciplina presupuestaria europea. El art. 9 de la Directiva 2011/85/UE recoge la obligación de los Estados miembros de *“establecer un marco presupuestario a medio plazo creíble y efectivo que incluya la adopción de un horizonte de planificación presupuestaria de tres años como mínimo para garantizar que la planificación presupuestaria nacional se inscribe en una perspectiva plurianual”*. Tanto el art. 5 de la LOEPSF como el art. 9 de la Directiva 2011/85/UE establecen la necesidad de conjugar la anualidad característica de los presupuestos nacionales con la plurianualidad. En particular, la plurianualidad deberá marcar la determinación del objetivo de estabilidad anual, las principales partidas de gasto y en general todas aquellas políticas que tienen repercusión en las finanzas públicas. Este principio guarda estrecha relación con el principio de prudencia, puesto que la elaboración de los marcos presupuestarios plurianuales debe partir de previsiones realistas, de lo contrario su efectividad es limitada¹⁰⁶⁹.

El siguiente principio regulado en la LOEPSF es el principio de transparencia¹⁰⁷⁰. En el art. 6 de la LOEPSF, bajo la rúbrica “principio de transparencia”, se recogen una serie de obligaciones que deben cumplir los entes comprendidos en el sector Administraciones públicas en relación con la información que elaboran y transmiten a los órganos encargados de la supervisión de la disciplina presupuestaria. La configuración de este principio en la LOEPSF es abierta, se requiere de forma genérica que *“la contabilidad de las Administraciones Públicas y demás sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, así como sus Presupuestos y liquidaciones, deberán contener información suficiente y adecuada que permita verificar su situación financiera, el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera y la observancia de los requerimientos acordados por la normativa europeo en esta materia”*.

Frente a esta redacción más abierta del principio de transparencia, el art. 14 de la Directiva 2011/85/UE vincula este principio con dos aspectos concretos. El primero, el ámbito de aplicación de los marcos presupuestarios. Si la transparencia no se predica

¹⁰⁶⁹ Sobre los marcos plurianuales y su eficiencia véase, *supra*, nota al pie 691.

¹⁰⁷⁰ El principio de transparencia se recoge en la LOEPSF y en el arts. 4 y ss del Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Texto aprobado en el Consejo de Ministros de 27 de julio de 2012.

El principio de transparencia debe predicarse de forma específica respecto de determinada información económico y presupuestaria y estadística, (art. 6 del Anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno). Entre la información que debe hacerse pública se encuentran: “d) los presupuestos, con descripción de las principales partidas presupuestarias e información actualizada sobre su estado de ejecución; y e) las cuentas anuales que deban rendirse y los informes de auditoría de cuentas y los de fiscalización por parte de los órganos de control externo que sobre ellos se emitan”.

del conjunto de los entes que integran el sector público, esta pierde por completo su eficiencia. Por ello, el art. 14 de la Directiva establece que *“en el marco de los procedimientos presupuestarios anuales, los Estados miembros harán una relación y presentación de todos los organismos y fondos de las administraciones públicas que no formen parte de los presupuestos ordinarios de los distintos subsectores, junto con cualquier otra información pertinente”*.

El segundo aspecto al que la Directiva 2011/85/UE vincula la transparencia es a la evaluación, por un lado, de las obligaciones contingentes que puedan incidir en los presupuestos públicos¹⁰⁷¹, y, por el otro, a la participación de las Administraciones públicas en el capital de sociedades privadas y públicas en el caso de sumas económicamente significativas (art. 14.3 de la Directiva 2011/85/UE). En síntesis, estas precisiones comportan que el principio de transparencia se extienda a todos los sujetos –organismos y fondos presupuestarios y extrapresupuestarios– y a todas las obligaciones –efectivas y contingentes–¹⁰⁷².

El principio de transparencia genéricamente enunciado en el art. 6 de la LOEPSF, se concreta en el Capítulo V de la propia ley orgánica, que por motivos de sistemática analizaremos en este momento. El Capítulo V de la LOESF, bajo la rúbrica “Transparencia”¹⁰⁷³, contiene dos preceptos, uno relativo a la instrumentación del principio de transparencia (art. 27 LOEPSF), y otro que regula la central de información sobre la actividad económico–financiera de las Administraciones públicas (art. 28 LOEPSF).

¹⁰⁷¹ El concepto y la importancia de la evaluación de las obligaciones contingentes se analizó al tratar la disciplina presupuestaria en la UE. Véase, *supra*, Capítulo I, epígrafe Aprobación de la Directiva 2011/85/UE, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros, pp. 132 y ss.

¹⁰⁷² El TRLGEP ya recoge en su art. 5 el principio de transparencia pero se apunta en términos más genéricos y directamente vinculado al principio de estabilidad presupuestaria (su tenor es el siguiente *“Los Presupuestos de los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley y sus liquidaciones deberán contener información suficiente y adecuada para permitir la verificación de la adecuación al principio de estabilidad presupuestaria, así como el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y la observancia de las obligaciones impuestas por las normas comunitarias en materia de contabilidad nacional”*). Sin embargo, sería aconsejable relacionar el principio de transparencia con estos dos aspectos destacados por la normativa europea.

¹⁰⁷³ El capítulo V se ha completado, a su vez, por la Orden HAP/2105/2012, de 1 de octubre, por la que se desarrollan las obligaciones de suministro de información previstas en la Ley Orgánica 2/2012. En ella se regulan tanto *“la concreción, procedimiento y plazo de remisión de la información a suministrar por Comunidades Autónomas y Corporaciones locales, como la documentación que sea objeto de publicación para conocimiento general”* (art. 27.4 de la LOEPSF).

El art. 27.1 de la LOEPSF establece la obligación del conjunto de las administraciones públicas de relacionar, junto a la información presupuestaria, aquellos datos que sean relevantes para calcular el déficit en términos de SEC-95. A través de esta información se llevarán a cabo los ajustes necesarios en los datos derivados de la contabilidad presupuestaria, para obtener los niveles de déficit y deuda públicos en términos de contabilidad nacional (SEC-95).

En el segundo apartado del art. 27 de la LOEPSF se enumera una serie de documentos que, en todo caso, deberán aportar las Comunidades Autónomas y los Entes locales. Entre esta documentación se encuentran: a) Los proyectos de presupuestos iniciales o los de los estados financieros iniciales, con indicación de las líneas fundamentales que se prevean. b) Presupuesto general o, en su caso, estados financieros iniciales, y cuentas anuales de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales. c) Liquidaciones trimestrales de ingresos y gastos o, en su caso, balance y cuenta de resultados de las Corporaciones Locales. d) Liquidaciones mensuales de ingresos y gastos de las Comunidades Autónomas. e) Detalle de todas las entidades dependientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales incluidas en el ámbito de aplicación de la LOEPSF. f) Cualquier otra necesaria para calcular la ejecución presupuestaria en términos de contabilidad nacional. Se amplía, por tanto, sustancialmente la información que se encuentra disponible y la frecuencia con la que se publica (trimestralmente)¹⁰⁷⁴.

A pesar de esta mejora en la oferta de información disponible, si tomamos en consideración las obligaciones derivadas de Directiva 2011/85/UE, así como la necesidad de controlar la sostenibilidad de las finanzas públicas a medio plazo, en esta enumeración deberían haberse incluido también datos relativos a las obligaciones contingentes asumidas por las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales (a través, por ejemplo, de la suscripción de contratos de concesión), así como las participaciones en el capital de entidades, ya sean públicas o privadas, si las cantidades son significativas. Como observaremos a lo largo del Capítulo IV, es posible que entes y obligaciones que inicialmente quedan fuera del cómputo del déficit y la deuda públicos en términos de SEC-95, si se alteran determinados aspectos relativos a su control o financiación, su déficit y deuda deberán incluirse en dicho cómputo¹⁰⁷⁵. Así, si bien estos datos pueden requerirse a las Comunidades Autónomas y las Corporaciones

¹⁰⁷⁴ MARTÍNEZ MANZANEDO, Rosario, “El Sistema Europeo de Cuentas (SEC-95) en el contexto de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera”, *Revista Española de Control Externo*, Vol. XIV, (41), 2012, p. 93.

¹⁰⁷⁵ Véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe Criterios para la clasificación de un ente en el sector Administraciones públicas, pp. 427 y ss.

Locales en función de la cláusula de cierre de la letra f) del art. 27.2 de la LOEPSF “*cualquier otra información necesaria para calcular la ejecución presupuestaria en términos de contabilidad nacional*”, hubiera sido preferible su mención expresa para asegurar que todos los entes subcentrales transmiten este tipo de información.

Por último, el art. 27 de la LOEPSF prevé que el incumplimiento de estas obligaciones de suministrar información podrá ir aparejado de la imposición de las medidas correctivas recogidas en el art. 20 de la LOEPSF. Las medidas correctivas son, en esencia, que la Comunidad Autónoma a la Corporación Local incumplidora necesitará autorización del Estado para realizar todas las operaciones de endeudamiento.

En el art. 28 de la LOEPSF se establece que el Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas mantendrá una central de información que proveerá información sobre la actividad económico-financiera de las distintas Administraciones públicas¹⁰⁷⁶. La central de información se nutrirá de la información que deberán aportar, a estos efectos, las Administraciones públicas y las cajas de ahorro y demás entidades financieras. De igual forma, el Banco de España deberá suministrar información sobre las operaciones de crédito de las Comunidades Autónomas y Entes Locales. La información de la central de información estará a disposición del CPFF y de la Comisión del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas.

Además de estos principios directamente relacionados con la normativa europea, la LOEPSF recoge el principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos (art. 7 de la LOEPSF). La LOEPSF, del mismo modo que la anterior LGEP¹⁰⁷⁷, recoge este principio directamente relacionado con los criterios de eficacia y economía en la programación y ejecución del gasto público del art. 31.2 de la CE. En el texto de la LOEPSF se echa en falta, como sucedía en la LGEP, la referencia expresa al principio de justicia material en el gasto público, puesto que la contención del gasto público debe llevarse a cabo teniendo en cuenta el principio de asignación equitativa de los recursos públicos. A su vez, junto a la enumeración del principio de justicia material en el gasto público deberían fijarse criterios que permitan su materialización, y evitar de

¹⁰⁷⁶ El art. 24 de la TRLGEP ya recogía existencia de una central de datos el Ministerio de Economía y Hacienda relativa a las operaciones de crédito, la emisión de deuda o cualquier otra apelación de crédito o asunción de riesgo y las cargas financiera de ellas derivadas de la Administración General de las Entidades Locales y demás sujetos de ella dependientes. En el mismo sentido, el art. 10 de la Ley 3/2006, complementaria de la LGEP, recogía en los mismos términos la existencia de la central de información para las operaciones de endeudamiento de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, estos órganos no fueron creados.

¹⁰⁷⁷ Los criterios de eficacia, eficiencia y calidad se enumeraban en el anterior art. 6 del TRLGEP.

este modo que el principio de justicia material en el gasto siga constituyendo una mera directriz cuyo correcto cumplimiento sea difícil de verificar en términos jurídicos¹⁰⁷⁸.

El principio de plurianualidad y el de transparencia se encuentran directamente relacionados con el principio de prudencia. Este principio no se recoge en la LOEPSF. No obstante, si tenemos en cuenta los mandatos europeos hubiera sido aconsejable su inclusión. El principio de prudencia debe regir la elaboración de las previsiones presupuestarias y macroeconómicas que finalmente son presentadas a las instituciones europeas. No podemos obviar, que todo el sistema de supervisión de la disciplina presupuestaria, tanto a nivel europeo como nacional, se asienta en algo tan fungible como son previsiones presupuestarias y macroeconómicas¹⁰⁷⁹, por ello, hay que asegurar que estas se elaboren bajo el principio de prudencia. Este principio se encuentra directamente relacionado con el principio de transparencia pero la normativa europea lo distingue para acentuar su importancia¹⁰⁸⁰. El principio de prudencia busca asegurar una valoración realista de los datos presupuestarios y macroeconómicos que permita, a nivel nacional, adoptar las medidas necesarias para preservar a medio plazo la sostenibilidad de sus finanzas, y a nivel europeo, la supervisión de la información aportada por los distintos Estados miembros y la adopción de medidas correctoras en caso de incumplimiento.

Prosiguiendo con el contenido de la LOEPSF, el siguiente principio es el principio de responsabilidad¹⁰⁸¹, que supone que las Administraciones públicas que

¹⁰⁷⁸ En este punto, véase, *supra*, Capítulo III, epígrafe Introducción, pp. 214 y ss.

¹⁰⁷⁹ Este problema, inherente al marco jurídico de la estabilidad presupuestaria, se pone de manifiesto también por RUIZ ALMENDRAL, Violeta, “La nueva Ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera”, *Revista Española de Control Externo*, Vol. XIV, (41), pp. 109 y 110.

¹⁰⁸⁰ Para la correcta elaboración de las previsiones la Comisión participará activamente en el proceso. En primer lugar, determinando las metodologías, los supuestos y los parámetros pertinentes en que se deben apoyar las previsiones macroeconómicas y presupuestarias. En segundo lugar, facilitará las previsiones del gasto de la Unión basadas en el nivel de gasto programado dentro del marco financiero plurianual. Por último, mantendrá un diálogo técnico sobre los supuestos en los que se apoya la preparación de las previsiones macroeconómicas.

¹⁰⁸¹ A través del principio de responsabilidad se da cumplimiento al mandato contenido en el apartado c) del art. 135.5 CE. Este remite a la ley orgánica la regulación de “*la responsabilidad de cada Administración pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria*”. Esta disposición es muy indeterminada, principalmente porque no dispone los objetivos cuyos incumplimientos generarán la responsabilidad, sino que tan solo hace una remisión genérica a “*los objetivos de estabilidad presupuestaria*”. Dada la falta de concreción, caben diferentes interpretaciones. La primera de ellas, que los objetivos sean los fijados por la UE y, por ende, la ley orgánica deba determinar el reparto de las responsabilidades derivadas del incumplimiento de la normativa europea. Así sucede en la GG, cuyo art. 109.5, contiene la regla de reparto entre la Federación y los Länder por el incumplimiento de los mandatos suscritos por Alemania en función del art. 104 del Tratado Constitutivo de la UE. Pero el precepto alemán va más allá y contiene una referencia a los porcentajes de

incumplan las obligaciones contenidas en la Ley o provoquen el incumplimiento de los compromisos asumidos por España con la UE asumirán, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades de dicho incumplimiento¹⁰⁸². Este principio establece un reparto de carácter subjetivo de la responsabilidad, cada Administración asume la parte que le es imputable de la sanción derivada del incumplimiento. El criterio de Ley Orgánica difiere de los criterios establecidos en otros preceptos relativos al reparto de la responsabilidad derivada del incumplimiento de la normativa de la UE, como es el caso del art. 109.5 de la GG. El art. 109.5 de la GG establece un reparto de la responsabilidad de marcado carácter objetivo, al ser la Federación quien asume el 65 % del coste de la potencial sanción, mientras que el 35 % restante se asume por el conjunto de los Länder.

En el párrafo segundo del art. 8 de la LOEPSF se prevé la denominada “*cláusula de no rescate*” (*no bail-out clause*), de tenor similar a la cláusula establecida en el art. 125 del TFUE¹⁰⁸³. En función de esta cláusula unas Administraciones públicas no responden de los compromisos de otras: ni el Estado por los compromisos de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales y entes, citados en el art. 2.2 de la ley, vinculados a estas, ni las Comunidades Autónomas por los asumidos por las Corporaciones Locales y entes vinculados a estas. Quedan excluidos de esta cláusula los mecanismos adicionales de financiación habilitados por el Estado destinados a Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales con el fin de pagar a sus proveedores, financiar los vencimientos de deuda o dotar de liquidez a las Comunidades Autónomas (Disposición transitoria cuarta).

responsabilidad que son asumidos por la Federación y por los Länder. La segunda interpretación posible es que los objetivos de estabilidad a los cuales el art. 135. 5 c) de la CE hace referencia sean los fijados en la propia ley orgánica, que pueden ser más restrictivos del déficit y la deuda que los estipulados en la normativa europea. Frente a estas dos posibilidades derivadas de la indefinición del mandato constitucional, el art. 8.1 de la LOEPSF hace referencia tanto a las obligaciones contenidas en la ley como a las derivadas de la normativa europea.

¹⁰⁸² Esta disposición ya se recogía en el art. 10.5 del TRLGEP y en la Disposición Adicional Primera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

¹⁰⁸³ La efectividad de la cláusula del art. 125 del TFUE ha sido limitada, si tenemos en consideración los rescates efectuados a algunos de los Estados de la UEM. Ahora bien, en la mayoría de los casos, los Estados que efectúan el rescate en esencia no asumen las deudas del Estado rescatado, sino que son prestamistas de dicho Estado (préstamos bilaterales), o avalan las emisiones de deuda de los entes que prestan al Estado (es decir, avalan las operaciones de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera o al Mecanismo Europeo de Estabilidad). En el capítulo IV analizaremos las repercusiones que estas operaciones tienen para el endeudamiento de los Estados de la UEM, véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe La sociedad Facilidad Europea de Estabilización Financiera y el Mecanismo Europeo de Estabilidad, pp. 515 y ss.

El último principio general que contiene la LOEPSF es el principio de lealtad institucional¹⁰⁸⁴. Este principio se recoge también en el art. 9 de la LOFCA. No obstante, el contenido que le otorga la LOFCA es distinto, al hacer referencia a la valoración del impacto, positivo y negativo, de las actuaciones del Estado, mientras que el principio de lealtad institucional recogido en la LOEPSF hace referencia a la valoración de las actuaciones de todas las Administraciones públicas.

3.C. Instrumentación de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera

El capítulo III de la LOEPSF se destina a regular los mecanismos para alcanzar el cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. En él se contienen, como observaremos, las medidas más importantes de esta ley.

En primer lugar, el art. 11 de la LOEPSF, tras reiterar el sometimiento del conjunto de las Administraciones públicas al principio de estabilidad, y siguiendo los mandatos del art. 135 de la CE, concreta el criterio constitucional limitativo del déficit público y establece el reparto de los límites de déficit entre las distintas Administraciones públicas. Concretamente, el segundo párrafo del art. 135. 2 de la CE establece que *“una ley orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto. Las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario”*. A su vez, el apartado a) del art. 135.5 atribuye a la ley orgánica la determinación de *“la distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones Públicas, los supuestos excepcionales de superación de los mismos y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro pudieran producirse”*.

De la redacción de estas dos disposiciones, y del modo como se configuran los límites del déficit y la deuda públicos (en los apartados 2º y 3º del art. 135) a través de remisiones al Derecho europeo, podía extraerse que la ley orgánica debía reconocer la posibilidad de que las Administraciones públicas tuvieran un cierto déficit estructural (concretamente, el Estado y las Comunidades Autónomas, no así los entes locales) y

¹⁰⁸⁴ El art. 9 de la LOFCA hace referencia a la valoración del impacto, positivo y negativo, que puedan tener las actuaciones del Estado legislador en materia tributaria o la adopción de medidas de interés general, que eventualmente pudieran hacer recaer sobre las Comunidades Autónomas obligaciones de gasto no previstas.

podrían recurrir al crédito público, siempre y cuando los niveles alcanzados por estas no superasen los límites fijados en la normativa europea. La duda que subyacía era si cabía la posibilidad de que por ley orgánica se restringiera completamente la existencia de déficit estructural o el recurso al crédito público. La ley orgánica debía fijar el reparto de los límites, límites que en ningún caso debían ser superiores a los fijados en el Derecho europeo, en el caso del déficit estructural, y a los determinados en el TFUE, para la deuda pública. Ahora bien, mientras que los topes máximos de déficit y deuda públicos que podían alcanzarse estaban perfectamente definidos no sucedía lo mismo respecto a los límites mínimos. En otros momentos de este estudio hemos argumentado en contra de restricciones absolutas del recurso al déficit y al crédito público, dada la importancia que estos agregados económicos pueden tener en el desarrollo de políticas anticíclicas o para el reforzamiento de la sostenibilidad de las finanzas públicas a medio plazo.

Sin embargo, finalmente, la LOEPSF ha establecido como regla general la prohibición de la existencia de déficit estructural, al determinar que *“ninguna Administración pública podrá incurrir en déficit estructural, definido como déficit ajustado del ciclo, neto de medidas excepcionales y temporales”* (art. 11.2 de la LOEPSF).

Las disposiciones contenidas en el art. 11 apartados 2 y 3 de la LOEPSF guardan semejanzas con los mandatos del art. 3.1 del TECG si bien, como veremos, difieren en algunos puntos. El TECG estaba siendo objeto de debate durante la redacción de la LOEPSF.

Entrando en el análisis del precepto, de la definición de “déficit estructural”, como *“el déficit ajustado del ciclo, neto de medidas excepcionales y temporales”*, se diferencian dos elementos: el concepto déficit y su carácter estructural. En cuanto al concepto de déficit, este no se define de forma expresa por la LOEPSF y tampoco a través de una remisión directa al SEC-95, como sí hacía la anterior LGEP. Esta indeterminación, en nuestra opinión desaconsejable, se puede suplir a través de una interpretación sistemática de la LOEPSF y la normativa europea (TECG, PEC y SEC-95).

En este sentido, MARTÍNEZ MANZANEDO dota de contenido el concepto de déficit estructural de la LOEPSF del siguiente modo. Por un lado, la autora señala que “en la regulación del PEC el concepto de “saldo estructural” se define como el saldo presupuestario ajustado en función del ciclo una vez excluidas las medidas puntuales y otras medidas de carácter temporal”. Y por otro lado, “el TECG establece el criterio de

estabilidad de las Administraciones públicas aludiendo de forma explícita al mismo concepto de “saldo estructural” del PEC y mencionando de manera directa la aplicación de las definiciones que desarrollan el Procedimiento de déficit Excesivo, es decir ratificando la utilización de los criterios del SEC-95”¹⁰⁸⁵. Del paralelismo existente entre la norma española y las normas europeas análogas, y del establecimiento de referencias constantes a lo largo de su articulado, MARTÍNEZ MANZANEDO concluye que “resulta evidente que el cálculo del déficit estructural (en la Ley de Estabilidad) o del saldo estructural (normativa europea) se realiza a partir del concepto de déficit (en el primer caso) y del saldo presupuestario (en el segundo). Y, prosigue afirmando que “de igual manera no hay ninguna duda de que en ambos casos se está haciendo referencia al concepto de contabilidad nacional “capacidad o necesidad de financiación”, saldo de las operaciones no financieras en términos de SEC-95”¹⁰⁸⁶. Esta relación conceptual que efectúa MARTÍNEZ MANZANEDO hubiera sido deseable que se hubiera explicitado en LOEPSF.

Respecto al otro elemento de la definición, el carácter estructural del déficit, para su determinación se tendrá que estar a lo que establece la metodología de la Comisión, porque, de nuevo, como veremos al analizar el apartado 6 del art. 11 de la LOEPSF, la ley guarda silencio respecto a la metodología para su cálculo.

Una vez determinado el concepto, el precepto establece la prohibición de la existencia de déficit estructural. Este mandato de la LOEPSF es, en nuestra opinión, excesivamente restrictivo e incluso poco realista. Además, el requerimiento de la inexistencia de déficit va más allá de lo exigido en el *Six Pack* y el TCEG. El art. 3.1 del TCEG establece que la regla de equilibrio o superávit se considera respetada “*si el saldo estructural anual de las Administraciones públicas alcanza el objetivo nacional específico a medio plazo definido en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento revisado, con un límite inferior de déficit estructural del 0,5 % del PIB a precios de mercado*”. Por su parte, el art. 11.2 de la Ley Orgánica prohíbe la existencia de déficit estructural, salvo en los dos supuestos que analizaremos a continuación que se configuran a modo de excepciones.

La primera excepción es el desarrollo de reformas estructurales con efectos presupuestarios a largo plazo. En este caso puede alcanzarse en el conjunto de las Administraciones públicas un déficit estructural del 0,4 % del PIB (el art. 11.2 de la

¹⁰⁸⁵ MARTÍNEZ MANZANEDO, Rosario, “El Sistema Europeo de Cuentas (SEC-95) en el contexto de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera”, cit., p. 86.

¹⁰⁸⁶ MARTÍNEZ MANZANEDO, Rosario, “El Sistema Europeo de Cuentas (SEC-95) en el contexto de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera”, cit., p. 86.

LOEPSF). Como tuvimos ocasión de analizar en el Capítulo I, fue en la reforma del PEC de 2005 cuando la normativa europea introdujo la posibilidad de incumplir el objetivo de estabilidad a medio plazo por el desarrollo de reformas estructurales. Dado que la LOEPSF no define el concepto de “reforma estructural”, para concretar que se considera reforma estructural se tendrá que estar a los criterios determinados por la Comisión¹⁰⁸⁷.

La segunda excepción que establece el art. 11 de la LOEPSF a la prohibición de déficit estructural es en los supuestos de catástrofes naturales, recesión económica grave o situación de emergencia extraordinaria que escape al control de las Administraciones públicas (art. 11.3 de la LOEPSF).

Estos supuesto de excepción se recogen de forma expresa en el art. 135.4 de la CE, por ello, en nuestra opinión, la ley orgánica no solo debería haberlos enumerado, sino que también debería haber dotado de contenido conceptos como son: catástrofe natural, grave recesión económica o situación de emergencia extraordinaria que escape al control del Estado y perjudique considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado. Sin embargo, la ley orgánica solo concreta el concepto “recesión económica grave”¹⁰⁸⁸. Por ello, y teniendo en cuenta que los límites constitucionales se establecen a través de una remisión a la normativa europea, las excepciones a tales límites, que en esencia guardan grandes similitudes con las excepciones a los límites de déficit y deuda públicos europeos, deberán interpretarse igualmente bajo los parámetros europeos. Esta concreción es imprescindible, puesto que de no ser así, si el Congreso de los Diputados lleva a cabo una apreciación amplia de las excepciones, la regla numérica puede convertirse en una norma poco efectiva¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁷ Como señalamos en aquel punto de nuestro estudio, dado el carácter indeterminado del concepto “reforma estructural”, la Comisión estableció los criterios para poder incumplir el objetivo a medio plazo por la introducción de una reforma estructural. Estos criterios son: la reforma debe ser generadora de verdaderas mejoras para mantener el carácter sostenible de las finanzas públicas a largo plazo; la reforma debe llevarse a cabo de forma efectiva, no se admiten reformas meramente planeadas; el Estado debe mantener un cierto margen de seguridad respecto al límite del 3 % del PIB en déficit; la situación de estabilidad presupuestaria debe recuperarse de forma previa a la finalización del plazo cubierto por el Programa de Estabilidad o Convergencia; y, por último, el Estado debe presentar un análisis detallado de los costes y beneficios que aportará la reforma. Véase, *supra*, Capítulo I, epígrafe Aplicación del PEC tras la reforma de 2005, pp. 83 y ss.

¹⁰⁸⁸ “La recesión económica grave se define de conformidad con lo dispuesto en la normativa europea. En cualquier caso, será necesario que se de una tasa de crecimiento real anual negativa del Producto Interior Bruto, según las cuentas anuales de la contabilidad nacional” (art. 11.3 de la LOEPSF).

¹⁰⁸⁹ La doctrina, tanto nacional como internacional, ya señaló el peligro de que la excepción acabe siendo la regla general, véase, *supra*, Capítulo III, epígrafe Contenido, pp. 357 y ss. (en particular notas al pie núms. 1012 y 1013).

De lo expuesto hasta este momento, consideramos que hubiera sido más acorde con la normativa en materia de disciplina presupuestaria de la UE dejar margen de actuación a las Administraciones públicas para el desarrollo de políticas presupuestarias que toleren ciertos niveles de déficit estructural y recurso al crédito, y paralelamente delimitar de forma estricta los supuestos en los que los niveles de déficit y deuda pueden ser excepcionados. Por el contrario, optar por fijar unos límites excesivamente estrictos y alejados de la realidad del endeudamiento y el déficit del Estado español (más allá de su cuestionable idoneidad en términos de política fiscal) puede provocar sucesivos incumplimientos y con ellos el abuso en la consideración de la existencia de situaciones excepcionales. Además, la primera opción es más acorde con el principio de prudencia establecido por la normativa europea. Adoptar previsiones realistas permite, en última instancia, la mejora de la supervisión y la adopción anticipada de medidas que eviten alcanzar niveles de déficit muy superiores a los inicialmente tolerados.

Antes de finalizar el análisis de las excepciones, debemos señalar que estas no tienen carácter absoluto, puesto que como precisa la última frase del art. 11.3 de la LOEPSF “*esta desviación temporal no puede poner en peligro la sostenibilidad fiscal a medio plazo*”. Por ello, en los tres supuestos de excepción será necesario la aprobación de un plan de reequilibrio que permita la corrección del déficit estructural, teniendo en cuenta la circunstancia excepcional que originó el incumplimiento.

El art. 11.4 de la LOEPSF establece la obligación de las Corporaciones Locales de mantener una posición de equilibrio o superávit, sin la existencia de excepciones. Y el apartado 5 del art. 11 de la LOEPSF fija que la Administración de la Seguridad Social mantendrá la situación de equilibrio o superávit presupuestario pero, excepcionalmente, podrán recurrir en un déficit estructural de acuerdo con las finalidades y condiciones previstas en el Fondo de Reserva de la Seguridad Social¹⁰⁹⁰.

El último apartado del art. 11 de la LOEPSF hace referencia a la metodología del cálculo del déficit estructural. El apartado b) del art. 135.5 de la CE remite a la ley orgánica la determinación de “*la metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural*”. A este mandato se ha dado cumplimiento de forma insuficiente a

¹⁰⁹⁰ Tras dos ejercicios consecutivos con déficit de las Administraciones de la Seguridad Social, el Consejo de Ministros del 27 de septiembre de 2012 aprobó un acuerdo para la disposición de excedentes presupuestarios afectos al sistema de Seguridad Social, consignados en el Fondo de Reserva, por importe de 3.063 millones de euros que se destinaron a financiar las pensiones de carácter contributivo. Esta medida fue adoptada en 2012 por primera vez desde que se constituyó el Fondo de Reserva de la Seguridad Social.

través del art. 11.6 de la LOEPSF, que contiene una mera remisión a *“la metodología utilizada por la Comisión Europea en el marco de la normativa de estabilidad presupuestaria”*. Lógicamente, la norma nacional debe establecer criterios de cálculo del déficit estructural equivalentes a los de la normativa europea, puesto que de este modo, se facilita la preparación de los Programas de estabilidad y se preserva la comparabilidad de los datos aportados por España con el resto de Estados de la UE. Sin embargo, como apuntó el Consejo de Estado respecto a esta disposición en el Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica, no es suficiente con contener una mera remisión, sino que es *“necesario precisar esa referencia excesivamente indeterminada a “la metodología utilizada por la Comisión Europea” en el marco de aplicación de la normativa de estabilidad presupuestaria, cuando menos mencionando expresamente las normas europeas en que se ampara la competencia de la Comisión. Y también deben incorporarse al anteproyecto, como mínimo, las líneas generales de esa metodología. Han de revisarse los términos en que se remite al desarrollo reglamentario la aplicación de dicha metodología al marco nacional, pareciendo razonable que sea un Real Decreto el que aborde en un primer nivel reglamentario dicha regulación. En fin, debe incorporarse alguna previsión sobre el procedimiento a seguir para el cálculo del déficit estructural, cuestión respecto de la que el anteproyecto guarda silencio”*¹⁰⁹¹. Como se puede observar, la redacción final de la ley orgánica no ha dado cumplimiento a las recomendaciones fijadas por el Consejo de Estado, y se ha mantenido en los mismos términos que el anteproyecto.

¹⁰⁹¹ Véase, CONSEJO DE ESTADO, Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de las Administraciones públicas, Expediente 164/2012, 1 de marzo de 2012. Apartado C. La Adecuación del anteproyecto sometido a consulta al marco constitucional, I. Desde la perspectiva sustantiva.

Algunos autores han restado importancia a esta indefinición. Así, MARTÍNEZ MANZANEDO afirma que *“si bien se puede decir que persiste una cierta indefinición respecto a su método de cálculo, se conviene que el saldo estructural se define como la parte del déficit independiente de las fluctuaciones del ciclo económico”*. A continuación, la autora describe el mecanismo de cálculo del saldo estructural. Seguiremos su exposición por ser especialmente clara. Primeramente, MARTÍNEZ MANZANEDO destaca que el saldo estructural *“no es una magnitud directamente observable, sino que tiene que ser estimada”*. Ahora bien, los diferentes procedimientos conocidos para su cálculo destacan la existencia de dos elementos: uno, la determinación de la posición cíclica de la economía, y otro, la cuantificación de la influencia de la situación cíclica sobre los ingresos y gastos públicos (sensibilidad del saldo presupuestario). Una vez se ha calculado la parte cíclica, labor que desempeña el Ministerio de Economía y Competitividad, MARTÍNEZ MANZANEDO apunta que *“el saldo estructural se obtiene por la diferencia entre el saldo observado y la parte cíclica. Es obvio, como no puede ser de otra manera, que el saldo observado se corresponde con el déficit o superávit calculado de acuerdo a los criterios del SEC-95, es decir, la “capacidad o necesidad de financiación”, que es la metodología obligada”*. Véase, MARTÍNEZ MANZANEDO, Rosario, *“El Sistema Europeo de Cuentas (SEC-95) en el contexto de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera”*, cit., p. 87.

El art. 12 de la LOEPSF regula la regla de gasto y determina que *“el gasto computable de la Administración Central, de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales no podrá superar la tasa de referencia de crecimiento del PIB de medio plazo de la economía española”*. La regla de gasto no constituye una novedad de la LOEPSF, a nivel interno, la regla de gasto había sido ya introducida en el TRLGEP a través del Real Decreto–Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de la simplificación administrativa¹⁰⁹². Y a nivel europeo, la norma análoga a la regla de gasto nacional se encuentra en el art. 5 del Reglamento de Supervisión, en la redacción dada por el Reglamento (UE) núm. 1175/2011¹⁰⁹³. Esta disposición del Reglamento de Supervisión es la primera limitación directa al gasto público, y no a las dos vertientes del presupuesto, de la normativa europea¹⁰⁹⁴.

Ahora bien, a diferencia de la regla de gasto interna, el art. 5 del Reglamento de supervisión limita el gasto tomando en consideración si el Estado ha dado cumplimiento al objetivo presupuestario a medio plazo. Concretamente, el art. 5 del Reglamento de Supervisión 2011 establece que la Comisión y el Consejo evaluarán si la trayectoria del gasto público de un Estado se adapta a las siguientes condiciones: *“a) en el caso de los Estados miembros que hayan alcanzado el objetivo presupuestario a medio plazo, [que] el crecimiento anual del gasto no exced[a] de una tasa de crecimiento potencial del PIB a medio plazo que sirva de referencia, a menos que el exceso se compense con medidas discrecionales relativas a los ingresos; b) en el caso de los Estados miembros que no hayan alcanzado aún su objetivo presupuestario a medio plazo, [que] el crecimiento anual del gasto no exced[a] de una tasa inferior a una tasa de crecimiento potencial del PIB a medio plazo que sirva de referencia, a menos que el exceso se compense con medidas discrecionales en relación con los ingresos”*. Por tanto, si se cumplen los objetivos de déficit y deuda públicos, las limitaciones del gasto son más

¹⁰⁹² Véase, *supra*, Capítulo III, epígrafe La introducción en el TRLGEP de la regla de gasto de las Administraciones públicas, pp. 261 y ss.

¹⁰⁹³ La redacción del art. 5 de la propuesta de Reglamento de Supervisión aprobada por la Comisión el 29 de septiembre de 2010, junto a la regla limitativa del gasto acuñaba un nuevo principio, el principio de política fiscal prudente. La redacción final de este precepto no recoge el principio de política fiscal prudente de forma expresa, pero si la regla de control del gasto en los mismos términos.

¹⁰⁹⁴ La obligación contenida en el art. 5 del Reglamento de Supervisión se une a dos obligaciones claves en la supervisión de la disciplina presupuestaria de los Estados miembros que, como hemos indicado, no establecen mandatos específicos de reducción del gasto. La primera es que los Estados deben cumplir su objetivo de estabilidad a medio plazo, es decir, dar cumplimiento a los límites de déficit y deuda públicos. Y la segunda norma es que, en caso de no dar cumplimiento a los criterios anteriores, el Estado deberá llevar a cabo reducciones anuales de déficit de, al menos, el 0,5 % de su PIB.

moderadas. Por el contrario, la regla de gasto del art. 12 de la LOEPSF no preceptúa su aplicación diferenciada según si el ente público está dando cumplimiento, o no, al objetivo de estabilidad a medio plazo.

Junto a las disposiciones anteriores, el apartado 5 de la regla de gasto nacional recoge otra previsión limitativa del gasto que no contiene la normativa europea, esta establece que *“los ingresos que se obtengan por encima de lo proyectado se dedicarán íntegramente a reducir el nivel de deuda pública”*.

La cuestión en este punto estriba en determinar cual es la habilitación para el establecimiento de una regla de esta naturaleza, puesto que el art. 135 de la CE no contiene ninguna referencia a la introducción de la regla de gasto. Al respecto, el Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya señaló que la habilitación que podría justificar la regulación de la regla de gasto es la prevista genéricamente en la primera frase del art. 135.2 *“una ley orgánica desarrollará los principios a que se refiere este artículo”*, en concreto, en el desarrollo del principio de estabilidad presupuestaria. Además, como prosigue el Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya es necesario determinar en qué medida la regla de gasto es un complemento substancial o puramente accesorio del principio de estabilidad¹⁰⁹⁵.

En este sentido, la norma de reducción del gasto público a nivel europeo, del art. 5 del Reglamento de Supervisión, no constituye una obligación autónoma para los Estados, sino que esta se configura como un instrumento para garantizar el cumplimiento de los criterios del déficit y la deuda pública, y en última instancia el objetivo de estabilidad a medio plazo¹⁰⁹⁶. Y esta es la función instrumental que igualmente cumple la regla de gasto del art. 12 de la LOEPSF y que justifica su inclusión. Ahora bien, como hemos apuntado, la diferencia entre una y otra norma, y que a nuestro parecer pone en entredicho la idoneidad de la regla de gasto interna, es el tratamiento igualitario de todos los entes con independencia de su situación presupuestaria.

¹⁰⁹⁵ Véase, CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES DE CATALUNYA, *Dictamen 8/2012, de 2 de julio, sobre la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera*, pp. 39 a 43.

¹⁰⁹⁶ Así, el art. 5.1 del Reglamento de Supervisión establece que *“se evaluará si se ha avanzado lo suficiente hacia el objetivo presupuestario a medio plazo mediante una valoración general que tome como punto de referencia el saldo estructural e incluya un análisis del gasto excluidas las medidas discrecionales relativas a los ingresos. Con este fin, el Consejo y la Comisión evaluarán si la trayectoria de crecimiento del gasto público, tomada conjuntamente con el efecto de las medidas adoptadas o prevista se ajusta a las siguientes condiciones”*. A continuación el art. 5 letras a) y b) recoge la regla de gasto que hemos reproducido en el texto.

Además de las restricciones derivadas de la regla de gasto, el art. 32 de la LOEPSF determina la obligación de destinar el superávit del Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales a reducir el endeudamiento neto. La obligación de destinar el superávit a reducir el endeudamiento neto ya se recogía en el art. 17.2 a) de la LGEP¹⁰⁹⁷, respecto de la Administración General del Estado. Así, el art. 32 de la LOEPSF ha ampliado su ámbito subjetivo a todas las Administraciones públicas. Este mandato tampoco tiene ningún anclaje específico en la normativa europea (ni en el TFUE ni en el TCEG).

La naturaleza de esta disposición, situada en el Título VI (“Gestión Presupuestaria”¹⁰⁹⁸) difiere de la recogida en el art. 12.5 de la LOEPSF, puesto que constituye una norma de “gestión presupuestaria que opera en el momento de la liquidación del presupuesto exigiendo que cualquier Administración pública con superávit lo destine obligatoriamente a reducir el endeudamiento neto”¹⁰⁹⁹. De nuevo, nos parece carente de idoneidad el trato igualitario de todas las Administraciones públicas con independencia de su situación presupuestaria. Es más, la medida compele a aquellas Administraciones que han liquidado su presupuesto con superávit, por tanto es muy posible que la norma del art. 32 de la LOEPSF condicione sustancialmente la autonomía de gasto de entes que dan cumplimiento al objetivo de estabilidad¹¹⁰⁰.

Por último, en relación con los aspectos técnicos relativos a su cómputo, la regla de gasto determina que se considera gasto computable a sus efectos *“los empleos no financieros definidos en términos del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales, excluidos los intereses de la deuda, el gasto no discrecional en prestaciones por desempleo, la parte del gasto financiado con fondos finalistas*

¹⁰⁹⁷ Art. 17 de la LGEP ex Ley 15/2006, de 26 de mayo, de reforma de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria.

¹⁰⁹⁸ La Exposición de motivos de la LOEPSF establece que las disposiciones contenidas en el Título VI se ajustan a *“las previsiones de la Directiva de marcos presupuestarios antes mencionada”* (Directiva 2011/85/UE). Sin embargo, la Directiva 2011/85/UE no recoge ninguna obligación referente al destino del superávit.

¹⁰⁹⁹ Véase, CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES DE CATALUNYA, *Dictamen 8/2012, de 2 de julio, sobre la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera*, p. 44.

¹¹⁰⁰ Este argumento relativo al trato igualitario de todas las Administraciones públicas llevó al Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya a declarar que el art. 32 de la LOEPSF vulneraba la autonomía financiera de la Generalitat reconocida en los art. 156.1 de la CE y 201.2 del Estatuto de Autonomía de Catalunya y, de manera más específica, la autonomía de gasto del art. 202.2 del Estatuto de Autonomía de Catalunya. Véase, CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES DE CATALUNYA, *Dictamen 8/2012, de 2 de julio, sobre la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera*, p. 46.

procedentes de la Unión Europea o de otras Administraciones Públicas y las transferencias a las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones Locales vinculadas a los sistemas de financiación”¹¹⁰¹. E, igualmente, fija que el Ministerio de Economía y Competitividad será el encargado de calcular la tasa de referencia de crecimiento del PIB a medio plazo, e utilizará para ello la metodología que aplique la Comisión.

En cuanto a la instrumentación del principio de sostenibilidad financiera, el art. 13 de la LOEPSF limita el volumen de deuda pública en circulación al valor de referencia del 60 % del PIB. Este mandato, que no se recogía en la LGEP, supone la plasmación del criterio de la deuda pública contenido en el TFUE. Este precepto recoge la tendencia de las instituciones europeas de tomar en consideración, no solo del criterio del déficit, sino también del criterio de la deuda pública para determinar la existencia de estabilidad presupuestaria.

A diferencia de lo que sucedía con el concepto de “déficit estructural”, el concepto de deuda pública se define a través de la remisión a lo establecido en el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo. Por tanto, el concepto de deuda pública es el recogido en el art. 1.5 del Reglamento (CE) núm. 479/2009, relativo a la aplicación del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo¹¹⁰².

El segundo párrafo del art. 13.1 de la LOEPSF establece la distribución institucional del porcentaje del 60 % del PIB de deuda pública, 44 % para la Administración central, 13 % para el conjunto de Comunidades Autónomas y 3 % para el conjunto de las Corporaciones Locales. Si una Administración pública supera su límite de deuda pública no podrá realizar operaciones de endeudamiento neto (art. 13.2 de la LOEPSF)¹¹⁰³. Estos porcentajes solo podrán superarse en los supuestos de fuerza mayor recogidos en relación con el principio de estabilidad (art. 11.3 de la LOEPSF), y en estos casos será necesario aprobar un plan de reequilibrio.

¹¹⁰¹ Efectuamos un análisis más extenso de los elementos que integran el gasto computable al analizar la regla de gasto del TRLGEP. Véase, *supra*, Capítulo III, epígrafe La introducción en el TRLGEP de la regla de gasto de las Administraciones públicas, pp. 261 y ss.

¹¹⁰² Este concepto fue analizado de forma extensa en el Capítulo II de este trabajo Véase, *supra*, Capítulo II, epígrafe Los conceptos de deuda pública en el Reglamento (CE) núm. 479/2009 y en el SEC–95, pp. 188 y ss.

¹¹⁰³ La necesidad de autorización del Estado para la emisión de deuda pública, en los supuestos en los que no se da cumplimiento al objetivo de estabilidad, ya se recogía en el art. 14.3 de la LOFCA, para la deuda de las Comunidades Autónomas, y en el art. 53 del TRLHL para la deuda de las Corporaciones Locales.

La Disposición Adicional única de la Ley Orgánica 4/2012, de 28 de septiembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, ha precisado que en el cómputo de la deuda de la Administración central no se incluirá el incremento del volumen de deuda que pueda producirse como consecuencia de las operaciones de endeudamiento que realice, o haya realizado, el Estado con el fin de desarrollar los mecanismos adicionales de financiación. Estas cuantías computarán en las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales de forma equivalente a las cantidades percibidas a cargo de estos mecanismos.

El art. 14 de la LOEPSF, bajo la rúbrica “*prioridad absoluta de pago de la deuda pública*”, reitera el principio de inclusión presupuestaria automática y la prioridad absoluta de pago de la deuda pública, y no añade ningún elemento adicional a lo establecido en el art. 135.3 de la CE. La única novedad al respecto se ha introducido a través de la Ley orgánica 4/2012 que, en su Disposición adicional cuarta, establece la obligación de las Administraciones públicas de disponer de planes de tesorería que pongan de manifiesto su capacidad para atender el pago de los vencimientos de las deudas financieras, con especial previsión de los pagos de interés y capital de la deuda pública. El segundo apartado de la Disposición adicional cuarta precisa que la situación de riesgo de incumplimiento del pago de los vencimientos de deuda financiera, apreciada por el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas, se considerará que atenta gravemente al interés general, aplicándose las medidas de cumplimiento forzoso previstas en el art. 26 de la LOEPSF.

La protección reforzada de los acreedores de las Administraciones públicas derivada de esta Disposición adicional cuarta se circunscribe a aquellos acreedores de deudas financieras, no incluyéndose otros acreedores del Estado¹¹⁰⁴. De esta norma se puede inferir una delimitación del alcance del principio de inclusión presupuestaria automática y la prioridad de pago a la deuda pública financiera. Al analizar el precepto constitucional ya apuntamos la necesidad de delimitar el alcance de la garantía derivada del principio de inclusión presupuestaria y prioridad de pago a la deuda pública emitida en los mercados financieros y al crédito singular, para poder así garantizar su efectividad¹¹⁰⁵. Lo anterior supone circunscribir el concepto de deuda pública del art. 135.3 de la CE, párrafo segundo, a la deuda pública financiera (empréstitos públicos y operaciones de crédito singular).

¹¹⁰⁴ Este trato diferencial entre acreedores ha sido objeto de posiciones doctrinales divergentes, véase, nota al pie núm.999.

¹¹⁰⁵ Véase, *supra*, Capítulo III, epígrafe Contenido, pp. 357 y ss. (en particular, nota al pie núm. 1000).

Finalmente, en relación con la instrumentación del principio de estabilidad y el principio de sostenibilidad de las finanzas públicas, debemos apuntar cuál es el plazo para alcanzar los objetivos fijados. Al respecto, la Disposición transitoria primera de la LOEPSF dispone que los límites establecidos en los art. 11 y 13 de esta ley deberán cumplirse en 2020. De este modo, la demora en la entrada en vigor hasta el año 2020, que el apartado 3 de la Disposición adicional única de la reforma del art. 135 de la CE solo prevé para el déficit estructural, se ha extendido mediante la LOEPSF también al límite de la deuda pública. Esta extensión fue admitida por el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto de LOEPSF. El Máximo órgano consultivo, llevando a cabo un razonamiento eminentemente racional y realista¹¹⁰⁶, concluyó que dada la imposibilidad de exigir su cumplimiento en las actuales circunstancias, *“parece lógico que la vigencia del límite de la deuda tenga el mismo horizonte temporal que el del gasto”*¹¹⁰⁷.

Para alcanzar este objetivo se tendrá que efectuar una reducción del déficit de al menos 0,8 % del PIB nacional en promedio anual. En cuanto a la senda de reducción de la deuda pública, cada Administración pública deberá reducir su ratio deuda/PIB al ritmo necesario, en promedio anual, para alcanzar el objetivo del art. 13 de la LOEPSF en 2020. Esta obligación genérica de reducción del nivel de deuda pública, se completa con dos requisitos específicos: 1) La variación de los empleos no financieros de cada Administración no podrá superar la tasa de crecimiento del PIB de la economía española. 2) A partir del momento en que la economía nacional alcance una tasa de crecimiento real de, al menos, el 2 % anual o genere empleo neto con un crecimiento de, al menos, el 2 % anual, la ratio de deuda pública se reducirá anualmente, como mínimo, en dos puntos porcentuales del PIB. Para alcanzar los objetivos de reducción del déficit y de la deuda públicos, la Disposición transitoria primera establece la revisión de las sendas de reducción en los años 2015 y 2018, y en caso de ser necesario según la situación económica y financiera, la actualización de las sendas de reducción.

¹¹⁰⁶ En estos términos calificó el posicionamiento del Consejo de Estado GIMÉNEZ SÁNCHEZ. Véase, GIMÉNEZ SÁNCHEZ, Isabel, “Comentario al Dictamen del Consejo de Estado de 1 de marzo de 2012, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera”, *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, (30), 2012, p. 540.

¹¹⁰⁷ Véase, CONSEJO DE ESTADO, Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de las Administraciones públicas, Expediente 164/2012, 1 de marzo de 2012, Apartado C. La Adecuación del anteproyecto sometido a consulta al marco constitucional, 1. Desde la perspectiva sustantiva.

CAPÍTULO IV
EL ELEMENTO SUBJETIVO Y OBJETIVO
DEL CONCEPTO EUROPEO DE DEUDA PÚBLICA

I. EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL CONCEPTO EUROPEO DE DEUDA PÚBLICA

1. INTRODUCCIÓN

Para establecer el concepto de déficit y deuda públicos la normativa europea hace especial énfasis en su elemento subjetivo, es decir, en los entes generados del déficit y la deuda públicos¹¹⁰⁸. Esta perspectiva comporta la creación de conceptos subjetivos que, como afirma NAVARRO FAURE, “intentan analizar más el calificativo de público que el sustantivo de déficit”. Para la autora, la adopción de este tipo de conceptos permite, eso sí, una delimitación cuantitativa del déficit puesto que “si se quiere encontrar cifras que pongan de manifiesto el déficit y compararlas temporal y espacialmente, habrá que partir del acuerdo previo del ente público al que se refieren y del documento contable que se maneja”¹¹⁰⁹. Por este motivo la normativa europea en materia de disciplina presupuestaria, compuesta básicamente por límites cuantitativos al déficit y a la deuda públicos, hace especial hincapié en la perspectiva subjetiva, e intenta establecer un concepto de sector Administraciones públicas aplicable de forma homogénea por todos los Estados a la hora de elaborar los datos estadísticos.

¹¹⁰⁸ Varios son los motivos que llevan a considerar que todo estudio del sector público, como el que ahora abordamos sobre su déficit y la deuda públicos, debe partir de una delimitación de sus contornos. LÓPEZ LÓPEZ Y UTRILLA DE LA HOZ apuntan tres razones para el estudio de los contornos del sector público: “i) Históricamente se ha prestado más atención a un análisis separado de las Administraciones públicas que al sector público como un todo más amplio, lo que en numerosas ocasiones ha provocado que se confunda la parte con el todo y se iguale Estado a Administraciones públicas, y éstas a sector público; ii) La experiencia demuestra que numerosos estudios sobre el sector público ofrecen ciertas imprecisiones sobre el ámbito de éste y de sus instituciones, pudiendo ser esto el origen de una mala interpretación de la información; iii) Es necesario normalizar las instituciones públicas que pueden integrar el sector público en los diferentes países, para poder llevar a cabo comparaciones internacionales.” Véase, LÓPEZ LÓPEZ, M^a Teresa y UTRILLA DE LA HOZ, Alfonso, *El sector público español. Organización, gestión y aspectos económicos*, Actualidad Editorial, Madrid, 1993, p. 33.

¹¹⁰⁹ Véase, NAVARRO FAURE, Amparo, *Aspectos jurídico-financieros del Déficit público. Especial referencia al déficit autonómico*, cit., pp. 20 y ss.

A lo largo de este apartado, relativo al elemento subjetivo del concepto europeo de deuda pública, se tratarán en esencia tres aspectos. En primer lugar, analizaremos los criterios establecidos en el SEC-95 para efectuar la inclusión o exclusión de un ente en el sector “Administraciones públicas”. Tras analizar los tres criterios que conforman el denominado “test de la clasificación sectorial de entes”, se observará en qué medida los flujos que las Administraciones públicas efectúan a entes fuera del sector Administraciones públicas son considerados adquisición de activos financieros (operaciones financieras que no incrementan el déficit público) o transferencias de capital (operaciones no financieras que incrementan el déficit público). Efectuamos el análisis de los flujos porque a través de él no solo se determinan los niveles de déficit público existentes, sino que también se analiza la forma de financiación de entes públicos situados fuera del sector Administración pública. En este punto, como veremos, si del análisis de los flujos se desprende que el ente se financia mayoritariamente por transferencias de las Administraciones públicas, sin recibir estas últimas una contrapartida suficiente, ello puede comportar la reclasificación del ente en el sector Administraciones públicas.

En segundo lugar, examinaremos algunos de los pronunciamientos de Eurostat relativos a la clasificación sectorial de entes. Este estudio de los casos tiene como objetivo intentar trazar algunas consideraciones generales sobre el modo en que Eurostat aplica los criterios generales fijados en el SEC-95.

Como observaremos, del análisis tanto de los criterios generales como de los casos específicos se desprende la existencia de tres tipos de entes. Entes que indefectiblemente forman parte del sector Administraciones públicas, o que claramente dependen de una unidad institucional que lo integra (casos típicos). Entes que claramente no forman parte del sector Administraciones públicas. Y, un tercer tipo de entes respecto de los cuales es más complejo determinar si integran, o no, el sector Administraciones públicas (casos atípicos)¹¹¹⁰. Obviamente la inclusión del ente en el

¹¹¹⁰ Este hecho pone de manifiesto la existencia de vaguedad en el concepto sector “Administraciones públicas”, derivada de su textura abierta. Como afirma, HART “incerteza es los casos froterizos es el precio que hay que pagar por el uso de clasificaciones en términos generales en cualquier tipo de comunicación relativa a problemas o hechos” (véase, HART, H.L.A., *The concept of Law*, 3ª ed., Clarendon Law Series, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 124 – 138, en particular p. 128).

Como explica VILAJOSANA RUBIO, “cuando se trata de establecer cuáles son los objetos nombrados por una palabra de clase o expresión lingüística general, puede suceder que la misma se refiera, sin duda alguna, a ciertos objetos; que sin duda, no se aplique a otros; pero que hay otros objetos a los que es dudoso si la palabra se aplica o no. Cuando esto sucede decimos que el significado (o concepto) expresado por la palabra o expresión es vago”. Para explicar el fenómeno de la vaguedad, el autor sigue la metáfora del foco de luz, “habría, así, una zona de total luminosidad, en la que existiría un criterio

sector Administraciones públicas, comportará que su déficit y deuda públicos computen a efectos del procedimiento de déficit excesivo.

En tercer y último lugar, a lo largo de este apartado relativo al elemento subjetivo del concepto europeo de deuda pública analizaremos como el concepto europeo de sector Administraciones públicas se ha introducido en la normativa presupuestaria interna (inicialmente en la LGEP y actualmente en la LOEPSF)¹¹¹¹, y haremos referencia a los criterios de delimitación del sector público establecidos por la IGAE (órgano encargado de la elaboración de los datos requeridos por las autoridades europeas a efectos de disciplina presupuestaria) y por el Tribunal de Cuentas.

2. LA CONFIGURACIÓN DEL SECTOR ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN EL SEC-95

Existen múltiples definiciones del concepto sector público, puesto que diferentes normas hacen alusión a este concepto para reflejar realidades distintas¹¹¹². Igualmente, el alcance del concepto sector público variará según el fin de la norma cuyo ámbito subjetivo configura. Por este motivo, con frecuencia la referencia al sector público está acompañada de indicaciones del siguiente tenor: *“A los efectos de la presente Ley, el sector público se considera integrado por los siguientes grupos de agentes”*, como la que contenía el art. 2 LGEP. O *“a los efectos del art. 126 del TFUE y a los del Presente*

automático de aplicación de la palabra a determinados objetos (que caerían dentro del haz luminoso), otra de total oscuridad, en la que tendríamos un criterio de exclusión automático de aplicación de la palabra a determinado objetos, y, por último, una *zona de penumbra* que se caracteriza porque en ella se carece de un criterio automático de aplicación o exclusión del término”. Véase, VILAJOSANA RUBIO, Josep M., *Identificación y Justificación del Derecho*, Marcial Pons, p. 95.

¹¹¹¹ Además, hay que tener en consideración que debido a la importancia de la delimitación del sector público a efectos de la disciplina presupuestaria de la UE, existen normas que, si bien no regulan la materia presupuestaria, configuran su ámbito subjetivo haciendo alusión, de forma directa o indirecta, al concepto de “sector Administraciones públicas” en términos del SEC-95. A modo de ejemplo, la disposición transitoria 3ª del Código Civil de Catalunya (actualmente derogada por la Ley 7/2012, de 15 de junio, de modificación del libro tercero del Código Civil de Catalunya) hacía algunas consideraciones sobre las consecuencias jurídicas de la financiación pública de las fundaciones y establecía que esto se tenía que entender *“sin perjuicio de la obligación de información que se deriva de la normativa europea en materia de cuentas”*.

¹¹¹² Así lo ha puesto de manifiesto la doctrina, entre otros, POU DÍAZ, Jaime, “Configuración del sector público a partir de la LOFAGE y la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos Generales de 1999”, *Boletín AECA*, (48), p. 48.

Protocolo, se entenderá por público” recogida en el art. 2 del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo.

En los apartados siguientes definiremos el sector público a efectos de la disciplina presupuestaria europea¹¹¹³. Concretamente, el art. 1.5 del Reglamento (CE) núm. 479/2009, sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, establece que *“Por deuda pública se entenderá el valor nominal del total de las obligaciones brutas del sector Administraciones públicas (S.13) pendientes a final del año, a excepción de las obligaciones representadas por activos financieros que estén en manos del sector Administraciones públicas”*.

De esta definición podemos extraer que el elemento subjetivo del concepto europeo de deuda pública está integrado por los entes que configuran el sector “Administraciones públicas”¹¹¹⁴. Además, dado que los términos del Reglamento (CE) núm. 479/2009 se definen conforme al SEC-95, será necesario analizar los criterios que conforman la clasificación sectorial de entes del SEC-95 para determinar el alcance del sector Administraciones públicas.

¹¹¹³ Los entes que integran el sector “Administraciones públicas” difieren de los entes que se encuentran insertos en otros conceptos que están estrechamente relacionados con él. Este es el supuesto del concepto de “poderes adjudicadores” de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios El art. 1.9 c) de la Directiva 2004/18/CE establece que “son considerados «poderes adjudicadores»: el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público. Es considerado «organismo de Derecho público» cualquier organismo: a) creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, b) dotado de personalidad jurídica y c) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.

¹¹¹⁴ El Reglamento (CE) núm. 479/2009, regula el concepto sector “Administraciones públicas”, por tanto, emplea una perspectiva restrictiva del concepto sector público. Existe la discusión doctrinal sobre si posee mayor precisión el concepto “sector de las Administraciones públicas” o “sector público en sentido estricto”. Para EGEA IBÁNEZ, el concepto que utiliza la contabilidad nacional (SEC-95) de “Administración pública” difiere del concepto Administración pública recogido en el Derecho positivo español, el cual incluye algunos organismos que quedan excluidos desde un punto de vista económico seguido por la contabilidad nacional. Por ello, para hacer alusión a la noción más restrictiva de sector público, el autor afirma que es más adecuado hacer uso del concepto sector público en sentido estricto. Véase, EGEA IBÁNEZ, Enrique, *Sector público. Delimitación, dimensión, composición y evolución*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2009, p. 51. Sobre esta distinción, véase también, GIMENO ULLASTRES, Juan, *El déficit público y financiación. Mitos y realidades*, Universidad Complutense de Madrid, septiembre, 1984, pp. 5 y 6.

2.A. Criterios para la clasificación de un ente en el sector Administraciones públicas

El sector “Administraciones públicas” es uno de los cinco sectores que integran el SEC-95 (sociedades no financieras, instituciones financieras, Administraciones públicas, hogares y las instituciones sin fines de lucro al servicio de los hogares). El SEC-95 no tiene una sucesión de cuentas específicas del sector Administraciones públicas relativas al déficit (superávit) público, siendo este último, como advertimos a lo largo del capítulo II, el resultado de la cuenta de capital del sector Administraciones públicas. Del mismo modo, la deuda pública es el valor nominal del total de las obligaciones brutas del sector Administraciones públicas (excluidas aquellas obligaciones representadas en activos financieros) en las categorías siguientes: efectivo y depósitos, títulos valores distintos de acciones (excluidos los derivados financieros) y préstamos¹¹¹⁵.

Para configurar el concepto Administraciones públicas, el SEC-95 en primer lugar recoge sus principales características y, en segundo lugar, efectúa una enumeración genérica de las entidades que lo integran. Respecto a las características principales, el apartado 2.68 del SEC-95 precisa que las Administraciones públicas se identifican por los rasgos siguientes: a) Su producción se destina al consumo individual o colectivo; b) Se financian principalmente mediante pagos obligatorios efectuados por unidades pertenecientes a otros sectores. c) Efectúan operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional.

En cuanto a los entes que conforman el sector Administraciones públicas, en el apartado 2.69 del SEC-95 se enumeran las unidades institucionales insertas en el sector Administraciones públicas:

A) Los *organismos de las Administraciones públicas* que administran y financian un conjunto de actividades consistentes, esencialmente, en suministrar a la colectividad bienes y servicios no de mercado. Excepto los productores públicos – organizados como sociedades públicas o dotados de personalidad jurídica o

¹¹¹⁵ Sobre los conceptos de déficit y deuda públicos recogidos en el Reglamento (CE) núm. 479/2009 y el SEC-95, véase, *supra*, Capítulo II, epígrafes El concepto de déficit público en el Reglamento (CE) núm. 479/2009 y el SEC-95, pp. 175 y ss, y Los conceptos de deuda pública en el Reglamento (CE) núm. 479/2009 y en el SEC-95, pp. 188 y ss., respectivamente.

considerados cuasisociedades¹¹¹⁶– si están clasificados en los sectores “instituciones financieras” o “sociedades no financieras”. La clasificación de estos entes fuera del sector Administraciones públicas se debe a su condición de productores de mercado.

B) Las *instituciones sin fines de lucro* dotadas de personalidad jurídica que son otros productores no de mercado y que están tanto controladas como financiadas principalmente por las Administraciones públicas.

C) Los *fondos de pensiones* autónomos si son obligatorios en virtud de disposiciones legales o normativas, y si las Administraciones públicas son responsables de la gestión del organismo en lo relativo al establecimiento o la aprobación de las cotizaciones y las prestaciones.

Como se extrae de la definición contenida en el apartado 2.68 del SEC–95, la configuración del concepto “sector Administraciones públicas” pivota sobre otro concepto autónomo de la contabilidad nacional: la *unidad institucional*. De hecho, el *Manual del SEC–95* establece que para clasificar un ente en el sector Administraciones públicas es necesario determinar: en primer lugar, “si es una unidad institucional”. En segundo lugar, “si es una unidad institucional *pública*”; y, en tercer y último lugar, “si es una unidad institucional pública de *no mercado*”¹¹¹⁷. Estos tres criterios constituyen el test para la clasificación sectorial de entes en términos de SEC–95.

Además, también formarán parte del sector Administraciones públicas aquellos entes que, no constituyendo una unidad institucional, están controlados por una unidad institucional que integre el sector Administraciones públicas (apartados 2.12 y 2.13 del SEC–95).

A continuación detallaremos cada una de los tres criterios que deben analizarse, de forma sucesiva, para poder clasificar una entidad dentro o fuera del sector Administraciones públicas. Como observaremos, la configuración de estos tres criterios, especialmente del tercero de ellos, ha dotado a los Estados de cierto margen de maniobra para crear entes que, a pesar de llevar a cabo funciones esencialmente

¹¹¹⁶ Las cuasisociedades son entidades de mercado que disponen de un conjunto completo de cuentas, tienen una actividad de mercado, y su comportamiento económico y financiero es similar al de las sociedades pero carecen de personalidad jurídica. Se considera que estas sociedades tienen autonomía de decisión y no deben clasificarse en el sector Administraciones públicas sino en el sector sociedades como cuasisociedades.

¹¹¹⁷ EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, cit., p. 11.

públicas y estar controlados y financiados por las Administraciones públicas, quedan fuera del sector Administraciones públicas en términos de SEC–95.

2.A.1. El concepto de unidad institucional

La actividad económica se realiza por multitud de agentes económicos (unidades) que tienen distinta naturaleza (personas jurídicas, personas físicas, instituciones sin ánimo de lucro, etc.). Estas unidades desarrollan multiplicidad de transacciones (compras, ventas de múltiples bienes y servicios) cuya naturaleza va a depender del enfoque desde el cual se estudie la actividad (producción, renta y gasto)¹¹¹⁸. Además, una misma unidad puede llevar a cabo diferentes actividades (por ejemplo, un hogar¹¹¹⁹, junto a unidad de consumo, también puede ser, en algunos casos, unidad de producción).

El SEC–95 busca *“realizar una descripción sistemática y detallada de una economía en su conjunto (una región, un país, o un grupo de países), sus componentes y sus relaciones con otras economías”* (apartado 1.01 del SEC–95). Por ello, el SEC–95 es un sistema complejo y para poder conocer aspectos específicos (como la renta, el gasto o los flujos financieros) es determinante agrupar las unidades institucionales por sectores, los cuales pueden también dividirse en subsectores.

El apartado 2.12 del SEC–95 establece que *“Una unidad residente¹¹²⁰ se considera una unidad institucional cuando goza de autonomía de decisión en el ejercicio de su función principal y, o bien dispone de un conjunto completo de cuentas,*

¹¹¹⁸ Las unidades de un país pueden clasificarse en: unidades que se dedican principalmente a producir, financiar, asegurar o redistribuir; unidades que se dedican principalmente a consumir, principalmente los hogares; todas las unidades en su condición de propietarios de terrenos y edificios. Estos conceptos son analizados con detalle por CARRASCO CANALS, Fernando, *Déficit público y contabilidad nacional. El Pacto de Estabilidad y Crecimiento*, cit., p. 75.

¹¹¹⁹ Los hogares gozan siempre de autonomía de decisión, por tanto, son siempre unidades institucionales aunque no tengan un conjunto completo de cuentas.

¹¹²⁰ Antes de evaluar la naturaleza pública o privada de una unidad, se debe determinar si esta forma parte de la economía de un país, para ello, se toma en consideración el criterio de la residencia. Una unidad será residente si tiene el centro de interés económico en el territorio económico del país considerado.

*o bien podría elaborarlo y resultaría pertinente, tanto económica como jurídicamente, si así se requiriera*¹¹²¹.

Por tanto, una unidad institucional es aquella unidad que cumple dos requisitos: el primero, goza de *autonomía de decisión*; y el segundo, dispone (o puede disponer) de un *conjunto completo de cuentas*. A la hora de analizar la clasificación de un ente, el requisito que mayor complejidad entraña es el relativo a la autonomía de decisión. Por ello, el apartado 2.12 del SEC-95 fija tres aspectos que deben cumplirse para poder afirmar que una unidad institucional tiene *autonomía de decisión*¹¹²²: i) que la misma sea titular de activos con facultad de disposición sobre ellos y pueda, por lo tanto, intercambiar la propiedad de los bienes o activos mediante operaciones con otras unidades institucionales; ii) que tenga capacidad para tomar decisiones económicas y realizar actividades económicas de las que sea directamente responsable ante la Ley¹¹²³; iii) que tenga capacidad para contraer pasivos en nombre propio, aceptar otras obligaciones o compromisos futuros y suscribir contratos¹¹²⁴.

Como tendremos ocasión de observar a través del análisis de la clasificación sectorial de algunos entes, la falta de autonomía de decisión constituye el primer elemento que puede comportar la inclusión de un ente en el sector Administraciones públicas. A modo de ejemplo, Eurostat considera que el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, a pesar de tener personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, y estar dotado de un elevado nivel de competencias (entre las competencias de este fondo se encuentra la emisión de deuda en los mercados de capitales), no es una unidad institucional¹¹²⁵. Para Eurostat, el elevado control que sobre él ejercen las Administraciones públicas, a través del Ministerio de Economía y Competitividad, hace

¹¹²¹ El apartado 2.12 del nuevo SEC-2010 se mantiene en términos similares, la principal diferencia es la supresión de la precisión: “*resultaría pertinente, tanto económica como jurídicamente, si así se requiriera*”.

¹¹²² Estos requisitos también se recogen en el apartado correspondiente al concepto de unidad institucional del *Manual del SEC-95*. Véase, EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 13.

¹¹²³ El nuevo SEC-2010 (apartado 2.12) suprime el adverbio “*directamente*” y dice simplemente: “*realizar actividades económicas de las que sea responsable ante la Ley*”.

¹¹²⁴ Véase, EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, pp. 11 y 12.

¹¹²⁵ En el marco de las Visitas de Diálogo del Procedimiento de Déficit Excesivo a España, Eurostat ha afirmado que el FROB no es unidad institucional sino que es un ente dependiente del Ministerio de Economía y Competitividad. Una vez determinada su inserción en el sector Administraciones públicas, Eurostat analiza la naturaleza de las operaciones que el FROB lleva a cabo con otros entes fuera del sector Administraciones públicas (en esencia, con las Cajas de Ahorro) para determinar su incidencia en los niveles de déficit público. Véase, EUROSTAT, *EDP dialogue visit to Spain 15-16 June 2009*, 28 de septiembre de 2009, Luxemburgo, pp. 18 y 19.

que no se pueda predicar la existencia de autonomía de decisión en el ejercicio de su función principal (la reestructuración de bancaria)¹¹²⁶.

Menor controversia entraña el cumplimiento del segundo requisito, disponer (o poder disponer) de un conjunto completo de cuentas. Se considera que una unidad dispone de un conjunto completo de cuentas cuando tiene documentos contables que recogen la totalidad de sus operaciones económicas y financieras efectuadas durante el período contable, así como un balance de activos y pasivos (apartado 2.12 del SEC-95). Además, en la definición de unidad institucional del apartado 2.12 del SEC-95 se deja abierta la posibilidad de que exista una unidad institucional en aquellos casos en los que a pesar de no disponer de un conjunto completo de cuentas, su elaboración fuera pertinente en términos tanto económicos como jurídicos¹¹²⁷.

Tras recoger el concepto de unidad institucional y concretar los dos requisitos necesarios para su existencia, el SEC-95 determina el modo como deben clasificarse aquellas entidades que no son consideradas unidades institucionales. Las entidades sin autonomía de decisión en el ejercicio de su función principal se engloban en las unidades que las controlan. Y las entidades que no disponen de un conjunto completo de cuentas, y para las que no es posible ni pertinente elaborarlo si así se requiriera, se engloban en las unidades institucionales en cuya contabilidad se integran sus cuentas parciales (letras c) y b), respectivamente, del apartado 2.13 del SEC-95)¹¹²⁸.

Junto a los principios generales, en el apartado 2.13 del SEC-95 se regulan dos casos especiales: las *cuasisociedades* y las sociedades “holding”. Las cuasisociedades son entidades que disponen de un conjunto completo de cuentas, tienen una actividad de mercado y su comportamiento económico y financiero es similar al de las sociedades. Se considera que tales entidades gozan de autonomía de decisión y no deben clasificarse en el sector Administraciones públicas, sino en el sector sociedades como *cuasisociedades* (letra f) del apartado 2.13 del SEC-95)¹¹²⁹. En el caso de las sociedades “holding”, las entidades que forman parte de un grupo de unidades dedicadas a la producción y que disponen de un conjunto completo de cuentas se consideran unidades

¹¹²⁶ A ello se une, como veremos, la existencia de un aval por parte del Estado a la deuda emitida por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria. Véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe El Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, pp. 489 y ss.

¹¹²⁷ De igual forma, esta posibilidad se recoge en el *Manual del SEC-95*. EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 12

¹¹²⁸ En el mismo sentido, EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 12.

¹¹²⁹ El tratamiento de las cuasisociedades también se recoge en EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 12.

institucionales, aunque hayan cedido una parte de su autonomía de decisión a la organización central (la sociedad “holding”) encargada de la decisión general del grupo que, a su vez, se considera como otra unidad institucional (letra e) del apartado 2.13 del SEC–95).

2.A.2. El carácter público o privado de la unidad institucional

Una vez se ha determinado la condición de unidad institucional de una entidad, la segunda cuestión que debe resolverse es si esta posee naturaleza pública o privada. El carácter público o privado de una unidad institucional viene marcado por el carácter público de la unidad institucional que tiene su control, entendido el control como la capacidad para determinar la política general¹¹³⁰. En el caso de las instituciones sin fines de lucro, estas serán productores públicos si están financiadas y controladas por las Administraciones públicas.

Tras definir el control como el elemento esencial para determinar el carácter público o privado de una unidad, el *Manual del SEC–95* realiza una aclaración relativa a la posición de los productores públicos y los productores privados¹¹³¹. Los productores privados podrán encontrarse en cualquier sector salvo en el sector Administraciones públicas. Por su parte, los productores públicos podrán encontrarse tanto en el sector sociedades (si son de mercado) como en el sector Administraciones públicas (si no son de mercado). Esta disposición sería una aclaración de carácter superfluo si no existiera, como sucede, una concepción específica sobre la naturaleza o no de mercado de una unidad institucional.

¹¹³⁰ El *Manual del SEC–95* precisa que “el control sobre una sociedad se define como la capacidad para determinar, en caso necesario, la política general de la sociedad mediante el nombramiento de los administradores apropiados. La posesión de más de la mitad de las acciones de una sociedad es una condición suficiente, pero no necesaria, para tener su control. Por añadidura, la Administración pública puede asegurarse el control de una sociedad mediante una disposición legal, decreto o reglamento especial, que la autorice a determinar la política de la sociedad o a nombrar a sus administradores”. EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 12.

La doctrina ha señalado que, en la práctica, el control efectivo se traduce en la capacidad para determinar la política general de la sociedad mediante el nombramiento de los administradores. Véase, PÉREZ PÉREZ, José Alberto, “Introducción sobre la aplicación de los criterios del SEC–95 a las cuentas públicas”, *Presupuesto y Gasto público*, (54), 2009, p. 120.

¹¹³¹ Existen tres tipos de productores: los productores de mercado, los productores de no mercado (públicos y privados) y los productores para uso final propio (esta tercera división hace referencia, fundamentalmente a los hogares, pero también se dan otros ejemplos como el de los agricultores que utilizan sus productos para el autoconsumo).

Como se extrae del análisis de las dos primeras cuestiones que conforman el test relativo a la clasificación sectorial de entes, el criterio del control se toma en consideración tanto para fijar la existencia de una unidad institucional (control del ejercicio de su función principal), como para determinar el carácter público o privado de la unidad institucional (control de la política general). Las consecuencias del ejercicio de uno u otro control por parte de las Administraciones públicas sobre una entidad son distintas. Si las Administraciones públicas controlan el ejercicio de la función principal, la entidad no tendrá la consideración de unidad institucional, será una unidad dependiente del sector Administraciones públicas e integrante de dicho sector. Por el contrario, si las Administraciones públicas controlan solo la política general, la entidad será una unidad institucional pública, pero todavía deberá evaluarse si esta unidad posee carácter de mercado, o no, para poder determinar su exclusión, o inclusión, respectivamente, en el sector Administraciones públicas. Por este motivo, los productores públicos pueden encontrarse tanto en el sector Administraciones públicas (productores públicos de no mercado), como en el sector sociedades no financieras (productores públicos de mercado).

Como veremos a lo largo de este capítulo a través del análisis de la clasificación sectorial de algunos entes llevada a cabo por Eurostat, en algunas ocasiones es difícil diferenciar si el control ejercido por las Administraciones públicas alcanza solo a la política general de la entidad, o si este incide en el ejercicio de su función principal.

2.A.3. La naturaleza o no de mercado de la unidad institucional

Para que una unidad institucional no sea considerada de mercado, el *Manual del SEC-95* establece que su función principal debe ser la de “redistribuir la renta y la riqueza nacionales”. Por el contrario, una unidad institucional es de mercado cuando sus productos se venden a “precios económicamente significativos” (apartados 3.17 y 3.18 del SEC-95). La producción de las unidades no de mercado se suministra gratuitamente o a precios económicamente no significativos.

Un precio se considera económicamente significativo cuando “*influye de forma significativa en las cantidades que los productores están dispuestos a suministrar y las*

cantidades que los compradores están dispuestos a adquirir” (Manual del SEC–95)
1132

Ahora bien, de nuevo es complicado determinar cuando un precio influye sobre las cantidades ofertadas o demandadas, por ello, el apartado 3.19 del SEC–95 introduce un criterio de carácter objetivo. Se considera que son precios económicamente significativos aquéllos en los que “*las ventas cubren más del 50 % de los costes de producción*”¹¹³³. En consecuencia, si un ente cubre con sus ventas más del 50 % de sus costes de producción estamos frente a un productor de mercado. Por el contrario, si el ente no cubre con sus ventas el 50 % de sus costes de producción, estamos frente: i) a un productor sin fines de lucro; o, ii) a una Administración pública, productor público¹¹³⁴.

En algunas ocasiones resulta costoso precisar si un ente lleva a cabo una producción de mercado o no de mercado. Los motivos son varios. En primer lugar, en algunos casos es prácticamente inviable determinar si con las ventas se cubren el 50 % de los costes de producción. Esto se debe a la dificultad de imputar costes a cada tipo de producción¹¹³⁵.

En segundo lugar, a la hora de aplicar la regla del 50 %, si la financiación de la unidad institucional pública se lleva a cabo mayoritariamente por pagos de las Administraciones públicas es necesario establecer si dichos pagos tienen la condición de “ventas”. Tal como establece el *Manual del SEC–95*, un pago de una Administración pública a una unidad institucional pública tendrá la condición de venta cuando los precios pagados, por los servicios efectivamente prestados, se aplican también a

¹¹³² EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 13.

¹¹³³ A pesar de los intentos por aportar precisión al criterio siguen existiendo determinados aspectos que deben ser determinados, entre los cuales se encuentran los elementos que integran los conceptos “ventas” y “costes de producción”. En cuanto a las ventas, su cuantía debe estar calculada extrayendo los impuestos sobre los productos, e incluyendo las subvenciones a los productos, excepto aquellas subvenciones a sociedades públicas destinadas a financiar pérdidas continuadas de las actividades productivas. Es decir, se incluyen todos los pagos vinculados al volumen o el valor de producción, pero se excluyen los pagos para cubrir un déficit global. Por su parte, en el coste de producción deben contabilizarse los consumos intermedios, la remuneración de asalariados, el consumo de capital fijo y otros impuestos sobre la producción. Véase, PÉREZ PÉREZ, José Ángel, “Introducción sobre la aplicación de los criterios del SEC–95 a las cuentas públicas”, cit., p. 120.

¹¹³⁴ Cuando por motivos políticos, sociales o administrativos se busca determinar un precio no significativo, este será sustancialmente inferior al precio de equilibrio que igualaría la oferta y la demanda en el mercado. Este precio será disuasorio para las unidades cuya demanda es menos urgente, pero sin reducir considerablemente el nivel total de la demanda. Véase, CARRASCO CANALS, Fernando, *Déficit público y contabilidad nacional. El Pacto de Estabilidad y Crecimiento*, cit., 80.

¹¹³⁵ Véase, CARRASCO CANALS, Fernando, *Déficit público y contabilidad nacional. El Pacto de Estabilidad y Crecimiento*, cit., p. 127.

servicios similares (de la misma calidad) prestados por productores privados. Ahora bien, cuando no hay concurrencia de productores privados será más complejo determinar la calificación de los pagos de las Administraciones públicas como ventas. En estos casos, los pagos de las Administraciones públicas tendrán la naturaleza de ventas si financian a la unidad institucional pública solo en función del volumen de producción que suministra.

Fruto de la configuración de esta tercera cuestión, en algunas ocasiones, las Administraciones públicas pueden diseñar mecanismos de retribución a las unidades institucionales públicas que propicien su calificación como productores de mercado¹¹³⁶. Este margen de las Administraciones públicas para establecer el sistema de pago permite que determinados servicios esenciales se presten en algunos Estados de la UE por unidades institucionales públicas de mercado (incluidas en el sector sociedades no financieras); y en cambio en otros Estados estos mismos servicios se presten por unidades institucionales públicas de no mercado (incluidas en el sector Administraciones públicas).

Los centros hospitalarios son un supuesto de unidades institucionales públicas con clasificación sectorial dispar, en el sector sociedades no financieras o en el sector Administraciones públicas, según la existencia o inexistencia, respectivamente, de mecanismos de retribución considerados ventas.

La clasificación sectorial de los hospitales ha sido una cuestión analizada de forma específica por Eurostat. A finales de la década de los noventa se creó un grupo de trabajo para determinar la forma de clasificar sectorialmente entes cuya clasificación era costosa, como son los hospitales o las escuelas¹¹³⁷. En relación con los hospitales, se

¹¹³⁶ Algunos autores han criticado esta posibilidad afirmando que el SEC-95 contiene frases y palabras (como control, propiedad, precios económicamente significativos) que si bien constituyen el centro de las definiciones, no se definen de forma específica. De este modo, el Gobierno puede controlar totalmente y poseer totalmente la propiedad de un ente que se defina como privado. Véase, JONES Rowan, “Public versus Private: The Empty Definitions of National Accounting”, *Financial Accountability & Management*, 16 (2), Mayo 2000, p. 177.

En nuestra opinión, no es tanto la indeterminación de los términos (como hemos analizado el Reglamento (CE) núm. 2223/1996 define con cierta precisión aspectos como el control o precios económicamente significativos), sino la configuración de las tres cuestiones que integran el análisis relativo a la clasificación sectorial de entes lo que permite esta situación, si más no paradójica, de entes controlados y financiados totalmente por las Administraciones públicas clasificados como sociedades no financieras. Situación que quiere restringir el nuevo SEC-2010.

¹¹³⁷ Se hace referencia a este grupo de trabajo en el documento “Public Sector Classification (PSCC) of the Office for National Statistics (ONS) decisions – PSCC case 2002/22. “National Accounts Sector Classification of NHS Foundation Trust and NHS Trust”, 2 de Juliol de 2003, apartat 23.

analizó si los pagos efectuados por las Administraciones públicas a los hospitales debían ser considerados “ventas”. Para ello, se efectuó una “Encuesta sobre la clasificación sectorial de los hospitales públicos y residencias de ancianos en el SEC–95” que puso de manifiesto las marcadas diferencias existentes entre las estructuras organizativas de salud de los diferentes Estados miembros. Como resultado de este estudio se establecieron en el *Manual del SEC–95* unas normas genéricas para la clasificación de los centros hospitalarios. Estos criterios recogidos en la edición de 2000 del *Manual del SEC–95* se mantienen en términos prácticamente idénticos en la edición de 2013 del *Manual del SEC–95*.

Partiendo de la existencia de diversas formas de retribución de los hospitales públicos en los diferentes Estados¹¹³⁸, Eurostat determinó una clasificación genérica de los diferentes sistemas de pago. A través de esta clasificación se busca poder establecer si los hospitales de cada uno de los Estados de la UE reciben pagos de las Administraciones públicas considerados ventas y, por tanto, se encuentran excluidos del sector Administraciones públicas. Eurostat identifica las siguientes formas de retribución de las Administraciones públicas a los hospitales públicos¹¹³⁹:

- i) con arreglo a los costes;
- ii) con arreglo a una negociación (presupuesto global) entre la Administración pública y cada hospital, centrada en diversos factores (producción final, mantenimiento de edificios, inversión en equipo técnico, remuneración de los asalariados, etc.);
- iii) con arreglo a un sistema de fijación de precios aplicado sólo a los hospitales públicos;
- iv) con arreglo a un sistema de fijación de precios aplicado tanto a los hospitales públicos como a los hospitales privados.

Para Eurostat solo los pagos del apartado iv) pueden ser considerados ventas. En las ediciones de 2010, 2012, 2013 Eurostat ha añadido un inciso final en el que se señala que las formas de retribución i), ii) y iii) son solo formas de asegurar que los pagos de las Administraciones públicas cubrirán los costes que tiene cada hospital.

¹¹³⁸ En las ediciones de 2000 y 2002 del *Manual del SEC–95* se mencionaba como fuente de información los resultados obtenidos a partir de la encuesta de Eurostat de 1999 “Survey on the sector classification of public hospitals and homes for elderly in ESA95”. Existe una encuesta posterior, realizada en 2009, sin embargo, esta no se cita en las ediciones de 2010, 2012, ni 2013 del *Manual del SEC–95*.

¹¹³⁹ EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 13.

Algunos Estados han establecido mecanismos de pago a sus hospitales públicos que son considerados por Eurostat como ventas (apartado iv), lo cual permite clasificarlos en el sector sociedades no financieras¹¹⁴⁰. Este es el caso de Alemania, Austria, Bélgica, República Checa o Eslovaquia¹¹⁴¹. La característica esencial de estos sistemas de retribución es que los pagos de la Administración a los hospitales se efectúan por resultado y no por “presupuesto en bloque”¹¹⁴². Se establece un sistema de tarifas por servicios que las Administraciones públicas aplican tanto en sus pagos a hospitales privados como públicos. Estos sistemas de tarificación de los servicios hospitalarios se denominan Grupos Relacionados por Diagnóstico.

La aplicación de un sistema de tarifas de este tipo no comporta ineludiblemente que los Estados clasifiquen sus hospitales fuera del sector Administraciones públicas en términos de SEC-95. A modo de ejemplo, en 2004, en Francia se introdujo un sistema de tarificación por actividad (la denominada T2A) que sirve a la Caja de Seguros de Enfermedad (*Caisse Nationale d'Assurance Maladie*) para efectuar los pagos a hospitales públicos y hospitales privados, pero el Instituto Nacional de Estadística Francés (*Institut National de la Statistique et des Économiques*) ha mantenido la clasificación de los centros hospitalarios públicos en el sector Administraciones públicas. Los motivos argumentados son dos: primero, la introducción de la tarificación por actividad se lleva a cabo por motivos de racionalización del reparto de la financiación pública, y no para instaurar una verdadera regulación de la oferta y la demanda a precios de mercado. Segundo, los hospitales públicos continúan proporcionando “a la comunidad en su conjunto” un servicio de carácter universal, no lucrativo, que corresponde con criterios de no mercado y bajo control público. Además, el establecimiento de la T2A no ha comportado una verdadera situación de competencia

¹¹⁴⁰ Ahora bien, hay que tener en cuenta que, a nivel de gestión sanitaria, el establecimiento de este tipo de mecanismos de pagos no está exento de controversia. Como apunta ORTÚN RUBIO y DEL LLANO SEÑARÍS, “la dificultad técnica de la compra de atención sanitaria integral se encuentra en controlar la cantidad y calidad de los servicios, así como ajustar por riesgo el pago capitativo para evitar comportamiento tendentes a la selección de personas y pacientes según su riesgo”. Véase, ORTÚN RUBIO, Vicente, DEL LLANO SEÑARÍS, Juan, “Estado y mercado en Sanidad” en la obra colectiva *Gestión sanitaria: innovaciones y desafíos*, (dir) DEL LLANO SEÑARÍS, Juan, Masson, 1998, p. 8.

¹¹⁴¹ Datos suministrados en 2009 por los Estados a Eurostat al resolver el cuestionario sobre el control, la financiación y la clasificación de los hospitales. EUROSTAT, *Survey on the sector classification of public hospitals and homes for elderly in ESA95*, 2009, Luxemburgo.

¹¹⁴² El pago por presupuesto en bloque fue uno de los motivos que, en 2003, llevó al Comité de Clasificación del Sector Público de la Oficina Nacional de Estadística del Reino Unido (*Public Sector Classification Committee of the Office of National Statistics*, PSCC of the ONS) a considerar que los pagos de las Administraciones inglesas a sus hospitales se clasificaban en los apartados i) y ii) y no en el iv). Esta consideración comportó la inclusión de los hospitales ingleses en el sector Administraciones públicas a efectos del SEC-95.

con las clínicas privadas¹¹⁴³. En síntesis, si bien los hospitales franceses parecen dar cumplimiento a los criterios de Eurostat para poder ser excluidos del sector Administraciones públicas, las autoridades estadísticas francesas preservan los hospitales –por motivos políticos y de control– en dentro del perímetro del sector Administraciones públicas.

Todo lo anterior, pone de manifiesto que bajo los criterios del SEC–95 es posible clasificar los hospitales públicos fuera del sector Administraciones públicas, a pesar de que su control y financiación sigan siendo en esencia públicos. La no inclusión de los hospitales en el sector Administraciones públicas comporta que sus niveles de déficit y deuda públicos no consoliden en el balance público¹¹⁴⁴.

Si bien estas afirmaciones tienen plena vigencia, Eurostat ha apuntado algunas precisiones en los criterios para clasificar los hospitales al hilo de la clasificación sectorial de los hospitales austríacos. Concretamente, en el marco de las Visitas de Diálogo del Procedimiento de Déficit Excesivo a Austria¹¹⁴⁵, Eurostat ha indicado que varios aspectos hacen necesario revisar la clasificación de los hospitales austríacos en el sector “Sociedades no financieras”.

En primer lugar, Eurostat señala que el nuevo SEC–2010 modifica el criterio para determinar si una unidad es de mercado o de no mercado. El SEC–2010 establece, como prerrequisito para la aplicación de la regla del 50 %, la obligación de tomar en

¹¹⁴³ INSTITUT NATIONAL DE LA STATISTIQUE ET DES ÉTUDES ÉCONOMIQUES, *Les Administrations publiques dans les comptes nationaux*, Base 2005, 2012, p. 20.

¹¹⁴⁴ Que los hospitales no formen parte del sector Administraciones públicas no excluye que las transferencias que las Administraciones públicas efectúan a estas sociedades públicas computen como gasto corriente e incrementen los niveles de déficit público.

Como analizaremos, las inyecciones de capital que efectúan las Administraciones públicas a entes fuera del sector Administraciones públicas (sociedades públicas) pueden ser clasificadas como transferencias de capital o como adquisición de activos financieros. Si tienen la naturaleza de adquisición de activos financieros no incrementarán el déficit público, pero para ello es necesario que la sociedad pública reporte a la Administración una rentabilidad suficiente por la inversión realizada. En este punto el pago de dividendos por parte de la sociedad pública a las Administraciones públicas se considera un elemento clave. Véase, *supra*, Capítulo IV, epígrafe Naturaleza de las inyecciones de capital de las Administraciones públicas a sociedades públicas, pp. 462 y ss.

En el cuestionario resuelto por los Estados tan solo en Alemania los hospitales públicos pagaron dividendos a las Administraciones públicas en los últimos cuatro años. En el cuestionario no se especifica el alcance de los dividendos, pero ello pone de manifiesto que es posible que algunas de las inyecciones de capital de las Administraciones públicas a los hospitales públicos tengan la consideración de adquisición de activos financieros y no incrementen el déficit público. Véase, EUROSTAT, “Survey on the sector classification of public hospitals and homes for elderly in ESA95”, 2009.

¹¹⁴⁵ EUROSTAT, *Final findings, EDP dialogue to Austria, 25 - 26 de junio de 2012*, 8 de enero de 2013, Luxemburgo, p. 2 y pp. 23 a 25.

consideración la relación existente entre las Administraciones públicas y la entidad, especialmente si aquellas son las principales o las únicas compradoras de los servicios prestados por la entidad¹¹⁴⁶.

Además, en función del SEC-2010, una actividad será de mercado si los correspondientes bienes y servicios se negocian en las siguientes condiciones: “1) los vendedores tratan de aumentar al máximo sus beneficios a largo plazo y para ello venden sus bienes y servicios libremente en el mercado a cualquiera que pague el precio que piden; 2) los compradores tratan de aumentar al máximo su utilidad habida cuenta de sus recursos limitados, y para ello compran los productos que responden mejor a sus necesidades al precio propuesto; 3) existen mercados eficaces a los cuales los compradores y los vendedores tienen acceso y sobre los cuales tienen información; un mercado eficaz puede funcionar aun cuando no se cumplan íntegramente estas condiciones” (apartado 1.37 del SEC-2010). Bajo estos nuevos parámetros, es posible que sea más difícil la existencia de unidades institucionales públicas financiadas mayoritariamente por la Administraciones públicas, pero excluidas del sector Administraciones públicas.

En segundo lugar, Eurostat señala algunos aspectos específicos relativos a la financiación y la clasificación de los hospitales en Austria, pero que pueden ser extrapolables a otros Estados. Entre estos destaca la necesidad de llevar a cabo el test del 50 % no en relación al conjunto de hospitales, sino de forma específica respecto a cada hospital¹¹⁴⁷. Para dar cumplimiento a este requisito, Eurostat solicita a las autoridades estadísticas austríacas que apliquen de forma específica la regla del 50 % a los hospitales más representativos. De este modo, se podrá apreciar en mayor medida el cumplimiento de la regla del 50 %, puesto que en algunos casos es difícil determinar cuándo las transferencias de las Administraciones públicas a los hospitales, procedentes de los fondos de la Seguridad Social austríaca, vienen a cubrir el pago de las ventas y cuándo son subvenciones. Este hecho hace que sea difícil determinar si se cumple la regla de que el 51 % de los costes sean cubiertos a través de pagos basados en tarifas por actividad.

¹¹⁴⁶ Para Eurostat, la toma en consideración de las relaciones existentes entre las Administraciones y los entes constituye un criterio “cualitativo”, que debe aplicarse como prerequisite a la regla del 50 %. Véase, EUROSTAT, *Final findings, EDP dialogue to Austria, 25 - 26 de junio de 2012*, cit., p. 2 y p. 24.

¹¹⁴⁷ La obligación que Eurostat fija a Austria de efectuar el test del 50 % de forma individualizada a sus hospitales se recoge en el SEC-2010 con carácter general. EUROSTAT, *Final findings, EDP dialogue to Austria, 25 - 26 de junio de 2012*, p. 24.

En el mismo sentido, el apartado 20.20 del nuevo SEC-2010 dispone que “*dado que evaluar si un precio es económicamente significativo se realiza en cada producción individual, el criterio que determina el carácter de mercado y no de mercado de una unidad se aplica en la unidad*”.

En síntesis, si bien los criterios generales para la clasificación sectorial de los hospitales, y en general de los entes, no se han alterado en las últimas versiones del *Manual del SEC-95*¹¹⁴⁸, sí que se aprecia un interpretación de ellos más estricta por Eurostat. Además, es probable que los nuevos criterios establecidos en el SEC-2010 para la consideración de una actividad de mercado, hagan que muchos Estados deban revisar su clasificación en el sector “Sociedades no financieras” de sus hospitales.

Por último, debemos apuntar que en otros Estados –como Países Bajos– todos los hospitales son privados, puesto que sus órganos de dirección no están controlados por las Administraciones públicas (segundo criterio del análisis sectorial de entes). Dada su naturaleza privada, los hospitales se encuentran fuera del sector Administraciones públicas (sector sociedades no financieras), a pesar de que su financiación provenga mayoritariamente de las Administraciones públicas, Gobierno central y fondos de la Seguridad Social, y los pagos se hagan en función de los gastos del hospital¹¹⁴⁹. La opción seguida en los Países Bajos constituye otra vía para evitar la inclusión de los hospitales en el sector Administraciones públicas, a pesar de estar financiados mayoritariamente por las Administraciones públicas.

La situación descrita en relación con los hospitales puede extrapolarse a otros entes que lleven a cabo funciones públicas y estén controlados y financiados por las Administraciones públicas. El análisis de la naturaleza de los pagos que efectúan las Administraciones públicas a unidades institucionales públicas ha sido, hasta el momento, el elemento con mayor enjundia de muchas de las Decisiones de Eurostat relativas a la clasificación sectorial de entes. La tipología de bienes y servicios prestados por algunas de las unidades institucionales públicas hace que en muchas ocasiones no concurren en el mercado productores privados, y que sea costoso determinar si los pagos que las Administraciones públicas efectúan a estos entes tienen la condición de ventas. En estos supuestos, las valoraciones de Eurostat se fundamentan en comparaciones aproximadas con el precio de bienes y servicios similares prestados por productores privados. El análisis de esta tercera cuestión acaba siendo marcadamente casuístico y, como veremos a través del estudio de algunas decisiones de

¹¹⁴⁸ Eurostat afirma la necesidad de incrementar la información sobre el tratamiento metodológico de los hospitales contenida en el *Manual del SEC-95*. Tarea que proyecta llevar a cabo en las próximas ediciones del *Manual del SEC-95*. EUROSTAT, *Final findings, EDP dialogue to Austria, 25 - 26 de junio de 2012*, cit., p. 3.

¹¹⁴⁹ EUROSTAT, “Survey on the sector classification of public hospitals and homes for elderly in ESA95”, 2009.

Eurostat¹¹⁵⁰, es posible que entes que inicialmente han sido clasificados fuera del sector Administraciones públicas acaben integrándose en él.

La clasificación sectorial de un ente en función de si su producción es de mercado o de no mercado comporta efectuar una delimitación del sector público de carácter marcadamente económico, basada en la forma de financiación de la entidad. Como veremos, esta regulación a nivel europeo ha marcado la normativa que delimita el sector Administraciones públicas en el ordenamiento jurídico español, que ha adoptado progresivamente parámetros similares¹¹⁵¹.

En resumen, para poder evaluar la naturaleza de una entidad, esta debe pasar un triple tamiz: ser unidad institucional (existencia), pública (naturaleza) y no de mercado (finalidad). Partiendo de estos criterios, las unidades institucionales públicas que estén financiadas fundamentalmente mediante pagos por parte de las Administraciones públicas no vinculados directamente con el volumen de producción, o que reciban cantidades importantes para cubrir el déficit de la actividad, y no obtengan sus recursos principalmente a través de la venta en el mercado, consolidarán sus cuentas en el sector Administraciones públicas. Ello será así con independencia de su personalidad jurídica y su régimen presupuestario. Por el contrario, aquellas unidades institucionales que tengan una verdadera actividad de mercado no se incluirán en el sector Administraciones públicas sino en el sector “sociedades no financieras”, concretamente en el subsector, “sociedades no financieras públicas”, o en el sector “instituciones financieras”.

Dada la dificultad de evaluar el cumplimiento del criterio de mercado o de no mercado de una entidad y la discrepancia de resultados obtenidos, el análisis de la clasificación sectorial de entes efectuado por Eurostat ha acentuado en algunos casos la evaluación del cumplimiento del criterio del control. Concretamente, no el control para determinar el carácter público o privado de la unidad institucional (control de la política general); sino el control para determinar si es una unidad institucional (control en el ejercicio de su función principal). Este endurecimiento del criterio del control se aprecia en algunas decisiones de Eurostat como las relativas a la clasificación sectorial del

¹¹⁵⁰ Nos referimos al caso de Madrid Infraestructuras de Transporte (MINTRA), véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe Evolución de Eurostat en la aplicación de los criterios para la clasificación sectorial de entes: de la BIG austríaca a MINTRA, pp. 443 y ss.

¹¹⁵¹ Véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe Delimitación del sector público en la Ley General de Estabilidad Presupuestaria y la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, pp. 546 y ss.

Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) o a la Facilidad Europea de Estabilización Financiera (FEEF), que analizaremos a lo largo de este capítulo¹¹⁵².

Antes de concluir este apartado relativo a la configuración del sector Administraciones públicas en el SEC-95 debemos señalar que el *Manual del SEC-95* contiene una serie de precisiones sobre la clasificación sectorial de determinadas unidades específicas¹¹⁵³. Entre las unidades específicas se encuentran: las Agencias reguladoras del Mercado; las unidades dedicadas a las actividades financieras; las sociedades instrumentales; los “holdings” públicos; los organismos de gestión de la deuda de las Administraciones públicas; y las entidades europeas relacionadas con la crisis de deuda soberana en la Zona Euro¹¹⁵⁴. Respecto de cada uno de ellos el *Manual del SEC-95* determina si constituyen, o no, unidades institucionales y si se integran en el sector Administraciones públicas.

2.B. La subdivisión del sector Administraciones públicas en cuatro subsectores

Tras delimitar qué entes integran el sector “Administraciones públicas”, el SEC-95 divide este sector en cuatro subsectores: administración central, comunidades autónomas, corporaciones locales y administraciones de seguridad social. Esta división, como veremos, ha tenido su correspondiente reflejo en la normativa interna, concretamente en el art. 2 de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria¹¹⁵⁵.

La subdivisión del concepto de Administración pública tiene su origen en el art. 2 del Protocolo núm. 12 sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, que define como público “*lo perteneciente a las Administraciones públicas, es decir, a la administración central, a la administración regional o local y a los fondos de la*

¹¹⁵² Véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafes El Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, pp. 489 y ss; y La sociedad Facilidad Europea de Estabilización Financiera y el Mecanismo Europeo de Estabilidad, pp. 515 y ss., respectivamente.

¹¹⁵³ EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, pp. 17 y ss.

¹¹⁵⁴ El apartado relativo a las entidades europeas relacionadas con la crisis de deuda soberana de la Zona Euro se ha adicionado al *Manual del SEC-95* en la edición de 2013, tras varios pronunciamientos específicos de Eurostat en la materia. Dada su importancia, analizaremos de forma específica la clasificación de estas entidades en términos de SEC-95. Véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe La sociedad Facilidad Europea de Estabilización Financiera y el Mecanismo Europeo de Estabilidad, pp. 515 y ss.

¹¹⁵⁵ Véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe Delimitación del sector público en la Ley General Presupuestaria, pp. 540 y ss.

seguridad social, con exclusión de las operaciones de carácter comercial, tal como se definen en el sistema europeo de cuentas económicas integradas”.

De igual forma, el art.1 del Reglamento (CE) núm. 479/2009, del Consejo, de 25 de mayo, relativo a la aplicación del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo ¹¹⁵⁶, define como “público” lo perteneciente al sector 'Administraciones públicas' (S.13), que comprende los subsectores 'administración central' (S.1311), 'Comunidades Autónomas' (S.1312), 'corporaciones locales' (S.1313) y 'administraciones de seguridad social' (S.1314), con exclusión de las operaciones comerciales, según se definen en el SEC-95. La exclusión de las operaciones comerciales significa que el sector 'Administraciones públicas' (S.13) abarca exclusivamente las unidades institucionales que producen, como función principal, servicios no mercantiles.

2.C. Evolución de Eurostat en la aplicación de los criterios para la clasificación sectorial de entes: de la BIG austríaca a MINTRA

Los tres criterios establecidos en el SEC-95 y desarrolladas en el *Manual del SEC-95* para poder determinar si una entidad se integra, o no, en el sector Administraciones públicas pueden parecer, en un primer momento, relativamente sencillos de resolver. Sin embargo, su aplicación práctica ha puesto de manifiesto que las respuestas en muchos casos no son inequívocas.

Eurostat emite decisiones específicas sobre la clasificación de determinados entes ¹¹⁵⁷ (como son los casos de la *Bundesimmobiliengesellschaft* austríaca o MINTRA que a continuación analizaremos). Estas decisiones aportan a los Estados nuevos parámetros para poder determinar si una entidad se incluye, o no, en el sector Administraciones públicas a efectos del cómputo de los niveles de déficit y deuda públicos.

¹¹⁵⁶ Que sustituyó el Reglamento (CE) núm. 3605/1993 del Consejo, de 22 de noviembre de 1993, relativo a la aplicación del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, que entró en vigor el 1 de enero de 1994.

¹¹⁵⁷ Estas Decisiones de carácter específico, mediante las que Eurostat orienta de forma bilateral a los Estados Miembros pueden emitirse bien de forma individualizada, o bien en el marco de las Visitas de Diálogo del Procedimiento de Déficit Excesivo al Estado. Sobre las formas a través de las que Eurostat asesora a los Estados miembros, véase, *supra*, Capítulo II, epígrafe Aplicación de los conceptos del SEC-95, pp. 163 y ss.

Estas decisiones de Eurostat son la única interpretación existente de los criterios del SEC-95 para la configuración del sector Administraciones públicas, puesto que el Tribunal de Justicia de la UE no se ha pronunciado respecto al alcance del sector Administración públicas en términos de SEC-95. Además, como hemos señalado, el concepto sector Administraciones públicas en términos de SEC-95 difiere del concepto “poderes adjudicatarios” recogido en las Directivas europeas sobre contratos públicos¹¹⁵⁸, sobre el que sí existen pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la UE.

La decisión de Eurostat sobre la *Bundesimmobiliengesellschaft* austríaca ha constituido un pronunciamiento clave para la determinación de los contornos del sector Administraciones públicas en términos de SEC-95. La *Bundesimmobiliengesellschaft* ejemplifica un supuesto de unidad institucional pública que a pesar de llevar a cabo funciones en esencia públicas y obtener su financiación mayoritariamente de las Administraciones públicas, se excluye del sector Administraciones públicas al ser considerada unidad institucional pública de mercado. A continuación analizaremos los fundamentos de la decisión de Eurostat que estableció esta clasificación sectorial de la *Bundesimmobiliengesellschaft* austríaca.

En 1992, el gobierno federal austríaco creó la *Bundesimmobiliengesellschaft*, denominada comúnmente BIG austríaca. A través de esta entidad el Estado austríaco lograba extraer del sector de las Administraciones públicas un importante volumen de déficit y deuda públicos, a efectos de dar cumplimiento a los criterios fijados en el art. 126 del TFUE (en aquel momento, en el art. 104C del TUE). La operación efectuada por el Estado austríaco es relativamente sencilla. Se crea una empresa con un capital propiedad 100 % del Estado austríaco, a la que se le transfiere la mayor parte de los edificios públicos (entre los que se encuentran, predominantemente, escuelas y universidades –un 71 % de los activos– y otros edificios de carácter administrativo –en un 27 %–).

Este traspaso de activos, del sector Administraciones públicas a la BIG, es financiado por esta última a través de la emisión de deuda o la contracción de crédito¹¹⁵⁹. Subsiguientemente, la mayor parte de los edificios transferidos a la BIG son

¹¹⁵⁸ Véase, *supra*, nota al pie núm. 1113.

¹¹⁵⁹ Observar dos detalles relativos a la deuda emitida por la BIG austríaca. La deuda de la BIG posee una calificación crediticia (*rating*) de Aaa, del mismo modo que la deuda pública del Estado austríaco. Este hecho para Moodys se deriva de dos circunstancias: la primera, que la BIG es propiedad 100 % estatal. Y, la segunda, la naturaleza estratégica de los servicios prestados por esta empresa y sus estrechos vínculos financieros con el Estado. De igual forma, Moody's apunta que la seguridad de la BIG se encuentra garantizada en la medida en que no existe, a corto plazo, una previsión de su privatización por

alquilados por esta a las unidades gubernamentales que previamente los ocupaban, a través de contratos de alquiler basados en estimaciones de mercado¹¹⁶⁰.

Entrando en el análisis de la Decisión, tras llevar a cabo el diálogo pertinente con el Estado austríaco y previa consulta al CMFB¹¹⁶¹, Eurostat responde a dos cuestiones que determinarán la exclusión de la BIG del sector Administraciones públicas. A continuación recogemos las dos preguntas y las correspondientes respuestas apuntadas por Eurostat¹¹⁶²:

1) La primera cuestión versa sobre la calificación de la BIG como unidad institucional. Eurostat considera que la BIG es una unidad institucional al “*mantener una contabilidad propia de acuerdo con las reglas empresariales y las obligaciones legales requeridas para todas las compañías*”. Además, para Eurostat, aunque el capital de la BIG es 100 % de propiedad gubernamental, el grado de control del Gobierno sobre la BIG no parece afectar al ejercicio de su función principal, puesto que la Administración “ *fija tan solo la estrategia general de la unidad, sin influir en la gestión habitual*”¹¹⁶³.

En este punto, si tenemos en consideración los criterios generales establecidas en SEC-95 y el *Manual del SEC-95* para la existencia de una unidad institucional, los argumentos apuntados por Eurostat plantean ciertas dudas. De la existencia de dudas dejaron constancia los pronunciamientos de algunas instituciones consultadas por el CMFB contrarios a la atribución del carácter de unidad institucional a la BIG austríaca¹¹⁶⁴.

parte del Estado austríaco. Estos datos fueron aportados por *Moody's Investors Service*, en su análisis de las *Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H.*, diciembre de 2005, pp. 2 y ss.

¹¹⁶⁰ Véase, EUROSTAT, *Treatment of the transfer of Government real estate to a public – owned corporation in Austria*, Press Release, núm. 15/2002, 31 de enero de 2002, Luxemburgo, pp. 1 y ss.

¹¹⁶¹ En el supuesto de hecho que analizamos el cuestionario fue resuelto, en plazo, por trece Bancos Centrales Nacionales y quince Instituciones Estadísticas Nacionales (de los entonces quince Estados miembros), produciéndose tan solo una abstención. El Banco Central Europeo también proporcionó en plazo su respuesta al caso.

¹¹⁶² Eurostat responde a una tercera cuestión relativa a la calificación en términos de contabilidad nacional de la transferencia de la propiedad de los inmuebles de las Administraciones públicas a la BIG. Esta pregunta, al no formar parte del test para la clasificación sectorial de entes, no será objeto de nuestro análisis.

¹¹⁶³ Véase, EUROSTAT, *Treatment of the transfer of Government real estate to a public – owned corporation in Austria*, Press Release, núm. 15/2002, 31 enero, 2002, pp. 1 y ss.

¹¹⁶⁴ Concretamente, dos instituciones estadísticas nacionales consultadas resuelven que la BIG no es una unidad institucional separada; si bien la gran mayoría, veinticinco de ellas, sí la consideran una unidad institucional independiente, del mismo modo que posteriormente lo hará Eurostat.

Como analizamos, el apartado 2.12 del SEC-95 establece dos requisitos que deben cumplirse de forma cumulativa para considerar que estamos frente a una unidad institucional. El primero, relativo a su autonomía y, el segundo, referente a la existencia de un sistema completo de cuentas. En el caso de la BIG austríaca, en primer lugar, Eurostat analiza el requisito relativo a la existencia de un sistema completo de cuentas. Este requisito tiene un marcado carácter formal, y un ente puede cumplirlo con relativa facilidad a pesar de tratarse de una unidad dependiente de una Administración pública. Para evitar conductas artificiosas, el SEC-95 dispone que la contabilidad independiente tiene que ser pertinente tanto desde un punto de vista jurídico como económico.

Sin embargo, a pesar de los intentos de hacer más estricto el criterio de la existencia de un sistema completo de cuentas, las elevadas posibilidades de alterar su cumplimiento hacen que Eurostat considere determinante el criterio de la autonomía de decisión en el ejercicio de la función principal. De hecho, cuando el SEC-95 y el *Manual del SEC-95* tratan los criterios necesarios para ser unidad institucional, la primera referencia es a la autonomía de decisión y, después, a la existencia de un conjunto completo de cuentas. Por el contrario, la decisión de Eurostat afronta el análisis de la BIG de forma inversa, partiendo de la existencia del conjunto de cuentas para apuntar, ulteriormente, la existencia de autonomía de decisión. Respecto a la autonomía, Eurostat considera que la BIG es autónoma puesto que el Gobierno austríaco *“fija tan solo la estrategia general de la unidad”*. Eurostat llega a esta conclusión sin valorar, individualmente, cada una de las tres premisas en las que el SEC-95 basa la presencia de autonomía de decisión. En este punto, debemos recordar que una unidad es autónoma cuando puede (apartado 2.12 del SEC-95):

- Ser titular de bienes o/y activos con facultad de disposición sobre ellos, y puede, por tanto, intercambiar la propiedad de dichos bienes o/y activos mediante operaciones con otras unidades institucionales.
- Tener capacidad para tomar decisiones económicas y realizar actividades económicas de las que es directamente responsable ante la ley.
- Tener capacidad para contraer pasivos en nombre propio, aceptar otras obligaciones o compromisos futuros y suscribir contratos.

En cuanto al segundo y tercer criterio, es claro que la BIG suscribe contratos tanto con distintos departamentos de las Administraciones públicas, como con otras

entidades¹¹⁶⁵, y contrae pasivos mediante la emisión de deuda o la concertación de crédito; por ello, se puede afirmar que tiene capacidad de realizar actividades económicas y contraer obligaciones y compromisos futuros, por los que ella responde legalmente.

No obstante, dado el objeto para el que la BIG ha sido creada, plantea mayores dudas el cumplimiento del primero de los elementos que conforman la autonomía. Como hemos señalado, la BIG se funda por ley en 1992¹¹⁶⁶, con el propósito formal de centralizar la administración de la mayor parte de las propiedades inmobiliarias del sector público austríaco; y, a través de concienciar a los diferentes departamentos públicos del coste que comporta la disposición de los bienes inmuebles, poder alcanzar un uso más eficiente de estos¹¹⁶⁷. Los distintos organismos públicos deberán hacer efectivo el pago de sus respectivos alquileres de forma periódica. La conversión del coste de disposición del bien inmueble en un coste inmediato para la entidad (alquiler) fomenta la cesión de aquellas partes de los inmuebles que no están ocupadas, quedando disponibles para otros usos o para su alquiler o venta.

Varios aspectos de la situación descrita limitan la capacidad contractual de la BIG austríaca. En primer lugar, la BIG dispone de más o menos activos para llevar a cabo su actividad dependiendo, principalmente, de las decisiones que el Estado adopte. En un primer momento, el Estado determina la cesión de los bienes inmuebles y, posteriormente, son las Administraciones públicas inquilinas las que deciden si utilizan por completo el inmueble y pagan el alquiler íntegro, o si por el contrario, ceden una parte del inmueble a la BIG para que lo alquile.

En segundo lugar, la naturaleza pública de la mayor parte de los activos que gestiona la BIG. Así, aunque la Ley de creación de la BIG permite que esta desarrolle actividades en el mercado inmobiliario en general, estas actividades tienen un carácter subsidiario a su actividad principal centrada en la gestión de las propiedades inmobiliarias del Estado. En este sentido, las ampliaciones en la actividad de la BIG que se han llevado a cabo han sido en la línea de incrementar las compras de activos al Estado. Tan solo una parte muy reducida de su actividad consiste en el desarrollo de operaciones para terceros. De estos dos aspectos extraemos que la BIG se encuentra en

¹¹⁶⁵ La BIG puede poner en el mercado bienes inmuebles que no estaban siendo plenamente utilizados por los organismos públicos que tenían su titularidad. Por tanto, puede suscribir contratos con nuevos arrendadores.

¹¹⁶⁶ Si bien la BIG no fue propietaria efectiva de los inmuebles hasta 2001.

¹¹⁶⁷ La eficacia constituye el factor alegado por el gobierno austríaco para la realización de la operación, como lo será por el gobierno de la Comunidad de Madrid para la creación de MINTRA.

una situación de dependencia económica respecto del Estado, al obtener de él la mayor parte de los bienes inmuebles con los que llevar a cabo su actividad. Esta dependencia del sector público se confirma por la independencia que la BIG posee respecto de la situación en la que se encuentre el mercado inmobiliario austríaco en general.

Lo expuesto hace que surjan dudas sobre el alcance del control que las Administraciones públicas tienen sobre la BIG, y en qué medida este va más allá de la determinación de la política general de la entidad y alcanza el ejercicio de su función principal. Si Eurostat hubiera considerado que el control alcanza el ejercicio de su función principal, la BIG austríaca no habría poseído la condición de unidad institucional, sino que habría sido considerada una unidad dependiente de las Administraciones públicas, y el análisis sobre su clasificación sectorial habría concluido.

Una vez atribuida la condición de unidad institucional, Eurostat califica la BIG como unidad institucional pública. Para Eurostat, como hemos apuntado, el control de las Administraciones públicas sobre la BIG alcanza a su política general y, por ello, tiene naturaleza pública¹¹⁶⁸. La naturaleza pública constituye un elemento menos controvertido que la atribución de la condición de unidad institucional¹¹⁶⁹, puesto que el Estado austríaco es el propietario del 100 % del capital de la BIG. Al respecto, el *Manual del SEC-95* establece que poseer más de la mitad de las acciones de la sociedad es una condición suficiente (pero no necesaria) para entender que las Administraciones públicas tienen el control de la política general¹¹⁷⁰. Además, su naturaleza pública se confirma por la necesidad de la aprobación de una disposición con rango de Ley para alterar la titularidad del capital de la sociedad¹¹⁷¹.

¹¹⁶⁸ Este hecho, como afirma el *Manual del SEC-95*, es determinante para la calificación de la unidad institucional como pública. EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 12.

¹¹⁶⁹ En algunos casos se pueden alterar los factores que determinan el control por parte de las Administraciones públicas de una entidad (por ejemplo, la distribución de las acciones de la sociedad). Eurostat determina que solo cuando no se cumplan los criterios generales sobre el control recogidos en el SEC-95 y el *Manual del SEC-95* será necesario considerar aspectos más operativos para determinar la existencia de control. Por tanto, la evaluación del control desde una perspectiva más práctica debe llevarse a cabo para resolver casos ambiguos, en los que no concurren las características formales claras que denotan el control por parte de las Administraciones públicas. En el caso de la BIG no cabe duda de que el Estado posee más de la mitad de las acciones de la sociedad y, por tanto, que esta tiene naturaleza pública.

¹¹⁷⁰ EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 12.

¹¹⁷¹ La alteración de la propiedad del Estado sobre la BIG tan solo podría llevarse a cabo por Ley. Como apunta Moody's en su evaluación de la institución, aunque este hecho no es imposible, el Estado austriaco no ha mostrado ningún signo de que fuera a suceder. Véase, Moody's Investors Service, en su análisis de las *Bundessimmobiliengesellschaft m.b.H.*, Diciembre de 2005, p. 2.

2) La segunda cuestión analizada por Eurostat es la relativa a la clasificación de la BIG bien en el sector “Gobierno general”, bien en el sector “sociedades no financieras”. De entre estas dos posibilidades, Eurostat opta por calificar la BIG como “sociedad no financiera”. Pese a ello, las opiniones recogidas por el CMFB revelan que muchas de las entidades bancarias y autoridades estadísticas cuestionadas son contrarias a esta clasificación sectorial de la BIG¹¹⁷².

La decisión de Eurostat en este punto se fundamenta en dos aspectos: El primero, los alquileres que deben hacer efectivos las Administraciones públicas se determinan en “*función de métodos de evaluación de mercado*”. El segundo, la BIG cubre a través de los alquileres más del 50 % de sus costes de producción y, por tanto, siguiendo los criterios del *Manual del SEC-95*¹¹⁷³, la BIG cobra “precios económicamente significativos”.

Como analizamos en los criterios generales, para determinar si un precio es o no económicamente significativo debe valorarse el coste del servicio y el nivel del coste que se cubre por el precio. Esta operación es compleja en el caso de la BIG. La naturaleza específica de algunos de los activos de la BIG hace que no exista un mercado de ellos en Austria, y sea difícil afirmar si los precios cobrados por la BIG a las Administraciones públicas son de mercado o no de mercado (este es el caso de alquiler de edificios destinados a escuelas, universidades, etc.)¹¹⁷⁴. A pesar de esta dificultad Eurostat considera que la BIG cobra a las Administraciones públicas precios económicamente significativos, equiparables a ventas, y la califica como institucional pública de mercado, clasificada en el sector sociedades no financieras.

Esta clasificación de un ente de naturaleza pública fuera del sector Administraciones públicas es totalmente factible, tal como señala el apartado 3.29 del SEC-95 “*los productores privados pueden pertenecer a todos los sectores excepto el de las administraciones públicas. Por el contrario, los productores públicos sólo pueden pertenecer a los sectores de las sociedades (sociedades no financieras e instituciones financieras) y al sector Administraciones públicas*”. La no inclusión de la BIG en el

¹¹⁷² De las diferentes instituciones que presentaron completo el cuestionario del CMFB, catorce afirmaron que la BIG poseía naturaleza de empresa no financiera, frente a trece que consideraron la BIG como perteneciente al “Gobierno general”.

¹¹⁷³ EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 14.

¹¹⁷⁴ Véase, EUROSTAT, *Treatment of the transfer of Government real estate to a public – owned corporation in Austria*, cit., pp. 1 y ss.

sector Administraciones públicas hace que su déficit y deuda no consoliden en el balance público.

Los criterios generales fijados por el SEC-95 y la interpretación de Eurostat sobre ellos en el caso de la BIG austríaca concedieron a los Estados cierto margen de maniobra para crear entes fuera del sector Administraciones públicas, a pesar de tener naturaleza pública y estar financiados mayoritariamente por las Administraciones públicas. En este punto, la problemática se ha encontrado en determinar cuándo la creación de un ente se debe a razones de eficiencia en la gestión de los servicios públicos y cuándo, por el contrario, constituye una operación de lo que ha sido denominada, “ingeniería financiera”¹¹⁷⁵ para reducir los niveles de déficit y deuda públicos.

A nuestro parecer, la proliferación de este tipo de entes y su posterior actividad deben ser controlados, puesto que eventualmente, si los mecanismos de financiación se modifican, pueden acabar formando parte del sector Administraciones públicas (como sucedió en el caso de Madrid Infraestructuras de Transporte) y, por ende, pasen a formar parte del elemento subjetivo del concepto europeo de deuda pública.

Además, la exclusión de un ente público financiado mayoritariamente por las Administraciones públicas fuera del sector Administraciones públicas puede ser en algún sentido contraria al principio del SEC-95 de reflejar la realidad económica más allá de la forma jurídica. No se pueden obviar los importantes niveles de riesgo que las Administraciones públicas asumen en relación con estos entes, puesto que si bien no existe un aval explícito por parte del Estado, si la BIG no pudiera hacer frente a sus obligaciones sería el Estado austríaco el que acabaría respondiendo. De la existencia de esta posición de garante de las Administraciones públicas deja constancia Moody's al otorgar a la deuda emitida por la BIG la misma calificación crediticia que la deuda pública del Estado federal austríaco. Para la Agencia de calificación, esto se debe, por un lado, a que la propiedad de la BIG es 100 % estatal, y por otro lado, a la naturaleza estratégica de los servicios que la BIG gestiona.

En el caso de la BIG se trata de un aval implícito, pero también es posible que las emisiones de deuda de un determinado ente que desempeña funciones públicas (tanto si este se encuentra dentro o fuera del sector Administraciones públicas) sean directamente avaladas por el Estado. La existencia de avales y garantías por parte de las

¹¹⁷⁵ Véase, RAMALLO MASSANET, Juan, “El control externo en las nuevas formas de colaboración público – privada, *Revista española de control externo*, Vol. 9, (26), 2007, p. 19.

Administraciones públicas constituye un elemento clave a la hora de evaluar la naturaleza pública o privada de los activos y pasivos derivados de una operación. El *Manual del SEC-95* tiene un apartado específico referente a las repercusiones de los avales en contabilidad nacional (apartado VII.4 Government guarantees)¹¹⁷⁶. Este apartado del *Manual del SEC-95* se circunscribe a la incidencia de los avales explícitos, pero en él se afirma la existencia también de avales implícitos. Para Eurostat, el aval implícito se produce cuando, no existiendo una garantía formalmente suscrita por el gobierno, este es visto como el garante efectivo de la operación. Esta función de garante puede surgir de la posición del Gobierno como accionista, o porque la entidad lleva a cabo una actividad económica central en la economía, y ello supone que el Estado intervendría para evitar una potencial quiebra del ente¹¹⁷⁷.

El análisis del riesgo, como veremos, es el elemento central para la calificación como públicos o privados de los activos y pasivos derivados de las operaciones de colaboración entre el sector público y el sector privado¹¹⁷⁸. Este tipo de juicios basados en el riesgo, a nuestro parecer, conducen a resultados más acordes respecto a los niveles reales de déficit y deuda públicos, no solo actuales sino principalmente futuros o contingentes, puesto que es posible que un ente dé cumplimiento a los dos requisitos analizados (autonomía de decisión en el ejercicio de su función principal y precios económicamente significativos) pero que las Administraciones públicas estén asumiendo un importante nivel de riesgo en relación con sus operaciones.

Dada la generalización de este tipo de entes que se encuentran fuera del sector Administraciones públicas pero que eventualmente pueden tener una importante incidencia en los niveles de déficit y deuda públicos, Eurostat en pronunciamientos posteriores es más estricto a la hora de excluir un ente del sector Administraciones públicas. Esta mayor rigidez se aprecia en dos puntos: en primer lugar, a la hora de comprobar el cumplimiento de los requisitos necesarios para ser unidad institucional (primera de las tres cuestiones del test para la clasificación sectorial de entes). Eurostat es estricto a la hora de evaluar el alcance del control que ejercen las Administraciones públicas sobre el ente y aprecia que este recae también sobre el ejercicio de su función

¹¹⁷⁶ Véase, EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, pp. 317 y ss.

¹¹⁷⁷ Véase, EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 317 (apartado 3).

¹¹⁷⁸ Véase, EUROSTAT, *Decisión de Eurostat sobre déficit y deuda: tratamiento de las colaboraciones público-privadas*, de 11 de febrero de 2004, Luxemburgo.

principal. Bajo estas circunstancias, el ente es considerado una unidad dependiente que integra el sector Administraciones públicas¹¹⁷⁹.

En segundo lugar, Eurostat es más estricto a la hora de calificar los pagos de las Administraciones públicas a las entidades como ventas y, por tanto, para considerar la unidad institucional pública como unidad de mercado. Estas mayores exigencias ya se apreciaron en el caso Madrid Infraestructuras de Transporte (en adelante, MINTRA).

MINTRA era un ente de derecho público de la Comunidad de Madrid, creado por la Ley 22/1999, de 21 de diciembre. MINTRA tenía la finalidad de “ejecutar las infraestructuras de transporte colectivo en la Comunidad de Madrid, en el marco de los planes y política general del transporte de la región madrileña. Debía asimismo gestionar y mantener dichas infraestructuras siguiendo criterios de eficiencia y productividad” (art. 2 de la Ley 22/1999). En la práctica, desde el inicio de su actividad en el año 2000, MINTRA llevó a cabo la ampliación del metro de Madrid y la construcción de “Metrosur”¹¹⁸⁰. Para poder acometer las obras, MINTRA recurrió al endeudamiento, contrayendo créditos tanto con bancos comerciales como, especialmente, con el Banco Europeo de Inversiones.

El art. 3 de la Ley 22/1999 determinaba las funciones de MINTRA, y en particular, en el apartado 2.b del citado precepto se establecía que MINTRA podía llevar a cabo “*la cesión de la utilización de las infraestructuras a favor de las empresas o entidades a las que corresponda en cada momento la explotación de los servicios*”. Desde la puesta en funcionamiento de las líneas, MINTRA cobraba de Metro de Madrid S.A. (sociedad operadora de las infraestructuras y que gestiona el transporte ferroviario) un canon por la utilización de las instalaciones¹¹⁸¹. Con estas cuantías, MINTRA sufragaba la deuda que había contraído inicialmente para construir las infraestructuras.

Estas son, de forma sucinta, las características y el funcionamiento de MINTRA. Entraremos a continuación a analizar, su calificación en términos de contabilidad nacional. En 2003, previa consulta del Instituto Nacional de Estadística, Eurostat otorgó la clasificación a MINTRA de unidad institucional pública de mercado. Al quedar

¹¹⁷⁹ Como veremos esto sucederá en el análisis de la clasificación de otros entes, como el FROB, que Eurostat considera que no tienen autonomía de decisión en el ejercicio de su función principal y, por ende, no son unidades institucionales. Véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe El Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, pp. 489 y ss.

¹¹⁸⁰ Línea de metro que une las localidades de Alcorcón, Móstoles, Fuenlabrada, Getafe y Leganés, y conecta esta subred con la red de metro de Madrid capital.

¹¹⁸¹ Este canon se fija en el contrato firmado entre Metro de Madrid, S.A. y Mintra para la explotación de las infraestructuras de Metrosur.

excluida del sector Administraciones públicas, el déficit y deuda de MINTRA no se integraba en el balance de las Administraciones públicas. Eurostat formuló este pronunciamiento partiendo de los datos que le facilitó el Instituto Nacional de Estadística el cual, a su vez, había obtenido la información de la Comunidad de Madrid.

A pesar de su decisión inicial, en 2005, Eurostat decidió reclasificar MINTRA en el sector Administraciones públicas. Eurostat justificó su cambio de posicionamiento alegando que la primera calificación de MINTRA se había efectuado partiendo de los datos de un modelo teórico de funcionamiento (puesto que el modelo todavía no se había puesto en marcha). Sin embargo, en 2003, tras la puesta en funcionamiento efectiva de Metrosur, Eurostat requirió mayor información al Instituto Nacional de Estadística y, tras su análisis, declaró de oficio que era necesario llevar a cabo la recalificación de MINTRA como unidad institucional pública no de mercado¹¹⁸². Los motivos alegados por Eurostat para la recalificación sectorial de MINTRA fueron los siguientes¹¹⁸³:

i) La mayor parte de los ingresos que MINTRA recibía se obtenían del contrato de arrendamiento celebrado con Metro de Madrid S.A.;

ii) la mayor parte de los ingresos se fijaban de antemano y no correspondían a parámetros objetivos, relacionados con el empleo de la infraestructura por parte de Metro de Madrid S.A.;

iii) el precio de los servicios que MINTRA prestaba a Metro de Madrid S.A. podía revisarse a fin de restablecer el “equilibrio económico” entre ambas partes;

iv) el estudio de las cifras correspondientes a 2003 permitió establecer una relación entre los importes que Metro de Madrid S.A. pagó a MINTRA y las subvenciones que Metro de Madrid recibía del Consorcio Regional de Transporte de Madrid. De este modo, el incremento de los costes de explotación no se correspondió con un incremento en el precio de las ventas por billetes, sino en un aumento de las

¹¹⁸² Ha sido objeto de críticas la actuación tanto de Eurostat como de las autoridades estadísticas nacionales, al considerar que en ellas existe un importante “déficit de procedimiento”. Para autores como MARTÍNEZ CALVO, “dicho procedimiento no se encuentra regulado en absoluto, es opaco y termina en resoluciones sin suficiente motivación”. Véase, MARTÍNEZ CALVO, Juan, “Hacia la construcción de un “Derecho Administrativo Financiable””, cit., p. 387 (nota al pie 20) y p. 390.

¹¹⁸³ Estos se recogen en los debates del Parlamento Europeo, Anexo de Preguntas a la Comisión. Concretamente, constituyen la respuesta de la Comisión a la pregunta núm. 51 formulada por Ana Mato Adover (H-0153/05, jueves 10 de marzo de 2005), relativa a las causas de la modificación de la calificación de MINTRA.

subvenciones pagadas por el Consorcio Regional de Transporte de Madrid a Metro de Madrid S.A.;

v) Finalmente, Eurostat afirmó que de las cuentas de 2003 se podía concluir que el precio de los servicios que MINTRA prestaba a Metro de Madrid S.A. no eran económicamente significativos, y este extremo constituía un requisito para clasificar una unidad fuera del sector Administraciones públicas en términos de contabilidad nacional.

El elemento determinante para la clasificación de MINTRA fue la naturaleza de los pagos que las Administraciones públicas efectuaban, concretamente, si estos tenían la consideración de ventas. MINTRA se financiaba mayoritariamente por el canon que le pagaba Metro de Madrid S.A. por el uso de la infraestructura. Por ello, si este canon no obtenía la consideración de venta, MINTRA no cumplía la regla del 50 % (sus ventas no cubren el 50 % de sus costes). En el caso de MINTRA, la dificultad se encontraba en la inexistencia de productores privados de servicios similares a través de los cuales poder determinar si el precio que pagaba Metro de Madrid S.A. a MINTRA era o no un precio significativo. En los supuestos en los que no existe término de comparación, Eurostat considera que los pagos son ventas si financian a la unidad institucional pública solo en función del volumen de producción que suministra. En el caso de MINTRA, Eurostat apuntó que los pagos *“se fijan por adelantado y no se corresponden con parámetros objetivos relativos con el uso de la infraestructura”*. Este hecho poseía la suficiente entidad como para excluir la naturaleza de mercado de MINTRA¹¹⁸⁴.

¹¹⁸⁴ Este argumento ha sido considerado por algunos autores como insuficiente para calificar MINTRA como unidad institucional de no mercado. MARTÍNEZ CALVO apuntó al respecto que “lo que puede ser un argumento acerca de si el precio del canon metro es o no significativo, pero que aisladamente considerado no parece que pueda ser el único argumento a la vista de las previsiones del Manual del SEC-95”. MARTÍNEZ CALVO, Juan, “Hacia la construcción de un “Derecho Administrativo Financiable””, cit., p. 389.

Frente a estas consideraciones caben dos apreciaciones. En primer lugar, que la naturaleza de mercado de una entidad esta condicionada en muchas ocasiones a la consideración de ventas de los pagos de las Administraciones públicas. Así lo observamos al analizar los criterios de la clasificación sectorial de entes. En segundo lugar, que muchas de las decisiones de Eurostat no siempre tratan todos los aspectos que recoge el *Manual del SEC-95*, el cual es un texto de carácter interpretativo del SEC-95. En algunas ocasiones, la existencia de determinadas circunstancias comporta la calificación del ente como público, sin que sea necesario analizar otros factores. Del mismo modo sucede en la clasificación de los activos y pasivos derivados de los contratos de colaboración entre el sector público y sector privado. La determinación de la naturaleza pública o privada de los activos y pasivos de estas operaciones se lleva a cabo en función de la distribución del riesgo entre ambos sectores, ahora bien, la inclusión de determinadas cláusulas contractuales (por ejemplo, cláusulas dirigidas a asegurar o mantener el *equilibrio económico*) supone la calificación del activo y pasivo derivados de la operación como públicos, sin ser

Una cuestión directamente relacionada con el análisis de la naturaleza de los pagos que Metro de Madrid S.A. efectuaba a MINTRA era la naturaleza de Metro de Madrid S.A., en la medida en que Metro de Madrid S.A. era el único cliente de MINTRA. Metro de Madrid S.A. es considerado Administración pública (unidad institucional pública de mercado) y, por ello, es necesario analizar la naturaleza de los pagos que efectúa a MINTRA. Si por el contrario, Metro de Madrid S.A. hubiera sido considerada una sociedad no financiera, este análisis no hubiera sido necesario porque se trataría de pagos efectuados por un productor privado que tendrían en todo caso la consideración de ventas.

Eurostat en su segunda decisión relativa a la clasificación de MINTRA analizó brevemente la naturaleza jurídica y la financiación de Metro de Madrid S.A. En su análisis Eurostat considera que Metro de Madrid S.A. no es una unidad de mercado. Esta conclusión la extrae del hecho que *“el incremento de los costes de la explotación de Metro no se ha reflejado en un incremento de las ventas por billetes sino en un aumento de las subvenciones que paga el Consorcio Regional de Transporte”*¹¹⁸⁵. Frente a esta posición de Eurostat cabe señalar que la existencia de subvenciones o el incremento de estas no excluye *per se* el carácter de mercado de una unidad. Para determinar si Metro de Madrid S.A. es una unidad de mercado o no mercado es necesario comprobar si las ventas de los billetes cubren más del 50 % de los costes de Metro de Madrid S.A., pero este análisis no se efectuó por Eurostat, o al menos no se reflejó en sus decisiones¹¹⁸⁶.

De todo lo anterior se extrae que, en la decisión sobre la clasificación de MINTRA, Eurostat efectúa la clasificación sectorial de dos entes, Metro de Madrid S.A.

necesario realizar el análisis de la distribución de los riesgos. Véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe Aplicación del análisis de la distribución de los riesgos por Eurostat, pp. 601 y ss.

¹¹⁸⁵ Metro de Madrid S.A. no se encarga del cobro de los billetes, esta función la efectúa el Consorcio Regional de Transporte. El Consorcio Regional de Transporte es un organismo autónomo de la Comunidad de Madrid creado por la Ley 5/1986, de 16 de mayo, de creación del Consorcio Regional de Transportes Públicos Regulares de Madrid (BOCM núm. 124 de 27 de mayo de 1985). Entre las funciones del Consorcio Regional de Transporte se encuentran: i) la planificación de la infraestructura del transporte público de viajeros, definiendo las directrices de la política a seguir; ii) la planificación de los servicios y el establecimiento de programas de explotación coordinada para todas las empresas prestadoras de servicios; iii) la elaboración y aprobación de un marco tarifario común que defina los ingresos tarifarios a percibir de los usuarios; iv) la recaudación de los ingresos de los títulos combinados que afecten a más de una empresa (art. 2 de la Ley 5/1986, de 16 de mayo). Tras fijar las tarifas y recaudarlas, posteriormente el Consorcio Regional de Transportes Públicos Regulares de Madrid reparte los ingresos entre los diferentes operadores de transporte.

¹¹⁸⁶ MARTÍNEZ CALVO también critica este aspecto, véase, MARTÍNEZ CALVO, Juan, “Hacia la construcción de un “Derecho Administrativo Financiable””, cit., pp. 389 y 390.

y MINTRA, para poder acabar determinando la naturaleza de MINTRA como unidad institucional de no mercado inserta en el sector Administraciones públicas.

Tras su inclusión en el sector Administraciones públicas, MINTRA operó hasta el 2011, año en que fue extinguida por la Ley 4/2011, de 28 de julio, de extinción de MINTRA (Madrid Infraestructuras de Transporte)¹¹⁸⁷. En los considerandos de esta Ley se establece que la extinción de MINTRA es una medida adoptada para mejorar la sostenibilidad de las finanzas públicas, a través de la racionalización de las estructuras del sector público. Este dato pone de manifiesto que la creación de MINTRA en un momento inicial quizás no se debía tanto a motivos de estricta eficacia en la gestión de los servicios públicos, sino a la creación de entes excluidos del sector Administraciones públicas que pudieran llevar a cabo inversión sin que esta fuera computada en los niveles de déficit y deuda públicos a efectos del procedimiento de déficit excesivo.

La decisión de Eurostat sobre la clasificación sectorial de MINTRA, si bien adolece de algunas indeterminaciones (como es el porcentaje de los costes que Metro de Madrid S.A. cubre a través de las ventas de los billetes), a nuestro parecer refleja, en mayor medida que la decisión sobre la BIG austríaca, la realidad económica de la operación. MINTRA se financiaba mayoritariamente por las Administraciones públicas y, dada la naturaleza de los servicios que prestaba, era difícil determinar el carácter significativo de los precios que las Administraciones públicas pagaban.

Esta decisión se encuentra en la línea de los nuevos criterios fijados en la propuesta de SEC- 2010 para calificar una unidad institucional como de mercado o no mercado. El SEC- 2010 establece como prerrequisito para la aplicación de la regla del 50 % la obligación de tomar en consideración la relación entre las Administraciones públicas y las entidades, especialmente si las Administraciones públicas son las principales o únicas compradoras de los servicios prestados por la entidad¹¹⁸⁸. Eurostat quiere comprobar la existencia de un verdadero mercado donde vendedores y compradores intentan extraer los máximos beneficios. Como ya apuntamos al analizar la clasificación sectorial de los hospitales, el SEC-2010 introduce criterios que reducen la creación de entes controlados y financiados mayoritariamente por las Administraciones públicas pero excluidos del sector Administraciones públicas.

¹¹⁸⁷ BOCM núm. 183 de 4 de agosto de 2011 y BOE núm. 266 de 4 de noviembre de 2011.

¹¹⁸⁸ Véase, *supra*, nota al pie núm. 1146.

3. RELACIONES ENTRE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y LAS UNIDADES PÚBLICAS DE MERCADO

3.A. Criterios generales

Junto al análisis para la clasificación sectorial de entes, el *Manual del SEC-95* establece el análisis las relaciones existentes entre las Administraciones públicas y las empresas públicas¹¹⁸⁹. Este análisis permitirá determinar en qué medida las transferencias que las Administraciones hacen a las empresas públicas incrementan los niveles de déficit público. Concretamente, si las inyecciones de capital que las Administraciones públicas efectúan a las empresas públicas se consideran adquisiciones de activos financieros con contrapartida, que no incrementan el déficit público; o si por el contrario, las Administraciones públicas realizan aportaciones de capital sin contrapartida, consideradas transferencias de capital que incrementan el déficit público¹¹⁹⁰.

Además, como indicamos en la introducción de este apartado, en nuestra opinión, el análisis de la naturaleza de los flujos entre las Administraciones públicas y las empresas públicas es un mecanismo para evaluar de forma periódica la clasificación sectorial de aquellas unidades institucionales públicas que se han excluido del sector Administraciones públicas por ser de mercado. Por este motivo, lo incluimos en el apartado relativo a la configuración del elemento subjetivo del concepto europeo de deuda pública.

Eurostat es consciente de la dificultad de clasificar una operación entre las Administraciones públicas y una unidad pública que se encuentra fuera del sector Administraciones públicas en términos de SEC – 95. Por este motivo, el *Manual del SEC-95* dedica todo un apartado a determinar las consecuencias en términos de contabilidad nacional de estas operaciones.

¹¹⁸⁹ Las empresas públicas son unidades, en principio, independientes de las Administraciones públicas. EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, parte III (General Government and public corporations) pp. 111 y ss.

¹¹⁹⁰ Este aspecto fue objeto de análisis en el apartado relativo al concepto de déficit público, véase, *supra*, Capítulo II, epígrafe El concepto de déficit público en el Reglamento (CE) núm. 479/2009 y el SEC-95, pp. 175 y ss.

Para determinar la naturaleza de las transferencias de las Administraciones públicas a las empresas públicas es necesario resolver dos cuestiones¹¹⁹¹. La primera cuestión es precisar la función de las unidades que intervienen en la operación, puesto que las Administraciones públicas pueden actuar en la actividad económica a través de tres facetas distintas: de gestora de su presupuesto; de apoyo al proceso económico y la política social; y de propietaria de activos financieros¹¹⁹². Las operaciones que se efectúan entre las Administraciones públicas y las empresas públicas están marcadas por el papel diferencial que poseen las Administraciones públicas. Las Administraciones públicas pueden efectuar actividades que nunca desempeñan las unidades de mercado (como apoyar la actividad económica o promover objetivos de carácter social). De igual forma, las Administraciones públicas son los únicos agentes que pueden hacer transferencias masivas a otros agentes de la economía, por ejemplo, pueden efectuar un pago sin contraprestación a una empresa pública, bajo el concepto “ayuda a la inversión”, que puede mejorar sustancialmente el patrimonio de la empresa pública a corto plazo. Este tipo de actuaciones de las Administraciones públicas pueden ir en contra de la total simetría del sistema SEC-95, al ser distintos los flujos hacia las empresas públicas y los flujos procedentes de ellas.

La segunda cuestión que debe analizarse es la relativa a la naturaleza de la operación entre ambas unidades. Su determinación es a menudo compleja pero imprescindible para poder efectuar su registro contable.

El *Manual del SEC-95*, en su versión de 2002, recogía los principios generales aplicables a las operaciones entre las Administraciones públicas y las empresas públicas; y, posteriormente, analizaba algunas de estas operaciones¹¹⁹³. Por el contrario, la versión de 2013 del *Manual del SEC-95* (como ya lo hacían las versiones de 2010 y 2012) recoge una introducción a la materia donde sucintamente se apunta la esencia de los principios generales y, a continuación se analiza, de forma más detallada que la versión de 2002, cómo determinar la naturaleza de las relaciones específicas entre ambas unidades¹¹⁹⁴. Por este motivo, en relación con los principios generales que rigen la clasificación de las operaciones entre las Administraciones públicas y las empresas públicas en algunas ocasiones haremos referencia a la versión del 2002 del *Manual del*

¹¹⁹¹ Estas dos cuestiones se recoge por CARRASCO CANALS, Fernando, *Déficit público y contabilidad nacional. El Pacto de Estabilidad y Crecimiento*, cit., p. 19.

¹¹⁹² EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, parte III (General Government and public corporations) p. 111.

¹¹⁹³ Véase, EUROSTAT, *Manual del SEC-95*, versión 2002, cit., pp. 28 y ss.

¹¹⁹⁴ EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, parte III (General Government and public corporations) pp. 111 y ss.

SEC-95. Los principios generales para determinar la naturaleza de las operaciones entre las Administraciones públicas y las empresas públicas son los siguientes:

- *Determinar el papel de las Administraciones públicas en la operación.* Como hemos apuntado, las Administraciones públicas desempeñan varios papeles dentro de la economía. Concretamente, pueden ser: *propietarias de activos financieros* (como, por ejemplo, inversora a largo plazo para obtener unos beneficios; gestora de su propia liquidez mediante operaciones financieras; o propietaria última de las reservas de oro y divisas); *apoyo a la actividad económica y de política social* (a modo de pagadora de subvenciones y ayudas a la inversión para favorecer el empleo o mediante la utilización de unidades públicas para la aplicación de las políticas públicas); *gestoras de su presupuesto* (recaudando impuestos y cotizaciones sociales o realizando operaciones asociadas a las obligaciones relativas a las pensiones). En algunas operaciones las Administraciones públicas pueden desempeñar varios roles a la vez, en ese caso será necesario determinar qué rol es más significativo a efectos de clasificar la transacción de forma acorde con la realidad económica subyacente¹¹⁹⁵. Este carácter específico de las Administraciones públicas puede ir en contra en algún momento de la coherencia del sistema.

- *Reflejar la realidad económica más allá de la forma jurídica.* Para Eurostat existen supuestos en los que debe primar la realidad económica sobre la forma jurídica. Estos son: i) A la hora de analizar la inserción, o no, de una unidad en el sector Administraciones públicas, dado que pueden existir unidades que desarrollen actividades características de las Administraciones públicas, pero que no se clasifiquen en este sector a nivel de contabilidad nacional. Y, por el contrario, es posible que unidades bajo la denominación y forma de sociedad deban integrarse en el sector Administraciones públicas¹¹⁹⁶. ii) Cuando se evalúa la naturaleza de las operaciones que efectúan las unidades institucionales públicas de mercado, puesto que si la operación se hace en nombre de las Administraciones públicas deberá efectuarse la correspondiente reasignación de la operación¹¹⁹⁷. iii) Por último, para determinar la forma a través de la que se registran las operaciones, esta no siempre tiene que ser

¹¹⁹⁵ EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 111 (apartado 2).

¹¹⁹⁶ Esta controversia la analizamos con detalles. Véase, *supra*, Capítulo IV, epígrafe Criterios para la clasificación de un ente en el sector Administraciones públicas, pp. 427 y ss.

¹¹⁹⁷ EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 112 (apartado 5 letras b y c).

coincidente con la clasificación pública nacional o con la contabilidad empresarial (por ejemplo, lo que es considerado impuesto en la legislación fiscal, o dividiendo en la contabilidad empresarial puede ser considerado operación financiera en términos de SEC-95)¹¹⁹⁸.

- *Coherencia*: El SEC-95, en su condición de sistema integrado de flujos y *stocks*, tiene entre sus objetivos principales buscar la coherencia del sistema en su totalidad. Se debe garantizar tanto la coherencia contable (por ello, las operaciones entre dos unidades de dos sectores distintos deben registrarse del mismo modo), como la coherencia económica (debe primar siempre la realidad económica sobre la forma jurídica). El *Manual del SEC-95* recoge dos límites a la coherencia: el primero hace referencia a la divergencia en el registro de *activos financieros* y *activos no financieros*. Esta distinción, como vimos en el Capítulo II¹¹⁹⁹ y detallaremos en el próximo apartado, es clave para la determinación los niveles de déficit público, dado que los activos no financieros se registran en la cuenta de capital y, en consecuencia, modifican la capacidad (necesidad) de financiación; mientras que los activos financieros se registran en la cuenta financiera y no inciden en la capacidad (necesidad) de financiación de las Administraciones públicas¹²⁰⁰. El segundo límite a la coherencia es el derivado del carácter específico de las Administraciones públicas (primero de los principios).

¹¹⁹⁸ La versión de 2013 del *Manual del SEC-95* simplifica este principio afirmando que es necesario analizar la realidad económica tanto para la clasificación de unidades como de flujos. EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, parte III (General Government and public corporations) p. 111 (apartado 5).

¹¹⁹⁹ Véase, *supra*, Capítulo II, epígrafe El concepto de déficit público en el Reglamento (CE) núm. 479/2009 y el SEC-95, pp. 175 y ss.

¹²⁰⁰ Por ello, las consecuencias son especialmente importantes si estamos frente a la venta de activos no financieros, tanto si esta es directa como indirecta (mediante una sociedad holding pública). Una venta directa de un activo no financiero mejora la capacidad o necesidad de financiación, en la medida en que comporta una disminución de la “formación bruta de capital fijo” (P. 51). En cuanto a la venta indirecta de activos no financieros, esta también mejora la capacidad o necesidad de financiación, en este caso de la sociedad holding pública. Ahora bien, el pago de los ingresos obtenidos (activos líquidos) a la Administración pública es una operación financiera (retirada de capital social), una liquidación parcial de la sociedad holding. Este tratamiento asimétrico entre las ventas directas e indirectas de activos se justifica en el hecho que, en las ventas indirectas, al entregar a las Administraciones públicas los activos líquidos resultantes de la venta, la sociedad holding pública reduce sus activos y se liquida parcialmente. Esta liquidación se produce porque, a nivel de contabilidad nacional, no es posible la distribución de determinados ingresos por parte de una empresa a sus propietarios (en forma de dividendos), como veremos en el siguiente principio general. EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, apartado V.2. “Sales of financial and non-financial assets”, pp. 204 y ss.

- *La existencia de conceptos específicos de renta y dividendos.* En términos de SEC-95, la renta y el ahorro se derivan de las *actividades productivas*; por ello, las ganancias de posesión, se realicen o no, deben extraerse de la renta y el ahorro y deben registrarse en una cuenta de acumulación específica (la cuenta de revalorización)¹²⁰¹. Cuando las empresas efectúan pagos procedentes de su renta a sus propietarios, estas deben mantener constantes sus activos netos (patrimonio neto). Bajo esta lógica, los recursos que han de pagar los dividendos a los propietarios no deben incluir ni los ingresos obtenidos de las ventas de activos ni las ganancias de revalorización, porque en estos dos casos no se ha creado renta en el sentido del SEC-95¹²⁰². Esta definición de renta es aplicable cuando se valoran las relaciones entre Administraciones públicas y las empresas públicas.

Existe un amplio consenso entre los estadísticos sobre la idoneidad de este principio (los ingresos de revalorizaciones y de venta de activos no constituyen renta y no pueden ser distribuidos), pero en la práctica es un principio difícil de aplicar. La obligatoriedad de cumplir este principio es mayor cuando nos encontramos frente a casos de ventas o revalorizaciones de activos de cuantías significativas y bien identificadas. Otro momento clave en la correcta aplicación de este principio se produce cuando la sociedad efectúa distribuciones de dividendos con cargo a sus reservas, dado que esta operación reduce considerablemente los fondos propios de la sociedad. Para ser coherentes con los conceptos de renta y dividendos del SEC-95, la operación de reparto de dividendos con cargo a reservas deberá tratarse como una operación de acciones y otras participaciones (una retirada de capital social).

¹²⁰¹ Del mismo modo, el SCN-93 define la renta como “el montante máximo que un hogar u otra unidad puede consumir sin reducir su patrimonio neto real” (apartados 6.45. y 6.50).

¹²⁰² Fruto de este concepto de renta se derivan, claro está, consecuencias también para otros sectores, como el sector sociedades u hogares. En el sector sociedades esta definición de renta marca el concepto de dividendo, puesto que los dividendos forman parte de las rentas de la propiedad. Los recursos que una sociedad puede distribuir como dividendos y utilizar para pagar transferencias corrientes, como los impuestos sobre la renta y el patrimonio, son la renta empresarial de la unidad. Revalorizar un activo no es sino adaptar el valor de dicho activo –y por tanto la sustancia de la empresa– a las condiciones de mercado, no es crear renta. Con el fin de preservar el patrimonio neto de la empresa, no son distribuibles como renta ni los ingresos por revalorización, ni los ingresos por ventas de activos.

3.B. Naturaleza de las inyecciones de capital de las Administraciones públicas a sociedades públicas

Con carácter general, las aportaciones que una Administración pública efectúa a una empresa pública son denominadas “inyecciones de capital”¹²⁰³. No obstante, dentro de este concepto amplio se incluyen dos tipos de operaciones de diferente naturaleza y con repercusiones en el déficit público diametralmente distintas. Las inyecciones de capital se pueden clasificar en la contabilidad nacional bien como una operación financiera, bien como una operación no financiera, y en algunos casos excepcionales pueden ser una combinación de ambas.

Las Administraciones públicas realizan operaciones financieras cuando adquieren fondos propios de una empresa pública¹²⁰⁴ y esperan, por un lado, obtener una tasa de retorno suficiente, principalmente a través de dividendos o intereses. Y por otro lado, que se produzca un incremento del valor del activo financiero que representa la propiedad de la Administración pública en la sociedad. En estos supuestos, las inyecciones de capital deberán registrarse como adquisición de activos financieros. Las adquisiciones de activos financieros se contabilizan en la cuenta financiera y no tienen impacto en la capacidad/necesidad de financiación de las Administraciones públicas (superávit/déficit público no financiero)¹²⁰⁵.

Por su parte, en las operaciones no financieras, las Administraciones públicas no manejan sus fondos con el objetivo de adquirir activos rentables, como haría un accionista privado, sino para alcanzar objetivos de política social para los que el capital privado no está disponible. En este caso, las inyecciones de capital deberán registrarse como transferencias de capital si los fondos se aportan bajo uno de los siguientes supuestos: i) Los fondos se aportan sin recibir a cambio nada de igual valor; ii) Los fondos se aportan sin esperar una tasa de retorno suficiente por la inversión realizada¹²⁰⁶; iii) Los fondos se aportan a una empresa que recientemente ha tenido una

¹²⁰³ En este apartado nos referimos a las inyecciones de capital monetarias, si bien también caben las inyecciones de capital en especie. Sin embargo, estas últimas tienen un carácter específico y son objeto de tratamiento separado por el *Manual del SEC-95*. Véase, EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 134.

¹²⁰⁴ En algunos casos, las aportaciones son a cambio de préstamos o valores diferentes de acciones.

¹²⁰⁵ Junto a estos criterios, el SEC-2010 ha establecido que para que la inyección de capital tenga la consideración de adquisición de activos financieros la sociedad tiene que disponer de un elevado grado de libertad a la hora de utilizar los fondos suministrados (apartado 20.198 del SEC-2010).

¹²⁰⁶ Dado el carácter específico del Gobierno, para él una tasa de retorno suficiente será igual a: i) la tasa de retorno (ajustada por el riesgo) esperada por un inversor privado que invierte en acciones similares en el mismo sector de la actividad. ii) la tasa de los bonos del gobierno a largo plazo. Sobre el concepto

serie continuada de pérdidas¹²⁰⁷. Las transferencias de capital se contabilizan en la cuenta de capital y tienen impacto en la capacidad/necesidad de financiación de las Administraciones públicas (superávit/ déficit no financiero)¹²⁰⁸.

En el apartado siguiente, al hilo de los pronunciamientos de Eurostat sobre las inyecciones de capital que el Gobierno español ha realizado a GIF y después a ADIF, detallaremos el análisis que debe efectuarse para diferenciar ambos tipos de operaciones. Este análisis, denominado “el test de las inyecciones de capital”, se basa en tres cuestiones claves: la primera, ¿la Administración pública actúa sola o de forma conjunta con accionistas privados?¹²⁰⁹; la segunda, ¿la empresa pública que recibe la inyección de capital ha acumulado pérdidas netas durante varios años o ha tenido pérdidas extraordinarias en un período contable?; la tercera, ¿se espera que la Administración pública reciba una tasa de retorno suficiente por su inversión?¹²¹⁰.

3.C. Aplicación del test de la naturaleza de las inyecciones de capital por Eurostat: el caso de ADIF

Los primeros intentos de huida de las restricciones presupuestarias para el desarrollo de infraestructuras ferroviarias se remontan a 1997, año en el que se modificó el criterio presupuestario de valoración de las aportaciones que las Administraciones públicas efectuaban. Antes de esta fecha, para la construcción del AVE, la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (en adelante, RENFE) recibió del Presupuesto del

“tasa de retorno suficiente”, véase, EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 121 (Box 2).

¹²⁰⁷ El SEC–2010 ha precisado que las pérdidas deben tener la consideración de pérdidas excepcionales. El apartado 20.198 del SEC–2010 establece que pérdidas excepcionales son “grandes pérdidas registradas en un ejercicio contable en la contabilidad empresarial de una sociedad, que suelen surgir de revalorizaciones a la baja de los activos del balance, de tal manera que la sociedad corre el peligro de pasar por dificultades financieras (fondos propios negativos, insolvencia, etc.)”.

¹²⁰⁸ La diferencia entre operaciones financieras y no financieras, se recoge en EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, pp. 113 y ss (apartado 8).

¹²⁰⁹ En el apartado 20.298 del SEC–2010 se ha concretado que, para que la participación de inversores privados se considere una prueba de que el pago es una adquisición de activos financieros, las condiciones para los inversores privados y públicos han de ser similares.

¹²¹⁰ “El test de las inyecciones de capital” se recoge en EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 114 (apartado 11), y su aplicación se recoge de forma sintética en el árbol de decisión de la p. 115 y se desarrolla en las pp. 116 a 126.

De igual forma, el apartado 20.198 del SEC–2010 define y establece, en términos similares, las diferencias entre transferencias de capital y adquisición de activos financieros.

Estado ayudas a la inversión que eran contabilizadas como transferencias de capital (Capítulo VII del Presupuesto). Para el cálculo de los niveles de déficit y deuda públicos en términos de SEC-95, se toman en consideración los capítulos I a VII del Presupuesto, y quedan fuera los Capítulos VIII y IX correspondientes, respectivamente, a activos y pasivos financieros. Por tanto, las aportaciones presupuestarias a RENFE, contabilizadas en el Capítulo VII, incrementaban el déficit público.

Sin embargo, en 1997 se creó, a través de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social¹²¹¹, el Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (en adelante, GIF), al que se encomendó la realización de las nuevas infraestructuras de Alta Velocidad¹²¹². Desde este momento, las aportaciones presupuestarias del Estado fueron contabilizadas como activos financieros (Capítulo VIII) y, en consecuencia, no tenían repercusión en los niveles de déficit públicos del Estado en términos de SEC-95¹²¹³. Como apunta BAREA TEJEIRO, el Gobierno descubrió “la piedra filosofal para realizar gastos en infraestructuras financiadas a través de aportaciones de activos financieros del Estado, sin incidencia en el déficit público”¹²¹⁴.

En un primer momento la financiación del GIF a través de aportaciones calificadas como activos financieros no obtuvo valoraciones contrarias por parte de Eurostat, dado que en aquel momento Eurostat aplicó los criterios del SEC-79¹²¹⁵. Sin embargo, tras la aprobación del SEC-95, surgieron mayores dudas sobre el modo en que debían ser contabilizadas las aportaciones de las Administraciones públicas a GIF y

¹²¹¹ BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 1996.

¹²¹² El art. 160 de la citada Ley 13/1960, establece la creación de un ente público dotado de personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. El GIF tiene un patrimonio propio distinto del patrimonio del Estado. En cuanto a sus recursos estos se integran por: 1. Las aportaciones patrimoniales del Estado, que constituirán los recursos propios del ente; 2. Los fondos comunitarios que le sean asignados; 3. El canon correspondiente a la utilización de la infraestructura y otros ingresos propios de su actividad; 4. Subvenciones; 5. Las aportaciones del Estado a título de préstamo que se fijarán en los Presupuestos Generales del Estado de cada ejercicio; 6. Los recursos financieros procedentes de operaciones de endeudamiento, cuyo límite anual será fijado en las respectivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado; 7. Cualquier otro recurso financiero que se pueda integrar dentro de su patrimonio.

¹²¹³ El mismo parámetro fue aplicado para la consecución de determinadas obras de carácter hidráulico por parte de la Confederación Hidrográfica. Para este propósito se creó la Sociedad pública para la realización de obras del trasvase del Ebro, estimándose que esta realizaría inversiones por valor de un billón de pesetas. Esta cantidad era considerada aportación de capital a la Sociedad, clasificada como adquisición de activos financieros y no contabilizaba a efectos del cálculo del déficit público.

¹²¹⁴ Véase, BAREA TEJEIRO, José, “El marco conceptual del déficit público”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, (81), 2, 2004, p. 67.

¹²¹⁵ Véase, EUROSTAT, *News Release núm. 24*, 26 de marzo de 1997.

posteriormente a la Administración de Infraestructuras Ferroviarias (en adelante ADIF)¹²¹⁶.

Para calificar los pagos de las Administraciones públicas a las unidades públicas como incrementos en su inversión en activos financieros, el *Manual del SEC-95* toma en consideración, principalmente, la posición que adopta la Administración pública cuando efectúa tales pagos. Si el Gobierno actúa del mismo modo que un inversor privado, proveyendo fondos a la unidad pública y recibiendo algo a cambio por igual valor, normalmente un instrumento financiero, y espera obtener por su inversión una tasa de retorno suficiente, principalmente en forma de dividendos o intereses, en este caso la inyección de capital se contabilizará como operación financiera de acciones y otras participaciones.

Ahora bien, si el Gobierno no gestiona sus fondos con el objetivo de adquirir activos rentables, como lo haría un inversor privado, sino para alcanzar objetivos sociales o colectivos para los cuales el capital privado no estaría disponible, en este caso la inyección de capital tiene que ser contabilizada como transferencia de capital. Partiendo de estos parámetros y dado que la construcción de infraestructuras públicas de transporte es un elemento clave de política económica y social, se puso en entredicho la calificación de las operaciones entre las Administraciones públicas y GIF, y con posterioridad ADIF, como adquisición de activos financieros¹²¹⁷.

Esta situación hizo que Eurostat, en sus misiones de 2004 y 2007 a España, se pronunciara sobre la naturaleza de las inyecciones de capital que las Administraciones públicas efectuaban a GIF/ADIF. En la primera misión, Eurostat concluyó que estas inyecciones de capital podían ser clasificadas como operaciones financieras. No obstante, también apuntó que podrían ser recalificadas como transferencias de capital si de un análisis posterior se derivaba que ADIF (en aquel momento, GIF) no era una entidad rentable.

¹²¹⁶ Como veremos, ADIF se creó en el año 2004, en el marco de una restructuración más amplia del sistema ferroviario español.

¹²¹⁷ En este punto, como señala BAREA TEJEIRO, incluso surgieron dudas sobre la contabilización, a efectos de estabilidad presupuestaria, de aquellas aportaciones que sí tenían la calificación de activos financieros. De ello, deja constancia la Ley de Acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 2004 al disponer la necesidad de que dichas aportaciones estuvieran informadas preceptivamente por la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, con el fin de determinar sus efectos sobre el equilibrio presupuestario. Véase, BAREA TEJEIRO, José, “El marco conceptual del déficit público”, cit., p. 68.

En el año 2004, se reestructuró el sistema ferroviario español y se creó ADIF. A nivel de contabilidad nacional, ADIF se considera una unidad institucional pública de mercado. Sobre la clasificación sectorial de ADIF no hubo discordancias entre Eurostat y las autoridades estadísticas españolas¹²¹⁸.

ADIF es el propietario/gestor de todas las infraestructuras rentables de alta velocidad. Uno de los principales objetivos de esta reestructuración, como después destacaría Eurostat¹²¹⁹, era asegurar que ADIF sería una sociedad rentable en algún momento del futuro.

En el contexto de la reestructuración de 2004, el Gobierno asumió, por un lado, una parte importante de la deuda de RENFE, tal operación fue clasificada en las cuentas nacionales como “otras transferencias de capital” (D.99). Y por otro lado, la deuda derivada de la transferencia de todos los activos del sistema ferroviario convencional, que fue contabilizada en el balance público como “formación de capital fijo” (P.51). Estas dos operaciones tuvieron impacto en los niveles de déficit del Estado español. Concretamente, un incremento total de 5459 millones de euros, 3659 millones de euros y 1800 millones de euros por cada operación, respectivamente¹²²⁰.

Tras la reorganización del sistema ferroviario en 2004, existen tres actores involucrados en la construcción y funcionamiento: RENFE–Operadora como operador de los ferrocarriles; ADIF como propietario de todas las infraestructuras rentables de alta velocidad; y el Gobierno como propietario de todas las infraestructuras convencionales y de aquellas infraestructuras de alta velocidad que se considera que no serán rentables en el futuro.

Bajo esta coyuntura, Eurostat, en su misión de 2007, se pronunció de nuevo respecto a la naturaleza de las inyecciones de capital efectuadas por las Administraciones públicas a ADIF. En esta decisión, Eurostat, si bien no alcanzó conclusiones definitivas respecto a la naturaleza de las inyecciones de capital, sí apuntó algunos de los elementos que, posteriormente, en su Recomendación de 26 de julio de 2007 le llevarían a calificar estas operaciones como transferencias de capital. En este

¹²¹⁸ Eurostat taxativamente afirma que “ADIF es tanto unidad institucional, como unidad de mercado. Y, en la medida en que en este punto hay acuerdo entre Eurostat y las autoridades estadísticas españolas, no es necesario llevar a cabo un análisis más amplio”. Véase, EUROSTAT, *Methodological treatment of the capital injections into ADIF*, 26 de julio de 2007, Luxemburgo, p. 2.

¹²¹⁹ EUROSTAT, *Methodological treatment of the capital injections into ADIF*, 26 de julio de 2007, Luxemburgo, p. 2.

¹²²⁰ Datos aportados por Eurostat, véase, EUROSTAT, *EDP dialogue visit to Spain. Final Findings*, 14 de junio de 2007, Luxemburgo, p. 13.

pronunciamiento, Eurostat señaló que para que una inyección de capital sea contabilizada como operación financiera es necesario que se cumplan dos reglas: i) que la entidad sea rentable; ii) que el gobierno actúe como un inversor privado. Junto a estos dos aspectos, Eurostat destacó que el proyecto de ADIF estaba cofinanciado por la Unión Europea. Este elemento, como ya había sucedido en casos similares en otros Estados de la Unión Europea, constituía un indicio de que la operación era un gasto para el Estado, del mismo modo que lo era para la Unión Europea.

A pesar de estas afirmaciones, Eurostat requirió mayor información a las autoridades estadísticas nacionales para poder realizar conclusiones definitivas. Concretamente, solicitó el contrato Programa entre el Estado y ADIF; información sobre las cantidades que RENFE paga a las Administraciones públicas en concepto de cánones; e información adicional sobre las tres secciones del Plan Empresarial (líneas de alta velocidad, contratos de mantenimiento con el Estado y otras actividades), puesto que las diferentes líneas de negocio correspondientes a cada una de estas secciones no estaban completamente claras y cualquier subvención cruzada entre secciones debía estar correctamente reflejada.

El 8 de marzo de 2007, se llevó a cabo una reunión específica en Luxemburgo entre las autoridades estadísticas españolas y Eurostat para tratar la naturaleza de los contratos entre el Gobierno y ADIF. Tras esta reunión, Eurostat emitió la citada Recomendación de 26 de julio de 2007¹²²¹. En ella, Eurostat ratificó que no se cumplían los dos criterios básicos anteriormente señalados y que, por tanto, las operaciones debían ser contabilizadas como operaciones no financieras. En particular, en primer lugar, no se esperaba que ADIF generara beneficios al menos hasta 2013/2014 y, además, aunque ADIF fuera rentable a partir de esa fecha, la rentabilidad estimada sería de todos modos muy baja, entre el 1 % y el 2 %. Y en segundo lugar, a pesar de que en términos generales el *Manual del SEC-95* (edición de 2002, entonces vigente) no fijaba una tasa de rendimiento que debía superarse, el principio general establece que las Administraciones públicas deben actuar como un inversor privado, requisito que Eurostat consideró que no parecía cumplirse en el caso de las inyecciones de capital a ADIF.

A mayor abundamiento, Eurostat advirtió de la existencia de algunos elementos que ponían de manifiesto que las aportaciones del Gobierno a ADIF eran verdaderas transferencias de capital. El primero era el carácter repetitivo de los pagos efectuados

¹²²¹ EUROSTAT, *Methodological treatment of the capital injections into ADIF*, 26 de julio de 2007, Luxemburgo.

por el ente público, factor que se producía tanto respecto de ADIF como de su predecesor GIF. Estos habían recibido inyecciones de capital todos los años desde 1996 hasta 2007, previéndose la realización de más inyecciones en los próximos años¹²²².

El segundo factor adicional apuntado por Eurostat era que el Gobierno era el único inversor de ADIF, no existiendo otros inversores privados que participasen en la inyección de capital. La participación de inversores privados constituye una evidencia, bajo determinadas circunstancias, de que la inversión es rentable y que la transferencia puede ser contabilizada como operación financiera. Sin embargo, este no era el caso.

El tercer elemento era la cofinanciación de algunas de las infraestructuras de alta velocidad por la Unión Europea. La financiación por parte de la Unión Europea no se vincula a la existencia de rentabilidad, al contrario, una de las razones por las que la Unión Europea contribuye aportando capital a determinados proyectos es justamente porque el Gobierno puede tener dificultades para vincular a inversores privados. A nivel de la contabilidad de la Unión Europea, las inversiones a ADIF eran contabilizadas como gastos de la Unión y rendimientos del beneficiario (en este caso, ADIF). Por ello, parecía lógico que las aportaciones que realizaba el Estado también tuvieran la misma calificación.

Finalmente, para Eurostat el elemento clave para calificar la operación como transferencia de capital se encontraba en el contrato Programa entre el Gobierno y ADIF. En este último se establecía que las inyecciones de capital se destinarían específicamente a la construcción de la infraestructura de alta velocidad. Respecto a ello, el *Manual del SEC-95*, ya en su versión de 2002, claramente disponía que “*las inyecciones de capital condicionadas a que las sociedades públicas gasten los fondos en formación de capital fijo, sin mayores compromisos por parte del receptor, como llevar a cabo pagos, deben registrarse como transferencias de capital, en este caso como ayudas a la inversión (D.92)*”¹²²³.

¹²²² En los casos en los que existen dudas sobre la naturaleza de la inyección de capital, denominados *borderline cases*, para Eurostat, la existencia de pagos repetitivos por parte de la Administración pública constituye uno de los elementos claves para poder delimitar la naturaleza de dichos pagos. El carácter repetitivo de los pagos es una presunción de que no existirá contrapartida y, por lo tanto, la inyección deberá ser calificada como transferencia de capital.

El segundo factor decisivo en los *borderline cases* es la calificación de la operación por la Comisión Europea como ayuda de Estado. Los flujos de capital considerados ayudas de Estado deben ser calificados, con carácter general, como transferencias de capital. Véase, EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, pp. 118 y 119.

¹²²³ EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, pp. 118 y 199 (Box 1).

En resumen, todo lo anterior llevó a Eurostat a considerar que las inyecciones de capital a ADIF debían ser clasificadas como operaciones no financieras, concretamente como transferencias de capital bajo la forma de ayudas a la inversión¹²²⁴.

Frente a estas consideraciones de Eurostat, las autoridades estadísticas españolas efectuaron las correspondientes alegaciones recogidas en el documento *Comments on the methodological analysis by Eurostat about the ESA95 accounting treatment of the capital injections into ADIF*¹²²⁵. En sus alegaciones, el Instituto Nacional de Estadística apuntó que, si bien el rendimiento de ADIF era bajo, del 1 % y el 2 %, el rendimiento requerido a cada inversión depende de los rasgos de esta. Así, en el caso de inversiones con un largo período de duración, como es el caso de las autopistas de peaje construidas y gestionadas por un ente privado, la rentabilidad se alcanza solo después de bastantes años, y su tasa de retorno no es general muy elevada.

Además, el Instituto Nacional de Estadística manifestó que las operaciones entre las Administraciones públicas y las sociedades públicas debían clasificarse en función de los criterios expresamente establecidos en el *Manual del SEC-95*, y que este último (en su versión de 2002, entonces vigente) no hacía referencia a la necesidad de alcanzar un cierto nivel de rentabilidad para que la operación fuera calificada de financiera. El *Manual del SEC-95*, versión de 2002, tan solo requería que existieran rendimientos esperados de la operación y que la operación incrementase los fondos del Gobierno, ya fuera a través de un aumento en sus derechos de propiedad en la compañía o mediante una potencial distribución de rendimientos (dividendos), requisitos que para el Instituto Nacional de Estadística ADIF cumplía¹²²⁶.

¹²²⁴ Siguiendo el árbol de decisión recogido en la versión de 2013 del *Manual del SEC-95*, en el caso de ADIF, en primer lugar, junto a la inversión pública no existe inversión de accionistas privados. Y en segundo lugar, es una sociedad pública con pérdidas. Bajo estas circunstancias, por regla general, la inyección de capital debe calificarse como transferencia de capital por su cuantía total. Véase, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, pp. 115 y 116. A nuestro parecer, el supuesto de ADIF es equivalente al recogido en el apartado III.2.2.2.1 (no existen accionistas privados y la sociedad pública posee pérdidas).

¹²²⁵ Véase, INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Comments on the methodological analysis by Eurostat about the ESA95 accounting treatment of the capital injections into ADIF*, 13 de agosto de 2007, Madrid.

¹²²⁶ El Instituto Nacional de Estadística señaló que, en la medida en que el *Manual del SEC-95* iba a ser objeto de revisión en un futuro cercano, el asunto debe ser examinado en los grupos de trabajo de cuentas financieras y de cuentas nacionales y se debe determinar con claridad los requisitos bajo los que se considera que el ente público actúa como un inversor privado. Eurostat delimitó con detalle esta cuestión en su versión de 2010 del *Manual del SEC-95*, precisión que se mantiene en sus versiones de 2012 y 2013. Véase, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, pp. 121 (box 2).

En cuanto al hecho de que la inversión estuviera cofinanciada por la Unión Europea, el Instituto Nacional de Estadística manifestó que otorgar un tratamiento diferencial a la financiación concedida por la Unión Europea (como gasto) de la aportada por el Estado (acciones y otros fondos propios), estaba justificado en la medida que las inyecciones de capital de ambos actores se llevaban a cabo en condiciones diferentes. Las contribuciones de la Unión Europea eran sin retorno, mientras que las contribuciones del Estado español se llevaban a cabo bajo el estatus de propietario del capital de ADIF. Por lo tanto, el Estado esperaba la devolución de las contribuciones realizadas.

Por último, en relación con la vinculación de la inyección de capital a la adquisición de activos fijos, y que ello comportase su contabilización como ayuda a la inversión, el Instituto Nacional de Estadística señaló que Eurostat aplicaba una sección del *Manual del SEC-95* habiendo decidido, de forma previa, que la inyección de capital constituía una transferencia de capital. Para el Instituto Nacional de Estadística, el criterio del destino de la inyección se utiliza para la concreción de la naturaleza de las transferencias de capital, concretamente, para determinar si estas últimas pueden ser contabilizadas como “ayudas a la inversión” (D.92) o como “otras transferencias de capital” (D.99). Dicho de otro modo, el Instituto Nacional de Estadística, partiendo de la redacción del *Manual del SEC-95* (versión 2002), consideraba que el destino de los fondos no constituía un criterio para discernir si existe una operación financiera o una operación no financiera, sino para clasificar los tipos de operaciones no financieras (transferencias de capital).

A pesar de las objeciones planteadas por el Instituto Nacional de Estadística, Eurostat mantuvo la contabilización de las inyecciones de capital a ADIF como ayudas a la inversión. En 2008, aplicando los mismos criterios, Eurostat contabilizó de nuevo como “ayudas a la inversión” (D.92) las inyecciones de capital del Gobierno español a RENFE–operadora. Así se recoge en el documento *Methodological treatment of the capital injections into RENFE – Operadora in 2006*¹²²⁷).

Finalmente, en el *Manual del SEC-95* en su versión de 2010, Eurostat precisó algunos de los aspectos sobre la naturaleza de las inyecciones de capital que quedaban indeterminados en la versión de 2002. La nueva redacción se mantiene en la versión del *Manual del SEC-95* de 2013. En este sentido, el *Manual del SEC-95* (2013) precisa qué

¹²²⁷ EUROSTAT, *Methodological treatment of the capital injections into RENFE – Operadora in 2006*, 28 de marzo de 2008, Luxemburgo.

se considera una tasa de retorno suficiente¹²²⁸. “Una tasa de retorno suficiente” es aquella que equivale, al menos a: i) la tasa de retorno – ajustada en función del riesgo– que espera un inversor privado en inversiones similares en el mismo sector o actividad; ii) el tipo de interés de los bonos del Estado a largo plazo. Bajo estos parámetros, difícilmente se puede afirmar que las inyecciones de capital de las Administraciones públicas a ADIF poseen una tasa de retorno suficiente.

No obstante, en cuanto al destino de los fondos a la adquisición de activos fijos, elemento controvertido en el caso de ADIF, la nueva redacción del *Manual del SEC–95* no parece incluir este aspecto para evaluar si una operación es, o no, una operación financiera. Para determinar si nos encontramos frente a una operación financiera, el análisis del *Manual del SEC–95* (2013) se basa en tres preguntas: i) ¿el Gobierno invierte solo o de forma conjunta con inversores privados?; ii) ¿la sociedad pública ha acumulado durante los últimos años pérdidas netas o pérdidas excepcionales?; iii) ¿es probable que el Gobierno reciba una tasa de retorno suficiente por su inversión?¹²²⁹

Como puede observarse el destino de los fondos no es un elemento que se tome en consideración en este momento del análisis. Por el contrario, como había señalado acertadamente el Instituto Nacional de Estadística, este aspecto se valora en el apartado relativo a las formas de contabilización de las operaciones no financieras¹²³⁰. En particular, cuando se determina si el destino de la transferencia de capital de la Administración es financiar, total o parcialmente, el coste de activos fijos de la unidad, en este caso, de la empresa pública¹²³¹.

Por tanto, a nuestro parecer, a pesar de las últimas afirmaciones relativas a la secuencia de aplicación de los criterios establecidos en el *Manual del SEC–95*, siguiendo la redacción más detallada del *Manual del SEC–95* de 2013, no caben prácticamente objeciones a la decisión adoptada por Eurostat en 2007. La clasificación de las inyecciones de capital a ADIF como transferencias de capital debe colegirse de la reducida tasa de retorno que el Gobierno obtenía. O dicho de otro modo, porque este no actuaba como un inversor privado. Por su parte, el elemento del destino de los fondos,

¹²²⁸ EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 121 (Box 2). El Instituto Nacional de Estadística había manifestado la necesidad de concretar este elemento.

¹²²⁹ EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, (la secuencia que debe seguirse para resolver estas cuestiones se recoge con claridad en el esquema de la p. 115).

¹²³⁰ EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, apartado, III.2.3.2.3.

¹²³¹ EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 124.

constituye el criterio para concretar, *a posteriori*, el modo de contabilización de la transferencia de capital, en este caso como “ayuda a la inversión” (D.92).

Tras estos pronunciamientos de Eurostat respecto de ADIF y RENFE que supusieron un importante incremento de los niveles de déficit y deuda públicos del Estado, el 7 de abril de 2010, se presentó por el Gobierno, con la intervención clave del Ministerio de Fomento, un Plan Extraordinario de Infraestructuras (en adelante, PEI), por importe de 17.000 millones de euros en inversiones. El 70 %, aproximadamente, de esta cuantía se destinarían a infraestructuras ferroviarias, y el 30 % a la mejora de infraestructuras viarias, básicamente, carreteras.

El PEI se aprobó con el objetivo de reactivar la economía y el empleo a través de la inversión en infraestructuras públicas de transporte¹²³². A través del PEI el Gobierno pretendía que esta inversión no afectase a los compromisos asumidos de reducción de déficit público¹²³³. Para ello, se utiliza el modelo concesional, con pagos que se iniciarán una vez estén finalizadas y puestas en funcionamiento las obras, a partir del 2014, y que tendrán lugar durante el período de tiempo que dure la concesión, con carácter general de 20 a 30 años. Sin embargo, la no afectación de los contratos de colaboración público–privada realizados en el marco del PEI en los niveles de déficit y deuda públicos depende de múltiples aspectos, que no detallaremos en este momento de nuestro estudio porque serán objeto de análisis *in extenso* con posterioridad en este capítulo, concretamente, en el apartado relativo a la suscripción de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado y sus efectos jurídico financieros¹²³⁴.

Antes de concluir este apartado, haremos una breves reflexiones sobre la clasificación sectorial de entes y las relaciones entre las Administraciones públicas y las sociedades públicas a través del caso de ADIF.

Existen dos aspectos que deben ser tomados en consideración a la hora de establecer la incidencia de un ente en los niveles de déficit y deuda del sector Administraciones públicas:

¹²³² Véase el documento presentado por el Ministerio de Fomento sobre el Plan Extraordinario de Infraestructuras, p. 2. Disponible vía Internet: <http://www.fomento.es/NR/rdonlyres/F3F6D384-47F9-4581-A0A5-3329170EE2B5/71117/100407InformePublicoPrivada.pdf> (última consulta, junio de 2013).

¹²³³ Textualmente el documento presentado por el Ministerio de Fomento establece que “El Plan se ha diseñado para que cumpla dos objetivos fundamentales: que no comprometa la estabilidad presupuestaria y que sea financiable por las entidades financieras”. *Ibidem*, p. 4.

¹²³⁴ Véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe Los contratos de colaboración público – privada, pp. 576 y ss.

En primer lugar, hay que determinar si el ente se integra en el sector Administraciones públicas (S.13), o en el sector “sociedades no financieras” (S.11), concretamente, en el subsector “sociedades no financieras públicas” (S.11001).

En segundo lugar, es necesario precisar la naturaleza de las relaciones existentes entre las empresas públicas, excluidas del sector Administraciones públicas, y las Administraciones públicas, para poder determinar si estas inciden en los niveles de déficit público.

En el caso ADIF ya señalamos que tanto Eurostat como las autoridades estadísticas españolas estaban de acuerdo en su clasificación como unidad institucional pública de mercado, inserta en el sector “sociedades no financieras” (S.11). Esta clasificación se extrae de la aplicación de los tres criterios que conforman el análisis sectorial de entes:

En relación con el primer criterio, ADIF constituye una unidad institucional y no un órgano dependiente de las Administraciones públicas. Como establece el art. 20 de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, ADIF se configura como una entidad pública empresarial de las previstas en el art. 43.1 b) de la LOFAGE, adscrita al Ministerio de Fomento a través de la Secretaría General de Infraestructuras. ADIF goza de personalidad jurídica propia, plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines y patrimonio propio y se rige por lo establecido en la Ley 39/2003 del Sector Ferroviario. El Capítulo V de la citada Ley se destina de forma íntegra a la regulación del régimen jurídico de ADIF, fijando entre otros aspectos sus recursos¹²³⁵, su patrimonio propio –independiente al de la Administración General del Estado–, y su

¹²³⁵ El art. 23 de la Ley 39/2003 del Sector Ferroviario recoge los recursos del Administrador de infraestructuras ferroviarias, y entre ellos se incluyen: 1º Las aportaciones patrimoniales del Estado, que constituirán los recursos propios del ente. 2º Los que obtenga por la gestión y explotación de su patrimonio o de aquel cuya gestión se le encomiende y por la prestación de servicios a terceros. 3º Los ingresos, comerciales o de otra naturaleza, que obtenga por la ejecución de los convenios o contratos-programa celebrados con el Estado para la construcción y administración de las infraestructuras ferroviarias de titularidad del Estado. 4º Las tasas cuyo importe deba percibir por afectación, con arreglo a esta Ley. 5º Los fondos comunitarios que le puedan ser asignados. 6º Los cánones que perciba por la utilización de las infraestructuras ferroviarias. 7º Las subvenciones que, en su caso, puedan incluirse en los Presupuestos Generales del Estado. 8º Las aportaciones del Estado a título de préstamo, que, en su caso, puedan incluirse en los Presupuestos Generales del Estado de cada ejercicio. 9º Los recursos financieros procedentes de operaciones de endeudamiento, cuyo límite anual será fijado en las leyes de Presupuestos Generales del Estado de cada ejercicio. 10º Las donaciones. 11º Los que obtenga por la ejecución de los convenios que celebre con las Comunidades Autónomas, entidades locales o con entidades privadas. 12º Cualesquiera otros ingresos financieros o no financieros y otros que obtenga de acuerdo con lo previsto en la Ley o en las normas reglamentarias que la desarrollen.

régimen presupuestario –que se fijará por su Estatuto siguiendo lo establecido en la Ley General Presupuestaria–. El art. 2 del Estatuto de ADIF determina su autonomía de gestión, que tiene como límite “*la garantía del interés público, la satisfacción de las necesidades sociales con la máxima calidad, la seguridad de los usuarios y la eficacia global del sistema ferroviario*”. El Consejo de Administración goza de autonomía en el ejercicio de su función principal, y es el encargado de aprobar el informe de gestión, las cuentas anuales y la propuesta de aplicación de resultados de la entidad (art. 16 del Estatuto de ADIF)¹²³⁶. En conclusión, ADIF constituye una unidad institucional al dar cumplimiento a los dos requisitos fijados en el SEC-95 para ello, poseer autonomía de decisión en el ejercicio de su función principal y un sistema completo de cuentas¹²³⁷.

En cuanto al segundo criterio, relativo a la naturaleza pública o privada de la entidad, ADIF tiene naturaleza pública. El control de la política general de ADIF lo ejercen las Administraciones públicas, mediante el nombramiento de los miembros del Consejo de Administración. Concretamente, el art. 15 de los Estatutos de ADIF determina que el nombramiento y cese de los vocales del Consejo de Administración de ADIF se lleva a cabo por el Ministro de Fomento.

Respecto al tercer criterio, si la unidad es de mercado o no mercado, se debe tomar en consideración si las ventas de la unidad institucional pública financian el 50 % o más de sus costes de producción (constituyen precios económicamente significativos), o por el contrario no alcanzan este porcentaje. De igual forma, debe evaluarse si los precios se cobran por servicio prestado que implique coste. O dicho de otro modo, si sus ingresos tienen o no la consideración de ventas. ADIF al financiar más del 50 % de sus costes y sus ingresos ser considerados ventas, tiene la naturaleza de unidad de mercado. Este hecho hace que ADIF, pero también otras entidades como AENA o RENFE operadora, no se integren en el sector Administraciones públicas, mientras que otras entidades públicas como MINTRA o RTVE, consideradas productores no de mercado, se incluyan en el sector Administraciones públicas y su déficit y deuda se incluyan en el balance público. En síntesis, la diferencia básica es que los precios que las primeras cobran por alquilar infraestructura a otros operadores (como RENFE operadora, en el

¹²³⁶ Cuentas anuales que posteriormente deberán rendirse al Tribunal de Cuentas, de acuerdo con la normativa presupuestaria, y a la Intervención General de la Administración del Estado (art. 23 apartados ñ) y o), respectivamente, del Estatuto de ADIF).

¹²³⁷ Existen otras empresas públicas que, a diferencia de ADIF, al no gozar de autonomía de decisión sus inversiones se consideran directamente realizadas por el Ministerio del que dependen funcionalmente. Estas entidades se integran en el perímetro de consolidación de déficit a efectos de contabilidad nacional. Algunos ejemplos son Siepsa (empresa pública encargada de construcción de cárceles) o Segipsa (gestión patrimonial de edificios estatales).

caso de ADIF, e IBERIA, en el caso de AENA) son precios económicamente significativos y no se encuentran subvencionados.

No obstante, su consideración como unidades de mercado no comporta, en todo caso, que su actividad no tenga incidencia en los niveles de déficit y deuda públicos. El segundo elemento que debe valorarse es su financiación, puesto que si esta es mayoritariamente vía transferencia de capital del Presupuesto del Estado estas operaciones incrementarán el déficit público. Por el contrario, si el Estado lleva a cabo tan solo aportaciones de capital a la empresa por las que espera obtener rentabilidad, estas inyecciones no incidirán en el déficit público. Por tanto, la calificación como unidad institucional de mercado es una condición necesaria pero no suficiente para que un ente desarrolle funciones esencialmente públicas y no incida en los niveles de déficit y deuda públicos.

Esta segunda premisa no se cumple en todas las aportaciones que recibe ADIF, a menudo a cargo de los Presupuestos Generales del Estado. De hecho, en sus primeros años de existencia, la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, que aprueba los Presupuestos Generales del Estado para el año 2005, incluyó una consignación de crédito a favor de ADIF por importe de 1.850 millones de euros, que se registró contablemente como aportación patrimonial en los fondos propios de la Entidad. Asimismo, la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio 2006, estableció una consignación de crédito a favor de ADIF en concepto de aportación patrimonial por un total de 1.851 millones de euros. Por tanto, podemos observar una financiación mixta de ADIF, privada a través del canon que cobra por la utilización de la infraestructura ferroviaria a RENFE, y a otros operadores, y pública a través de subvenciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, que en términos de contabilidad nacional se contabilizan como ayudas a la inversión.

En cuanto a la contabilización de estas operaciones entre el Estado y empresas públicas, el Informe Económico y Financiero de los Presupuestos Generales del Estado de 2012 establece, entre los ajustes a efectuar para convertir los datos de la contabilidad presupuestaria en datos en términos de contabilidad nacional, la recalificación de las inyecciones de capital del Estado a empresas públicas. Señalando, concretamente, que *“en la contabilidad presupuestaria las aportaciones de capital a empresas consideradas como Administraciones Públicas, así como las aportaciones de capital que se consideran que no van a generar rentabilidad económica, se consideran como operaciones financieras, de manera que no afectan al saldo presupuestario no financiero, mientras que en contabilidad nacional, tienen el tratamiento de operaciones no financieras que sí afectan al saldo de contabilidad nacional, generando el ajuste*

correspondiente que, para el ejercicio 2012, supone un mayor gasto y un mayor déficit por un importe estimado de 1.239, 51 millones de euros”¹²³⁸. A través de este ajuste se da cumplimiento a las Recomendaciones de Eurostat que califican las inyecciones de capital de las Administraciones públicas a ADIF como operaciones no financieras (transferencias de capital- ayudas a la inversión) que tienen repercusión en los niveles de déficit y deuda públicos.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que cada vez son más estrictos los criterios fijados por Eurostat para que un ente, con funciones públicas, no incida en los niveles de déficit y deuda públicos a efectos de la apertura de un procedimiento de déficit excesivo. Así, en primer lugar, el ente tendrá que constituirse como una unidad institucional pública de mercado, para ello tendrá que cobrar precios que cubran el 50 % de sus costes (precios significativos). Y en segundo lugar, las aportaciones de capital que reciba por parte de las Administraciones públicas tendrán que generar un nivel de rentabilidad suficiente, que permita entender que la Administración pública actúa del mismo modo que un inversor privado. De no cumplirse este requisito, estas transferencias se considerarán gasto de la Administración pública que incrementarán sus niveles de déficit público. Este es el caso de ADIF, que da cumplimiento al primer requisito pero no así al segundo. Estas circunstancias muestran que la supuesta huida de los controles de disciplina presupuestaria es compleja. Es difícil configurar una entidad que, pese a desempeñar funciones en esencia públicas y estar financiada por las Administraciones públicas, dé cumplimiento, por un lado, al test de la clasificación sectorial de entes, y por otro lado, al test sobre la naturaleza de las inyecciones de capital.

Por último, debemos apuntar que incluimos este apartado relativo a las relaciones entre las Administraciones públicas y las empresas públicas en el apartado más amplio sobre la configuración del sector Administraciones públicas porque a través del análisis de los flujos entre las Administraciones públicas y las unidades institucionales públicas se evalúa de nuevo, indirectamente, el carácter de mercado de la unidad institucional pública. Es decir, se analiza el tercer criterio de la clasificación sectorial de entes. La sociedad pública debe llevar a cabo una actividad rentable en términos económicos (sin pérdidas), que le permita aportar una tasa de retorno

¹²³⁸ El conjunto de ajustes se pueden observar en el Informe Económico y Financiero de los Presupuestos Generales del Estado para 2010, pp. 158 a 162.

Este ajuste por “Aportaciones de capital del Estado a empresas públicas” había ascendido a 5.770, 58 millones de euros en 2010, y a 5.129,07 millones de euros en 2011. Véase, el Informe Económico y Financiero de los Presupuestos Generales del Estado para 2010 y para 2011, pp. 145 y 132, respectivamente.

suficiente a las Administraciones públicas por su inversión. Por el contrario, si se generalizan las transferencias de capital que las Administraciones públicas realizan a la sociedad pública es posible que esta acabe perdiendo su consideración de productor de mercado, al no cubrir la regla del 50 %, y deba clasificarse en el sector Administraciones públicas.

Por tanto, el análisis de la naturaleza de los flujos entre las Administraciones públicas y las sociedades públicas es un mecanismo para evaluar de forma periódica la clasificación sectorial de aquellas unidades institucionales públicas que se han excluido del sector Administraciones públicas. Estas reclasificaciones incrementan el alcance del elemento subjetivo del concepto europeo de deuda pública y pueden comportar aumentos en los niveles de déficit y deuda públicos a efectos del PDE¹²³⁹.

4. LA CLASIFICACIÓN SECTORIAL DE ENTES CREADOS PARA EL APOYO AL SISTEMA FINANCIERO Y A LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UEM

4.A. La clasificación sectorial de entes creados para el apoyo al sistema financiero y al sector eléctrico

La crisis económica ha generado necesidades específicas de intervención por parte de los Estados, actuaciones que han producido elevados volúmenes de endeudamiento público. En numerosas ocasiones la participación estatal se ha canalizado a través de entes específicos creados para el desarrollo de esa función y no por las Administraciones públicas directamente. Este es el caso de los Fondos que analizamos a continuación. Eurostat ha examinado la naturaleza de algunos de estos entes para determinar su inclusión o exclusión en el sector Administraciones públicas y su repercusión en los niveles de déficit y deuda públicos.

Para determinar los rasgos característicos de los fondos, nos remitiremos brevemente al Derecho mercantil, rama donde estos han tenido un mayor arraigo. Los

¹²³⁹ Con los nuevos criterios del SEC-2010, se espera la reclasificación de otros entes en el sector Administraciones públicas en los datos presentados a partir de septiembre de 2014. Estos son los casos de los Ferrocarrils generalitat Catalunya y la Ciudad de las artes y de las ciencia (CASCA), que serán reclasificados en el subsector Comunidades Autónomas. EUROSTAT, *EDP Dialogue visit to Spain*, 24-25 January, Luxemburgo, 30 de agosto de 2013, pp. 7 a 9.

fondos se conciben como un fideicomiso *inter vivos*¹²⁴⁰. Se entiende por fideicomiso “la relación jurídica por la que una persona recibe de otra un encargo que ha de cumplir con unos bienes determinados cuya propiedad se le transfiere a título de confianza”¹²⁴¹. De esta definición se extraen cuatro notas características del fideicomiso: 1) la transmisión de la propiedad fiduciaria; 2) la existencia de un encargo; 3) la necesidad de que ese encargo se ejecute con el patrimonio que se transfiere; 4) el fondo que se constituye no adquiere personalidad jurídica¹²⁴².

Ahora bien, el elemento central de los negocios fiduciarios es la confianza que el fiduciante deposita en el fiduciario, “al proporcionarle una situación jurídica superior a aquella que exige la finalidad de la gestión o de la garantía perseguida, se hace posible que el fiduciario viole la confianza, ejercitando con plenos efectos jurídico – reales el poder o derecho transmitido, puesto que es un auténtico propietario de la cosa”¹²⁴³. Como pone de manifiesto GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, en el verdadero negocio fiduciario el fiduciante lo juega todo a la pura confianza¹²⁴⁴.

Para frenar los amplios poderes de los que el fiduciante ha dotado al fiduciario, la estructura del negocio fiduciario se articula a través de dos negocios diferentes (esta es la denominada, “teoría del doble efecto”): “Hay, por un lado, un negocio jurídico real o dispositivo, que comporta una verdadera transmisión de la propiedad o del derecho al fiduciario. Este negocio se realiza con plenos efectos frente a terceros y de un modo perfecto e irrevocable. Hay, por otra parte, un negocio obligatorio, por virtud del cual el fiduciario viene obligado a ejercitar el derecho transmitido en una forma limitada y obligado a restituir, después la cosa, el bien o el derecho al fiduciante o al tercero especialmente designado para ello”¹²⁴⁵.

¹²⁴⁰ Estas operaciones encuentran probablemente su inspiración en la figura del *trust* del Derecho anglosajón, si bien, como es lógico, esta figura no puede ser trasladada a sistemas jurídicos diferentes, especialmente en sistemas jurídicos de Derecho continental. En el ordenamiento jurídico español, el fideicomiso deberá construirse como un derecho real. Los causas de la imposibilidad de translación de la figura del *trust* se describen por GARRIGUES DÍAZ- CAÑABATE, Joaquín, *Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil*, 2ª ed. Cuadernos Civitas, Civitas, Madrid, 1981, pp. 89 y ss.

¹²⁴¹ Véase, ESTRADA ALONSO, Eduardo, *El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010, pp. 1 y 4.

¹²⁴² *Ibidem*, p. 4.

¹²⁴³ DÍEZ – PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Dictámenes jurídicos*, Civitas, Madrid, 1987, p. 30.

¹²⁴⁴ Esta situación de confianza, de la que puede derivarse una potestad de abuso por parte de la persona a quien se confía, el elemento que caracteriza a los negocios fiduciarios. Véase, GARRIGUES DÍAZ- CAÑABATE, Joaquín, *Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil*, cit., p. 19.

¹²⁴⁵ DÍEZ – PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Dictámenes jurídicos*, cit., p. 30.

En cuanto a la razón de ser de los negocios fiduciarios, para GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, esta “es siempre la misma: la radical insuficiencia de los repertorios legales frente a las necesidades de la vida práctica; el conflicto entre la esencial estabilidad de los ordenamientos legales y la inevitable variabilidad de las exigencias económicas vitales. Más si nos detenemos un poco en las causas concretas de esta utilización de formas jurídicas atípicas para fines atípicos, podremos descubrir a lo largo de la historia del Derecho tres motivos fundamentales: la pobreza y rigidez de las formas contractuales, la inercia de la contratación y el propósito de eludir las leyes prohibitivas o las normas fiscales”¹²⁴⁶.

Existen diferentes tipos de fideicomiso: fideicomiso de inversión, fideicomiso de garantía, fideicomiso de seguro de vida; fideicomiso de ejecución testamentaria; fideicomiso traslativo de dominio; depósito y administración de bienes con condición específica de aplicación, fideicomiso de casa-habitación; etc.¹²⁴⁷. Las necesidades de los particulares de establecer nuevas formas de inversión, propiciaron la generalización de la inversión colectiva, y con ella los fondos de inversión. El fondo de inversión es un instrumento de ahorro que reúne a un gran número de personas que quieren invertir dinero. La estructura de estos fondos en esencia guarda numerosas similitudes con el fideicomiso *inter vivos*, aunque no se regule esta figura como tal en nuestro ordenamiento jurídico¹²⁴⁸.

¹²⁴⁶ Como apunta GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE en relación con los negocios fiduciarios, entre los que los fondos se incardinan, “la razón de ser de estos negocios, cuya catalogación resulta a veces difícil, GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, Joaquín, *Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil*, 2ª ed., cit., p. 12.

¹²⁴⁷ Los diferentes fideicomisos y una breve descripción de sus características puede verse en DÍEZ – PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Dictámenes jurídicos*, cit., pp. 25 a 28.

¹²⁴⁸ El Ordenamiento jurídico español no reconoce la propiedad dividida, por ello, los fondos de inversión se califican como patrimonio separado de los afiliados. Sin embargo, como apunta ESTRADA ALONSO, muchas de las características de los fondos coinciden con el fideicomiso: la titularidad formal de los activos figura a nombre de la gestora; la separación del patrimonio del fondo respecto del propio de la Administradora; la existencia de aportantes (fiduciarios) y de beneficiarios (los inversores) y la inembargabilidad de los bienes que constituyen el fondo. ESTRADA ALONSO, Eduardo, *El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica*, cit., p. 184.

De este modo, los fondos de inversión colectiva tienen un régimen específico, creado para adaptar el ordenamiento jurídico a la evolución del mercado, en el que una entidad gestora (Sociedad Gestora regulada) autorizada por el Ministerio de Economía, posee la dirección y administración del fondo. A cambio de esta singularidad, se establecen diferentes limitaciones a la actuación de los fondos: en primer lugar, los fondos deben estar inscritos en el Registro Mercantil; deben presentar las cuentas anuales; y su actividad es controlada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores. La regulación de los Fondos de Inversión colectiva se encuentra en la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (BOE núm. 265, de 5 de noviembre).

Del mismo modo, como observaremos a lo largo de nuestro estudio, muchas de las notas de los negocios fiduciarios también se pueden observar en los fondos creados por las Administraciones públicas para desempeñar determinadas funciones de política social–económica, salvando, obviamente, las múltiples diferencias dado que se trata de fondos de naturaleza pública. La ductilidad de la figura del fondo, permite atribuirle un régimen jurídico y unas funciones específicas en su Ley de creación. El fondo tendrá que llevar a cabo los fines que se le han atribuido con el patrimonio del que se le ha dotado. El Consejo Rector del fondo determinará sus actuaciones con una cierta autonomía, actuaciones que estarán controladas en última instancia por las Administraciones públicas. Estas notas se observarán con detalle en cada uno de los fondos.

A nivel presupuestario, el art. 2 de la LGP diferencia dos tipos de fondos: aquellos carentes de personalidad jurídica que se dotan mayoritariamente de fondos de los Presupuestos Generales del Estado (art. 2.2 LGP). Y los órganos con dotación diferenciada en los Presupuestos Generales del Estado, que careciendo de personalidad jurídica, no están integrados en la Administración General del Estado, forman parte del sector público estatal, y su régimen económico–financiero se regula por la LGP, sin perjuicio de las especialidades que se establezcan en sus normas de creación, organización o funcionamiento (art. 2.3 LGP). Respecto a estos últimos, la LGP precisa que su régimen de contabilidad y control quedará sometido en todo caso a lo establecido en sus normas de creación, y no les será aplicable en estas materias lo establecido en la LGP.

Con el objetivo de aportar soluciones a la crisis financiera española se han constituido dos Fondos: el primero, el Fondo para la Adquisición de Activos Financieros, creado a través del Real Decreto–Ley 6/2008, de 10 de octubre; el segundo, el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (en adelante, FROB), establecido mediante el Real Decreto–Ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito. Junto a estos dos fondos creados fruto de la coyuntura económica, analizaremos el Fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico. Este último, si bien nació en un momento previo a la constitución del resto de fondos, posee características similares a algunos de los Fondos anteriores y, a su vez, incide significativamente en los niveles de deuda pública.

Finalmente, señalar que los fondos se han creado a través de la técnica legislativa del Decreto–Ley, hecho que si bien puede estar justificado por la situación de

“extraordinaria y urgente necesidad”, pone de manifiesto la dilatada utilización de este instrumento legislativo¹²⁴⁹.

4.A.1. El Fondo de Adquisición de Activos Financieros

En los inicios de la crisis financiera, a través del Real Decreto–Ley 6/2008, de 10 de octubre, se creó el Fondo de Adquisición de Activos Financieros (en adelante, FAAF). El FAAF se constituyó para adquirir a las entidades financieras domiciliadas en España¹²⁵⁰ activos financieros de máxima calidad emitidos en los mercados de capital españoles¹²⁵¹. A diferencia de otros planes introducidos en otros países, como en Estados Unidos, el FAAF no tenía como función la adquisición de los activos financieros de alto riesgo (denominados comúnmente “activos tóxicos”¹²⁵²), sino la adquisición de activos que debían cumplir determinados requisitos de seguridad y rendimiento¹²⁵³.

¹²⁴⁹ El cumplimiento del supuesto habilitante del Decreto–Ley (art. 86.1 CE) por parte del Decreto–Ley 9/2009 ha sido valorado por el Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya. El Consell Consultiu defiende una posición restrictiva de la existencia del supuesto de “extraordinaria y urgente necesidad”, frente a la interpretación más laxa llevada a cabo por el Tribunal Constitucional. No obstante, en el caso concreto del Real Decreto–Ley 9/2009, el Consell Consultiu concluye que los argumentos vertidos por el Gobierno en la propia Exposición de Motivos de la norma justifican la existencia de un necesidad urgente, en la medida en que se da “una exigencia social imprevista e imprevisible, como es el peligro de que algunas entidades financieras puedan ver comprometida su viabilidad por causa de los problemas de liquidez y deterioramiento relativo de sus activos, la cual cosa obliga a proveer una norma reguladora que afronte una situación fáctica de carácter específico” (Fundamento 1º). CONSELL CONSULTIU DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, Dictamen núm. 295, de 29 de julio de 2009.

¹²⁵⁰ Entidades financieras domiciliadas en España y filiales de entidades de crédito extranjeras (especialmente, cajas de ahorro, cooperativas de crédito y establecimientos de crédito).

¹²⁵¹ Los activos que debían adquirirse se determinaban por la Comisión Ejecutiva del Fondo, de acuerdo con lo fijado por su Consejo Rector, y atendiendo en todo caso a los principios de objetividad, seguridad, transparencia, eficiencia, rentabilidad y diversidad (art. 4.1 del Real Decreto–Ley 6/2008).

Como destacó el BCE, debía tratarse de bonos con una calificación crediticia de ‘AAA’ y que fueran activos negociables en mercados secundarios. Véase, PETROVIC, Ana, y TUSTSCH, Ralf, “National rescue measures in response to the current financial crisis”, *Legal Working Paper Series*, Banco Central Europeo, (8), julio, 2009, pp. 75 y ss.

¹²⁵² Estos mecanismos, comúnmente denominados “Bancos malos”, Eurostat los califica como estructuras de liquidación (*defeasance structures*) y les atribuye un régimen específico. Este régimen se recoge en EUROSTAT, *The impact of bank recapitalisation on government finance statistics during the financial crisis*, 18 julio de 2012, Luxemburgo, p. 3 (cuadro).

¹²⁵³ Concretamente, el FAAF podía invertir mediante compra en firme en cédulas hipotecarias y bonos de titulización de activos respaldados por cédulas hipotecarias o mediante operaciones de compraventa dobles, también denominadas simultáneas, en cédulas hipotecarias, bonos de titulización de activos y bonos de titulización hipotecaria, respaldados por créditos concedidos a particulares, empresas y entidades no financieras (art. 2 Resolución de 31 de octubre de 2008). En cuanto a los requisitos que

Esta operación tenía carácter voluntario para las entidades bancarias y se basaba en criterios de mercado. A través de este mecanismo se pretendía mejorar la financiación que las entidades de crédito prestaban a las empresas y los ciudadanos. Por este motivo, se priorizaba la adquisición de activos respaldados por nuevo crédito para apoyar la financiación del sector privado¹²⁵⁴.

El art. 1.2 del Real Decreto–Ley 6/2008 dispuso que el régimen jurídico del FAAF “*será el previsto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, para los fondos carentes de personalidad jurídica cuya dotación se efectúe mayoritariamente desde los Presupuestos Generales del Estado*”. De este precepto podemos extraer dos características básicas del FAAF. En primer lugar, el FAAF no tiene personalidad jurídica, nota característica de los fideicomisos. En segundo lugar, su régimen jurídico–financiero es el regulado en la normativa básica (LGP), por tanto, la ley de creación del fondo no lo dotó de un régimen específico, como sí sucedió en el caso de otros fondos que analizaremos con posterioridad, como es el caso del FROB.

Un elemento determinante para la inclusión, o exclusión, del FAAF en el sector Administraciones públicas en términos de SEC–95 es su dotación. Para que el FAAF pudiera desempeñar sus funciones de adquisición de activos, el Decreto–Ley de creación lo dotó por un importe de 30.000 millones de euros, ampliables hasta un máximo de 50.000 millones de euros, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado (art. 2 Decreto–Ley 6/2008). Se optó, por tanto, por una dotación de carácter presupuestario en su totalidad, sin emplear dotaciones de carácter mixto, como sucedió en el FROB, cuya dotación inicial provino tanto de los Presupuestos Generales del Estado, como de contribuciones del Fondo de Garantía de Depósitos. De este modo, el FAAF posee una financiación tradicional, vía Presupuestos Generales del Estado, y se clasifica entre los fondos del art. 2.2 de la LGP: “*fondos carentes de personalidad jurídica que se dotan mayoritariamente de fondos de los Presupuestos Generales del Estado*”.

deben cumplir los activos anteriores se encuentran: i) haber sido emitidos con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto–Ley 6/2008; ii) Que estén admitidos a negociación en un mercado regulado o, al menos, que el emisor solicite la admisión en el plazo máximo de tres días hábiles desde la fecha de adjudicación de la subasta; iii) Que tenga una calificación de triple A o asimilada de una Agencia de calificación de riesgos de reconocido prestigio; iv) Que su plazo de vencimiento, o vida estimada media en el caso de bonos de titulización, no sea superior al que disponga la convocatoria.

¹²⁵⁴ Véase, la relación de las entidades de crédito que obtuvieron financiación de las subastas del FAAF en <http://www.fondoaaf.es/SP/RelacionDefinitivaEntidades.html> (última consulta, julio de 2013).

Respecto a las cuantías para sufragar las nuevas partidas presupuestarias para dotar al FAAF, el propio art. 2.2 del Decreto–Ley 6/2008, concedió un crédito presupuestario cuya financiación se llevó a cabo con deuda pública. De este modo, el FAAF formó parte de un conjunto de medidas introducidas por el Gobierno español durante las primeras fases de la crisis económica, que comportaban un incremento en el gasto inicialmente presupuestado. Para sufragar estas medidas, se emitía nueva deuda pública, incrementando de este modo el límite del saldo vivo de la deuda pública por Decreto–Ley a lo largo del ejercicio presupuestario. Además, estos incrementos se producían por una cuantía indeterminada, puesto que el importe final del crédito extraordinario se derivaba de las decisiones tomadas por el Consejo Rector del FAAF¹²⁵⁵.

Antes de concluir la caracterización del FAAF debemos señalar, que el Real Decreto–Ley 6/2008 previó, en su art. 2.3, que *“los rendimientos de cualquier naturaleza que generen la cuenta del FAAF y los activos financieros en que se hayan materializado las dotaciones del FAAF podrán integrarse en las dotaciones del Fondo, salvo que se acuerde su reparto al Tesoro público por parte del Consejo Rector”*. Esta última opción fue la finalmente adoptada, como reflejó el Acuerdo del Consejo Rector del FAAF, adoptado el 30 de junio de 2009, de transferencia de fondos al Tesoro Público.

El 5 de junio de 2009, el Fondo había invertido un total de 19.300 millones de euros a través de cuatro subastas, y dado que no se había invertido una parte importante del presupuesto del Fondo y que persistían las dificultades de la economía española, las autoridades españolas solicitaron a la Comisión la ampliación del régimen hasta el 31 de diciembre de 2009. Esta prórroga del FAAF fue concedida por la Comisión en agosto de

¹²⁵⁵ Concretamente, el presupuesto del Fondo estaba compuesto de 10.000 millones de euros para 2008 (ampliables a 30.000 millones de euros) y 20.000 millones de euros para 2009 (ampliables a 40.000 millones de euros). Para cubrir la primera anualidad, se aprobó la constitución de un crédito extraordinario en vigor de la sección 15, Ministerio de Economía y Hacienda, servicio 16, Secretaría de Estado y Economía, programa 931 M “Previsión y Política Económica” concepto 879 “Aportación al Fondo para la Adquisición de Activos Financieros”, por importe de 10.000 millones de euros. Este crédito tenía carácter ampliable hasta un importe de 30.000 millones de euros, para el ejercicio 2008. Ello supuso que el crédito finalmente aprobado, y la deuda pública a emitir para cubrir el mismo, dependieron, en última instancia, del órgano Rector del FAAF, puesto que tal y como estableció el art. 2 de la Orden EHA/3118/2008, de 31 de diciembre, por la que se desarrolla el Real Decreto–Ley 6/2008, de 10 de octubre, por el que se crea el Fondo para la Adquisición de Activos Financieros “Con carácter previo a la convocatoria de cada subasta, mediante acuerdo del Consejo Rector se determinará: a) el volumen máximo que podrá adquirir el Fondo en la subasta; b) Los activos que podrá adquirir así como, en su caso, su plazo de vencimiento o vida estimada media; c) características de las operaciones de adquisición.”

2009¹²⁵⁶. El FAAF concluyó su actuación de apoyo a las entidades bancarias tras la creación del FROB¹²⁵⁷.

Finalmente, el 1 de junio de 2012, el Consejo de Ministros aprobó un acuerdo por el que se procedía a la liquidación del FAAF. La liquidación se llevó a cabo después de vencer todas las operaciones del fondo. La dotación presupuestaria total del FAAF fue de 19.500 millones de euros. A las subasta acudieron cincuenta y cuatro entidades de crédito que captaron financiación por 19.300 millones de euros a un plazo de vencimiento máximo de tres años. Dado que la prórroga de sus actuaciones alcanzaba hasta 31 de diciembre de 2009, una vez se amortizaron todos los activos financieros, el Fondo carecía de actividad y fue liquidado y extinguido.

La adquisición de activos no fue la opción seguida por otros Estados de nuestro entorno en este momento inicial de la crisis económica. Así, Francia optó por la creación de la *Société de Financement de l'Économie Française*¹²⁵⁸ (en adelante, SFEF). Este fondo tenía participación tanto pública como privada, sus emisiones tenían el aval del Estado francés y los fondos obtenidos se distribuyeron en forma de préstamos a entidades¹²⁵⁹. Esta Sociedad fue clasificada fuera del sector Administraciones públicas, y constituía un pasivo contingente del sector Administraciones públicas francés. Dicho de otro modo, en principio la sociedad no tenía incidencia en los niveles de déficit y deuda públicos. Solo si la *Société de Financement de l'Économie Française* no hacía frente a sus obligaciones respondía el Estado francés situado en la posición de avalista. El mecanismo introducido en Francia guarda, como observaremos, mayores similitudes con el FROB que con el FAAF, si bien el FROB, a diferencia de la *Société de Financement de l'Économie Française*, sí se ha integrado por Eurostat en el sector Administraciones públicas.

¹²⁵⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Ayuda estatal núm. 337/2009 – España. Prórroga del Fondo para la Adquisición de Activos Financieros*, C(2009)6294 final, Bruselas, 7 de agosto de 2009.

¹²⁵⁷ De la comparación de los datos de la solicitud de prórroga a la Comisión, con fecha 5 de junio de 2009, y los datos finales en el momento de la liquidación del FAAF, se extrae que durante el período de prórroga no se efectuaron más subastas. El FAAF se liquidó con un total invertido de 19.300 millones de euros en la adquisición de activos financieros a entidades de crédito, y la última subasta fue en enero de 2009.

¹²⁵⁸ La SFEF fue creada por la Ley núm. 2008-1061, de 16 de octubre, *de finances rectificative pour le financement de l'économie* (JORF núm. 0243, de 17 octubre 2008).

¹²⁵⁹ Al concentrar la actividad emisora, la SFE tuvo una buena acogida por parte de los inversores y ello repercutió en la obtención de un tipo de interés relativamente ventajoso. Así, lo recogen MILARUELO DE LAFUENTE, Antonio, y DEL RÍO, Ana, “El apoyo público al sector financiero en la zona del euro durante la crisis”, *Boletín Económico del Banco de España*, Madrid, Septiembre 2010, p. 74.

Sin embargo, como puso de manifiesto la Comisión Europea, la opción más seguida en otros Estados de la Unión Económica y Monetaria para materializar el apoyo a sus respectivos sistemas bancarios fue la constitución de avales del Estado en las nuevas emisiones bancarias –con vencimiento de un máximo de hasta cinco años–¹²⁶⁰. Los avales no se instrumentalizaron del mismo modo en todos los Estados. A modo de ejemplo¹²⁶¹, el Estado alemán constituyó una sociedad encargada de la estabilización del sistema financiero alemán (*Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung*, conocida como SoFFin¹²⁶²), mientras que Irlanda fue el único en constituir una garantía general (*blanket guarantee*) sobre el pasivo exigible de los principales bancos irlandeses, que supuso un pasivo contingente para el Estado irlandés de un 200 % de su PIB¹²⁶³.

En cuanto a la clasificación sectorial del FAAF, Eurostat afirmó que este fondo no poseía la condición de unidad institucional en términos de SEC-95. El FAAF no tenía autonomía en el ejercicio de su función principal debido al elevado control que sobre sus actuaciones ejercía el Ministerio de Economía y Hacienda. Como establecen los apartados 2.12 y 2.13 del SEC-95, también formarán parte del sector Administraciones públicas aquellos entes que, no constituyendo una unidad institucional, están controlados por una unidad institucional que integra el sector

¹²⁶⁰ De este hecho dejan constancia los datos aportado por la Comisión Europea. En el período comprendido entre octubre de 2008 y el 31 de marzo de 2010, la Comisión adoptó decisiones a favor del sector financiero sobre la base del art. 107, apartado 3, letra b) del TFUE. De ellas, 78 decisiones se tomaron en relación con unas 40 entidades financieras y 83 con casi 40 regímenes. El volumen máximo de las medidas aprobadas por la Comisión, incluidos los regímenes y las intervenciones *ad hoc* efectuadas por los Estados miembros como consecuencia de la crisis financiera, asciendió en este momento a 4.131,1 millardos de euros. El desglose por regímenes e intervenciones *ad hoc* se resume: en forma de regímenes de garantías 2.747 millardos de euros, en forma de medidas de recapitalización, 338,2 millardos de euros, en forma de medidas de rescate de activos 54 millardos de euros, en forma de medidas de liquidez distintas de los regímenes de garantías 41,9 millardos de euros. Véase, COMISIÓN EUROPEA, *State Aid Scoreboard Report on recent developments on crisis aid to the financial sector*, COM(2010), 255 final, 25 de mayo de 2010, Bruselas, p. 6.

¹²⁶¹ Fuera de la Unión Económica y Monetaria, el gobierno británico ayudó de forma directa a determinadas entidades bancarias e incluso llegó a nacionalizar el banco Northern Rock, para ello fue necesario la aprobación de la Banking (*Special Provisions*) Act 2008. Estados Unidos creó un Fondo de inversión público-privada junto a la Corporación Federal de Seguros de Depósito y la Reserva Federal para eliminar activos “tóxicos” del sistema bancario.

¹²⁶² El 17 de octubre de 2008, la República Federal de Alemania adoptó un paquete legislativo de apoyo al sistema financiero (el denominado, *Finanzmarktstabilisierungsgesetz*, "FMStG"). El SoFFin fue una de las medidas introducidas con la voluntad de actuar como vehículo de las actuaciones estatales. Sobre el SoFFin, véase, COMISIÓN EUROPEA, *Case N COMP/M.5508 – SOFFIN/HYPO REAL ESTATE*, SG- Greffe (2009) D/2686, C(2009) 3994, 14 de mayo de 2009, Bruselas.

¹²⁶³ Además de la garantía genérica, los bancos irlandeses también podían acudir al programa complementario denominado *Credit Institution Eligible Liabilities Guarantee Scheme*. Para más información sobre este programa, véase, COMISIÓN EUROPEA, *State aid. N 349/2009, Credit Institutions Eligible Liabilities Guarantee Scheme*, C(2009) 9165 final, Bruselas.

Administraciones públicas. La FAAF al estar controlada por el Ministerio de Economía y Hacienda formaba parte del sector Administraciones públicas, subsector Administración central¹²⁶⁴.

Tras la inclusión del FAAF en el sector Administraciones públicas, el siguiente elemento que Eurostat examina es la naturaleza de las operaciones que el FAAF realiza. Las operaciones del FAAF tenían unas características específicas (como el carácter limitado de los activos susceptibles de adquisición, la obligatoriedad de que las adquisiciones del Fondo se realizasen mediante operaciones simultáneas con un plazo de vencimiento de dos años y pago anual de intereses), a través de las cuales se pretendía que tuvieran la consideración de operaciones financieras en términos de SEC-95.

Como tuvimos ocasión de analizar durante el estudio del caso de ADIF, si una inyección de capital de las Administraciones públicas a otro ente es considerada adquisición de activos financieros (operación financiera), esta no tiene incidencia en los niveles de déficit público. Por el contrario, si la inyección es considerada transferencia de capital (operación no financiera), esta incrementará el déficit público. Igualmente, en el estudio del caso de ADIF, analizamos los criterios genéricos para la diferenciación entre estos dos tipos de operaciones, regulados en el *Manual del SEC-95*¹²⁶⁵. Ahora bien, a raíz de la generalización de actuaciones de apoyo de los Estados a los sistemas financieros, Eurostat aprobó la Decisión, de 29 de septiembre de 2009, relativa al “Registro estadístico de las intervenciones de apoyo a instituciones financieras y mercados financieros durante la crisis financiera”. En ella introdujo criterios específicos para la clasificación de estas operaciones efectuadas en el marco de las recapitalizaciones de instituciones financieras. Concretamente, la Decisión de Eurostat apunta que para determinar si una operación se ha llevado a cabo bajo criterios de mercado constituirá un parámetro de evaluación la calificación de la medida como ayuda de Estado, bajos las normas de ayudas de Estado de la UE^{1266 y 1267}.

¹²⁶⁴ En este sentido se pronunció Eurostat en sus Visitas de Diálogo competitivo a España de los años 2009 y 2011. Véase, respectivamente, EUROSTAT, *EDP Dialogue visit to Spain, 15-16 June*, Luxemburgo, 28 de septiembre de 2009, p. 16. EUROSTAT, *EDP Dialogue visit to Spain, 17-18 February 2011*, 22 de noviembre de 2011, Luxemburgo, p. 18.

¹²⁶⁵ Véase, *supra*, Capítulo IV, epígrafe Naturaleza de las inyecciones de capital de las Administraciones públicas a sociedades públicas, pp. 462 y ss.

¹²⁶⁶ EUROSTAT, *The impact of bank recapitalisation on government finance statistics during the financial crisis*, cit., p. 3, apartado 3 (“the state aid considerations”).

¹²⁶⁷ A lo largo de la crisis financiera, la Comisión Europea ha aprobado cuatro recomendaciones determinando los unos criterios generales para que las ayudas de Estado en el marco de la crisis financiera no tuvieran tal consideración. La primer comunicación, de 2008, establecía como

En el caso del FAAF, la Comisión Europea, en el *Asunto Ayuda de Estado NN 54/A/2008*¹²⁶⁸, se pronunció sobre el carácter de ayuda de estado de la compra de activos que efectuaba el FAAF a las entidades bancarias¹²⁶⁹. En el citado asunto, el Estado español alegó que el régimen del FAAF no constituía ayuda de estado por varios motivos. En primer lugar, la subasta a través de la cual se adquirían los activos estaba abierta a todas las entidades de crédito radicadas de forma permanente en España. En segundo lugar, el precio de los activos se fijaba de conformidad con el mercado según la ley de oferta y la demanda. Y en tercer lugar, se esperaba que los activos adquiridos generaran un rendimiento que superase significativamente el rendimiento mínimo para pujar y el rendimiento de la deuda pública a plazo equivalente (es decir, cubrirían el coste de financiación del Estado español). A pesar de estas afirmaciones, la Comisión calificó las adquisiciones efectuadas por el FAAF como ayudas de Estado. Los argumentos de la Comisión fueron igualmente tres: la menor liquidez existente en los mercados; la limitada actividad en los activos que eran objeto de compra (cédulas hipotecarias, cédulas estructurales y bonos de titulizaciones de activos); y la forma de organización de las subastas en la que el Estado se posicionaba como comprador en última instancia. Para la Comisión, a través de estas operaciones las instituciones financieras se beneficiaban de una liquidez que a continuación podían utilizar para otras actividades de crédito que les permitían obtener beneficios¹²⁷⁰.

características de la ayuda tenía que ser limitada en el tiempo; con una remuneración a tipo de mercado y con incentivos para el reembolso paulatino de la participación del Estado. Véase, COMISIÓN EUROPEA, “Comunicación de la Comisión — La aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas adoptadas en relación con las instituciones financieras en el contexto de la actual crisis financiera mundial”, 25 de octubre 2008.

¹²⁶⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Asunto ayuda de Estado NN 54/A/2008. Fondo de adquisición de activos financieros*, C(2008) 6713 final, 4 de noviembre de 2008, Bruselas.

¹²⁶⁹ A pesar de la naturaleza de ayudas de Estado de muchas de las medidas introducidas, su permanencia ha sido posible gracias a la excepción del art. 107.3 b) del TFUE, que considera compatibles con el mercado interior “*las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro*”.

¹²⁷⁰ Junto a estos aspectos apuntados por la Comisión, existen otros elementos que reflejan que las operaciones del FAAF difícilmente se llevaron a cabo a bajo criterios de mercado. Entre estos se encuentran el nivel de rendimiento esperado de los activos (inferior al que requeriría un inversor privado) o el hecho que las entidades financieras implicadas hubieran mostrado pérdidas. Véase, EUROSTAT, *The impact of bank recapitalisation on government finance statistics during the financial crisis*, cit., p. 2.

Estos dos criterios son equivalentes a los recogidos en el *Manual del SEC-95* para clasificar las inyecciones de capital de las Administraciones públicas a empresas públicas.

De todo lo anterior, Eurostat extrajo que las operaciones del FAAF no se realizaban bajo criterios de mercado¹²⁷¹. En términos de contabilidad nacional, que la inyección no se efectúe bajo parámetros de mercado hace que esta deba dividirse en un componente financiero, que no incide en el déficit público, y en gasto del gobierno, que incrementará el déficit público. La cuantía del gasto será equivalente a la diferencia entre la remuneración efectuada y la remuneración apropiada en función de la normativa de la UE en materia de ayudas de estado, durante la vida esperada del instrumento¹²⁷².

Por tanto, a pesar de que formalmente las adquisiciones del FAAF cumplían con los requisitos para ser consideradas operaciones efectuadas bajo criterios de mercado, el FAAF vino a suplir una falta de liquidez de determinadas entidades de crédito¹²⁷³. Esta insuficiencia difícilmente se hubiera cubierto a través de los mecanismos propios del mercado; solo pagando unos costes financieros muy superiores, las entidades cuyos activos fueron adquiridos por el FAAF hubieran podido llevar a cabo estas operaciones.

La situación descrita pone de manifiesto la dificultad de trazar una clara línea divisoria entre aquellas operaciones de recapitalización de entidades financieras que computan a efectos de déficit público, de aquellas que son consideradas operaciones financieras y no incrementan los niveles de déficit público. En consecuencia, Eurostat deberá llevar a cabo un análisis casuístico de las diferentes operaciones de apoyo al sistema financiero para determinar su incidencia en los niveles de déficit y deuda públicos¹²⁷⁴.

¹²⁷¹ Podemos observar que en el análisis de Eurostat sobre la naturaleza contable de las operaciones de la FAAF el factor decisorio fue su calificación como ayudas de Estado por la Comisión. Sin embargo, en marzo de 2013, el CMFB ha precisado que para determinar la naturaleza de una inyección de capital es necesario analizar no solo si la operación tiene la calificación de ayuda de Estado en los términos del Derecho de la UE, sino también el resto de criterios recogidos en el apartado III.2 del Manual del SEC-95 (existencia o no de participación de inversores privados, existencia acumulada de pérdidas netas, etc.). Véase, CMFB, *Opinion regarding a clarification of the criteria used for the recording of capital injections*, 18 de marzo de 2013, Newport, (apartado 4). En el caso concreto de las operaciones de la FAAF, consideramos que la evaluación del resto de elementos no hubiera alterado su calificación contable como transferencias de capital.

¹²⁷² EUROSTAT, *Decision of Eurostat on deficit and debt: The statistical recording of public interventions to support financial institutions and financial markets during the financial crisis*, 15 de julio de 2009, Luxemburgo, p. 3.

¹²⁷³ Estas falta de liquidez incidía directamente en el crédito que estas prestaban a empresas y particulares.

¹²⁷⁴ Eurostat así lo afirma “*hay que tener en cuenta que cada inyección de capital a cada institución financiera deberá ser analizada estadísticamente de forma individualizada*”. EUROSTAT, *The impact of bank recapitalisation on government finance statistics during the financial crisis*, cit., p. 2.

4.A.2. El Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria

Bajo circunstancias normales, los Fondos de Garantía de Depósitos, junto al Banco de España, disponen de las herramientas establecidas en el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre sobre el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, para afrontar las crisis individuales de un determinado número de entidades de crédito. De hecho, entre sus competencias se encuentran específicamente las actuaciones encaminadas a reforzar la solvencia y el funcionamiento de las entidades de crédito¹²⁷⁵. Sin embargo, debido a la fuerte crisis financiera y a la posibilidad de que el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito no fuera capaz de dar cobertura a todas las Entidades de crédito en situación de necesidad, se creó el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria. Este ente vino a reforzar las funciones de garante de la solvencia y el funcionamiento de las entidades de crédito y a canalizar la actuación del Estado a la hora de reestructurar las entidades bancarias.

El Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (en adelante, FROB) fue creado por el Decreto–Ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito. A diferencia del FAAF, que no poseía personalidad jurídica propia, el Real Decreto–Ley 9/2009 dotó al FROB de personalidad jurídica propia. La normativa reguladora del FROB reproduce, en esencia, las características del Fondo de Garantía de Depósitos¹²⁷⁶.

El art. 1 del Real Decreto–Ley 9/2009 establece que el régimen jurídico del FROB será el contenido en el propio Decreto–Ley y, de forma subsidiaria, el régimen jurídico aplicable a los Fondos de Garantía de Depósitos en Entidades de Crédito. Asimismo, este precepto dispone que al FROB no le serán aplicables ni la normativa contenida en la LOFAGE, ni las normas que regulan el régimen presupuestario, económico–financiero, contable, de contratación y de control de los organismos públicos dependientes o vinculados a la Administración General del Estado, con la

¹²⁷⁵ En un primer momento, la función desempeñada por el Fondo de Garantía de Depósitos era proteger a los depositantes, especialmente, a aquellos ahorradores que no siempre pueden discernir con facilidad la situación de las instituciones en las que depositan sus fondos. Ahora bien, tras la ampliación de las funciones desempeñadas por el Fondo de Garantía de Depósitos, a través del Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, este también puede desempeñar labores tendentes a reforzar la solvencia y el funcionamiento de los Bancos, Cajas de Ahorro y Cooperativas de crédito.

¹²⁷⁶ Al Fondo de Garantía de Depósitos se le otorgó personalidad jurídica pública a través del art. 1 del Real Decreto 4/1980, de 28 de marzo, por el que se dota de personalidad jurídica al Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios.

única excepción de la fiscalización externa del Tribunal de Cuentas. De tal forma que, un Real Decreto–Ley exceptúa la aplicación de normas básicas reguladoras de las Administraciones públicas y permite un mayor margen de actuación al FROB que a otros entes públicos. El FROB constituye un ejemplo de huida de muchas de las restricciones que a los organismo públicos establece el Derecho público, en general, y el Derecho financiero, en particular.

Ahora bien, el FROB sí tiene un tratamiento parejo al del resto de las Administraciones públicas en aquellos aspectos relativos al control. El control es la fase en la que se han preservado las mayores exigencias. El FROB debe presentar un informe cuatrimestral al Ministerio de Economía y Hacienda, actual Ministerio de Economía y Competitividad, (art. 4.2 Decreto–Ley 9/2009); superar un control parlamentario tanto trimestral como en cada ocasión en que se produzca una actuación suya (art. 4.1 Decreto–Ley 9/2009). De igual forma, constituye un control directo la presencia en las sesiones de la Comisión Rectora del FROB de un representante de la IGAE, que tiene voz pero no voto (art. 3.1 Decreto–Ley 9/2009). Y, por último, las actuaciones del FROB serán fiscalizadas por el Tribunal de Cuentas. El Real Decreto–Ley 9/2009, de forma expresa, capacita al Tribunal de Cuentas para la fiscalización de las actuaciones del FROB (art. 1 apartado 4º). De lo contrario, el citado Real Decreto–Ley podría haber sido tachado de inconstitucional por contrario al art. 136 CE, dado que el Tribunal de Cuentas es “*el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del Sector público*” y, como veremos, el FROB forma parte del sector Administraciones públicas.

A pesar de poseer personalidad jurídica propia y capacidad de obrar plena, el FROB se encuentra directamente relacionado, y controlado, por el Banco de España y el Ministerio de Economía¹²⁷⁷. De ello deja constancia la composición de su Comisión Rectora. Inicialmente, la Comisión Rectora del FROB se conformaba por cinco miembros del Banco de España y tres miembros en representación de los Fondos de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito. Más tarde, el Real Decreto–Ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero, modificó el art. 3 del Real Decreto–Ley 9/2009, relativo a la composición de la Comisión Rectora. A partir de ese momento, esta se integra por nueve miembros nombrados por la Ministra de

¹²⁷⁷ En otro orden de cosas, algunas Comunidades Autónomas (concretamente, Galicia, Madrid, Extremadura y Catalunya) han cuestionado la constitucionalidad del FROB al considerar que este comporta un vaciamiento de sus competencias; dado que, por ejemplo, las fusiones o absorciones de Cajas de Ahorros aprobadas por el FROB no requerirán la necesaria aprobación del Gobierno de la respectiva Comunidad Autónoma en la que se encuentren (art. 8 del Real Decreto–Ley 9/2009).

Economía y Hacienda¹²⁷⁸, de los cuales dos lo son en representación del Ministerio de Economía y Hacienda, uno de ellos de la Secretaría de Estado y Hacienda y Presupuestos y otro de la Secretaría de Estado de Economía, cuatro lo son a propuesta del Banco de España y tres en representación de los Fondos de Garantía de Depósitos. Por último, a las sesiones de la Comisión Rectora asiste también un representante, sin voto, de la IGAE.

A efectos de la clasificación sectorial del FROB, junto al control, otros dos aspectos a tener en cuenta son su dotación y financiación, ambos regulados en el art. 2 del Decreto-Ley 9/2009. El FROB posee una dotación mixta a cargo de los Presupuestos Generales del Estado y de las aportaciones de los Fondos de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios, Cajas de Ahorro y Cooperativas de Crédito. La dotación inicial fue de 9.000 millones de euros, el 75 % a cargo del Tesoro público (6.750 millones de euros) y el 25 % por los Fondos de Garantía de Depósitos (2.250 millones de euros).

En cuanto a la dotación de 6.750 millones de euros proveniente de los Presupuestos Generales del Estado, el Decreto-Ley 9/2009 tan solo apuntó que para cubrir esta se deberán efectuar *“las modificaciones presupuestarias que procedan, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria”*. El Decreto-Ley 9/2009 no precisó cual de las dos opciones indicadas en el art. 55 de la LGP, la baja de otros créditos o la emisión de deuda pública, debía ser la adoptada para financiar esta modificación en las partidas presupuestarias inicialmente aprobadas en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Ahora bien, en la práctica estas modificaciones de créditos se cubrieron mediante la emisión de deuda pública. Por tanto, esta parte de la dotación del FROB se sufragó, de igual forma que la dotación presupuestaria de otros fondos como el FAAF, a través de la emisión de deuda pública.

Además de la dotación inicial, el Real Decreto-Ley abrió la posibilidad de que el propio FROB captase financiación de los mercados de valores, emitiendo valores de renta fija, recibiendo préstamos, solicitando la apertura de crédito y realizando cualesquiera otras operaciones de endeudamiento. Esta es la principal novedad respecto a su predecesor el FAAF.

¹²⁷⁸ Posteriormente, el Real Decreto-Ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero, en su disposición adicional cuarta ha precisado que todas las referencias a la Ministra de Economía y Hacienda contenidas en el Real Decreto-Ley 9/2009 *“se entenderán realizadas al Ministro de Economía y Competitividad, salvo las incluidas en los artículos 2.5, 7.2, 9.3 y 10.3 del citado decreto-ley”*.

Ahora bien, esta capacidad de financiación a través de recursos propios se encontraba limitada cuantitativamente a no poder superar “*el montante de tres veces la dotación que exista en cada momento*” (art. 2 Decreto–Ley 9/2009). No obstante, el mismo precepto del Decreto–Ley dispuso que “*el Ministro de Economía y Hacienda, con posterioridad al 1 de enero de 2010, podrá autorizar que se sobrepase dicho límite, sin que, en ningún caso, la financiación ajena del FROB pueda suponer más de 10 veces su dotación*”. Finalmente, mediante el art. 3 del Real Decreto–Ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sistema bancario, se autorizó al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas para que pueda autorizar que se sobrepasase el límite del triple de su dotación, siempre y cuando la financiación del FROB no suponga más de seis veces su dotación¹²⁷⁹.

Para la captación de recursos propios, el FROB ha efectuado diferentes emisiones de deuda. A modo de ejemplo, se efectuó una emisión inicial, el 19 de noviembre de 2009, por importe de 3.000 millones euros, materializada en bonos a 5 años. Las características de esta emisión se recogieron en la Resolución, de 13 de noviembre de 2009, del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, por el que se hacen públicas las características de una emisión de bonos a 5 años de 3.000 millones de euros, con aval de la Administración General del Estado. Por tanto, es una norma con rango de Resolución, al igual que sucede con la emisión de deuda pública¹²⁸⁰, la encargada de fijar las características de la deuda emitida por el FROB. Además, cabe destacar que en esta norma se aprueba el aval incondicional e irrevocable por parte de la Administración General del Estados de los bonos emitidos por el FROB. Este aval posee la autorización genérica del Real Decreto–Ley 9/2009, que establece como única restricción el límite máximo que puede ser avalado. Y en cuanto a las condiciones que debe cumplir la emisión para ser avalada, estas se encuentran recogidas en la Orden, de 26 de octubre de 2009, de la Ministra de Economía y Hacienda.

La creación de este aval comportó una modificación del importe de los avales establecido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2009. Este incremento

¹²⁷⁹ Estas modificaciones en los porcentajes que pueden alcanzarse en recursos propios por parte del FROB no tienen incidencia en los niveles totales. El motivo de la modificación, se debe a que el Decreto–Ley 2/2012 ha incrementado también la dotación presupuestaria del FROB en 6.000 millones de euros a cargo de los Presupuestos Generales del Estado. Por tanto, a pesar de que los porcentajes fijados en el Decreto–Ley 2/2012 son menores, estos se calculan respecto a la nueva dotación del FROB de 15.000 millones de euros (y no la anterior de 9.000 millones de euros), y en consecuencia se mantiene el límite total anterior de noventa mil millones de euros. Cifra que no podrá ser sobrepasada en recursos propios.

¹²⁸⁰ Sobre la deslegalización y delegación del proceso de emisión de deuda pública, véase, *supra*, Capítulo III, epígrafe La reserva de ley en materia de deuda pública y crédito público, pp. 289 y ss.

se introdujo mediante la Disposición adicional segunda del Decreto–Ley 9/2009¹²⁸¹. Para los ejercicios posteriores, las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado han destinado parte del importe máximo autorizado en concepto de avales a cubrir el aval para garantizar las obligaciones económicas exigibles al FROB.

Para apreciar las consecuencias financieras del aval del Estado, constituye un elemento significativo la valoración crediticia que de la deuda emitida por el FROB han llevado a cabo las Agencias de *rating*. Estas han otorgado a la deuda emitida por el FROB calificaciones equivalentes a la deuda pública española. Por ello, en los casos en los que se ha producido una modificación de la valoración de la deuda pública española por las Agencias de *rating*¹²⁸², esta ha ido sucedida del correspondiente cambio en la calificación de la deuda del FROB¹²⁸³. Las específicas características de la deuda emitida por el FROB (deuda explícita, incondicionada, irrevocable y con renuncia al beneficio de excusión) hicieron que esta fuera considerada segura. Para la calificación crediticia del FROB son claves dos aspectos: por un lado, la función del Banco de España. En caso de impago por el FROB, el Banco de España, como agente de pagos y en representación de los legítimos acreedores, reclamaría ante la Dirección General del Tesoro y Política Financiera el pago a través suyo del importe impagado a los titulares

¹²⁸¹ La Disposición adicional segunda del Decreto–Ley 9/2009 establece que: “a) Hasta el 31 de diciembre de 2009, la Administración General del Estado podrá otorgar avales por un importe máximo de 27.000 millones de euros, con cargo al límite establecido en el artículo 54.1 de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009. b) Para los ejercicios posteriores, los importes máximos para el otorgamiento de avales serán los que determinen las correspondientes leyes de Presupuestos Generales del Estado”.

¹²⁸² Los motivos de la devaluación han sido básicamente tres: primero, la solicitud del Estado español del rescate a la Sociedad Europea de Estabilidad Financiera o a su sucesor el Mecanismo Europeo de Estabilidad, por un importe de 100.000 millones de Euros, cuantía que dobla las previsiones de Moody’s. Segundo, las limitaciones de acceso al crédito que tiene el Estado español. De ellas deja constancia tanto la solicitud de rescate, como la dependencia para su financiación de los bancos españoles, que a su vez obtienen financiación por el BCE. Y, el tercer motivo, la debilidad de la economía española. Más información disponible en: http://www.moody.com/research/Moodys-downgrades-Spains-government-bond-rating-to-Baa3-from-A3--PR_248236 (última consulta, julio de 2013).

¹²⁸³ En concreto, STANDARD & POOR’S devaluó la deuda pública española de AA+ a AA, el 28 de abril de 2010 y, correlativamente, devaluó la deuda emitida por el FROB (concretamente, la deuda de la primera emisión efectuada por el FROB, por importe de 3.000 millones de euros y materializada en bonos a 5 años) de AA+ pasó a AA, para ecualizar esta última con los valores de deuda pública española a largo plazo. Véase, el documento de STANDARD & POOR’S, “*Rating on issuance by FROB Lowered to “AA” following Spain Downgrade*”, Abril, 2010. Por su parte Fitch otorga a la primera deuda emitida por el FROB una valoración de AAA, pero de igual forma que sucede con STANDARD & POOR’S, tras la devaluación de la calificación de AAA de la deuda soberana a finales del mes de mayo, Fitch devaluó simultáneamente la calificación de la deuda emitida por el FROB a AA+. Por último, Moody’s sigue una trayectoria pareja, tras haber asignado inicialmente a la deuda emitida por el FROB un *rating* de Aaa, el hecho de situar bajo vigilancia negativa el *rating* de la deuda soberana española, el 30 de junio 2010, hizo que también el *rating* de Aaa de la deuda del FROB se colocara bajo perspectiva negativa.

de valores o préstamos afectados, sin que los acreedores debieran tomar acciones legales de forma previa. Y por el otro, la autorización, en la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto–Ley 9/2009, a la Dirección General del Tesoro para efectuar “*los pagos derivados de la ejecución del aval de forma inmediata, mediante operaciones de Tesorería con cargo a los conceptos específicos que se creen a tal fin*”, y sin necesidad de los trámites presupuestarios ordinarios. Estas prerrogativas de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera para ejecutar el aval del Estado constituyen una salvedad importante al régimen general de las modificaciones de créditos presupuestarios recogido en la LGP. A través de estas disposiciones se quiere dotar de seguridad a los acreedores del FROB, para evitar que la prima de riesgos de su deuda sea superior a la prima de riesgo del Estado.

De todo lo anteriormente expuesto podemos concluir que la constitución del FROB ha permitido, por un lado, llevar a cabo las operaciones iniciales de apoyo al sistema bancario mediante un ente específico distinto a la Administración general del Estado. Y, por otro lado, emitir deuda para sufragar dichas operaciones a través del propio ente. En términos teóricos, la deuda de un ente específico, distinto a la Administración general del Estado, no tiene porque gozar de la misma calificación *rating* que la deuda soberana. Ahora bien, en el supuesto en que los bonos emitidos por dicho ente tuvieran una prima de riesgo superior, para que fueran rentables tendrían que ir acompañados de un mayor rendimiento. Para evitar esta problemática, el Estado ha avalado el conjunto de la deuda emitida por el FROB.

A través de la constitución del FROB se apartan importantes volúmenes de deuda del régimen jurídico de la deuda del Estado¹²⁸⁴. Las características de la deuda

¹²⁸⁴ No entraremos a analizar en profundidad este aspecto, al no constituir el objeto de nuestro estudio, no obstante, no podemos obviar que una de las principales problemáticas de la puesta en funcionamiento del FROB ha sido la calificación de la suscripción de títulos por parte de este como ayudas de Estado, tal y como estas se definen en el art. 107 del TFUE. La naturaleza de ayudas de Estado de las suscripciones es clara, puesto que en las circunstancias de crisis financiera actual sería extremadamente improbable que inversores en una economía de mercado aportaran inyecciones de capital a las entidades beneficiarias del FROB, en condiciones similares y de escala comparable. Sin embargo, la Comisión ha aceptado la compatibilidad de estas actuaciones del FROB con el mercado interior amparándose en apartado 3º letra b) del citado art. 107 del TFUE. Este precepto establece que una ayuda es compatible con el mercado único cuando tiene por efecto “*poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro*”, siempre y cuando, la medida sea adecuada, necesaria y proporcional. Véase, el análisis de estos aspectos en la Comunicación del Gobierno a la Comisión Europea, COMISIÓN EUROPEA, *Asunto relativo a las Medidas de recapitalización a favor del sector bancario en España*, C(2010)504 final, 28 de enero de 2010, Bruselas, p. 6 y ss. Esta posición se ha mantenido también respecto a similares mecanismos introducidos por otros Estados de la UEM, como el SoFFin alemán o el *Credit Institution Eligible Liabilities Guarantee Scheme* irlandés. Véase, *infra*, notas al pie núms. 1262 y 1263, respectivamente.

del FROB se fijan por Resoluciones del propio Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, y no por la Dirección General del Tesoro y Política Financiera. Además, la deuda emitida por el FROB no se integra en el saldo vivo de la deuda pública fijado en la LPGE. Como sabemos, mediante este precepto de la LPGE se da cumplimiento al principio de reserva de ley en materia de deuda pública, regulado en el párrafo primero del art. 135.3 de la CE.

Sin embargo, como veremos a continuación, la constitución del FROB no ha excluido el cómputo de su deuda a efectos del procedimiento de déficit excesivo. La deuda del FROB se toma en consideración para la determinación del cumplimiento del criterio limitativo de la deuda pública establecido en el párrafo tercero del art. 135.3 de la CE. Su contabilización se deriva de la inclusión del FROB en el sector Administraciones públicas a efectos del SEC-95. O dicho de otro modo, el FROB se integra en el elemento subjetivo del concepto europeo de deuda pública.

Eurostat a la hora de clasificar sectorialmente el FROB ha considerado que este no posee la condición de unidad institucional¹²⁸⁵. Esta clasificación se deriva del elevado nivel de control que sobre el ejercicio de la función principal del FROB ejerce el Ministerio de Economía y Competitividad¹²⁸⁶. Como observamos al analizar la composición de la Comisión Rectora del FROB, esta se conforma mayoritariamente por

¹²⁸⁵ EUROSTAT, *EDP Dialogue visit to Spain, 17–18 February 2011*, de 22 de noviembre de 2011, Luxemburgo, p. 18.

¹²⁸⁶ Inicialmente, según lo establecido en el Real Decreto-Ley 9/2009, la Comisión Rectora se conformaba mayoritariamente por miembros del Banco de España. La introducción de mecanismos de apoyo al sistema financiero a través de los Bancos Centrales ha sido una opción introducida en varios Estados de la Zona Euro. Eurostat se pronunció de forma específica sobre la naturaleza de los Bancos Centrales como entes que integran el sector instituciones financieras, por tanto, fuera del sector Administraciones públicas, e indicó que las operaciones que ellos llevaban a cabo para aportar liquidez debían ser contabilizadas en sus cuentas. (Véase, EUROSTAT, “Registro estadístico de las intervenciones de apoyo a instituciones financieras y mercados financieros durante la crisis financiera”, de 29 de septiembre de 2009, Luxemburgo, p. 5). Bajo esta regla general, hay que considerar en que medida el control del FROB por parte del Banco de España podía haber comportado su exclusión del sector Administraciones públicas. Como indican los apartados 2.12 y 2.13 del el SEC-95, si una entidad no tiene autonomía de decisión en el ejercicio de su función principal, esta se debe combinar con la unidad que la controla.

A nuestro parecer, un aspecto relativamente formal, como es el control mayoritario por parte del Banco Central en lugar del Ministerio de Economía y Hacienda, puede permitir el registro de las operaciones en un sector distinto al sector Administraciones públicas, a pesar de que la deuda sea emitida para cumplir funciones públicas.

Finalmente, la composición de la Comisión Rectora fue alterada por el Real Decreto-Ley 2/2011. En la actualidad, la Comisión se integra por nueve miembros nombrados por el Ministro de Economía y Competitividad (anterior, Ministra de Economía y Hacienda), cuatro por el Banco de España y tres en representación de los Fondos de Garantía de Depósitos.

miembros del Ministerio de Economía y Competitividad y el Banco de España. En este caso, la determinación por parte de las Administraciones públicas de la composición del órgano de dirección, no solo comporta que el ente tenga naturaleza pública, sino que también afecta a la autonomía en el ejercicio de su función principal, y en consecuencia, a su consideración como unidad institucional. El test para la clasificación sectorial de entes finaliza tras aplicar el primero de los tres criterios que lo integran. El FROB, como sucedía con el FAAF, forma parte del sector Administraciones públicas porque no constituye una unidad institucional y está controlado por una unidad institucional que integra el sector Administraciones públicas (apartados 2.12 y 2.13 del SEC-95). En particular, el FROB forma parte del subsector Administración central, al estar controlado por el Ministerio de Economía y Competitividad¹²⁸⁷.

Además, Eurostat indica de forma expresa que la deuda emitida por el FROB debe ser contabilizada como deuda pública a efectos del procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo. La contribución del Estado al FROB como transferencias internas del subsector Administración central. Y, por último, la contribución de los

¹²⁸⁷ Diferente es el caso de la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria (SAREB) que ha sido clasificada por Eurostat en el sector sociedades financieras (S.12). Los motivos de su exclusión del sector Administraciones públicas son varios. En primer lugar, la SAREB se considera unidad institucional, porque tiene plena capacidad de gobierno y autonomía de decisión en el ejercicio de su función principal. La SAREB posee sus propios activos y derechos y puede contraer sus propias obligaciones. En cuanto a su órgano de dirección, este se compone en un 30 % por técnicos independientes y el 70 % restante representa a los accionistas en función de su participación. El FROB no posee ninguna “Acción de Oro” u otro beneficio específico que incremente su capacidad de control sobre la SAREB. El FROB tiene los mismos derechos de voto que cualquier otro inversor, limitados a su participación en el capital de la entidad. En segundo lugar, la SAREB tiene naturaleza privada, dado que los inversores privados tienen una participación mayoritaria en su capital (el 54 % es capital privado y el 46 % es capital público aportado por el FROB). En tercer lugar, la SAREB tiene una duración temporal de 15 años, relacionada con su función de gestión de los activos problemáticos generados en el contexto de crisis financiera. En cuarto lugar, la adquisición de activos será a precios basados en valores económicos reales (a largo plazo) calculados de forma individualizada por un tercero independiente y monitorizados de cerca por la Comisión Europea, el BCE y el FMI. Finalmente, el plan de negocio de la SAREB permite afirmar que la Sociedad no tendrá pérdidas muy elevadas.

Ahora bien, esta es la respuesta de Eurostat a la consulta planteada *ex ante* por las autoridades estadísticas nacionales. Esta clasificación está basada en previsiones y datos aportados por las autoridades estadísticas españolas, puesto que en el momento en que Eurostat se pronunció la SAREB no había llevado a cabo la mayor parte de sus actuaciones. Por este motivo, Eurostat afirma que la clasificación de la SAREB está sujeta a una posible revisión. Las mayores dudas de Eurostat respecto a la SAREB se encuentran en el nivel de pérdidas que puede tener y a la posición de garante que ocupan las Administraciones públicas en las operaciones de la SAREB. La mayor parte de los bonos emitidos por la SAREB están avalados por el Estado (salvo su deuda subordinada cuya devolución está condicionada a que la unidad genere beneficios). Véase, EUROSTAT, *Formal ex ante consultation on the classification of the Sociedad de activos de Reestructuración (SAREB)*, 26 de marzo de 2013, Luxemburgo.

Fondos de garantía de depósito al FROB como obligaciones del Estado (bajo la forma de acciones u otras participaciones)¹²⁸⁸.

Tras determinar su inclusión en el sector Administraciones públicas, el siguiente elemento que hay que tener en cuenta para determinar la incidencia del FROB en los niveles de déficit y deuda públicos es la naturaleza de sus operaciones. Las operaciones efectuadas por el FROB (entre las que se encuentran recapitalizaciones, adquisiciones de participaciones preferentes, etc.) tendrán que ser analizadas, caso por caso, para poder determinar si dan cumplimiento, o no, a los parámetros de mercado y ser calificadas como operaciones financieras¹²⁸⁹. En caso de no dar cumplimiento a estos criterios, las inyecciones de capital efectuadas por el FROB a las instituciones bancarias serán consideradas transferencias de capital de las Administraciones públicas. De nuevo, como sucedía con las operaciones del FAAF, los criterios de análisis son los fijados con carácter general en el *Manual SEC-95* para la clasificación de las inyecciones de capital, y los establecidos de forma específica para las intervenciones de apoyo a las instituciones financieras por la Decisión de Eurostat, de 29 de septiembre de 2009, relativa al “Registro estadístico de las intervenciones de apoyo a instituciones financieras y mercados financieros durante la crisis financiera”. Concretamente, constituirá un parámetro determinante para el análisis de la naturaleza de las operaciones de reestructuración su consideración como ayudas de estado.

La Comisión se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el carácter de ayudas de Estado de programas introducidos por el FROB. La primera de ellas fue el asunto “*State aid N 28/2010, Recapitalisation measures in favour of the banking sector in Spain*”. En este caso, la Comisión evaluaba la creación del FROB como programa para llevar a cabo la reestructuración del sistema bancario español y concluía atribuyendo a sus inyecciones al sistema bancario la consideración de ayudas de Estado. Para adoptar esta decisión, la Comisión argumentó que “*bajo las circunstancias de crisis financiera, con toda probabilidad, las inyecciones de capital no serían aportadas por inversores privados en una escala comparable y en unas condiciones similares*”^{1290 y 1291}. Esta

¹²⁸⁸ EUROSTAT, *EDP Dialogue visit to Spain, 17–18 February 2011*, Luxemburgo, 22 de noviembre de 2011, p. 19.

¹²⁸⁹ Del mismo modo, deben analizarse las recapitalizaciones efectuadas a los Bancos de Grecia, Irlanda y Portugal. En Grecia, el Fondo Helénico de Estabilidad Financiera (HFSF), ha sido clasificado en el sector Administraciones públicas griego. La recapitalización del sistema bancario griego tendrá un coste aproximado de 50.000 millones de euros. Véase, EUROSTAT, *The impact on EU Governments’ deficit and debt of the decisions taken in the 2011 – 2012 European Summits*”, cit., p. 4 (nota al pie 9).

¹²⁹⁰ Véase, COMISIÓN EUROPEA, *State aid N 28/2010, Recapitalisation measures in favour of the banking sector in Spain*, C(2010), 504 final, 28 de enero de 2010, Bruselas, p. 6 (apartado 33).

postura se reiteró en pronunciamientos posteriores como los relativos a la reestructuración de CajaSur¹²⁹²; la recapitalización y adjudicación de UNNIM a favor del BBVA¹²⁹³; y la reestructuración de CAM¹²⁹⁴.

De todo ello se extrae que, dadas las circunstancias de crisis financiera, las restricciones en la liquidez y las pérdidas registradas por las entidades bancarias beneficiarias de las actuaciones del FROB¹²⁹⁵, las operaciones efectuadas por el FROB, en términos generales no se cometen bajo parámetros de mercado y que, por ende, constituyen transferencias de capital que incrementan los niveles de déficit público.

4.A.3. El fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico

Tras la liberalización de las actividades de generación y comercialización eléctrica, el sistema eléctrico se encuentra frente a un difícil escollo a superar como es la diferencia entre las tarifas reguladas y los precios de la energía que fija la Administración. Esta diferencia ha sido denominada déficit tarifario. La existencia del citado déficit ha llegado casi a poner en entredicho el objetivo principal de la liberalización, que no es otro que el establecimiento de precios competitivos.

La financiación del déficit tarifario se ha llevado a cabo a través de diferentes mecanismos entre los que destacaremos, dado el objeto de nuestro estudio, la traslación de este gasto a generaciones futuras a través de su conversión en deuda pública. Esta transformación del gasto actual en deuda pública se realiza, principalmente, a través de la figura del Fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico.

¹²⁹¹ En el mismo sentido se pronunció respecto a la extensión del programa inicial, véase, COMISIÓN EUROPEA, *State aid N 317/2010, Extension of the recapitalisation measures in favour of the banking sector in Spain*, C(2010) 504 final, 23 de julio de 2010, Bruselas, p. 5 (apartado 27).

¹²⁹² COMISIÓN EUROPEA, *State aid N 329/2010, Restructuring of CajaSur*, C(2010) 7710 final, 8 de noviembre de 2010, Bruselas, p. 11 y 12 (en particular apartado 53).

¹²⁹³ Comisión Europea, *State aid 33733 (2012/N), Restructuring of UNNIM Banc SAU*, C(2012) 5014 final, 25 de julio de 2012, Bruselas.

¹²⁹⁴ COMISIÓN EUROPEA, *State aid SA. 34255 (2012/N), Restructuring of CAM and Banco CAM*, C(2012) 3540 final, 30 de mayo de 2012, Bruselas, p. 15 y 16 (en particular apartado 75).

¹²⁹⁵ En su Decisión de 12 de abril de 2012, Eurostat reitera que para determinar la naturaleza de las recapitalizaciones de Grecia, y de otros Estados miembros, es necesario evaluar aspectos como: el precio del instrumento; posibles participaciones de inversores privados; pérdidas pasadas de los bancos; y beneficios a largo plazo de las operaciones para los bancos. EUROSTAT, *The impact on EU Governments' deficit and debt of the decisions taken in the 2011 – 2012 European Summits*”, cit., p. 4.

El Real Decreto–Ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social, en su art. 1, modifica la Disposición adicional vigésima primera de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. En el apartado 4 de la nueva redacción de la citada disposición adicional se prevé la cesión de los Derechos de cobro a un fondo de titulización¹²⁹⁶ y ¹²⁹⁷. Para entender la función desempeñada por un fondo de esta naturaleza debemos precisar de forma previa dos conceptos: derechos de cobro y titulización.

En cuanto al concepto “derechos de cobro”, la aplicación de las tarifas reguladas, que se han demostrado insuficientes para cubrir los costes de las actividades reguladas, genera unos “derechos de cobro” a favor de las empresas eléctricas. En puridad la denominación completa sería “los derechos de cobro derivados de las tarifas eléctricas”, o dicho de otro modo, derechos de cobro derivados de la diferencia entre los costes efectivos de la electricidad y los ingresos efectivos del sistema. La existencia de este déficit se debe, a grandes rasgos, a la decisión de los diferentes Gobiernos de no establecer las tarifas eléctricas en los importes necesarios para cubrir los costes en los que han incurrido las empresas eléctricas¹²⁹⁸.

¹²⁹⁶ Esta cesión se previa con carácter temporal hasta el 1 de enero de 2013, de manera que a partir de dicha fecha se esperaba que los peajes de acceso fueran suficientes para satisfacer la totalidad de los costes de las actividades reguladas sin que pueda aparecer déficit. Previsión que no se ha cumplido.

¹²⁹⁷ El citado apartado 4 de la Disposición adicional vigésima primera de la Ley 54/1997, establece que “los déficit del sistema de liquidaciones eléctrico generarán derechos de cobro consistentes en el derecho a percibir un importe de la facturación mensual por peajes de acceso de los años sucesivos hasta su satisfacción. Los pagos que realice la Comisión Nacional de Energía necesarios para satisfacer los derechos de cobro tendrán consideración de costes permanentes del sistema y se recaudarán a través de los peajes de acceso hasta su satisfacción total.

Para la financiación de dichos déficits, los derechos de cobro correspondientes se podrán ceder a un fondo de titulización que se constituirá a estos efectos y se denominará Fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico, según lo contemplado en la disposición adicional quinta de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero, siendo de aplicación lo dispuesto en el Real Decreto 926/1998, de 14 mayo, por el que se regulan los fondos de titulización de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulización. La constitución del Fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico requerirá el informe previo favorable del Ministerio de Economía y Hacienda.”

¹²⁹⁸ En el caso español la potestad de fijar la tarifa eléctrica, según el art. 17.2 de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, corresponde exclusivamente al Estado. Las causas por las que los Gobiernos no establecen unas tarifas más elevadas son múltiples, entre ellas causas de carácter macroeconómico, social, de oportunidad política, etc. MATEU DE ROS Y CEREZO detalla los porqués de la existencia de este déficit de carácter endémico y constante. Véase, MATEU DE ROS Y CEREZO, Rafael, “El déficit de la tarifa eléctrica: origen y regulación por el Derecho positivo”, en la obra colectiva *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico*, Tomo I, Thomson Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 357 y ss.

El déficit en el que incurren las empresas eléctricas se materializa en unos derechos de cobro concretos, cuya titularidad inicial corresponde a dichas empresas¹²⁹⁹. La existencia de un principio de recuperación del déficit tarifario comporta que las compañías tengan “derecho a la recuperación”, y que una vez este derecho haya sido reconocido y cuantificado pueda negociarse y cederse en los mercados de capitales como cualquier otro activo o derecho patrimonial.

El siguiente concepto que debemos concretar es el de titulización. Definiremos en términos generales el concepto titulización y su funcionamiento, para poder después analizar la actuación del Fondo de Titulización del Déficit Tarifario. La titulización es un instrumento que acrecienta la obtención de crédito a través de los mercados de capitales, en lugar del recurrir al sistema bancario¹³⁰⁰. Su funcionamiento posee una estructura compleja que intentaremos detallar a continuación.

En una fase inicial se lleva a cabo la generación de los derechos de crédito por el originador. El originador puede poseer diversa naturaleza, este puede ser una entidad bancaria que tiene otorgados múltiples contratos de crédito o hipotecas a sus clientes, una empresa que posee derechos de crédito frente a sus clientes documentados en facturas mercantiles, etc.. El originador cede a un fondo de titularización una multiplicidad de derechos de crédito a cambio de un precio justo¹³⁰¹. En nuestro caso las empresas cedentes son las empresas eléctricas. No obstante, el originador continúa

¹²⁹⁹ Los derechos de cobro se conforman de los elementos siguientes: el valor base del derecho en una fecha determinada –importe que puede considerarse como principal–; los intereses devengados por el principal mientras este esté pendiente; la inclusión del coste en la tarifa de las cantidades necesarias para la recuperación de los importes aportados y los intereses devengados por ellos; y la fijación de un plazo máximo dentro del cual ha de procederse a la recuperación íntegra de las cantidades. Sobre el contenido del derecho al cobro de los déficits tarifarios, véase, LAVILLA RUBIRA, Juan José, “El déficit tarifario en el sector eléctrico”, en la obra colectiva *Derecho de la competencia y energía eléctrica*, dirigida por GUILLÉN CARAMÉS, Javier, Civitas. Thomson Reuters, 2009, pp. 392 y ss.

¹³⁰⁰ La titulización se ha concebido desde sus inicios como una fuente adicional de obtención de liquidez. La titulización fue impulsada por el legislador como mecanismo de financiación empresarial, especialmente, de las PYMES. Para ello, la Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1999, facultó al Ministro de Economía y Hacienda para otorgar avales que garantizasen los valores de renta fija emitidos por Fondos de Titulización de Activos (FTA), constituidos al amparo de Convenios que suscribiría aquél con sus sociedades gestoras. Estos serían denominados FTPyme. En la misma línea ofrece posibilidades interesantes la titulización de los derechos asociados a grandes infraestructuras.

¹³⁰¹ Las entidades de crédito podían ceder créditos, transmitir las garantías plenamente y obtener nuevos recursos sin restricciones. No obstante, la heterogeneidad de los créditos imposibilitaba la emisión masiva de participaciones con idéntico derecho. A través de la figura del fondo de titulización hipotecaria se salva este escollo, puesto que el fondo posee en su activo las participaciones hipotecarias obtenidas de las entidades de crédito, y en su pasivo los derechos de crédito de carácter homogéneo, estandarizados y susceptibles de negociación en mercados regulados.

ostentando, por cuenta del fondo, la administración de dichos derechos de crédito. Dicho fondo carece de personalidad jurídica, siendo una entidad especializada (sociedad gestora) la encargada de gestionar dichos derechos. El fondo, el cual no tiene ánimo de lucro, sirve para garantizar la neutralidad financiera, siendo la entidad gestora la encargada de adoptar, en nombre del fondo, las correspondientes decisiones o suscribir los contratos necesarios para la defensa de los intereses del fondo. Sin embargo, a diferencia del resto de instituciones de inversión colectiva, las decisiones a tomar ya han sido determinadas previamente y, por tanto, la sociedad gestora no asume el riesgo que la discrecionalidad genera¹³⁰².

A partir de este momento el fondo tiene que suscribir una serie de contratos financieros que mejoran o equilibran el riesgo de cobro asumido por los inversores, para poder alcanzar la calificación que el mercado exige¹³⁰³. En el caso del Fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico, el avalista es el Estado.

Posteriormente, el fondo emite bonos de titulización, los cuales son valores de renta fija homogéneos, estandarizados y susceptibles de negociación en los mercados de valores organizados. Los valores emitidos por los fondos deben ser objeto de evaluación por una entidad calificadora reconocida al efecto por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que evaluará su riesgo latente. Estos valores estarán siempre representados mediante anotaciones en cuenta y se negociarán en un mercado organizado. Con el resultado de los valores emitidos se procede a abonar al originador el precio de la cesión de los derechos de crédito.

El riesgo del impago de los derechos de crédito es transmitido del originador al fondo y, en el mismo acto, a los inversores finales¹³⁰⁴. Estos últimos obtendrán beneficios en función de las cantidades derivadas de los derechos de crédito en cada momento. Por tanto, a diferencia de los bonos “comunes”, los bonos de titulización no tienen determinado un rendimiento específico, sino que lo percibido vendrá a satisfacer,

¹³⁰² Véase, BAUTISTA SAGÜÉS, Fernando y GIANNI MASIA, Mario, “La titulización de activos” en la obra colectiva *Lecciones de Derecho Bancario y Bursátil*, Colex, Madrid, 2001, pp. 117 y ss.

¹³⁰³ Hemos de tener en consideración que en algunos casos la mejora crediticia necesaria puede encarecer sustancialmente los costes de la titulización, no tanto para los créditos hipotecarios, que alcanzan fácilmente la calificación que el mercado exige, sino para otro tipo de créditos, como los de los préstamos a pequeñas y medianas empresas. De ahí la importancia de la concesión de avales del Estado como método de mejora crediticia a estos últimos fondos, denominados FPymes.

¹³⁰⁴ Este es el modelo generalizado en España y conocido como titulización fuera del balance. En contraposición, se encuentra la titulización dentro del balance, en esta última la entidad cedente u originadora no transfiere el riesgo de crédito del instrumento que se titulariza. Las primeras titulizaciones tanto a nivel europeo, como español, pertenecían a esta segunda categoría.

siguiendo un orden preestablecido, el pago de los intereses y la devolución del principal de los bonos pendientes de pago. La aleatoriedad de la retribución afecta al plazo de duración de los bonos. Así, si el fondo obtiene grandes cantidades, los bonos tendrán una vida más corta puesto que su principal será amortizado con anterioridad. Una vez finalizada la amortización de los bonos, las cantidades remanentes revierten sobre el originador, de igual forma que los créditos que todavía no se hayan extinguido. La cesión de los créditos tiene tan solo un carácter temporal por el período necesario para efectuar la amortización total de los bonos.

Entrando a analizar el concreto funcionamiento del Fondo del Déficit del Sector Eléctrico, en primer lugar, observaremos los aspectos vinculados con los derechos de crédito (activo del Fondo), para después centrarnos en sus emisiones (pasivo del Fondo) y, por último, en el aval del Estado a las emisiones del fondo.

La regulación y el reconocimiento de la existencia del déficit tarifario y, por ende, de los correspondientes derechos de cobro, se ha llevado a cabo de dos formas distintas¹³⁰⁵. En un primer momento el sistema fue de déficit *ex post*, se reconocía el derecho a las empresas eléctricas que, posteriormente, podían mantenerlo en su balance, titularlo ellas mismas o cederlo a entidades financieras. En un segundo momento, la técnica se ha modificado al déficit *ex ante*. Este se calcula de forma previa por la Administración y se financia de forma anticipada por los mercados de capitales, de tal forma que las empresas eléctricas actúan a modo de financiadores transitorios del desfase liquidatorio¹³⁰⁶. Por tanto, la principal diferencia entre ambos mecanismos es el momento en el que se efectúa el reconocimiento del déficit.

Que haya existido una doble regulación del reconocimiento del déficit tarifario ha creado cierta desconfianza en los mercados de capitales. Para garantizar la correcta colocación de los títulos emitidos por el Fondo es clave que tanto el concepto de déficit tarifario como los derechos de cobro derivados de este (sus características, naturaleza y, principalmente, sus garantías) tengan una regulación estable. El actual sistema *ex ante* (regulado por la Orden ITC/694/2008, de 7 de marzo) ha sido valorado por los mercados financieros de forma más positiva que el sistema *ex post*, al aportar una mayor

¹³⁰⁵ Si bien los mecanismos de la concreción y cuantificación de los déficit (y en consecuencia también del reconocimiento y regulación de los derechos de cobro) han tenido lugar mayoritariamente en Reales Decretos y Ordenes Ministeriales, estos tienen como fundamento el principio de suficiencia tarifaria reconocido en el art. 15 de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico. Este precepto, en su apartado 4, dispone que la retribución de las actividades eléctricas a través de la tarifa deberá incentivar “*la eficiencia económica y técnica de dichas actividades y la calidad del suministro eléctrico*”.

¹³⁰⁶ Sobre el sistema del déficit *ex post* y *ex ante*. Véase, MATEU DE ROS Y CEREZO, Rafael, “El déficit de la tarifa eléctrica: origen y regulación por el Derecho positivo”, cit., pp. 352 y ss.

seguridad desde el punto de vista regulatorio y procedimental. Las dudas que surgen en la actualidad en cuanto al régimen aplicable en las subastas pueden ser resueltas directamente por la Comisión Nacional de la Energía. En cambio, cuando el déficit era reconocido *ex post* las distintas cuestiones que surgían debían ser consultadas por las partes (cedentes y cesionarios) a las autoridades competentes.

Sin embargo, a pesar de este nuevo sistema de reconocimiento *ex ante* del déficit, las primeras subastas efectuadas por la Comisión Nacional de la Energía fueron tramitadas sin éxito, por la inexistencia de licitadores interesados. Bajo esta coyuntura, de escasez de crédito, tal y como apuntó la Exposición de Motivos del Real Decreto–Ley 6/2009, el objetivo era aportar liquidez al sistema eléctrico a través de otros mecanismos distintos a la financiación por medio de subastas. Por este motivo, se constituyó el Fondo de Titulización del Sistema Eléctrico al cual los titulares de los derechos de cobro, de forma potestativa, pueden ceder tales derechos.

Por último, un elemento clave en el funcionamiento del Fondo, tal como establece el apartado 9 de la Disposición adicional vigésima primera de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (en la redacción dada por el Decreto–Ley 6/2009), es que la Administración General del Estado puede, hasta 31 de diciembre de 2013, otorgar avales en garantía de las obligaciones económicas exigibles al Fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico, derivadas de las emisiones de instrumentos financieros que realice dicho Fondo. Los importes máximos de estos avales serán determinados en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

La regulación del Fondo de Titulización del Sistema Eléctrico se desarrolló de forma extensa a través del Real Decreto 437/2010, de 9 de abril, por el que se desarrolla la regulación del proceso de titulización del déficit del sistema eléctrico¹³⁰⁷. El art. 2 del Real Decreto 437/2010 clasificaba los derechos de cobro que son objeto de cesión al fondo en: aquellos derechos de cobro que hayan sido generados con anterioridad al 31 de diciembre de 2008, los derechos de cobro déficit de 2009 y los derechos de cobro déficit de los años 2010, 2011 y 2012.

En cuanto a la primera categoría de derechos de cobro que podían cederse al Fondo, el art. 1 del Real Decreto fijó cada una de las cantidades que pueden ser cedidas según el ejercicio (desde el 2001 hasta el 2008), considerando las cuantías establecidas

¹³⁰⁷ Adicionalmente, el Fondo tiene la denominación comercial de “Fondo de amortización del déficit eléctrico” o “FADE”.

como definitivas. Las posibles diferencias existentes entre los importes recogidos y los que pudieran resultar de las liquidaciones definitivas correspondientes a esos períodos se considerarían un ingreso o coste liquidable del ejercicio en curso. Quedaba indeterminado cual sería la forma de financiación en los casos en que la diferencia fuera negativa (y se produjera un coste).

En relación con la segunda categoría de derechos de cobro, los existentes entre los años 2010 a 2012, para estos años no se cuantificaban los déficits¹³⁰⁸, si bien el máximo venía determinado por el art. 1 del Real Decreto–Ley 6/2009. Este precepto determinaba que no sería superior a 3.500 millones de euros para 2009 y a 3.000, 2.000 y 1.000 millones de euros para los ejercicios 2010, 2011 y 2012, respectivamente. Cuantías que, como veremos, se alejan de las que en la práctica finalmente se han materializado. También en relación con estos derechos de cobro se establecía que *“cualquier diferencia positiva que pudiera surgir entre el importe de las 14 liquidaciones de cada ejercicio y el resultante de las liquidaciones definitivas correspondientes, se considerará ingreso o coste liquidable del ejercicio en curso”*. Por tanto, a diferencia del primer supuesto, no se recogía la opción de que existieran diferencias negativas entre estas cantidades y las cantidades definitivamente liquidadas, hecho que parecía inapropiado teniendo en consideración la situación previa, en la que las cuantías de los déficit finalmente liquidados habían sido siempre superiores al déficit inicialmente previsto.

La no inclusión del total del déficit en la valoración efectuada comportaba que las cesiones excedentes pudieran no ir acompañadas del correspondiente aval del Estado. Por tanto, sí era posible efectuar la cesión al Fondo, no obstante, esta no estaría avalada. El art.1 apartado 8 del Real Decreto–Ley 6/2009 estableció en 10.000 millones de euros el volumen máximo autorizado que podía ser avalado hasta 31 de diciembre de 2009. Para los años posteriores, el Real Decreto–Ley 6/2009 prescribió que dicho límite se fijaría en la propia Ley de Presupuestos Generales del Estado. En el ejercicio 2010, el art. 54 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, recogió un total de 13.500 millones de euros como cuantía máxima que podía ser avalada en concepto de obligaciones económicas exigibles al Fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico, derivadas de las emisiones de instrumentos financieros que realice dicho Fondo con cargo a los derechos de cobro que constituyan el activo del mismo.

¹³⁰⁸ El art. 1 del Decreto–Ley 6/2009 establece que el déficit en 2013 debe ser cero, porque *“los peajes de acceso serán suficientes para satisfacer la totalidad de los costes de las actividades reguladas sin que pueda aparecer déficit ex ante”*.

La situación previamente descrita comportaba que, teóricamente, pueden existir tres tipos de supuestos: i) la existencia de derechos de cobro reconocidos y no cedidos; ii) derechos de cobro reconocidos y cedidos al Fondo, cuyas emisiones de instrumentos financieros a su cargo estén avaladas por el Estado; iii) finalmente, derechos de cobro reconocidos y cedidos al Fondo pero que las emisiones de instrumentos financieros a su cargo no poseen el aval del Estado.

Para poder aportar liquidez al sistema eléctrico, el Fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico ha incrementado sucesivamente tanto su activo (adquiriendo mayores volúmenes de derechos de cobro a la empresas eléctricas), como su pasivo (realizando emisiones de bonos). Y paralelamente, para garantizar la colocación de los títulos emitidos por el Fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico, el Estado ha ido incrementando el aval a este ente¹³⁰⁹.

Debemos cuestionarnos en este punto la idoneidad de la creación de un Fondo que emite deuda para sufragar un déficit y una deuda que en última instancia son públicos, al surgir de los derechos de cobro de las empresas eléctricas frente al Estado. Existen varios motivos que propiciaron la creación del Fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico.

El primer motivo que se ha argüido para la creación del Fondo ha sido evitar la calificación de las ayudas de la Administración General del Estado como ayudas de Estado a efectos del Derecho Europeo. Sin embargo, el trato específico que poseen en la normativa europea las ayudas de Estado vinculadas a la energía, por tratarse de compensación de costes de transición a la competencia, ser servicios de interés económico general y su carácter de ayudas a favor del medio ambiente¹³¹⁰, nos lleva a

¹³⁰⁹ Sobre la necesidad de la introducción del aval del Estado, pero en concreto directamente sobre los derechos de cobro derivados de los déficits de las tarifas eléctricas, se pronunció MATEU DE ROS Y CERREZO. En el año 2008, momento en que el autor llevó a cabo esta afirmación sobre la constitución de un aval por parte del Estado sobre los derechos de cobro, el Fondo de Titulización del Déficit del Sector eléctrico no había sido todavía creado por el Real Decreto–Ley 6/2009. Véase, MATEU DE ROS Y CERREZO, Rafael, “El déficit de la tarifa eléctrica: origen y regulación por el Derecho positivo”, cit., p. 379.

¹³¹⁰ Sin ánimo de entrar en la extensa materia de las ayudas de Estado y el Derecho europeo de la Energía. Existen varios aspectos que demuestran su trato específico en el Derecho europeo:

En primer lugar, tanto el TFUE como el Derecho derivado determinan que en el sector energético los Estados pueden imponer a la empresas que operan en dicho sector obligaciones derivadas del servicio de interés económico general que desempeñan (art. 106.2 TFUE, así como el art. 3.2 de la Directiva 72/2009, de 13 de julio, que establece las normas comunes para el mercado interior de la electricidad). La posibilidad de imponer este tipo de obligaciones lleva aparejada la facultad de compensar económicamente a las empresas eléctricas. Estas últimas, en realidad, no estarán gozando de una verdadera ventaja financiera sino que la intervención del Estado constituye la contrapartida a las

concluir que el aval directo de los derechos de cobro de las empresas eléctricas no habría sido calificado como ayuda de Estado contraria a la regulación europea, como no lo ha sido el aval del Estado a las emisiones efectuadas por el Fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico¹³¹¹. Por ello, a nuestro parecer, consideramos los dos motivos siguientes más decisivos para la constitución del Fondo.

prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de las obligaciones de servicio público.

Como afirma MATEU DE ROS Y CEREZO, esta calificación como ayuda de Estado no hubiera sido procedente si tenemos en cuenta que en el caso de este aval “el Estado no actúa como garante de una relación financiera libremente entablada por sujetos privados, sino que por vía de la regulación sectorial obliga a determinados sujetos (las empresas eléctricas) a financiar a otros (los consumidores de electricidad). Desde esta perspectiva, la garantía de cobro que el Estado reconoce a las obligaciones a financiar no les confiere ninguna “ventaja”, sino que simplemente pretende compensar la carga de regulatoria previamente impuesta por el propio Estado”. MATEU DE ROS Y CEREZO, Rafael, “El déficit de la tarifa eléctrica: origen y regulación por el Derecho positivo”, cit., p. 379.

A pesar de lo anteriormente indicado, tanto la Comisión como los Tribunales de la UE se han mostrado cautelosos en el análisis de la compatibilidad de los modelos de financiación establecidos por los Estados miembros con la normativa comunitaria, siendo la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo *Altmark Trans* de 24 de julio de 2003 (Asunto C-280/00) la que zanjó el debate existente fijando los requisitos para poder acogerse a la doctrina de la compensación. Véase, un análisis de los mismos, en BROKELMANN, Helmut, “El Derecho europeo de la energía y las ayudas de Estado”, en la obra colectiva “*Tratado de Regulación del Sector Eléctrico*”, Tomo I, cit., pp. 189 y ss. Y, por MEDINA GONZÁLEZ, Sara y RAMS RAMOS, Leonor, “Las ayudas públicas en el sector eléctrico: el déficit tarifario”, en la obra colectiva, *Derecho de la competencia y energía eléctrica*, dirigida por GUILLÉN CARAMÉS, Javier, cit., pp. 341 y ss.

En segundo lugar, la existencia de los denominados “costes de transición a la competencia”, derivados del hecho que la tarifa eléctrica no remunera el total del coste de la energía. El legislador comunitario consciente de esta situación permite determinadas ayudas estatales. En particular, considera aptas para el mercado común aquellas ayudas dirigidas a compensar los costes de transición a la competencia claramente determinados e individualizados, que no superen los costes que han sido efectivamente soportados por las empresas eléctricas, y cuya vigencia sea temporal.

Finalmente, hay que tener en cuenta el tratamiento especial que poseen las ayudas de Estado a favor del medio ambiente, las cuales se han justificado a través del art. 107.3 c) del TFUE (anterior art. 87.3 c) TCE). Esta disposición de alcance especialmente amplio establece que “*Podrán considerarse compatibles con el mercado interior: c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común*”. Estos criterios se fijan por la COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación relativa a la metodología de análisis de las ayudas estatales vinculadas a los costes de transición a la competencia*, de 26 de julio de 2001, Carta de la Comisión SG (2001), D/290869, 6 de agosto de 2011, Bruselas.

¹³¹¹ El aval directo a la empresa ha sido la opción adoptada en otros casos, como por ejemplo, el de las empresas navieras. Las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado recogen avales para garantizar las obligaciones derivadas de las operaciones de crédito concertadas por empresas navieras domiciliadas en España. Por tanto, la opción del aval directo a las empresas eléctricas se presentaba como una opción, al menos, factible.

El segundo motivo es que el Fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico lleva a cabo una función, si se nos permite la expresión, de “catalizador” de endeudamiento, en principio, privado de las empresas eléctricas en endeudamiento del fondo. Pero además, el fondo no solo permite la cesión de la deuda, sino que también lleva a cabo su titulización, obteniendo financiación en los mercados para su cobertura a la espera de obtener los recursos para su posterior amortización.

El tercer motivo, es que la creación del Fondo permite una actuación más flexible para adquirir derechos de cobro (incrementar su activo), pero especialmente a la hora de llevar a cabo las emisiones (contraer pasivo). De hecho, el propio Real Decreto 437/2009 plasma esta flexibilidad al disponer que el “*Fondo de Titulización estará constituido por los instrumentos financieros que se emitan. La emisión de dichos instrumentos se realizará teniendo en cuenta las condiciones de mercado imperantes*”, afirmaciones que dejan abierta la determinación del volumen y de las características de la deuda que será emitida por el Fondo. Fruto de esta flexibilidad, el momento de la emisión de los títulos por el fondo se demora según la idoneidad de efectuar tal emisión en los mercados financieros. De este modo, a pesar de que las primeras emisiones del Fondo de Titulización del Déficit del Sector Eléctrico se establecieron para finales de 2009, a finales de 2010, debido a las turbulencias por las que atraviesan los mercados de deuda pública, las primeras emisiones no se efectuaron hasta 2011, y el nivel de emisiones durante el año 2012 disminuyó¹³¹².

A pesar de que las actuaciones a través del fondo son más flexibles, no podemos obviar que la regulación y el funcionamiento del Fondo contiene zonas opacas. Una de ellas se encuentra en la necesidad de incrementar sucesivamente tanto los derechos de cobro que se adquieren por el fondo, como la cuantía del aval otorgado por el Estado, porque el déficit tarifario es superior al inicialmente establecido. Así sucedió en el 2009, cuando el límite de derechos de cobro que podían ser cedidos, fijado en el Decreto–Ley

¹³¹² Estas demoras en la emisión de los títulos comportan que las empresas eléctricas tengan que mantener en sus balances el déficit tarifario por mayor tiempo. A esta demora se une el hecho que si el déficit finalmente liquidado, concretamente los derechos de cobro derivados de este, es superior al límite máximo de cesión al Fondo de Titulización del Déficit del Sector Eléctrico fijado por el Real Decreto–Ley 6/2009, la diferencia debe ser asumida por las empresas eléctricas las cuales, como titulares iniciales de los derechos de cobro, deben financiar el déficit del sistema de liquidación eléctrico tal y como establece el art. 4.1 del Real Decreto. Esta financiación obligatoria del déficit tarifario inicialmente por las empresas eléctrica posee notas similares a los empréstitos forzosos, instituto jurídico que, como tal, no se recoge en el ordenamiento jurídico financiero actual.

Por todo lo anterior, la Comisión Nacional de la Energía propone, para el déficit que no ha sido cedido al Fondo, que “las empresas puedan ceder directamente a terceros la deuda de la que son titulares iniciales, tal y como se realizó respecto a los déficits anteriores entre 2003 y 2005”. Véase, COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA, *Informe sobre el sector energético español*, 7 marzo de 2012, p. 7.

6/2009, era insuficiente para cubrir los derechos de cobro que finalmente fueron generados por las empresas eléctricas, y de igual forma se tuvo que ampliar sustancialmente el importe del aval de la Administración General del Estado por mor de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2011. De igual forma ha sucedido en los ejercicios posteriores. Así, a modo de ejemplo, con fecha 7 de julio de 2011, la Comisión Interministerial emitió una resolución en la que se acordaba que se habían dado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5.2 del Real Decreto 437/2010, circunstancias excepcionales en el mercado que justificaban que el Fondo no hubiera podido adquirir la totalidad de los derechos de cobro del déficit Tarifario comprometidos antes de 7 de julio de 2011. El 11 de octubre de 2011 se publicó el Real Decreto 1307/2011 de 26 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 437/2010 en relación con el importe definitivo de los Derechos de Cobro Déficit 2010. La situación descrita deriva en una normativa difícil de sistematizar, y genera una deuda de difícil fiscalización, cuyas características vienen fijadas por decisiones tomadas por la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión Rectora del Fondo e, indirectamente, por las empresas eléctricas.

Una vez apuntados los motivos de su creación, analizaremos las repercusiones del Fondo de Titulización del Déficit del Sector Eléctrico en los niveles de déficit y deuda públicos. En el caso del Fondo de Titulización del Déficit del Sector Eléctrico, mediante un Decreto-Ley se ha constituido un fondo con patrimonio separado pero carente de personalidad jurídica, que emite deuda que no tiene reflejo como tal en los Presupuestos Generales del Estado, concretamente, no computa a efectos del saldo vivo de la deuda pública recogido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Ahora bien, como sucedía con el FROB, la colocación de los activos emitidos por el Fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico sería costosa en términos financieros si esta no fuera acompañada del correspondiente aval del Estado. El aval del Estado permite que la calificación *rating* de las emisiones del Fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico se encuentren alineadas con las de su garante, el Estado español¹³¹³. Pero, lógicamente, esta operación comporta elevar considerablemente el nivel de obligaciones contingentes del Estado. Así, la primera consecuencia inmediata de la puesta en funcionamiento del Fondo, es el incremento de las obligaciones contingentes del Estado derivado del aval de la Administración General del Estado a las emisiones que efectúa el Fondo.

¹³¹³ Esta mejora en la calificación era uno de los principales motivos señalados por MATEU DE ROS Y CEREZO para la constitución del aval. *Ibidem*, pp. 379 y ss.

En cuanto a la clasificación en términos de SEC-95 del Fondo de Titulización del Déficit del Sector Eléctrico, el marcado control que ejerce el Ministro de Industria, Energía y Turismo sobre la política general del Fondo, pero también sobre su actividad principal de titulización, hace que el Fondo no tenga la consideración de unidad institucional¹³¹⁴. El Fondo de Titulización del Déficit del Sector Eléctrico no cumple con el requisito de autonomía en el ejercicio de su función principal necesario para ser unidad institucional en términos del SEC-95. Tal como establecen los apartados 2.12 y 2.13 del SEC-95, las unidades que no gozan de autonomía de decisión en el ejercicio de su función principal deben integrarse en el sector donde se integra la unidad que las controla. Así, el Fondo de Titulización del Déficit del Sector Eléctrico al estar controlado por el Ministro de Industria, Energía y Turismo se integra en el sector Administraciones públicas, subsector Administración central¹³¹⁵.

Dada la inclusión del Fondo de Titulización del Déficit del Sector Eléctrico en el sector Administraciones públicas, a pesar de que sus emisiones no computan en el saldo vivo de la deuda pública, estas sí se contabilizan en el cálculo de la deuda pública en términos de SEC-95. Así, los volúmenes de deuda generados por el Fondo de Titulización del Déficit del Sector Eléctrico son contabilizados a efectos de los límites fijados para la apertura del PDE¹³¹⁶, puesto que el Fondo de Titulización del Déficit del Sector Eléctrico forma parte del elemento subjetivo del concepto europeo de deuda pública.

Por último, no podemos concluir este apartado sin apuntar que el endeudamiento del Fondo de Titulización del Sistema Eléctrico se deriva de un déficit endémico, cuyo final no puede determinarse con precisión. El Decreto-Ley 6/2009 fijaba el fin del déficit en el 2013, y tal voluntad se reiteró en el Decreto-Ley 14/2010, sin embargo, estas previsiones no se han cumplido. Además, si se sigue con la coyuntura actual, en

¹³¹⁴ Así lo ha establecido, EUROSTAT, *EDP Dialogue visit to Spain, 17-18 February 2011*, Luxemburgo, 22 de noviembre de 2011, p. 20. Además, Eurostat precisa que las emisiones de deuda del Fondo de Titulización del Déficit del Sector Eléctrico deben ser contabilizadas como incrementos de la deuda pública y las adquisiciones de derecho de cobro por el Fondo deben ser registradas como adquisición de activos financieros.

¹³¹⁵ La clasificación sectorial del Fondo de Titulización del Déficit del Sector Eléctrico efectuada por Eurostat es equivalente a la que habían realizado las autoridades nacionales. Véase, BANCO DE ESPAÑA, *Nota Metodológica de las cuentas financieras de la economía española*, Notas Estadísticas, (5), 2011, p. 23. Este documento precisa que el Fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico no se incluye en el subsector S.123 (instituciones financieras no monetarias) entre los fondos de titulización, sino en el sector S.13 Administraciones públicas y concretamente en el subsector S.1311 Administración central.

¹³¹⁶ Concretamente, el déficit generado por el Fondo de Titulización del Déficit del Sector Eléctrico supone el 0,9 % del déficit de la Administración General del Estado.

que las tarifas reguladas son sustancialmente inferiores a los precios de la energía, el déficit tarifario tiene visos de ser permanente¹³¹⁷.

Al mismo tiempo, hay que tener en cuenta que los ingresos que se obtienen para cubrir las amortizaciones del Fondo a través de los recargos en la tarifa eléctrica que pagan los consumidores, denominados peajes de acceso, son inferiores a los costes¹³¹⁸. Por tanto, en el momento de vencimiento de los títulos emitidos por el Fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico, que con carácter general tienen un plazo de amortización de quince años¹³¹⁹, probablemente la amortización deberá cubrirse, en todo o en parte, mediante cuantías obtenidas de nuevas emisiones del Fondo, o con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

Tras haber analizado algunos de los principales Fondos que se han creado en el ordenamiento jurídico español en los últimos años, podemos apuntar algunos elementos claves:

- Los fondos existentes se pueden clasificar, en nuestra opinión, en dos tipos de Fondos. El primer tipo se constituye por fondos sin personalidad jurídica, con un patrimonio independiente y dotados a cargo de los Presupuestos Generales del Estado. En estos supuestos, el fondo no es un ente generador de deuda pública. Es decir, el fondo en sí mismo no tienen capacidad para emitir deuda que

¹³¹⁷ Como apunta MARTÍN CALMARZA, siguiendo las estimaciones del BBVA *Research*, bajo el actual margo regulatorio sin efectuarse ningún cambio las tarifas de acceso tendrían que subir un 64 por 100 hasta 2013, lo cual comporta un incremento de la tarifa completa en un 34 por 100, datos que demuestran que el sistema es insostenible. MARTÍN CALMARZA, Agustín, “El déficit tarifario español”, *BBVA Research*, Septiembre de 2010.

Documento disponible vía Internet: <http://juanst.com/2010/09/22/el-deficit-tarifario-espanol-por-el-bbva/> (última consulta, julio de 2013).

¹³¹⁸ De ello deja constancia la Comisión Nacional de la Energía en sus estimaciones al afirmar que “se observa que la brecha entre el coste medio y el ingreso medio de acceso aumenta en el tiempo, el déficit crece de forma tendencial, las anualidades en los peajes de los consumidores para la financiación del déficit aumentarían en el tiempo y la deuda viva del sistema aumentaría hasta llegar a 4,5 veces los ingresos de acceso previstos para 2020, según el escenario base de previsión”. COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA *Informe sobre el sector eléctrico español. Parte I. Medidas para garantizar la sostenibilidad económico – financiera del sistema eléctrico*, 7 de marzo de 2012, p. 10 y gráfico 4 p. 11.

De igual forma, algunos estudios apuntan que, por ejemplo, para 2011 los ingresos previstos eran de 12.906 millones de euros, correspondientes 4.363 al término de potencia y 8.543 millones de euros al término de energía. Para poder equilibrar las cuentas, suponiendo fijos los costes, los ingresos por peajes deberían pasar de 12.906 M€ a 17.012 M€, lo que implicaría que las tarifas de peaje de acceso deberían aumentar un 32 %. Véase, SANCHA GONZALO, José Luis, “El Sistema Eléctrico Español III. Peaje de acceso”, *Anales de mecánica y electricidad*, septiembre – octubre 2011, pp. 16 y 17.

¹³¹⁹ El dato relativo al plazo de amortización viene determinado por los plazos de cancelación del déficit tarifario fijados en el art. 1 del Real Decreto 437/2009.

incremente los niveles de deuda pública a los efectos del procedimiento de déficit excesivo.

- La urgencia con la que se han creado este tipo de fondos ha llevado aparejadas varias consecuencias. En primer lugar, la creación del ente ha sido mediante Decreto-Ley. En segundo lugar, el crédito para cubrir el gasto derivado de su creación ha sido un crédito presupuestario extraordinario. Y en tercer lugar, la autorización para la emisión de deuda pública con la que sufragar el crédito extraordinario ha incrementado la cuantía inicialmente autorizada en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Este es el caso de fondos como el FAAF y, como veremos, del Fondo de Apoyo a la República Helénica.
- A su vez, dos causas distintas, como la crisis financiera y la problemática existente en relación con el déficit tarifario, han llevado al Gobierno a crear una segunda tipología de fondos. A pesar de tener estructuras y funciones más complejas, estos fondos han sido creados también mediante la técnica legislativa del Decreto-Ley. En el caso del FROB, el Fondo, además de canalizar el crédito que le ha sido asignado proveniente de los Presupuesto Generales del Estado y del Mecanismo Europeo de Estabilidad¹³²⁰, también puede recurrir por sí mismo al crédito, emitiendo deuda en los mercados de capitales. Las emisiones del FROB se encuentran avaladas por el Estado. El Estado también avala las emisiones que efectúa el Fondo de Titulización del Déficit del Sector Eléctrico, el cual emite los instrumentos financieros derivados de la titulización de los derechos de cobro de las empresas eléctricas. En ambos casos, la deuda emitida por estos Fondos no se computa como deuda pública del Estado, limitada por el saldo vivo recogido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. De este modo, se reduce el nivel de deuda pública que el Estado, como tal, emite en los mercados de capitales. Ahora bien, en términos de contabilidad nacional, en la medida en que el FROB y el Fondo de Titulización del Déficit del Sector Eléctrico forman parte del sector Administraciones públicas, su deuda sí integra el concepto europeo de deuda pública. Y, en consecuencia, se toma en consideración para comprobar si se da cumplimiento al criterio limitativo de la deuda pública fijado en el art. 126.2 del TFUE, y al criterio análogo nacional, regulado en el art. 135.3 de la CE.

¹³²⁰ Como veremos con posterioridad al analizar el Mecanismo Europeo de Estabilidad. Véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe La sociedad Facilidad Europea de Estabilización Financiera y el Mecanismo Europeo de Estabilidad, pp. 515 y ss.

- Para concluir, apuntar dos aspectos concretos. En primer lugar, en aras del cumplimiento del principio de transparencia (art. 6 LOEPSF) es necesaria la inclusión de un Anexo en el Proyecto de Ley de Presupuestos con una relación de estos órganos¹³²¹. En este Anexo tendría que constar la deuda por ellos emitida y sus obligaciones contingentes.
- En segundo lugar, el ingreso crediticio obtenido a través de la deuda emitida por el FROB y por el Fondo de Titulización del Déficit del Sector Eléctrico, y avalada por el Estado, es un ingreso afecto a un gasto específico. Este hecho puede afectar al cumplimiento de algunos de los principios presupuestarios clásicos, como el principio de unidad, que postula la existencia de un único presupuesto y la aprobación simultánea mediante un solo acto de todos los ingresos y los gastos del Estado¹³²²; o el principio de no afectación, que establece que todos los ingresos públicos deben destinarse indistintamente a la cobertura del gasto público, sin que quepa la priorización de una fuente de ingreso para sufragar un determinado gasto. A través de estos dos principios se pretende alcanzar la correcta priorización de las necesidades públicas, y atender con los fondos comunes aquellas necesidades que tienen carácter preferente. Estos objetivos pueden verse menoscabados con la constitución de este tipo de fondos, que obtienen sus propios ingresos crediticios con los que sufragar un gasto determinado. Este tipo de técnicas se asemejan a antiguas prácticas de financiación de las entidades institucionales, las cuales emitían sus propios empréstitos, o bien el Estado emitía deuda expresamente destinada a sufragar sus gastos. Durante los años 1955 y 1956 aumentó considerablemente la deuda pública, este proceso de expansión de la deuda acentuó también la emisión de las “deudas especiales”¹³²³ por parte de entidades institucionales. La

¹³²¹ El FROB queda excluido del régimen presupuestario y de contratación general al serle de aplicación el régimen de los Fondos de Garantía de Depósitos en Entidades de Crédito, que son organismos privados, que se financian mayoritariamente con fondos privados. En contra de su exclusión se pronuncia, PASCUAL GARCÍA, José, “La huida del Derecho Administrativo, del Presupuesto y de los controles financieros por los nuevos entes del sector público”, *Presupuesto y Gasto público*, (60), 2010, p. 121.

¹³²² Definición del principio de unidad apuntada por PALAO TABOADA. El autor señala la importancia del principio de unidad para poder efectuar un control político eficaz sobre el gasto, puesto que “*sólo teniendo presente la totalidad de los gastos e ingresos pueden ordenarse los primeros según su prioridad; de lo contrario el Gobierno podría presentar al Parlamento en un primer momento gastos menos necesarios dejando para otros Presupuestos los más indispensables, que éste se vería forzado a aprobar*”. Véase, PALAO TABOADA, Carlos, *Derecho Financiero y Tributario*, cit., p. 57.

¹³²³ Entre las deudas especiales encontramos las Obligaciones de la Renfe, Cédulas del Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional, Juntas de Obras y Comisiones administrativas de Puertos, Cédulas de los Bancos Hipotecarios y Crédito local, etc.

generalización de este tipo de emisiones se produjo hasta la aprobación de la Ley de Entidades Estatales Autónomas, de 26 de diciembre de 1958¹³²⁴. SOLÉ VILLALONGA denominó con acierto este fenómeno como “parafiscalización” de la deuda pública¹³²⁵.

Nos encontramos, en nuestra opinión, frente a prácticas que si bien distan en el tiempo, tienen consecuencias parejas. Para su financiación estos entes emiten deuda que en esencia es pública, pero que formalmente queda al margen de la deuda pública emitida por el Estado (o el Tesoro). Esta diversificación de los entes generadores de deuda pública dificulta la fiscalización tanto de los niveles reales de deuda pública, como del destino de los fondos obtenidos¹³²⁶. Por ello, a nuestro parecer, las garantías derivadas del principio de reserva de ley en materia de deuda pública (transparencia y control parlamentario) deberían recaer al menos también sobre el monto de la deuda emitida por estos entes.

4.B. La clasificación sectorial de entes creados para el apoyo financiero a Estados de la UEM

4.B.1. Préstamos bilaterales: el Fondo de Apoyo a la República Helénica

Para la consecución del Programa de préstamos bilaterales a Grecia, el Estado español constituyó el Fondo de Apoyo a la República Helénica a través del Real Decreto–Ley 7/2010, de 7 de mayo. Estamos frente a un Fondo de características similares a las del FAAF. El Fondo de Apoyo a la República Helénica es un fondo sin personalidad jurídica y con dotación presupuestaria, cuyo régimen jurídico, presupuestario, contable y de control es el previsto en la LGP. Para cubrir la dotación

¹³²⁴ El mismo día se aprobó la Ley de Tasas y Exacciones Parafiscales.

¹³²⁵ Véase, SOLÉ VILLALONGA, Gabriel, *Deuda pública española y el mercado de capitales*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1966, p. 68.

¹³²⁶ Como señaló SOLÉ VILLALONGA, estas emisiones se efectuaban “a través de las autorizaciones al Gobierno, consignadas en las Leyes de aprobación de los Presupuestos (...) procedimiento que, evidentemente, presta la suficiente oscuridad para que no se susciten demasiados comentarios críticos”. Y prosigue afirmando, “la finalidad a la que se destinan los fondos obtenidos mediante la emisión de títulos de renta fija por los Organismos autónomos, Entidades oficiales de crédito y Empresas públicas, se deduce de la naturaleza del órgano emisor (aunque la realidad de las transferencias entre organismos de la Administración pública, empañe, en realidad, la aparente claridad)”. Véase, SOLÉ VILLALONGA, Gabriel, *Deuda pública española y el mercado de capitales*, cit., pp. 68 y 69 (cuadro del destino del importe de las emisiones de deuda, del Estado y del Tesoro).

presupuestaria a favor del fondo, en el art. 2 del citado Decreto–Ley autorizaba la aprobación de un crédito extraordinario por importe de 9.794.387.450 euros, el cual fue sufragado a través de la emisión de deuda pública española. Del proceso descrito genera dudas la idoneidad de la autorización para la emisión de deuda pública a través de Decreto–Ley. Además, las consecutivas ampliaciones del saldo vivo de la deuda pública, inicialmente fijado en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, a través de unas normas dispersas en el ordenamiento jurídico, incrementan la dificultad de conocer los niveles reales de deuda pública.

Sin embargo, a pesar de las objeciones anteriores, no podemos concluir que el Fondo de Apoyo a la República Helénica poseyera una especial opacidad en su funcionamiento, ni que el endeudamiento por él generado fuera indeterminado, puesto que se trata de un Fondo cuya actuación fue limitada tanto cuantitativamente como temporalmente. Concretamente, la cuantía correspondiente a la ayuda de España a la República Helénica, calculada sobre la clave de participación de España en el capital desembolsado del Banco Central Europeo¹³²⁷, ascendió a 9.794.387.450 euros de los cuales, 3.672.895.290 euros debían desembolsarse en el año 2010.

Por su parte, art. 2.4 del Decreto–Ley 7/2010 también dispuso que los sucesivos intereses y las devoluciones del principal también debían ser ingresados en el Tesoro público. No obstante, respecto del Fondo de Apoyo a la República Helénica, a diferencia del FAAF, no se han contabilizado reintegros en el balance público de las dos aportaciones efectuadas por las Administraciones públicas al Fondo.

En cuanto a la naturaleza del Fondo de Apoyo a la República Helénica en términos de SEC–95. Los préstamos efectuados por el Fondo computan como préstamos del Estado español a la República Helénica. La interposición de un ente, un fondo en el caso español o una entidad de crédito pública en el caso alemán –a través del *KfW Bankengruppe*¹³²⁸–, no evita que la operación sea contabilizada como préstamo de las Administraciones públicas, e incrementa los niveles de déficit público a los efectos del PEC. Además, en el caso español, el Fondo de Apoyo a la República Helénica se incluye en el sector Administraciones públicas y no goza de autonomía. Por

¹³²⁷ Las ayudas a Grecia se materializaron a través de sendos préstamos de la UE y del FMI. Los países de la zona euro acordaron un préstamo de 80.000 millones de euros y el FMI un Acuerdo *Stand – by* (convenio de crédito por el que el FMI se compromete con un Estado a autorizar sus peticiones de recursos financieros, en forma escalonada en la medida en que se dé cumplimiento a unas determinadas metas, las cuales son objeto de seguimiento mientras dura el acuerdo) por 30.000 millones de euros, elevándose el financiamiento global a un total de 110.00 millones.

¹³²⁸ Véase, *supra*, nota al pie núm. 1388.

tanto, es un mero mecanismo a través del que poder canalizar los préstamos al Estado griego, que de otro modo tendrían que haberse llevado a cabo directamente por el Tesoro público.

4.B.2. La sociedad Facilidad Europea de Estabilización Financiera y el Mecanismo Europeo de Estabilidad

(1) Características y funciones

A continuación examinaremos las diferentes medidas creadas por la UE para hacer frente a las crisis económicas de algunos de sus Estados miembro. Posteriormente, analizaremos como Eurostat ha calificado estos entes y sus operaciones en términos de contabilidad nacional y su impacto en los niveles de déficit y deuda públicos de los Estados miembros.

Las diferentes actuaciones de apoyo a los Estados de la UE pueden sistematizarse en tres fases. En una primera fase, la respuesta inmediata a la crisis de la deuda griega, el Eurogrupo introdujo un programa, con una duración de tres años, de préstamos bilaterales mancomunados por parte de los Estados de la Zona Euro¹³²⁹. La cuantía acordada en abril de 2010 era de 30.000 millones de euros, completados con créditos del FMI. No obstante, el 8 de mayo de 2010, esta cantidad se aumentó hasta un importe de 110.000 millones de euros, 80.000 millones de euros aportados por parte de los Estados miembros de la Zona Euro y 30.000 millones de euros del FMI.

Esta es la primera vez que en la UEM se firma un acuerdo de préstamo a un país del grupo. Como contrapartida, Grecia se comprometía a cumplir un severo plan de reajuste fiscal¹³³⁰, cuya fundamentación jurídica se encuentra en la Decisión del

¹³²⁹ El programa se conforma por dos acuerdos, un Acuerdo de Servicio de Préstamos (*Loan Facility Agreement*) entre Grecia y los Estados prestamistas, representados por la Comisión Europea (por una cuantía de 80.000 millones de euros) y un Acuerdo entre Acreedores (*Intercreditors Agreement*) entre los Estados miembros, en el que los Estados se comprometían a aportar una cuantía equivalente a su cuota de participación en el BCE, ajustada a los Estados miembros de la Zona Euro, excluida Grecia. Véase, SERRANO LEAL, Cristina, y KÖLLING, Mario, *Los instrumentos financieros de la UE*, Documentos de Trabajo (10), Real Instituto el Cano, Madrid, 2011, p. 15 nota al pie 19.

¹³³⁰ Para información detallada sobre el Plan de Ajuste Inicial firmado por Grecia, véase, COMISIÓN EUROPEA, “The economic adjustment programme for Greece”, *European Economy*, Occasional Paper (61), mayo 2010.

Consejo de 10 de mayo, basada en los art. 126(9) y 136 TFUE¹³³¹. España, como hemos apuntado en el apartado precedente, canalizó estos préstamos a través del Fondo de Apoyo a la República Helénica¹³³².

Segunda fase. Debido a la gravedad de la crisis griega y a los temores de que esta pudiera contagiarse a otros Estados de la Zona Euro, durante los días 9 y 10 de mayo de 2010, el Consejo, en sesión extraordinaria, decidió adoptar un paquete de medidas para preservar la estabilidad financiera. Entre estas medidas destaca la creación de un Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera (*European Financial Stabilisation Mechanism*), a través del Reglamento (UE) núm. 407/2010, de 11 de mayo, por el que se establece un mecanismo europeo de estabilización financiera¹³³³. Y la constitución de la Sociedad Facilidad Europea de Estabilización Financiera, (*European Financial Stability Facility*).

El Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera (en adelante, MEEF) tiene su anclaje jurídico en el art. 122.2 del TFUE¹³³⁴, que abre la posibilidad, bajo circunstancias especiales, a la Unión Europea a prestar ayudas de carácter financiero (préstamos y líneas de crédito¹³³⁵) a un Estado miembro de la Zona Euro¹³³⁶. Las ayudas

¹³³¹ CONSEJO EUROPEO, *Decision addressed to Greece with a view to reinforcing and deepening fiscal surveillance and giving notice to Greece to take measures for the deficit reduction judged necessary to remedy the situation of excessive deficit*, (2010/320/EU). DO L 145/6, de 11 de junio de 2010.

¹³³² Sobre la aportación de España, véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe Préstamos bilaterales: el Fondo de Apoyo a la República Helénica, pp. 513 y ss.

¹³³³ DO L 118/1, de 12 de mayo de 2010.

¹³³⁴ El segundo apartado del art. 122 TFUE dispone que: “*En caso de dificultades o en caso de serio riesgo de dificultades graves en un Estado miembro, ocasionadas por catástrofes naturales o acontecimientos excepcionales que dicho Estado no pudiese controlar, el Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá acordar, en determinadas condiciones, una ayuda financiera de la Unión al Estado miembro en cuestión. El Presidente del Consejo informará al Parlamento Europeo acerca de la decisión tomada.*”

¹³³⁵ La ayuda financiera materializada a través de un préstamo o una línea de crédito al Estado afectado se concederá mediante una Decisión del Consejo por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión. Las características básicas de estas ayudas financieras se determinan en el art. 3 del Reglamento (UE) núm. 407/2010, de 11 de mayo, por el que se establece un mecanismo europeo de estabilización financiera.

¹³³⁶ La posibilidad de que la Unión Europea prestara a Estados miembros de la Unión Europea no miembros de la Zona Euro ya existía. Concretamente, a través del mecanismo denominado MTFA (*Medium Term Financial Agreement*) creado por el Reglamento (CE) núm. 322/2002, del Consejo, de 18 de febrero de 2002, por el que se establece un mecanismo de ayuda financiera a medio plazo a las balanzas de pagos de los Estados miembros. Este mecanismo se basa en el art. 143 del TFUE (segundo párrafo del apartado 1 y el apartado 2). Estas disposiciones establecen que, en caso de dificultades graves o de amenaza de dificultades en la balanza de pagos de un Estado miembro, la Comisión deberá recomendar al Consejo, previa consulta al Comité Económico y Financiero, la concesión de una asistencia mutua. De igual forma que sucede con los mecanismos introducidos para los Estados miembros

se efectuarán a aquellos Estados que tengan por moneda el euro y se encuentren en graves dificultades económicas por circunstancias excepcionales. Su activación ha ido precedida de un constante control por parte de las instituciones de la UE y del FMI (art. 3 del Reglamento (UE) núm. 407/2010, por el que se establece un mecanismo europeo de estabilización financiera). A través del MEEF, la Comisión puede tomar prestados hasta un total de 60.000 millones de euros en los mercados financieros o instituciones financieras para posteriormente prestar al Estado afectado¹³³⁷. Los préstamos efectuados por la Comisión tienen la garantía del presupuesto de la UE. Dado que las operaciones se llevan a cabo por la Comisión y se encuentran garantizadas por el presupuesto de la UE, el Tribunal de Cuentas de la UE está autorizado para auditar las actividades del MEEF.

En cuanto a la duración del mecanismo, el art. 9 del Reglamento (UE) núm. 407/2010, por el que se establece un mecanismo europeo de estabilización financiera, precisó que transcurridos seis meses de su aprobación la Comisión debía presentar al Comité Económico y Financiero y al Consejo, un informe sobre la persistencia de los acontecimientos excepcionales que justificaban la adopción del mecanismo. Este informe se presentó por la Comisión el 30 de noviembre de 2010, y en él se confirmó la necesidad de mantener vigente el mecanismo¹³³⁸. La finalización de la vigencia del MEEF se fijó para finales de junio de 2013.

La calificación *rating* del MEEF por las principales Agencias de calificación fue de AAA. Para la Comisión Europea, esta calificación se debe a varios factores: el primero, el compromiso formal de la UE de cumplir de forma incondicional sus obligaciones legales con sus acreedores. En segundo, el derecho de la Comisión Europea para adoptar las medidas necesarias que permitan garantizar que, en todo momento, los ingresos presupuestarios son suficientes para cubrir las obligaciones contraídas por la UE, incluido el servicio de la deuda. Y, por último, la obligación legal de los Estados miembros de equilibrar el presupuesto de la UE, incluyendo igualmente

de la Zona Euro, los préstamos que se efectúen mediante el mecanismo MFTA también están condicionados a la introducción por el Estado miembro de medidas de política económica que permitan restablecer o garantizar una situación sostenible de su balanza de pagos. Entre los beneficiarios actuales del MFTA se encuentran: Hungría, Letonia y Rumania.

¹³³⁷ El MEEF ha desembolsado un total de 48.500 millones de euros, 22.500 millones de euros para Irlanda y 26.000 millones de euros para Portugal, que deben ser reembolsados en el plazo de tres años.

¹³³⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Communication from the Commission to the Council and the Economic and Financial Committee on the European Financial Stabilisation Mechanism*, COM(2010) 713 final, de 30 de noviembre de 2010, Bruselas.

el servicio de la deuda¹³³⁹. De este modo, el inversor está expuesto al riesgo de la UE, no al riesgo del Estado beneficiario de los préstamos del MEEF. A lo largo de la existencia del MEEF la calificación de su deuda se ha mantenido en niveles de seguridad muy elevados. En la actualidad posee una calificación *rating* de: AAA/stable por parte de Fitch; Aaa/estable de Moody's; y AAA/previsión negativa por parte de Standard & Poor's¹³⁴⁰.

La segunda medida introducida en el paquete aprobado por el Consejo los días 9 y 10 de mayo es la creación de la Sociedad Facilidad Europea de Estabilización Financiera (*European Financial Stability Facility*, EFSF), en adelante FEEF¹³⁴¹. En términos jurídicos, la creación del FEEF se formalizó mediante la constitución de una Sociedad instrumental (*Special Purpose Vehicle*), sita en Luxemburgo cuyos accionistas son los Estados miembros de la Zona Euro. Esta sociedad se incorporó en el ordenamiento jurídico luxemburgués el 7 de junio de 2010 y comenzó sus operaciones el 4 de agosto de 2010. La dotación inicial de la FEEF se constituye por 60.000 millones de euros aportados por la Comisión, a cargo del MEEF, y hasta 250.000 millones de euros del FMI.

Entre sus actividades se encuentran: emitir bonos u otros instrumentos de deuda en los mercados de capitales para obtener los fondos necesarios con los que aportar crédito a Estados con dificultades financieras; intervenir en los mercados primarios de deuda; intervenir en los mercados secundarios de deuda; actuar en el marco de un programa de precaución; y financiar recapitalizaciones de instituciones financieras a través de préstamos a los Estados¹³⁴².

¹³³⁹ Véase, COMISIÓN EUROPEA, *Communication from the Commission to the Council and the Economic and Financial Committee on the European Financial Stabilisation Mechanism*, cit., p. 5.

¹³⁴⁰ La información financiera oficial para los prestamistas de la UE se encuentra disponible en: http://ec.europa.eu/economy_finance/eu_borrower/ (última consulta, julio de 2013).

¹³⁴¹ Se crea por un acuerdo intergubernamental, véase, "*EFSF Framework Agreement Between Kingdom of Belgium, Federal Republic of Germany, Republic of Estonia Ireland, Hellenic Republic, Kingdom of Spain, French Republic, Italian Republic, Republic of Cyprus, Grand Duchy of Luxembourg, Republic of Malta, Kingdom of The Netherlands, Republic of Austria, Portuguese Republic, Republic of Slovenia Slovak Republic, Republic of Finland, and European Financial Stability Facility*".

¹³⁴² El 25 de junio de 2012, el Gobierno español presentó un solicitud oficial de apoyo financiero al Eurogrupo. La cuantía necesaria para la recapitalización del sistema bancario español se ha estimado en 51.000 a 62.000 millones de euros, más un margen de seguridad. En total la cuantía del apoyo no puede superar los 100.000 millones. Esta ayuda se canaliza a través del FROB que actúa a modo de agente del Gobierno español. El FROB es el encargado de recibir los fondos de la FEEF (y posteriormente del MEDE) y de canalizarlos hacia las instituciones que lo requieran. El Gobierno español es plenamente responsable por los préstamos obtenidos y ha firmado el *Memorandum of Understanding* y el *Financial Assistance Facility Agreement*, que contiene el programa de ajuste macroeconómico que debe ser introducido como condicionalidad del apoyo financiero.

La Junta Directiva de la FEEF se conforma por los miembros del Comité Económico y Financiero de la UE (ECOFIN) y está encabezada por su presidente. Sus decisiones son adoptadas a propuesta de la Comisión, por mayoría cualificada. Tanto el BCE como la Comisión Europea tienen observadores en la Junta Directiva de la FEEF. En cuanto al control de las actuaciones de la FEEF, no hay ningún mandato formal que atribuya un papel de vigilancia de las actuaciones de la FEEF al Parlamento Europeo o al Tribunal de Cuentas.

La FEEF tiene carácter temporal, hasta el 30 de junio de 2013. Esto significa que a partir de esta fecha no podrá llevar a cabo nuevos programas, pero que continuará gestionando y pagando la deuda pendiente. La FEEF finalizará su actuación una vez toda la deuda pendiente haya sido reembolsada. Durante su existencia, la FEEF ha aportado financiación a Irlanda por un importe de 17.700 millones de euros; a Portugal por un importe de 26.000 millones de euros; y a Grecia por un importe de 144.600 millones de euros¹³⁴³. De igual forma que sucedía con el MEEF, la obtención de préstamos por parte de la FEEF está condicionada a la adopción de severas medidas de política fiscal y económica.

Para llevar a cabo su función de asistencia financiera a los Estados miembros la FEEF tiene capacidad de endeudamiento. En un principio su endeudamiento podía alcanzar 440.000 millones de euros, pero esta cifra fue ampliada por acuerdo de los Jefes de Estado y de Gobierno, de 21 de julio de 2011, hasta 780.000 millones de euros¹³⁴⁴. Esta cuantía está avalada por los Estados de la zona euro¹³⁴⁵. La cuantía total a avalar se prorratea entre los diferentes Estados participantes, de acuerdo con el capital

Puede verse información sobre el programa de apoyo al sistema financiero español en: EUROPEAN FINANCIAL STABILITY FACILITY, *Frequently Asked Questions*, p. 3. Disponible en: <http://www.efsf.europa.eu/about/publications/index.htm> (última consulta, julio de 2013).

Finalmente, hay que destacar que los acuerdos (y los créditos asociados a estos) que inicialmente fueron suscritos con la FEEF, posteriormente han sido transferidos al nuevo mecanismo permanente, el MEDE. A partir de julio de 2013 el MEDE es el único mecanismo que lleva a cabo rescates financieros a los Estados miembros de la Zona Euro, y la FEEF pone fin a sus actuaciones. Estos aspectos serán analizados con detalle en el siguiente epígrafe de este trabajo.

¹³⁴³ Información completa sobre las operaciones de préstamo efectuadas por la FEEF los importes desembolsados y los importes pendientes de desembolso, puede verse en: <http://www.efsf.europa.eu/about/operations/index.htm> (última consulta, julio de 2013).

¹³⁴⁴ Véase, *Statement by the Heads of State or Government of the euro area and EU institutions*, 21 de Julio de 2011.

¹³⁴⁵ Salvando las diferencias existentes, la Sociedad de Facilidad Europea de Estabilización Financiera actúa de forma similar al FROB, por tanto, en principio, no recurre al crédito salvo necesidad expresa de rescate de algún Estado de la Zona Euro.

que han desembolsado al BCE¹³⁴⁶. Dichos avales se aprueban respetando los requisitos establecidos en sus respectivos ordenamientos jurídicos. En el caso del Estado español el requisito es su autorización en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Así, a modo de ejemplo, la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos para el ejercicio 2011 recogió, en su art. 49, el correspondiente aval de 53.900 millones de euros para obligaciones económicas exigibles a la sociedad denominada “Facilidad Europea de Estabilización Financiera”¹³⁴⁷. La aprobación de este aval, con carácter anual, ha supuesto que el importe máximo de los avales aprobados por la Ley de Presupuestos Generales del Estado fuera superior al saldo vivo autorizado de deuda pública¹³⁴⁸. Este hecho se acentuó en la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012¹³⁴⁹. Este dato pone de manifiesto la importancia creciente de mecanismos de recurso al crédito distintos de la deuda pública emitida en los mercados de capitales directamente por el Tesoro público.

De nuevo, como sucedía en los casos del FROB y el Fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico, el aval recae sobre las operaciones de un ente que lleva a cabo funciones propias de las Administraciones públicas. En caso de no haberse constituido estos entes, la deuda para desempeñar tales funciones de política económica tendría que haberse emitido de forma directa por el Estado o por la UE. Dada la

¹³⁴⁶ En última instancia, cada Estado es responsable solo de la parte del pasivo que garantiza. Por ende, si un Estado miembro saliera del Acuerdo sería necesario adoptar una decisión específica que incrementara la responsabilidad del resto de miembros, dado que la responsabilidad no se incrementa de forma automática.

¹³⁴⁷ El art. 49. Uno. b) aprueba un aval de “53.900.000 miles de euros para garantizar las obligaciones económicas exigibles a la sociedad denominada «Facilidad Europea de Estabilización Financiera», derivadas de las emisiones de instrumentos financieros, de la concertación de operaciones de préstamo y crédito, así como de cualesquiera otras operaciones de financiación que realice dicha sociedad de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto–ley 9/2010, de 28 de mayo, por el que se autoriza a la Administración General del Estado al otorgamiento de avales a determinadas operaciones de financiación en el marco del Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera de los Estados miembros de la Zona del Euro”.

Debemos precisar que este incremento ya se había efectuado respecto a la Ley de Presupuestos del Estado para 2010. El Real Decreto–Ley 9/2010, de 28 de mayo, por el que se autoriza a la Administración General del Estado al otorgamiento de avales a determinadas operaciones de financiación en el marco del Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera de los Estados miembros de la Zona del Euro, ya estableció, en su Disposición final primera, la modificación de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, con un incremento de 53.000 millones de euros en el importe máximo de avales a otorgar.

¹³⁴⁸ Así, el art. 46 de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, establecía un saldo vivo de la deuda pública de 43.626 millones de euros, mientras que el importe máximo de avales no podía exceder de 59.900 millones de euros.

¹³⁴⁹ El importe máximo que puede ser avalado en el año 2012 alcanza los 217.043 millones de euros, mientras que el saldo vivo de la deuda pública es de 35.325 millones de euros, arts. 52 y 49 de la Ley 2/2010, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, respectivamente.

imposibilidad del emitir deuda por parte de la UE¹³⁵⁰, se creó la FEEF y posteriormente el MEDE.

Respecto a la calificación *rating* obtenida por la FEEF, en un primer momento dos de las principales Agencias (Fitch, Moody's) le otorgaron la máxima calificación posible. Posteriormente, Standard & Poor's le otorgó la AA+. En cuanto a las emisiones concretas, todas ellas han obtenido la máxima calificación crediticia por las tres Agencias. Estas elevadas calificaciones se derivan del aval suscrito de forma irrevocable e incondicional por todos los Estados miembros. De nuevo, la calificación *rating* del ente, en este caso privado al ser una Sociedad luxemburguesa, se alinea con la del ente público avalista, en este caso el conjunto de Estados de la UEM¹³⁵¹.

Tercera Fase. Dado el carácter temporal del FEEF, el Consejo Europeo, en su reunión de los días 28 y 29 de octubre de 2010¹³⁵², acordó la creación de un mecanismo permanente de gestión de crisis y de salvaguarda de la estabilidad financiera de la Zona Euro en su conjunto. Finalmente, en el Consejo Europeo de los días 16 y 17 de diciembre se alcanzó el consenso político suficiente para la creación del Mecanismo Europeo de estabilidad, conocido por las siglas MEDE (en inglés, *European Stability Mechanism*, ESM)¹³⁵³. A partir del 1 de julio de 2013, el MEDE sustituye tanto a los préstamos bilaterales llevados a cabo durante la primera fase, como a los dos mecanismos introducidos durante la segunda frase (el MEEF y la FEEF¹³⁵⁴).

¹³⁵⁰ Sobre estas prohibiciones, véase, epígrafe La prohibición de acudir al préstamo de los Bancos Centrales y el papel actual del BCE, pp. 202 y ss.

¹³⁵¹ El 23 de julio 2012, Moody's modificó la calificación de la deuda pública de Alemania, Holanda, Luxemburgo, y fijó un Aaa perspectiva negativa (en lugar de perspectiva estable), fruto de las inestabilidades en la Zona Euro y las importantes obligaciones contingentes contraídas por estos Estados. Información disponible en: http://www.moodys.com/research/Moodys-changes-the-outlook-to-negative-on-Germany-Netherlands-Luxembourg--PR_251214 (última consulta, julio de 2013).

Este descenso en la calificación de la deuda pública de varios Estados cuya deuda poseía la mayor calificación crediticia de la Zona Euro comportó el descenso a perspectiva negativa también de la deuda de la FEEF. Así lo anunció Moody's el 25 de julio.

http://www.moodys.com/research/Moodys-changes-outlook-on-the-EFSFs-PAaa-rating-to-negative--PR_251335 (última consulta, julio de 2013).

¹³⁵² CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones Consejo Europeo 28 y 29 de octubre de 2010*, EUCO 25/1/10, Bruselas, 30 de noviembre de 2010.

¹³⁵³ Véase, CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones Consejo Europeo 16 y 17 de diciembre de 2010*, EUCO 30/1/10 REV 1, 25 de enero de 2011, Bruselas.

¹³⁵⁴ Existe una fase transitoria de actuación conjunta del MEDE y de la FEEF, hasta que sean reembolsados todos los pasivos pendientes de la FEEF. Durante este período, el nivel máximo consolidado de préstamo del MEDE y de la FEEF puede ser incrementado por el Consejo de Administradores (art. 10 del Tratado Constitutivo del MEDE).

Igualmente, en el Consejo Europeo de los días 16 y 17 de diciembre de 2011, se llegó a un acuerdo sobre el texto del proyecto de Decisión que modifica el art. 136 del TFUE¹³⁵⁵. A este precepto se le adiciona un nuevo apartado 3 que dispone que “*Los Estados miembros cuya moneda es el euro podrán establecer un mecanismo de estabilidad que se activará cuando sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona del euro en su conjunto. La concesión de toda ayuda financiera necesaria con arreglo al mecanismo se supeditará a condiciones estrictas*”¹³⁵⁶.

En fecha 11 de marzo, los jefes de Estado y de Gobierno de la Zona Euro establecieron las características básicas del MEDE, que fueron remitidas a los Ministros de Finanzas para que, partiendo de las Conclusiones del Consejo Europeo de diciembre de 2010 y la declaración del Eurogrupo de 28 de noviembre de 2010, determinaran la estructura del MEDE. Finalmente, el Consejo Europeo de 25 de marzo 2011, configuró el MEDE y adoptó la *Decisión 2011/199/UE que modifica el art. 136 del TFUE en relación con un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro*¹³⁵⁷. Esta modificación del TFUE entró en vigor el 1 de enero de 2013, permitiendo que el MEDE haya podido operar desde julio de 2013.

Entrando a analizar las características del MEDE, el MEDE tiene la naturaleza jurídica de un organismo intergubernamental que se crea con arreglo al Derecho Internacional público, a través de la aprobación de un Tratado firmado, el 2 de febrero de 2012, por los Estado de la Zona Euro (en adelante, Tratado Constitutivo del MEDE)¹³⁵⁸. Concretamente, el art. 1 del Tratado Constitutivo del MEDE establece que

¹³⁵⁵ A partir de este momento se puso en marcha el procedimiento de revisión simplificado del TFUE, previsto en el artículo 48, apartado 6, del TFUE. Para que la consulta a las instituciones pertinentes concluyera con tiempo suficiente para que la Decisión pudiera ser adopta formalmente en marzo de 2011, los procedimientos nacionales de aprobación estuvieran concluidos antes del final de 2012 y la Decisión de entrada en vigor el 1 de enero de 2013.

¹³⁵⁶ El MEDE se apoya jurídicamente en este nuevo precepto. De este modo, no es necesaria su fundamentación jurídica en el art. 122.2 del TFUE, como lo fue en el caso del MEEF.

¹³⁵⁷ Véase, CONSEJO EUROPEO, *Decisión, de 25 de marzo de 2011, que modifica el art. 136 del TFUE en relación con un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro*, (2011/199UE). DO L 91, 6 de abril de 2011.

¹³⁵⁸ Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad entre el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, la República de Estonia, Irlanda, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Chipre, el Gran Ducado de Luxemburgo, Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Eslovenia, la República Eslovaca y la República de Finlandia.

Algunos Estados miembros de la UE, no pertenecientes a la UEM, pusieron de manifiesto durante la introducción del programa para Irlanda de la FEEF su voluntad de participar en el suministro de ayuda financiera, esta posibilidad se recoge en los arts. 2 y 44 del Tratado Constitutivo del MEDE. Estos nuevos miembros recibirán acciones del MEDE en contrapartida a su contribución al capital, tendrán

“las Partes Contratantes constituyen una institución financiera internacional denominada Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE)”.

El MEDE se dota de dos órganos rectores, el Consejo de Gobernadores y el Consejo de Administración. El Consejo de Gobernadores se conforma por los Ministros de Economía y Finanzas de los Estados de la Zona Euro. El Comisario Europeo de Asuntos Económicos y Monetarios y el presidente del BCE serán observadores. El Consejo de Gobernadores adopta decisiones a través de tres mayorías distintas: por mutuo acuerdo, equivalente a la unanimidad de los aquellos Estados que participan en la votación, no bloqueando la decisión las abstenciones¹³⁵⁹; por mayoría cualificada, el 80 % de los votos; y por mayoría simple, la mayoría de los votos expresados¹³⁶⁰. Entre las decisiones que son adoptadas por mutuo acuerdo se encuentran la concesión de ayuda financiera, las condiciones de la ayuda financiera, la capacidad crediticia del MEDE y los cambios en los tipos de instrumentos de asistencia financiera a disposición del MEDE (art. 5.5 del Tratado Constitutivo del MEDE).

El segundo órgano rector del MEDE es el Consejo de Administración. Cada Estado de la Zona Euro nombrará un administrador, y un administrador suplente, que conformarán el Consejo de Administración. El Consejo de Administración es un órgano permanente que desempeña las funciones específicas que le son delegadas por el Consejo de Gobernadores. El Consejo de Administradores está presidido por un Director Ejecutivo que será nombrado por el Consejo de Gobernadores¹³⁶¹.

El Tratado Constitutivo del MEDE prevé una actuación activa del FMI, que participará conjuntamente en la aportación de ayuda financiera e intervendrá en las fases de activación y seguimiento de las medidas¹³⁶². De igual forma, se recoge la participación del BCE tanto para concretar la existencia de una situación que pone en

representación en las reuniones que se lleven a cabo y serán informados y consultados respecto a las decisiones que deban adoptarse.

¹³⁵⁹ Este sistema de voto favorece la eficacia del proceso de decisiones del MEDE. Véase, BANCO CENTRAL EUROPEO, “El Mecanismo Europeo de Estabilidad”, *Boletín Mensual*, Julio 2011, p. 80.

¹³⁶⁰ La ponderación de los votos es proporcional a la parte del capital del MEDE suscrita por cada uno de los Estados.

¹³⁶¹ Las características y funciones del Director Ejecutivo se recogen en el art. 7 del Tratado Constitutivo del MEDE.

¹³⁶² El Considerando 8 del Tratado Constitutivo del MEDE dispone que *“El MEDE cooperará muy estrechamente con el Fondo Monetario Internacional («FMI») para proporcionar apoyo a la estabilidad. En todas las circunstancias, se pedirá la participación activa del FMI, tanto a nivel técnico como financiero. Los Estados miembros de la zona del euro que soliciten la asistencia financiera del MEDE se espera que dirijan, siempre que ello sea posible, una petición similar al FMI”*.

peligro la estabilidad financiera de la Zona del Euro, como para llevar a cabo un seguimiento de las actividades del MEDE y del Estado que ha obtenido la ayuda.

El capital del MEDE es de 700.000 millones de euros. Este está dividido en siete millones de acciones, cada una con un valor nominal de 100.000 euros. El capital autorizado se divide en acciones desembolsadas (80.000 millones de euros), y en acciones exigibles (620.000 millones de euros). Los Estados de la UEM deberán desembolsar las acciones iniciales en cinco plazos de 20 % del importe total de 80.000 millones de euros (art. 41 del Tratado Constitutivo del MEDE)¹³⁶³. Las acciones del capital autorizado inicialmente suscritas se emitirán a la par, de igual forma se emitirán el resto de acciones, a menos que el Consejo de Gobernadores acuerde otros términos. Los miembros del MEDE se comprometen irrevocablemente e incondicionalmente a aportar su contribución al capital autorizado de conformidad con la clave establecida en el art. 11 del Tratado Constitutivo del MEDE.

La actuación del MEDE solo se activa cuando “*sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la Zona Euro en su conjunto*” (art. 3 Tratado Constitutivo del MEDE). La ayuda aportada por el MEDE, de igual forma que la de la FEEF, se materializa a través de préstamos, denominados “apoyo a la estabilidad”¹³⁶⁴. El MEDE tiene una capacidad crediticia de hasta 500.000 millones de euros.

La obtención de apoyo financiero por parte de un Estado está ligada a una estricta “condicionalidad”¹³⁶⁵, materializada a través de severos programas de ajuste macroeconómico¹³⁶⁶. Además, los sucesivos desembolsos de ayuda financiera están condicionados al cumplimiento del programa de ajuste. De este modo, el proceso de evaluación y de concesión de crédito se configura de forma muy similar al seguido tradicionalmente por el FMI. El incumplimiento del Estado podría comportar la paralización del desembolso de los siguientes tramos de ayuda. El tipo de interés de los

¹³⁶³ El primer tramo debía ser desembolsado por cada miembro del MEDE en el plazo de 15 días tras la fecha de entrada en vigor del presente Tratado. Los cuatro tramos restantes son exigibles en las fechas correspondientes al primero, segundo, tercero y cuarto aniversario del pago del primer tramo, respectivamente.

¹³⁶⁴ En algunos supuestos excepcionales el MEDE puede adquirir bonos del Estado en los mercados primarios de deuda pública, absorbiendo las ofertas no suscritas por los inversores privados. Véase el conjunto de instrumentos de ayuda en BANCO CENTRAL EUROPEO, “El Mecanismo Europeo de Estabilidad”, cit., p. 81.

¹³⁶⁵ Cuyos términos dependerán del tipo de instrumento de asistencia financiera que se utilice y del miembro que requiera el apoyo (art. 3 del Tratado Constitutivo del MEDE).

¹³⁶⁶ El Consejo de Gobernadores encomendará a la Comisión, junto con el FMI y con la colaboración del BCE la determinación del programa de ajuste. Este se recogerá en un Convenio de Cooperación (conocido por sus siglas en inglés, MoU, *Memorandum of Understanding*)

préstamos suscritos a modo de apoyo puede ser fijo o variable, y será la suma del coste de financiación para el MEDE y un recargo de 200 puntos básicos. Se añadirá un recargo adicional de 100 puntos básicos para los importes pendientes de reembolso al cabo de tres años.

El Banco Central Europeo ha apuntado que el establecimiento de un duro programa de ajuste macroeconómico y de recargos elevados en los tipos de interés en los préstamos del MEDE, constituyen aspectos imprescindibles para limitar el “riesgo moral implícito” de la existencia de un mecanismo de gestión de crisis. Dicho de otro modo, para el BCE a través de estas medidas se persigue evitar que la existencia del MEDE desincentive el cumplimiento de políticas fiscales sólidas, puesto que las consecuencias derivadas del recurso a este mecanismo son especialmente severas¹³⁶⁷.

Adicionalmente, la concesión de asistencia financiera está supeditada a la ratificación del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza, y, señaladamente, al cumplimiento del mandato recogido en el art. 3, apartado 2, de dicho Tratado, relativo a la introducción de la regla de contención del déficit y la deuda públicos en una disposición, preferentemente de rango constitucional (regla de oro)¹³⁶⁸.

El Tratado Constitutivo del MEDE prevé la participación del sector privado en los programas de apoyo a un Estado¹³⁶⁹. Tanto la posibilidad de participación del sector privado como el porcentaje de su intervención serán aspectos determinados caso por caso. Para el BCE, la participación del sector privado tiene algunas consecuencias positivas, como garantizar una valoración adecuada de los riesgos de la operación¹³⁷⁰. Esta posibilidad, no recogida en la FEEF, sigue las prácticas consolidadas del FMI.

Otro de los aspectos en que el MEDE se asemeja al FMI es en su condición de acreedor preferente. Privilegio del que no gozaba la FEEF. Ahora bien, en el caso en que ambos fueran acreedores de un Estado, los derechos de cobro del FMI tendrían carácter prioritario frente a los del MEDE. La posición de acreedor preferente del FMI en sus programas de crédito a Estados no se encuentra recogida en ninguna norma, sin

¹³⁶⁷ BANCO CENTRAL EUROPEO, “El Mecanismo Europeo de Estabilidad”, cit., pp. 80 y ss.

¹³⁶⁸ Por su parte, España a través de la Ley Orgánica 3/2012, de 25 de julio, ha autorizado la ratificación del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la UE y de forma previa, en septiembre de 2011, había reformado el art. 135 de la CE.

¹³⁶⁹ La participación del sector privado fue una condición impuesta por Alemania, como señal a los contribuyentes que el coste de la crisis debe repartirse.

¹³⁷⁰ BANCO CENTRAL EUROPEO, “El Mecanismo Europeo de Estabilidad”, cit., p. 83

embargo, *de facto* y en términos generales siempre ha sido así¹³⁷¹. Este privilegio se ha justificado alegando que “la condición de acreedor preferente es fundamental para la función de financiación del FMI. Al reducir el riesgo de sus actividades crediticias, potencia su capacidad para prestar ayuda financiera a los países miembros deudores en aquellos casos en los que los acreedores privados pueden no querer hacerlo”¹³⁷².

A pesar de estas afirmaciones, la participación del FMI en su condición de acreedor preferente puede desincentivar a otros inversores, privados u oficiales, a aportar financiación¹³⁷³. Para evitar tal desincentivación, la FEEF no fue dotada del carácter de acreedor preferente. Así se afirma en el documento de la FEEF relativo a preguntas frecuentes sobre su funcionamiento. Concretamente, a la pregunta relativa a si la FEEF es un acreedor preferente la respuesta es la siguiente “*No. A diferencia del FMI la FEEF ocupa la misma posición que otros acreedores soberanos del país (pari passu). Los inversores privados podrían mostrarse reacios a aportar crédito a un país que tuviera muchos acreedores preferentes*”¹³⁷⁴.

Antes de finalizar el análisis de funcionamiento del MEDE, debemos hacer referencia a algunos aspectos relativos al desarrollo y control de sus actuaciones. En primer lugar, el MEDE goza de un estatuto jurídico¹³⁷⁵ y de unos privilegios e inmunidades similares a los de otras organizaciones internacionales¹³⁷⁶.

¹³⁷¹ Esta posición privilegiada del FMI ha tenido la oposición de otros acreedores bilaterales que en algunas ocasiones han intentado excluir al fondo de procesos de reestructuración de deuda. Este ha sido el caso del Club de París.

¹³⁷² Véase, BANCO CENTRAL EUROPEO, “El Mecanismo Europeo de Estabilidad”, cit., p. 84.

¹³⁷³ En esta misma línea, otro de los grandes requerimientos del FMI es la introducción de cláusulas de acción colectiva (CAC) en todos los títulos de deuda pública de Estados de la Zona Euro. Las CAC permiten a los acreedores adoptar, por mayoría cualificada, acuerdos que comporten el establecimiento de un nuevo régimen en las condiciones de pago en caso de que el deudor no pueda hacer frente al conjunto de su deuda (quitas y esperas, moratorias, extensión del vencimiento, etc.). En estos procesos el FMI gozaría de su posición de acreedor preferente.

Finalmente, se ha acordado la introducción de las CAC en todos los valores de deuda pública de la Zona del Euro, con un vencimiento superior a un año, emitidos a partir de julio de 2012. Estas cláusulas serán normalizadas e idénticas para todos los valores emitidos. A su vez, incluirán cláusulas de agregación que permiten que todos los valores emitidos por un Estado se consideren de forma conjunta en las valoraciones.

Sobre el proceso de introducción de las CAC y las reticencias parcialmente mostradas por las Instituciones Europeas, que finalmente han aceptado su introducción. Véase, *supra*, Capítulo III, nota al pie núm. 987.

¹³⁷⁴ Véase, EUROPEAN FINANCIAL STABILITY FACILITY, *Frequently Asked Questions*, p. 3. Disponible en: <http://www.efsf.europa.eu/about/publications/index.htm> (última consulta, julio de 2013).

¹³⁷⁵ El art. 32.2 del Tratado Constitutivo del MEDE dispone que el MEDE posee plena personalidad jurídica y plena capacidad jurídica. Entre las actuaciones que puede realizar se encuentran: a) adquirir y enajenar bienes muebles e inmuebles; b) celebrar contratos; c) ser parte en procedimientos

En segundo lugar, en relación con las actuaciones de auditoría y control, el art. 30 del Tratado Constitutivo del MEDE crea un Comité de Auditores específico, compuesto por cinco miembros de reconocida competencia en materia de auditoría y asuntos financieros, que serán nombrados por el Consejo de Gobernadores, para efectuar las funciones de auditoría. Este Comité incluirá dos miembros de los órganos supremos de auditoría de los miembros del MEDE, sometidos a rotación entre sí, y un miembro del Tribunal de Cuentas Europeo. Pero, salvo esta participación de dos miembros de órganos de auditoría de los Estados y del Tribunal de Cuentas Europeo, el Tratado no atribuye funciones específicas de fiscalización ni al Parlamento Europeo ni al Tribunal de Cuentas Europeos. Aspecto que fomenta la opacidad de las actuaciones del MEDE.

El demérito derivado de la no participación directa de estas instituciones en los procesos de auditoría y control del patrimonio y funciones del MEDE se intenta compensar, *a posteriori*, poniendo a disposición de los Parlamentos nacionales, de los órganos supremos de auditoría de los miembros del MEDE, y del Tribunal de Cuentas Europeo, el informe efectuado por el Comité de Auditores. Y mediante la realización de auditorías externas de carácter privado.

administrativos, judiciales, extrajudiciales o de cualquier otra naturaleza; y d) celebrar un acuerdo de sede y/o protocolos según sea necesario para garantizar que su estatuto jurídico y sus privilegios e inmunidades son reconocidos y aplicados.

¹³⁷⁶ El apartado 3 del art. 32 del Tratado Constitutivo del MEDE establece que “*sus recursos financieros y sus activos, dondequiera que estuvieren localizados y cualesquiera que fueren sus poseedores, gozarán de inmunidad frente a cualquier forma de procedimiento judicial, excepto en la medida en que el MEDE renuncie expresamente a dicha inmunidad para un procedimiento o contrato determinado*”. Por su parte, el apartado 4 establece que “*los bienes, los recursos financieros y los activos del MEDE, dondequiera que estuvieren localizados y cualesquiera que fueren sus poseedores, no podrán ser objeto de investigación, requisa, confiscación, expropiación o cualquier otra forma de embargo, incautación o ejecución resultante de una acción ejecutiva, judicial, administrativa o legislativa*”. A todo ello se une la inmunidad fiscal de los activos, ingresos, bienes, operaciones y transacciones del MEDE, que quedarán exentos de cualquier impuesto directo (art. 36.1 Tratado Constitutivo del MEDE).

Junto a la inmunidad de las actuaciones y del patrimonio del MEDE, el art. 35 del Tratado Constitutivo del MEDE prevé la inmunidad de las personas (del Consejo de Gobernadores, los gobernadores, los gobernadores suplentes, los administradores, los administradores suplentes, así como el Director Ejecutivo y los demás miembros del personal) en relación con las acciones que realicen en el desempeño de sus funciones oficiales.

A mayor abundamiento, por mor del primer apartado del art. 32 Tratado Constitutivo del MEDE, estos privilegios se reconocen al MEDE en todo el territorio de cada uno de los Estados miembros y se procurará obtener este estatuto en los otros territorios en los que el MEDE desarrolle sus funciones o posea activos¹³⁷⁶. A través de este precepto se crea una suerte de inmunidad de las actuaciones del MEDE – que como hemos observado son amplias– y se dota de carácter inembargable a su patrimonio. En síntesis, se sitúa al MEDE en una posición privilegiada y opaca frente a la fiscalización por parte de órganos de control de los Estados miembros o de la Unión Europea.

Por último, el Tratado Constitutivo del MEDE guarda silencio respecto a cual será el destino de los beneficios que pudieran existir, por ejemplo, derivados del margen en los intereses cobrados a un Estado en el marco de un Programa de Apoyo. No podemos obviar, que el interés que debe satisfacer el Estado objeto de apoyo cubre el coste de financiación para el MEDE más un recargo de 200 puntos básicos, o de 300 puntos básicos si se trata de importes pendientes de reembolso después de tres años¹³⁷⁷.

Antes de concluir debemos valorar las posibles fricciones existentes entre la creación de estos mecanismos de apoyo al sistema financiero de los Estados miembros y los mandatos establecidos en el TFUE, especialmente con las limitaciones contenidas en los arts. 123 y 125 del TFUE. El art. 123.1 del TFUE establece que *“queda prohibida la autorización de descubiertos o la concesión de cualquier otro tipo de créditos por el Banco Central Europeo y por los bancos centrales de los Estados miembros, denominados en lo sucesivo bancos centrales nacionales, en favor de instituciones, órganos u organismos de la Unión, Gobiernos centrales, autoridades regionales o locales u otras autoridades públicas, organismos de Derecho público o empresas públicas de los Estados miembros, así como la adquisición directa a los mismos de instrumentos de deuda por el Banco Central Europeo o los bancos centrales nacionales”*. Por su parte, el art. 125 del TFUE dispone que *“la Unión no asumirá ni responderá de los compromisos de los Gobiernos centrales, autoridades regionales o locales u otras autoridades públicas, organismos de Derecho público o empresas públicas de los Estados miembros, sin perjuicio de las garantías financieras mutuas para la realización conjunta de proyectos específicos”*.

La creación del MEEF tuvo como base jurídica el art. 122.2 del TFUE el cual determina que *“en caso de dificultades o en caso de serio riesgo de dificultades graves en un Estado miembro, ocasionadas por catástrofes naturales o acontecimientos excepcionales que dicho Estado no pudiese controlar, el Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá acordar, en determinadas condiciones, una ayuda financiera de la Unión al Estado miembro en cuestión. El Presidente del Consejo informará al Parlamento Europeo acerca de la decisión tomada”*. La interpretación sistemática de estos preceptos del TFUE lleva a concluir que las medidas introducidas a través del MEEF deben ser interpretadas como excepciones a la prohibición genérica de aportar financiación o de asumir los compromisos de otros Gobiernos por parte de la Unión. Igualmente, el art. 125 del Tratado del Funcionamiento posibilita la opción de prestar

¹³⁷⁷ Como analizaremos en el apartado siguiente, Eurostat sí precisa la naturaleza y los efectos de estos potenciales beneficios en las cuentas de los Estados miembros del MEDE, hecho que pone de manifiesto que tales beneficios eventualmente pueden producirse.

garantías financieras mutuas, precepto que respaldaría la creación de los avales a la FEEF¹³⁷⁸.

A pesar de estas justificaciones, no puede obviarse que la función última que se atribuyó al anterior art. 103 del TUE (actual art. 125 TFUE) era evitar que la Comunidad o los Estados miembros asumiesen las deudas en las que pudiera incurrir un Estado por aplicar una política fiscal no saneada. Por este motivo, en un primer momento, se creó la FEEF, sociedad instrumental sita en Luxemburgo establecida a través de una decisión intergubernamental, como mecanismo para sortear las restricciones derivadas del propio TFUE. Y en un segundo momento, se reformó el art. 136 del TFUE para evitar de forma definitiva posibles contradicciones e incompatibilidades entre la creación del MEDE y los límites impuestos por el Tratado¹³⁷⁹.

Ahora bien, la creación de un organismo intergubernamental era una de las opciones posibles para canalizar el sistema de apoyo financiero, pero no la única que podía introducirse. En este sentido, y sin requerir la reforma del Tratado, el art. 123.2 del TFUE establece que las limitaciones al crédito contenidas en el apartado previo no afectarán *“a las entidades de crédito públicas, que, en el marco de la provisión de reservas por los bancos centrales, deberán recibir por parte de los bancos centrales nacionales y del Banco Central Europeo el mismo trato que las entidades de crédito privadas”*. La creación de una entidad de crédito pública parece, por tanto, constituir una opción posible para poder obtener financiación, tanto de los mercados de capitales como del BCE, con la que efectuar programas de apoyo financiero. Sin embargo, en este último caso debería analizarse como se conjuga la creación de un organismo de este

¹³⁷⁸ En el caso de la FEEF, como hemos observado, la emisión de deuda se efectúa por la Sociedad y los títulos están avalados por los Estados miembros de la Zona Euro, una interpretación laxa de la expresión “sin perjuicio de las garantías financieras mutuas para la realización de proyectos específicos” podría comprender los avales prestados por los Estados a la FEEF que, en última instancia es el prestamista del Estado en dificultades económicas.

¹³⁷⁹ La sentencia del Tribunal de Justicia, de 27 de noviembre de 2012, Asunto C-370/12 (*Thomas Pringle vs. Gobierno de Irlanda, Irlanda y Abogado General*), estableció que los art. 123 y 125 del TFUE, entre otros, no se oponían a la celebración entre los Estados miembros del MEDE ni a su ratificación. El argumento del Tribunal de Justicia se basa en la diferenciación subjetiva entre los Estados miembros, el BCE y los Bancos Centrales y el MEDE. Así, a modo de ejemplo, el Tribunal afirma que *“el artículo 123 TFUE se dirige específicamente al BCE y a los bancos centrales de los Estados miembros. La concesión de una asistencia financiera por un Estado miembro o por un conjunto de Estados miembros a otro Estado miembro no está incluida en esa prohibición. Pues bien, de los artículos 3, 12, apartado 1, y 13 del Tratado MEDE resulta que es el MEDE quien concede una asistencia financiera a un miembro de ese mecanismo cuando concurren las condiciones enunciadas en esas disposiciones. Por tanto, aun si los Estados miembros actúan a través del MEDE, esos Estados no establecen una excepción a la prohibición enunciada en el artículo 123 TFUE, ya que éste no se refiere a ellos”* (apartados 125 y 126).

tipo con otros aspectos como son: la participación del FMI en las operaciones; las restricciones del BCE inherentes a su función principal de garante de la estabilidad de precios (art. 282.2 del TFUE); y a efectos de nuestro estudio, como se contabilizaría el déficit y la deuda derivados de las operaciones de esta entidad.

Este último aspecto constituye, a nuestro parecer, un elemento determinante para la creación del MEDE. En el apartado siguiente examinaremos las repercusiones de las operaciones del MEDE en los niveles de déficit y deuda públicos de los Estados miembros de la Zona Euro, comparándolas con las consecuencias que se derivaban de las operaciones de la FEEF.

(2) Clasificación en términos de SEC-95

La FEEF ha generado un importante volumen de deuda a los Estados de la UEM a efectos del procedimiento de déficit excesivo. El funcionamiento de la FEEF puede resumirse del siguiente modo. La FEEF posee un capital inicial de 30 millones de euros, pero puede recurrir al crédito por un importe de hasta 440.000 millones de euros. Si un Estado de la Zona Euro, debido a sus circunstancias económicas, no puede obtener financiación de los mercados de capitales puede solicitar un préstamo a la FEEF. En este punto, la Comisión Europea, junto al BCE y al FMI realizarán una propuesta de “programa de apoyo” al conjunto de los Estados miembros de la Zona Euro que tendrán que aprobarla por unanimidad.

Para Eurostat la problemática se encuentra en determinar a quién debe atribuirse la deuda derivada de la operación. Sobre este punto se ha pronunciado en su “Decisión, de 27 de enero de 2011, relativa al modo de contabilización de las operaciones llevadas a cabo por la Facilidad Europea de Estabilización Financiera”¹³⁸⁰. El Estado

¹³⁸⁰ EUROSTAT, *The statistical recording of operations undertaken by the European Financial Stability Facility*, News Releases, 13/2011, enero de 2011, Luxemburgo.

Para adoptar esta decisión, de forma previa, Eurostat consultó al CMFB. Este último planteó la cuestión de cómo contabilizar la FEEF en contabilidad nacional a instituciones estadísticas nacionales, a bancos centrales y a las instituciones europeas. La fecha límite de estas instituciones para presentar las respuestas era el 11 de enero de 2011. El CMFB obtuvo 50 respuestas: 21 de instituciones estadísticas nacionales; 26 de Bancos Centrales de Estados miembros de la UE; el BCE, el Banco Central de Islandia; y la Oficina Estadística de Noruega. El CMFB configuró, a través de la mayoría de las opiniones recibidas, una respuesta a Eurostat en términos muy similares a los que finalmente tendría la Decisión emitida por Eurostat. Véase, CMFB, *Opinion on the recording in national accounts of European Financial Stability Facility (EFSF)*”, 25 de enero de 2011, Lisboa.

beneficiario al haber contraído un préstamo, lógicamente, ha incrementado su deuda, pero la dificultad estriba en fijar a quién pertenece la deuda adquirida por la FEEF para poder llevar a cabo el préstamo posterior.

Para resolver la cuestión anterior, en primer lugar, Eurostat analiza la naturaleza de la FEEF. Al respecto, Eurostat concluye que la FEEF no posee todos los requisitos necesarios para ser considerada una unidad institucional bajo los criterios del SEC-95. A pesar de tener personalidad jurídica y un sistema de cuentas completo¹³⁸¹, la FEEF no tiene capacidad de iniciativa y su autonomía de decisión en el ejercicio de su función principal (la concesión de préstamos a Estados miembros de la Euro Zona) es nula¹³⁸², puesto que las decisiones relativas a esta función están sujetas a la aprobación previa, por lo general por unanimidad, de los Estados miembros de la Zona Euro que participan en la operación de apoyo¹³⁸³.

En segundo lugar, Eurostat descarta la clasificación de la FEEF como institución financiera internacional¹³⁸⁴, ya que no posee ninguna de las características habituales de este tipo de instituciones.

¹³⁸¹ Que la FEEF tiene personalidad jurídica y un sistema completo de cuentas son datos que se recogen en el documento relativo a los antecedentes de la Decisión de Eurostat. Véase, EUROSTAT, *Treatment of the European Financial Stability Facility (EFSF). Background note*, 27 de junio de 2011, Luxemburgo, p. 2.

¹³⁸² La dependencia del Eurogrupo no es solo para la adopción de decisiones excepcionales o para la delimitación del marco estratégico de actuación (como es el caso de una empresa normal bajo el control de sus accionistas), sino que esta dependencia alcanza a las actuaciones ordinarias. EUROSTAT, *Treatment of the European Financial Stability Facility (EFSF). Background note*, p. 2.

¹³⁸³ Señaladamente, la FEEF: 1) no puede decidir ni sobre los beneficiarios de sus préstamos ni sobre las cuantías o las condiciones del préstamo. 2) En relación con las obligaciones suscritas en su nombre, no tiene potestad de iniciativa para contraerlas, al estar condicionada a las decisiones tomadas por los miembros del Eurogrupo. 3) La emisión de instrumentos de deuda solo podrá llevarse a cabo bajo garantías aportadas por los Estados miembros en cada transacción, y no mediante un garantía general. EUROSTAT, *Treatment of the European Financial Stability Facility (EFSF). Background note*, cit., p. 2.

¹³⁸⁴ Eurostat argumenta que la FEEF no puede ser considerada ni un intermediario financiero ni una organización internacional. No posee la naturaleza de intermediario financiero porque, en primer lugar, no tiene autonomía de decisión y, en segundo lugar, no asume ningún riesgo. Este último aspecto es clave para obtener la calificación de intermediario financiero en términos de SEC-95.

A su vez, según Eurostat, no puede entenderse que la FEEF es una organización internacional al tener estatus de entidad privada. Además, en el desarrollo de sus actuaciones ordinarias las organizaciones internacionales no requieren una autorización *ex ante* de sus órganos de gobierno. El presidente/director general de las organizaciones internacionales tiene cierto poder de discrecionalidad, o al menos un cierto margen de iniciativa. Y con carácter general, como principio, las decisiones no se adoptan por unanimidad sino por mayoría cualificada o simple. Aspectos, todo ellos, que no se dan en el caso de la FEEF. EUROSTAT, *Treatment of the European Financial Stability Facility (EFSF). Background note*, cit., p. 2.

En tercer lugar, Eurostat considera que la FEEF no puede consolidarse en las cuentas de alguna de las instituciones europeas creadas por el Tratado (Comisión Europea, Consejo o Parlamento), dado que en la práctica la FEEF solo informa de sus actividades a los Estados miembros del Eurogrupo¹³⁸⁵ y no está sujeta al control de las instituciones europeas existentes.

El análisis anterior lleva a Eurostat a considerar la FEEF una herramienta de contabilidad y tesorería, que actúa en nombre y bajo el control de los Estados miembros del Eurogrupo para aportar préstamo a otros Estados¹³⁸⁶. Al no ser una unidad institucional, sus operaciones deberán ser parcialmente consolidadas en las cuentas nacionales de las unidades institucionales a las que pertenece. En este caso, en las cuentas de los Gobiernos de los Estados de la Zona Euro. En resumen, la deuda emitida por la FEEF en cada operación de apoyo a un Estado miembro deberá ser reasignada a las cuentas públicas de los Estados que ofrecen las garantías, en proporción igual a su participación en las garantías.

En términos SEC-95, la FEEF se clasifica en las cuentas nacionales del sector “sociedades no financieras” de Luxemburgo. Los préstamos que ella realiza quedan a su propio nombre, pero a nivel de contabilidad nacional, esta deuda dará lugar, además, a un préstamo de la FEEF al Estado miembro garante por una cuantía igual a la avalada por él. Y, en consecuencia, las cuentas nacionales de cada Estado miembro de la Euro Zona deberán reflejar un préstamo al Estado que ha solicitado la ayuda, en cuantía igual a la avalada. La suma de los préstamos imputados a los Estados avalistas tendrá un importe equivalente al préstamo registrado en las cuentas de la FEEF.

Esta operación no afectará al monto total de la deuda del Estado que obtiene financiación, sino a la distribución geográfica de su procedencia. Ahora bien, para los

¹³⁸⁵ El Eurogrupo no está reconocido como una unidad supranacional ni como una institución oficial de la UE. No tiene un presupuesto independiente ni un personal propio. Así, el Eurogrupo no se considera una unidad institucional, sino un grupo de trabajo informal establecido por los Ministros de Finanzas en el marco del ECOFIN (configuración del Consejo de la UE). De este modo está reconocido en el Protocolo núm. 24 anejo al Tratado, sobre el Eurogrupo. El Eurogrupo no actúa en nombre ni de la Comisión ni del Consejo. Por último, hay que tener en cuenta que el acuerdo de 7 de junio de 2010 relativo a la constitución de la FEEF no fue firmado ni por el Eurogrupo como tal, ni por el ECOFIN, ni en nombre del Consejo o ninguna otra institución Europea. El acuerdo fue firmado de forma individual por cada uno de los Estados miembros, como autoridades nacionales y no como miembros del Eurogrupo. Por último, si nuevos miembros se incorporan al Eurogrupo, dicha incorporación no supondrá una participación automática en la FEEF. EUROSTAT, *Treatment of the European Financial Stability Facility (EFSF). Background note*, cit., pp. 4 y 5.

¹³⁸⁶ Este análisis se ha recogido finalmente en la versión de 2013 del Manual del SEC-95. EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 42.

Estados garantes, la contabilización de estos flujos incrementará sus niveles de deuda pública a efectos del procedimiento de déficit excesivo, en proporción a su respectiva participación en las garantías otorgadas a la FEEF. Como afirma Eurostat, a nivel teórico, las operaciones de la FEEF se consolidan en las cuentas nacionales de las unidades a las que pertenece, es decir, en las cuentas de las Administraciones centrales de los Estados miembros de la FEEF¹³⁸⁷.

Por último, todos los flujos de ingresos (intereses, márgenes de beneficios y comisiones de servicio), registrados bajo el criterio del devengo, pasarán también por las cuentas nacionales de los Estados garantes. Y una parte de estos, como son los márgenes de beneficio y las comisiones, tendrán un impacto positivo en los niveles de déficit/superávit del Estado.

Para Eurostat, esta decisión contribuye a la comparabilidad de las finanzas públicas de los Estados miembros de la UE en la medida en que permite una contabilización pareja, a nivel de deuda pública, de todas las operaciones de apoyo. Con independencia de si estas operaciones se llevan a cabo de forma bilateral (como los préstamos a Grecia durante la primavera de 2010) o se materializan mediante una entidad específica como es la FEEF¹³⁸⁸.

Eurostat entiende que la Decisión sobre la FEEF se enmarca en la línea establecida en la Decisión, de 15 de julio de 2009, sobre el modo de contabilizar las intervenciones públicas de apoyo a las instituciones financieras y los mercados financieros durante la crisis financiera. En su pronunciamiento de 2009, Eurostat dispuso que entes creados por el gobierno con un propósito específico y sin autonomía de decisión deben ser clasificados en el sector Administraciones públicas. Solo entidades mayoritariamente privadas, que hayan sido creadas por un corto período de tiempo, y que tengan como único propósito actuar en la crisis financiera podrán ser clasificadas fuera del sector Administraciones públicas, incluso si estas reciben

¹³⁸⁷ EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 42

¹³⁸⁸ Eurostat precisa que, en esencia, la intervención de la FEEF es similar al apoyo directo a Grecia que se llevó a cabo por los Estados miembros a través de un plan coordinado. Por tanto, la FEEF constituye una forma de racionalización del proceso de decisión, que evita incertidumbres y retrasos. De hecho, como antecedente, en el caso de Alemania el apoyo a Grecia no fue directo del Gobierno, sino que se había materializado a través de una institución financiera (KfW) con la garantía del Gobierno Federal alemán. No obstante, esta financiación fue incluida en la deuda del Gobierno alemán a través de la correspondiente reasignación. EUROSTAT, *Treatment of the European Financial Stability Facility (EFSF). Background note*, cit., p. 5.

garantías del Estado. Indiscutiblemente, la FEEF, cuya propiedad es 100 % de los gobiernos, no pertenece a esta última categoría¹³⁸⁹.

En junio de 2012, Eurostat confirmó esta postura en su decisión sobre “El impacto en los déficits y deudas de los Estados de la UE de las decisiones adoptadas en las cumbres de 2011 – 2012”¹³⁹⁰. Este último pronunciamiento de Eurostat se lleva a cabo tras la ampliación del crédito que puede prestar la FEEF y de la introducción de nuevas formas de apoyo a los Estados. Ahora bien, para Eurostat estos cambios en el funcionamiento de la FEEF no justifican una modificación en su naturaleza, y los créditos prestados por ella deben seguir siendo reasignados a los Estados avalistas de la operación¹³⁹¹.

El incremento de la deuda a efectos del procedimiento de déficit excesivo es una consecuencia, evidentemente, no deseada por los Estados avalistas de las operaciones de la FEEF, que ven reducido su margen del 60 % de deuda pública en relación con su PIB. Por ello, el MEDE, como analizaremos a continuación, se ha configurado de tal manera que no genera incrementos en la deuda pública de sus Estados miembros a efectos del procedimiento de déficit excesivo (salvo al Estado miembro deudor del MEDE).

El 7 de abril de 2011, Eurostat emitió un pronunciamiento preliminar sobre la contabilización del futuro MEDE. Eurostat condicionó la validez de dicho pronunciamiento a que el MEDE fuera finalmente aprobado con las características establecidas en las Conclusiones del Consejo de los días 24 y 25 de marzo de 2011, en las que Eurostat basaba su decisión. Tras la entrada en vigor del MEDE, en enero de 2013, el CMFB ratificó la idoneidad de la calificación del MEDE inicialmente efectuada por Eurostat¹³⁹². A continuación analizaremos el pronunciamiento de Eurostat de 2011, al ser en este donde con mayor detalle se determina la naturaleza del MEDE.

¹³⁸⁹ EUROSTAT, *Treatment of the European Financial Stability Facility (EFSF). Background note*, cit., p. 5.

¹³⁹⁰ EUROSTAT, *The impact on EU Governments' deficit and debt of the decisions taken in the 2011 – 2012 European Summits*, Directorate Government Finance Statistics, 12 de abril de 2012, Luxemburgo.

¹³⁹¹ Como resultado, todos los nuevos créditos concedidos a través de la FEEF, en particular los aprobados a favor de Grecia, deberán ser reasignados en las cuentas de los catorce estados miembros garantes de la FEEF en función de su contribución. El total del rescate a Grecia ascendía a 144.600 millones de euros, y a esta cuantía debió añadirse el rescate a Portugal y a Irlanda. El total ascendía a 188.300 millones de euros. EUROSTAT, *The impact on EU Governments' deficit and debt of the decisions taken in the 2011 – 2012 European Summits*”, cit., p. 2.

¹³⁹² El CMFB confirmó que el MEDE tiene el estatus de organización internacional y su condición de unidad institucional en términos de SEC-95. Véase, CMFB, *Opinion on the recording in national accounts of the European Stability Mechanism (ESM)*, de 22 de enero de 2013, Newport.

Eurostat destaca la existencia de seis diferencias claves entre el nuevo mecanismo y la FEEF:

1) El MEDE posee carácter permanente a diferencia de la FEEF que tiene una vigencia limitada de tres años.

2) El MEDE se crea, a través de un Tratado, como una organización intergubernamental que se rige por las disposiciones del Derecho internacional, mientras que la FEEF fue creada como una sociedad anónima luxemburguesa. Las controversias entre el MEDE y los Estados miembros deberán dirimirse frente al Tribunal de Justicia de la UE.

3) En cuanto a su capital, el MEDE tiene un capital suscrito de 700.000 millones de euros, de los cuales 80.000 millones son en concepto de primas de emisión, que tendrán que ser desembolsadas por los Estados miembros en cinco anualidades a partir de 2013. En todo caso, las primas de emisión deben alcanzar un mínimo del 15 % del saldo vivo de las emisiones del MEDE (art. 41.2 del Tratado Constitutivo del MEDE). Por su parte, la FEEF tiene un capital muy limitado, de 30 millones de euros, en comparación con su capacidad para pedir prestado (440.000 millones de euros) y para prestar (220.000 millones de euros).

4) Fruto de la composición de su capital, el MEDE puede usar una importante suma de este (además de posibles garantías por parte de los Estados) para aportar fondos a un Estado con dificultades financieras. Sin embargo, en el caso de la FEEF su apoyo financiero a un Estado deriva solo de sus emisiones garantizadas por los Estados accionistas de la FEEF.

5) La estructura organizativa del MEDE es similar a la de otras organizaciones internacionales en materia financiera, como el FMI, al poseer un Consejo de Gobernadores, un Consejo de Administración y un Director Ejecutivo que tienen capacidad de decisión en algunos sectores de la actividad del MEDE, aunque esta capacidad se encuentra limitada a la necesidad de “acuerdo mutuo¹³⁹³” para la adopción de las decisiones más importantes.

¹³⁹³ Como señalamos, el acuerdo mutuo comporta la existencia de unanimidad de los miembros que participan en la votación, las abstenciones no son tomadas en consideración.

Es en relación con la autonomía del MEDE donde el CMFB detecta la existencia de posiciones divergentes entre las autoridades estadísticas, bancos centrales e instituciones europeas consultadas sobre la clasificación del MEDE¹³⁹⁴. Algunas de estas instituciones pusieron de manifiesto que la estructura de gobierno del MEDE podía poner en peligro el cumplimiento del requisito de la existencia de “autonomía en el ejercicio de su función principal”, establecido por el SEC-95 para considerar que existe una unidad institucional¹³⁹⁵. Por tanto, las únicas controversias en esta decisión de Eurostat se encuentran en la calificación del MEDE como unidad institucional. Y esta duda es plausible, puesto que tal como apunta el *System of National Accounts* de la ONU, de 1993, no todas las organizaciones internacionales son unidades institucionales. Concretamente, el *System of National Accounts* 1993 dispone que “*ciertas organizaciones internacionales poseen todos los atributos esenciales de las unidades institucionales*”, de lo cual a la vez se extrae que no todas las organizaciones internacionales tienen dichos atributos esenciales¹³⁹⁶.

Estas objeciones apuntadas en el seno del CMFB no comportaron la modificación de la calificación del MEDE como unidad institucional por parte de Eurostat.

6) El MEDE prestará apoyo financiero a través de préstamos, pero también mediante la adquisición de bonos del Estado en dificultades en los mercados primarios (es la denominada, *Market support facility*). Otros dos elementos esenciales para la

¹³⁹⁴ Véase, CMFB, *Opinion on the recording in national accounts of the European Stability Mechanism*, 10 de marzo de 2011, Lisboa.

¹³⁹⁵ En la opinión del CMFB de 2013 sobre el MEDE, el jefe del CMFB destacó que algunos de los miembros del CMFB habían manifestado su preocupación sobre si el sistema de gobernanza del MEDE proporcionaba suficiente autonomía en el proceso de toma de decisiones. Por tanto, la duda existente en 2011 se mantiene dos años después y es, a nuestro parecer, uno de los elementos más controvertidos de la calificación del MEDE. Véase, CMFB, *Opinion on the recording in national accounts of the European Stability Mechanism (ESM)*, enero de 2013, Newport, (apartado 5).

¹³⁹⁶ Véase, CMFB, *Opinion on the recording in national accounts of the European Stability Mechanism*, 10 de marzo de 2011, Lisboa, (Anexo).

En este punto, el CMFB asume que el MEDE tendrá algunas de las características de las unidades institucionales recogidas en el párrafo 2.12 del SEC-95. En particular, tendrá un conjunto completo de cuentas; será dueño de activos y podrá incurrir en pasivos en su propio nombre; tendrá un capital amplio; y dispondrá de diferentes formas de apoyo financiero del mismo modo que otras organizaciones financieras internacionales.

En cuanto a la “toma de decisiones autónomas en relación con su función principal” (párrafo 2.12 del SEC-95), de nuevo, el CMFB asume que las decisiones relativas a la ayuda y sus ajustes se adoptarán por el Consejo de Gobernadores, y que el Consejo de Gobernadores replica la composición del Eurogrupo. A pesar de apuntar la existencia de esta igualdad entre ambos órganos, el CMFB guarda silencio sobre la repercusión que tal réplica puede tener en la autonomía del MEDE.

determinación de la naturaleza del MEDE son la participación del sector privado en la financiación y la consideración del MEDE como acreedor preferente, ambas características propias de instituciones internacionales similares.

Todos estos elementos llevan a Eurostat a calificar el MEDE como una organización internacional de la UE. Esta calificación comporta que las posibles deudas del MEDE, fruto de su recurso a los mercados de capitales, deban ser contabilizadas como deudas del MEDE y no como deuda de los Estados miembros que participan en él. Así, en términos de SEC-95, la deuda prestada a un Estado en dificultades es debida por ese Estado al MEDE, sin que esta deuda tenga que reasignarse a los Estados miembros del MEDE, como sucedía en el caso de la FEEF.

La Decisión de Eurostat se fundamenta, principalmente, en la elevada cuantía de las primas de emisión que deben desembolsar los Estados, con independencia de la ayuda financiera que finalmente se haga efectiva. A diferencia de la FEEF, el MEDE posee un importante capital, formado por los desembolsos de los Estados en concepto de primas de emisión, con el que podría hacer frente a un potencial incumplimiento de un Estado que ha recibido ayuda financiera. Por ello, las posibilidades de que los Estados avalistas tenga que responder son sustancialmente inferiores en el caso del MEDE. Este menor riesgo hace que, en términos de contabilidad nacional, el capital potencialmente exigible a los Estados miembros del MEDE, en su condición de avalistas, no tenga impacto directo en sus cuentas públicas, al ser considerado una obligación contingente cuya materialización dependerá de las circunstancias futuras. Así, solo si los Estados tuvieran que cubrir deudas del MEDE o deficiencias en los pagos por parte de un deudor del MEDE, estas operaciones serían contabilizadas como gastos del Estado, como transferencia de capital.

En cuanto al pago inicial de las primas de emisión, este se considera un incremento de capital del Estado miembro del MEDE. Este incremento se califica como operación financiera que no tiene impacto en el déficit público. Esta forma de contabilizar en términos SEC-95 los pagos de las primas de emisión hace que exista una diferencia clara entre la contabilidad presupuestaria y la contabilidad nacional de los Estados miembros del MEDE. Así, en términos de contabilidad presupuestaria, el Estado tendrá que registrar el pago de los sucesivos desembolsos al MEDE. Ahora bien, estos desembolsos no constituirán gasto público en términos SEC-95, no incrementarán los niveles de déficit a efectos del procedimiento de déficit excesivo, al ser calificados como operaciones financieras. Se considera, en última instancia, que el Estado miembro no lleva a cabo gasto corriente, sino que invierte en el MEDE.

Por último, debemos señalar que Eurostat sí que valora la posibilidad de que el MEDE tenga beneficios. En los supuestos de existir beneficios relacionados con las primas de emisión o con el margen cargado al Estado prestatario (recargo en el tipo de interés). Estos beneficios tendrán un impacto positivo en el déficit/superávit de los Estados miembros del MEDE.

A pesar de las ventajas anteriores, para la constitución del MEDE sus Estados miembros han hecho importantes desembolsos de capital, con los que cubrir las elevadas primas de emisión del MEDE. Estas cuantías si bien no incrementan el déficit público en términos de SEC-95, al ser consideradas operaciones financieras, deben hacerse efectivas por parte de los Estados, y tienen repercusión directa en sus presupuestos¹³⁹⁷. Como hemos señalado, este hecho generará un importante desajuste entre los datos derivados de la contabilidad presupuestaria y los de la contabilidad nacional.

En resumen, en los casos de la FEEF y el MEDE, estamos frente a dos instituciones distintas, con una función equivalente pero con un resultado a nivel de déficit y deuda públicos totalmente divergentes. Mientras que la FEEF incide en los niveles de déficit y deuda de los Estados accionistas, el MEDE no tiene incidencia inmediata en los niveles de déficit y deuda públicos de los Estados partícipes, salvo en el caso del Estado que recurre a la asistencia financiera del MEDE. El MEDE tan solo generará un gasto para los Estados miembros del MEDE si se materializasen algunas de las obligaciones contingentes por ellos suscritas, como cubrir deudas del MEDE o deficiencias en los pagos por parte de un deudor del MEDE. Por tanto, es posible que uno de los elementos que propició la configuración del MEDE como organización internacional fuera la no repercusión de sus operaciones en los niveles de déficit y deuda públicos de los Estados, a efectos de la apertura de un procedimiento de déficit excesivo.

El caso analizado de la FEEF y el MEDE pone de manifiesto, de nuevo, que la configuración de la estructura organizativa del ente tiene importantes repercusiones a la hora de su inclusión o exclusión en el elemento subjetivo del concepto europeo de deuda pública. La diferencia clave entre uno y otro ente es que la FEEF no es considerada unidad institucional, al no poseer autonomía de decisión en el ejercicio de

¹³⁹⁷ Además, junto a las primas de emisión ya establecidas, el art. 41.2 del MEDE fija que los Estados deben acelerar el pago de las acciones desembolsadas para garantizar que las primas de emisión cubre el 15 % del saldo vivo de las emisiones del MEDE. De ello se extrae que si el MEDE incrementara sus emisiones probablemente también debería incrementar el capital a desembolsar por sus miembros.

su función principal, mientras que el MEDE sí¹³⁹⁸. El caso de la FEEF y el MEDE, junto a otros analizados previamente (como el FAAF, el FROB, o el Fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico), reflejan que Eurostat, cada vez más, toma en consideración el criterio del control para determinar la inclusión de un ente en el sector Administraciones públicas. El control no de la política general, que determina el carácter público del ente, sino el control en el ejercicio de su función principal, que marca su condición de unidad institucional.

En nuestra opinión, que Eurostat examine en mayor medida el control en el ejercicio de la función principal puede acarrear la creación por parte de las Administraciones públicas de entes cada vez más independientes, y asegurar así su condición de unidades institucionales. Para ser considerados autónomos, entre otras condiciones, los entes tienen que tener autonomía de decisión, deben estar controlados mayoritariamente por inversores privados (que posean más del 50 % del capital de la entidad) y su órgano directivo no puede estar formado por miembros designados mayoritariamente por las Administraciones públicas. Estas notas caracterizan, por ejemplo, la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria (SAREB) española¹³⁹⁹, clasificada, a diferencia del FROB, como unidad institucional en el sector sociedades financieras (S.12).

Sin embargo, a pesar de esta independencia y de la participación mayoritaria de capital privado, no puede obviarse que estos entes llevan a cabo funciones de marcado carácter público (por ejemplo, en el caso de la SAREB, esta adquiere y gestiona activos conflictivos de las Cajas de Ahorro que han sido nacionalizadas durante la crisis financiera). Además, en muchas ocasiones sus emisiones tienen el aval del Estado¹⁴⁰⁰ o el Estado se presenta como último garante de sus operaciones¹⁴⁰¹. En consecuencia, tanto por la función que desempeñan como por la posición de garante que ocupan las Administraciones públicas en sus operaciones, estos entes siguen generando importantes niveles de riesgo para el sector Administraciones públicas¹⁴⁰². Su exclusión de este sector y la consideración de sus obligaciones pendientes como meras obligaciones contingentes de las Administraciones públicas (y no como deuda pública en el sentido europeo) deben ir acompañadas de importantes controles, puesto que,

¹³⁹⁸ EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 43.

¹³⁹⁹ Sobre la SAREB véase nota al pie 1287.

¹⁴⁰⁰ Este es también el caso de la SAREB cuyas emisiones de deuda tienen el aval del Estado.

¹⁴⁰¹ Esta es, por ejemplo, la posición de los Estados de la UEM respecto de las operaciones del MEDE.

¹⁴⁰² Estos entes se sitúan en la que hemos denominado “zona de penumbra” del concepto europeo de deuda pública. Véase, nota al pie 1110.

eventualmente, según cual sea el devenir de sus operaciones, estos entes pueden formar parte del sector Administraciones públicas.

Esta necesidad de control choca con la mayor autonomía de la que se ha dotado a estos entes para garantizar su naturaleza de unidades institucionales autónomas y su exclusión del sector Administraciones públicas. Además, los inversores privados tienen un papel clave en la toma de decisiones de la entidad, y su búsqueda de mayores beneficios puede ir acompañada de la asunción de mayores riesgos.

5. LA INTRODUCCIÓN DEL CONCEPTO EUROPEO DE SECTOR “ADMINISTRACIONES PÚBLICAS” EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO

Para finalizar este apartado relativo al elemento subjetivo del concepto europeo de deuda pública, analizaremos la progresiva introducción del concepto europeo de sector Administraciones públicas en el ordenamiento jurídico interno. Y posteriormente, describiremos como delimitan el sector público dos órganos claves en el control de la disciplina presupuestaria a nivel interno como son la IGAE y el Tribunal de Cuentas.

5.A. Delimitación del sector público en la Ley General Presupuestaria

La normativa previa a la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, no había sido capaz de hacer frente a la creciente huida del régimen general de inclusión en el presupuesto, ejecución y control del gasto. Más bien todo lo contrario, la segmentación que la había caracterizado había propiciado en algún sentido este tipo de actuaciones¹⁴⁰³. Como apunta SANTAMARÍA PASTOR., este fraccionamiento

¹⁴⁰³ Concretamente, la Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria, en su condición de norma encargada de configurar el sector público, había suprimido los servicios administrativos sin personalidad y desdoblado la categoría “organismo autónomo” en dos especies, distinguiendo ente los organismos autónomos de carácter administrativo de los de carácter comercial, industrial o financiero. Además, la Ley 11/1977 introdujo la pieza clave para la implementación de regímenes singulares de carácter especial al aludir, en su art. 6.5, a los restantes entes del sector público estatal que no estuvieran expresamente incluidos en la clasificación que en él se realizaba, y cuyo régimen se determinaría en sus normas de creación (Administraciones independientes). Véase, LÓPEZ MENUDO, Francisco, “Organismos públicos: principios generales”, en la obra PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estudios sobre la Administración General del Estado*, Universidad Carlos III, Madrid, 1996, pp. 154 y 155.

Todos estos cambios propiciaron “una aplicación prácticamente indiscriminada del Derecho privado con la pretensión de escapar de los controles puramente administrativos” (véase, CALVO CHARRO, María, “La Administración institucional. Los organismos autónomos y las Entidades públicas empresariales”,

y la heterogeneidad de las personificaciones jurídicas no fue puramente caprichoso y arbitrario “pues las funciones que tales entidades habían de desempeñar eran lo bastante dispares como para que resultara imposible que su organización y régimen jurídico se acomodasen a patrones uniformes. Por ello, los escasos intentos legislativos que se hicieron para disciplinar este universo de personificaciones perseguían unificar su régimen a base de clasificaciones tipológicas, que inmediatamente quedaban desbordadas por nuevas normas, tendentes a extraer del ámbito de la Ley general a determinados organismos, por razones no siempre justificadas”¹⁴⁰⁴.

Bajo estas premisas, la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, nació con la vocación de sistematizar¹⁴⁰⁵, desde la perspectiva económico-financiera, las distintas entidades integrantes del sector público estatal¹⁴⁰⁶.

Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid, núm. Extra 2, 2004 (Ejemplar dedicado a: Gobierno y Administración del Estado. Cometarios a la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado), pp. 375 – 404.

¹⁴⁰⁴ Véase, SANTAMARÍA PASTOR, Juan A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Editorial Ceura, Madrid, 1988, p. 1186.

¹⁴⁰⁵ Destacamos el papel desempeñado por la LGP, pero existen otras normas a través de las cuales también se ha querido dar cumplimiento a esta labor sistematizadora. Entre ellas se encuentran la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, (en adelante, LOFAGE) y la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales.

La aprobación de la LOFAGE supuso un importante esfuerzo de sistematización del sistema del sector público, al establecer unas estructuras simples para la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella. A su vez, se fijó un régimen jurídico básicamente unitario al que debían adaptarse progresivamente los organismos autónomos y demás entidades de derecho público preexistentes. Ahora bien, esta labor de unificación perdía consistencia cuando sus propias Disposiciones adicionales excluían de su régimen a numerosas entidades, entre las que se encuentra, entre otras, las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, el Consejo de Estado y el Banco de España. Como apunta, ZORNOZA PÉREZ “tales exclusiones, que suponían una puerta abierta al mantenimiento de abundantes singularidades organizativas – y económico–financieras– poca había de ser la efectividad de las obligaciones de adaptación establecidas en la Disposición transitoria tercera y del intento de reconducir al régimen general de los organismos públicos los que pudieran crearse tras su entrada en vigor”. ZORNOZA PÉREZ, Juan “El ámbito de aplicación de la Ley General Presupuestaria: entidades que se integran en el sector público estatal”, *Revista Española de Control Externo*, Vol. 6, (18), 2004, p. 91.

¹⁴⁰⁶ Algunos autores consideran la enumeración del art. 2 de la LGP completa y plenamente ajustada a las categorías de la LOFAGE. URÍA FERNÁNDEZ, Francisco, “Los objetivos de la nueva Ley General Presupuestaria”, *Presupuesto y Gasto público*, (35), 2004, pp. 207 y ss. Otros, por el contrario, han valorado positivamente el esfuerzo del legislador “por agotar dentro de lo posible, el catálogo de entidades pertenecientes al sector público estatal” pero no la consideran completa. Véase, ZORNOZA PÉREZ, Juan “El ámbito de aplicación de la Ley General Presupuestaria: entidades que se integran en el sector público estatal”, cit., p. 95.

En este segundo sentido se pronuncia BAÑO LEÓN al señalar los fracasos de “establecer una ecuación perfecta entre la actividad (pública o privada) y la forma jurídica (ente público, ente privado)”. Si bien, para el autor, lo anterior no comporta que se deba “minusvalorar el intento de la LOFAGE, e incluso, apurando la interpretación, del art. 2.2 de la Ley 30/1992, para reducir las formas societarias privadas a

Esta labor, que pretendía dar cumplimiento al principio de universalidad, no ha estado exenta de complicaciones puesto que, como apunta ZORNOZA PÉREZ, “la regulación de determinadas formas organizativas se ha reconducido a una legislación sectorial que, sin embargo, desde la perspectiva presupuestaria debe ser reunificada por imperativo de la unidad presupuestaria”¹⁴⁰⁷.

La Exposición de Motivos de la LGP establece que la integración, o no, de ciertas entidades del sector público estatal obedece a los criterios de *financiación mayoritaria* y *control efectivo* por la Administración General del Estado. Junto a estos dos criterios, el art. 2 de la LGP establece una enumeración¹⁴⁰⁸ de los entes que se integran en el sector público estatal¹⁴⁰⁹.

las actividades empresariales de los entes públicos. Pero una y otra vez las leyes y la experiencia práctica nos demuestran que la Administración salta por encima de tan razonables límites”. BAÑO LEÓN, José M^a, “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las Administraciones públicas”, *Revista Administración pública*, p. 17. Igualmente, PAREJO ALFONSO, Luciano, *Administración y eficacia. Tres estudios*, Madrid, 1995, pp. 70 y ss.

¹⁴⁰⁷ Para llevar a cabo esta labor, ZORNOZA PÉREZ apunta la necesidad de acudir a conceptos dispersos en la LOFAGE, la Ley General de la Seguridad Social, la Ley de Patrimonio de las Administraciones públicas, y la Ley de Fundaciones, entre otras. Véase, ZORNOZA PÉREZ, Juan, “El ámbito de aplicación de la Ley General Presupuestaria: entidades que se integran en el sector público estatal”, cit., pp. 93 y 94.

¹⁴⁰⁸ Artículo 2.1 de la LGP establece que “a los efectos de esta Ley forman parte del sector público estatal:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Los organismos autónomos dependientes de la Administración General del Estado.
- c) Las entidades públicas empresariales, dependientes de la Administración General del Estado, o de cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella.
- d) Las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social.
- e) Las sociedades mercantiles estatales, definidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.
- f) Las fundaciones del sector público estatal, definidas en la Ley de Fundaciones.
- g) Las entidades estatales de derecho público distintas a las mencionadas en los párrafos b) y c) de este apartado.
- h) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren los artículos 6, apartado, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, cuando uno o varios de los sujetos enumerados en este artículo hayan aportado mayoritariamente a los mismos dinero, bienes o industria, o se haya comprometido, en el momento de su constitución, a financiar mayoritariamente dicho ente y siempre que sus actos estén sujetos directa o indirectamente al poder de decisión de un órgano del Estado.

¹⁴⁰⁹ Estos criterios de configuración del sector público fijados en la LGP son totalmente distintos a los establecidos en el TRLGP. La normativa previa establecía una delimitación muy general vinculada a la contabilidad nacional. Concretamente, el art. 139 del TRLGP establecía que: “1. A efectos de contabilidad nacional, el Sector público se dividirá en los subsectores siguientes: a) Administraciones públicas, incluida la Seguridad Social. b) Empresas públicas. c) Instituciones financieras públicas. 2. El

Sin embargo, a pesar de la fijación de los criterios y de la enumeración de las entidades que se incluyen en el sector público, es posible rehuir la aplicación del régimen del presupuesto público establecido en la LGP. ZORNOZA PÉREZ recoge dos tipos de actuaciones que se generalizaron para hacer constar determinadas entidades fuera del régimen del presupuesto público. La primera práctica hace referencia a las fundaciones. En estas es suficiente con que la aportación inicial no haya sido mayoritariamente estatal, y se mantenga un patrimonio fundacional que no comprenda establemente más allá del 50 % de bienes o derechos aportados por entidades estatales para que la fundación no se incluya en el sector público¹⁴¹⁰. El segundo tipo de actuaciones, atañe a los consorcios dotados de personalidad jurídica en los que la aplicación de los criterios de la aportación mayoritaria y del poder de decisión pueden dejar al Consorcio –si ninguna de sus Administraciones consorciadas da cumplimiento a estos– al margen del sector público en el cual se encuentre: estatal, autonómico o local. En este caso, el régimen financiero económico del Consorcio quedará totalmente indeterminado, definiéndose simplemente por su propia normativa¹⁴¹¹.

Para evitar este tipo de prácticas, la LGP ha incluido, junto a la enumeración del art. 2, una categorización de las estructuras organizativas existentes en tres sectores. En concreto, el art. 3 de la LGP establece tres sectores:

- El *sector público administrativo*: en el cual se incluyen la Administración General, y los organismos autónomos dependientes de ella, las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social¹⁴¹². También se incluyen los órganos con dotación diferenciada en los Presupuestos Generales del Estado, otras entidades públicas y consorcios, siempre y cuando, su actividad no se desarrolle en el régimen de mercado o efectúen operaciones de redistribución de renta, y ni se financien mayoritariamente con ingresos comerciales¹⁴¹³.

Ministerio de Economía y Hacienda clasificará las Entidades incluidas en el Sector público según las definiciones admitidas en términos de contabilidad nacional.”

¹⁴¹⁰ Sobre la constitución de fundaciones privadas por entes públicos, véase, PIÑAR MAÑAS, José Luis, “Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones”, *Civitas. Revista española de Derecho Administrativo*, (97), 1998, p. 37 y ss. (especialmente, 48 – 49).

¹⁴¹¹ ZORNOZA PÉREZ, Juan, “El ámbito de aplicación de la Ley General Presupuestaria: entidades que se integran en el sector público estatal”, cit., p. 96.

¹⁴¹² Concretamente, los apartados a), b), y d) de la enumeración contenida en el art. 2 LGP.

¹⁴¹³ Referencia hecha a los apartados h) y g) del art. 2 LGP, en la medida en que cumplan las dos características fijadas en el art. 3.1 LGP apartado b, que son: “1º *Que su actividad principal no consista*

- El *sector público empresarial*: constituido por las entidades públicas empresariales y las sociedades mercantiles y otras entidades públicas y consorcios cuya actividad se desarrolle en el régimen de mercado o efectúen operaciones de redistribución de renta, y su financiación sea mayoritariamente a través de ingresos comerciales¹⁴¹⁴.

- El *sector público fundacional*: se integra por las fundaciones del sector público estatal¹⁴¹⁵.

De esta categorización del sector público se pueden destacar varios aspectos. En primer lugar, los contornos del primero de los subgrupos son coincidentes con el concepto de sector administraciones públicas recogido en la normativa SEC-95. Ello no obstante, la diferencia fundamental es que el alcance del concepto SEC-95 no se restringe a la Administración del Estado, sino que alcanza también a la Administración del resto de niveles de gobierno: comunidades autónomas y entes locales, y la Administración de la Seguridad Social. Esta integración en un concepto unitario, con la inclusión de los distintos niveles de gobierno y de la Administración de la Seguridad Social, se efectuaba, como veremos, en el art. 2.1 de la LGEP y en el actual art. 2 de la LOEPSF.

En segundo lugar, la distinción entre sector público administrativo y el sector público empresarial se lleva a cabo tomando en consideración el modo de financiación de la entidad que se evalúa. Así, formarán parte del sector público empresarial las

en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro. 2ª Que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales, entendiéndose como tales a los efectos de esta Ley, los ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida de las entregas de bienes o prestaciones de servicios”.

¹⁴¹⁴ Apartado c) del art. 2 LGP. Junto a los apartados h) y g) del art. 2 LGP, siempre que no posean las características 1ª y 2ª del apartado b) del art.3 LGP.

¹⁴¹⁵ En esta tercera categoría (apartado f) del art. 2 LGP) ZORNOZA PÉREZ integra también las fundaciones públicas sanitarias y las creadas para la gestión del Sistema Nacional de Salud. A pesar de que la Ley de Fundaciones las excluya de su objeto (disposición adicional tercer y cuarta, respectivamente de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones; BOE núm. 310 de 27 de diciembre de 2002), y les será solo de aplicación supletoria la regulación contenida en el Capítulo XI de la Ley de Fundaciones; capítulo relativo a las fundaciones del sector público estatal. Véase, ZORNOZA PÉREZ, Juan, “El ámbito de aplicación de la Ley General Presupuestaria: entidades que se integran en el sector público estatal”, cit., pp. 96 y 97.

Esta inclusión se justifica más aún cuando en el sector público administrativo se integran las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades de la Seguridad Social o en función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social.

entidades que lleven a cabo una actividad en *régimen de mercado* o su *financiación sea mayoritariamente a través de ingresos comerciales*¹⁴¹⁶. Estos parámetros para la distinción entre entidades que configuran el sector público administrativo y el sector público empresarial guardan importantes similitudes con el criterio del 50 % utilizado por el SEC-95 para clasificar una unidad institucional como de mercado o no de mercado. Cabe recordar que este criterio incluye entre los productores de mercado aquellas unidades institucionales cuyas ventas cubren el 50 % de los costes de producción¹⁴¹⁷. Pero, a pesar de que ambos criterios guardan importantes similitudes, hubiera sido conveniente su equiparación, puesto que, con la expresión la “*financiación mayoritaria a través de ingresos comerciales*” recogida en la LGP existen dudas sobre si se hace alusión a más del 50 % de los ingresos o de los costes.

Esta asimilación entre el criterio de la LGP y el SEC-95 se podía haber alcanzado introduciendo, como criterio de delimitación del sector administraciones públicas respecto de las empresas públicas e instituciones financieras públicas, que las entidades del sector administraciones públicas tuvieran la condición de *productores no de mercado* según la contabilidad nacional¹⁴¹⁸.

Alcanzar la plena equivalencia en los criterios comportaría acercar la delimitación institucional de la Cuenta General del sector público administrativo con la del sector Administraciones públicas de la contabilidad nacional, ya que este último engloba las mismas entidades con excepción de aquellas que llevan a cabo una actividad de mercado y se financian mayoritariamente con recursos públicos.

En tercer lugar, cada uno de estos sectores en los que la LGP divide el sector Administraciones públicas posee un régimen jurídico económico-financiero distinto. El

¹⁴¹⁶ Con anterioridad el art. 123 del TRLGP, en la redacción dada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, fijaba dos requisitos para la determinación de la existencia de una empresa pública: “a) *Que sus actividad principal consista en la producción de bienes y servicios destinados a la venta en el mercado; y b) que al menos el 50 % de sus ingresos proceda de la venta en el mercado de su producción*”.

Estos dos requisitos, relativos a la actividad y la financiación, son equivalentes a los fijados en el SEC-79. No obstante, se introdujeron en el TRLGP a través de la reforma de 1998, cuando el SEC-79 ya había sido sustituido por el SEC-95. Por ello, la regulación contenida en el SEC-95 y en el TRLGP no era equivalente, porque el criterio fijado por el SEC-95 relaciona las ventas con los costes de producción, mientras que en el TRLGP las ventas debían suponer al menos el 50 % de los ingresos totales de la entidad.

¹⁴¹⁷ Véase, *supra*, Capítulo IV, epígrafe La naturaleza o no de mercado de la unidad institucional, pp. 433 y ss.

¹⁴¹⁸ PASCUAL GARCÍA, José, “Seguimiento y control de la estabilidad presupuestaria”, *Revista española de control externo*, Vol. 5, (13), 2003, p. 104.

régimen presupuestario general se recoge en el Título II de la LGP, que regula el contenido, elaboración, estructura y gestión de los presupuestos por referencia al sector público administrativo. El Capítulo V de este Título II se destina a fijar las especialidades existentes en las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público¹⁴¹⁹. Igualmente, existen diferencias a nivel contable. El sector público administrativo se registrará por los principios contables públicos, por el Plan General de Contabilidad Pública. Los principios y normas del Código de Comercio y el Plan General de Contabilidad ordenarán el sector público empresarial. Y, por último, el sector público fundacional se guiará por los principios y normas del Plan General de Contabilidad de las entidades sin fines lucrativos. Ninguno de estos tres planes aplica plenamente los mismos criterios que el SEC-95 a la hora de determinar su ámbito subjetivo (sector) ni objetivo (operaciones), ni contiene previsión alguna sobre la forma de conversión de su información a contabilidad nacional. Fruto de esta desigualdad, a partir de la aplicación de estos planes no se obtendrá directamente el nivel de déficit público en términos de capacidad o necesidad de financiación, que es, en última instancia, el factor que debe tomarse en consideración para evaluar el cumplimiento de la disciplina presupuestaria europea. Para su determinación, será necesario efectuar los correspondientes ajustes en la contabilidad presupuestaria¹⁴²⁰.

5.B. Delimitación del sector público en la Ley General de Estabilidad Presupuestaria y la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera

Siguiendo los mandatos contenidos en el art. 3 del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo¹⁴²¹, el concepto de Administración

¹⁴¹⁹ Sin embargo, el Capítulo V del Título II de la LGP detalla cada una de las categorías sin referenciar en el subsector en el cual se encuentran. Este hecho pone de manifiesto, como destaca ZORNOZA PÉREZ, la dificultad de establecer una sistemática que permita un tratamiento conjunto, incluso respecto del sector público administrativo, dada la existencia de “un sector público de aluvión, en que distintas formas organizativas sirven, en ocasiones, para el desarrollo de las mismas funciones públicas, al tiempo que una misma clase de organización se emplea en los más diversos sectores de la actividad pública y para funciones bien distintas”. Véase, ZORNOZA PÉREZ, Juan, “El ámbito de aplicación de la Ley General Presupuestaria: entidades que se integran en el sector público estatal”, cit., pp. 98 y ss.

¹⁴²⁰ La necesidad de practicar ajustes contables se analizó con anterioridad, véase, Capítulo II, epígrafe El concepto de déficit público en el Reglamento (CE) núm. 479/2009 y el SEC-95, pp. 175 y ss.

¹⁴²¹ El art. 3 apartado 2 del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo determina que “los Estados miembros garantizarán que los procedimientos nacionales en materia presupuestaria les permitan atender, en dicho ámbito, a sus obligaciones derivadas del Tratado”.

pública contenido en el art. 2 del citado Protocolo fue introducido en el ordenamiento jurídico español a través de la LGEP. En particular, el Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, en su art. 2 clasificaba los sujetos que integran el sector público a los efectos de la estabilidad presupuestaria, diferenciando entre dos tipos de sujetos, enumerados respectivamente en los apartados 1 y 2:

El primero de los apartados integraba en el sector público los siguientes grupos de agentes:

- a) *“La Administración General del Estado, los organismos autónomos y los demás entes públicos vinculados o dependientes de aquélla, que presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales, así como los órganos con dotación diferenciada en los Presupuestos Generales del Estado.*
- b) *Las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social.*
- c) *La Administración de las comunidades autónomas, así como los entes y organismos públicos dependientes de aquélla, que presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales.*
- d) *Las entidades locales, los organismos autónomos y los entes públicos dependientes de aquéllas, que presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales.”*

Esta enumeración tenía un alcance equivalente al sector Administraciones públicas en el SEC-95, y se llevaba a cabo igualmente la subdivisión en cuatro grupos (Administración central, Administración de la Seguridad Social, Comunidades Autónomas y Entes locales). Tan solo existía una diferencia de carácter menor entre ambas relaciones. Esta se encontraba en el distinto criterio de clasificación de las unidades públicas encargadas de la gestión del sistema de protección social, ya que el SEC-95 integra en el sector Administraciones públicas la totalidad de estas unidades, con independencia de su ámbito competencial (estatal, autonómico o local). Por el contrario, en el art. 2.1 de la LGEP estas unidades se adscribían a cada uno de los cuatro apartados en función de su vinculación institucional. Se seguía, por tanto, un criterio orgánico distinto al económico aplicado a nivel de contabilidad nacional.

En cuanto a los parámetros aplicables, si comparamos este apartado de la LGEP con la definición contenida en el *Manual del SEC-95* observamos que la norma estatal recogía la expresión *“que presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales”*, lo cual comportaba la aplicación del criterio de mercado o no mercado de las unidades institucionales públicas. Partiendo de

la base de que estas normas debían ser entendidas bajo el marco conceptual del SEC-95, podemos afirmar que para no financiarse mayoritariamente con ingresos comerciales, sus precios o servicios debían poseer carácter “no significativo”. Cabe recordar que un precio no significativo es aquel que tiene poca o ninguna influencia en las cantidades que los productores están dispuestos a suministrar y una influencia marginal en las cantidades demandadas. En otros términos, que las ventas cubran como máximo el 50 % de los costes de producción¹⁴²². De este modo, se introdujo en la LGEP una clasificación de los organismos públicos marcada por criterios económicos, que dejaba en un segundo plano otros criterios como pueden ser la forma de personificación, el régimen jurídico aplicable o la actividad desarrollada.

Esta introducción de los criterios del SEC-95 en la configuración del sector público por la LGEP fue valorada de forma positiva por la doctrina. En este sentido, GONZÁLEZ-PÁRAMO afirmó que “la composición por agentes del sector público incorpora también criterios del SEC-95, consolidándose los entes públicos dependientes que no se financian mayoritariamente con ingresos comerciales, y limitando el alcance de las estrategias de huida del presupuesto”. Junto a esta valoración positiva, otros autores apuntaron la ausencia de precisión en el criterio de la financiación mayoritaria fijado por la LGEP. Para estos últimos hubiera sido conveniente determinar si la financiación mayoritaria hacía referencia a los ingresos obtenidos por la entidad o a los costes de esta¹⁴²³. No obstante, una interpretación conjunta de ambas normas (el SEC-95 y la LGEP), y teniendo en consideración la voluntad del legislador nacional de acercamiento a la normativa europea, nos lleva a afirmar que el criterio de la financiación mayoritaria se vinculaba a los costes, tal como sucede en contabilidad nacional.

Tras fijar los criterios generales que regían este precepto, pasamos a analizar detalladamente cada uno de los cuatro apartados que conformaban el art. 2 apartado 1 de la LGEP y los entes que los integraban:

- Apartado a): Este grupo se integraba por todas las unidades institucionales públicas que actuaban bajo la tutela del Estado. Incluyéndose aquellas que tenían naturaleza de sociedades mercantiles, siempre que

¹⁴²² Esta coincidencia con los criterios del SEC-95 se apunta por varios autores, entre ellos, EZQUIAGA DOMÍNGUEZ, Ignacio y GARCÍA DE BUSTOS, Felicidad, “De estabilidad e instituciones presupuestarias: necesidades y reformas en España”, *Economistas*, Año XIX, (87), 2001, p. 235; AMENGUAL ANTICH, José, “La estabilidad presupuestaria su medición”, *Auditoria Pública*, (30), p. 51.

¹⁴²³ Esta es la posición defendida por GIL HERRERA, Luis, *La contabilidad pública y la contabilidad nacional: enlace micro-macro contable*, cit., p. 134.

cumplieran la norma del 50 % del SEC. Las instituciones sin fines de lucro, como fundaciones, consorcios, etc., que estuvieran controladas por entidades de la Administración central. Y por último, se incluían también todas las unidades de la Seguridad Social dependientes de la Administración central del Estado¹⁴²⁴.

- Apartado b): este segundo grupo se integraba por las unidades de la Seguridad Social que gestionaban los servicios comunes¹⁴²⁵. Este apartado se conformaba también por las operaciones efectuadas por el Instituto Nacional de Salud de forma previa a su transferencia competencial a las Comunidades Autónomas, el 1 de enero de 2003. Si analizamos la configuración del subsector Seguridad Social a efectos del SEC¹⁴²⁶, observamos como el apartado b) del art. 2.1 de la LGEP comprendía tan solo una parte del subsector Seguridad Social del SEC. El subsector delimitado por el SEC-95 es sustancialmente más amplio al integrar el Sistema de Seguridad Social y Mutuas Patronales, los organismos de las Seguridad Social dependientes de la Administración central y la Seguridad Social Territorial. En este último grupo se incluían, básicamente, las unidades de las Comunidades Autónomas que gestionan la sanidad y los servicios sociales y en menor medida algunas unidades de los entes locales.

- Apartado c): este grupo estaba formado por la Administración General de cada Comunidad Autónoma, sus organismos administrativos, las unidades empresariales de su competencia que sean productores no de mercado, bajo la norma del 50 % de financiación no comercial, las Universidades, las instituciones sin fines de lucro dependientes de ellas, y las unidades de la Seguridad Social dependientes de ellas. Este apartado coincidía con el subsector SEC-95 “Comunidades Autónomas”¹⁴²⁷, que para el SEC-95 se integra por “las

¹⁴²⁴ Concretamente, estas unidades son el Instituto Nacional de Empleo, el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, el Fondo de Garantía Salarial, la Mutualidad de Funcionarios de la Administración Central del Estado, el Instituto Social de las Fuerzas Armadas y la Mutualidad General Judicial.

¹⁴²⁵ Estas son la Tesorería General de la Seguridad Social, las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y el Instituto Social de la Marina.

¹⁴²⁶ Este se define como todas las unidades institucionales, centrales, territoriales, cuya actividad principal consiste en proporcionar prestaciones sociales y que cumplen los dos requisitos siguientes: a) determinados grupos de población están obligados a participar en el sistema o a pagar cotizaciones, en virtud de disposiciones legales o normativas; b) independientemente del papel que desempeñen como organismos de supervisión o como empleadores, las Administraciones públicas son responsables de la gestión de dichas unidades en lo relativo al establecimiento o la aprobación de las cotizaciones y las prestaciones (apartado 2.74 del SEC-95).

¹⁴²⁷ Nótese que la versión inglesa del SEC-95 denomina este subsector “*state government*” (una denominación especialmente amplia), que la versión española ha traducido por “Comunidad Autónoma”,

administraciones que constituyen unidades institucionales diferenciadas y que llevan a cabo algunas funciones de administración pública a nivel inferior al de la administración central y superior al de las corporaciones locales, con excepción de las administraciones de Seguridad Social de las Comunidades Autónomas” (apartado 2.72 del SEC–95). Con el objetivo de controlar la correcta integración de todas las entidades del sector público por parte de las Comunidades Autónomas, el Consejo de Política Fiscal y Financiera de 10 de abril de 2003 determinó que fuera la Dirección General de Fondos Comunitarios y Financiación Territorial la encargada de elaborar y mantener actualizado el Inventario general de entidades integrantes en cada una de las Comunidades Autónomas¹⁴²⁸. Partiendo de este inventario, la IGAE determina cuales son los entes que se integran en el sector administrativo de cada Comunidad Autónoma y para los cuales la estabilidad presupuestaria se alcanzará en situación de equilibrio o de superávit, computada a lo largo del ciclo económico en términos de capacidad de financiación, de acuerdo con el SEC–95.

- Apartado d): en este se incluían los entes locales, los organismos autónomos y los entes públicos dependientes de aquellos, siempre que estos últimos produjesen bienes que no fueran financiados mayoritariamente por ingresos comerciales¹⁴²⁹. Esta clasificación era casi equivalente a la recogida en

en la medida en que la definición contenida en el SEC–95 de este subsector (S.1312) corresponde con la figura de las Comunidades Autónomas del ordenamiento jurídico español.

¹⁴²⁸ En este Inventario se integrarán: a) las Administraciones Generales de cada una de las Comunidades Autónomas; b) Los organismos autónomos y Entes públicos vinculados o dependientes de la Administración General de las Comunidades Autónomas; c) Las Universidades y entidades y fundaciones en las que participen; d) las sociedades mercantiles en que concurra una de las circunstancias siguientes: i) que la participación, directa o indirecta, de la Comunidad Autónoma y demás entidades dependientes o vinculadas a la Comunidad Autónoma o participadas por ésta en su capital social, sea mayoritaria; ii) que cualquier órgano, organismo o sociedad mercantil integrantes o dependientes de la Comunidad Autónoma o participados por esta disponga de la mayoría de los derechos de voto de la sociedad, bien directamente, bien mediante acuerdos con otros socios de esta última; iii) que cualquier órgano, organismo o sociedad mercantil integrantes o dependientes de la Comunidad Autónoma o participados por ésta tenga derecho a nombrar o a destituir a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno de la sociedad, bien directamente, bien mediante acuerdos con otro socios de ésta última; iv) que el administrador único o al menos la mitad más uno de los miembros del Consejo de Administración de la sociedad hayan sido designados en su calidad de miembros o consejeros por parte de la Comunidad Autónoma, organismo o sociedad mercantil dependientes de la Comunidad Autónoma o participados por ésta; e) instituciones sin ánimo de lucro que estén controladas o financiadas mayoritariamente por alguno de los sujetos enumerados; f) los Consorcios que las Comunidades Autónomas hayan podido constituir con otras administraciones públicas para fines de interés común o con entidades privadas sin ánimo de lucro que perseguían fines de interés general.

¹⁴²⁹ En el ámbito local ha sido especialmente conflictiva la delimitación del concepto “dependencia” (y, en consecuencia, la determinación de las entidades que integran en denominado “grupo local”) puesto

el SEC, que integra en el subsector local *“las Administraciones públicas cuya competencia abarca únicamente la circunscripción local del territorio económico, con excepción de las administraciones de seguridad social de las propias corporaciones locales”* (apartado 2.73 del SEC-95). Se incluían en este subsector las instituciones sin fines lucrativos controladas y financiadas por las corporaciones locales, y se excluían las administraciones de la Seguridad Social de los entes locales. Si tenemos en cuenta que en España las entidades locales que tienen unidades institucionales propias que gestionan competencias de la Seguridad Social son las Diputaciones de régimen foral, la diferencia entre ambos conceptos –el recogido en el SEC-95 y en la LGEP– era mínima. En cuanto a la composición de este apartado d) destacar que el art. 2 del Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria, en su aplicación a las entidades locales, regula la creación de un Inventario de Entes del Sector Público Local. En particular, el art. 1 del citado Reglamento establece la obligación del Ministerio de Economía y Hacienda, a través de la Dirección General de Coordinación Financiera con las Entidades Locales, de formar y gestionar el Inventario de Entes del Sector público Local. El art. 2 del Reglamento determina el alcance subjetivo del Inventario de Entes del Sector Público Local¹⁴³⁰, aplicando para tal delimitación criterios basados en el control,

que en este ámbito existen múltiples formas organizativas (patronatos, fundaciones, asociaciones, etc.) que desempeñan funciones de gestión local, y cuyos presupuestos se sitúan en muchas ocasiones fuera de los presupuestos del ente local.

Por ello, el art. 2.1 d) de la LGEP debía completarse con la regulación contenida en otras normas, como el art. 85 y 85 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (BOE núm. 80 de 3 de abril de 1985) que determinan las formas de gestión directa y gestión indirecta de los servicios públicos en el ámbito local. Entre las formas de gestión indirecta se encuentran la gestión interesada, el concierto, la sociedad mercantil o las cooperativas constituidas cuyo capital social solo parcialmente pertenezca a la entidad local.

La diversidad de entes que integran el sector público local también se refleja en el art. 164 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que recoge el contenido de del presupuesto general de los entes locales. Para clasificar los entes cuyos presupuestos se integrarán, este precepto sigue parámetros similares a los establecidos en la LGEP, diferenciando entre el sector Administración pública local y sector público empresarial local. La diferenciación tiene lógica dado que cada uno de estos grupos de entes tienen que cumplir con sus respectivos objetivos de estabilidad presupuestaria. Finalmente, para completar la información del presupuesto general, el art. 166 de la LHL establece que en los anexos del presupuesto se incluirán: los programas de inversión y financiación de las sociedades mercantiles de cuyo capital social sea titular único o participe mayoritario la entidad local (apartado b); y el estado de consolidación del presupuesto de la propia entidad con el de todos los presupuestos y estados de previsión de sus organismos autónomos y sociedades mercantiles (apartado c).

¹⁴³⁰ El art. 2 del Reglamento establece que *“a los efectos de lo dispuesto en este título, se consideran integrantes del Inventario de Entes del Sector Público Local: a) Los ayuntamientos, diputaciones, consejos y cabildos insulares.*

como son que el ente local *disponga de derechos de voto mayoritarios* en el ente, o que *tenga derecho a nombrar o a destituir a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno de la sociedad*. Estos criterios, basados en el control, difieren del requisito de carácter económico empleado en el art. 2.1 d) de la LGEP para concretar los entes integrantes del sector público local: “*las entidades locales, los organismos autónomos y los entes públicos dependientes de aquéllas, presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales*”. Cabe apuntar, no obstante, que el apartado g) del art. 2 del Reglamento establece una cláusula de cierre por la cual se integrarán en el Inventario de Entes del Sector Público Local “*aquellos entes no incluidos en los párrafos anteriores, que se clasifiquen como agentes del sector público local por las instituciones con competencia en materia de contabilidad nacional citadas en el art. 3.1 del presente reglamento*”¹⁴³¹. De lo

b) *Los órganos de gobierno y administración de las áreas metropolitanas, las mancomunidades de municipios, las comarcas u otras entidades que agrupen varios municipios y las entidades de ámbito territorial inferior al municipal, instituidas o reconocidas por las Comunidades Autónomas de conformidad con la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, y los correspondientes estatutos de autonomía.*

c) *Los organismos autónomos y entidades públicas empresariales vinculadas o dependientes de los sujetos enumerados en los apartados a) y b).*

d) *Las sociedades mercantiles en las que se dé alguna de las siguientes circunstancias:*

Que la entidad local, sus entes dependientes, vinculados o participados por la misma, participen en su capital social, directa q indirectamente, de forma mayoritaria.

Que cualquier órgano, organismo o sociedad mercantil integrante o dependiente de la entidad local, disponga de derechos de voto mayoritarios en la sociedad, bien directamente, bien mediante acuerdos con otros socios de esta última. Que cualquier órgano, organismo o sociedad mercantil integrante o dependiente de la entidad local, tenga derecho a nombrar o a destituir a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno de la sociedad, bien directamente, bien mediante acuerdos con otros socios de esta última.

Que el administrador único o la mayoría de los miembros del consejo de administración de la sociedad, hayan sido designados en su calidad de miembros o consejeros por la entidad local, organismo o sociedad mercantil dependientes de la entidad local.

e) *Las instituciones sin ánimo de lucro que estén controladas o financiadas mayoritariamente por alguno o varios de los sujetos enumerados en este artículo.*

f) *Los consorcios que las entidades locales hayan podido constituir con otras administraciones públicas para fines de interés común o con entidades privadas que persigan fines de interés general, siempre que la participación de la o las entidades locales en dichos Consorcios sea mayoritaria, o bien que en caso de igualdad de participación con otras entidades que no sean de carácter local, se cumpla alguna de las siguientes características:*

Que la o las entidades locales dispongan de mayoría de votos en los órganos de gobierno.

Que la o las entidades locales tengan facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno (...).

¹⁴³¹ El art. 3.1 del Reglamento hace alusión al Instituto Nacional de Estadística y a la IGAE como órganos competentes en la elaboración de las cuentas nacionales de las unidades que componen el sector Administraciones públicas.

anterior se extrae que el Instituto Nacional de Estadística o la IGAE, aplicando el criterio de la financiación mayoritaria por ingresos comerciales, pueden incluir en el Inventario algún ente cuya inclusión no se haya producido tras la aplicación del criterio del control. Finalmente, el art. 3 del Reglamento determina que el Instituto Nacional de Estadística, junto con la IGAE, clasificarán los agentes del sector público local en las categorías recogidas en el art. 4.1 y 4.2 del Reglamento, equivalentes –en el ámbito local– a las categorías recogidas en los art. 3.1-2 y 3.3 de la LGEP. Una vez efectuada la clasificación, esta deberá ser notificada a las entidades locales concernientes para que sean conocedoras de como deben computar la estabilidad presupuestaria¹⁴³². Por último, conviene apuntar que el Reglamento determina el objetivo de estabilidad presupuestaria siguiendo los parámetros fijados en el SEC, el cual será aplicado por el Interventor de la Entidad Local.

En cuanto al segundo apartado del art. 2 de la LGEP, este se integraba por “*el resto de las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y demás entes de derecho público vinculados o dependientes de la Administración del Estado, de las Administraciones de las comunidades autónomas o de las entidades locales y no comprendidos en el número anterior, tendrán asimismo consideración de sector público y quedarán sujetos a lo dispuesto en el título I de esta ley y a las normas que específicamente se refieran a las mismas.*”

Estos sujetos formaban lo que puede denominarse el *sector público empresarial*, pero el adjetivo “público” hace referencia tan solo a la titularidad¹⁴³³, porque, en términos de contabilidad nacional, estas unidades financiadas mayoritariamente mediante ingresos comerciales se incluirán principalmente en los sectores Sociedades no financieras y en el sector Instituciones financieras. Esta distinción se llevaba a cabo

¹⁴³² Esta clasificación en el sector Administraciones públicas o empresas públicas es decisiva para el computo de la estabilidad presupuestaria y debe ser homogénea en todos los ámbitos. Por ello, no se efectúa por el propio ente local sino por los gestores de las cuentas nacionales y regionales.

La estabilidad para los entes recogidos en el apartado art. 4.1 del Reglamento es entendida en términos de equilibrio o superávit, mientras que para los entes enumerados en el art. 4.2 del Reglamento el equilibrio se alcanza en situación de equilibrio financiero. Igualmente, según si el ente se incluye en uno u otro numeral, difieren las medidas que deben adoptarse en los supuestos de incumplimiento de la estabilidad. Sobre el computo exacto de la estabilidad y las medidas a seguir en caso de incumplimiento, véase, MENOYO GONZÁLEZ, José Luis, “El Reglamento de desarrollo de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria en su aplicación a las entidades locales”, en la obra colectiva *La estabilidad presupuestaria en el Derecho español*, coord. Mario GARCÉS SANAGUSTÍN, Instituto de Estudios Fiscales, 2004, pp. 136 y ss.

¹⁴³³ AMENGUAL ANTICH, José, “Una consecuencia de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria: alternativas a la financiación de inversiones públicas”, *Presupuesto y Gasto público*, (40), 2005, p. 59.

en función de la actividad económica principal que desempeñen.

Una vez delimitados los dos bloques de entidades que conforman el sector público, el art. 3 de la LGEP establecía el modo de computar la estabilidad presupuestaria en cada uno de ellos. En relación con las entidades recogidas en el primer bloque se entenderá por estabilidad presupuestaria, *“la situación de equilibrio o de superávit computada, a lo largo del ciclo económico, en términos de capacidad de financiación de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales, y en las condiciones establecidas para cada una de las Administraciones públicas”*. Por el contrario, respecto al segundo bloque, el sector público empresarial, la estabilidad presupuestaria se alcanzaba en *posición de equilibrio financiero*¹⁴³⁴.

En consecuencia, tan solo respecto al primero bloque de entes que conforman el sector público la estabilidad presupuestaria se computaba de forma equivalente a la estabilidad en los criterios del SEC-95. Igualmente, a efectos del PDE se tomaba solo en consideración el déficit de las entidades comprendidas en el art. 2.1 de la LGEP. Este déficit debía ser equivalente al de los cuatro subsectores que integran el sector de las Administraciones públicas en el SEC-95 (concretamente, los sectores S.1311, S.1312, S.1313 y S.1314). La equivalencia entre la normativa recogida en la LGEP y la regulación SEC-95 era prácticamente completa, pero la subdivisión contenida en el art. 2.1 de la LGEP no equivalía a los subsectores recogidos en el SEC-95, básicamente, por la distinta adscripción que poseía en cada una de las clasificaciones las unidades institucionales con competencias en materia de Seguridad Social.

La introducción de una clasificación de esta naturaleza en el ordenamiento jurídico español comportó la asunción en la categorización de los entes públicos de los criterios económico-contables. Es decir, la normativa interna asumió la clasificación

¹⁴³⁴ *“Posición de equilibrio financiero a la que, en su caso, se accederá a través de la adopción de estrategias de saneamiento que eviten o disminuyan las pérdidas y puedan aportar beneficios adecuados a su objeto social o institucional”* (artículo 3.3 de la LGEP). Esta definición de la estabilidad presupuestaria es más acorde con la naturaleza de los entes que conforman el apartado 2.2 de la LGEP (entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles estatales). Estos entes, con carácter general, están sometidos al Derecho privado, y poseen un régimen presupuestario más flexible que el de la Administración pública de la que dependen. En este sentido se pronuncia, FERNÁNDEZ LÓPEZ, Roberto Ignacio, “Las exigencias del Derecho comunitario europeo en materia de estabilidad presupuestaria y su repercusión en el poder financiero de las comunidades autónomas y las entidades locales”, *Cuadernos de Derecho local*, Fundación democracia y gobierno local, (5), junio, 2004, p. 115.

funcional de la contabilidad económica europea¹⁴³⁵. Aspectos como el cómputo del déficit y el origen –comercial o no comercial– de los recursos mediante los que el ente se financia marcan la configuración del sector Administraciones públicas¹⁴³⁶.

Este acercamiento en la configuración del sector público de la normativa interna a lo dispuesto en el SEC –95 es aun mayor en el caso de la LOEPSF. Esta última, en su art. 2.1, remite directamente al SEC–95 para la definición y delimitación del sector Administraciones públicas¹⁴³⁷. Además, junto a esta remisión tan solo recoge una enumeración de los subsectores que integran el sector Administraciones públicas que, a su vez, es equivalente a la división recogida en el SEC–95.

En segundo lugar, el art. 2 LOEPSF hace referencia al sector público empresarial, definiendo este por exclusión del sector público administrativo: “*el resto de entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y demás entes de derecho público dependientes de las administraciones públicas, no incluidas en el apartado anterior, tendrán asimismo consideración de sector público y quedarán sujetos a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas*”.

En cuanto al modo de entender la estabilidad en cada uno de los dos sectores, administrativo y empresarial, el art. 3 de la LOEPSF recoge una normativa pareja a la LGEP. Así, respecto a los entes que integran el sector público administrativo (2.1 LOEPSF) la estabilidad presupuestaria es la situación de equilibrio o superávit estructural, mientras que para el sector público empresarial (art. 2.2 LOEPSF) por estabilidad se entiende la posición de equilibrio financiero.

¹⁴³⁵ DÍAZ CORRAL, Manuel y GARCÉS SANAGUSTÍN, Mario, “Fundamentos jurídico- constitucionales de las Leyes de Estabilidad Presupuestaria. Principios y ámbito de aplicación”, en la obra colectiva *La estabilidad presupuestaria en el Derecho español*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004, p. 74.

¹⁴³⁶ Sobre la configuración de la contabilidad nacional como marco institucional de referencia para la validación del cumplimiento del objetivo de estabilidad, y la influencia de esta en la LGEP, véase, DÍAZ CORRAL, Manuel y GARCÉS SANAGUSTÍN, Mario, “Fundamentos jurídico- constitucionales de las leyes de estabilidad presupuestaria. Principios y ámbito de aplicación”, en la obra colectiva *La estabilidad presupuestaria en el Derecho español*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004, p. 74.

¹⁴³⁷ El art. 2.1 de la LOEPSF tiene el siguiente tenor: “*el sector Administraciones Públicas, de acuerdo con la definición y delimitación del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales aprobado por el Reglamento (CE) 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996 que incluye los siguientes subsectores, igualmente definidos conforme a dicho Sistema:*

- a) *Administración central, que comprende el Estado y los organismos de la administración central.*
- b) *Comunidades Autónomas.*
- c) *Corporaciones Locales.*
- d) *Administraciones de Seguridad Social”.*

5.C. Delimitación del sector público por los órganos de control: IGAE y Tribunal de Cuentas

Antes de concluir el apartado relativo a la configuración del sector público en el ordenamiento jurídico interno, cabe destacar la forma como los órganos de control interno y externo, IGAE y Tribunal de Cuentas, respectivamente, han delimitado los contornos de este sector. El alcance que dichos órganos otorguen al sector público será determinante para la correcta fiscalización de los niveles de déficit y deuda públicos. La IGAE efectúa un control previo e interno de los datos aportados por las Administraciones públicas, y corrobora o deniega la inclusión o exclusión de determinados entes en el sector Administraciones públicas en términos de SEC-95. Con posterioridad, el Tribunal de Cuentas a través de su control externo efectuado a *posteriori*, ratificará la corrección de las cuentas presentadas, y su sujeción a los principios de legalidad, eficiencia y economía (el art. 9 de la LOTCu).

Para fijar las características jurídico-formales del sector Administraciones públicas la IGAE parte, en primer lugar, del elemento control. Concretamente, establece que las entidades integrantes del sector público, si bien constituyen un conjunto heterogéneo, “todas dependen, en último término, de un órgano político que establece las directrices de su actuación y ante el que son responsables de la gestión efectuada”. De esta dependencia del poder político, la IGAE extrae las siguientes notas características: “1.º las entidades integradas en el sector público están sometidas al régimen de presupuesto, manifestación de la voluntad política en materia económica del correspondiente órgano político. 2.º La gestión de estas entidades se encuentra sometida a los controles de carácter financiero, de eficacia y de legalidad, al objeto de verificar su adecuación a las disposiciones y directrices emanadas de los órganos políticos. 3.º Finalmente, deben rendir cuentas de su gestión a los correspondientes órganos fiscalizadores de cuentas y, en último término, al Tribunal de Cuentas.”¹⁴³⁸

Esta configuración del sector público de carácter formal, se completa, en segundo lugar, haciendo referencia a la actividad y financiación de los entes. Para ello, la IGAE toma como referencia las dos características fijadas por Eurostat y por el *Governmental Accounting Standards Board*¹⁴³⁹:

¹⁴³⁸ INTERVENCIÓN GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, *Principios contables públicos. Documentos 1 a 8*, Ministerio de Hacienda, Madrid, 1994, p. 24.

¹⁴³⁹ La IGAE parte de las características del sector Administraciones públicas fijadas por el SEC-95 y por el *Governmental Accounting Standards Board* (en adelante, GASB). EL GASB es la organización independiente que establece y mejora los estándares contables estatales y locales en Estados Unidos. Es

- “Las Administraciones públicas ejercen su función principal sin ánimo de lucro, produciéndose bienes o servicios para la colectividad no destinados a la venta, pudiendo efectuar, además, operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional.

- Los recursos principales proceden de pagos obligatorios, directos o indirectos, efectuados por unidades pertenecientes a otros sectores, sin contraprestación proporcionada o medible”.¹⁴⁴⁰

De la consideración conjunta de los aspectos formales y materiales a través de los cuales se ha delimitado el sector público, la IGAE establece los siguientes elementos definatorios del sector Administraciones públicas:

- a) *Servicio público*. Su función principal es la producción de servicios para la colectividad, sin ánimo de lucro.
- b) *Redistribución*. Además, y en su caso, efectúan operaciones de redistribución de la renta y la riqueza nacional.
- c) *Financiación*. Los recursos principales proceden de pagos obligatorios exigidos sin contraprestación.
- d) *Régimen de presupuesto*. Están sometidas al régimen presupuestario.
- e) *Régimen de contabilidad pública*. Están obligadas a rendir cuentas de su actividad.
- f) *Régimen de control*. Están sujetas a los controles financieros y de legalidad¹⁴⁴¹.

Esta clasificación se matiza por una última característica que es “el carácter formal de la adscripción de una entidad determinada al subsector administraciones

reconocido a nivel gubernamental, contable y en los mercados de capitales como la fuente oficial de los principios contables (*general accepted accounting principles*, en adelante GAAP).

El GASB divide la *actividad* del sector público en tres apartados, y detalla las características de cada uno de ellos: 1. Características de la organización y servicios prestados: representatividad del gobierno y separación de poderes; sistema federal de gobierno y prevalencia de ingresos intergubernamentales; relación entre contribuyentes y servicios prestados. 2. Características del control y la estructura de la entidad: presupuesto como elemento de política económica y financiera; utilización de la contabilidad con objetivos de control. 3. Otras características: diferencias entre gobiernos designados de forma similar; inversiones importantes en activos que no producen ingresos. Véase, GOVERNMENTAL ACCOUNTING STANDARDS BOARD, *Objectives of financial Reporting*, Connecticut, 1994, p. 1211.

¹⁴⁴⁰ INTERVENCIÓN GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, *Principios contables públicos. Documentos 1 a 8*, cit., p. 26.

¹⁴⁴¹ INTERVENCIÓN GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, *Principios contables públicos. Documentos 1 a 8*, cit., p. 27.

públicas o al subsector empresas públicas, dado que esta adscripción se efectúa *ex lege*". Como consecuencia de este carácter formal de la calificación jurídica de las Administraciones públicas es posible que muchas de las entidades en él incluidas no presenten todas las características, o no las presenten en el mismo grado. Será en la Administración del Estado donde se producirán de forma más fiel las características anteriores. Pero aún así, existen determinados entes en el seno de la Administración del Estado que producen bienes o servicios destinados a la venta a través de los cuales obtienen ingresos comerciales. Por ello, la IGAE afirma que "los organismos autónomos constituyen un conjunto heterogéneo dentro del cual habría que analizar en cada organismo en concreto el grado de cumplimiento de las características anteriormente enunciadas. La clasificación existente entre organismos de naturaleza administrativa y organismos comerciales, industriales, financieros o análogos, si bien es clarificadora, no acaba de resolver el problema al ser en muchos casos meramente convencional. Con carácter general puede afirmarse que los organismos catalogados como de naturaleza administrativa cumplen en gran medida las características propias del subsector Administraciones públicas, mientras que los organismos comerciales presentan una naturaleza mixta al poseer un presupuesto administrativo limitativo junto con un estado de operaciones comerciales meramente indicativo, no pudiéndose olvidar que, a efectos de contabilidad nacional, este tipo de organismos se integra en el subsector empresarial"¹⁴⁴².

En consecuencia, la IGAE pone de manifiesto la necesidad de efectuar una evaluación individualizada de cada uno de los entes para poder determinar su inclusión en el sector Administraciones públicas o empresas públicas. Esta situación se produce en términos similares en las Administraciones autonómica y local; si bien en esta última la prestación de servicios y la producción de bienes destinados a la venta es aun mayor, dada su proximidad con el ciudadano.

Respecto a la fiscalización del sector público efectuada por el Tribunal de Cuentas, la propia Constitución, en su art. 136.2, determina que "*las cuentas del Estado y del sector público estatal se rendirán al Tribunal de cuentas y serán censuradas por éste*". Dando contenido a este mandato, el art. 4 de la LOTCu, establece que se integran en el sector público: a) *La Administración del Estado*. b) *Las Comunidades Autónomas*. c) *Las Corporaciones Locales*. d) *Las entidades gestoras de la Seguridad Social*. e) *Los Organismos autónomos*. f) *Las Sociedades estatales y demás Empresas públicas*.

¹⁴⁴² *Ibidem*, p. 27.

Debido a los cambios que experimentaron las personificaciones públicas y la afectación de estas en la realidad económico-financiera, el Tribunal de Cuentas apuntó, en su moción de 27 de junio de 1996¹⁴⁴³, la necesidad de realizar una revisión legislativa de la configuración jurídica de los conceptos de sociedad estatal y de empresa pública. Esta revisión era necesaria para la correcta delimitación del sector público y, por ende, para que el propio Tribunal pudiera ejercer adecuadamente su tarea de control de la actividad del sector público, bajo el principio de legalidad y los criterios de eficacia y economía.

En la citada moción, el Tribunal determinó los criterios que debían orientar al legislador a la hora de configurar los conceptos de sociedad estatal y de empresa pública. En primer lugar, se apuntó la necesidad de establecer un marco jurídico que contemplase, no solo criterios formales, como la *titularidad del capital*, sino también aspectos materiales como el *control efectivo*¹⁴⁴⁴. En segundo, se señaló la idoneidad de que cada Administración pública elaborase y publicase anualmente un inventario actualizado en el que constasen todas las sociedades estatales y de empresas públicas de acuerdo con los criterios previamente establecidos. El tercer criterio fijado por el Tribunal de Cuentas hacía referencia a la necesidad de establecer, legal o reglamentariamente, los procedimientos de rendición de cuentas al Tribunal por parte de las empresas en la que el sector público ejerce el control formal o efectivo. El cuarto y último criterio apuntaba la necesidad de conjugar adecuadamente el interés de las empresas públicas que compiten en el mercado (concretamente, la necesidad de la confidencialidad de determinadas informaciones) con la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas. Para ello, tan solo se puede exceptuar por Ley la obligación de publicar en diarios oficiales los informes de fiscalización del Tribunal de Cuentas.

Esta moción del Tribunal de Cuentas acentuó la necesidad de distinguir entre empresas públicas y privadas a través de criterios más amplios que la titularidad. Hasta el momento se había calificado una empresa como pública si una Administración

¹⁴⁴³ TRIBUNAL DE CUENTAS, *Moción sobre los conceptos de Sociedad Estatal y de Empresa Pública*, Resolución de 30 de septiembre de 1997, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con la moción sobre los conceptos de Sociedad Estatal y de Empresa Pública, p. 2.

¹⁴⁴⁴ El Tribunal de Cuentas estableció que se debía “definir legalmente los conceptos de sociedad estatal y de empresa pública, teniendo como base no solo el criterio de participación mayoritario en el capital social sino también el del ejercicio del control o dominio efectivo, directo o indirecto, por parte de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales o por parte de organismos autónomos y otras entidades públicas de ellos dependientes, en el sentido definido en el Derecho Mercantil y el Derecho Comunitario y fijando, a tal fin, criterios identificativos explícitos que eviten interpretaciones divergentes, sobre la obligación de rendir cuentas al Tribunal de Cuentas y sobre los plazos y procedimientos”.

pública (Estado, Comunidades Autónomas o Corporaciones Locales) poseía directa o indirectamente, a través de organismos autónomos o entidades públicas, la titularidad del 50 % de su capital social. El criterio anterior posibilitaba que pequeñas variaciones porcentuales en el capital social alterasen la calificación de la sociedad como pública o privada. Por este motivo, se avanzó hacia criterios de control efectivo para establecer el carácter público de una empresa. El Tribunal de Cuentas definió el control efectivo haciendo referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 septiembre de 1978, (recurso 33.975/77). Según este pronunciamiento *“la empresa tendrá calificación de pública cuando haya sido creada, o en ella participe, la Administración asumiendo riesgo o la dirección de modo pleno o relativo, de acuerdo con la forma que adopte para la realización económica que, como fin esencial, motivó su existencia”*.

Esta posición del Tribunal de Cuentas puso de manifiesto la necesidad de tomar en consideración aspectos económicos para la delimitación de los conceptos de empresa pública y sociedad estatal, y en consecuencia para la ordenación del sector público en general y del sector Administraciones públicas en particular. De este modo, se produce también un acercamiento de los conceptos aplicados por los órganos encargados del control a nivel interno (IGAE y Tribunal de Cuentas español) y a nivel europeo (Eurostat).

El del Tribunal de Cuentas, ha vuelto a pronunciarse sobre la delimitación del sector Administraciones públicas en su Informe de fiscalización sobre el cumplimiento del principio de transparencia establecido en la legislación sobre estabilidad presupuestaria, en relación con los presupuestos generales del Estado para los ejercicios 2007 y 2008¹⁴⁴⁵. El Informe del Tribunal determina aquellos aspectos que merman el cumplimiento del principio de transparencia recogido en el art. 5 del TRLGEP¹⁴⁴⁶, o que limitan el correcto acceso a la información, bajo los parámetros establecidos en el Manual de Transparencia Fiscal 2007 del Fondo Monetario Internacional¹⁴⁴⁷.

¹⁴⁴⁵ TRIBUNAL DE CUENTAS, *Informe de fiscalización sobre el cumplimiento del principio de transparencia establecido en la legislación sobre estabilidad presupuestaria, en relación con los presupuestos generales del Estado para los ejercicios 2007 y 2008*, núm. 896, 30 de junio de 2011.

¹⁴⁴⁶ Este precepto establece que *“los Presupuestos de los sujetos comprendidos en el ámbito de esta Ley y sus liquidaciones deberán contener información suficiente y adecuada para permitir la verificación de la adecuación al principio de estabilidad presupuestaria así como el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y la observancia de las obligaciones impuestas por las normas comunitarias en materia de contabilidad nacional”*.

¹⁴⁴⁷ FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *Manual de transparencia fiscal 2007, que amplía y explica los pilares y principios del Código revisado de buenas prácticas de transparencia fiscal*, mayo 2007.

El análisis de este documento se efectúa, no porque tenga carácter vinculante, sino porque constituye una recopilación de las buenas prácticas de general aceptación en la comunidad. El Tribunal de Cuentas destaca la necesidad de ampliar el alcance del análisis más allá de los mandatos establecidos en el art. 5

Entre los múltiples aspectos que pueden disminuir el cumplimiento del principio de transparencia se encuentran las inexactitudes en la configuración del sector Administraciones públicas. De este modo, al hilo del análisis del cumplimiento del principio de transparencia, el Tribunal de Cuentas tiene la ocasión de pronunciarse sobre la aplicación de los art. 2 y 3 de la TRLGEP, que contienen el ámbito subjetivo de dicha norma.

Como examinamos al estudiar la regulación contenida en la LGEP, esta norma configuraba su ámbito subjetivo utilizando parámetros muy similares a los seguidos por el SEC-95. En concreto, divide el sector público en dos grupos. El primer grupo (art. 2.1 TRLGEP) incluye las Administraciones generales del Estado, autonómicas y locales, los organismos autónomos y los demás entes públicos vinculados o dependientes de aquellas que *“presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales”*, así como las entidades que integren el sistema de la Seguridad Social y los órganos con dotación diferenciada en los Presupuestos Generales del Estado. El segundo grupo (art. 2.2 TRLGEP) incluye *“las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y demás entes de derecho público... no comprendidos en el número anterior”*.

Por tanto, tomando como punto de partida la normativa del SEC-95, para que una entidad se incluya en el sector público empresarial (art. 2.1 TRLGEP) deberá ser una unidad, institucional, pública y de mercado (es decir, que sus ventas esperadas deben cubrir el 50 % de los costes de producción). De no cumplir estos requisitos la entidad tendrá que incluirse en el sector Administraciones públicas, y su déficit computar como déficit público a efectos del Procedimiento de déficit excesivo.

Siguiendo esta lógica, el TRLGEP dispone de forma distinta la estabilidad presupuestaria para los entes que integran uno u otro grupo. Para los sujetos comprendidos en el art. 2.1 TRLGEP (sector Administraciones públicas) la estabilidad presupuestaria se entiende como la situación de equilibrio o superávit computada en términos de capacidad de financiación de acuerdo con la definición contenida en el SEC; mientras que en los sujetos del art. 2.2 TRLGEP (sector público empresarial y

del TRLGEP puesto que las exigencias legales son limitadas al centrarse en un aspecto, que si bien es central es parcial, como es la adecuación de la información para comprobar el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y la observancia de las obligaciones impuesta por las normas comunitarias en materia de contabilidad nacional. Véase, TRIBUNAL DE CUENTAS, *Informe de fiscalización sobre el cumplimiento del principio de transparencia (...)*, cit., p. 11.

fundacional) la estabilidad presupuestaria se define como la posición de equilibrio financiero.

Ahora bien, como señala el Tribunal de Cuentas, esta delimitación entre uno y otro sector no es sencilla. La problemática se deriva de la falta de correspondencia entre la forma jurídica de una entidad pública, tomada en consideración para la clasificación de los entes públicos en el sector público administrativo o empresarial y funcional, por los arts. 2 y 3 de la LGP, y la naturaleza de su actividad y de su financiación, elementos determinantes para la clasificación de un ente como sector Administraciones públicas o sector público empresarial, contenida en el art. 2 del TRLGEP¹⁴⁴⁸. En la actualidad, se han generalizado entidades de naturaleza “empresarial” para la ejecución de funciones que anteriormente se ejecutaban por la Administración General del Estado y cuya financiación depende del presupuesto público. Y, del mismo modo, en el sector Administraciones públicas se integran entidades que realizan actividades consideradas de mercado bajo los criterios del SEC-95. En conclusión, el Tribunal de Cuentas pone de manifiesto el desajuste entre el sector Administraciones públicas del SEC y la LGEP y el sector público administrativo de la LGP¹⁴⁴⁹.

La LGP determina un contenido del presupuesto y una gestión presupuestaria distinta según si se trata de entidades del sector público administrativo o del sector público empresarial. Si una entidad se incluye en el sector público administrativo debe presentar presupuestos limitativos y vinculantes en relación con los gastos “es decir, se determinan las obligaciones económicas que, como máximo, pueden reconocer los centros gestores del gasto durante el ejercicio”. Por el contrario, las entidades públicas

¹⁴⁴⁸ Respecto de la regulación contenida en los arts. 2 y 3 de la LGP el Tribunal de Cuentas afirma que “definen el Sector público estatal y los tres Subsectores en que se divide (administrativo, empresarial y fundacional) enumerando las distintas entidades que lo integran, en función de la forma jurídica que adopta cada entidad”. Y prosigue indicando que “la forma jurídica asignada a cada organismo público está en relación directa con la naturaleza de su actividad y su realidad económica (por ejemplo, los organismos autónomos realizan actividades de naturaleza administrativa, mientras que las entidades públicas empresariales desarrollan actividades de mercado)”. Sin embargo, el Tribunal reconoce que en la práctica “la correspondencia entre la forma jurídica de una entidad pública y la naturaleza de su actividad, pretendida por la normativa presupuestaria no se produce”. TRIBUNAL DE CUENTAS, *Informe de fiscalización sobre el cumplimiento del principio de transparencia (...)*, cit., p. 28.

¹⁴⁴⁹ El Tribunal de Cuentas compara el subsector Administración Central (elaborado en las Cuentas de las Administraciones públicas en el ejercicio 2007), con el Inventario de Entes del Sector Público Estatal, a 31 de diciembre de 2006, mantenido por la Intervención General de la Administración del Estado. En este punto el subsector Administraciones Central se integra por las entidades del sector público administrativo (3.1 LGP), pero también por algunos organismos que en el Inventario de Entes del Sector Público Estatal constan como entes del sector público empresarial (3.2 LGP) y algunas entidades pertenecientes al sector público fundacional (art. 3.3 LGP). TRIBUNAL DE CUENTAS, *Informe de fiscalización sobre el cumplimiento del principio de transparencia (...)*, cit., p. 29.

empresariales y el sector público fundacional “presentan presupuestos de operaciones corrientes y de operaciones de capital y financieras, que incluyen los gastos e ingresos y las operaciones de inversión y financiera a realizar por dichas entidades. Es decir, en este caso las dotaciones no tienen un carácter limitativo y vinculante como el fijado para los sujetos del sector público administrativo”. El presupuesto de las entidades públicas empresariales, las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones y su tramitación se regula de forma específica en el Capítulo V (Título II) de la LGP.

Bajo estas circunstancias, para dar cumplimiento a la disciplina presupuestaria en general y, en concreto al principio de transparencia, los mayores inconvenientes se plantean en relación con las entidades que se integran en el sector público empresarial, en función de la LGP, pero que se computan en el sector Administraciones públicas en términos de LGEP y SEC-95 . Estas últimas presentan información presupuestaria distinta a la presentada por los entes del sector público administrativo, y con esta información y la que pueda requerirse de forma expresa se calculará si el ente posee superávit/déficit no financiero en términos de capacidad de financiación de acuerdo con el SEC-95 y se integrará en el conjunto del superávit/déficit no financiero del sector Administraciones públicas. La operación inversa, eliminar las entidades que están incluidas en el sector público administrativo según la LGP pero no forman parte del sector Administraciones públicas en términos de SEC-95, es sustancialmente más sencilla, puesto que solo se tendrá que extraer del total del saldo no financiero (superávit/déficit no financiero) la parte que les corresponde¹⁴⁵⁰ .

La situación descrita lleva al Tribunal de Cuentas a recomendar la presentación de información sobre las diferencias existentes entre el ámbito subjetivo o institucional de los Presupuestos Generales del Estado (fijado en la LGP) y el subsector Administración central en términos de contabilidad nacional (aplicable en esencia para la configuración del ámbito subjetivo de la LGEP y actualmente de la LOEPSF)¹⁴⁵¹ . Por tanto, si bien la aplicación de los criterios SEC-95 en las leyes que adaptan el ordenamiento jurídico español a la disciplina presupuestaria europea ha mejorado los niveles de transparencia, el proceso está incompleto, existiendo todavía desajustes que merman la transparencia, y por ende, la correcta aplicación de la disciplina

¹⁴⁵⁰ De nuevo, el Tribunal de Cuentas ratifica la existencia de entidades que si bien pertenecen al sector público administrativo, posteriormente no cumplen los criterios del SEC-95 para integrar el sector Administraciones públicas (concretamente, el subsector Administración Central), sino que son clasificados como empresas públicas. TRIBUNAL DE CUENTAS, *Informe de fiscalización sobre el cumplimiento del principio de transparencia (...)*, cit., pp. 29 y 30.

¹⁴⁵¹ Quinta Recomendación. TRIBUNAL DE CUENTAS, *Informe de fiscalización sobre el cumplimiento del principio de transparencia (...)*, cit., p. 83.

presupuestaria. La dificultad para delimitar el sector Administraciones públicas se mantiene en la LOEPSF, si bien esta norma ha buscado reforzar el principio de transparencia y su instrumentación con el objetivo de solventar estas limitaciones¹⁴⁵².

II. EL ELEMENTO OBJETIVO DEL CONCEPTO EUROPEO DE DEUDA PÚBLICA

1. INTRODUCCIÓN

Como señalamos en el Capítulo II, el elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública está constituido por *“el valor nominal total de las obligaciones brutas del sector “Administraciones públicas” (S.13) pendientes al final del año, a excepción de las obligaciones representadas por activos financieros que estén en manos del sector “Administraciones públicas”* (art. 1.5 del Reglamento (CE) núm. 479/2009).

En los siguientes epígrafes de este capítulo analizaremos dos aspectos de este precepto. En primer lugar, cuándo se produce el cómputo de las operaciones en términos de SEC-95. La determinación del elemento temporal es clave para conocer qué obligaciones se encuentran pendientes al final del año. Y en segundo lugar, qué obligaciones se encuentran insertas en el elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública. Puesto que, a pesar de que del tenor literal de este precepto no se infiere, como veremos, en el elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública también se incluyen determinadas obligaciones brutas pendientes al final del año de entes fuera del sector Administraciones públicas. Estas últimas obligaciones se califican como públicas debido al importante nivel de riesgo que las Administraciones públicas asumen en la operación en la que nace la obligación.

Un ejemplo de este tipo de obligaciones, de entes que no integran el sector Administraciones públicas pero que incluyen en el elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública, son las obligaciones nacidas de los contratos de colaboración público-privada. Ahora bien, la suscripción de un contrato de colaboración público-privada por parte de una Administración pública no comporta, indefectiblemente, el nacimiento de unas obligaciones que computen como deuda pública a efectos del procedimiento de déficit excesivo. Para poder determinar si la obligación forma parte del elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública será necesario analizar el nivel de riesgo que la Administración pública asume en la operación.

¹⁴⁵² Véase, *supra*, Capítulo III, epígrafe Principios generales regulados en la Ley orgánica, pp. 402 y ss.

De nuevo, como sucedía en relación con el elemento subjetivo del concepto europeo de deuda pública, existen obligaciones que indefectiblemente forman parte del elemento objetivo de deuda pública (como son las derivadas de la deuda pública en sentido tradicional); obligaciones de naturaleza privada que claramente quedan excluidas; y obligaciones que, a pesar de ser de titularidad privada, en términos de SEC-95 deben reasignarse en el balance público debido al riesgo que la Administración pública asume en la operación en la que se originan¹⁴⁵³.

La situación descrita hace que Eurostat deba efectuar un análisis casuístico de los contratos de colaboración público-privada suscritos por las Administraciones públicas para poder determinar el elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública¹⁴⁵⁴. Analizaremos los supuestos en los que Eurostat se ha pronunciado sobre la distribución del riesgo en los contratos de colaboración público-privada españoles. El objetivo de este estudio es determinar algunos criterios generales sobre el análisis del riesgo en los contratos de colaboración público-privada. Finalmente, detallaremos las consecuencias, a nivel presupuestario y de contabilidad nacional, de la calificación como públicas de las obligaciones derivadas de los contratos de colaboración público-privada.

2. MOMENTO DEL CÁMPUTO DE LAS OPERACIONES EN TÉRMINOS DE SEC-95

El momento del cómputo de las operaciones constituye el aspecto temporal del elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública. A continuación describiremos, en primer lugar, el criterio que el SEC-95 sigue para determinar el momento de cómputo de la obligación. Y en segundo lugar, algunas de las prácticas seguidas para evitar la correcta contabilización temporal de las obligaciones, con el objetivo de no incrementar los niveles de deuda pública.

¹⁴⁵³ La existencia de este tercer tipo de supuestos pone de manifiesto la existencia de vaguedad en el elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública. Y, siguiendo la metáfora del foco de luz, podemos afirmar que esta tercera tipología de casos se encuentran en la denominada “zona de penumbra”. Véase, *supra*, nota al pie núm. 1110.

¹⁴⁵⁴ Como señala el apartado 20.286 del SEC-2010, “*se evaluarán las disposiciones de cada contrato de asociación público privada con el fin de decidir qué unidad es el propietario económico. Dada la complejidad y variedad de asociaciones público privadas, deben tenerse en cuenta en primer lugar todos los hechos y circunstancias de cada contrato, y después el tratamiento contable seleccionado que mejor refleja las relaciones económicas subyacentes*”.

2.A. El criterio del devengo

Todo sistema de contabilidad nacional posee unos criterios que determinan el momento en el que las operaciones efectuadas por las unidades son registradas. La Parte II del *Manual del SEC-95* determina los criterios de registro temporal de las operaciones¹⁴⁵⁵.

Desde una perspectiva temporal, la contabilización de los ingresos y los gastos puede hacerse en función de dos criterios: el criterio del devengo o el criterio de caja¹⁴⁵⁶. El criterio de caja o administrativo imputa las operaciones económicas en el momento en que se lleva a cabo el pago o el cobro generado por estas¹⁴⁵⁷. Por el contrario, bajo el criterio del devengo o gestión las operaciones económicas se imputan desde el momento en que son exigibles los derechos y las obligaciones fruto de las operaciones, con independencia de que estas generen o no flujos de caja en el período considerado. El registro de las operaciones en función de los flujos de caja generados por la actividad presupuestaria se utiliza generalmente con la finalidad de control financiero¹⁴⁵⁸. En cuanto al criterio de devengo su principal ventaja es que este es consistente con la contabilidad nacional, permitiendo la comparación de las situaciones de déficit público con los flujos de ahorro de otros sectores, y con similares magnitudes referidas en otros países¹⁴⁵⁹.

Como regla general, el sistema SEC-95 registra los flujos atendiendo al principio del devengo¹⁴⁶⁰, es decir, cuando se crea, transforma o extingue el valor

¹⁴⁵⁵ EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, pp. 49 (*Time of recording*).

¹⁴⁵⁶ Esta es la clasificación simplificada puesto que en realidad existen modalidades intermedias. El enfoque de caja o tesorería recoge las transacciones en el momento del cobro o pago, pero también es posible que lo que se reconozca sean las obligaciones legales de pago y cobro, entonces el enfoque se denomina de caja modificada o de obligaciones. Igualmente, junto al enfoque del devengo, que reconoce las operaciones en el momento en que se producen, existe una versión intermedia denominada de recursos financieros o devengo modificado (también conocido como criterio de “*expenditure*” o de adquisiciones) en el que los gastos representan los bienes y servicios adquiridos durante el ejercicio, incluyendo la compra de activos. Las definiciones de las diferentes formas de clasificación temporal de una operación se recogen por el FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *Manual on Government Finance Statistics, final draft*, Julio, 2001, pp. 28 y ss. (párrafos 3.38 y ss.).

¹⁴⁵⁷ Véase, FUENTES QUINTANA, Enrique, “El déficit público de la Democracia española”, *Papeles de Economía Española*, (86), 1996, p. 17.

¹⁴⁵⁸ Véase, GONZÁLEZ-PÁRAMO MARTÍNEZ-MURILLO, José Manuel, “El déficit y la economía: indicadores de política fiscal”, *Papeles de Economía Española*, (24), 1985, p. 265.

¹⁴⁵⁹ *Ibidem*, p. 265.

¹⁴⁶⁰ Los tres sistemas contables con los que las Administraciones públicas rinden cuentas a nivel internacional: las Normas Internacionales de Contabilidad del Sector público, el Sistema de Cuentas

económico, o cuando nacen, se transforman o se cancelan los derechos y las obligaciones (apartado 1.57 del SEC-95). Así, por ejemplo, la producción se registra cuando se obtiene, no cuando la paga el comprador.

Existen argumentos tanto a favor como en contra de la idoneidad del criterio del devengo¹⁴⁶¹. Entre los aspectos positivos de la adopción de este criterio se encuentran: que el mismo proporciona información más fidedigna sobre la sostenibilidad de las finanzas públicas, que permite el cálculo de los costes de los servicios públicos y que incrementa la transparencia y la veracidad a la hora de la rendición de las cuentas públicas¹⁴⁶². Frente a estas ventajas los principales elementos en contra son: la subjetividad que el criterio del devengo tiene en la valoración de algunas operaciones y la dificultad en la comprensión de la información que se obtiene.

Junto a los aspectos positivos y negativos de la utilización de uno u otro método a nivel de transparencia, también debe valorarse cual de los criterios aporta una mayor información sobre la equidad intergeneracional, entendida esta última como el principio de que las generaciones actuales deben cubrir los servicios recibidos y que los costes excedentes no deben ser trasladados a generaciones futuras. Los contribuyentes deben conocer cuál es el volumen de gasto que no es cubierto y que, por ende, se traslada a generaciones futuras. Para conocer estos datos, sin lugar a dudas, el criterio más

Nacionales y el Manual de Finanzas públicas del Fondo Monetario Internacional siguen el criterio del devengo.

¹⁴⁶¹ En Derecho comparado existe una multiplicidad de supuestos para la contabilización del déficit desde la perspectiva temporal. Así, a modo de ejemplo, Canadá e Islandia se centran en el criterio de la necesidad de financiación y utilizan criterios de devengo modificado; Estados Unidos presenta un presupuesto de obligaciones pero el déficit se calcula con criterios de caja; Australia presenta el resultado bajo el criterio del devengo y utiliza como medida la necesidad de financiación de la Contabilidad Nacional; Nueva Zelanda utiliza el criterio del resultado operativo devengado; Noruega utiliza un criterio de Caja estricto, pero de forma específica excluye los beneficios petroleros que obtiene cada año; por último, España, aplica un criterio de caja y de obligaciones, pero sigue el cálculo del déficit bajo el criterio de la necesidad de financiación de la Contabilidad Nacional. Véase, CORTÉS FLEIXAS, Josep Lluís, “¿Es correcto establecer el equilibrio presupuestario sobre las actuales medidas de déficit público? Equilibrio en el presupuesto de recursos”, *Presupuesto y Gasto público*, (33), 2003, p. 49.

¹⁴⁶² El FMI se posicionó a favor del criterio del devengo tras que este fuera implementado por el SEC-95 y por el SNA de la ONU (*System of National Accounts*). Véase, FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *Manual on Government Finance Statistics, final draft*, cit., p. 29 (párrafos 3.47 y ss.). El FMI recoge un ejemplo que refleja con claridad la idoneidad de la utilización del criterio del devengo dado el amplio período de tiempo que transcurre y los múltiples hechos que se pueden producir desde que un evento de carácter económico tiene lugar hasta que el flujo de caja se produce: “por ejemplo, en el caso de emisión de activos pagados al descuento el interés no será registrado hasta que se produzca la amortización del activo, lo cual puede comportar años hasta que el gasto en términos de caja se realice”, p. 29 (párrafo 3.47).

eficiente es el del devengo, puesto que el criterio de caja tan solo refleja las necesidades de tesorería actuales¹⁴⁶³.

2.B. La problemática de los contratos de obra pública con pago aplazado

A continuación expondremos la problemática que se produjo en relación con la contabilización de las operaciones derivadas de contratos de obra pública con pago aplazado. Con la aprobación del SEC-95 se clarificó el criterio temporal de cómputo de las operaciones y se puso fin a este tipo de prácticas abusivas, tendentes a la demora en el cómputo de la operación generadora de deuda pública. No obstante, analizaremos el supuesto de los contratos de obra con pago aplazado porque constituye un ejemplo claro de cómo el criterio del devengo configura el aspecto temporal del elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública.

2.B.1. Generalización de los contratos de obra pública con pago aplazado

Un tipo de operaciones que generaron ilusión financiera¹⁴⁶⁴, dado el desfase temporal en su contabilización, son las derivadas de los contratos de obra pública denominados de “modelo alemán o llave en mano”. A través de ellos se conseguía alterar el momento de nacimiento de la obligación, o lo que es lo mismo, su devengo. Estos contratos alteran la distribución temporal de los pagos establecida en el contrato de obra pública. En el sistema “tradicional” la retribución al ente privado se satisface a medida en que avanza la consecución de la obra, proceso determinado por las correspondientes certificaciones de obra¹⁴⁶⁵. El reflejo contable de los contratos de obra tradicionales no comporta especiales dificultades, puesto que el presupuesto debe recoger, en los ejercicios en que se desarrolla la construcción de la obra, las dotaciones

¹⁴⁶³ Por su parte los criterios intermedios entre el criterio de caja y el del devengo, no son tan eficientes como el criterio del devengo a la hora de reflejar la equidad intergeneracional. En concreto, el criterio de obligaciones muestra la situación financiera a corto plazo, y el criterio del devengo modificado el consumo de recursos financieros y la deuda neta.

¹⁴⁶⁴ Sobre el concepto ilusión financiera, véase, *supra*, epígrafe Naturaleza contable de los conceptos del SEC-95, pp. 158 y ss.

¹⁴⁶⁵ Si bien las certificaciones de obra se emiten de acuerdo con un presupuesto cerrado, ello no es óbice para que se produzcan revisiones en los precios. Este hecho ha comportado en muchas ocasiones que los contratos de obra acaben generando mayores costes de los inicialmente previstos.

presupuestarias correspondientes a los certificados de obra. Estas cuantías incrementan los niveles de déficit de la Administración pública contratista para ese ejercicio.

La problemática en este punto fue la vinculación del desarrollo de determinadas obras a la situación presupuestaria de la Administración pública, acelerando o retrasando las obras no tanto en función de parámetros de eficiencia, sino teniendo en cuenta la situación presupuestaria existente. Con la intención de evitar este tipo de prácticas, especialmente la demora en la consecución de obras públicas por la escasez de liquidez, se generalizó el modelo denominado “alemán”, por ser este el Estado donde tuvo su origen.

En el modelo alemán el pago se efectúa al final de la construcción de la obra pública, con independencia del proceso de desarrollo de esta, y se eliminan de este modo los pagos intermedios. Con este sistema se alcanzan dos objetivos nada desdeñables para la Administración pública. El primero, se aplaza el momento del pago hasta la recepción de la obra o incluso más tiempo. El segundo, se controla de forma previa el gasto que será generado a través de la construcción de la obra, puesto que este ya se especifica en el momento de la firma del contrato, a diferencia del sistema tradicional que permite revisiones de los precios a lo largo de la ejecución del proyecto. Además, en algunos casos incluso se establece un régimen sancionador aplicable ante posibles retrasos en la entrega de la obra. Por todo ello, el modelo alemán altera el sistema ordinario de desarrollo del contrato de obra pública y el legislador lo concibe como una opción de carácter excepcional¹⁴⁶⁶.

En España este contrato, denominado “contrato de obra bajo la modalidad de abono total del precio”, fue introducido en el ordenamiento jurídico a través del art. 147 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, de 20 de diciembre de 1996. Su tipificación mediante una norma de esta naturaleza encuentra su explicación en los cambios introducidos en los Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio 1997. Concretamente, la Oficina del Presupuesto del Presidente del Gobierno, en aras de cumplir los criterios de convergencia fijados en el Tratado de Maastricht, fijó un techo máximo de créditos no financieros que no se podía sobrepasar. Esta medida derivó en una reducción de 147.000 millones de pesetas en inversiones del Estado respecto del Presupuesto del Estado para 1996. El contrato de obra bajo la modalidad de abono total del precio permitió a través de la financiación privada (financiación tan solo inicial) mantener la inversión en infraestructuras públicas

¹⁴⁶⁶ AGERETE, GIL, José Basilio, *Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público – privadas*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004, pp. 106 y 107.

en niveles similares a los existentes en los ejercicios presupuestarios anteriores. Sin embargo, la operación acarrea un diferimiento claro de gasto público a ejercicios futuros.

Posteriormente, el régimen jurídico del contrato de obra bajo la modalidad de abono total del precio fue desarrollado por el Real Decreto 704/1997, de 16 de mayo¹⁴⁶⁷, por el que se regula el régimen jurídico, presupuestario y financiero del contrato administrativo de obra bajo la modalidad de abono total del precio. Esta norma concibió el contrato de obra con pago aplazado como un contrato de carácter residual¹⁴⁶⁸. Sin embargo, esta categoría contractual concebida como excepcional se generalizó y llegó a ser incluso vedada por diferentes Leyes de Presupuestos Generales del Estado, como fueron las leyes de presupuestos correspondientes a los ejercicios 1999, 2000 y 2003. Sin embargo, de forma intermitente, se siguieron suscribiendo contratos bajo esta modalidad en años como el 2001 y 2002 y los años 2004, 2005 y 2006. La expansión de esta categoría contractual se debió, en gran medida, a su capacidad para diferir el gasto derivado de inversión actual a ejercicios presupuestarios

¹⁴⁶⁷ El régimen jurídico de estos contratos posee una serie de singularidades: i) No se exige el certificado de existencia de crédito, aunque sí uno de compromiso de gastos para ejercicios futuros. De forma coherente, tampoco se aplica la causa de nulidad del contrato por la inexistencia de insuficiencia de crédito. ii) No es aplicable la prohibición de pago aplazado en los contratos que celebran las Administraciones públicas –recogida en el actual art. 87.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. iii) Junto al expediente de contratación debe incorporarse un informe del Ministerio de Economía o del órgano autonómico equivalente. iv) Los pliegos de las cláusulas particulares deben incluir las condiciones específicas de financiación, la capitalización de los intereses y su liquidación. Las ofertas de los candidatos deben expresar, separadamente, el coste estimado de la construcción y el precio final a pagar por la Administración, incluidos los costes de financiación. v) En el presupuesto en el que haya de producirse la recepción de la obra debe consignarse con carácter preferente el crédito para hacer frente al compromiso de gasto. vi) Al tratarse de obras susceptibles de explotación cabe la posibilidad de que la Administración acuerde que todos o parte de los pagos se financien a través de un peaje o tasa por el uso de la infraestructura. Recoge estos rasgos VALCARCEL FERNÁNDEZ, Patricia, “*Las obras públicas: su ejecución y financiación. Perspectivas actuales*”, Cuadernos de Administración pública, (14), septiembre – diciembre, 2001, pp. 238 y 239.

¹⁴⁶⁸ La excepcionalidad del contrato se extrae de algunas de las limitaciones que se le asociaron: su objeto se circunscribe tan solo a construcción de nueva planta (no reparación, reforma, conservación o mantenimiento) de infraestructuras de carreteras, instalaciones ferroviarias en la costa y medioambientales. El precio total de la licitación del contrato, excluidos los de refinanciación en caso de aplazamiento de pago, no puede superar determinadas cuantías (24 millones de euros para infraestructuras de carreteras; 18 millones para infraestructuras ferroviarias e hidráulicas; 6 millones de euros para infraestructuras medioambientales y de costas) con la exigencia de que cada obra tiene que ser objeto de un contrato independiente y que no cabe la posibilidad de acumular obras. Por último, el importe total contratado en cada ejercicio mediante este sistema no puede exceder del 30 % de los créditos iniciales del Capítulo 6 del presupuesto de gastos. *Ibidem*, pp. 238 y ss.

futuros¹⁴⁶⁹ y ¹⁴⁷⁰. Los motivos eran varios, en primer lugar, como hemos visto, el pago se difiere al momento en que se produce la recepción de la obra por parte de la Administración pública. Y, en segundo, porque a pesar de fijar la existencia de un pago único en el momento de terminar la obra, el contrato permite el fraccionamiento del pago final en diez años tras la finalización de la obra, opción recogida en el art. 7 del Real Decreto 704/1997¹⁴⁷¹.

2.B.2. La regulación de los contratos de obra pública con pago aplazado en el SEC-95

La opción de aplazar el cómputo de la operación generadora de déficit y deuda públicos era posible porque el SEC-79 no se pronunciaba a cerca del momento del registro de las operaciones derivadas de los contratos de obra bajo la modalidad de abono total del precio. Para solventar esta indeterminación, durante el año 1997, Eurostat emitió varias comunicaciones en las que se precisaba el modo de contabilización de las operaciones para la construcción de infraestructuras públicas financiadas y explotadas por el sector privado¹⁴⁷².

En concreto, Eurostat en su comunicación núm. 16/1997, de 21 de febrero de 1997, distingue dos casos. El caso 1. Las Administraciones públicas solicitan a una empresa que construya y financie un activo fijo, y se convierten en propietarias del activo a medida que se construye. En este supuesto, la formación bruta de capital fijo

¹⁴⁶⁹ Así se apuntó por la mayor parte de la doctrina, véase, entre otros, RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Jesús y JUAN LOZANO, Ana María, *La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras y servicios públicos. Una aproximación desde los principios jurídico-financieros*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2006, p. 46. VALCARCEL FERNÁNDEZ, Patricia, “Ejecución y financiación de obras públicas. Estudio jurídico de la obra pública como institución jurídico – administrativa”, Thomson Civitas, 2006, Navarra, p. 354.

¹⁴⁷⁰ De ahí que este sistema fuera incluido entre los supuestos de “ingeniería financiera”, véase, VILLAR EZCURRA, José Luis, “Las infraestructuras en España, un reto para el nuevo milenio”, *Revista Obra Pública*, (3400), 2000, p. 18.

¹⁴⁷¹ Para que esta regulación no fuera contraria al régimen general de los contratos de obra se alteró también la redacción del art. 61 de la Ley General Presupuestaria (el entonces vigente Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria), a través del Ley 11/1996 de Medidas de Disciplina presupuestaria, de 28 de diciembre, suprimiéndose la exigencia de que para poder asumir compromisos de gasto para ejercicios posteriores a aquel en que se autoricen, el gasto debía iniciarse en el propio período en que se efectuaba la autorización.

¹⁴⁷² Véase, EUROSTAT, *Eurostat Takes further decisions on deficit and debt*, News Releases núm. 16/97, de 21 de febrero de 1997; núm. 24/97, de 26 de marzo de 1997; y núm. 33/97, de 30 de abril de 1997.

deberá consignarse en el sector de las Administraciones Públicas. Esta inversión conlleva un aumento del déficit público y carece de impacto sobre la deuda pública, tal como prevé el Reglamento (CE) núm. 479/2009, relativo a la aplicación del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo¹⁴⁷³. Los compromisos adquiridos por las Administraciones públicas con el sector empresarial en forma de créditos comerciales a medio y largo plazo consignados en las cuentas de las Administraciones Públicas están excluidos de la medida de la deuda pública a efectos de los criterios de convergencia. El caso 2. Las Administraciones públicas solicitan a una empresa que construya un activo fijo y lo explote durante toda la vida de este, y atribuyen la propiedad del activo a la empresa. En este caso, la formación bruta de capital fijo deberá consignarse en el sector empresarial, sin tener efecto alguno sobre el déficit y la deuda públicos.

Junto a los dos casos, Eurostat introduce un ejemplo de cada uno de ellos. El primer ejemplo es la construcción y financiación de carreteras en Alemania por el sector privado. En Alemania, durante el año 1995/1996, había al menos doce proyectos de este tipo desarrollados por el Gobierno federal y varios proyectos a nivel de Länder y local. Además, el plan de autopistas del Estado pensaba sufragarse a través de este modo de financiación. En este caso, Eurostat precisó que los pagos efectuados por el Gobierno alemán debían contabilizarse una vez el trabajo había sido finalizado.

Un ejemplo del segundo caso es el puente construido entre Suecia y Dinamarca (*Öresundbridge*). El puente fue construido por un consorcio público propiedad de los Estados sueco y danés. El consorcio se financiaba a través del recurso a los mercados de capitales, poseyendo el aval de los dos Estados. Una vez la construcción del puente finalizó (2000), el Consorcio pasó a tener la concesión del puente y obtener los rendimientos de los peajes de los usuarios. Se espera que la deuda se amortice por completo en 2026. Tras esta fecha, el consorcio gestionará el puente sin límite temporal. La deuda debe computarse en el sector empresas no financieras, y no tiene impacto en los niveles de déficit de ninguno de los dos Estados¹⁴⁷⁴.

Tras esta Comunicación de Eurostat se disiparon las dudas sobre la forma de contabilizar el pasivo derivado de la operación, este debía incrementar el déficit público en el momento en que se producía el traspaso de la propiedad de la infraestructura.

¹⁴⁷³ Que sustituye al Reglamento (CE) núm. 3605/93 del Consejo, de 22 de noviembre de 1993, vigente en el momento del pronunciamiento de Eurostat.

¹⁴⁷⁴ EUROSTAT, *Eurostat Takes further decisions on deficit and debt*, News Releases núm. 16/97, de 21 de febrero, p. 4.

La regulación contenida en el art. 147 de la Ley 13/1996, era acorde con la decisión tomada por Eurostat. No obstante, el art. 7.2 del Real Decreto 704/1997 había precisado que, en caso de existir pago fraccionado en diferentes anualidades, la contabilización debía efectuarse en el momento del pago de cada anualidad¹⁴⁷⁵. Este sistema era contrario a la regulación fijada por Eurostat y distorsionó los niveles reales de déficit y deuda públicos existentes durante ese período.

En la actualidad, este tipo de contratos se recoge en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP). El art. 216.2 del TRLCSP establece que el precio *“podrá hacerse de manera total o parcial, mediante abonos a cuenta”*. Por su parte, el art. 127 TRLCSP, referente a los pliegos de cláusulas administrativas en los contratos de obra con abono total del precio, determina que *“en los contratos de obras en los que se estipule que la Administración satisfará el precio mediante un único abono efectuado en el momento de terminación de la obra, obligándose el contratista a financiar su construcción adelantando las cantidades necesarias hasta que se produzca la recepción de la obra terminada, los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán incluir las condiciones específicas de la financiación”*. Por último, el art. 7 del Real Decreto núm. 704/1997 sigue en vigor¹⁴⁷⁶, por ello, en caso de ser aplicable este tipo de contrato, recordemos su carácter restringido, cabe el fraccionamiento en varias anualidades del pago único.

Esta posibilidad se recoge también en la normativa presupuestaria. El art. 48 de la Ley 47/2003, General Presupuestaria, determina que a los contratos de obras que se efectúan bajo la modalidad de abono total les es de aplicación el art. 47 de la Ley General Presupuestaria relativo a los compromisos de gasto de carácter plurianual. La normativa sobre los compromisos de gasto de carácter plurianual contenida en el art. 47

¹⁴⁷⁵ El art. 7 del Real Decreto 704/1997, de 16 de mayo, estableció que *“1. El pago del precio en los contratos de obra bajo la modalidad de abono total del precio se realizará a la recepción de la obra terminada, cuando el contratista haya realizado, de acuerdo con los términos del contrato y a satisfacción de la Administración, la totalidad de su objeto. 2. No obstante lo anterior, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61.5 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, el pago del precio al que se refiere el apartado anterior, podrá fraccionarse en distintas anualidades, con un máximo de diez. En este caso los compromisos en cada uno de los ejercicios en que se fracciona deberá contabilizarse adecuada e independientemente”*.

¹⁴⁷⁶ La Disposición Derogatoria Única e) de la LCSP, derogó expresamente el art. 147 de la Ley 13/1996. Por su parte el Real Decreto 704/1997 sigue vigente en la medida en que no contradiga las disposiciones contenidas en el actual art. 127 TRLCSP, que regula el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas en los contratos de obra con abono total de precio.

es más flexible que la anterior, recogida en el art. 61 del TRLGP¹⁴⁷⁷, y permite la adquisición de compromisos de gasto que puedan extenderse a ejercicios posteriores a aquel en que se autoricen, en la medida en que no superen determinados límites¹⁴⁷⁸. Además, el apartado 3 del art. 47 de la Ley General Presupuestaria posibilita al Gobierno, bajo circunstancias especiales, a incrementar el porcentaje autorizado en cada año, el número de anualidades e, incluso, a contraer estos compromisos sin crédito inicial en el ejercicio.

A mayor abundamiento, la Disposición Final 2ª de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) modificó el apartado 2 (segundo párrafo) del art. 47 de la Ley 47/2003, General Presupuestaria, excepcionando los contratos realizados bajo la modalidad de abono total del precio de cumplir la obligación genérica, para los contratos de obra de carácter plurianual, de realizar una retención adicional de crédito del 10 % del importe de adjudicación en el momento en que esta se realice¹⁴⁷⁹.

De lo anteriormente descrito podemos extraer que, a pesar de que a nivel de contabilidad nacional el SEC-95 ha determinado el momento de contabilización de la operación cuando se produce la recepción de la obra por la Administración pública, evitando la “ilusión financiera” derivada de la contabilización del gasto en el momento en que se hacen efectivos los pagos en los que se fracciona el “pago único”, a nivel de contabilidad presupuestaria se ha dotado de flexibilidad a los gastos de carácter plurianual, en general, y a los contratos realizados bajo la modalidad de abono total del precio, en particular. En consecuencia las diferencias existentes entre ambos modelos contables deben ser tomadas en consideración y se deben efectuar los ajustes necesarios.

¹⁴⁷⁷ Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria.

¹⁴⁷⁸ Los límites fijados en el apartado 2 del art. 47 son: El número de ejercicios a que pueden aplicarse los gastos no será superior a cuatro. El gasto que se impute a cada uno de los ejercicios posteriores no podrá exceder de la cantidad que resulte de aplicar al crédito inicial a que corresponda la operación los siguientes porcentajes: en el ejercicio inmediato siguiente el 70 %, en el segundo ejercicio el 60 %, y en los ejercicios tercero y cuarto, el 50 %.

¹⁴⁷⁹ Tras la modificación, el art. 47.2 (segundo párrafo) de la LGP dispone que *“en los contratos de obra de carácter plurianual, con excepción de los realizados bajo la modalidad de abono total del precio, se efectuará una retención adicional de crédito del 10 por 100 del importe de adjudicación, en el momento en que ésta se realice. Esta retención se aplicará al ejercicio en que finalice el plazo fijado en el contrato para la terminación de la obra o al siguiente, según el momento en que se prevea realizar el pago de la certificación final. Estas retenciones computarán dentro de los porcentajes establecidos en este artículo”*.

3. OBLIGACIONES BRUTAS PENDIENTES DE ENTES FUERA DEL SECTOR ADMINISTRACIONES PÚBLICAS QUE INTEGRAN EL CONCEPTO EUROPEO DE DEUDA PÚBLICA

3.A. Introducción

Como señalamos en la introducción de este apartado relativo al elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública, en algunas ocasiones obligaciones de entes clasificados fuera del sector Administraciones públicas se toman en consideración en el cómputo de la deuda pública. Entre estas obligaciones se encuentran las obligaciones derivadas de los contratos de colaboración público-privada. El art. 11 del SEC-2010 considera las asociaciones público-privadas como “pasivos implícitos”. Este precepto hace referencia a la obligación de la Comisión de, a más tardar en 2014, presentar *“al Parlamento Europeo y al Consejo un informe que contenga información existente sobre las asociaciones público-privadas y otros pasivos implícitos, incluidos los pasivos contingentes, fuera de las administraciones públicas”*.

El primer problema que aparece es determinar qué se considera un pasivo implícito. De la redacción del art. 11 del SEC-2010 se extrae que dentro de la categoría amplia “pasivos implícitos” se encuentran, entre otros, los pasivos derivados de los contratos de colaboración público-privada y las obligaciones contingentes. La característica común de los pasivos implícitos es que se encuentran *“fuera de las Administraciones públicas”*, pero eventualmente pueden incidir en su déficit y deuda públicos, de ahí la necesidad de garantizar su control¹⁴⁸⁰.

¹⁴⁸⁰ Para obtener información de los pasivos implícitos, Eurostat ha requerido a los Estados miembros que rellenen un formulario adicional a la información que ya facilitan en el marco del Procedimiento de Déficit Excesivo. Este cuestionario se conforma de tres tablas relativas a: garantías aportadas por los gobiernos (tabla 1), total de obligaciones contingentes relacionadas con las colaboraciones público-privadas registradas fuera del balance de las Administraciones públicas (tabla 2), y préstamos morosos de las Administraciones públicas (tabla 3).

El CMFB, a petición de Eurostat, consultó a sus miembros sobre la idoneidad de las tablas y de su contenido. En general, los encuestados respaldaron la pertinencia de la solicitud de los datos, como un mecanismo para dar una visión más completa de la situación financiera de los Estados de la UE. Ahora bien, algunos Estados miembros del CMFB expresaron su preocupación sobre determinados aspectos. En primer lugar, apuntaron la carga de información adicional que la elaboración de las tablas requiere y los posibles solapamientos con datos ya proporcionados. Frente a esta situación, una sugerencia fue no proporcionar estos datos en un suplemento, sino incorporarlos en el informe semestral del Procedimiento de Déficit Excesivo. En segundo lugar, algunos Estados manifestaron sus dudas sobre la obligatoriedad de aportar estos datos y el derecho de la Comisión a publicar los datos nacionales. Y, en tercer y último lugar, muchos Estados apuntaron la necesidad de que, antes de la presentación de los primeros informes, Eurostat aporte información detallada sobre la valoración de los diferentes elementos que deben notificarse. Esta última solicitud de los Estados refleja la dificultad de determinar tanto la existencia de

De hecho, como analizaremos a continuación, algunos de estos pasivos derivados de contratos de colaboración público privada, dado el elevado nivel de riesgo que las Administraciones públicas asumen en la operación en la que se generan, no son considerados pasivos implícitos, sino que directamente se integran en el elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública a efectos del cálculo del límite del 60 % del PIB.

Varios elementos del texto del SEC–2010 reflejan la importancia que las instituciones europeas otorgan al control de los pasivos implícitos y la dificultad que este control entraña. En primer lugar, la inclusión de un concepto unitario de “pasivo implícito”, que no se recogía en el SEC–95. En segundo lugar, la necesidad de que la Comisión presente, en 2014, un informe específico de los pasivos implícitos existentes. Y por último, la obligación de que en 2018, la Comisión presente otro informe evaluando en qué medida los datos presentados por Eurostat sobre los pasivos implícitos representan la totalidad de los pasivos implícitos existentes fuera de las Administraciones públicas¹⁴⁸¹.

3.B. Los contratos de colaboración público – privada

3.B.1. Regulación de las colaboraciones público – privadas

(1) En el ordenamiento jurídico europeo

La colaboración público-privada (en adelante, CPP) es un concepto ambiguo y amplio que engloba, en palabras de la Comisión, “*las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio*”¹⁴⁸².

pasivos implícitos como su valoración. Véase, CMFB, *Opinion on a supplement on contingent liabilities and other potential obligations to the EDP related questionnaire*, Julio de 2013, Newport.

¹⁴⁸¹ Esta obligación se recoge en el apartado 2 del art. 11 del SEC–2010 que establece que “*a más tardar en 2018, la Comisión presentará al Parlamento Europeo y al Consejo otro informe en el que se evalúe en qué medida la información sobre pasivos publicada por la Comisión (Eurostat), representa la totalidad de los pasivos implícitos, incluidos los pasivos contingentes, fuera de las administraciones públicas*”.

¹⁴⁸² COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, COM(2004), 327 final, de 30 de abril de 2004, párrafo 1.

En esta aproximación de la Comisión, destaca la amplitud de la expresión “diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial”, en la cual quedan comprendidas tanto las fórmulas institucionales de CPP (entidades de capital mixto), como las diferentes posibilidades contractuales. Lo único que se concreta por parte de la Comisión es el objetivo de la CPP, cuya finalidad es garantizar: a) la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura; o b) la prestación de un servicio¹⁴⁸³. No obstante, esta enumeración plantea diversas objeciones: su carácter aparentemente taxativo; la concreción de las diferentes fases o tareas solo por lo que respecta a la infraestructura y no a la prestación del servicio (el cual también se financia, se gestiona, etc.); así como el uso de la disyuntiva “o”, cuando en realidad podrían darse estas (u otras fases o tareas adicionales) de forma acumulativa (de hecho, es frecuente que la CPP englobe tanto la financiación, como la construcción, la gestión “y” el mantenimiento de la infraestructura).

La Comisión ha completado esta aproximación conceptual enunciando cuatro elementos caracterizadores de toda CPP¹⁴⁸⁴:

1. La *duración* relativamente larga de la cooperación entre el sector público y el privado, que se mantiene durante varios años¹⁴⁸⁵.
2. El modo de *financiación* del proyecto (este se financia en parte por el

Por su parte, el documento OCDE, *Les partenariats public-privé. Partager les risques et optimiser les ressources*, 2008, (p. 17), define la CPP como un acuerdo entre un ente público y uno o varios colaboradores privados (entre los cuales figuran eventualmente los operadores y los financieros), en virtud del cual los entes privados suministran un servicio bajo aquellas modalidades que permitan, en todo caso, conciliar los objetivos de prestación perseguidos por el ente público y los objetivos de beneficio de los colaboradores privados. Según la OCDE, la eficacia de la conciliación dependerá de una transferencia suficiente del riesgo a los colaboradores privados.

¹⁴⁸³ La Comisión manifiesta que no hay un concepto de CPP en el Derecho de la Unión Europea y, a nuestro juicio, tampoco pretende definirlo, sino solo realizar una aproximación al mismo, manteniendo esta indeterminación.

¹⁴⁸⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, cit., párrafo 2.

¹⁴⁸⁵ En España, las distintas modalidades contractuales de CPP gozan de esta extensa duración, tal como se regula en el TRLCSP. Así, el plazo del contrato de concesión de obra pública no podrá exceder de 40 años, de conformidad con el art. 268.1 TRLCSP (anterior art. 244.1 LCSP). Respecto a los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, el art. 314 TRLCSP (anterior art. 290 LCSP) establece que su duración no podrá exceder de 20 años; no obstante, “cuando por razón de la prestación principal que constituye su objeto y de su configuración, el régimen aplicable sea el propio de los contratos de concesión de obra pública, se estará a lo dispuesto en el artículo 268 sobre la duración de éstos”.

sector privado, aunque la financiación pública también puede ser muy elevada).

3. El importante *papel del socio privado*, que participa en diferentes etapas del proyecto (diseño, realización, ejecución y financiación). El ente público se concentra esencialmente en definir los objetivos de interés público, así como la calidad de los servicios y la política de precios, garantizando el control del cumplimiento de los objetivos fijados.

4. La *distribución de los riesgos* de la operación entre el ente público y el privado.

En síntesis, entendemos por colaboración público-privada las diversas situaciones en las que el sector público y el sector privado contratan o se asocian, con la finalidad de realizar obras o prestar servicios, siempre que concurren los cuatro elementos caracterizadores recogidos por la Comisión.

Basándose en las diversas prácticas de CPP existentes en los Estados miembros de la UE, la Comisión en el *Libro Verde sobre la colaboración público-privada* distingue dos modelos de operaciones de CPP¹⁴⁸⁶:

1) *La CPP de tipo institucionalizado*¹⁴⁸⁷: implica la cooperación entre los sectores público y privado en el seno de una entidad diferente (entidades de capital mixto)¹⁴⁸⁸, que puede llevarse a cabo mediante:

a) La creación de una entidad *ad hoc* en la que participan de forma conjunta los sectores público y privado.

b) La toma de control de una entidad pública existente por parte de un operador privado.

2) *La CPP de tipo puramente contractual*, basada en vínculos exclusivamente convencionales, y que presenta a su vez dos modelos.

a) *Modelo de “concesión”*: Se caracteriza por la existencia de un vínculo directo entre el socio privado y el usuario final (el socio

¹⁴⁸⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, cit párrafos 20 y ss.

¹⁴⁸⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, cit., párrafo 53.

¹⁴⁸⁸ En los Estados miembros, en este contexto, se utilizan terminología y fórmulas diferentes (por ejemplo, el *Kooperationsmodell*, las CPP asociativas o las *joint-ventures*). Dicha entidad común tiene como misión garantizar la entrega de una obra o la prestación de un servicio de beneficio público.

privado presta un servicio a la población «en lugar de» el socio público, pero bajo su control) y la remuneración del contratista consiste en cánones abonados por los usuarios de la obra o el servicio, que se completan, en su caso, con subvenciones concedidas por los poderes públicos.

b) *Organización de tipo “Iniciativa de financiación privada”*¹⁴⁸⁹ (en adelante, PFI): Se caracteriza porque la tarea del socio privado radica en realizar y gestionar una infraestructura para la administración pública (colegio; hospital; centro penitenciario; infraestructura de transporte; etc.) y la remuneración del socio privado consiste en pagos periódicos realizados por el socio público (dichos pagos pueden ser fijos; pero también pueden calcularse de manera variable, en función, por ejemplo, de la disponibilidad de la obra, de los servicios correspondientes o, incluso, de la frecuentación de la obra¹⁴⁹⁰).

En la actualidad, Eurostat –en el *Manual del SEC–95* (versiones 2012 y 2013)– ha circunscrito el concepto de CPP al modelo PFI, distinguiendo entre CPP y concesiones. Tal como los describe Eurostat¹⁴⁹¹, ambos son contratos de larga duración, y se regulan como tales en la Parte VI del Manual del SEC–95 bajo la rúbrica “*Leases, licences and concessions*”. Las Concesiones se recogen en el apartado VI.4 del *Manual del SEC–95* relativo a “Infraestructuras públicas financiadas y explotadas por sociedades”¹⁴⁹², mientras que las CPP tienen un apartado específico el apartado, VI.5¹⁴⁹³. Las características esenciales tanto de las CPP como de las concesiones no se han modificado,

¹⁴⁸⁹ Este modelo de *Private Finance Initiative (PFI)* se basa en el programa desarrollado por el Gobierno británico, que permite modernizar las infraestructuras públicas recurriendo a la financiación privada. Ha inspirado el desarrollo del “Betreibermodell” en Alemania.

¹⁴⁹⁰ Es el caso de los peajes en la «sombra» o virtuales, utilizados en el marco de proyectos de autopistas, en particular, en el Reino Unido, Portugal, España y Finlandia.

¹⁴⁹¹ En el año 2004, dada la proliferación de contratos de colaboración público-privada (CPP) generadores de ambigüedades a la hora de su contabilización o exclusión de la contabilidad pública, el 11 de febrero de 2004, Eurostat aprobó la Decisión relativa al tratamiento contable en las cuentas nacionales de los contratos firmados por entidades públicas en el marco de operaciones de CPP, a efectos de su impacto en el déficit y en la deuda públicos. Posteriormente, Eurostat publicó además el documento “*Long Term Contracts Between Government Units And Non- Government Partners*”, de 30 de agosto de 2004, que se integró en el *Manual del SEC–95*. De las diversas ediciones del *Manual del SEC–95* (2000, 2002, 2010, 2012 y 2013), de ahora en adelante haremos referencia principalmente a la última edición del *Manual SEC–95*, edición 2013.

¹⁴⁹² EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, pp. 263 y ss, apartados 12 y ss.

¹⁴⁹³ EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, pp. 270 y ss.

siendo la principal diferencia entre ambos contratos de larga duración su forma de retribución. En las concesiones la mayoría de los ingresos del ente privado proviene de los usuarios finales del servicio; mientras que en los contratos de CPP la mayor parte de los ingresos del ente privado proviene de los pagos de la Administración (por ejemplo, mediante el sistema de peaje en sombra). Por ello, en las CPP la Administración se considera la principal “compradora” (“*main purchaser*”) de los servicios, con independencia de si la demanda se origina directamente desde la Administración o por parte de terceros, usuarios del servicio (como sucede con la sanidad, la educación y algunos tipos de infraestructuras de transporte)¹⁴⁹⁴.

Finalmente, el SEC-2010 ha recogido un concepto de asociación público privada. En su apartado 15.41 define las asociaciones público privadas como “*contratos a largo plazo entre dos unidades, en los que una adquiere o crea un activo o un conjunto de activos, trabaja con ellos durante un tiempo y luego los transfiere a la otra unidad. En general, tales acuerdos se dan entre una empresa privada y las administraciones públicas, pero existen otras combinaciones, como entre una empresa privada y una institución privada sin fines de lucro*”.

(2) En el ordenamiento jurídico español

El legislador español no ha sido ajeno al fenómeno de la CPP e introdujo en la LCSP, la tipificación de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado (en adelante, contrato de CSP-SP) en su artículo 11^{1495 y 1496}. Este precepto fue modificado por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (Disposición Final Decimosexta)¹⁴⁹⁷ y se mantiene en los mismos términos en el art. 11 del TRLCSP.

¹⁴⁹⁴ EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 270 (apartado 2).

¹⁴⁹⁵ En la Exposición de Motivos de la LCSP (apartado IV.5), se indica que estamos ante “*nuevas figuras contractuales que podrán utilizarse para la obtención de prestaciones complejas o afectadas de una cierta indeterminación inicial, y cuya financiación puede ser asumida, en un principio, por el operador privado, mientras que el precio a pagar por la Administración podrá acompasarse a la efectiva utilización de los bienes y servicios que constituyen su objeto*”.

¹⁴⁹⁶ El Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, no introdujo novedades significativas en la regulación de este contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado a los efectos de este trabajo.

¹⁴⁹⁷ La modificación operada por la Ley 2/2011 en el art. 11 de la LCSP se limitó a la ampliación del concepto de “sector público”, englobando en el mismo, no solo las Administraciones Públicas, sino también las “Entidades públicas empresariales u organismos similares de las Comunidades Autónomas”.

De este contrato de CSP-SP, a efectos de nuestro estudio, cabe destacar cuatro aspectos: su objeto, su financiación, la distribución del riesgo y su carácter subsidiario. En cuanto al objeto, el contrato de CSP-SP está concebido para la realización de una actuación global e integrada, en los términos previstos en el art. 11.1 TRLCSP (que puede incluir, además de la financiación de las inversiones, también la construcción, mantenimiento y explotación de la obra, entre otras posibles prestaciones). La doctrina ha señalado que, si bien con carácter general el contrato de CSP-SP tiene un objeto más amplio, en ocasiones puede resultar imposible distinguir su objeto del objeto propio del contrato de concesión de obra pública y del contrato de gestión de servicio público (arts. 7 y 8 TRLCSP)¹⁴⁹⁸, puesto que a través de estos también se efectúa la gestión integral de infraestructuras (sanitarias; educativas; de transporte; etc.)^{1499 y 1500}. El contrato de CSP-SP puede resultar el idóneo cuando la obra o servicio no sea susceptible de explotación económica¹⁵⁰¹, o bien cuando el objeto sea especialmente amplio o indeterminado, como veremos más adelante.

En cuanto a las posibilidades de financiación, el contrato de CSP-SP (art. 11.4 TRLCSP) tampoco introduce novedades significativas respecto del contrato de concesión; puesto que, aunque tradicionalmente la concesión de obra pública se ha

¹⁴⁹⁸ Véase, CHINCHILLA MARÍN, Carmen, “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, (132), 2006, pp. 609-644, en particular p. 626; y CHINCHILLA MARÍN, Carmen, “El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP)”, en COLÁS TENAS, J. y MEDINA GUERRERO, M. (Coords.): *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institución Fernando el Católico (Cátedra Royo Villanova), 2009, pp. 453-487, en particular p. 458.

¹⁴⁹⁹ A modo de ejemplo, este es el caso de ocho hospitales públicos en la Comunidad Autónoma de Madrid, realizados mediante el contrato de concesión de obra pública –modelo Majadahonda– y mediante el contrato de gestión del servicio público, en la modalidad de concesión administrativa - modelo Valdemoro -, en desarrollo del Plan de Infraestructuras Sanitarias de la Comunidad de Madrid 2004-2011.

¹⁵⁰⁰ Para RAMALLO, la esencia de los contratos de colaboración público-privada “no se aparta del tradicional contrato de concesión (...). Es cierto que se combinan distintos aspectos, aunque no hagan variar la naturaleza de la relación concesional. Así, los principales elementos que se combinan son: a) por el objeto, la concesión de obras y/o servicios (actuación global); b) concesión por un largo periodo de tiempo; c) reparto de riesgos entre concedente y concesionario; d) las diferentes formas de financiar el objeto de la concesión”. Véase, RAMALLO MASSANET, Juan, “El control externo en las nuevas formas de colaboración público-privada”, cit., pp. 13 a 34, en particular p. 28.

¹⁵⁰¹ Para algunos autores, a nivel de objeto del contrato, una diferencia entre el contrato de concesión, ya sea de obras o de servicios, y el contrato de CSP-SP, es que en el primero la “explotabilidad” de la obra es una condición indispensable, mientras que en el segundo no. Véase, CHINCHILLA MARÍN, Carmen “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”, cit., p. 626. Véase también BRUNETE DE LA LLAVE, María Teresa, *Los contratos de colaboración público privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, Madrid, La Ley, 2009, pp. 587 y ss.

Sobre la distinción entre el contrato de CSP-SP y el contrato de concesión, véase también BERNAL BLAY, Miguel A., *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas “paraconcesionales”*, Civitas, Navarra, 2010, pp. 234 a 239.

caracterizado por la retribución al concesionario mediante el pago de cánones o tarifas por parte de los usuarios de la infraestructura (completados o no con pagos del ente público), lo cierto es que el art. 255 TRLCSP también prevé que la retribución al concesionario por la utilización de la obra pueda realizarse por la Administración pública¹⁵⁰². En el ordenamiento interno, por tanto, este elemento de la financiación no es determinante para distinguir ambos tipos de contratos; a diferencia de lo que sucede en el Derecho europeo, en el que la concesión se caracteriza porque la financiación mayoritaria de la obra o servicio se sufraga a través del pago de los usuarios¹⁵⁰³.

En tercer lugar, los contratos de CSP-SP parecen ser los más idóneos para establecer nuevos mecanismos de reparto del riesgo entre el sector público y el sector privado. Ello sin desconocer que con anterioridad, a través del contrato de concesión de obra pública, ya se habían establecido sistemas de reparto del riesgo¹⁵⁰⁴. Como veremos

¹⁵⁰² Podemos ver que el contrato de concesión de obra pública en España ha adoptado elementos de financiación propios del modelo británico de *PFI*, caracterizado por la retribución al socio privado exclusivamente mediante pagos periódicos del ente público - COMISIÓN EUROPEA, COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, cit., párrafo 23. Así sucede con las autopistas explotadas mediante el régimen de “peaje en sombra”, que, a pesar de estar inspiradas en el modelo británico, en España se han formalizado a través de contratos de concesión de obra pública. Siguiendo la clasificación de las CPP en el Derecho europeo (Libro Verde de 2004), estos contratos de concesión españoles se integrarían, no en el modelo de “concesión”, sino en el modelo de “Iniciativa de financiación privada”.

¹⁵⁰³ Así se estableció por la COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación interpretativa sobre las concesiones en Derecho comunitario* (DO C 121 de 29 de abril de 2000). En la actualidad, Eurostat la mantiene como rasgo diferenciador. Véase, EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 264 (apartado 14).

¹⁵⁰⁴ Tal como advirtió el Dictamen del Consejo de Estado núm. 3375/2001 al Anteproyecto de Ley reguladora de la Concesión de Obras Públicas (Ley 13/2003), determinadas prevenciones, “*como las referidas a las ayudas de la Administración en la ejecución de la obra... y las excepciones al principio de riesgo y ventura por causa de fuerza mayor... desvirtúan en buena medida los perfiles legales que definen la institución concesional*”. Efectivamente, la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, introdujo cláusulas de moderación del riesgo concesional, a pesar de ser consciente de la repercusión que estas pueden tener para la determinación de la naturaleza del contrato, tal como había señalado la Comisión Europea en su Comunicación interpretativa 2000/C 121/02 (DOCE 29.4.2000). Esta Comunicación constata que, con independencia de la regulación de la concesión por los Estados miembros, “*habrá que examinar caso por caso, teniendo en cuenta diferentes elementos como el objeto, duración e importe del contrato, la capacidad económica y financiera del concesionario y cualquier otro elemento que permita determinar que el concesionario asume realmente el riesgo*”. En este sentido, la Comisión apunta distintos casos en los que, al faltar la asunción del riesgo por el contratista (por ejemplo, porque el concesionario reciba directa o indirectamente una remuneración distinta de la correspondiente a la explotación), el contrato debe calificarse como contrato de obras y no como concesión. Vemos, por tanto, que la Comisión, ya en el año 2000 y respecto del contrato de concesión, introdujo unos parámetros para el examen de la distribución de los riesgos que guardan importantes similitudes con los criterios que, posteriormente, se aplicarían en el análisis de los contratos de colaboración público-privada.

más adelante, a efectos jurídico-financieros resulta indiferente que la CPP se articule a través de un contrato de concesión de obras públicas o de un contrato de CSP-SP. De hecho, muchos de los contratos examinados por Eurostat para determinar sus consecuencias a efectos de endeudamiento de la Administración pública son contratos de concesión.

En cuarto y último lugar, una diferenciación importante del contrato de CSP-SP respecto de otras alternativas de contratación es su carácter subsidiario (art. 11.2 TRLCSP)¹⁵⁰⁵, que se justifica por la doctrina debido al procedimiento de diálogo competitivo establecido obligatoriamente como mecanismo de adjudicación (art. 180.3 TRLCSP)¹⁵⁰⁶.

En conclusión, dado que el contrato de concesión en España ya permitía la distribución del riesgo y la introducción de mecanismos de financiación equivalentes a los del modelo de “Iniciativa de Financiación Privada”, entendemos que el nuevo contrato de CSP-SP puede resultar idóneo para diseñar el objeto del contrato mediante el procedimiento de diálogo competitivo¹⁵⁰⁷. En este punto, consideramos justificada la

¹⁵⁰⁵ Así sucede respecto de contratos análogos previstos en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, siendo un caso paradigmático el del contrato de *partenariat*, que constituye la figura contractual de CPP por excelencia en Francia (introducido por la Ordenanza 2004-559, de 17 de junio de 2004, y modificado por la Ley 2008-735, de 28 de julio de 2008, y por la Ley 2009-179, de 17 de febrero de 2009). De forma análoga al contrato de CSP-SP (art. 134 TRLCSP), en el contrato de *partenariat* es preceptiva una fase de análisis preliminar o evaluación previa, en la que deben constatarse: de una parte, la urgencia o complejidad de la operación (véase, Decisión del *Conseil constitutionnel* francés n.º 2008-567 DC de 24 de julio de 2008, FJ 8º); y, de otra parte, la enunciación precisa, motivada y justificada analíticamente, de las razones que conducen a la elección del proyecto y a su formalización en un contrato de *partenariat*. Con la finalidad de permitir el uso más generalizado de este contrato, la Ley 2008-735, de 28 de julio de 2008, introdujo una tercera vía de acceso (junto a la complejidad o la urgencia): la eficiencia económica. En Francia, la ausencia de estos criterios justificativos ha determinado en diversos supuestos la anulación jurisdiccional de estos contratos de CPP. En el año 2006 se presentó el primer recurso contra un contrato de *partenariat*, alegando la ausencia de justificación de la urgencia del proyecto para la construcción de un colegio en *Villemandeur (le Loiret)*. Dicha operación fue finalmente anulada por el Tribunal Administrativo de *Orléans*, en sentencia de 29 de abril de 2008, aunque posteriormente la legalidad de la operación fue reconocida en alzada por la Corte de Apelación de *Nantes*.

¹⁵⁰⁶ Véase, CHINCHILLA MARÍN, Carmen, “El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP)”, cit., pp. 461 y 462.

¹⁵⁰⁷ Así, la principal diferencia en este ámbito es la indeterminación del objeto que caracteriza a los contratos de CSP-SP. Los contratos de CSP-SP son especialmente adecuados para formalizar proyectos en los que sea necesaria la configuración del objeto conjuntamente entre el ente público y el ente privado, cuando aquel no se encuentra claramente definido de antemano (la doctrina ha descrito este contrato como un “modelo para armar”; Véase, GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., “Contrato de colaboración público-privada”, *RAP*, (170), 2006, pp. 7 a 39, en particular p. 22). De este modo, a través del procedimiento de

cautela del Legislador al configurar el carácter subsidiario del contrato de CSP-SP, puesto que distintos aspectos (como los largos períodos de licitación derivados del procedimiento de diálogo competitivo o el mayor coste que comporta la obtención de crédito por parte del ente privado¹⁵⁰⁸) pueden hacer que esta modalidad contractual resulte más cara que los contratos tradicionales de obras y servicios o los contratos de concesión¹⁵⁰⁹.

3.B.2. La distribución de los riesgos como elemento determinante para la calificación de las obligaciones derivadas del contrato como públicas

(1) Clases de riesgos

A efectos del cómputo del déficit y deuda públicos, como señala Eurostat en su Decisión de 2004, el análisis de los riesgos que soportan respectivamente el ente público y el ente privado *“constituye el elemento clave de la evaluación de un proyecto de colaboración público-privada, en lo que concierne a la clasificación de los activos implicados en el contrato, a fin de asegurar la correcta contabilización del impacto sobre el déficit público”*¹⁵¹⁰.

diálogo competitivo, se pretende garantizar la idoneidad del objeto del contrato mediante la participación del ente público en la configuración de este.

¹⁵⁰⁸ Como se ha puesto de manifiesto en los contratos de *PFI* del Reino Unido, la existencia de complejos procesos de licitación es más lenta y costosa, hecho que supone una desventaja respecto de la licitación de las concesiones. El proceso para cerrar los proyectos de *PFI* puede durar hasta tres o cuatro años, lo que lo diferencia claramente de las concesiones españolas, donde la fase de licitación tiene una duración media de seis a ocho meses. El modelo concesional español ofrece por tanto un sistema de licitación relativamente sencillo, que promueve la celeridad -en detrimento, quizás, del diálogo entre las partes-; y que puede resultar más eficiente, puesto que largas demoras incrementan sustancialmente el coste de la licitación para el ente privado, coste que, lógicamente, acabará repercutiendo al ente público en los costes generales del proyecto. Esta es una gran ventaja del modelo tradicional de colaboración público-privada español (concesión) frente al británico; por ello, desde los ordenamientos jurídicos anglosajones se observa con interés el funcionamiento de las licitaciones en el modelo concesional español.

¹⁵⁰⁹ BRUNETE se manifiesta crítica con el imperativo legal de adjudicar el contrato de CSP-SP a través del procedimiento de diálogo competitivo, con independencia de la complejidad de aquel. Obligatoriedad que no solo no se infiere de la Directiva 2004/18/CE, sino que incluso parece contraria a su espíritu, al configurar el diálogo competitivo como procedimiento residual (art. 29 de la Directiva). Véase, BRUNETE DE LA LLAVE, María Teresa, *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, cit., p. 609.

¹⁵¹⁰ Véase, EUROSTAT, *Decisión de Eurostat sobre déficit y deuda: tratamiento de los partenariados público-privados*, de 11 de febrero de 2004; y COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde sobre la colaboración*

En principio, para que los activos vinculados a una operación de CPP se consideren como activos no públicos y no consoliden déficit en el balance de las Administraciones públicas, el SEC-95 (Reglamento (CE) núm. 2223/1996, anexo II, párrafo 4) establece que el ente público debe transferir “*todos los riesgos*” al ente privado. Esta es la condición esencial. Ahora bien, la práctica ha puesto de manifiesto que, en las CPP se produce un reparto de los riesgos entre ambos sectores, siendo usual que el ente público asuma determinados riesgos¹⁵¹¹. Por ello, se deberá analizar el reparto de los riesgos en cada CPP para determinar la naturaleza pública o privada de los activos y pasivos derivados de la operación¹⁵¹².

A estos efectos, la Comisión Europea y Eurostat seleccionan tres categorías principales de riesgos: el riesgo de construcción; el riesgo de demanda; y el riesgo de disponibilidad¹⁵¹³. Según la Decisión de Eurostat de 11 de febrero de 2004, para que los activos y pasivos vinculados a una operación de CPP no se consideren públicos, es necesario que se reúnan las dos condiciones siguientes: 1º. Que el socio privado soporte en todo caso el riesgo de construcción; y 2º. Que el socio privado soporte al menos uno de los otros dos riesgos: el riesgo de demanda o el riesgo de disponibilidad.

Ahora bien, Eurostat matiza las anteriores afirmaciones señalando que “*numerosos riesgos pueden ser observados en la práctica de estas disposiciones. Además la redacción utilizada puede ser diversa y conducir a confusión*”. Por ello, reconoce que, a los efectos de su Decisión sobre el tratamiento de la CPP en las cuentas públicas, solamente ha seleccionado tres categorías principales de riesgos “genéricos”.

público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, cit., párrafo 5.

¹⁵¹¹ Por ejemplo, en la práctica es usual que el ente público asuma los riesgos derivados de circunstancias excepcionales, o los riesgos derivados de acciones llevadas a cabo por el propio Gobierno que alteren las condiciones bajo las cuales se lleva cabo la actividad y que habían sido acordadas previamente.

¹⁵¹² Como veremos en el examen de los casos específicos españoles, Eurostat es especialmente estricto en este análisis, y califica como públicos activos respecto de los cuales el ente privado asume gran parte de los riesgos. Véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe Análisis de los contratos de colaboración público – privada españoles, pp. 607 y ss.

¹⁵¹³ Cuando se le pregunta a Eurostat sobre el análisis de los riesgos en una operación de CPP, inicia su argumentación señalando que “*numerosos riesgos pueden ser observados en la práctica de estas disposiciones. Además la redacción utilizada puede ser diversa y conducir a confusión*”. Por ello, Eurostat reconoce que, a los efectos de su Decisión sobre el tratamiento de la CPP en las cuentas públicas, solamente ha seleccionado tres categorías principales de riesgos “genéricos”. Es decir, los posibles riesgos de una operación de CPP no se agotan en esta clasificación tripartita de Eurostat. EUROSTAT, *Decisión de Eurostat sobre déficit y deuda: tratamiento de los partenariados público-privados*, de 11 de febrero de 2004.

Es decir, los posibles riesgos de una operación de CPP no se agotan en esta clasificación tripartita de Eurostat. De hecho, la National Audit Office del Reino Unido, en relación con el contrato de PFI, ha detectado la existencia de otros riesgos. Estos son: en primer lugar, el riesgo del valor residual (*Residual value risk*), que comprende los riesgos derivados de hacerse cargo del activo una vez finalizado el contrato de PFI¹⁵¹⁴. Este riesgo se encuentra estrechamente vinculado a las posibilidades que presenta el activo de ser utilizado para el propósito para el cual se creó, o bien de asumir otras funciones. La importancia de este riesgo ha hecho que el SEC-2010 lo enumere de forma específica e independiente a los tres riesgos genéricos¹⁵¹⁵. En segundo lugar, el riesgo tecnológico (*Technology/obsolescence risk*), asociado con los proyectos que poseen un alto nivel tecnológico o que dependen de un equipamiento muy específico. Y, por último, la National Audit Office detecta la existencia de un riesgo de regulación (*Regulation risk*) o, concretamente, de modificación de la ley aplicable¹⁵¹⁶.

No solo resulta difícil identificar todos los riesgos existentes en una operación de CPP, sino también delimitar el contenido de cada una de las tres categorías de riesgos. A continuación, analizamos el contenido de las tres categorías genéricas seleccionadas por Eurostat:

¹⁵¹⁴ Una vez finaliza el contrato de asociación público privada, la propiedad del activo derivado de dicho contrato corresponde, con carácter general, a las Administraciones públicas. Al respecto, el apartado 15.41 del SEC-2010 establece que “*durante el período contractual, el contratista de la asociación público privada es el que posee la propiedad legal. Tras el vencimiento del contrato, corresponde a las administraciones públicas tanto la propiedad económica como la legal*”. El apartado 20.277 del SEC-2010 completa lo anterior afirmando que “*en la mayoría de los casos los activos fijos son característicos de algunos servicios públicos básicos tales como colegios, universidades, hospitales o prisiones. También pueden ser activos de infraestructuras, porque muchos de los grandes proyectos realizados por medio de las APP implican la prestación de servicios de transporte, comunicaciones, servicios públicos u otros tipos de servicios que se describen normalmente como servicios de infraestructuras*”.

¹⁵¹⁵ El apartado 20.283 d) del SEC-2010 define el riesgo del valor residual y obsolescencia, que “*incluye el riesgo de que el activo sea inferior a su valor esperado al final del contrato y el grado en que las administraciones públicas tienen opción a adquirir los activos*”.

¹⁵¹⁶ Dentro de este “riesgo de regulación”, puede distinguirse, según el tipo de cambio en la legislación, entre cambios discriminatorios o específicos (que son aquellos que afectan al concreto proyecto o al concreto contratante privado, pero no a proyectos similares o a otras personas); y cambios generales de la normativa (toda modificación que no sea considerada discriminatoria o específica). Esta distinción tiene importancia, como veremos, por lo que respecta a la distribución del “riesgo de regulación”; pues, con carácter general, este riesgo será asumido por el ente privado, salvo en aquellos casos en los que la modificación sea muy específica.

1) El riesgo de construcción

Desde una perspectiva temporal, por lo que respecta a las fases del proyecto de CPP, los riesgos de construcción son aquellos relacionados con la fase inicial de construcción del bien. El riesgo de construcción comprende especialmente circunstancias como: una posible entrega tardía; la falta de cumplimiento de los estándares establecidos; unos costes adicionales significativos; deficiencias técnicas o efectos externos negativos (incluyendo riesgo medioambiental) que impliquen el pago de compensaciones a terceros¹⁵¹⁷.

Esta categoría ha sido configurada de forma amplia por parte de Eurostat, siendo múltiples las causas que, en la práctica, pueden generar este tipo de riesgos, como por ejemplo: fallos en el diseño de la obra; retrasos en su ejecución por causas de fuerza mayor; dificultades para la obtención de permisos o licencias administrativas; incapacidad de continuar la obra por motivos técnicos; etc. Entre estos riesgos, también debe incluirse el riesgo derivado de los defectos latentes que posean los activos que el ente público transfiera al contratante privado (por ejemplo, el terreno en el cual debe llevarse a cabo la infraestructura); así como el “riesgo de financiación”, en tanto en cuanto la ausencia de una financiación adecuada comportará que el activo no pueda ser creado o que no pueda ser creado bajo los estándares requeridos¹⁵¹⁸.

Dada la amplitud de esta categoría de riesgos, la doctrina francesa, respecto del contrato de *partenariat*¹⁵¹⁹, distingue dos tipos de riesgos en la fase inicial del proyecto: los riesgos de concepción y los riesgos de construcción¹⁵²⁰.

¹⁵¹⁷ Esta aproximación al “riesgo de construcción” que recoge Eurostat en su Decisión de 11 de febrero de 2004, ha sido generalmente aceptada por la doctrina. Véase, ROUGEMONT, Philippe “Accounting for PPPs: The Eurostat Approach”, en AA.VV., *Public Investment and Public-Private Partnerships. Addressing Infrastructure Challenges and Managing Fiscal Risk*, Ed. Palgrave Macmillan, IMF, Gran Bretaña, 2008, pp. 262 y ss.

Finalmente, el SEC-2010 precisa que el riesgo de construcción incluye “*los rebasamientos en los costes, la posibilidad de costes adicionales derivados de retrasos en la entrega, el incumplimiento de las condiciones o códigos de construcción, y los riesgos ambientales y de otros tipos que exijan pagos a terceros*” (apartado 20.283 a) del SEC-2010).

¹⁵¹⁸ Sobre el riesgo de construcción, véase, EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, Parte VI.5.4.2, apartado 78, p. 280.

¹⁵¹⁹ La evaluación y reparto de los riesgos entre el ente público y la empresa privada es una de las características específicas del contrato de *partenariat*, que le confiere una posición ventajosa frente a las figuras tradicionales de contratación pública.

¹⁵²⁰ Siguiendo en esta materia a BERGÈRE, BEZANÇON, DERY, FISZELSON Y FORNACCIARI, los “riesgos de concepción” de la obra comprenderían el fallo en la concepción; la optimización insuficiente; la modificación del proyecto; el retraso en la puesta a punto del proyecto; los resultados de la consulta a los usuarios; el grado de fiabilidad de las técnicas utilizadas; o la incapacidad para construir siguiendo el

Por último, tal como indica Eurostat, el riesgo de construcción puede ser más significativo en aquellos proyectos de CPP que impliquen importantes niveles de investigación y desarrollo o de innovación técnica; y, con carácter general, será más limitado en el caso de estructuras convencionales¹⁵²¹.

2) El riesgo de disponibilidad

Eurostat aplica esta segunda categoría de riesgos a los supuestos en que el socio privado no puede entregar el volumen convenido contractualmente o responder a las normas de seguridad o de certificación públicas vinculadas a la obra o servicio dirigido a los usuarios finales, tal como se especifica en el contrato. Esta categoría se aplica igualmente cuando el socio privado no alcanza los estándares de calidad fijados en el contrato, como resultado de una evidente falta de ejecución por su parte¹⁵²².

El SEC-2010 sintetiza el concepto de riesgo de disponibilidad afirmando que este incluye *“la posibilidad de costes adicionales, como los de mantenimiento y financiación, y las sanciones soportadas porque el volumen o la calidad de los servicios no cumplen las normas especificadas en el contrato”* (apartado 20.283 b) del SEC – 2010).

Por tanto, el riesgo de disponibilidad hace referencia a todos los problemas que pueden surgir en la fase de explotación y mantenimiento de la infraestructura o servicio. Así pues, se trata de una categoría muy amplia, referida a un período de tiempo muy extenso¹⁵²³.

pliego de condiciones generales, entre otros. Por su parte, los “riesgos de construcción” pueden darse por distintos motivos: aparición de costes adicionales, de defectos o de deficiencias en la seguridad; riesgos arqueológicos, geológicos o meteorológicos; retraso en el acceso al lugar y/o a los terrenos adyacentes, en la puesta a disposición de canteras o de descargas o en la entrega; aparición de vicios ocultos; denuncias de terceros (por ruidos, polvo, afectación en la circulación...); problemas con la recepción de la obra construida; fallos del constructor o de los prestamistas; o rechazo de la aceptación, total o parcial, de las obras por parte del ente público. Véase BERGERE, François, BEZANÇON, Xavier, DERUY, Laurent, FISZELSON, Roger, FORNACCIARI, Marc, *Le guide opérationnel des PPP*, Editions Le Moniteur, 2007, pp. 215 a 220.

¹⁵²¹ EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, Parte VI.5.4.2, apartado 79, p. 281.

¹⁵²² EUROSTAT, *Decisión de Eurostat sobre déficit y deuda: tratamiento de los partenariados público-privados*, de 11 de febrero de 2004.

¹⁵²³ En esta categoría del riesgo de disponibilidad, entendemos que quedan incluidos todos los riesgos que la doctrina francesa considera “riesgos de explotación o mantenimiento”, los cuales hacen referencia a problemas del socio privado o de sus subcontratantes en la explotación y/o el mantenimiento de la obra; a la puesta en práctica de las garantías bianuales y/o decenales; a la aparición de huelgas y/o desórdenes

Para que pueda garantizarse y controlarse el riesgo de disponibilidad, por un lado, hay que fijar un número elevado de estándares de calidad en el contrato. Por ejemplo, en el caso de infraestructuras de transporte, en la práctica cabe fijar más de cuarenta indicadores, que pueden ir desde la regularidad de la vía; número de carriles disponibles en las autopistas; accidentalidad; demoras; limpieza e incluso encuestas de satisfacción a los usuarios. En otros proyectos de CPP, los indicadores pueden ser, por ejemplo, el número de camas disponibles en un hospital; de plazas en una prisión; de aulas disponibles en una escuela; etc.

Por otro lado, hay que asegurar que el incumplimiento de estos estándares de calidad comporte una clara disminución del pago final que efectúa la Administración; pues, de lo contrario, el ente privado tendrá nulos o escasos incentivos para el cumplimiento de los estándares de calidad. Por ello, a veces puede ser necesario realizar un análisis de sensibilidad que demuestre que, bajo determinadas circunstancias, la remuneración del ente privado se resiente lo suficientemente como para interpretar que existe este riesgo de disponibilidad¹⁵²⁴.

3) El riesgo de demanda

Según Eurostat¹⁵²⁵, este riesgo cubre la variabilidad de la demanda (mayor o menor que la esperada cuando el contrato fue suscrito) cuando esta no sea imputable al comportamiento (gestión) del ente privado. El riesgo de demanda no debería cubrir cambios en la demanda que resulten de una calidad inadecuada o baja de los servicios provistos por el socio privado, o de cualquier acción que modifique la cantidad/calidad de los servicios suministrados. Por el contrario, este riesgo cubre cambios en la

sociales; a la disfunción o indisponibilidad de las obras o equipamientos; a las erróneas estimaciones de los ingresos anexos; o a los costes de explotación o mantenimiento superiores a los previstos, entre otros. Véase, BERGERE, François, BEZANÇON, Xavier, DERUY, Laurent, FISZELSON, Roger, FORNACCIARI, Marc, *Le guide opérationnel des PPP*, cit., pp. 215 a 220.

¹⁵²⁴ Esta cuestión fue apuntada por GAVILANES GINERES, Director de la División de Asesoría Económica del Ministerio de Fomento, en su conferencia impartida en el Instituto de Estudios Fiscales el 22 de octubre de 2009. Véase de este autor, GAVILANES GINERES, Gerardo L, “Presente y futuro de la colaboración público privada en España”, en *Revista de Obras Públicas*, núm. extraordinario 3425 (Ejemplar dedicado a: *El nuevo sistema concesional. Consideraciones sobre el proyecto de ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas*), 2002, pp. 213 a 222.

¹⁵²⁵ EUROSTAT, *Decisión de Eurostat sobre déficit y deuda: tratamiento de los partenariados público-privados*, de 11 de febrero de 2004.

En el mismo sentido, el apartado 20.283 c) del SEC-2010 establece que “*el riesgo de demanda incluye la posibilidad de que la demanda de los servicios sea mayor o menor de la esperada*”.

demanda derivados de otros factores, tales como el ciclo económico, las nuevas tendencias del mercado, la competencia directa o la obsolescencia tecnológica¹⁵²⁶.

Este riesgo puede ser controlado por el ente público cuando la retribución del socio privado se realiza total o parcialmente mediante el pago de un canon o tarifa por el usuario de la obra o servicio, puesto que en estos casos el precio al que debe hacer frente el usuario controla la demanda. Por el contrario, cuando la retribución del derecho de explotación proviene únicamente del ente público (mediante un “peaje en sombra”), la desventaja es que el precio no regula la demanda, pudiendo resultar una infraestructura especialmente costosa para el ente público (los usuarios, al no pagar un canon o tarifa, no tienen incentivos para realizar un uso moderado de la infraestructura o servicio).

Ahora bien, respecto de aquellas infraestructuras que ya están en funcionamiento (*brownfields*), la existencia de este riesgo es relativa, puesto que tanto el ente público como el ente privado conocen de forma aproximada cuál va a seguir siendo el nivel de demanda de la obra o servicio. Este es el caso, en España, del plan de mejora de las denominadas “autovías de primera generación”, financiado mediante el sistema de “peaje en sombra”, en las cuales el tráfico es conocido.

En estos supuestos, en los que el riesgo de demanda no existe, o es relativo, deberá acentuarse la importancia específica del riesgo de disponibilidad. Es decir, en los contratos de CPP referidos a infraestructuras en funcionamiento, para que exista, en criterios de Eurostat, una transferencia del riesgo al ente privado, se deberán fijar numerosos estándares de calidad, y vincular el mecanismo de pago del ente privado, de una forma directa e importante, no a la demanda, sino al cumplimiento de dichos estándares de calidad¹⁵²⁷. Hay que recordar, como señalamos al referirnos al riesgo de disponibilidad, que, si la retribución del socio privado no resulta significativamente afectada por el incumplimiento de los estándares de calidad fijados, dicho riesgo podrá considerarse que es inexistente (el ente privado tendrá escasos incentivos para invertir en mejoras del nivel de calidad, puesto que dicha inversión no será rentable en términos económicos).

¹⁵²⁶ El riesgo de demanda no se toma en consideración en los contratos de CPP en los que el usuario final no puede decidir sobre el uso de la infraestructura y/o servicio, por ejemplo, prisiones, hospitales, escuelas. Sí se aplicará en caso de infraestructuras de transporte.

¹⁵²⁷ Realmente lo que se suele configurar es un sistema mixto de retribución, por el que el socio privado obtendrá una determinada cantidad en función del uso de la obra o servicio (criterio de demanda), pero ese importe se ajustará en función del cumplimiento de los estándares de calidad fijados, lo que se traducirá en que el pago final de la Administración será mayor o menor en función de la calidad con la que se preste el servicio.

(2) Distribución del riesgo entre el sector público y el sector privado

La Comisión Europea señala que toda operación de CPP se caracteriza por “*el reparto de los riesgos entre el socio público y el privado, al que se le transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público*”¹⁵²⁸.

Ahora bien, aunque la CPP se quiere presentar como un mecanismo que permita una traslación de riesgos del sector público al sector privado, la propia Comisión es consciente de que la realidad práctica de estos contratos y su flexibilidad permiten operaciones en las que la transferencia de riesgos es mínima. Por ello, la Comisión matiza su primera afirmación terminante sobre la transferencia de riesgos al ente privado, señalando que: “*No obstante, las operaciones de CPP no implican necesariamente que el socio privado asuma todos los riesgos derivados de la operación, ni siquiera la mayor parte de ellos. El reparto preciso de los riesgos se realiza caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos*”.

Nótese que la configuración de la distribución de los riesgos en las operaciones de CPP acaba siendo, en última instancia, una cuestión casuística. La distribución del riesgo depende, según la Comisión, de la respectiva capacidad del ente público y del ente privado para evaluar los riesgos, controlarlos y gestionarlos¹⁵²⁹. Por ello, para examinar la distribución de los riesgos efectuada en cada caso, hay que analizar necesariamente los pliegos de los contratos.

Esta situación no está exenta de controversia, puesto que, por un lado, no hay “modelos cerrados” de distribución de riesgos (cabén múltiples combinaciones); y, por otro lado, en los pliegos de los contratos pueden esconderse cláusulas que alteren la distribución de riesgos inicialmente fijada. La cuestión que se plantea es, ¿cuándo se puede afirmar que una de las partes en una operación de CPP asume el riesgo?

¹⁵²⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, cit., párrafo 2.

¹⁵²⁹ También en la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario (2000/C 121/02), en la que se afirma que tanto el riesgo de construcción como el riesgo de explotación son asumidos por el concesionario, la Comisión acaba señalando que “*el reparto de los riesgos entre concedente y concesionario se efectúa en cada caso en función de las respectivas aptitudes para gestionar de manera más eficaz los riesgos en cuestión*”.

Siguiendo a Eurostat, “soportar un riesgo por una de las partes significa que dicha parte asume la mayoría del riesgo”¹⁵³⁰. Por tanto, Eurostat está dando por supuesto que cabe compartir un mismo riesgo y, de hecho, en la práctica esto sucede en múltiples ocasiones.

Por último, hay que apuntar que el objetivo para el ente público es alcanzar aquel reparto de riesgos con el sector privado que reporte al proyecto una mayor eficacia (*Best Value for Money*). Obtener la mayor eficiencia no exige en todo caso transferir todos los riesgos al ente privado. Es posible que la asunción por parte del ente público de determinados riesgos sea relativamente sencilla y comporte una disminución sustancial del precio del proyecto al que debe hacer frente el ente público; o, a la inversa, que la asunción de determinados riesgos por el ente privado incremente sustancialmente el precio¹⁵³¹.

En síntesis, es complejo establecer una transferencia eficiente de los riesgos en una operación de CPP. En muchas ocasiones, la transferencia excesiva de riesgos al ente privado – para evitar el cómputo de la CPP en el balance público en términos de SEC–95– puede comportar que el ente público pague al ente privado precios muy elevados que hacen la operación de CPP ineficiente en términos económicos¹⁵³².

A continuación, analizaremos cómo se pueden distribuir los tres riesgos genéricos apuntados por Eurostat en las operaciones de CPP:

¹⁵³⁰ EUROSTAT, *Decisión de Eurostat sobre déficit y deuda: tratamiento de los partenariados público-privados*, de 11 de febrero de 2004.

¹⁵³¹ El Ministerio de Economía y Finanzas del Reino Unido (*Her Majesty's Treasury*, en adelante *HM Treasury*) ha elaborado un documento (*Value for Money Guidance*, cuya primera versión se realizó en agosto de 2004) con el objetivo de asesorar al contratante público sobre la idoneidad de realizar los contratos de *Private Finance Initiative (PFI)*. En este documento se establecen los factores que deben ser valorados para determinar si un contrato de *PFI* constituye la mejor opción bajo el principio *Best value for Money*. El concepto de *Best value for Money* se define como la combinación óptima de los costes globales (a lo largo de toda la vida de un activo) y la calidad. Por tanto, *Best value for Money* no significa, siempre, optar por los bienes y los servicios con menor coste posible. Para llevar a cabo una correcta valoración sobre la mejor opción, bajo el principio *Best value for Money*, es necesario establecer los factores a tener en cuenta ya en las fases iniciales de la contratación. Este documento se encuentra disponible vía Internet: http://www.hm-treasury.gov.uk/documents/public_private_partnerships/additional_guidance/ppp_vfm_index.cfm (última consulta, julio de 2013).

¹⁵³² En el Reino Unido, el Informe de la House of Commons (Treasury Committee) sobre las *PFI* apunta la ineficiencia en la transferencia de riesgos que se ha producido en muchos de estos proyectos. Véase, HOUSE OF COMMONS (TREASURY COMMITTEE), *Private Finance Initiative*, Seventeenth Report of Session 2010 – 2012, Londres, agosto 2011, pp. 19 – 21.

1) Asunción del riesgo de construcción

El riesgo de construcción será asumido por el ente privado cuando el diseño, la construcción, la integración, la instalación o las pruebas que se lleven a cabo para dar cumplimiento a los requisitos establecidos en el contrato sean responsabilidad del ente privado^{1533 y 1534}. El ente público (salvo en circunstancias excepcionales) no asumirá ninguna responsabilidad derivada de estos riesgos, siendo por completo responsabilidad del contratante privado que el diseño y el desarrollo operacional llevados a cabo satisfagan las exigencias del ente público¹⁵³⁵.

En este punto, debe señalarse que generalmente el contratista privado presenta su oferta sobre datos proporcionados por la Administración. Si la información sobre la que el contratante privado funda su propuesta acaba siendo incorrecta, las cláusulas del contrato deberían determinar quién asume el riesgo. Al respecto, en la práctica de los contratos de CPP en el Reino Unido, en la mayoría de casos el ente público transfiere al contratante privado la totalidad de la responsabilidad de verificar dicha información¹⁵³⁶.

¹⁵³³ Así es señalado por el *HM Treasury* británico. Véase *HM Treasury, Standardisation of PFI Contracts March 2007*, documento que puede consultarse en:

http://www.hm-treasury.gov.uk/documents/public_private_partnerships/ppp_standardised_contracts.cfm (última consulta, julio de 2013).

¹⁵³⁴ El hecho de que el contratante privado asuma el riesgo de construcción no es óbice para que pueda someter el diseño, o ciertos datos, al ente público o sus representantes, para que valoren su adecuación o puedan introducir cambios menores en el proyecto que no tengan impacto o coste económico.

¹⁵³⁵ Para que el ente público no asuma los riesgos de construcción, es necesario que, antes de firmar el contrato, se asegure de que este recoge claramente los requisitos necesarios, y que la propuesta presentada por el contratante privado –que debe incluir un diseño básico– será capaz de dar cumplimiento a su demanda, una vez esté plenamente desarrollada e implementada. De forma que, antes de que se inicie la explotación de la infraestructura o la prestación del servicio, el contratante privado ha de ser capaz de demostrar que el trabajo llevado a cabo cumple con las especificaciones establecidas en el contrato.

¹⁵³⁶ El contratante tiende a aceptar este riesgo en los casos en los que la diligencia debida que debe prestar para verificar la información es relativamente pequeña, en relación con el conjunto del proyecto. Por el contrario, el ente privado será reacio a asumir este riesgo, cuando la verificación de la información comporte un elevado nivel de diligencia debida, o cuando la Administración sea la única fuente de información, no existiendo otra forma de contrastar su veracidad. Si el contratante privado hace frente al riesgo de una información inexacta, es lógico que el precio refleje el nivel de riesgo contraído.

El ente público tendrá que ser especialmente cuidadoso en cuanto a la información que transmite en la fase de construcción al ente privado. Si el ente público garantiza que toda la información en la que el ente privado fundamenta su propuesta es veraz, estará asumiendo la mayor parte del riesgo de construcción. Esta situación se verá matizada si el ente público es el único posible proveedor de información y si conoce con certeza la veracidad de los datos aportados. Véase, *HM Treasury, Standardisation of PFI Contracts (2007)*.

En cuanto a la distribución de los riesgos de construcción, Eurostat señala, en su Decisión de 11 de febrero de 2004, que “*la obligación del Estado de comenzar a efectuar pagos regulares al socio privado sin tener en cuenta el estado efectivo de los activos, sería la evidencia de que el Estado soporta la mayoría de los riesgos de construcción*”. Según esto, si el ente público realiza pagos antes de que la obra esté finalizada y comience el período de explotación, el riesgo de construcción en principio es soportado por el ente público. Lo mismo sucederá si el ente público asume sistemáticamente todos los costes adicionales que se generen en la fase de construcción, con independencia de su justificación¹⁵³⁷. Ahora bien, la determinación del momento en que deben iniciarse los pagos, o lo que es lo mismo, del momento en que acaba la fase de construcción, no es tan sencilla como pudiera parecer. En un proyecto de nueva ejecución (*greenfield*), es relativamente fácil determinar en qué momento finaliza el período de construcción y se inicia el período de ejecución. Sin embargo, en los proyectos de mejora o ampliación de una infraestructura ya existente (*brownfields*), resulta difícil diferenciar con claridad la fase de construcción del activo de la fase de puesta en funcionamiento¹⁵³⁸ (este ha sido el caso de las CPP llevadas a cabo para la mejora del Metro de Londres¹⁵³⁹).

Para evitar la problemática generada por los posibles pagos anticipados y la correspondiente asunción del riesgo de construcción por parte del ente público, es aconsejable que la operación de CPP sobre un activo ya existente (*brownfield*) se estructure en diferentes subfases o subproyectos, para poder identificar con mayor claridad la finalización e inicio de ejecución de cada una de ellas. Y, en el supuesto de que la operación de CPP comporte realizar proyectos nuevos y a su vez el desarrollo de otros ya existentes, se aconseja al ente público que centre el mecanismo de pago en

¹⁵³⁷ Véase, EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, Parte VI.5.4.2, pp. 280 y 281, apartado 78.

¹⁵³⁸ Durante la fase de construcción (*construction or development phase*) el contratante lleva a cabo una obra nueva, o el desarrollo o mejora de una obra ya existente, y establece el procedimiento a seguir para llevar a cabo el servicio. En la fase de funcionamiento (*operational phase*), que es normalmente la más larga, el ente privado provee los servicios de soporte y mantenimiento del activo.

¹⁵³⁹ Los proyectos de CPP llevados a cabo por el Metro de Londres (*London Underground*) constituyen tres de los proyectos más importantes, en función de su capital, suscritos en el Reino Unido. Estos proyectos de CPP se encuentran dentro de la categoría de “proyectos de desarrollo” (*brownfields*), y se espera que tengan una vigencia de 30 años. El Metro de Londres comenzó a hacer efectivos los pagos de una forma anticipada, una vez que la primera parte del activo estuvo en funcionamiento. Por ello, contables y auditores han considerado que en estos proyectos la mayor parte de los riesgos son asumidos por el Metro de Londres y, en consecuencia, estos son contabilizados en el balance público. Sobre este tema, GLAISTER, Stephen, SCANLON, Rosemary, y TRAVERS, Tony, *A fourth way for the London Underground?*, The Greater London Group, London School of Economics, Londres, 1998; y GLAISTER, Stephen, SCANLON, Rosemary, y TRAVERS, Tony, *The way out: an alternative approach to the future of Underground*, LSE London Discussion Paper, (1), Londres, 1999.

función de la consecución de los primeros, a pesar de que los activos existentes, en realidad, tengan mayor importancia desde una perspectiva operacional.

En definitiva, en la fase inicial, el ente público no debe hacer ningún tipo de contribución de capital, pues ello puede significar que asuma el riesgo del contratante privado. No obstante, es posible que en algunos proyectos el ente público quiera hacer una aportación al proyecto¹⁵⁴⁰ o establecer alguna forma de cofinanciación de este (así lo hemos visto en el caso de las concesiones, pues la ley prevé la posibilidad de financiación conjunta incluso en la fase de construcción). Pero hay que advertir que estas aportaciones fácilmente pueden alterar la distribución del riesgo de construcción y comportar que este sea soportado por el ente público¹⁵⁴¹.

Antes de finalizar, hay que señalar que, para que el riesgo de construcción sea asumido por el ente privado, el ente público no tiene que asumir ninguna obligación de pago por aquellos defectos en la gestión realizados por el socio privado durante la fase de construcción. Y, a la inversa, el socio privado no tiene que responsabilizarse de aquellos sucesos externos inesperados, que generalmente las compañías de seguros no cubren (supuestos de “fuerza mayor”)¹⁵⁴²; ni tampoco de aquellos riesgos que sean consecuencia de cambios exigidos por el ente público durante la fase de construcción, cambios que impliquen una modificación de las especificaciones o estándares inicialmente requeridos¹⁵⁴³.

¹⁵⁴⁰ En determinados proyectos es aconsejable para el ente público efectuar algún pago antes de que la infraestructura o el servicio esté completamente disponible. Este es el caso de los proyectos de construcción de carreteras y creación de alojamientos. En los proyectos de construcción de una carretera es aconsejable que, una vez que la infraestructura cumple una serie de requisitos de seguridad, se permita el tráfico en ella, aunque la obra no esté por completo finalizada. El mecanismo de pago deberá establecerse de tal forma que el contratante privado tenga interés en la consecución total de la infraestructura. De igual forma, en los proyectos de alojamiento es aconsejable que se permita comenzar la prestación del servicio a pesar de que ciertos aspectos menores de la construcción estén todavía incompletos.

¹⁵⁴¹ Tanto es así que en el Derecho comparado, por ejemplo en el Reino Unido por lo que respecta a la *PFI*, las aportaciones de capital del ente público en esta fase inicial deben ser discutidas en todo caso con el *HM Treasury*, y tendrán que tener siempre un tamaño relativamente reducido. Véase, *HM Treasury, Standardisation of PFI Contracts* (2007).

¹⁵⁴² Los riesgos de “fuerza mayor” son aquellos que normalmente no serían cubiertos por una entidad aseguradora a un precio razonable. Si el ente público asume estos riesgos, ello no supone la contabilización del activo como público. Así lo señala Eurostat, en relación con todos los riesgos. Véase, EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, Parte VI.5.4.2, p. 281, apartado 80.

¹⁵⁴³ Véase, EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, Parte VI.5.4.2, p. 281, apartado 80.

1) Asunción del riesgo de disponibilidad

De acuerdo con el criterio de Eurostat¹⁵⁴⁴, se considerará que el ente público no soporta el riesgo de disponibilidad, cuando pueda reducir de forma significativa (a título de penalización) los pagos periódicos que deba realizar al socio privado, como podría exigir todo “cliente normal” en un contrato comercial. Los pagos del ente público deben depender del grado efectivo de disponibilidad garantizado por el ente privado durante un determinado período de tiempo.

En este punto, Eurostat señala que la aplicación de penalizaciones, cuando el ente privado esté fallando en sus obligaciones de servicios, ha de ser automática y tener un efecto importante en los beneficios obtenidos por el ente privado, no debiendo ser puramente “cosmética” o simbólica. Efectivamente, como señalamos con anterioridad, la vinculación entre la disponibilidad y la retribución del ente privado tiene que ser significativa para que pueda afirmarse la existencia de un verdadero riesgo de disponibilidad asumido por el ente privado.

Por tanto, la fijación de las primas-deducciones es un elemento clave para determinar si se produce o no una transferencia del riesgo de disponibilidad. En algunos proyectos de las *PFI* británicas, la deducción por indisponibilidad del activo puede llegar a ser incluso del 100 por 100 del pago del ente público (por ejemplo, el pago total de una mensualidad). En este caso el contratante privado no recibirá ninguna retribución hasta que la instalación esté, de nuevo, plenamente disponible. Sin embargo, la deducción no puede suponer más del 100 por 100, ni comportar la obligación del contratante privado de efectuar pagos al ente público¹⁵⁴⁵.

El ente público y el ente privado deberán consensuar el plan preventivo de mantenimiento, de forma que ambas partes conozcan qué aspectos de la obra o servicio pueden no estar disponibles sin generar deducciones financieras. Como es lógico, el contratante privado, que debe correr con el riesgo de mantenimiento, constituirá un fondo de amortización del activo, si lo considera necesario. Por su parte, el ente público

¹⁵⁴⁴ Véase, EUROSTAT, *Decisión de Eurostat sobre déficit y deuda: tratamiento de los partenariados público-privados*, de 11 de febrero de 2004.

¹⁵⁴⁵ En supuestos excepcionales, se han suscrito contratos de *PFI* en los cuales la deducción supera el 100 por 100 y la parte restante se traslada al pago del siguiente período. No obstante, se ha comprobado que este sistema no aporta el mejor *Best Value for Money* y, por ello, no se recomienda. De igual forma, el ámbito para aplicar deducciones retrospectivamente – por fallos no detectados- también tiene que tener un tope máximo.

no deberá participar, ni en el mantenimiento de la obra o servicio, ni en dicho fondo de amortización, puesto que ello podría suponer asumir el riesgo de disponibilidad¹⁵⁴⁶.

2) Asunción del riesgo de demanda

Conforme a los criterios de Eurostat¹⁵⁴⁷, el ente público estará asumiendo el riesgo de demanda cuando esté obligado a asegurar un cierto nivel de pago al ente privado, con independencia del nivel efectivo de demanda expresado por el usuario final.

Sin embargo, este criterio no se aplica cuando el ente público interfiera en la evolución de la demanda, ya sea mediante la adopción de medidas normativas que representen un cambio significativo de las políticas existentes (decisiones que pueden ser adoptadas por la Administración general, y no tan solo por la unidad directamente implicada en el contrato), o bien por la construcción de nuevas infraestructuras que compitan de forma directa con el proyecto de CPP. En estos casos, los posibles ajustes en los pagos o compensaciones que el ente público realice al ente privado no implicarán una contabilización (o reclasificación) de los activos en el balance del ente público.

Otro de los elementos a tener en cuenta para determinar quién asume el riesgo de demanda, es el margen de maniobra que el contrato otorga al ente privado para adoptar medidas tendentes al control de los posibles descensos en la demanda. Este hecho pone de manifiesto que el ente privado está llevando a cabo la actividad de forma comercial y que, por consiguiente, está asumiendo el riesgo de demanda. Por ejemplo, así sucede cuando el contrato prevé que el ente privado pueda diversificar el uso de los activos, para otros propósitos distintos a los inicialmente acordados con el ente público, alteraciones que, por supuesto, pueden producirse con ciertos límites¹⁵⁴⁸.

3) Conclusiones respecto de la distribución global de los riesgos

A pesar de la clasificación de los riesgos efectuada por Eurostat y de los

¹⁵⁴⁶ En concreto, la autoridad pública no podrá determinar el *quantum* del fondo de amortización, su localización o disponibilidad. En esta línea tampoco deberá solicitar derechos sobre este fondo, establecido por el contratante privado, sino que deberá asegurar que se preservan los estándares de mantenimiento a través, como vimos, del mecanismo de pago y la terminación del contrato.

¹⁵⁴⁷ Véase, EUROSTAT, *Decisión de Eurostat sobre déficit y deuda: tratamiento de los partenariados público-privados*, de 11 de febrero de 2004.

¹⁵⁴⁸ Véase, EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, Parte VI.5.4.2, p. 282, apartados 84, 85 y 86.

procesos de estandarización llevados a cabo por algunas administraciones públicas, así como las medidas de control adoptadas por las autoridades de los Estados miembros, es muy difícil determinar el verdadero reparto de riesgos en los contratos de CPP.

Tal como indica Eurostat¹⁵⁴⁹, en algunos casos el análisis de los riesgos de construcción, disponibilidad y demanda, puede no aportar conclusiones claras (por ejemplo, si al menos en dos de estas categorías el riesgo se comparte de forma más o menos equilibrada entre el ente público y el ente privado, o bien el riesgo se distribuye sobre la base de hipótesis muy frágiles).

En estos casos, deberían tomarse en consideración algunos elementos adicionales del contrato de CPP. Pueden ser criterios complementarios adecuados: el análisis de la naturaleza de las partes del contrato (especialmente en aquellos supuestos en que el contratista sea una corporación pública); la importancia de la financiación pública; así como el efecto de las garantías públicas o las disposiciones relativas a la atribución final de los activos¹⁵⁵⁰.

En relación con la disposición final de los activos, tal como señala Eurostat, si estos permanecen como propiedad del ente privado una vez finalizado el proyecto, y mantienen todavía un valor económico significativo, entonces son generalmente clasificados en el balance del ente privado. Esto sucede también en los contratos en los que el ente público tiene tan solo la opción de comprar los activos al final del contrato a su valor actual de mercado. Por el contrario, puede estar justificada la clasificación de los activos y pasivos de la operación como activos públicos (siempre que otros *tests* no ofrezcan una respuesta contraria clara), en caso de que el ente público tenga la obligación firme de adquirir los activos a la finalización del contrato, a un precio predeterminado que no refleje el valor económico real de los activos en ese momento (tomando en consideración las hipótesis de conservación establecidas al tiempo de firmar el contrato); o bien si el ente público ha pagado por el derecho a adquirir los activos durante toda la duración del contrato, mediante pagos regulares superiores a aquellos que hubieran sido efectuados sin dicho derecho.

¹⁵⁴⁹ EUROSTAT, *Decisión de Eurostat sobre déficit y deuda: tratamiento de los partenariados público-privados*, de 11 de febrero de 2004.

¹⁵⁵⁰ En este punto, hay que señalar el riesgo del valor residual (*Residual value risk*), al que ya nos referimos *supra*, como uno de los posibles riesgos existentes en las operaciones de CPP, que no se encuentran comprendidos en la clasificación genérica tripartita de los riesgos.

(3) Alternativas al criterio de la distribución de los riesgos: el criterio del control

El criterio de la distribución de los riesgos y ventajas (*risk and rewards*), como mecanismo para determinar la inclusión del activo en el balance público o en el privado, exige llevar a cabo un juicio marcadamente casuístico. Además, como veremos en el siguiente epígrafe dedicado al estudio de los casos¹⁵⁵¹, el resultado de aplicar este criterio no siempre es acorde con los riesgos reales que finalmente pueden llegar a asumir cada una de las partes. De hecho, una de las principales críticas vertidas al criterio de distribución de los riesgos de Eurostat es que puede propiciar la generalización, más allá de sus niveles óptimos, de estos contratos; y ello porque puede permitir contabilizar fuera del balance público activos derivados de operaciones en las que el ente público, en última instancia, sigue asumiendo un importante nivel de riesgo¹⁵⁵². De esta exclusión se deriva una reducción, tan solo aparente, de los niveles de déficit y deuda públicos que son contabilizados a efectos del cumplimiento de la disciplina presupuestaria europea.

Cabe tener en consideración la existencia de otros criterios para evaluar el impacto de las concesiones en el balance del ente público y del ente privado. En relación con los entes privados, el 30 de noviembre de 2006, el *International Financial Reporting Interpretation Committee* (IFRIC), de la *International Accounting Standards Board* (IASB), publicó la IFRIC 12. La IFRIC 12 es una interpretación relativa al tratamiento contable de las concesiones administrativas por parte de los entes privados, aplicable a los ejercicios contables iniciados a partir de 1 de enero de 2008. Esta interpretación se basa en el criterio del control. En función de este criterio, la IFRIC 12 considera que la Administración concedente es quien controla la infraestructura objeto de la concesión y, por tanto, debe contabilizarla en su activo. Durante el proceso de debate de la IFRIC 12, el IFRIC clarificó que la Administración controla el activo porque: a) regula y controla el servicio que la empresa concesionaria debe prestar; b)

¹⁵⁵¹ Véase, Véase, *infra*, Capítulo IV, epígrafe Análisis de los contratos de colaboración público – privada españoles, pp. 607 y ss.

¹⁵⁵² El problemática se encuentra en centrar el análisis en un elemento como el riesgo. Como apunta ESTEVE PARDO, “el riesgo tiene una configuración muy diferente a la del daño, sobre todo en lo que a posibilidades de conocimiento se refiere, pues así como el daño se percibe con un conocimiento medio y por ello resulta accesible al jurista – al que sólo pueden escapar ciertos aspectos como pueda ser su cuantificación –, el gran problema del riesgo es su certidumbre: su presencia – y no digamos ya la valoración de su potencialidad y alcance – resulta en muchos casos sólo perceptible a través de un conocimiento técnico especializado del que carece el operador jurídico”. Véase, ESTEVE PARDO, José, *Técnica, riesgo y Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 1999, p. 81.

tiene interés sobre la propiedad del activo al final de la concesión, siendo este el interés residual; c) el activo ha sido construido o adquirido específicamente para desarrollar el objeto de la concesión, o bien se trata de un activo del propio órgano concedente que este pone a disposición de la empresa concesionaria¹⁵⁵³.

En el ámbito de la Unión Europea, algunos de los miembros del órgano de asesoramiento técnico de la Comisión (*European Financial Reporting Advisory Group –EFRAG-*) se han mostrado contrarios al contenido de la IFRIC 12, concretamente, a la imposibilidad de contabilizar el activo como privado, puesto que, a pesar de que la empresa concesionaria no sea la propietaria y tampoco tenga el control sobre el uso, la realidad demuestra que en muchas ocasiones el mayor riesgo de la operación es el riesgo de demanda y este es asumido por la concesionaria¹⁵⁵⁴.

Esta situación pone de manifiesto la controversia existente entre el criterio para contabilizar el activo de la concesión en la contabilidad privada (criterio del control, derivado de la IFRIC 12) y el criterio para contabilizar el activo en la contabilidad nacional (criterio de la distribución de los riesgos, fijado por Eurostat en su Decisión de 11 de febrero de 2004, y posteriormente incorporado al Manual SEC-95 sobre el déficit público y la deuda pública).

Con posterioridad, el *International Public Sector Accounting Standard Board* (IPSASB) aprobó la IPSAS 32, interpretación relativa a la contabilización de las concesiones de servicios en el balance de los entes públicos concedentes, que está basada también, como la IFRIC 12, en el criterio del control y que, por tanto, es “espejo” de la IFRIC 12 en la contabilidad pública. El contenido de la IPSAS 32 tampoco ha estado exento de críticas. Así, el Fondo Monetario Internacional ha advertido al IPSASB de que el criterio del control puede ser susceptible de una “interpretación subjetiva e inconsistente”; dado que, por ejemplo, uno de los elementos de decisión es que la Administración concedente controle o regule qué servicios debe prestar el concesionario, y, al respecto, no resulta claro si dicho control se refiere al servicio con carácter general (por ejemplo, en las instalaciones hospitalarias) o bien a aspectos específicos de los servicios, como su cantidad, calidad o cronología¹⁵⁵⁵.

¹⁵⁵³ Véase, CAÑIBANO CALVO, Leandro; GISBERT CLEMENTE, Ana, “Implicaciones contables de la adopción de IFRIC 12 sobre concesiones de servicios públicos”, *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, vol. XXXIX, (145), 2010, pp. 149-168 (en particular pp.165 y 166).

¹⁵⁵⁴ *Ibidem*, p. 152.

¹⁵⁵⁵ Véase, FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, Carta de 29 de julio de 2008 enviada al IPSASB, disponible vía internet: <http://www.ifac.org/sites/default/files/publications/exposure-drafts/comments/03841.pdf> (última consulta, julio de 2013).

A pesar de que la IFRIC 12 y la IPSAS 32 sigan el criterio del control, no podemos obviar que, para la determinación del cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria, el criterio aplicable es el fijado por Eurostat en el *Manual del SEC-95*. De ahí que, a nivel de las instituciones europeas, no puede considerarse el control como el elemento central del análisis, puesto que sigue siendo clave la asunción de los riesgos y ventajas asociados a la propiedad del activo; y el resultado que se obtiene del análisis del reparto de los riesgos y ventajas no tiene por qué ser coincidente con el resultado del análisis del control.

La existencia de dos criterios distintos¹⁵⁵⁶, así como las críticas efectuadas a ambos, ponen de manifiesto la dificultad de establecer un parámetro que permita obtener soluciones inequívocas en esta materia¹⁵⁵⁷. A continuación nos centraremos en las consecuencias derivadas de la aplicación del criterio riesgo, seguido por Eurostat, a través del estudio de los casos específicos, y observaremos las debilidades de su aplicación a la hora de determinar el impacto de determinadas concesiones en los niveles de déficit y deuda públicos.

3.B.3. Aplicación del análisis de la distribución de los riesgos por Eurostat

¹⁵⁵⁶ Además, no son dos criterios independientes, la doctrina ha señalado la compleja relación existente entre ellos. Así la distribución de los riesgos y beneficios puede ser un indicador de dónde recae el control. Y a su vez, en algunas circunstancias, el control es un indicador de la distribución de los riesgos y beneficios. Véase, HEALD, David y GEORGIU, George, “The substance of accounting for public – private partnerships”, *Financial Accountability & Management*, Vol. 27 (2), Mayo 2011, pp. 217 – 247 (p. 10 versión on-line).

¹⁵⁵⁷ De hecho, en la sección relativa a las asociaciones público privadas del SEC-2010 se aprecia una cierta introducción del criterio del control como criterio subsidiario al criterio de la distribución de los riesgos y beneficios. Concretamente, el apartado 20.285 del SEC-2010 precisa que en los supuestos en los que “*la evaluación de los riesgos y beneficios no sea concluyente, resulta pertinente plantearse qué unidad tiene una influencia decisiva sobre la naturaleza del activo y de qué manera las condiciones de los servicios producidos con el activo están determinadas, sobre todo, por lo siguiente: a) el grado en que las administraciones públicas determinan la forma, calidad, tamaño y mantenimiento de los activos, b) el grado en que las administraciones públicas pueden determinar los servicios producidos, las unidades a las que se prestan los servicios y los precios de los servicios producidos*”. Estos aspectos (a y b) ponen de manifiesto que las Administraciones públicas ejercen un elevado control sobre la naturaleza del activo o sobre los servicios que a través de él se prestan.

Las relaciones entre el criterio del control y el criterio de la distribución de los riesgos y beneficios es muy estrecha.

(1) Criterios generales

Las CPP pueden responder, entre otros factores, al intento por parte de los Estados miembros de eludir las restricciones europeas sobre el déficit y la deuda públicos¹⁵⁵⁸. El análisis que hemos llevado a cabo de la distribución de los riesgos va a determinar la calificación del activo y del pasivo de la operación de CPP como público o privado en términos de SEC-95. O dicho de otro modo, va a permitir determinar quién es el dueño económico de los activos de la CPP¹⁵⁵⁹.

Su calificación como público comportará un incremento de los niveles déficit y la deuda públicos existentes, desde el momento de inicio de la fase de explotación de la infraestructura. Además, hay que tener en cuenta que las operaciones de CPP hacen referencia a un solo activo o un conjunto de activos que no pueden ser divididos contractualmente, y a nivel de contabilidad nacional la operación deberá registrarse por su valor total en un único balance, el del sector público o el del sector privado¹⁵⁶⁰.

La interpretación de las autoridades nacionales de las normas del SEC-95 para su aplicación a los proyectos de CPP resulta problemática¹⁵⁶¹. Ante la proliferación de proyectos de CPP generadores de ambigüedades a la hora de su contabilización o exclusión de la contabilidad pública, como hemos señalado, el 11 de febrero de 2004,

¹⁵⁵⁸ De hecho, el SEC-2010 en su apartado 15.41, relativo a las asociaciones público privadas, afirma “*las administraciones públicas participan en las asociaciones público privadas por muchos motivos, como la esperanza de que la gestión privada contribuya a la mayor eficiencia de la producción y el poder tener acceso a una mayor gama de fuentes de financiación o el deseo de reducir la deuda pública*”.

¹⁵⁵⁹ El apartado 20.283 del SEC-2010 precisa que “*al igual que sucede con los contratos de arrendamiento, para determinar quién es el dueño económico de los activos en una asociación público privada es preciso averiguar qué unidad asume la mayor parte de los riesgos y qué unidad se espera que reciba la mayor parte de los beneficios de los activos*”.

¹⁵⁶⁰ Véase, EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 274, apartado 31.

¹⁵⁶¹ La contabilización de las operaciones de CPP preocupa a las autoridades públicas de control de aquellos Estados miembros en los que se han generalizado estas fórmulas contractuales. En Francia, puede verse, entre otros: LIGNIERES, Paul, “L’impact de l’allocation des risques dans les PPP sur la dette publique: éléments de réflexion”, *La Revue du Trésor. Le Partenariat Public-Privé*. Ordonnance du 17.juin 2004 (número especial), 2007. En el Reino Unido, véase, entre otros: LEAHY, Patricia, “Framework for PPP Audits in the United Kingdom”, en la obra colectiva: AA.VV., *Public Investment and Public- Private Partnerships. Addressing Infrastructure Challenges and Managing Fiscal Risks*, Ed. Palgrave Macmillan, IMF, London, 2008, pp. 269 y ss. En España, pueden verse, entre otros: MARTÍNEZ MANZANEDO, Rosario, “La contabilidad de la colaboración público-privada en el contexto del Sistema Europeo de Cuentas (SEC-95)”, *Presupuesto y Gasto Público*, (45) (número monográfico), 2206, pp. 187 y ss; GONZÁLEZ GARCÍA, Julio, *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 64 y 65; y PÉREZ PÉREZ, José Alberto “Introducción sobre la aplicación de los criterios del SEC-95 a las cuentas públicas”, cit., p. 120.

Eurostat aprobó la Decisión relativa al tratamiento contable en las cuentas nacionales de los contratos firmados por entidades públicas en el marco de operaciones de CPP, a efectos de su impacto en el déficit y en la deuda públicos. Posteriormente, Eurostat publicó además el documento “*Long Term Contracts Between Government Units And Non- Government Partners*”, de 30 de agosto de 2004, que se integró en el *Manual del SEC-95*, como Parte IV.2 (actual Parte VI.5, en la edición de 2013).

Con la Decisión de Eurostat de 11 de febrero de 2004, se pretendía evitar la tendencia de algunos Estados miembros de no contabilizar estas inversiones en sus niveles de déficit a efectos de Procedimiento de Déficit Excesivo, incluso cuando el ente público asumía la mayor parte de los riesgos del proyecto¹⁵⁶². Según Eurostat, para que los activos y pasivos de una operación de colaboración público-privada se consideren no públicos y, por consiguiente, no se registren en el balance de las administraciones públicas, deben cumplirse las dos condiciones siguientes:

1. El socio privado debe soportar el riesgo de construcción; y
2. El socio privado debe soportar al menos uno de los dos riesgos siguientes: el riesgo de disponibilidad o el riesgo vinculado a la demanda¹⁵⁶³.

Así pues, si el ente público asume el riesgo de construcción, o bien si el socio privado solo asume el riesgo de construcción y ningún otro riesgo, los activos y pasivos derivados del contrato de CPP se deben clasificar como activos y pasivos públicos en términos de SEC-95, incrementando los niveles de déficit y deuda públicos a efectos del procedimiento de déficit excesivo.

¹⁵⁶² De esta manera, el Estado presentaba ante la Unión Europea unas cuentas públicas con un déficit inferior al real, perjudicando gravemente la transparencia. Pese a esta problemática, la UE no pretende la supresión de estas fórmulas contractuales. Al contrario, la UE reconoce perfectamente la idoneidad de la colaboración público-privada en términos de eficiencia, como se pone de manifiesto por la Comisión Europea en el *Libro Verde sobre la colaboración público-privada*, cit. (2004) y en la *Comunicación al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones – Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada*, cit. (2009). Lo que se propugna es la correcta utilización de estas fórmulas. En definitiva, no se puede rehuir la utilización de este tipo de contratos, puesto que pueden beneficiar el desarrollo de una gestión óptima de las finanzas públicas, manteniendo a la vez una prestación de los servicios públicos de calidad. Pero tampoco se puede generalizar su aplicación sin conocer previamente, en relación con esta práctica –que ha sido denominada de privatización encubierta de servicios públicos–, tanto los riesgos que comporta como sus consecuencias presupuestarias a largo plazo.

¹⁵⁶³ Véase también la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo (2003): “*Finanzas públicas en la UEM – 2003*”, publicada en *European Economy* núm. 3 [COM(2003) 283 final].

Estos criterios básicos de distribución del riesgo, establecidos en la Decisión de Eurostat de febrero de 2004, se han ido complementando con lo previsto en el *Manual SEC-95* sobre el tratamiento en la contabilidad nacional de los contratos de CPP, en sus diferentes ediciones.

En este sentido, en primer lugar, en relación con el riesgo de construcción, el *Manual SEC-95* matiza que este solo existe, bien cuando se produzca un nuevo activo (“*green field*”), bien en el caso de renovación, modernización o actualización de activos ya existentes (“*brown fields*”), cuando el gasto de dicha reforma represente una parte “predominante” (más del 50 %) del valor del activo después de la renovación¹⁵⁶⁴. De lo contrario, no hace falta analizar los riesgos, porque se trata de un activo público sobre el que se suscribe un contrato de mantenimiento y, por tanto, debe mantenerse su contabilización en el balance como activo público.

En segundo lugar, respecto a los riesgos de demanda y de disponibilidad, para poder afirmar que el ente privado está asumiendo el riesgo de demanda, Eurostat exige que se produzca la pérdida total de la retribución en caso de inexistencia de demanda; y, en relación con el riesgo de disponibilidad, que el contrato prevea la aplicación de penalizaciones que puedan alcanzar el 100 % de la retribución, en caso de muy deficiente disponibilidad de la infraestructura¹⁵⁶⁵. El hecho de que se garantice un mínimo de rentabilidad al socio privado en estos supuestos, determina la falta de asunción del riesgo por el ente privado y comporta que el activo y el pasivo de la operación deba contabilizarse en las cuentas públicas.

Algunos contratos de CPP combinan pagos regulares vinculados a la disponibilidad y pagos regulares vinculados a la demanda de los activos, de una forma equilibrada. Sin embargo, existen supuestos en los que la retribución del ente privado por parte del ente público se vincula principalmente al uso efectivo de los activos (nivel

¹⁵⁶⁴ Véase, EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 272, apartado 16.

En este punto, el apartado 20.278 del SEC-2010 precisa que en las asociaciones público privadas “a diferencia de otros contratos de servicios a largo plazo, se crea expresamente un activo”.

¹⁵⁶⁵ Para Eurostat, de acuerdo con el *Manual del SEC-95* (Parte IV.2.3.2; actualmente, en su edición de 2013, Parte VI.5.4.2 relativo a la distribución del riesgo en los contratos de CPP), la previsión en los contratos de CPP de porcentajes máximos de penalización sugiere que no se ha transferido suficientemente el riesgo de disponibilidad al socio privado. Este es el caso del contrato de CPP relativo a la Autovía del Salnés (Galicia), que en su cláusula 83 establece un límite máximo de penalización al socio privado del 10 % del presupuesto total durante la fase de construcción, y del 20 % de los ingresos totales obtenidos por la explotación de la autopista, en el año anterior, durante la fase de explotación. Véase, EUROSTAT, “*Formal consultation on the classification of the assets in the Public-private partnership (Autovía del Salnés, Tramo enlace con la PO-531-Sanxenxo)*”, Luxemburgo, 3 de junio de 2008.

de demanda); en ese caso, el riesgo de demanda deberá constituir el centro del análisis del reparto de riesgos¹⁵⁶⁶. En definitiva, los riesgos de disponibilidad y de demanda no tienen una importancia equivalente en el análisis de la distribución de los riesgos. En su edición de 2012, el *Manual del SEC-95* ha especificado que, si el pago se vincula en más de un 60 % a uno de los dos riesgos, el de disponibilidad o el de demanda, este riesgo será el elemento central del análisis de la distribución de riesgos¹⁵⁶⁷. Cuando ninguno de los dos tipos de pagos – por demanda o disponibilidad– suponga más del 60 % de la retribución, Eurostat exige que ambos riesgos sean analizados separadamente y que ambos sean soportados por el socio privado (además del riesgo de construcción) para clasificar el activo como privado. Por tanto, en estos casos el ente privado deberá asumir los tres riesgos (de construcción, de demanda y de disponibilidad); lo que, si bien no contradice las condiciones establecidas en la Decisión de Eurostat de 11 de febrero de 2004 (el socio privado debe soportar el riesgo de construcción y, *al menos*, uno de los otros dos riesgos), demuestra que Eurostat es cada vez más estricto a la hora de contabilizar los activos y pasivos derivados de una operación de CPP como privados.

Como señalamos, cuando el análisis de la distribución de los riesgos no arroja conclusiones claras o se basa en hipótesis frágiles, un elemento adicional a tener en cuenta es quién mantendrá la propiedad del activo al final del contrato. Si, a la finalización del contrato, el activo continúa siendo propiedad del ente privado¹⁵⁶⁸, o bien si el ente público tiene opción de comprarlo por su valor de mercado, ello constituirá un motivo más para considerar el activo como privado. En cambio, si el ente público asume la obligación firme de adquirir los activos a la finalización del contrato por un precio predeterminado¹⁵⁶⁹, este dato reforzará la calificación de los activos como públicos.

¹⁵⁶⁶ El *Manual del SEC-95*, en su edición de 2010, ya preveía el requisito de analizar cuál de los dos riesgos (de demanda o disponibilidad) ocupaba una posición predominante. Véase, EUROSTAT (2010): *Manual del SEC-95*, Parte VI.5.3.2, p. 257, apartados 38 y 39. Pero es en la edición de 2012 donde se introduce el criterio del 60 %, explicado en el texto. Este se mantiene en la actualidad en la edición de 2013, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 275 (apartados 38 y 39).

¹⁵⁶⁷ Si bien Eurostat también señala que deberá tomarse en consideración el posible impacto del componente “menor”, en la medida en que pueda mitigar la transferencia al socio privado del riesgo predominante. Véase, EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 275, (apartado 38).

¹⁵⁶⁸ Este criterio se aplica con independencia del valor que tenga el activo al final del contrato, pero será más importante en aquellos casos en los que el activo no se haya depreciado significativamente a lo largo de la vida del contrato (este es el caso de muchas infraestructuras). Véase, EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 276, apartado 46.

¹⁵⁶⁹ Según Eurostat, constituyen supuestos de predeterminación del precio: que este se fije con independencia del valor de mercado; que esta sea muy superior al valor económico residual del activo esperado a la finalización del contrato; que el precio de adquisición final sea inferior al valor real del

Por último, hay que señalar que la existencia en el contrato de CPP de determinadas cláusulas por las que el ente público reasume la mayor parte de los riesgos del proyecto, comportará la contabilización del activo en el balance público, con independencia del análisis de la distribución de los riesgos. Estos son los supuestos de: determinadas cláusulas de terminación anticipada del contrato; cláusulas que comportan una financiación mayoritaria por parte del ente público; y cláusulas relativas a las garantías. Por su importancia, estos tres supuestos se analizan a continuación.

En primer lugar, en el caso de terminación anticipada del contrato (por incumplimientos reiterados de las obligaciones del ente privado; por quiebra de este; etc.), la compensación que realice el ente público al ente privado para adquirir el activo deberá incluir una importante penalización. De lo contrario, el activo se recalificará como público¹⁵⁷⁰.

Hay que tener en cuenta que determinadas renegociaciones del contrato pueden asimilarse a una terminación anticipada del contrato existente y se deberán analizar con mucho detalle. Es lógico que, en el marco de la revisión del contrato, se prevean compensaciones para mantener el equilibrio económico del contrato (preservar la rentabilidad del socio privado). Ahora bien, solo deberán aceptarse aquellas revisiones por cambios de circunstancias cuyo riesgo no deba soportar el socio privado (y especialmente cuando el cambio de circunstancias se deba a acciones gubernamentales¹⁵⁷¹).

En segundo lugar, por lo que respecta a la financiación pública, hay que señalar que la financiación de un contrato de CPP debe ser en esencia privada (precisamente una de las principales finalidades de la CPP para el ente público es repartir intergeneracionalmente el gasto de la inversión, que inicialmente fue cubierto por el ente privado). Sin embargo, en algunos casos, el ente público puede participar en la

activo (o incluso nulo), pero se hayan llevado a cabo a lo largo del contrato pagos regulares por el ente público para la adquisición del activo que alcancen una cuantía similar a su valor económico residual; o que en el contrato no se establezca cláusula alguna que permita que un órgano independiente evalúe pocos años antes del fin del contrato el precio final del activo, a fin de que el ente público pueda reducir el precio final previamente determinado. Véase, EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 276, apartado 49.

¹⁵⁷⁰ Sobre la evaluación de las cláusulas de terminación anticipada del contrato de CPP y su impacto en la calificación de los activos, véase EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, pp. 276 y 277, apartados 51 a 54.

¹⁵⁷¹ Véase nota al pie núm. 1516 sobre el riesgo de regulación.

financiación inicial (sea mediante ayudas de inversión; préstamos; etc.¹⁵⁷²), con la finalidad de reducir el coste total del proyecto¹⁵⁷³ y/o simplemente para garantizar su viabilidad. Pues bien, en el caso en que la financiación pública alcance el carácter de mayoritaria, será un indicador de que el ente público asume la mayor parte de los riesgos, y por tanto los activos deberán reclasificarse como públicos¹⁵⁷⁴.

En tercer y último lugar, el ente público puede conceder garantías (avales y otros mecanismos) que permitan al ente privado la obtención de financiación con un coste inferior y con una mejora de su calidad crediticia¹⁵⁷⁵. Este tipo de garantías pueden comportar que el ente público asuma importantes niveles de riesgo, con la consiguiente recalificación de los activos y pasivos de la operación como público. Este elemento debe analizarse de forma conjunta con la financiación pública a la que nos referíamos en el apartado anterior (así por ejemplo, pueden darse supuestos en los que el ente público aporte una financiación minoritaria, pero garantice la mayor parte de la financiación que ha obtenido el ente privado¹⁵⁷⁶, en cuyo caso los activos y pasivos se calificarán como público).

(2) Análisis de los contratos de colaboración público – privada españoles

Junto a estos criterios generales para contabilizar las operaciones de CPP, establecidos en la Decisión de Eurostat de 2004 y en el *Manual del SEC-95*¹⁵⁷⁷,

¹⁵⁷² Sobre las modalidades de aportaciones públicas que pueden producirse y sus funciones, véase, JUAN LOZANO, Ana M^a; RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Jesús, *La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras y servicios públicos: una aproximación desde los principios jurídico-financieros*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2006, pp. 63 y ss.

¹⁵⁷³ Téngase en cuenta que con frecuencia el coste de la financiación privada puede ser más elevado que el de la financiación pública (en términos generales, los entes privados no pueden obtener préstamos a un interés tan atractivo como los entes públicos, con el consiguiente incremento del coste total del proyecto).

¹⁵⁷⁴ Eurostat aclara que este criterio se aplica cuando la financiación pública proviene de los respectivos gobiernos nacionales, no cuando procede de acuerdos intergubernamentales (como la financiación derivada de fondos de la UE), en cuyo caso, si bien el riesgo del ente privado se ve mitigado, no existen razones para recalificar el activo como público. Véase, EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 278, apartados 55 a 58 (en particular apartado 58).

¹⁵⁷⁵ EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, pp. 278 y 279, apartados 59 a 67.

¹⁵⁷⁶ Por ejemplo, el ente público puede avalar directamente los créditos obtenidos de un tercero por parte del ente privado.

¹⁵⁷⁷ Esta Decisión de Eurostat sobre el tratamiento contable de las CPP forma parte de un conjunto de Decisiones de carácter general, pero también específicas, que Eurostat aprueba para guiar la actuación de

Eurostat sigue asesorando a los Estados de forma específica respecto a la inclusión de determinadas operaciones de CPP en los balances públicos. En el caso español, los pronunciamientos de Eurostat han versado básicamente sobre la naturaleza contable de las relaciones entre las Administraciones públicas y ciertas empresas públicas (casos de ADIF y RENFE Operadora, en 2007 y 2008 respectivamente¹⁵⁷⁸); y sobre las CPP contractuales.

Entrando en el análisis de las CPPs contractuales españolas, en primer lugar hay que señalar que en España la mayoría de contratos de CPP se han formalizado a través del contrato de concesión de obra pública (actual art. 7 TRLCSP), con un sistema de retribución de “peaje en la sombra”, en el cual la retribución se lleva a pago de forma principal y regular por el ente público. Pese a formalizarse como contratos de concesión, Eurostat los considera contratos de CPP, puesto que el ente público es el “principal adquirente” (“*main purchaser*”) del activo¹⁵⁷⁹. En cambio, aquellos contratos de concesión españoles en los que la mayor parte de la retribución procede de pagos realizados directamente por los usuarios, Eurostat los considera contratos de “concesión” *stricto sensu* en términos de SEC-95¹⁵⁸⁰.

Para determinar la incidencia en contabilidad nacional de uno u otro tipo de contratos de concesión los criterios son distintos. En el caso de contratos de concesión financiados por pagos mayoritarios de la Administración pública –contratos de CPP en términos de SEC-95–, habrá que analizarse el reparto de los riesgos anteriormente descrito. Es en este punto donde se han centrado la mayor parte de pronunciamientos de Eurostat que analizaremos en este apartado.

los Estados miembros a la hora de contabilizar determinadas operaciones conflictivas a efectos de déficit y deuda públicos. Los diferentes tipos de Decisiones de Eurostat se analizaron en el Capítulo II de este trabajo. Véase, *supra*, Capítulo II, epígrafe Aplicación de los conceptos del SEC-95, pp. 163 y ss.

¹⁵⁷⁸ Las decisiones de Eurostat sobre ADIF y RENFE fueron analizadas con detalle, véase, *supra*, Capítulo IV, epígrafe Aplicación del test de la naturaleza de las inyecciones de capital por Eurostat: el caso de ADIF, pp. 463 y ss.

¹⁵⁷⁹ EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 264, apartado 19, y 272, apartado 17.

¹⁵⁸⁰ El apartado 20.280 del SEC-2010 reitera este aspecto al afirmar que “cuando la sociedad vende los servicios directamente al público a través, por ejemplo, de una carretera de peaje, el contrato se considera una concesión y no una asociación público privada”. Este precio, sin embargo, “normalmente va a estar regulado por las Administraciones públicas y se establece en un nivel con el que la sociedad espera recuperar sus costes y obtener una tasa de rentabilidad adecuada sobre su inversión”. En el caso de las concesiones, como sucede en las asociaciones público privadas, “al final del periodo del contrato, las administraciones públicas pueden obtener la propiedad legal y el control operativo de los activos, posiblemente sin pago”.

Por el contrario, en los contratos de concesión financiados mayoritariamente por el usuario – contratos de concesión *stricto sensu* en términos de SEC–95– en principio, los activos y pasivos de la operación deben contabilizarse en el balance del ente privado¹⁵⁸¹, y la operación no tendrá incidencia en el presupuesto público ni en la contabilidad nacional¹⁵⁸² (salvo los posibles pagos complementarios por parte de la Administración para cofinanciar el coste de la infraestructura). Ahora bien, es posible que existan supuestos en los que, a pesar de que la concesión se financie mayoritariamente por el usuario, el activo y el pasivo de la operación deben ser contabilizados como públicos. Esto sucede cuando la Administración asume la mayor parte de los riesgos, especialmente si asume el riesgo de construcción y el riesgo de demanda¹⁵⁸³. Estos son los supuestos, por ejemplo, de la existencia de garantías incondicionales por parte de las Administraciones públicas que cubran más del 50 % de la deuda contraída por el concesionario para financiar el activo. O también los supuestos en que la Administración garantiza un mínimo de ingresos, o un mínimo de volumen de demanda, que aseguren un nivel mínimo de rentabilidad al ente privado. Tal como señala Eurostat, desde esta perspectiva la principal diferencia entre las CPP y las concesiones, antes señalada, se diluye¹⁵⁸⁴.

Esta posibilidad de concesiones *stricto sensu* cuyos activos y pasivos son recalificados como públicos, dada la asunción por parte de la Administración de la mayor parte de los riesgos, fue clarificada por Eurostat en su *Manual del SEC–95* edición 2012¹⁵⁸⁵, respecto de anteriores ediciones, y se mantiene en la edición de 2013¹⁵⁸⁶.

¹⁵⁸¹ EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 264, apartado 19.

¹⁵⁸² RUIZ OJEDA señala la concesión de obra pública con pagos explícitos a cargo de los usuarios como “el mecanismo más claro de asignación de riesgos al concesionario que evita la consolidación contable del endeudamiento en el balance de la Administración concedente”. Véase, RUIZ OJEDA, Alberto, *La concesión de obra pública*, Cizur Menor (Navarra), Thomson–Civitas, Aranzadi, 2006, p. 543. Aunque esta afirmación puede verse matizada en atención a la distribución de los riesgos, tal como señalamos en el texto.

¹⁵⁸³ EUROSTAT, *Final findings, EDP dialogue and ad-hoc visits to Portugal*, 18 de octubre de 2011, Luxemburgo, pp. 20 a 22. Y, EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE, *New Eurostat rules on contracts that fund the major part of availability payments using tolls collected by or on behalf of the government. The case of the SCUT motorway contracts in Portugal*, Septiembre de 2011, p. 5.

¹⁵⁸⁴ EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 265, apartado 21.

¹⁵⁸⁵ EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, p. 261, apartado 20.

¹⁵⁸⁶ EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, pp. 264 y 265, apartado 20.

A diferencia de los que sucede con los contratos de CPP, no existen pronunciamientos de Eurostat respecto a contratos de concesiones *stricto sensu* españolas. Sin embargo, la actual situación de crisis económica está haciendo que en algunos contratos de concesión con pago por el usuario a lo largo de la ejecución del contrato se altere el reparto de los riesgos entre el sector público y el sector privado inicialmente fijado en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Así, se aprecian diferencias claras en el reparto de los riesgos *ex ante* y *ex post*¹⁵⁸⁷. La Administración está renegociando algunos de estos contratos de concesión y adoptando medidas de reequilibrio económico. Los motivos son en esencia dos. En primer lugar,

¹⁵⁸⁷ Un ejemplo de esta situación es, a nuestro parecer, la concesión para la construcción, mantenimiento y explotación de las autopistas de peaje R-3 y R-5 de acceso a Madrid. En la distribución de los riesgos *ex ante*, que derivada de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, el ente privado asume los dos riesgos principales en el contrato de concesión, el riesgo de construcción y el riesgo de demanda. En cuanto al riesgo de disponibilidad, es un riesgo de menor importancia dado que se trata de una concesión retribuida por el usuario, de modo que las posibles deficiencias en la infraestructura pueden tener un impacto negativo en la demanda (al existir pago del usuario la disponibilidad controla la demanda).

Sin embargo, en la práctica *ex post* la distribución del riesgo (entre el ente público y el ente privado ha sido distinta y la Administración ha acabado asumiendo gran parte del riesgo de construcción y del riesgo de demanda. Respecto al riesgo de construcción, diferentes factores han propiciado sobrecostes en relación con los valores inicialmente previstos. Entre los factores que han causado dichos sobrecostes hay factores que pueden atribuirse a la Administración pública (como la imposición de obras adicionales), pero otros son ajenos a esta (como el elevado coste de las expropiaciones). Sin embargo, en ambos supuestos los sobrecostes han sido asumidos por la Administración, al fijar medidas de reequilibrio económico. Lo anterior, supone trasladar el riesgo de construcción a la Administración.

De igual forma, diferentes factores determinaron que no se cumplieran las previsiones de flujo de tráfico efectuadas tanto por la Administración como por la sociedad concesionaria. Entre estos factores se encuentran la mejora por parte de la Administración de las vías alternativas libres de peaje, lo que constituye una manifestación del *factum principis* (la Administración debe restablecer el reequilibrio económico del contrato cuando, por sus propias actuaciones, produzca la ruptura sustancial de la economía de la concesión). Pero también existen otros factores que son ajenos a la Administración. Entre estos últimos se encuentra la sobrestimación en las previsiones de flujo de tráfico (las previsiones sobrestimaron el tráfico en más de un 50 % ya en el primer año de explotación de la infraestructura), y la crisis económica que ha hecho que disminuyera aún más el tráfico. Sin embargo, de nuevo la Administración adopta medidas de reequilibrio económico para cubrir el descenso en la demanda prácticamente en su totalidad (concretamente, crea una cuenta de compensación). A través de este mecanismo la Administración está asegurando al ente privado unos ingresos mínimos con independencia del nivel de demanda, no vinculados a la cobertura de las pérdidas efectivas de la concesionaria, sino a las previsiones efectuadas en la oferta de licitación. Esta situación comporta asumir, indirectamente, el riesgo de demanda, así lo ha apuntado Eurostat en su decisión sobre la zona regable del Canal de Navarra, que analizaremos a lo largo de este epígrafe.

Puede verse un análisis extenso de la distribución de los riesgos *ex ante* y *ex post* en este contrato de concesión en MACHO PÉREZ, Ana B. y MARCO PEÑAS, Ester, “Los riesgos *ex ante* y *ex post* de los contratos de concesión y sus efectos jurídico – financieros: el caso de las autopistas de Peaje R – 3 y R – 5”, presentado en la Jornada “*Los contratos del sector público: régimen tributario e incidencia en el déficit público*”, celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid el día 29 de noviembre de 2012, trabajo que se encuentra actualmente en prensa.

en aras de preservar el interés general¹⁵⁸⁸. Al respecto Eurostat considera que la prerrogativa de que el ente público modifique el contrato por razones de interés público debidamente justificadas (por ejemplo, alterando las tarifas máximas de los cánones pagados al ente privado, produciéndose así una suerte de reequilibrio económico de la concesión) es un elemento que altera la distribución de los riesgos. Estas consideraciones se formulan, como veremos, en el caso del contrato para la construcción, mantenimiento y explotación de la Autovía del Salnés – Sanxenxo¹⁵⁸⁹.

En segundo lugar, porque la Administración pública es consciente del impacto que en el déficit y la deuda públicos puede tener la resolución anticipada de estos contratos, derivada de la situación de concurso de las sociedades concesionarias. Ello se ve propiciado tanto por la legislación española sobre concesiones, como por la práctica contractual, que reconocen un derecho del concesionario a ser compensado con independencia de cuál sea la causa de resolución anticipada del contrato (incluso por causa imputable al concesionario)¹⁵⁹⁰. De ahí que las sociedades concesionarias, conecedoras de estas circunstancias, hayan llevado a cabo licitaciones muy agresivas y bajo previsiones poco prudentes.

¹⁵⁸⁸ Estamos frente a empresas privadas que Eurostat y el Fondo Monetario Internacional denominan “demasiado grandes para caer” (“*too big to fail*”) y que llevan a cabo actividades cruciales en la economía (como poseer y explotar infraestructuras y servicios de carácter esencial). Véase, *supra*, Capítulo II, epígrafe El concepto de déficit público en el Reglamento (CE) núm. 479/2009 y el SEC-95, pp. 175 y ss (en particular nota al pie núm. 485).

¹⁵⁸⁹ De nuevo, en 2009, en el marco de las Visitas de Diálogo del Procedimiento de Déficit Excesivo con España, Eurostat se interesó por la cláusula que permite a la Administración modificar el contrato por razones de interés público (cláusula 77 del pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato para la construcción, mantenimiento y explotación de la Autovía del Salnés – Sanxenxo). Al respecto, las autoridades estadísticas españolas (grupo de trabajo formado por el Instituto Nacional de Estadística, la IGAE y el Banco de España) explicaron a Eurostat que todos los contratos de CPP en España contienen una cláusula de este tipo. En opinión del grupo de trabajo, esta cláusula permite al Gobierno modificar el contrato solo por razones de interés público debidamente justificadas y constituye una medida de contingencia; y, en caso de que dicha cláusula fuera activada, determinaría una reclasificación de los activos en el balance público cuando se modificase el contrato, con un impacto inmediato en el déficit y la deuda públicos. Véase, EUROSTAT, *EDP dialogue visit to Spain 15-16 June 2009*, Luxembourg 28 September 2009, p. 22.

Ahora bien, tal como se puede apreciar en el pronunciamiento específico antes señalado sobre el contrato para la construcción, mantenimiento y explotación de la Autovía del Salnés – Sanxenxo, para Eurostat la previsión de la cláusula 77 constituye (eso sí, junto a otras tres cláusulas más del contrato) el argumento para reclasificar el activo de la operación en el balance público.

¹⁵⁹⁰ Tal como ha señalado RUIZ OJEDA, estamos frente a una atribución residual de riesgos a la Administración concedente, que contrasta con la regla de atribución residual de riesgos al concesionario propia del Reino Unido. Véase, RUIZ OJEDA, Alberto, *La concesión de obra pública*, cit., p. 547.

Bajo estas circunstancias, la Administración *ex post* está asumiendo en gran medida los riesgos de construcción y de demanda, factor que, tomando en consideración los últimos posicionamientos de Eurostat, puede comportar la recalificación del activo y del pasivo de la operación como públicos.

En síntesis, también en relación con las concesiones con pago por el usuario el análisis de la distribución de los riesgos tiene especial importancia. El pago del usuario no excluye la asunción de importantes riesgos por parte de la Administración. Además, Eurostat precisamente señala que en los supuestos de condiciones económicas especialmente desfavorables cualquier apoyo temporal proporcionado por las Administraciones públicas debe ser examinado detenidamente¹⁵⁹¹.

A continuación nos centraremos en el análisis del reparto de los riesgos efectuado por Eurostat en las CPPs contractuales españolas financiadas mayoritariamente por pagos de la Administración pública.

Tras examinar las cláusulas particulares de los contratos, Eurostat ha constatado que en la mayoría de los supuestos se transfiere al ente privado el riesgo de construcción¹⁵⁹². Si bien esto se cumple en términos generales, surgen dudas en dos supuestos. El primero es el caso de la Autovía A-21 del Pirineo en la Comunidad Autónoma de Navarra. En este contrato, las dudas sobre la transferencia al ente privado del riesgo de construcción se deben a la existencia del “riesgo de expropiación” (los terrenos sobre los que debía construirse la autovía eran todavía propiedad de particulares y el riesgo de adoptar las medidas necesarias para su adquisición se asume por el ente público). Eurostat reconoce que debe analizar todavía en profundidad en qué medida el “riesgo de expropiación” altera la asunción del riesgo de construcción por el

¹⁵⁹¹ EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, pp. 264 y 265, apartado 21.

¹⁵⁹² Recuérdese que para que exista riesgo de construcción debe producirse un nuevo activo (“*green field*”) o bien, en caso de renovación, modernización o adaptación de un activo existente (“*brown field*”), la nueva inversión debe comportar más del 50 % del valor del activo después de la renovación. Este tipo de análisis se lleva a cabo por Eurostat para evaluar la naturaleza pública del activo derivado del Proyecto de la Red de carreteras en Aragón. Este proyecto de CPP se integra por ocho contratos distintos, de los cuales tres de ellos son considerados por Eurostat contratos de mantenimiento, al no cumplir el requisito expuesto del 50 %, y por tanto los activos se clasifican como públicos. En relación con los otros cinco contratos, Eurostat todavía no se ha pronunciado sobre la distribución de los riesgos para determinar la calificación del activo como público o privado. Véase, EUROSTAT, *Public – Private Partnership by Autonomous Community of Aragon*, Recomendaciones de 18 de agosto de 2010 y 21 de junio de 2011, Luxemburgo.

ente privado, y remite para ello a una futura edición del *Manual del SEC-95*¹⁵⁹³. Por este motivo, Eurostat sugiere al Estado español, pese a las alegaciones de la Comunidad Autónoma de Navarra, que mantenga la clasificación del activo derivado de este contrato de CPP como activo público, con la consiguiente repercusión en los niveles de déficit y deuda públicos de la Comunidad Autónoma de Navarra.

El segundo supuesto en que Eurostat considera que el riesgo de construcción no es asumido totalmente por el ente privado es el del Proyecto de la Red de carreteras en Aragón. Ello es debido a que, durante los primeros años de la fase de construcción (que es cuando se efectúa la mayor parte del gasto de capital), el ente público limitó la cuantía de las penalizaciones aplicables sobre la retribución a pagar al ente privado por desarrollo deficiente de la obra¹⁵⁹⁴.

A pesar de estas problemáticas puntuales relativas al riesgo de construcción, las mayores controversias en los contratos de CPP españoles analizados por Eurostat radican en una insuficiente transferencia al socio privado de los riesgos de demanda o disponibilidad. En estos casos, la no transferencia del riesgo al ente privado se debe básicamente a que, con independencia de los niveles de demanda efectiva (riesgo de demanda) o de la calidad del servicio prestado (riesgo de disponibilidad), el ente privado percibe en todo caso una parte de la retribución. La garantía de cobrar, incluso en situaciones en las que, o bien no hay demanda o bien se presta un servicio deficitario, comporta que el riesgo asumido por el ente privado sea relativo.

Un ejemplo lo encontramos en el contrato de CPP para la construcción y explotación de infraestructuras de la zona regable del Canal de Navarra. En este

¹⁵⁹³ EUROSTAT, *Consultation on the classification of the assets in the Public-private partnership (Autovía A-21 del Pirineo motorway in the autonomous Region of Navarra)*, 7 de julio de 2011, Luxemburgo. Nótese que la edición del año 2013 del *Manual del SEC-95* todavía no hace referencia a esta cuestión del “riesgo de expropiación”.

Eurostat ha indicado a las autoridades estadísticas españolas que presenten un requerimiento específico para que él mismo clarifique la incidencia de las expropiaciones en la asunción del riesgo de construcción por la Administración pública. Eurostat considera que la regulación de las expropiaciones es específica en cada Estado y es preferible un tratamiento singular. EUROSTAT, *EDP Dialogue visit to Spain*, 24-25 January, Luxemburgo, 30 de agosto de 2013, p. 29.

¹⁵⁹⁴ EUROSTAT, *“Public – Private Partnership by Autonomous Community of Aragon”*, Luxemburgo, 18 de agosto de 2010. Este hecho no es óbice para que, en esta Recomendación, Eurostat entre a analizar la transferencia de los riesgos de disponibilidad y demanda al ente privado; no obstante, no puede llevar a cabo un análisis completo de estos dos riesgos por falta de documentación, que es requerida a las autoridades estadísticas españolas. En la Recomendación posterior (2011), Eurostat sigue sin alcanzar conclusiones sobre la distribución de los riesgos en relación con los cinco sectores que no cumplen el requisito del 50 %, y simplemente califica como públicos los activos derivados de los tres contratos de mantenimiento (véase, *supra*, nota al pie num. 1592).

contrato, el sistema de retribución al socio privado se basa en dos componentes: uno, vinculado a la demanda, y el otro, a la gestión de la infraestructura y la calidad del agua. Con este sistema, puede suceder que el ente privado “en ausencia de consumo de agua” no reciba ningún pago en concepto de canon de demanda, pero en cambio reciba el 100 % del canon por la calidad y la gestión de la infraestructura. A su vez, en caso de que existan deficiencias en la disponibilidad, el ente privado recibirá el canon de demanda por el agua entregada y no recibirá nada en concepto del canon por calidad y gestión. Este mecanismo de retribución representa una limitación al riesgo total asumido por el concesionario, en la medida en que el contrato le permite recibir pagos, incluso en ausencia de demanda o en el caso de gestión deficiente. Ello, junto a la existencia de cláusulas de restablecimiento del equilibrio económico (a las que hacemos referencia *infra* en este mismo epígrafe), lleva a Eurostat a considerar que el activo debe clasificarse en las cuentas del Gobierno de Navarra y que el gasto correspondiente debe registrarse como formación bruta de capital fijo (gasto de inversión) en las cuentas públicas¹⁵⁹⁵.

Otro ejemplo en el cual se garantiza cierto nivel de retribución al socio privado es el contrato de CPP para la construcción, mantenimiento y explotación de la Autovía del Salnés, Tramo enlace con la PO-531-Sanxenxo (Galicia). En este caso Eurostat, en aplicación del *Manual SEC-95* de déficit y deuda públicos, Parte IV.2.3.2, señala que la existencia de límites máximos en las penalizaciones aplicables en caso de gestión deficiente sugiere que el riesgo de disponibilidad no ha sido transferido suficientemente al socio privado y constituye uno de los elementos analizados por Eurostat para calificar el activo como público¹⁵⁹⁶.

Otro elemento clave para limitar la transferencia al ente privado de los riesgos de demanda y disponibilidad, es la previsión en los contratos de CPP de cláusulas de restablecimiento del equilibrio económico. Tal como señala Eurostat, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato solo puede darse en determinadas circunstancias y hasta determinados niveles; de lo contrario, no podrá afirmarse que el ente privado asuma los riesgos de demanda y/o disponibilidad. Así lo entendió Eurostat en relación con el contrato de CPP para la construcción y explotación

¹⁵⁹⁵ Véase, EUROSTAT, *Formal consultation on the classification of the assets in the Public-private partnership (Irrigable area of the Navarra Canal, Phase I)*, 11 de agosto de 2011, Luxemburgo.

¹⁵⁹⁶ Véase, EUROSTAT, *Formal consultation on the classification of the assets in the Public-private partnership (Autovía del Salnés, Tramo enlace con la PO-531-Sanxenxo)*, 3 de junio de 2008, Luxemburgo, p. 3 (apartado 1). En particular, la Cláusula 83 del pliego de condiciones particulares en este contrato establecía que el límite máximo de penalizaciones al socio privado por gestión deficiente de la infraestructura no sería superior al 10 % del presupuesto total de ejecución durante la fase de construcción, o al 20 % de los ingresos obtenidos por la explotación de la autovía, en la fase de ejecución.

de infraestructuras de la zona regable del Canal de Navarra (Recomendación de Eurostat de 11 de agosto de 2011, anteriormente citada). En tanto en cuanto las compensaciones a pagar al socio privado previstas en el contrato estaban basadas en estimaciones de consumo de agua y no se limitaban estrictamente a cubrir el impacto en las pérdidas de beneficios del socio privado, los activos y pasivos de la operación de CPP debían ser contabilizados en el balance del sector público de la Comunidad Autónoma de Navarra.

Asimismo, junto a las cláusulas contractuales de reequilibrio económico, Eurostat considera que otro elemento que altera la distribución de los riesgos, es la prerrogativa de que el ente público modifique el contrato por razones de interés público debidamente justificadas (por ejemplo, alterando las tarifas máximas de los cánones pagados al ente privado, produciéndose así una suerte de reequilibrio económico de la concesión). Este es el caso del contrato para la construcción, mantenimiento y explotación de la Autovía del Salnés – Sanxenxo¹⁵⁹⁷. En esta recomendación, Eurostat precisa que el argumento de que la Administración debe garantizar la viabilidad y sostenibilidad de los proyectos de CPP por razones de interés público no es una justificación para evitar las consecuencias contables derivadas de estas cláusulas¹⁵⁹⁸.

A la vista de los casos analizados, la distribución de los riesgos se ve alterada, no solo por el aseguramiento de pagos al ente privado o el establecimiento de límites máximos a las penalizaciones aplicables por deficiente gestión, sino también por la existencia de topes máximos en los cánones que el ente público paga al ente privado (y, por tanto, en los beneficios que puede obtener el ente privado), con independencia de cuáles sean los niveles efectivos de demanda o del nivel de cumplimiento por parte del ente privado de los estándares de calidad requeridos. Este es el supuesto del contrato de la Autovía del Salnés – Sanxenxo, en el que Eurostat consideró insuficiente la

¹⁵⁹⁷ EUROSTAT, *Formal consultation on the classification of the assets in the Public-private partnership (Autovía del Salnés, Tramo enlace con la PO-531-Sanxenxo)*, cit. p. 4 (apartado 3).

¹⁵⁹⁸ De este modo, para Eurostat no constituye una excepción a la regla general que el Derecho continental permita (a diferencia del Derecho anglosajón) la introducción de variaciones en el contrato en aras del interés general (doctrina del *ius variandi* – el *factum principis*).

En el Derecho anglosajón la Administración no puede introducir modificaciones derivadas del interés público, al no existir principios como el *ius variandi*, el *factum principis* y la doctrina del riesgo imprevisible. Esta imposibilidad condiciona diferentes aspectos de la estructura del contrato de colaboración público privada en el ámbito anglosajón, como son la mayor duración del período de licitación (en contraste con el modelo concesional). Véase, GOH, Jeffrey, “Cuestiones recurrentes: algunas reflexiones finales”, en el trabajo colectivo de RUIZ OJEDA, Alberto, MARCOU, Gérard, y GOH, Jeffrey, *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España (elementos compartidos para un debate)*, Civitas e Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2000, p. 249.

transferencia del riesgo de demanda y del riesgo de disponibilidad al ente privado. Respecto al riesgo de disponibilidad, puesto que el contrato establece límites máximos a las penalizaciones aplicables por gestión deficiente. En cuanto al riesgo de demanda, porque se establecen límites máximos al canon que el ente público hace efectivo en función del volumen de tráfico de la autovía (canon en función de la demanda); concretamente, fijando un número máximo anual de vehículos/kilómetros por los que el ente público pagará, mediante el sistema del “peaje en sombra”.

Además, en este contrato existen dos previsiones fundamentales, establecidas en la Cláusula 6 del Pliego de condiciones particulares y especificaciones técnicas del contrato. La primera, aquella que vincula la duración de la concesión con la consecución del Plan Económico financiero propuesto inicialmente por el ente privado; y la segunda, aquella que determina que una vez finalizada la concesión el activo retornará a la Administración pública. En este sentido, se establece un tope máximo de la tasa de retorno que el ente privado puede obtener por su inversión (del 5 %) ¹⁵⁹⁹. Así, si se produce un nivel alto de demanda y/o se lleva a cabo una buena gestión por parte del ente privado, el contrato finalizará transcurridos 20 años, momento en el que el plan económico-financiero del ente privado se habrá completado con una tasa de retorno del 5 %. Y, en consecuencia, la devolución del activo al ente público se produciría a los 21 años, y no a los 30 años, que es la duración nominal del contrato suscrito.

Podemos observar a través de este supuesto que Eurostat no solo toma en consideración la existencia de penalizaciones efectivas en caso de baja demanda o deficiente gestión como elemento que afecta a la distribución de los riesgos, sino también el hecho de que el ente privado no pueda alcanzar plenos beneficios conforme resultaría de la realización óptima de una actividad comercial ¹⁶⁰⁰. Esta limitación

¹⁵⁹⁹ Tal como señala Eurostat, la tasa de retorno del 5 % resulta relativamente baja, pero este hecho puede deberse a que la duración potencial del contrato (30 años) ya supone un colchón satisfactorio para los inversores. EUROSTAT, *Formal consultation on the classification of the assets in the Public-private partnership (Autovía del Salnés, Tramo enlace con la PO-531-Sanxenxo)*, cit., p. 3-4, apartado 2.

¹⁶⁰⁰ RUIZ OJEDA ha señalado que la transferencia de los riesgos al socio privado “tiene una coincidencia material evidente con el principio o estándar del control” y que “solo existirá tal transferencia real y efectiva cuando pueda concluirse que es el socio privado quien controla la actividad de prestación del servicio con la diligencia exigible a quien gestiona un negocio propio ya que, tanto la recuperación de la inversión realizada como la retribución que percibe del socio público dependen de su gestión eficaz” (Véase, RUIZ OJEDA, Alberto, “Últimas orientaciones en la colaboración público-privada. Apuntes desde la perspectiva de las normas contables para el cálculo del endeudamiento y el déficit público”, *Noticias de la Unión Europea*, (325), febrero 2012, pp. 128-129). El autor deriva esta vinculación entre el criterio del control y la asunción del riesgo por el socio privado de la norma número 12 emitida en noviembre de 2006 por el *International Financial Reporting Interpretation Committee* (IFRIC) de la *International Accounting Standards Board* (IASB), relativa al tratamiento contable de las

también constituye un elemento para contabilizar el activo y el pasivo del contrato de CPP en el balance del ente público.

En síntesis, se observa que Eurostat sigue un criterio estricto a la hora de permitir que los activos y pasivos derivados de la operación de CPP se contabilicen en el balance del ente privado. A nivel de reparto de riesgos, y para posteriormente centrarnos en los efectos financieros de los contratos de CPP, los elementos clave son los siguientes:

- Con carácter previo y fundamental, detectar la existencia de un verdadero contrato de CPP, lo cual significa que se lleve a cabo la construcción de un nuevo activo o, en caso de renovación de activos ya existentes, que el gasto de la reforma represente más del 50 % del valor del activo tras la renovación. De lo contrario, estaremos frente a un contrato de mantenimiento de un activo público que deberá contabilizarse como público, sin necesidad de llevar a cabo un análisis de los riesgos.

- Respecto al riesgo de construcción, es imprescindible que este se transfiera por completo al ente privado; para ello es necesario, en términos generales, limitar las posibles retribuciones al ente privado durante la fase de construcción del activo. Además, el ente público debe tener en cuenta que en la categoría genérica “riesgo de construcción” se integran múltiples riesgos, como el de financiación, el de expropiación, o los riesgos derivados de la necesidad de destinar importantes niveles de investigación o de innovación técnica en la construcción de la infraestructura. Y que la asunción de alguno de ellos por el ente público puede comportar la calificación del activo como público.

- En cuanto a los riesgos de disponibilidad y demanda, estos en muchas ocasiones son evaluados de forma conjunta por Eurostat. El análisis se centrará en aquel riesgo al que se vincule en mayor medida la retribución del ente privado (más del 60 %). Dicho riesgo deberá transferirse al ente privado. Por el contrario, si los pagos al ente privado se basan de forma equivalente tanto en la demanda como en la disponibilidad, será necesario efectuar un análisis separado de cada uno de estos dos riesgos, y que ambos sean asumidos por el ente privado para que el activo no sea calificado como público.

concesiones administrativas por parte de los entes privados (véase, *supra*, Capítulo IV, epígrafe Alternativas al criterio de la distribución de los riesgos: el criterio del control, pp. 599 y ss).

- A la hora de analizar de forma individualizada los tres riesgos genéricos, la introducción de determinadas cláusulas contractuales puede comportar que el ente privado no asuma, o no asuma por completo, el riesgo. Concretamente, afectarán a la distribución del riesgo tanto el establecimiento de topes máximos a las penalizaciones por deficiente realización de la infraestructura o prestación del servicio (riesgo de construcción y riesgo de disponibilidad); como la limitación de los beneficios que el ente privado puede alcanzar (riesgo de disponibilidad y riesgo de demanda).

- Dicho de otro modo, la asunción de los riesgos y de los beneficios de la operación por el socio privado implica que el ente público no debe amortiguar o limitar ni las pérdidas ni las ganancias que experimente el ente privado por las variaciones en la demanda y/o por las posibles deficiencias en la prestación del servicio, situándole así en la misma posición en la que se encontraría un ente privado que llevase a cabo esta actividad con carácter comercial.

- Asimismo, Eurostat es reacio a la inclusión de determinadas cláusulas dirigidas a asegurar o mantener el equilibrio económico del contrato. Entre estas se encuentran: cláusulas que garantizan un determinado nivel de rentabilidad al ente privado; cláusulas que establecen pagos fijos al ente privado sobre la base de estimaciones y con independencia del devenir del contrato; o cláusulas que prevean la prerrogativa del ente público de modificar los términos del contrato por motivos de interés general (*ius variandi*).

- Otro elemento central es la financiación de la obra o el servicio. Si bien el ente público puede participar en la financiación (mediante préstamos, subvenciones, etc.), esta debe ser mayoritariamente privada.

- En este mismo sentido, la concesión de garantías o avales por parte del ente público al ente privado para que este último obtenga financiación, también puede comportar la asunción de importantes niveles de riesgo por parte del ente público y, en consecuencia, la posible recalificación del activo como público.

- Por último, son esenciales también algunos aspectos relativos a la terminación del contrato, en particular, quién adquirirá la propiedad del activo y a qué precio; la penalización aplicable en el precio del activo en caso de terminación anticipada del contrato por incumplimiento o quiebra del ente

privado; así como la existencia de avales públicos en caso de quiebra de la operación de CPP.

Como se desprende de lo expuesto, hay dos tipos de aspectos básicos: unos, relativos a la distribución de los riesgos y, otros, a la existencia de disposiciones que alteran por sí mismas la naturaleza del activo. Paradójicamente, aunque las instituciones europeas han vinculado en gran medida la naturaleza de los activos de los contratos de CPP al análisis de la distribución de las tres categorías genéricas de riesgos (construcción, demanda y disponibilidad), Eurostat en primer lugar se pronuncia sobre aquellas cláusulas que por su mera existencia comporten la naturaleza pública del activo. En caso de detectar alguna de estas cláusulas, posteriormente Eurostat entrará, o no, a evaluar la distribución de las tres categorías de riesgos, pero difícilmente de este análisis se derivará una reconsideración de la calificación del activo como privado.

De hecho, dada la importancia de estos aspectos específicos, el apartado 20.283 del SEC-2010 establece que para determinar quién es el propietario económico del activo es necesario evaluar, junto a los riesgos de construcción, disponibilidad, demanda y valor residual y obsolescencia, la *“existencia de financiación del garante o de concesión de garantías, o de cláusulas de rescisión ventajosas sobre todo en caso de rescisión a iniciativa del operador”*.

3.B.4. Incidencia de los contratos de colaboración público-privada en la contabilidad presupuestaria y en la contabilidad nacional

A nivel financiero, la incidencia en el presupuesto público y la contabilidad nacional de los contratos de larga duración entre el sector público y el sector privado variará básicamente en función de dos factores. El primero, si la retribución al ente privado es mayoritaria por parte de la Administración pública o por parte del usuario, siendo en términos de SEC-95 contratos de CPP o contratos de concesión, respectivamente¹⁶⁰¹. El segundo, si el activo de la operación es calificado como público

¹⁶⁰¹ Algunos autores han diferenciado entre los contratos de colaboración público privada presupuestarios y extrapresupuestarios tomando en consideración el ingreso que los financia. Así, para VALCÁRCEL FERNÁNDEZ una operación presupuestaria “gravita sobre el montante económico general recaudado por las Administraciones públicas para, como exponente de los intereses de los ciudadanos, realizar las funciones que se le encomiendan. Es decir, aquella en que ya acometan por sí la obra ya por medio de un tercero interpuesto, la cuantía dineraria precisa para sufragar los gastos asociados a su realización proviene de las arcas públicas generales”. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, *La obra pública*

o privado siguiendo el análisis de la distribución de los riesgos fijado en el *Manual del SEC-95*¹⁶⁰².

En este epígrafe analizaremos las repercusiones en la contabilidad presupuestaria y la contabilidad nacional de los contratos de CPP financiados principalmente por pagos directos de la Administración. Los contratos de concesiones *stricto sensu*, al estar financiados principalmente por el usuario, en principio¹⁶⁰³, no tienen incidencia en los niveles de déficit y deuda públicos en términos de SEC-95.

como figura jurídica. Especial referencia a los mecanismos de ejecución y financiación, Tesis doctoral inédita, Universidad Pablo CEU, Madrid, curso 2001/2002, p. 458.

Tomando como premisa esta definición, JUAN LOZANO y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ establecen que se producirá una financiación extrapresupuestaria “en el modelo concesional, donde el constructor anticipa los fondos necesarios y se le atribuye mediante el cobro a los usuarios de un peaje por el uso de la infraestructura. Pero también en aquellos casos en que aquélla proviene de un recurso tributario o de cualquier otro ingreso público de carácter afectado. Por el contrario, la financiación es presupuestaria si la obra se paga con ingresos públicos destinados a satisfacer el conjunto de las necesidades públicas”. Véase, JUAN LOZANO, Ana M.^a, y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Jesús, *La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras y servicios públicos. Una aproximación desde los principios jurídico-financieros*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2006, p. 37.

Además, tras esta definición y la correspondiente clasificación surgen divergencias entre los autores citados a la hora de determinar el carácter presupuestario o extrapresupuestario de algunas operaciones. Este es el caso de las operaciones financiadas a través de *contribuciones especiales*. Estas para VALCÁRCEL FERNÁNDEZ son operaciones presupuestarias, porque el recurso destinado a sufragar la obra es *coactivo*, a pesar de que esté *afectado*. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, *La obra pública como figura jurídica (...)*, cit., pp. 468 y 469. Por el contrario, JUAN LOZANO y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ abogan por el carácter extrapresupuestario de la operación sufragada a través de contribuciones especiales, dado que en estos supuestos la operación “carece, al menos parcialmente, de efectos presupuestarios, tal y como los entendemos, obviando el criterio de la coacción, al entender que el mismo distorsiona el esquema expuesto”. Véase, JUAN LOZANO, Ana M.^a, y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Jesús, *La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras y servicios públicos (...)*, cit., p. 37.

A nuestro parecer, no es apropiado tomar como criterio para la calificación de las operaciones como presupuestarias o extrapresupuestarias la naturaleza del ingreso que las financia. Lógicamente, si el pago se efectúa al operador privado por un tercero directamente (el usuario del activo), la operación no tendrá incidencia en el presupuesto. Ahora bien, el resto de operaciones sí tienen incidencia en el presupuesto y no pueden ser calificadas como operaciones extrapresupuestarias por la naturaleza del ingreso y su afectación.

¹⁶⁰² No todos los Estados de la UE toman en consideración el criterio de la distribución de los riesgos y los beneficios para determinar la clasificación, como públicos, de los activos y de los pasivos derivados de los contratos de CPP. Nos estamos refiriendo en particular a Alemania. Las autoridades estadísticas alemanas no consideran necesario aplicar este criterio porque registran todos los activos y pasivos derivados de los contratos de CPP en el balance de las Administraciones públicas. Así lo manifestaron a Eurostat en 2011, en la última visita que este realizó a Alemania en el marco del procedimiento de déficit excesivo. Véase, EUROSTAT, *Final findings, EDP dialogue to Germany, 5 - 6 de mayo de 2011*, 27 de julio de 2011, Luxemburgo, p. 20.

¹⁶⁰³ Efectuamos esta precisión puesto que, como apuntamos con anterioridad, es posible que existan supuestos en los que, a pesar de que la concesión se financie mayoritariamente por el usuario, el activo y el pasivo de la operación deban ser contabilizados como públicos. Esto sucede cuando la Administración

Si, de la aplicación del criterio de la distribución de los riesgos y ventajas, los activos de la operación de CPP se califican como privados, en un primer momento (fase de construcción o renovación de la infraestructura) no existirá ningún registro en la contabilidad nacional por parte del ente público. Solo posteriormente, una vez iniciada la fase de explotación, se registrarán los pagos regulares que la Administración realice al ente privado. Estos pagos, a nivel de contabilidad nacional, serán contabilizados como adquisición de servicios (consumos intermedios) y tendrán un impacto negativo en el nivel de déficit o superávit público (incrementarán el déficit existente)¹⁶⁰⁴. Y, a nivel de presupuesto público, se contabilizarán dichos pagos como gasto corriente.

En el caso contrario, si de la aplicación del criterio de Eurostat, los activos de la operación se califican como públicos, la operación, en términos de contabilidad nacional, se registrará en el balance público desde un primer momento como formación bruta de capital fijo (gasto de inversión, P.51)¹⁶⁰⁵, incrementando el nivel de déficit público. A su vez, como contrapartida a este gasto, se incrementará la deuda pública a través del correspondiente “préstamo imputado”^{1606 y 1607}. Este préstamo forma parte del

asume la mayor parte de los riesgos, especialmente si asume el riesgo de construcción y el riesgo de demanda. Véase, *supra*, Capítulo IV, epígrafe Análisis de los contratos de colaboración público – privada españoles, pp. 607 y ss (en particular notas al pie núms. 1587 y 1588).

¹⁶⁰⁴ Además, al final del contrato será necesario registrar una operación contable que refleje la transferencia de la propiedad económica y jurídica del activo del operador privado a las Administraciones públicas. Hay que tener en cuenta que las Administraciones públicas obtienen la propiedad jurídica y económica sin producirse un pago explícito por parte de estas. Frente a esta situación, los apartados 20.287 y 20.288 establecen dos opciones a través de las cuales poder registrar dicha adquisición del activo por parte de las Administraciones públicas. La primera de ellas consiste en que las Administraciones públicas generan gradualmente un derecho financiero y la sociedad contrae gradualmente el pasivo correspondiente, de tal manera que el valor de ambos será equivalente al valor residual de los activos al final del contrato. La segunda, registrar al final del contrato el cambio de titularidad jurídica y económica como una transferencia de capital en especie. El apartado 20.288 del SEC-2010 señala que aunque esta segunda opción no refleja de forma precisa la realidad económica subyacente, es la más apropiada y prudente teniendo en consideración otros aspectos del contrato de asociación público privada como las limitaciones en los datos, la incertidumbre sobre el valor residual esperado de los activos o las disposiciones contractuales que permiten que alguna de las partes ejerza varias opciones.

¹⁶⁰⁵ Se entiende por *formación bruta de capital* “el conjunto de adquisiciones menos las cesiones de activos fijos realizadas por los productores residentes durante un período de tiempo”. Véase los conceptos que se integran en la formación bruta de capital, en CARRASCO CANALS, Fernando, *Déficit público y contabilidad nacional. El Pacto de Estabilidad y Crecimiento*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2006, p. 189.

¹⁶⁰⁶ Este préstamo imputado parte, en esencia, del préstamo que inicialmente ha solicitado el ente privado, ya que al calificarse el activo de la operación como público, también debe ser recalificado como público el correspondiente pasivo de la operación.

elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública, pero la obligación en esencia es del ente privado, de ahí la denominación de “préstamo imputado”.

En cuanto a los pagos periódicos que el ente público efectúa al ente privado a lo largo de la fase de explotación, estos deben desglosarse en: amortización de dicho “préstamo imputado”, intereses efectivos del préstamo imputado y, en su caso, inversión o consumos intermedios¹⁶⁰⁸. El segundo y el tercer concepto de este desglose (los intereses imputados y los consumos por la adquisición de servicios) tendrán un impacto negativo sobre el déficit o el superávit públicos¹⁶⁰⁹.

En cuanto a la incidencia en el presupuesto público de esta operación, cuyo activo ha sido calificado como público, los pagos periódicos del ente público al ente privado se contabilizarán como gasto corriente, del mismo modo que sucedía cuando el activo era calificado como privado.

De lo anterior se extrae que la calificación del activo y del pasivo de la operación de CPP como públicos a efectos del PDE, no altera la repercusión que la operación tiene a nivel presupuestario. Y a la inversa, que a nivel presupuestario el gasto sea calificado como gasto corriente, no excluye que todo el pasivo derivado de la operación incremente los niveles de deuda pública a efectos del PDE si el Estado asume la mayor parte del riesgo.

Por tanto, el establecimiento de límites a la deuda pública (en su acepción europea) no comporta limitar el gasto que se deriva de las operaciones de CPP a nivel presupuestario. Así, si muchas de las operaciones de CPP son contabilizadas fuera del

¹⁶⁰⁷ El apartado 20.289 del SEC-2010 recoge esta operación contable (registrar la formación bruta de capital fijo y el correspondiente préstamo imputado) como mecanismo para solventar el desajuste que se deriva del hecho que las Administraciones públicas son las propietarias económicas del activo, porque este se ha calificado como público, pero no han efectuado ningún pago explícito al principio del contrato por dicho activo.

¹⁶⁰⁸ MARTÍNEZ MANZANEDO, Rosario, “La contabilidad de la colaboración público-privada en el contexto del Sistema Europeo de Cuentas (SEC-95)”, en *Presupuesto y Gasto Público*, (45) (número monográfico), 2006, p. 193.

¹⁶⁰⁹ La parte de los pagos que el ente público realiza al ente privado que corresponden a la amortización del préstamo imputado no tienen impacto en el déficit o superávit públicos, puesto que constituyen reembolso de dicho préstamo imputado. Por el contrario, la parte de los pagos correspondiente a los intereses afectará al déficit/superávit público. Véase, EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, pp. 246 y 247 (apartado relativo al tratamiento de los arrendamientos financieros y de las CPP en el balance público). Sobre la contabilización de las CPP en términos de SEC-95, puede verse: BENITO, Bernardino; BASTIDA, Francisco; GUILLAMÓN, María-Dolores, “Public-Private Partnerships in the context of the European System of Accounts”, *Open Journal of Accounting*, Vol. 1, (1), julio de 2012, p. 4.

balance público (porque el ente privado ha asumido mayoritariamente el riesgo), puede incrementarse sustancialmente el gasto corriente derivado de las CPP sin incrementar los niveles de deuda pública tomada en consideración para la apertura del PDE.

Por este motivo, algunos países han establecido límites presupuestarios específicos al gasto corriente derivado de CPP, en relación, por ejemplo, con los ingresos corrientes¹⁶¹⁰. Este tipo de límites sí constituyen mecanismos directos de control del gasto público fruto de las CPP, no así el límite de la deuda pública del 60 % del PIB¹⁶¹¹.

No consideramos que deba sustituirse un tipo de control por otro, puesto que cada uno cumple funciones distintas. El límite europeo a la deuda pública pretende preservar la sostenibilidad de las finanzas públicas de un Estado a medio y largo plazo. Por ese motivo, el concepto europeo de deuda pública se fundamenta en el riesgo y se

¹⁶¹⁰ Este es el caso de Brasil. El art. 22 de la Ley 11.079 de 30 de diciembre de 2004, que “Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública (conocida como Ley de PPP)”, establece que “*A União somente poderá contratar parceria público-privada quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 5 % (um por cento) da receita corrente líquida do exercício*”. El porcentaje inicial era de un 1 %, pero este ha sido aumentado en dos ocasiones, la primera al 3 % y después al 5 %. El mismo tipo de límite se establece para los Estados y los Municipios en el art. 28 de la Ley de PPP.

PORTUGAL RIBEIRO y NAVARRO PRADO afirman que “la propuesta de utilizar el porcentaje de la *Receita corrente líquida* para controlar los compromisos fiscales con PPP fue primero formulada por el senador Rodolpho Tourinho. La idea era estipular un techo a través de la limitación de los gastos anuales en PPP. Con este artificio se limitaba la capacidad del poder público de contratar PPP independientemente de la clasificación contable”.

La problemática en Brasil, es que este límite no se aplica a los contratos de CPP suscritos por la “Administración indirecta” (es decir, empresas públicas o sociedades de economía mixta). Esta exclusión ha supuesto una vía de escape a este límite. Véase, PORTUGAL RIBEIRO, Mauricio y NAVARRO PRADO, Lucas, *Comentários à Lei de PPP*, 1ª ed., Malheiros, São Paulo, 2007, pp. 397 y 398.

Del mismo modo, el Reino Unido ha introducido límites específicos al gasto en PPP contraído por cada departamento. Estos límites que se encuentran entre el 6 % y el 7 % del total de su gasto anual.

Otros Estados que han incluido límites de esta naturaleza son Grecia, Hungría, India, Salvador y Perú. Véase, BANCO MUNDIAL, *Implementing a Framework for Managing Fiscal Commitments from Public Private Partnerships*, Operational Note, 2013, p. 21. Y, FUNKE, Katja, IRWIN, Tim, RIAL, Isabel, *Budgeting and Reporting for PPPs*, OECD/ITF Joint Transport Research Centre Discussion Paper 2013/07, p. 24.

¹⁶¹¹ Justamente, el establecimiento de este límite en el Tratado de Maastricht, unido a la posición inicial flexible de Eurostat en 2004 sobre los riesgos que debía asumir el ente privado para que el activo y el pasivo derivados de la operación de CPP fueran considerados privados, han fomentado la generalización de las CPP. Ahora bien, las razones de esta generalización han sido más de carácter “contable” que de eficacia (obtención de mayor *Value for Money*). Así se afirma en, HOUSE OF COMMONS (TREASURY COMMITTEE), *Private Finance Initiative*, Seventeenth Report of Session 2010 – 2012, Londres, agosto 2011, pp. 9 y 10.

consideran también deuda pública obligaciones privadas con elevado riesgo para las Administraciones públicas. Por el contrario, controles directos al gasto corriente derivado de CPP pueden evitar que se comprometan importantes volúmenes de gasto corriente durante muchos ejercicios.

CONCLUSIONES

- I. Tradicionalmente, la doctrina ha definido la *deuda pública* como el conjunto de capitales tomados a préstamo por el Estado. El préstamo constituye el elemento definatorio de la deuda pública. Dicho préstamo se puede formalizar con una pluralidad de suscriptores (empréstito público), o se puede contraer con uno o varios prestamistas determinados (crédito singular).

El *recurso al crédito público*, por el contrario, no se define haciendo alusión a un determinado título jurídico. Tomando como punto de partida su etimología más usual, la doctrina ha relacionado el “crédito público” con la confianza (“*credere*”). Con la expresión “crédito público se alude a la posibilidad por parte de un ente público de aprovechamiento de la confianza de que puede gozar por parte de otros sujetos de Derecho” (FERREIRO). El Estado puede utilizar su crédito para obtener capitales a préstamo (deuda pública), o para avalar los préstamos solicitados por un tercero (avales). Por tanto, en el concepto crédito público se incluye tanto la deuda pública como los avales del Estado.

- II. Junto a estos conceptos tradicionales de deuda pública y crédito público, la necesidad de dar cumplimiento a las obligaciones europeas en materia de disciplina presupuestaria ha supuesto la incorporación al ordenamiento jurídico interno de un nuevo concepto de deuda pública. La disciplina presupuestaria en la Unión Europea se fundamenta en los mandatos del art. 126 TFUE (antiguo, art. 104 C del TUE). Este precepto establece la obligación genérica de los Estados miembros de evitar déficits excesivos; y determina un criterio del déficit público y otro de la deuda pública, con las correspondientes excepciones a su cumplimiento. Asimismo incluye un procedimiento –el procedimiento de déficit excesivo– a través del cual reconducir las potenciales situaciones de déficit excesivo de los Estados miembros.

Los criterios del déficit y de la deuda públicos son un instrumento de control de la estabilidad presupuestaria basado en parámetros cuantitativos, en la medida en que los Estados no deben superar determinados porcentajes de déficit y deuda públicos en relación con su producto interior bruto, 3 % del PIB para el déficit público y 60 % del PIB para la deuda pública (criterios recogidos en el art. 1 del Protocolo núm. 12, sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo).

La efectividad de estos criterios hace necesarias definiciones precisas de los conceptos de deuda y déficit públicos, así como de los datos necesarios para su medición. Estos conceptos se definen con referencia a los códigos de clasificación del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Comunidad, SEC-95, adoptado por el Reglamento CE núm. 2223/1996, y están “diseñados teniendo en cuenta la forma de medirlos” (apartado 1.09 del Reglamento CE núm. 2223/1996). A través de estos conceptos, las autoridades europeas pretenden que los Estados miembros presenten datos estadísticos que sean comparables entre Estados y que permitan la fiscalización del cumplimiento de la estabilidad presupuestaria.

III. El *concepto europeo de deuda pública*, a efectos de la aplicación del procedimiento de déficit excesivo, es “el valor nominal total de las obligaciones brutas del sector “Administraciones públicas” (S.13) pendientes a final del año, a excepción de las obligaciones representadas por activos financieros que estén en manos del sector “Administraciones públicas” (S.13). La deuda pública estará constituida por las obligaciones de las Administraciones públicas en las categorías siguientes: efectivo y depósitos (AF.2), títulos que no sean acciones, con exclusión de los productos financieros derivados (AF.33) y préstamos (AF.4), conforme a las definiciones del SEC-95” (art. 1.5 del Reglamento CE núm. 479/2009, relativo a la aplicación del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo).

A partir de esta definición podemos identificar en la normativa europea un elemento subjetivo y un elemento objetivo del concepto de deuda pública.

El *elemento subjetivo del concepto de deuda pública* está integrado por los entes que configuran el sector “Administraciones públicas”, tal como este se define en el SEC-95. El sector Administraciones públicas “incluye todas las unidades institucionales que son productores no de mercado cuya producción se destina al consumo individual o colectivo, que se financian principalmente mediante pagos obligatorios efectuados por unidades pertenecientes a otros sectores y/o que efectúan operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional” (apartado 2.68 del Reglamento CE núm. 2223/1996). Forman parte del sector Administraciones públicas solo los productores públicos. Un productor público “es aquel que está controlado por las Administraciones públicas. Todos los demás productores son productores privados” (apartado 3.28 del Reglamento CE núm. 2223/1996).

A partir de esta configuración del sector “Administraciones públicas”, el *Manual del SEC-95* determina tres criterios que deben analizarse consecutivamente para determinar

si un ente integra el sector Administraciones públicas. Estos tres criterios son: si es una unidad institucional; si su naturaleza es pública o privada; y, por último, si son o no de mercado.

Por consiguiente, el concepto europeo de deuda pública posee una dimensión subjetiva diferente a la del concepto tradicional de deuda pública. El elemento subjetivo del concepto de deuda pública tradicional está determinado por la LGP y la LOFAGE. Estas normas siguen un criterio predominantemente orgánico para configurar el sector público, mientras que el SEC-95 utiliza un criterio fundamentalmente económico. Dada la distinta delimitación del sector público, los entes cuyas obligaciones pendientes a final del año deben integrarse en el concepto europeo de deuda pública son distintos de los entes que emiten deuda pública o contraen crédito público en su acepción tradicional.

- IV. El *elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública* está constituido por “el valor nominal total de las obligaciones brutas del sector “Administraciones públicas” (S.13) pendientes al final del año, a excepción de las obligaciones representadas por activos financieros que estén en manos del sector “Administraciones públicas” (art. 1.5 del Reglamento CE núm. 479/2009). Además, como se extrae del estudio realizado en el Capítulo IV, deben incluirse también en este elemento objetivo determinadas obligaciones brutas pendientes al final del año de entes fuera del sector Administraciones públicas. Estas últimas obligaciones se califican como públicas debido al importante nivel de riesgos que las Administraciones públicas asumen en la operación en la que nace la obligación.

Del elemento objetivo del concepto de deuda pública recogido en el art. 1.5 del Reglamento CE núm. 479/2009, “obligaciones brutas del sector Administraciones públicas pendientes al final del año”, como analizamos en el Capítulo II, destacan tres aspectos: el concepto obligación; su registro bruto; y su carácter de pendiente a final del año.

En primer lugar, por *obligación* debe entenderse a estos efectos, según la IGAE, “una deuda actual, cierta o estimada, que supone un pasivo para la parte deudora, proveniente de transacciones, acuerdos o acontecimientos de naturaleza presupuestaria o no presupuestaria acaecidos en un tiempo pasado, en virtud de la cual la entidad se ha comprometido a realizar, al vencimiento de la misma, una prestación evaluada económicamente” (concepto y características de las obligaciones según los *Principios Contables públicos* de la IGAE). Por tanto, en términos contables, el elemento central del concepto obligación es la existencia de un *pasivo* para la parte deudora, en este caso

la Administración pública, con independencia del título jurídico del cual el pasivo se derive.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que las obligaciones deben computarse en términos *brutos*. El principio contable de no compensación establece que en ningún caso deben compensarse las partidas del activo y del pasivo del balance, ni los gastos e ingresos que integran la cuenta de resultados (*Principios Contables públicos* de la IGAE). En consecuencia, los pasivos financieros no deben compensarse con los activos financieros, sino que deben valorarse separadamente los elementos integrantes de las distintas partidas del activo y del pasivo.

En tercer y último lugar, para poder determinar qué obligaciones se encuentran *pendientes a final del año* hay que tener en cuenta que las obligaciones, tanto en el procedimiento de déficit excesivo como con carácter general en el SEC-95, se registran en función del criterio del devengo. Según este criterio “los flujos se registran cuando nacen, se transforman o cancelan los derechos y obligaciones” (apartado 1.57 del Reglamento CE núm. 2223/96). Por ello, entre las obligaciones pendientes al final de un determinado ejercicio no se encuentran aquellas obligaciones de las Administraciones públicas pendientes por incumplimiento. Estas obligaciones habrán sido previamente contabilizadas en el año en que nacieron, y no deben contabilizarse de nuevo cuando se produce el incumplimiento.

Sin embargo, no todas las obligaciones brutas pendientes al final del año del sector Administraciones públicas se incluyen en el elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública. El propio art. 1.5 del Reglamento CE núm. 479/2009 excluye expresamente “las obligaciones representadas en activos financieros”.

Esta excepción hace referencia a la operación de consolidación. La consolidación supone que ninguna obligación de las unidades del sector Administraciones públicas que es a su vez activo de otra unidad del sector Administraciones públicas debe incluirse en el valor total de deuda pública. La deuda pública debe consolidarse tanto a nivel de sector Administraciones públicas, como en los subsectores que lo integran (*Manual del SEC-95*, apartado VIII, relativo al cálculo de la deuda pública).

Finalmente, hay que precisar que, a diferencia del elemento subjetivo del concepto europeo de deuda pública (que es equivalente en el Reglamento CE núm. 479/2009 y en el SEC-95), el elemento objetivo del concepto de deuda pública establecido en el Reglamento CE núm. 479/2009 es específico para el procedimiento de déficit excesivo, y difiere del concepto de deuda pública del SEC-95 en dos aspectos: en la forma de

valoración de las obligaciones y en las categorías cuyas obligaciones se integran. En cuanto a la valoración, para el cálculo de la deuda pública a efectos del procedimiento de déficit excesivo se toma en consideración el *valor nominal* de las obligaciones, y no el valor de mercado, como lleva a cabo el SEC-95.

Respecto a los conceptos que integran la definición de deuda pública, el art. 1.5, segundo párrafo, del Reglamento CE núm. 479/2009, incluye las obligaciones en las categorías: efectivo y depósitos (AF.2), títulos (*valores*) que no sean acciones; y préstamos (AF.4). A diferencia de la deuda pública en términos de SEC-95, no se incluyen las obligaciones en las categorías de derivados financieros (AF. 34); otras cuentas pendientes de pago (AF. 7); algunas acciones y participaciones (AF. 5) y las reservas técnicas de seguro (AF. 6). La exclusión de otras cuentas pendientes de pago se lleva a cabo, esencialmente, por motivos prácticos de medición (*Manual del SEC-95*, apartado VIII, relativo al cálculo de la deuda pública). De forma similar, en el caso de los productos financieros no existe un valor nominal idéntico al observado para los demás instrumentos financieros, por ello, no deben incluirse en las obligaciones constitutivas de la deuda pública (considerando núm. 5 del Reglamento CE núm. 479/2009).

- V. La aprobación a nivel europeo de las normas restrictivas del déficit y la deuda públicas ha exigido la adaptación del ordenamiento jurídico interno. Inicialmente, se aprobó la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria. La Ley General de Estabilidad Presupuestaria no recogía el concepto europeo de deuda pública en los términos que hemos apuntado, pero definía la estabilidad presupuestaria como la “situación de equilibrio o superávit computada en términos de capacidad de financiación de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales”.

Esta definición de la estabilidad presupuestaria es equivalente a la definición de los conceptos superávit/déficit público a efectos del procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo. El art. 1.3 del Reglamento CE núm. 479/2009 establece que “por déficit (superávit) público se entenderá la necesidad (capacidad) de financiación (EDP B.9) del sector “Administraciones públicas” (S.13), tal como se define en el SEC-95”.

La existencia de capacidad o necesidad de financiación de las Administraciones públicas se deriva del resultado de la *cuenta de capital* del sector Administraciones públicas. En la cuenta de capital se registran las adquisiciones de activos no financieros menos las disposiciones (cesiones) de activos no financieros realizadas por las unidades institucionales residentes.

Para obtener el saldo de la cuenta de capital debe registrarse en el lado izquierdo (empleos) la formación bruta de capital fijo, mientras que en el lado derecho (recursos) deben registrarse las variaciones del patrimonio neto debidas al ahorro y a las transferencias de capital. En el supuesto en el que los recursos son mayores que los empleos, las Administraciones tendrán capacidad de financiación, por el contrario, si los empleos son mayores que los recursos, las Administraciones públicas tendrán necesidad de financiación y deberán recurrir a la financiación de terceros.

De este modo, a través del concepto de estabilidad presupuestaria, la Ley General de Estabilidad Presupuestaria introdujo el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales como parámetro de control de la disciplina presupuestaria a nivel interno.

- VI.** En septiembre de 2011, se llevó a cabo la reforma del art. 135 de la CE con el objetivo de incluir en este precepto constitucional los mandatos europeos relativos a la estabilidad presupuestaria. La reforma constitucional se efectuó de forma previa a la aprobación, el 2 de marzo de 2012, del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (TECG), del cual España es parte contratante. El art. 3.2 del TECG establece la obligación de los Estados parte de incorporar en normas internas, “preferentemente de rango constitucional”, las limitaciones al déficit y la deuda públicos recogidas en el art. 3.1 del TECG.

El art. 135 de la CE establece los límites al déficit y la deuda públicos, y los configura a través de sendas remisiones a la regulación contenida en el Derecho de la Unión Europea, en el caso del déficit público, y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en el caso de la deuda pública. La existencia de estos reenvíos comporta que gran parte de la normativa europea en materia de estabilidad presupuestaria constituya parámetro de constitucionalidad. Y que el Tribunal Constitucional español, que no considera el Derecho de la UE canon de constitucionalidad, deba tener en cuenta la regulación europea de la estabilidad presupuestaria en su análisis constitucional.

A través del mandato recogido en el art. 3.2 del TECG se traslada a los tribunales constitucionales nacionales la función de control del cumplimiento de la disciplina presupuestaria europea. Esta ha sido la alternativa adoptada por los Estados firmantes del TECG dadas las limitaciones que el propio TFUE establece a las competencias del Tribunal de Justicia de la UE en la materia. El art. 126.10 del TFUE determina la imposibilidad de ejercer el derecho de recurso por incumplimiento respecto al contenido de los apartados 1 a 9 del art. 126 del TFUE. Al Tribunal de Justicia de UE le restan las

limitadas competencias pasivas, derivadas de la presentación de una posible pero poco probable cuestión prejudicial de interpretación relativa al art. 126 del TFUE por un órgano jurisdiccional nacional.

Finalmente, el art. 8.1 del TCEG atribuye al Tribunal de Justicia de la UE la competencia de evaluar, a petición de una de las partes firmantes del TCEG, la correcta incorporación en la norma constitucional de las limitaciones al déficit y deuda públicos establecidas en el art. 3.1 del TCEG. Sin embargo, esta competencia es también restringida, y es probable que, si un Estado parte presenta un asunto, el Tribunal de Justicia de la UE resuelva estrictamente sobre la correcta introducción de la norma, sin analizar aspectos materiales de la disciplina presupuestaria.

VII. El art. 135.3 de la CE regula la institución de la deuda pública. En sus dos primeros párrafos se recogen los dos apartados que conformaban el originario art. 135 de la CE, y en el tercer párrafo se regula la nueva norma limitativa del volumen de deuda pública. Como hemos apuntado, el límite del volumen de deuda pública se configura a través de la remisión al valor de referencia contenido en el TFUE y, por ende, para determinar si se da cumplimiento a este límite, se debe tomar en consideración el *concepto europeo de deuda pública*.

En cuanto a los conceptos de deuda pública y crédito público recogidos en los párrafos primero y segundo del art. 135.3 de la CE, cabe evaluar en qué medida una exégesis sistemática del artículo constitucional comporta modificar la interpretación jurídica clásica de estos conceptos, existente hasta la reforma.

VIII. A efectos de disciplina presupuestaria, el legislador europeo pretende establecer conceptos, como los de déficit y deuda públicos, que posibiliten su medición. Sin embargo, la delimitación de los elementos subjetivo y objetivo del concepto europeo de deuda pública es compleja, y comporta un análisis marcadamente casuístico de numerosos entes y operaciones generadoras de deuda.

En primer lugar, hay que analizar *el elemento subjetivo del concepto de deuda pública*. El elemento subjetivo del concepto de deuda pública son los entes que integran el “sector Administraciones públicas” en términos de SEC-95 (art. 1.5 del Reglamento CE núm. 479/2009). Existen entes que indefectiblemente integran el sector Administraciones públicas. Sin embargo, también existen entes respecto de los cuales es difícil determinar si se integran, o no, en el sector Administraciones públicas. Para poder clasificar un ente en el sector Administraciones públicas es necesario analizar tres criterios recogidos en el Reglamento (CE) núm. 2223/1999 y desarrollados en el

Manual del SEC-95 (enumerados en la conclusión III). Estos tres criterios constituyen el análisis para la clasificación sectorial de entes.

El primer criterio es si el ente es o no una unidad institucional. Una entidad residente se considera una *unidad institucional* cuando da cumplimiento a dos requisitos: goza de *autonomía de decisión en el ejercicio de su función principal* y, o bien dispone de *un conjunto completo de cuentas*, o bien podría elaborarlo y resultaría pertinente, tanto económica como jurídicamente (apartado 2.12 del Reglamento CE núm. 2223/1996).

A la hora de comprobar el cumplimiento de estos dos requisitos la mayor complejidad se encuentra en la determinación de la existencia de *autonomía de decisión en el ejercicio de su función principal*.

El requisito relativo a la disposición de un sistema completo de cuentas tiene un marcado carácter formal, y un ente puede cumplirlo con relativa facilidad a pesar de tratarse de una unidad dependiente de las Administraciones públicas. Para evitar conductas artificiosas, el Reglamento CE núm. 2223/1996 establece que el conjunto completo de cuentas tiene que ser pertinente, tanto desde un punto de vista jurídico como económico.

Una unidad tiene *autonomía de decisión en el ejercicio de su función principal* cuando es titular de bienes o/y activos con facultad de disposición sobre ellos, y puede, por tanto, intercambiar la propiedad de dichos bienes o/y activos mediante operaciones con otras unidades institucionales. A su vez, debe tener capacidad para tomar decisiones económicas y realizar actividades económicas de las que es directamente responsable ante la ley. Y, por último, debe tener capacidad para contraer pasivos en nombre propio, aceptar otras obligaciones o compromisos futuros y suscribir contratos (apartado 2.12 del Reglamento CE núm. 2223/1996). El cumplimiento de estos requisitos comportará la calificación de la entidad como unidad institucional. Por el contrario, si la Administración *controla* el ejercicio de la función principal de la entidad, esta será una unidad dependiente de las Administraciones públicas, incluida en el sector Administraciones públicas.

El segundo criterio que debe analizarse para determinar si una entidad forma parte del sector Administraciones públicas es si la unidad institucional tiene naturaleza pública o privada. Como observamos en el capítulo IV, los productores públicos son productores *controlados* por las Administraciones públicas. En el caso de los productores que son Institución sin fines de lucro, para que sean públicas deben estar controladas y también financiadas por las Administraciones públicas. El resto de productores que no están

controlados por las Administraciones públicas son productores privados. En este segundo criterio, el apartado 3.28 del Reglamento CE núm. 2223/1996 define el *control* “como la capacidad para determinar, en caso necesario, la política general de la sociedad mediante el nombramiento de los administradores apropiados”.

Como se extrae del análisis de los dos primeros criterios, el *criterio del control* se toma en consideración tanto para evaluar la existencia de una unidad institucional (control del ejercicio de su función principal), como para determinar el carácter público o privado de la unidad institucional (control de la política general). Las consecuencias del ejercicio de uno u otro control por parte de las Administraciones públicas sobre una entidad son distintas. Si las Administraciones públicas controlan el ejercicio de la función principal, la entidad no tendrá la consideración de unidad institucional, será una unidad dependiente del sector Administraciones públicas e integrante de dicho sector. Por el contrario, si las Administraciones públicas controlan solo la política general, la entidad será una unidad institucional pública, pero todavía deberá evaluarse si esta unidad posee carácter de mercado, o no, para poder determinar su exclusión, o inclusión, respectivamente, en el sector Administraciones públicas. De este modo, los productores públicos se pueden encontrar tanto en el sector Administraciones públicas (S.13) (productores públicos de no mercado), como en el sector sociedades no financieras (S.11) (productores públicos de mercado).

- IX.** En algunos supuestos es difícil diferenciar si el control ejercido por las Administraciones públicas alcanza solo a la política general de la entidad, o si este incide en el ejercicio de su función principal. Del análisis de los casos recogidos en el Capítulo IV, se aprecia que Eurostat en algunas de sus Decisiones (como es la Decisión sobre la *Bundesimmobiliengesellschaft –BIG–* austríaca) atribuye la condición de unidad institucional a entidades controladas por las Administraciones públicas, al entender que el control se circunscribe a la política general de la entidad. En el caso de la BIG austríaca, Eurostat considera que aspectos como la personalidad jurídica independiente, la capacidad para realizar actividades económicas y contraer obligaciones (concertar crédito), son determinantes para afirmar que la entidad goza de autonomía de decisión en el ejercicio de su función principal y, en consecuencia, es una unidad institucional.

Sin embargo, en otros pronunciamientos Eurostat es más estricto a la hora de evaluar el alcance del control ejercido por las Administraciones públicas, al entender que este no solo recae sobre la política general de la entidad, sino también sobre el ejercicio de su función principal. Un ejemplo es la clasificación sectorial que Eurostat hace del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB). El FROB es un ente con personalidad

jurídica independiente, capacidad de obrar plena – pública y privada– para el desarrollo de sus fines, y competencia para adquirir activos y contraer pasivos en nombre propio. No obstante, debido al importante control que el Ministerio de Economía y Competitividad tiene sobre el ejercicio de su función principal (la reestructuración y resolución de las entidades de crédito), Eurostat considera que el FROB no es una unidad institucional, sino que es una unidad dependiente de las Administraciones públicas. Para Eurostat, el control se aprecia en la composición de la Comisión Rectora del FROB, órgano encargado de la toma de decisiones del Fondo. La Comisión Rectora está formada por miembros del Ministerio de Economía y Competitividad y del Banco de España (art. 54 de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito). Por tanto, en este caso el nombramiento de los administradores no solo determina la naturaleza pública del FROB (segundo criterio), sino que pone de manifiesto el elevado control que ejercen las Administraciones públicas sobre el ejercicio de la función principal del fondo (primer criterio).

En el mismo sentido, Eurostat afirma que la Facilidad Europea de Estabilización Financiera (FEEF) no posee todos los requisitos necesarios para ser considerada una unidad institucional. A pesar de tener personalidad jurídica y un sistema de cuentas completo, Eurostat considera que la FEEF no tiene capacidad de iniciativa y su autonomía de decisión en el ejercicio de su función principal (la concesión de préstamos a Estados miembros de la UEM) es nula, puesto que las decisiones relativas a esta función están sujetas a la aprobación previa (por lo general por unanimidad) de los Estados miembros de la UEM que participan en la operación de apoyo. Este análisis lleva a Eurostat a calificar la FEEF de herramienta de contabilidad y tesorería que actúa en nombre y bajo el control de los Estados miembros de la UEM para aportar préstamo a otros Estados. Al no ser una unidad institucional, sus operaciones deben ser consolidadas en las cuentas nacionales de las unidades institucionales que la controlan (los Estados miembros de la UEM). De este modo, las emisiones de deuda que la FEEF efectúa (para prestar posteriormente apoyo a los Estados) deben computarse como préstamos imputados en los balances de los Estados de la UEM que avalan la emisión (de forma proporcional al alcance de su aval en la emisión). Estos préstamos imputados son parte del *elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública* de los Estados avalistas a efectos del procedimiento de déficit excesivo.

Finalmente, Eurostat no aplica del mismo modo el criterio del control en su Decisión sobre la repercusión del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) en los niveles de déficit y deuda públicos de los Estados miembros de la UEM. La composición del Consejo de Gobernadores replica la composición del Eurogrupo. Este hecho, como se cuestionan algunas autoridades estadísticas, bancos centrales e instituciones europeas,

consultadas a través del *Committee on Monetary, Financial and Balance of Payments* (CMFB), podría poner en peligro el cumplimiento del requisito de “autonomía en el ejercicio de su función principal” y, por ende, la condición de unidad institucional del MEDE. A pesar de la existencia de estas cuestiones, Eurostat califica el MEDE como unidad institucional y, en última instancia, como organización internacional de la UE independiente de las instituciones europeas.

Estos cuatro pronunciamientos de Eurostat ponen de manifiesto la dificultad de diferenciar hasta qué punto el nombramiento de los administradores (la composición del órgano rector) por parte de las Administraciones públicas constituye solo un elemento determinante para calificar la unidad institucional como pública, o si este factor puede alterar también a la autonomía en el ejercicio de la función principal de la entidad, y excluir su calificación como unidad institucional.

- X. El tercero de los criterios que debe analizarse para determinar la inclusión de una entidad en el sector Administraciones públicas es si esta es una unidad institucional pública *de mercado o de no mercado*. Las unidades institucionales públicas pueden ser productores de mercado o no de mercado. Si son productores de mercado formarán parte del sector sociedad no financieras, y no tendrán incidencia en los niveles de déficit y deuda públicos. Por el contrario, si son productores de no mercado integrarán el sector Administraciones públicas y su déficit y deuda se integran en el balance público.

Producción de mercado es aquella que se vende a *precios económicamente significativos* (apartados 3.17 y 3.18 del Reglamento CE núm. 2223/1996). Un precio se considera económicamente significativo cuando “influye de forma significativa en las cantidades que los productores están dispuestos a suministrar y las cantidades que los compradores están dispuestos a adquirir” (*Manual del SEC-95*). Este criterio indeterminado se ha objetivado mediante la regla del 50 %. Esta establece que un precio es económicamente significativo “si las ventas cubren como mínimo el 50 % de los costes de producción” (apartado 3.19 del Reglamento CE núm. 2223/1996). En consecuencia, cuando las ventas cubren más del 50 % de los costes de producción estamos frente a un productor de mercado; y cuando las ventas no cubren el 50 % de los costes estamos, bien frente a una Administración pública productor público, bien frente a un productor sin fines de lucro.

A la hora de aplicar la regla del 50 %, si la financiación de la unidad institucional pública se lleva a cabo mayoritariamente por pagos de las Administraciones públicas es necesario determinar si dichos pagos tienen la condición de *ventas*. Tal como establece el *Manual del SEC-95*, un pago de una Administración a una unidad institucional

pública tendrá la condición de venta “cuando los precios pagados, por los bienes y servicios efectivamente prestados, se aplican también a bienes y servicios similares (de la misma calidad) prestados por productores privados”. Cuando no hay concurrencia de productores privados será más complejo determinar la calificación de los pagos de las Administraciones públicas como ventas. En estos casos, los pagos de las Administraciones públicas tendrán la naturaleza de ventas “si financian a la unidad institucional pública solo en función del volumen de producción que suministra”.

Fruto de la configuración del tercer criterio de la clasificación sectorial de entes (si la unidad es o no de mercado), en algunas ocasiones, las Administraciones públicas pueden diseñar mecanismos de retribución a las unidades institucionales públicas que propicien su calificación como productores de mercado. Este margen de las Administraciones públicas para establecer el sistema de pagos permite que determinados servicios esenciales se presten, en algunos Estados de la Unión Europea, por unidades institucionales públicas de mercado (incluidas en el sector sociedades no financieras); y en cambio en otros Estados, estos mismos servicios se presten por unidades institucionales públicas de no mercado (incluidas en el sector Administraciones públicas). Los centros hospitalarios son un supuesto de unidades institucionales públicas con clasificación sectorial dispar, en el sector sociedades no financieras o en el sector Administraciones públicas, según la existencia o inexistencia, respectivamente, de mecanismos de retribución considerados ventas.

Como vimos al analizar la clasificación de los centros hospitalarios en el capítulo IV, la financiación de la entidad en función de sus costes (a través de un presupuesto global fijado por adelantado) o la cobertura del déficit de la entidad de forma automática son aspectos que excluyen la condición de ventas para los pagos de las Administraciones públicas, y comportan la clasificación prácticamente automática de la entidad como unidad institucional pública no de mercado.

En este sentido se pronuncia Eurostat en el caso de Madrid Infraestructuras de Transporte (MINTRA). Para Eurostat, el elemento determinante es que los ingresos que MINTRA obtiene de las Administraciones públicas se fijan por adelantado (a través de un acuerdo de arrendamiento con el Metro de Madrid S.A.) y no se corresponden con parámetros objetivos relacionados con el uso de la infraestructura. A este argumento se une la capacidad limitada de MINTRA para negociar sus contratos, puesto que Metro de Madrid es su único cliente. No obstante, la existencia de limitaciones contractuales no siempre afecta a la calificación de la entidad como unidad institucional pública de mercado. Este es el caso, como observamos en el capítulo IV, de la BIG austríaca. La BIG austríaca posee limitaciones contractuales en el ejercicio de su función principal de

alquiler de inmuebles. El número de contratos que la BIG puede suscribir depende del número de inmuebles que le ceden las Administraciones públicas y, a su vez, las Administraciones públicas son prácticamente su único cliente. Sin embargo, estas limitaciones en su capacidad para suscribir contratos no son óbice para que Eurostat califique la BIG como unidad institucional pública de mercado.

- XI.** La determinación de la naturaleza de los pagos que efectúan las Administraciones públicas a unidades institucionales públicas ha sido hasta el momento el elemento con mayor enjundia de muchas de las Decisiones de Eurostat relativas a la clasificación sectorial de entes. La tipología de bienes y servicios prestados por algunas de las unidades institucionales públicas hace que en muchas ocasiones no concurren en el mercado productores privados, y que sea costoso determinar si los pagos de las Administraciones públicas tienen la condición de ventas. En estos supuestos, las valoraciones de Eurostat se fundamentan en comparaciones aproximadas con el precio de bienes y servicios similares prestados por productores privados.

Tras examinar las decisiones de Eurostat podemos concluir que, dada la dificultad de evaluar el cumplimiento del parámetro de mercado, Eurostat cada vez más centra el análisis de la clasificación sectorial de entes en la primera de las tres cuestiones (existencia de autonomía de decisiones en el ejercicio de la función principal). Si las Administraciones públicas controlan la función principal de la entidad, ya no será necesario determinar si la entidad lleva a cabo una producción de mercado, porque la entidad será considerada unidad dependiente de las Administraciones públicas (inserta en el sector Administraciones públicas). Se aprecia, por tanto, un reforzamiento del criterio del control.

A nuestro parecer, evaluar de forma más estricta el control que las Administraciones públicas ejercen sobre un ente, supone tomar en consideración también el riesgo que estas asumen. Si las Administraciones públicas controlan el ejercicio de la función principal de un ente (y este no tiene autonomía de decisión) en caso de que fuera necesario garantizar su persistencia, incrementarían los pagos que le efectúan o cubrirían sus posibles déficits. De igual forma, el elevado control por parte de las Administraciones públicas y, en consecuencia, la falta de autonomía en el ejercicio de su función principal, también se refleja en la necesidad de que existan avales del Estado que respalden las emisiones de deuda de la entidad (estos son los casos del FROB o la FEEF). A través de la formalización de avales a las operaciones de estos entes, el Estado también asume un importante nivel de riesgo.

De lo anterior se extrae que, si bien en las tres cuestiones que conforman el análisis para establecer la clasificación sectorial de una entidad no se evalúa de forma expresa el riesgo asumido por las Administraciones públicas, una aplicación estricta del criterio del control comporta, indirectamente, analizar el riesgo que contraen las Administraciones públicas en relación con esa entidad. Y de este modo, el análisis para la clasificación sectorial de una entidad se acerca al análisis que se lleva a cabo para determinar la naturaleza pública o privada de los pasivos derivados de un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Como veremos en la conclusión XVI, el criterio del riesgo asume un papel central en el análisis de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.

Una aplicación más estricta del parámetro del control supone ampliar los contornos del concepto de sector Administraciones públicas en términos de SEC-95. Si se concluye que las Administraciones públicas controlan el ejercicio de la función principal de la entidad, el análisis para su clasificación finaliza, puesto que esta no es una unidad institucional, sino una entidad dependiente de las Administraciones públicas. Por el contrario, si el análisis de la clasificación sectorial se centra en el parámetro de mercado o no mercado, el sector Administraciones públicas que se deriva es más restrictivo, pudiendo quedar excluidos entes que finalmente sean generadores de déficit y deuda públicos.

- XII.** La exclusión de una unidad institucional pública de mercado del sector Administraciones públicas no comporta que su actividad no tenga ninguna incidencia en los niveles de déficit y deuda públicos. El *Manual del SEC-95* establece la obligación de analizar la naturaleza de las inyecciones de capital que las Administraciones públicas le efectúan.

Este análisis persigue comprobar si las inyecciones de capital de las Administraciones públicas son gasto público que incrementa el déficit público, pero a su vez permite determinar si la entidad cubre más del 50 % de sus costes a través de sus ventas, o si por el contrario, las Administraciones públicas la financian mayoritariamente mediante transferencias sin contrapartida.

La naturaleza de las inyecciones de capital también deberá determinarse en el caso de inyecciones de capital de las Administraciones públicas a determinadas empresas privadas que el *Manual del SEC-95* denomina “demasiado grandes para caer” (“*too big to fail*”), o que llevan a cabo actividades cruciales en la economía (como poseer y explotar infraestructuras y servicios de carácter esencial). La importancia de estas empresas hace que las Administraciones públicas se vean forzadas a preservar su

existencia y, por ello, la naturaleza de las inyecciones de capital debe ser evaluada como si fueran unidades institucionales públicas.

En términos de SEC-95 las inyecciones de capital pueden ser clasificadas, bien como transferencias de capital (que sí incrementan el gasto público), bien como adquisiciones de activos financieros (que no incrementan el gasto público).

Las Administraciones públicas adquieren activos financieros a cambio de fondos propios de la sociedad pública; y esperan, por un lado, obtener una tasa de retorno suficiente, principalmente a través de dividendos o intereses; y, por otro lado, un incremento del valor del activo financiero que representa la propiedad de la Administración pública en la sociedad. Las adquisiciones de activos financieros (operaciones financieras) se contabilizan en la *cuenta financiera* de las Administraciones públicas y no tienen impacto en su capacidad/necesidad de financiación (superávit/déficit público).

Por su parte, en las transferencias de capital, las Administraciones públicas no manejan sus fondos con el objetivo de adquirir activos rentables (como haría un accionista privado), sino para alcanzar objetivos de política social, para los que el capital privado no está disponible. Cuando las Administraciones públicas actúan de este modo, las inyecciones de capital deberán ser registradas como transferencias de capital si los fondos se aportan bajo uno de los siguientes supuestos: i) Los fondos se aportan sin recibir a cambio nada de igual valor; ii) Los fondos se aportan sin esperar una tasa de retorno suficiente por la inversión realizada; iii) Los fondos se aportan a una empresa que recientemente ha tenido una serie continuada de pérdidas. Las transferencias de capital (operaciones no financieras) se registran en la *cuenta de capital* y tienen impacto en su capacidad/necesidad de financiación (superávit/ déficit público).

Como hemos señalado, en el análisis de los flujos entre las Administraciones públicas y las unidades institucionales públicas se evalúa de nuevo, indirectamente, el carácter de mercado de la unidad institucional pública y, por tanto, su exclusión del sector Administraciones públicas. La sociedad pública debe llevar a cabo una actividad rentable en términos económicos (sin pérdidas), que le permita aportar una tasa de retorno suficiente a las Administraciones públicas por su inversión. Ahora bien, si se generalizan las transferencias de capital que las Administraciones públicas realizan a la sociedad pública es posible que esta acabe perdiendo su consideración de productor de mercado (al no cubrir la regla del 50 %), y deba clasificarse en el sector Administraciones públicas.

En suma, el análisis de la naturaleza de los flujos entre las Administraciones públicas y las sociedades públicas es un mecanismo para evaluar de forma periódica la clasificación sectorial de aquellas unidades institucionales públicas que se han excluido del sector Administraciones públicas por ser de mercado (determinar el elemento subjetivo del concepto europeo de deuda pública).

XIII. El *elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública* son las obligaciones brutas pendientes al final del año, salvo las representadas en activos financieros. Por su parte, el art. 1.5 segundo párrafo del Reglamento (CE) núm. 479/2009, precisa que constituyen la deuda pública las obligaciones en las categorías siguientes: efectivo en circulación y depósitos denominados en moneda nacional o extranjera; títulos (*valores*) que no son acciones, con exclusión de los productos financieros derivados; y préstamos.

En el elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública se encuentra inserta la deuda pública entendida en el sentido jurídico tradicional. Señaladamente, en la categoría títulos valores que no son acciones se insertan los empréstitos públicos y en la categoría de préstamos se encuadra el crédito singular. Pero en el elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública también se incluyen las obligaciones pendientes de las Administraciones públicas derivadas de títulos jurídicos distintos, como son los arrendamientos financieros o las compraventas a plazos, contabilizados a través de un préstamo imputado equivalente al precio de adquisición del bien arrendado o adquirido a plazos (Anexo II, relativo a arrendamiento y compra de bienes duraderos, del Reglamento CE núm. 2223/1996 y el *Manual del SEC-95*, apartado VIII, relativo al cálculo de la deuda pública).

A diferencia del concepto tradicional de deuda pública, el concepto europeo de deuda pública no se configura en atención a la causa jurídica de los contratos. Las obligaciones del elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública nacen de contratos con causas jurídicas distintas, como son el préstamo y el arrendamiento financiero (“el préstamo tiende a la financiación del prestatario, mientras que en el leasing se financia la futura adquisición de un objeto” –STS de 10 de febrero de 2005–).

XIV. Sin embargo, como señalamos en la conclusión III, el elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública no solo es el valor nominal de las obligaciones pendientes de entes que integran el sector Administraciones públicas, sino que Eurostat incluye también obligaciones pendientes de entes ajenos al sector Administraciones públicas. Esta inclusión se llevará a cabo cuando en un contrato de colaboración público privada (contrato de CPP), el Estado asuma un importante nivel de riesgo (*Manual del SEC-95*, apartado IV.5).

En la normativa de la Unión Europea, la colaboración público privada (CPP) es un concepto ambiguo y amplio que engloba dos tipos: las colaboraciones público privadas institucionalizadas y las colaboraciones público privadas de tipo puramente contractual. El análisis que se debe llevar a cabo para determinar la incidencia de cada uno de estos dos tipos de CPP en los niveles de déficit y deuda públicos es distinto.

En las *colaboraciones público privadas institucionales* la cooperación entre los dos sectores se lleva a cabo en una entidad diferente (entidad de capital mixto). Esta entidad tiene como objetivo financiar, construir y gestionar una determinada infraestructura. Pues bien, para conocer la incidencia de una colaboración público privada institucional en los niveles de déficit y deuda públicos es necesario, en primer lugar, determinar su inclusión o exclusión en el sector Administraciones públicas. Para ello, debe someterse a la sociedad de capital mixto al análisis relativo a la clasificación sectorial de entes conforme a los tres criterios antes examinados, como se efectúa para clasificar sectorialmente cualquier entidad. Y en un segundo lugar, si la sociedad de capital mixto no forma parte del sector Administraciones públicas, hay que precisar la naturaleza de las inyecciones de capital que las Administraciones públicas efectúan a dicha sociedad, si estas son transferencias de capital o adquisición de activos financieros (tal como indicamos en la conclusión XII).

Por su parte, en las CPP de tipo puramente contractual, como detallaremos en la conclusión XVI, es el *criterio del riesgo* el que sirve para diferenciar la naturaleza de las obligaciones derivadas de la operación. Y bajo este criterio se diferencian aquellas obligaciones de los entes privados que son obligaciones contingentes de las Administraciones públicas (y que por tanto tienen la naturaleza de obligaciones privadas, en términos de SEC-95), de aquellas obligaciones de los entes privados que, por el elevado nivel de riesgo que asumen las Administraciones públicas en la operación, son consideradas públicas en términos de SEC-95 y deben integrarse en el elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública (a través de un préstamo imputado).

- XV.** El *Manual del SEC-95* recoge las características que debe poseer un contrato para poder ser considerado un *contrato de colaboración público privada* (contrato de CPP). En primer lugar, ha de ser un contrato de larga duración, como mínimo de tres años. En segundo lugar, ha de ser un contrato para financiar, construir y gestionar nuevas infraestructuras públicas (si el contrato es para reformar una infraestructura ya existente, dicha reforma debe representar más del 50 % del valor del activo tras la renovación). Y, en tercer lugar, las Administraciones públicas deben efectuar pagos al ente privado a lo largo de la duración del contrato (por ejemplo, mediante el sistema de peaje en sombra).

Estos pagos deben constituir la principal fuente de financiación del ente privado y cubrir la mayor parte del coste del servicio. La Administración pública se considera la “principal compradora” (*main purchaser*) de los servicios, con independencia de que la demanda se origine desde la Administración o por parte de terceros, usuarios del servicio (como sucede con la sanidad, la educación y algunos tipos de infraestructuras de transporte).

Tal como establece el *Manual del SEC-95*, el sistema de retribución del ente privado constituye la principal diferencia entre los contratos de CPP y los contratos de concesión. En las concesiones, a diferencia de los contratos de CPP, la mayor parte de los ingresos del ente privado provienen de los usuarios finales del servicio.

En el ordenamiento jurídico español, el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) regula tanto los contratos de concesión de obra y servicio público (arts. 7 y 8 TRLCSP, respectivamente), como el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (art. 11 TRLCSP).

En España, tradicionalmente la concesión de obra pública se ha caracterizado por la retribución al concesionario mediante el pago de cánones o tarifas por parte de los usuarios de la infraestructura (completados o no con pagos del ente público). Sin embargo, a través de la Ley 13/2003, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, se configuró un contrato de concesión de contornos especialmente amplios, que permite también la financiación mayoritaria por parte de la Administración pública (actual art. 255 TRLCSP). Por tanto, el elemento de la financiación no es determinante para distinguir ambos tipos contractuales. El contrato de concesión de obras públicas en el ordenamiento jurídico español, a partir de la Ley 13/2003, permite materializar tanto concesiones como CPP, tal como estas son entendidas en el *Manual del SEC-95*. De hecho, en la práctica, la CPP en España se ha articulado principalmente a través de contratos de concesión de obra pública. Y el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CSP-SP) tiene hoy por hoy escasa aplicación práctica.

XVI. Para determinar si el activo de un contrato de CPP (y las consiguientes obligaciones –pasivo–) deben clasificarse como públicos o como privados, Eurostat, desde su Decisión de 11 febrero de 2004, sobre el tratamiento de las colaboraciones público privadas, ha señalado que es necesario analizar cómo se distribuyen entre el ente público y el ente privado los riesgos derivados de la operación. A tal efecto, Eurostat ha apuntado la existencia de tres categorías principales de riesgos “genéricos”: el riesgo de construcción, el riesgo de disponibilidad y el riesgo de demanda.

El riesgo de construcción es aquel relacionado con la fase inicial del activo. Este riesgo comprende circunstancias como: una posible entrega tardía; la falta de cumplimiento de los estándares establecidos; unos costes adicionales significativos; deficiencias técnicas o efectos externos negativos (incluyendo riesgo medioambiental) que impliquen el pago de compensaciones a terceros. El *Manual del SEC-95* precisa que el riesgo de construcción solo existe, bien cuando se produce un nuevo activo (“*green field*”), bien en el caso de renovación, modernización o actualización de activos ya existentes (“*brown fields*”), cuando el gasto de dicha reforma represente una parte “predominante” (más del 50 %) del valor del activo después de la renovación.

En cuanto al riesgo de disponibilidad, este hace referencia a todos los problemas que pueden surgir en la fase de explotación y mantenimiento de la infraestructura o servicio. Eurostat aplica esta segunda categoría de riesgo a los supuestos en los que el socio privado no puede entregar el volumen convenido contractualmente o responder a las normas de seguridad o de certificación pública, tal como se especifican en el contrato. El riesgo de disponibilidad se aplica igualmente cuando el socio privado no alcanza los estándares de calidad fijados en el contrato, como resultado de una evidente falta de ejecución por su parte.

Por último, el riesgo de demanda cubre la variabilidad de la demanda (mayor o menor que la esperada cuando el contrato fue suscrito), siempre y cuando este cambio en la demanda no sea imputable al comportamiento (gestión) del ente privado.

Los activos y pasivos derivados de la operación de CPP se clasificarán fuera del balance público cuando se den las dos condiciones siguientes: i) que el ente privado soporte el riesgo de construcción y, ii) que el ente privado soporte también, al menos, uno de los otros dos riesgos, el riesgo de disponibilidad o el riesgo de demanda.

El criterio anterior constituye la regla general de distribución de los riesgos entre el sector público y el sector privado. Pero además, del análisis de las Decisiones de Eurostat relativas a los contratos de CPP españoles, se pueden colegir diferentes factores que determinan cuando estos riesgos se atribuyen al sector público o al sector privado.

Respecto al riesgo de construcción, es imprescindible que este se transfiera por completo al ente privado; para ello es necesario, en términos generales, limitar las posibles retribuciones al ente privado durante la fase de construcción de la infraestructura. Asimismo, el ente público debe tener en cuenta que en la categoría

genérica “riesgo de construcción” se integran múltiples riesgos, como el de financiación, el de expropiación, o los riesgos derivados de la necesidad de destinar importantes niveles de investigación o de innovación técnica en la construcción de la infraestructura, y que la asunción de alguno de ellos puede comportar la calificación del activo y del pasivo derivados del contrato de CPP como públicos.

En cuanto a los riesgos de disponibilidad y demanda, estos en muchas ocasiones son evaluados de forma conjunta por Eurostat. El análisis se centrará en aquel riesgo al que se vincule en mayor medida la retribución del ente privado (más del 60 %). Dicho riesgo deberá transferirse al ente privado. Por el contrario, si los pagos al ente privado se basan de forma equivalente tanto en la demanda como en la disponibilidad, será necesario efectuar un análisis separado de cada uno de estos dos riesgos, y que ambos sean asumidos por el ente privado para que el activo no sea calificado como público.

A la hora de analizar de forma individualizada cada uno de los tres riesgos genéricos, la introducción de determinadas cláusulas contractuales puede comportar que el ente privado no asuma, o no asuma por completo un riesgo. Concretamente, afectarán a la distribución del riesgo tanto el establecimiento de topes máximos a las penalizaciones por deficiente realización de la infraestructura o prestación del servicio (riesgos de construcción y de disponibilidad), como la limitación de los beneficios que el ente privado puede alcanzar (riesgo de disponibilidad y demanda).

Por tanto, la asunción de los riesgos y de los beneficios de la operación por el socio privado implica que el ente público no debe amortiguar o limitar ni las pérdidas ni las ganancias que experimente el ente privado por las variaciones en la demanda y/o por las posibles deficiencias en la prestación del servicio, situándole así en la misma posición en la que se encontraría un ente privado que llevase a cabo esta actividad con carácter comercial.

Asimismo, con independencia del análisis de la distribución de los riesgos, para Eurostat la inclusión de determinadas cláusulas dirigidas a asegurar o mantener el *equilibrio económico* del contrato pueden comportar, por sí mismas, que las obligaciones derivadas del contrato sean calificadas como públicas. Entre estas cláusulas se encuentran: cláusulas que garantizan un determinado nivel de rentabilidad al ente privado; cláusulas que establecen pagos fijos al ente privado sobre la base de estimaciones y con independencia del devenir del contrato; o cláusulas que prevean la prerrogativa del ente público de modificar los términos del contrato por motivos de interés general (*ius variandi*).

Otro elemento central para Eurostat es la financiación de la obra o el servicio. Si bien el ente público puede participar en la financiación (mediante préstamos, subvenciones, etc.), esta debe ser mayoritariamente privada para que el pasivo de la operación no sea considerado público. En este mismo sentido, la concesión de garantías o avales por parte del ente público al ente privado para que este último obtenga financiación, también puede comportar la asunción de importantes niveles de riesgo por parte del ente público y, en consecuencia, la posible consideración del pasivo de la operación de CPP como público.

Por último, son esenciales también algunos aspectos relativos a la terminación del contrato, en particular, quién adquirirá la propiedad del activo y a qué precio; la penalización aplicable en el precio del activo en caso de terminación anticipada del contrato por incumplimiento o quiebra del ente privado; así como la existencia de avales públicos en caso de quiebra de la operación de CPP.

- XVII.** Las repercusiones en los niveles de déficit y deuda públicos son distintas según si estamos frente a un contrato de CPP en términos de SEC-95, financiado principalmente por pagos directos de la Administración; o si nos encontramos frente a un contrato de concesiones en términos de SEC-95, financiado principalmente por pagos del usuario.

En el primer supuesto (contratos de CPP en términos de SEC-95, financiados mayoritariamente por las Administraciones pública), si de la aplicación del criterio del riesgo, los activos y pasivos de la operación se califican como privados, en un primer momento (fase de construcción o renovación de la infraestructura) no existirá ningún registro en la contabilidad nacional por parte del ente público. Solo posteriormente, una vez iniciada la fase de explotación, se registrarán los pagos regulares que la Administración realice al ente privado. Estos pagos, a nivel de contabilidad nacional, serán contabilizados como adquisición de servicios (consumos intermedios (P.2)) y tendrán un impacto negativo en el nivel de déficit o superávit público (incrementarán el déficit existente). Las obligaciones derivadas de este contrato de CPP, que ha sido calificado como privado, no forman parte del elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública.

En el caso contrario, si de la aplicación del criterio del riesgo, los activos y pasivos del contrato de CPP se califican como públicos, la operación tendrá desde un primer momento incidencia directa en los niveles de deuda pública. Concretamente, el valor del activo se registrará desde un primer momento en el balance público como formación bruta de capital fijo (P.51) (gasto de inversión), y como contrapartida a este gasto

público, se registrará el correspondiente “préstamo imputado” (F.4), que formará parte del elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública.

En cuanto a los pagos periódicos que el ente público efectúa al ente privado a lo largo de la fase de explotación, estos deben desglosarse en: amortización de dicho “préstamo imputado”, intereses efectivos del préstamo imputado y, en su caso, inversión o consumos intermedios. El segundo y el tercer concepto de este desglose (los intereses imputados y los consumos por la adquisición de servicios) tendrán un impacto negativo sobre el déficit o el superávit públicos.

En el segundo supuesto (contratos de concesiones en términos de SEC-95, financiados principalmente por pagos de los usuarios), como regla general, los activos y pasivos derivados de la operación deben contabilizarse en el balance del ente privado, y la operación no tendrá incidencia en la deuda pública.

En las concesiones financiadas por los usuarios, solo tendrán incidencia en los niveles de déficit y deuda públicos los posibles pagos que las Administraciones públicas efectúan para cofinanciar el coste de la infraestructura. Estos pagos serán considerados gasto corriente que incrementa el déficit público e indirectamente la deuda pública.

Ahora bien, Eurostat en sus últimos pronunciamientos ha puesto de manifiesto que existen supuestos en los que, a pesar de que la concesión se financie mayoritariamente por el usuario, el pasivo de la operación debe ser contabilizado como público. Esto sucede cuando la Administración asume la mayor parte de los riesgos, especialmente si asume el riesgo de construcción y el riesgo de demanda. Estos son los supuestos, por ejemplo, de la existencia de garantías incondicionales por parte de las Administraciones públicas que cubran más del 50 % de la deuda contraída por el concesionario para financiar el activo. O también los supuestos en que la Administración garantiza un mínimo de ingresos, o un mínimo de volumen de demanda, que aseguren un nivel mínimo de rentabilidad al ente privado. Desde esta perspectiva la principal diferencia entre los contratos de CPP y las concesiones, antes señalada, se diluye.

XVIII. Del análisis efectuado se extrae que el elemento subjetivo del concepto europeo de deuda pública se conforma por dos tipos de entes: entes que por su naturaleza y financiación indiscutiblemente forman parte del sector “Administraciones públicas” (casos típicos) y, por tanto, son siempre el elemento subjetivo del concepto europeo de deuda pública. Y entes respecto de los cuales es necesario hacer el análisis sobre sectorización de entes para poder determinar su inclusión o exclusión en el sector Administraciones públicas (casos atípicos). Los entes que tras dicho análisis forman

parte del sector Administraciones públicas serán, junto al primer tipo de entes, el elemento subjetivo de la deuda pública, y todas sus obligaciones brutas pendientes al final del año serán consideradas elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública.

Ahora bien, la exclusión o inclusión de un ente de este segundo tipo en el sector Administraciones públicas está sujeta a posibles cambios en función de las circunstancias relativas al control o a la financiación del ente. Estos cambios pueden suponer una modificación en su clasificación sectorial. Por tanto, la deuda del segundo grupo de entes (que denominamos casos atípicos, situados en la “zona de penumbra”) se computará como deuda pública a efectos de la disciplina presupuestaria según las circunstancias concretas.

De forma similar, en el elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública existen dos tipos de obligaciones. Un primer tipo, las obligaciones brutas del sector “Administraciones públicas” (S.13) pendientes al final del año, que siempre forman parte del elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública (casos típicos), como es el caso de las obligaciones nacidas de la deuda pública en su acepción tradicional. Y un segundo tipo, las obligaciones brutas pendientes al final del año, de entes que no integran el sector Administraciones públicas (casos atípicos), que también formarán parte del elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública si las Administraciones públicas asumen un importante nivel de riesgo. Un ejemplo de estos últimos son algunas de las obligaciones nacidas de contratos de CPP o de concesión.

En el caso de las obligaciones, a diferencia de lo que sucede respecto de los entes, solo las obligaciones derivadas del contrato concreto serán elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública (ni el ente en sí mismo ni el resto de sus obligaciones serán elemento subjetivo y objetivo, respectivamente, del concepto europeo de deuda pública).

La problemática de configurar el elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública a través del criterio del riesgo es su incertidumbre. Es posible que de la evaluación de la distribución de los riesgos *ex ante* en un contrato de CPP se excluyan del elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública obligaciones que *ex post* acaben siendo asumidas por las Administraciones públicas.

- XIX.** La proliferación que se ha producido tanto del segundo tipo de entes como del segundo tipo de obligaciones (en definitiva, de los casos atípicos), ha hecho que los contornos del elemento subjetivo y objetivo del concepto europeo de deuda pública sean especialmente indeterminados.

Para evitar tal indeterminación caben diferentes opciones. La primera opción es circunscribir el elemento subjetivo al primer tipo de entes y el elemento objetivo al primer tipo de obligaciones (casos típicos), aunque el resultado sería un concepto de deuda pública excesivamente restrictivo, ineficaz a los efectos del control de la disciplina presupuestaria.

La segunda opción es ampliar el elemento subjetivo y el elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública a todos los entes y a todas las obligaciones del segundo tipo (todos los casos atípicos que conforman la “zona de penumbra”). El resultado de esta segunda opción sería un concepto de deuda pública muy extenso, que tampoco reflejaría fehacientemente los niveles reales de deuda pública.

Por este motivo, Eurostat opta por una opción intermedia que comporta llevar a cabo un análisis de los diferentes entes y obligaciones que conforman la “zona de penumbra” para determinar de forma individual su inclusión o exclusión en el elemento subjetivo y objetivo, respectivamente, del concepto europeo de deuda pública.

Como se observa en el estudio de los casos del capítulo IV, este análisis (basado, esencialmente, en el criterio del control –para los entes– y en el criterio del riesgo –para las obligaciones–) es marcadamente casuístico y puede generar cierta inseguridad jurídica. En algunos supuestos, a los Estados o entes subcentrales les es complejo determinar si un ente o una obligación es elemento subjetivo o elemento objetivo, respectivamente, del concepto europeo de deuda pública, y, por ende, calcular sus niveles de deuda pública en términos de SEC–95.

Bajo estas premisas y dada la necesidad de reforzar el control de la disciplina presupuestaria, se aprecian dos tendencias por parte de las Instituciones europeas. En primer lugar, tanto en los últimos pronunciamientos de Eurostat como en el recientemente aprobado SEC–2010, se establecen criterios más estrictos para la clasificación fuera del sector Administraciones públicas de entes de carácter público u operaciones en las que intervienen las Administraciones públicas. Así, por ejemplo, en el caso de la clasificación sectorial de entes, para la aplicación de la regla del 50 %, se establece como prerequisite la obligación de tomar en consideración la relación existente entre las Administraciones públicas y la entidad, especialmente si aquellas son las principales o las únicas compradoras de los servicios prestados por la entidad. La aplicación de estos nuevos criterios va a comportar un incremento sustancial del número de entes y obligaciones que, estando insertos en la “zona de penumbra”, formarán parte del elemento subjetivo y objetivo del concepto europeo de deuda pública.

La segunda tendencia apreciada, es el incremento de las obligaciones de control que las Administraciones públicas deben ejercer sobre aquellos entes y contratos que, formando parte de la “zona de penumbra”, no son elemento subjetivo u objetivo del concepto europeo de deuda pública, puesto que eventualmente pueden serlo. De la necesidad de controlar los casos atípicos excluidos del concepto europeo de deuda pública deja constancia la existencia de obligaciones de información establecidas por las autoridades europeas sobre aspectos como las cuentas de entes públicos fuera del sector Administraciones públicas; los pasivos implícitos de las Administraciones públicas; o las participaciones significativas de las Administraciones públicas en el capital de sociedades tanto públicas como privadas.

Si la configuración de los contornos del elemento subjetivo y objetivo del concepto europeo de deuda pública es en algunos casos tan indefinida, el tratamiento jurídico en términos de transparencia y control de los entes y obligaciones de la “zona de penumbra”, que han sido finalmente excluidos, no puede ser totalmente dispar al de los incluidos, ya que de ser así, podría ponerse en peligro el control de la sostenibilidad presupuestaria a medio y largo plazo.

- XX.** Tras la introducción en el ordenamiento jurídico interno del concepto europeo de deuda pública, este coexiste con el concepto de deuda pública jurídico tradicional. De tal forma que el concepto de deuda pública posee carácter anfibológico. El alcance del elemento subjetivo y objetivo de cada uno de los conceptos es distinto; por ello, será necesario determinar en cada disposición relativa a la deuda pública el concepto al cual se hace referencia.

La situación descrita supone un tratamiento jurídico dispar de la deuda pública tradicional y de la deuda pública europea. Así, en relación con el principio de reserva de ley, la emisión o concertación de deuda pública, entendida en su acepción tradicional, está sujeta al principio de reserva de ley (primer párrafo del art. 135.3 de la CE), pero este principio no alcanza a la concertación de todos los contratos que constituyen el elemento objetivo del concepto europeo de deuda pública (tercer párrafo del art. 135.3 de la CE).

Ahora bien, dado que, en la práctica, el principio de reserva de ley en materia de deuda pública se ha interpretado de forma muy laxa, y tan solo se circunscribe a la determinación del límite máximo anual de deuda pública (saldo vivo de la deuda pública), esto supone que respecto a la deuda pública –tanto tradicional como europea– la ley solo establece limitaciones de carácter cuantitativo.

Por ello, a nuestro parecer, hubiera sido procedente la inclusión en el art. 135 de la CE de una obligación de habilitación legal para la concertación de deuda pública (entendida esta como deuda pública en sentido europeo), que permitiera determinar su monto. Esto hubiera supuesto, en primer lugar, que la redacción del precepto constitucional fuera más acorde con la realidad del alcance de la reserva de ley en materia de deuda pública hasta el momento existente. Y en segundo lugar, que las garantías derivadas del principio de reserva de ley (a nivel de transparencia y control parlamentario) hubieran recaído de forma equivalente sobre el conjunto de la deuda pública, como instituto generador de gasto público futuro.

Con la actual redacción del precepto constitucional, se podría extender el ámbito de la reserva de ley efectuando una interpretación amplia del concepto “contraer crédito” del primer párrafo del art. 135.3 de la CE. Este concepto amplio y unitario de crédito debería tener un elemento subjetivo y objetivo lo más próximo posible al elemento subjetivo y objetivo del concepto europeo de deuda pública. De este modo, el ámbito del principio de reserva de ley en materia de deuda pública en España se asemejaría al de otras constituciones de nuestro entorno, como el principio de reserva de ley recogido en la constitución Alemana que alcanza a un concepto de crédito amplio, que integra la habilitación del monto de las deudas financieras (art. 115.1 de la *GG*, que parte del concepto amplio de “crédito” del art. 109.3 de la *GG*).

JURISPRUDENCIA CITADA

1. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

1.1. Tribunal Constitucional

- STC 5/1981, de 13 de febrero: solo deberán tener rango de ley orgánica las materias previstas en la Constitución, sin que tal rango pueda extenderse a otras materias. En el mismo sentido, SSTC 160/1987 de 27 de octubre; 142/1993 de 22 de abril; y 185/1995 de 14 de diciembre. El alcance de la ley orgánica puede ir más allá del desarrollo de lo básico establecido en algunos de los apartados del art. 149.1 CE.

- STC 1/1982, de 28 de enero: El contenido material del concepto “*bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica*” son “*las normas estatales que fijan las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector*”. Se identifica el contenido de bases y planificación general de la actividad económica con “*ordenación de la actuación económica general*” o “*ordenación general de la economía*” u otros contenidos similares. En el mismo sentido, SSTC 95/1986, de 10 de julio; y 152/1988, de 20 de julio.

- STC 66/1985, de 23 de mayo: constitucionalidad de la derogación, por la Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio, del recurso preventivo de inconstitucionalidad contra proyectos de estatutos de autonomía y de leyes orgánicas. Este recurso se recogía inicialmente en el art. 79 de la LOTC.

- SSTC 67/1985, de 24 de mayo: se reserva al “*Estado ex art. 81.1 CE la regulación de los aspectos esenciales, el desarrollo directo del derecho fundamental considerado en abstracto o “en cuanto tal”, en tanto que se atribuye la regulación de la “materia” sobre la que se proyecta el derecho al legislador ordinario, estatal o autonómico, con competencias sectoriales*”. En el mismo sentido, SSTC 157/1992 de 22 de octubre; 127/1994, de 5 de mayo; y 61/1997, de 20 de marzo.

- STC 179/1985, de 19 de diciembre: relaciones entre la Hacienda Estatal y la Hacienda Local. “*El título competencial que más claramente ampara la decisión estatal en este caso (realización de transferencias ocasionales de recursos de la Hacienda estatal a la local) es, sin duda, el contenido en el art. 149.1.14. Sea cual*

fuere el contenido que al concepto general se atribuya, no parece discutible, en efecto, que haya de incluirse dentro del mismo una medida que tiene por objeto directo la relación entre las Haciendas estatal y las Haciendas locales”.

- STC 14/1986, de 31 de enero: *“atribuida al Estado la competencia exclusiva en materia de Hacienda General, sin que figure en ningún momento entre las que pueden atribuirse a las Comunidades Autónomas. Ello no es obstáculo a que deba admitirse que su hacienda privativa es materia propia de dichas Comunidades. Para alcanzar esta conclusión, las opiniones a veces tomen pie en preceptos diversos, como pueden ser el art. 156 de la CE, que les atribuye autonomía financiera, el 157.3 referente al “ejercicio de las competencias financieras”, o incluso el art. 149.3 de la CE, “por tratarse de una materia no expresamente atribuida al Estado por la CE” (FJ 2º). Ahora bien, “el reconocimiento constitucional de las Comunidades Autónomas no es incompatible con ciertas limitaciones”.*
- STC 29/1986, de 20 de febrero: Bases y planificación general de la actividad económica. Corresponde al Estado la ordenación de la actuación económica general, lo cual ha de interpretarse como ordenación de la actuación económica de todos los sectores y del propio Estado con relación a ellos.
- STC 137/1986, de 6 de noviembre: la ley orgánica es una categoría de fuentes y no un título competencial. Puesto que *“ni la unidad de la Constitución toleraría que una de sus disposiciones (art. 149.1.30) se desvirtuase íntegramente por lo establecido en otra (art. 81.1) ni, de otra parte, un precepto ordenador del sistema de fuentes en el ordenamiento integral del Estado (art. 81.1) puede sobreponerse a la norma que, en un plano del todo diverso, busca articular los ámbitos materiales que corresponden a ordenamientos diversos, por más que obviamente unidos (art. 149.1.30)”.*
- STC 160/1987, de 27 de octubre: la Ley Orgánica se define como *“legislación extraordinaria o excepcional”.*
- STC 187/1988, de 17 de octubre: la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas alcanza *“la comprobación de la actividad económica – financiera del sector público desde el punto de vista de los principios de legalidad, eficacia y economía, cuyo resultado se recoge en los informes anuales remitidos a las Cortes, proponiendo las medidas de mejora de gestión correspondientes y constatando las prácticas irregulares y las infracciones con la indicación de la responsabilidad producida y medidas para exigirla”.*

- STC 86/1989, de 11 de mayo: Bases y planificación general de la actividad económica. En función de este título competencial el Estado está facultado a intervenir *“en todo el ámbito que pueda alcanzar transcendencia económica”*.
- STC 28/1991, de 14 de febrero: ni el Tratado de Adhesión ni el Derecho comunitario integran el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes del Estado español. La infracción por leyes y normas estatales o autonómicas del Derecho comunitario no convierte el litigio en constitucional. Corresponde resolver a la jurisdicción ordinaria.
- STC 64/1991, de 22 de marzo: el control de la aplicación del Derecho comunitario por los poderes públicos nacionales es una cuestión infraconstitucional excluida de todos los procesos constitucionales.
- STC 101/1991, de 13 de mayo: *“la ley orgánica tiene una función de garantía adicional que conduce a reducir su aplicación a las normas que establecen restricciones de esos derechos o libertades o los desarrollan de modo directo”, “excluyendo por tanto aquellas otras normas que simplemente afectan a elementos no necesarios sin incidir directamente sobre su ámbito y límites”*.
- STC 13/1992, de 6 de febrero: evitar que la extremada prevención de potenciales injerencias competenciales acabe por socavar las competencias estatales en materia financiera, el manejo y la disponibilidad por el Estado de sus propios recursos y, en definitiva, la discrecionalidad política del legislador estatal en la configuración y empleo de los instrumentos esenciales de la actividad financiera pública.
- STC 79/1992, de 28 de mayo: constitucionalidad de límites específicos al recurso al crédito de las Comunidades Autónomas. El concepto Hacienda General comprende las relaciones entre la Hacienda estatal y otros niveles de Hacienda, especialmente, cuando esas relaciones puedan dar lugar a responsabilidad del Estado frente a la Unión Europea. En el caso concreto, relativo a las ayudas del FEOGA, *“la aplicabilidad del FEOGA en España, que es uno de los capítulos cuantitativamente más importantes de los recursos que reciben de la CEE, afecta a las relaciones financieras del Reino de España con la Comunidad y su equilibrio presupuestario, incidiendo de manera directa en la Hacienda General (art. 149.1.14 CE). Si bien ello no priva a las Comunidades Autónomas de las competencias que les correspondan en la aplicación del Derecho derivado, sí justifica la adopción por el*

Estado de las normas con alcance eventualmente supletorio que sean precisas a fin de que esas relaciones financieras no queden al albor de la actividad o pasividad normativa de todas y cada una de las Comunidades Autónomas competentes”.

- STC 127/1994, de 5 de mayo: requiere ley orgánica *“el desarrollo de la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, ya sea en una regulación directa, general y global del mismo o en una parcial o sectorial, pero, igualmente, relativa a aspectos esenciales del derecho, y no, por parcial, menos directa o encaminada a contribuir a la delimitación y definición legal del derecho”.*
- STC 147/1996, de 19 de septiembre: no corresponde al Tribunal Constitucional ni puede ser el sentido del conflicto positivo de competencia pronunciarse sobre la eventual incompatibilidad entre una norma de Derecho interno y el sistema normativo de la Unión Europea.
- STC 171/1996, de 30 de octubre: el principio de coordinación (art. 156.1 de la CE), entendido con el alcance previsto en el art. 2.1 b) de la LOFCA, exige la acomodación de la actividad financiera de las Comunidades Autónomas a las medidas oportunas que adopte el Estado tendentes a conseguir la estabilidad económica interna y externa, toda vez que a él le corresponde la responsabilidad de garantizar el equilibrio económico general.
- STC 173/1998, de 23 de julio: en virtud del art. 81.1 CE, solo el Estado puede dictar leyes orgánicas en desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas. Las Comunidades Autónomas al ejercer sus competencias deben respetar el contenido de dichas leyes, so pena de incurrir en un vicio de inconstitucionalidad por vulneración del art. 81.1 de la CE. El ámbito de la reserva de Ley Orgánica *“no es coextenso al de las competencias atribuidas al Estado. La reserva de ley orgánica debe cohererarse con el contenido de los preceptos del llamado bloque de la constitucionalidad que distribuyen las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas”.*
- STC 233/1999, de 16 de diciembre: integra en el concepto de Hacienda General *“la regulación de las instituciones comunes a las distintas Haciendas, la coordinación de instituciones comunes a las distintas Haciendas o las medidas de coordinación entre la Hacienda estatal y las Haciendas de las Corporaciones Locales”.*

- STC 62/2001, de 1 de marzo: el establecimiento por parte del Estado de topes máximos de gasto a las Comunidades Autónomas (concretamente, del gasto derivado de las retribuciones de los empleados públicos) constituye una medida económica general de carácter presupuestario dirigida a contener la expansión relativa de uno de los componentes esenciales del gasto público.

- STC 31/2010, de 28 de junio: (en relación con el objeto de estudio de este trabajo) *“el objetivo de estabilidad presupuestaria correspondiente a cada una de las Comunidades Autónomas”* es una cuestión que por su naturaleza y alcance afecta a *“la garantía del equilibrio económico, a través de la política económica general”* y ha de ser aprobada *“con carácter general y de forma homogénea para todo el sistema”*.

- ATC 108/2011, de 5 de julio: mantiene la suspensión del primer párrafo del art. 8.2 de la Ley Foral 12/2010, de 11 de junio, por la que se adaptan a la Comunidad Foral de Navarra las medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. El TC entiende que *“el levantamiento de la suspensión de la vigencia del precepto impugnado podría poner en peligro la efectividad de una medida de política económica general relacionada con el conjunto de la política estatal encaminada a lograr la contención del déficit y endeudamiento públicos”*.

- STC 134/2011, de 20 de julio: el Derecho comunitario no se erige en parámetro de constitucionalidad en nuestro orden interno. El Estado tiene competencias en ordenación de la economía y en materia de Hacienda general, autonomía política y financiera de las Comunidades Autónomas y de los entes locales. Se afirma la validez de los preceptos de las Leyes de estabilidad de 2001 que establecen un régimen de equilibrio presupuestario en el sector público.

- SSTC 157/2011, de 18 de octubre: el principio de estabilidad es *“un mandato constitucional que, como tal, vincula a todos los poderes públicos y que por tanto, en su sentido principal, queda fuera de disponibilidad –de la competencia– del Estado y de las Comunidades Autónomas”*. En el mismo sentido, SSTC 185/2011, de 23 de noviembre; 189/2011, de 23 de noviembre; 195/2011, de 13 de diciembre; y 197/2011, de 13 de diciembre.

- ATC 9/2012, de 13 de enero: el procedimiento agravado del artículo 168 CE está limitado por su propia naturaleza al objeto normativo en él contemplado, sin que

quepa ni sea razonable una extensión por vía alguna de unos requisitos ya de por sí hiperrígidos.

- STC 19/2012, de 15 de febrero de 2012: inconstitucionalidad del requisito de la convivencia en la reducción por el mínimo familiar por descendientes regulado en la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la renta de las personas físicas. (En el presente trabajo esta sentencia es esgrime para argumentar los largos plazos para la resolución de los recursos de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional).

1.2. Tribunal Supremo

- STS 4 de mayo de 1943: El contrato de préstamo se considera un contrato real, entendiéndose que la entrega de la cosa constituye uno de los requisitos esenciales, juntamente con el consentimiento, el objeto y la causa, para la perfección del contrato. En el mismo sentido, STSS 26 de febrero de 1957; 28 de febrero de 1983; 15 de junio de 1984; 10 de julio de 1990; y 22 de mayo de 2001.
- STS de 31 mayo de 1968: *“lo esencial para la existencia del préstamo no es que la entrega de la cosa sea simultánea a la firma del contrato, sino que el deudor reconozca o el acreedor pruebe que dicha cosa o cantidad la tiene, en efecto, recibida con la obligación de devolverla en plazo determinado”*. En idénticos términos, SSTS de 16 de octubre de 1993 y de 7 de octubre de 1994.
- STS de 9 de noviembre de 1974: la acción de nulidad constituye el remedio procesal idóneo para poner en marcha el dispositivo revisorio, provocando la incoación del oportuno expediente, que deberá ser resuelto ineludiblemente por el órgano interpelado.
- STS de 28 septiembre de 1978: una empresa tendrá la calificación de pública cuando haya sido creada, o en ella participe, la Administración, asumiendo riesgo o la dirección de modo pleno o relativo, de acuerdo con la forma que adopte para la realización económica que, como fin esencial, motivó su existencia.
- STS de 8 de julio de 1980: la no imputación de ningún vicio de nulidad absoluta habilita a la Administración a entender improcedente la tramitación y el pronunciamiento oportunos en orden a la declaración de nulidad instada por el interesado.

- STS de 30 de noviembre de 1984: la Administración que dicta un acto sujeto a revocación puede examinar previamente si, *prima facie*, concurre o no alguno de los supuestos originadores de la nulidad absoluta, tales como la inconstitucionalidad.
- STS de 10 de febrero de 2005: existencia de causas jurídicas distintas en el contrato de préstamo y en el contrato de arrendamiento financiero. El préstamo tiene como causa la financiación del prestatario, mientras que en el *leasing* se financia la futura adquisición de un objeto.

2. JURISPRUDENCIA EUROPEA

- STJ de 5 de febrero de 1963 (*Van Gend & Loos vs. Países Bajos*, asunto 26/62): inicialmente, el Tj. estableció como requisito para afirmar la aplicabilidad directa del Derecho comunitario que no existiera intervención legislativa de los Estados miembros.
- STJ de 19 de diciembre de 1968 (*Salgoil vs. Italia*, asunto 13/68): efecto directo de los preceptos de los Tratados en la medida en que sean lo suficientemente precisos para su aplicación. Corresponde al ordenamiento jurídico nacional determinar el órgano jurisdiccional competente para garantizar su protección.
- STJ de 5 de mayo de 1970 (*Comisión vs. Bélgica*, asunto 77/69): el Estado responderá cualquiera que sea el órgano del Estado cuya acción o inacción da origen al incumplimiento de la normativa comunitaria, aun cuando se trate de una institución constitucionalmente independiente.
- STJ de 17 de diciembre de 1970 (*Otto Scheer vs. Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, asunto 30/70): obligación de los Estados de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar la eficacia de las disposiciones comunitarias.
- STJ de 13 de mayo de 1971 (*International Fruit Company y otros vs. Comisión*, asuntos acumulados 41 a 44/71): cuando las disposiciones del Tratado o de los Reglamentos reconocen poderes o imponen obligaciones a los Estados miembros a efectos de la aplicación del Derecho comunitario, la cuestión de saber de qué manera el ejercicio de esos poderes y la ejecución de esas obligaciones pueden ser encomendados por los Estados a determinados órganos depende únicamente del sistema constitucional de cada Estado.

- STJ de 8 de febrero de 1973 (*Comisión vs. Italia*): el Estado no puede alegar disposiciones o prácticas de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos en la normativa comunitaria.
- STJ de 30 de noviembre de 1978 (*Bussone vs. Italia*, asunto 31/78): el grado de discrecionalidad que poseen los Estados a la hora de ejecutar los Reglamentos es limitado, y en ningún caso el margen de apreciación del que disponen puede ir en contra de la finalidad del Reglamento.
- STJ de 27 de septiembre de 1988 (*Parlamento vs. Consejo*, asunto C-302/87): una eventual negativa a actuar, por explícita que sea, puede recurrirse ante el Tribunal de Justicia en virtud del artículo 175 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (recurso de omisión), dado que no pone término a la omisión.
- STJ de 24 de noviembre de 1992 (*Buckl y otros vs. Comisión*, asuntos acumulados C-15/91 y C-108/91): se considera omisión la abstención de adoptar una decisión o una postura. No constituye omisión la adopción de un acto diferente del que los interesados habrían deseado o considerado necesario.
- STJ de 24 de julio de 2003 (*Altmark Trans vs. Nahverkehrsgesellschaft Altmark*, asunto C- 280/00): Ayudas de Estado y Derecho de la energía. Fija los requisitos para poder acogerse a la doctrina de la compensación por ejecución de obligaciones consideradas servicio público.
- STJ de 13 de julio de 2004 (*Comisión vs. Consejo*, asunto C-27/04): recurso de anulación presentado por la Comisión contra las Conclusiones del Consejo. El Tribunal de Justicia considera vulnerado el derecho de iniciativa de la Comisión en el procedimiento de déficit excesivo. Las Conclusiones adoptadas por el Consejo comportaban una modificación de las recomendaciones de la Comisión, sin ir, por otro lado, acompañadas de la correspondiente recomendación.
- Auto del Tribunal de Primera Instancia, de 5 de septiembre de 2006, (*MINTRA vs. Comisión*, Asunto T- 48/05): MINTRA busca la anulación del escrito de Eurostat donde se indica el nivel de déficit y deuda públicos del Estado español al suponer una reclasificación implícita de MINTRA en el sector Administraciones públicas. Eurostat había seguido la información facilitada por el INE, sin modificar los datos

aportados. El Tribunal declara el recurso inadmisibile por carecer el acto recurrido de fuerza jurídica vinculante.

- Auto del Tribunal de Primera Instancia, Sala Cuarta, de 12 de julio de 2007, (*Ayuntamiento de Madrid y Madrid Calle 30 S.A. vs. Comisión*, asunto T-177/06): el Ayuntamiento de Madrid persigue la anulación del comunicado de prensa de Eurostat núm. 48/2006, de 24 de abril, puesto que, en su opinión, contiene una decisión de Eurostat relativa a la clasificación de Madrid Calle 30 S.A. en el sector Administraciones públicas en términos de SEC-95. El Tribunal declaró el recurso inadmisibile por carecer el acto recurrido de fuerza jurídica vinculante.
- Auto del Tribunal de Primera Instancia, de 9 de abril de 2008, (*Bélgica vs. Comisión*, asunto T-403/06): Bélgica interpone, el 22 de diciembre de 2006, el correspondiente recurso de anulación contra la modificación de datos efectuada por Eurostat el 29 de septiembre de 2006. El Tribunal de Justicia no llega a pronunciarse sobre el fondo del asunto por desistimiento del demandante.
- STJ de 27 de noviembre de 2012 (*Thomas Pringle vs. Gobierno de Irlanda, Irlanda y Abogado General*, Asunto C-370/12): Los artículos 4 TUE, apartado 3, 13 TUE, 2 TFUE, apartado 3, 3 TFUE, apartados 1, letra c), y 2, 119 TFUE a 123 TFUE y 125 TFUE a 127 TFUE y el principio general de tutela judicial efectiva no se oponen a la celebración entre los Estados miembros cuya moneda es el euro de un acuerdo como el Tratado constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad.

3. JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

3.1. Jurisprudencia alemana

- BVerfG, 86 BvF 148, de 27 de mayo de 1992: autoriza las ayudas financieras de la federación para los Länder de Saarland y Bremen, al no poder ellos hacer frente por sí mismos a sus problemas fiscales.
- BVerfG, 2 BvR 2134/92, de 12 de octubre de 1993: «Sentencia Maastricht»: el Tribunal Constitucional alemán ratifica la constitucionalidad de la adhesión de Alemania al Tratado de Maastricht. Establece un límite constitucional al proceso de integración al reservarse la determinación del alcance de la transferencia de competencias a la UE. El Tribunal Constitucional alemán mantiene que el proceso de integración económica es un fenómeno independiente de la integración política, y

que es posible la incorporación de Alemania a la tercera fase de la UME precisamente debido a que se han asumido compromisos de estabilidad.

- BVerfG, 2 BvF 2, 3/98, 1, 2/99, de 11 de noviembre de 1999: carácter limitado de la autonomía presupuestaria de los Länder. El Tribunal Constitucional alemán afirma que el régimen financiero en el Estado federal debe entenderse como un todo, y la autonomía financiera queda supeditada a las prescripciones constitucionales relativas a la asignación fiscal y a la compensación financiera.
- BVerfG, 2 BvF 3/03, de 19 de octubre de 2006: la situación presupuestaria del Land Berlín no es calificada como de extrema crisis financiera, sino que se considera que el propio Land tiene capacidad para superar la situación económica. Las ayudas de la Federación constituyen medidas excepcionales (el Tribunal hace alusión al principio de *ultima ratio*) aplicables al no haber otras vías para superar la crisis financiera; y que, en caso de no aprobarse estas, se pondría en peligro “*la existencia del Land como sujeto constitucional capaz de desempeñar sus tareas públicas*”.
- BVerfG, 2 BvG 1/10, de 19 de agosto de 2011: recurso del Parlamento de Schleswig-Holstein por la injerencia del límite al endeudamiento en la autonomía presupuestaria de los Länder. El recurso fue rechazado considerando que un Parlamento no puede presentar recursos ante el Tribunal Constitucional Federal alemán.

3.2 Jurisprudencia francesa

- Decisión del Conseil constitutionnel n° 2008-567, DC de 24 de julio de 2008: en el contrato de *partenariat* es preceptiva una fase de análisis preliminar o evaluación previa, en la que deben constatarse: de una parte, la urgencia o complejidad de la operación, y, de otra parte, la enunciación precisa, motivada y justificada analíticamente, de las razones que conducen a la elección del proyecto y a su formalización en un contrato de *partenariat*.

ACTOS DE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS CITADOS¹⁶¹²

**1. ACTOS RELATIVOS A LA DISCIPLINA PRESUPUESTARIA –
TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE DÉFICIT EXCESIVO**

COMISIÓN EUROPEA, *Commission White Paper to the European Council on Completion of the Internal Market*, COM(85) 310 final, 14 de junio de 1985, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *Informe de Convergencia 1998 (elaborado de conformidad con el apartado 1 del artículo 109 J del Tratado)*, 25 de marzo de 1998, Bruselas.

CONSEJO EUROPEO, *Decisiones del Consejo 98/307/CE a 98/315/CE del Consejo, por las que se derogan las decisiones sobre la existencia de un déficit excesivo Bélgica, Alemania, Austria, Francia, Italia, España, Portugal, Suecia y el Reino Unido, respectivamente.*

CONSEJO EUROPEO, *Council Decision abrogation the Decision on the existence of an excessive deficit in Greece*, (2003/33/EC), 17 de diciembre de 1999, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *Recommendation for a Council Decision on the excessive deficit in Portugal – Application of Article 104(6) of the Treaty establishing the European Community*, SEC(2002) 1118 final, 16 de octubre de 2002, Bruselas.

CONSEJO EUROPEO, *Council Decision on the existence of an excessive deficit in Portugal. Application of Article 104.6 of the Treaty establishing the European Community*, (2002/923/EC), 5 de noviembre de 2002, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *Commission opinion on the existence of an excessive deficit in Germany– Application of Article 104(5) of the Treaty establishing the European Community*, SEC(2003) 8 final, 8 de enero 2003, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *Recommendation for a Council Decision on the existence of an excessive deficit in Germany- Application of Article 104(6) of the Treaty establishing the European Community*, SEC(2003) 9 final, 8 de enero de 2003, Bruselas.

¹⁶¹² Por la importancia que tienen a lo largo del estudio, recogemos los actos típicos y atípicos de las Instituciones europeas que han sido citados (a excepción de los Reglamentos y las Directivas). Su naturaleza es diversa (Recomendaciones, Decisiones, Informes, Libros Verdes, Libros Blancos, etc.), por ello, se han sistematizado en cuatro epígrafes, en atención a la materia y, dentro de cada epígrafe se ha seguido un orden cronológico ascendente, de los actos más antiguos a los actos más recientes.

COMISIÓN EUROPEA, *Recommendation for a Council Recommendation to Germany with a view to bringing an end to the situation of an excessive government deficit- Application of Article 104(7) of the Treaty*, SEC(2003) 10 final, 8 de enero de 2003, Bruselas.

CONSEJO EUROPEO, *Decision on the existence of an excessive deficit in Germany — Application of Article 104(6) of the Treaty establishing the European Community*, (2003/89/CE), 21 de enero de 2003, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *Commission opinion on the existence of an excessive deficit in France- Application of Article 104(5) of the Treaty establishing the European Community*, SEC(2003) 514 final, 7 de mayo de 2003, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *Recommendation for a Council Decision on the existence of an excessive deficit in France. Application of Article 104(6) of the Treaty establishing the European Community*, SEC(2003) 515 final, 7 de mayo de 2003, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *Recommendation for a Council Recommendation to France with a view to bring an end to the situation of an excessive government deficit- Application of Article 104 (7) of the Treaty*, SEC(2003) 516 final, 7 de mayo de 2003, Bruselas

COMISIÓN EUROPEA, *Recommendation for a Council Decision giving notice to Germany, in accordance with Article 104(9) of the EC Treaty, to take measures for the deficit reduction judged necessary in order to remedy the situation of excessive deficit*, SEC(2003) 1317 final, 18 de noviembre de 2003, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *Recommendation for a Council Decision establishing, in accordance with Article 104(8) of the EC Treaty, that the action taken by Germany in response to the recommendation made by the Council pursuant to Article 104(7) of the Treaty is proving to be inadequate*, SEC(2003) 1319 final, 18 de noviembre de 2003, Bruselas.

CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones del Consejo sobre la evaluación de las acciones emprendidas por Alemania para responder a las recomendaciones del Consejo con arreglo al apartado 7 del artículo 104 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y estudio de nuevas medidas dirigidas a la reducción del déficit para poner remedio a la situación*, recogidas en la Decisión 2003/89/CE, del Consejo, de 25 de noviembre 2003, Bruselas.

CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones del Consejo sobre la evaluación de las acciones emprendidas por Francia para responder a las recomendaciones del Consejo con arreglo al apartado 7 del artículo 104 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y estudio de nuevas medidas dirigidas a la reducción del déficit para poner remedio a la situación*, recogidas en la Decisión Decisión 2003/487/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *Recommendation for a Council Decision abrogating the decision on the existence of an excessive deficit in Portugal - Application of Article 104(12) of the Treaty establishing the European Community*, SEC(2004) 497 final, 28 de abril de 2004, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *Report from the Commission, The Netherlands, report prepared in accordance with article 104(3) of the Treaty*, SEC(2004), 486 final, 28 de abril de 2004, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *Report from the Commission, United Kingdom, report prepared in accordance with article 104(3) of the Treaty*, SEC(2004), 487 final, 28 de abril de 2004, Bruselas.

CONSEJO EUROPEO, *Decisión por la que se deroga la Decisión relativa a la existencia de un déficit excesivo en Portugal*, 2005/135/CE, de 11 de mayo de 2004, Bruselas.

CONSEJO EUROPEO, *Council decision of 5 of July 2004 on the existence of an excessive deficit in Hungary*, (2004/918/EC), 5 de julio de 2004, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo. Reforzamiento de la gobernanza económica y mejora de la aplicación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento*”, COM(2004) 581 final, 3 de septiembre de 2004, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *Communication from the Commission to the Council. The situation of Germany and France in relation to their obligations under the excessive deficit procedure following the judgement of the Court of Justice*, COM(2004) 813 final, 14 de diciembre de 2004, Bruselas.

CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 22 y 23 de marzo de 2005*, Bruselas.

CONSEJO EUROPEO, *Decisión de la existencia de déficit excesivo en Portugal*, (2005/730/CE), de 20 de septiembre de 2005, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *December 2005 update of the stability programme of Spain (2005 – 2008). An assessment*, ECFIN/B3/2006/50381, 8 de marzo de 2006, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *Opinion on the existence of an excessive deficit in United Kingdom*, SEC(2008) 2194 final, 2 de julio de 2008, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *Recommendation for a Council decision on the existence of an excessive deficit in United Kingdom*, SEC (2008) 2201 final, 2 de julio de 2008, Bruselas.

CONSEJO EUROPEO, *Council Decision of 8 of July 2008 abrogating Decision 2005/183/EC on the existence of an excessive deficit in Poland*, (2008/622/EC), de 8 de julio de 2008, Bruselas.

CONSEJO EUROPEO, *Council decision of 8 of July 2008 on the existence of an excessive deficit in United Kingdom*, (2008/713/EC), 8 de julio de 2008, Bruselas. (DO L 238/5 de 5 de septiembre de 2008).

COMISIÓN EUROPEA, *Report from the Commission, France. Report prepared in accordance with Article 104.(3) of the Treaty*, SEC(2009) 190 final, 18 de febrero de 2009, Bruselas

COMISIÓN EUROPEA, *Report from the Commission, Spain. Report prepared in accordance with Article 104(3) of the Treaty*, SEC (2009) 197 final, 18 de febrero de 2009, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *Report from the Commission, Greece. Report prepared in accordance with Article 104. (3) of the Treaty*, SEC(2009) 197 final, 18 de febrero de 2009, Bruselas

CONSEJO EUROPEO, *Council decision of 27 of April 2009 on the existence of an excessive deficit in France*, (2009/414/EC), de 27 de abril de 2009, Bruselas, (DO L 135/19 de 30 de mayo de 2009).

COMISIÓN EUROPEA, *Commission opinion on the existence of an excessive deficit in Malta*, SEC(2009) 848 final, 24 de junio de 2009, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *Recommendation for a Council Decision on the existence of an excessive deficit in Latvia*, SEC(2009) 921 final, 2 de julio de 2009, Bruselas.

CONSEJO EUROPEO, *Council decision of 7 of July 2009 on the existence of an excessive deficit in Poland*, (2009/589/EC), de 7 de julio de 2009, Bruselas.

CONSEJO EUROPEO, *Recommendation to the United Kingdom with a view to bringing an end to the situation of an excessive government deficit*”, 15765/09, ECOFIN 776, UEM 302, 30 de noviembre de 2009, Bruselas

COMISIÓN EUROPEA, *Communication from the Commission to the European parliament, the European Council, the Council, the European Central Bank, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, reinforcing economic policy coordination*, COM(2010) 250 final, de 12 de mayo de 2010, Bruselas.

CONSEJO EUROPEO, *Dictamen sobre el programa de estabilidad actualizado de España (2009 – 2013)*, 4 de junio de 2010, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *Communication from the Commission to the European parliament, the European Council, the council, the European Central Bank, the European economic and social Committee and the Committee of the regions. Enhancing economic policy coordination for stability, growth and jobs – Tools for stronger EU economic governance*, COM(2010) 367/2, 30 de junio de 2010, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *Report from the Commission prepared in accordance with Article 126(3) of the Treaty*, SEC(2010) 588/2, 2010, Bruselas,.

CONSEJO EUROPEO, *Council implementing decision suspending commitments from the Cohesion Fund for Hungary with effect from 1 January 2013*, 2012/156/EU, 13 de marzo de 2012, Bruselas.

CONSEJO EUROPEO, *Implementing decision lifting the suspension of commitments from the Cohesion Fund for Hungary*, 2012/323/EU, 22 de junio de 2012, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Informe provisional de situación sobre la aplicación de la Directiva*

2011/85/UE del Consejo relativa a los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros, COM(2012), 761 final, 14 de diciembre de 2012, Bruselas.

2. ACTOS RELATIVOS A LA MEJORA DE LA CALIDAD DE LOS DATOS ESTADÍSTICOS PRESENTADOS POR LOS ESTADOS MIEMBROS

COMISIÓN EUROPEA, *Decisión 97/281/CE, de 21 de abril de 1997, sobre la función de Eurostat en la producción de estadísticas comunitarias*, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la necesidad de mejorar la calidad de las estadísticas presupuestarias y los medios a tal fin*, COM(2002) 670 final, 27 de noviembre de 2002, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Reforzamiento de la gobernanza económica y mejora de la aplicación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento*, COM(2004), 581 final, 3 de septiembre de 2004, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Informe sobre la responsabilidad relativa a la revisión de los datos presupuestarios de Grecia*, COM(2004) 784 final, 1 de diciembre de 2004, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Hacia una estrategia europea de gobernanza en materia de estadísticas fiscales*, COM(2004), 832 final, 22 de diciembre de 2004, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativa a la independencia, la integridad y la responsabilidad de las autoridades estadísticas de los Estados miembros y de la Comunidad*, COM(2005) 217 final, 25 de mayo de 2005, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *Recomendación de la Comisión al Consejo relativa a la independencia, la integridad y la responsabilidad de las autoridades estadísticas de los Estados miembros y de la Comunidad*, COM(2005) 217 final, 25 de mayo de 2005, Bruselas.

CONSEJO EUROPEO, *Decisión del Consejo por la que se crea un Comité de estadísticas monetarias, financieras y de balanzas de pagos*, (2006/856/CE), de 13 de noviembre de 2006, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *Report from the Commission to the European Parliament and the council on the quality of fiscal data reported by member States in 2012*, COM(2013) 88 final, 20 de febrero de 2013, Bruselas.

COMISIÓN, *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Hacia la aplicación de normas armonizadas de contabilidad del sector público en los Estados miembros. La idoneidad de las IPSAS para los Estados miembros*, COM(2013), 6 de marzo de 2013, Bruselas

COMISIÓN, *Comunicación de la Comisión. Marco armonizado para los proyectos de planes presupuestarios y los informes de emisión de deuda en la zona del Euro*, COM(2013) 490 final, 27 de junio de 2013, Bruselas.

3. ACTOS RELATIVOS A LA CLASIFICACIÓN SECTORIAL DE ENTES EN TÉRMINOS DE SEC-95

COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación relativa a la metodología de análisis de las ayudas estatales vinculadas a los costes de transición a la competencia*, de 26 de julio de 2001, Carta de la Comisión SG (2001), D/290869, de 6 de agosto de 2001, Bruselas.

EUROSTAT, *Treatment of the transfer of Government real estate to a public – owned corporation in Austria*, Press Release, núm. 15/2002, 31 de enero de 2002, Luxemburgo.

EUROSTAT, *Decisión de Eurostat sobre déficit y deuda: tratamiento de las colaboraciones público-privadas*”, de 11 de febrero de 2004, Luxemburgo.

EUROSTAT, *Methodological treatment of the capital injections into RENFE – Operadora in 2006*, 28 de marzo de 2008, Luxemburgo.

EUROSTAT, *EDP dialogue visit to Spain. Final Findings*, 14 de junio de 2007, Luxemburgo.

EUROSTAT, *Methodological treatment of the capital injections into ADIF*, 26 de julio de 2007, Luxemburgo¹⁶¹³.

COMISIÓN EUROPEA, *Asunto ayuda de Estado NN 54/A/2008. Fondo de adquisición de activos financieros*, C(2008) 6713 final, 4 de noviembre de 2008, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *Case n° COMP/M.5508 – SOFFIN/HYPO REAL ESTATE*, SG- Greffe (2009) D/2686, C(2009) 3994, 14 de mayo de 2009, Bruselas.

EUROSTAT, *Survey on the sector classification of public hospitals and homes for elderly in ESA95*, 2009, Luxemburgo.

EUROSTAT, *Decision of Eurostat on deficit and debt: The statistical recording of public interventions to support financial institutions and financial markets during the financial crisis*, 15 de julio de 2009, Luxemburgo.

EUROSTAT, *EDP dialogue visit to Spain 15-16 June 2009*, 28 de septiembre de 2009, Luxemburgo.

COMISIÓN EUROPEA, *State aid. N° 349/2009, Credit Institutions Eligible Liabilities Guarantee Scheme*, C (2009) 9165 final, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *Asunto relativo a las medidas de recapitalización a favor del sector bancario en España*, C(2010)504 final, de 28 de enero de 2010, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *State Aid Scoreboard Report on recent developments on crisis aid to the financial sector*, COM(2010), 255 final, 25 de mayo de 2010, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *State aid N 317/2010, Extension of the recapitalisation measures in favour of the banking sector in Spain*, C(2010) 504 final, 23 de julio de 2010, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *State aid N 329/2010, Restructuring of CajaSur*, C(2010) 7710 final, 8 de noviembre de 2010, Bruselas.

¹⁶¹³ Véase también, INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Comments on the methodological analysis by Eurostat about the ESA95 accounting treatment of the capital injections into ADIF*, 13 de agosto de 2007, Madrid. Este documento contiene los comentarios del INE a la clasificación sectorial de ADIF establecida por Eurostat.

COMISIÓN EUROPEA, *Communication from the Commission to the Council and the Economic and Financial Committee on the European Financial Stabilisation Mechanism*, COM(2010) 713 final, de 30 de noviembre de 2010.

CMFB, *Opinion on the recording in national accounts of European Financial Stability Facility (EFSF)*”, 25 de enero de 2011, Lisboa.

EUROSTAT, *The statistical recording of operations undertaken by the European Financial Stability Facility*, News Releases, 13/2011, enero de 2011, Luxemburgo.

CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones Consejo Europeo 16 y 17 de diciembre de 2010*, EUCO 30/1/10 REV 1, 25 de enero de 2011, Bruselas.

CMFB, *Opinion on the recording in national accounts of the European Stability Mechanism*, 10 de marzo de 2011, Lisboa.

CONSEJO EUROPEO, *Decisión, de 25 de marzo de 2011, que modifica el art. 136 del TFUE en relación con un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro*, (2011/199UE).

EUROSTAT, *Treatment of the European Financial Stability Facility (EFSF). Background note*, 27 de junio de 2011, Luxemburgo.

EUROSTAT, *EDP Dialogue visit to Spain, 17–18 February 2011*, 22 de noviembre de 2011, Luxemburgo.

EUROSTAT, *The impact on EU Governments’ deficit and debt of the decisions taken in the 2011 – 2012 European Summits*, Directorate Government Finance Statistics, 12 de abril de 2012, Luxemburgo.

COMISIÓN EUROPEA, *State aid SA. 34255 (2012/N), Restructuring of CAM and Banco CAM*, C(2012) 3540 final, 30 de mayo de 2012, Bruselas.

EUROSTAT, *The impact of bank recapitalisation on government finance statistics during the financial crisis*, 18 julio de 2012, Luxemburgo.

COMISIÓN EUROPEA, *State aid 33733 (2012/N), Restructuring of UNNIM Banc SAU*, C(2012) 5014 final, 25 de julio de 2012, Bruselas.

EUROSTAT, *Final findings, EDP dialogue to Austria, 25 - 26 de junio de 2012*, 8 de enero de 2013, Luxemburgo.

CMFB, *Opinion on the recording in national accounts of the European Stability Mechanism (ESM)*, de 22 de enero de 2013, Newport.

CMFB, *Opinion regarding a clarification of the criteria used for the recording of capital injections*, 18 de marzo de 2013, Newport.

EUROSTAT, *Formal ex ante consultation on the classification of the Sociedad de activos de Reestructuración (SAREB)*, 26 de marzo de 2013, Luxemburgo.

EUROSTAT, *EDP Dialogue visit to Spain, 24–25 January*, 30 de agosto de 2013, Luxemburgo.

4. ACTOS RELATIVOS A LAS COLABORACIONES PÚBLICO PRIVADAS

EUROSTAT, *Decisión de Eurostat sobre déficit y deuda: tratamiento de los partenariados público-privados*, 11 de febrero de 2004, Luxemburgo.

COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*. COM(2004), 327 final, de 30 de abril de 2004, Bruselas.

EUROSTAT, *Long Term Contracts Between Government Units And Non-Government Partners*, de 30 de agosto de 2004, Luxemburgo.

EUROSTAT, *Formal consultation on the classification of the assets in the Public-private partnership (Autovía del Salnés, Tramo enlace con la PO-531-Sanxenxo)*, 3 de junio de 2008, Luxemburgo.

EUROSTAT, “*Public – Private Partnership by Autonomous Community of Aragon*”, Recomendaciones de 18 de agosto de 2010 y 21 de junio de 2011, Luxemburgo.

EUROSTAT, *Consultation on the classification of the assets in the Public-private partnership (Autovía A-21 del Pirineo motorway in the autonomous Region of Navarra)*, 7 de julio de 2011.

EUROSTAT, *Formal consultation on the classification of the assets in the Public-private partnership (Irrigable area of the Navarra Canal, Phase I)*, 11 de agosto de 2011, Luxemburgo.

EUROSTAT, *Final findings, EDP dialogue to Germany, 5 - 6 de mayo de 2011*, 27 de julio de 2011, Luxemburgo.

EUROSTAT, *Final findings, EDP dialogue and ad-hoc visits to Portugal*, 18 de octubre de 2011, Luxemburgo¹⁶¹⁴.

CMFB, *Opinion on a supplement on contingent liabilities and other potential obligations to the EDP related questionnaire*, Julio de 2013, Newport.

¹⁶¹⁴ Véase también EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE, *New Eurostat rules on contracts that fund the major part of availability payments using tolls collected by or on behalf of the government. The case of the SCUT motorway contracts in Portugal*, Septiembre de 2011.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., “*Constitución española. Trabajos Parlamentarios*”, Cortes Generales, Madrid, 1980, Tomo II.
- AA.VV., “*Glosario de términos bursátiles y financieros*”, Thomson Cívitas, Madrid, 2004.
- ABBAMONTE, Giuseppe, *Corso di Diritto finanziario*, Liguori, Napoli, 1975.
- ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, *Compendio de Derecho Civil*, 13ª ed., Edisofer S.L.- Libros jurídicos, 2007.
- ALBERTÍ ROVIRA, Enoch, AA.VV., “Encuesta sobre la reforma constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año núm. 31, (93), Septiembre – Diciembre, 2011, pp. 159 – 210.
- ALBI IBÁÑEZ, Emilio, GONZÁLEZ PÁRAMO, José Manuel, ZUBIRI ORIA, Ignacio, *Economía pública II*, 3ª ed., Ariel.
- ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, César, “La Ley General Presupuestaria, un juicio global”, *Revista de Estudios*, (77), 1977.
- ALONSO ESPINOSA, Francisco José, “Intereses del inversor y derecho del mercado de valores”, *Revista de Derecho Mercantil*, (208), abril–mayo, 1993, pp. 417 – 470.
- ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Derecho comunitario. Derechos nacionales y Derecho común europeo*, Civitas, Madrid, 1998.
- “Los Tribunales Constitucionales y el control del Derecho interno conectado con el comunitario”, *Foro Nueva época*, (2), 2005.
- *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2010.
- ÁLVAREZ CONDE, Enrique y DE CARRERAS SERRA, Francesc, AA.VV., “Encuesta sobre la reforma constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año núm. 31, (93), Septiembre – Diciembre, 2011, pp. 159 – 210.

- ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Joaquín, y SALINAS ALCEGA, Sergio, “La aplicación del procedimiento de déficit excesivo: los casos de Francia y Alemania. Análisis de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de julio de 2004 (asunto C- 27/04, Comisión contra Consejo)”, *Presupuesto y Gasto público*, (40), 2005, pp. 9 – 28.
- AMENGUAL ANTICH, José, “La estabilidad presupuestaria su medición”, *Auditoria Pública*, (30), 2003, pp. 46 – 59.
- “Una consecuencia de la Ley General de Estabilidad presupuestaria: alternativas a la financiación de inversiones públicas”, *Presupuesto y gasto público*, (40), 2005, pp. 55-77.
- AMSELEK, Paul, “Le budget de l’État et le Parlement sous la V République“, *Revue du droit public et de la science politique*, (5-6), (Ejemplar dedicado a: Les 40 ans de la Cinquième République / coord. por Jean-Michel Blanquer, Jean Pierre Camby, Christophe Guettier), 1998, pp. 1444 – 1473.
- ANGEL, Benjamin, “Le Pacte de Stabilité est-il mort?”, *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne*, (476), Marzo, 2004, pp. 145 – 150.
- ANNETT, Anthony, DECRESSIN, Jörg, DEPPLER, Michael, “Reforming the Stability and Growth Pact”, *International Monetary Fund*, Policy Discussion Paper 05/02, European Department, Febrero 2005.
- ARAGÓN REYES, Manuel, “Encuesta sobre la reforma constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año núm. 31, (93), Septiembre – Diciembre, 2011, pp. 159 – 210.
- ARROYO GIL, Antonio, *La reforma constitucional del federalismo alemán. Estudio crítico de la 52.ª Ley de modificación de la Ley Fundamental de Bonn, de 28 de agosto de 2006*, Institut d’Estudis Autònoms, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2009.
- “La reforma constitucional de 2009 de las relaciones financieras entre la Federación y los Länder en la República Federal de Alemania”, *Revista d’Estudis Autònoms i Federals*, (10), abril 2010, pp. 40 – 71.
- ARTIS, Michael J., y ONORANTE, Luca, “The revision of the Stability and Growth Pact: the Medium-Term objective”, en la obra colectiva *Between Growth and Stability: The demise and reform of the European Union’s stability and Growth Pact*, editado por TALANI, Leila Simona, y CASEY, Bernard, Edward Elgar, 2008, pp. 170 – 190.

- ATIENZA MENA, María Teresa, “El déficit público y el Presupuesto del Estado. Clases y consideraciones”, *Hacienda Pública Española*, (85), 1983, pp. 297 – 302.
- ATIENZA MENA, M^a Teresa, “El mercado de deuda pública española”, *Presupuesto y Gasto Público*, (3), 1979, pp. 29 – 34.
- AZOULAI, Loïc, POIARES MADURO, Miguel, DE WITTE, Bruno, CREMONA, Marise, HYVÄRINEN, Anna, KOCHAROV, Anna, ABDALLAT, Anwar, “Another Legal Monster? An EUI Debate on the Fiscal Compact Treaty”, *EUI Working Paper LAW*, 2012/09, 2012, pp. 1 – 31.
- BALL, Laurence y MANKIW, Gregory, “What do budget deficits do?” en la obra colectiva *Budget deficits and debt: Issues and Options*, Federal Reserve Bank of Kansas City, Kansas City, 1995, pp. 95 – 119.
- BANCO CENTRAL EUROPEO, *Boletín mensual mayo 2010*, (Traducción y publicación del Banco de España), Madrid, 2010.
- BANCO CENTRAL EUROPEO, “The relationship between monetary policy and fiscal policies in the euro area”, *Boletín Mensual*, Febrero 2003, pp. 37 – 50.
- “El Mecanismo Europeo de Estabilidad”, *Boletín Mensual*, Julio 2011, pp. 75 – 89.
- BANCO DE ESPAÑA, *Nota Metodológica de las cuentas financieras de la economía española*, Notas Estadísticas, (5), Madrid, 2011.
- BANCO DE ESPAÑA, *Informe de estabilidad financiera*, (11), Madrid, 2011.
- BANCO MUNDIAL, *Averting the Old-Age Crisis*, Policy Research Report, Oxford University Press, New York, 1994.
- *Implementing a Framework for Managing Fiscal Commitments from Public Private Partnerships*, Operational Note, 2013, pp. 1 – 36.
- BANK OF ENGLAND, “*Quantitative easing explained. Putting more Money into our economy to boost spending*”, Londres, 2010, pp. 1 – 14.
- BAÑO LEÓN, José M^a, “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las Administraciones públicas”, *Revista Administración pública*, (151), 2000, pp. 11 – 38.
- BAQUERO CRUZ, Julio, *Entre competencia y libre circulación. El derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 2002.

- BAREA TEJEIRO, José, “El déficit público”, *Papeles de Economía*, (10), 1982, pp. 38 – 57.
- “El marco conceptual del déficit público”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, (81), 2, 2004, pp. 61 – 89.
- “Una nota sobre déficit público y activos financieros”, *Revista española de control externo*, vol. 8, (24), 2006, pp. 165 – 171.
- BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercè, *La ley orgánica. Ámbito material y posición en el sistema de fuentes*, Atelier, Barcelona, 2004.
- BARRIO, José, “La futura Ley de estabilidad Presupuestaria y su efecto en las Corporaciones Locales”, *Revista Análisis Local*, (36), 2001, pp. 5 – 12.
- BARRO, Robert J., “Federal Deficit Policy and the Effects of Public Debt Shocks”, *Journal of Money, Credit and Banking*, (16), 1980, pp. 747 – 762.
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco J, AA.VV., “Encuesta sobre la reforma constitucional” *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año núm. 31, (93), Septiembre – Diciembre, 2011, pp. 159 – 210.
- BAUMANN, Elke y KASTROP, Christian, “A new Budget rule for Germany”, *Fiscal Policy: Current issues and challenges*, Ninth Banca d’Italia workshop, Perugia 29–31 Marzo, 2007, 595 – 612.
- BAUTISTA SAGÜÉS, Fernando y GIANNI MASÍA, Mario, “La titulización de activos” en la obra colectiva *Lecciones de Derecho Bancario y Bursátil*, Colex, Madrid, 2001, pp. 111 – 132.
- BAYONA DE PEROGORDO, Juan José, “Notas para la construcción de un Derecho de los Gastos públicos”, *Presupuesto y gasto público*, (2), 1979, pp. 65 – 80.
- “El procedimiento de gasto público y su control”, *Presupuesto y gasto público*, (13), 1982, pp. 27 – 36.
- *El Derecho de los gastos públicos*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, Madrid, 1991.
- BAYONA DE PEROGORDO, Juan José y SOLER ROCH, M^a Teresa, *Derecho financiero*, Vol. II., Compás, Alicante, 1989.

- *Temas de Derecho Presupuestario*, Compás, Alicante, 1990.
- BEGG, Ian, “Economic governance in an enlarged euro area”, *Economic Paper* (European Commission, DG ECFIN) 311, Bruselas, 2008, pp. 1 – 30.
- BEGG, Iain, “Hard and soft Economic Coordination under EMU: Problems, Paradoxes and Prospects”, *London School of Economics/ Harvard, Working Papers Series*, (103), 2003, pp. 1 – 13.
- BERG, Sigbjørn Atle, “Central Bank auctions of deposit certificates”, *Arbeidsnotat, Norges Bank*, Oslo, 1996.
- BELKE, Ansgar, “Driven by the Markets? ECB Sovereign Bond Purchases and the Securities Markets Programme”, *RUHR Economic Papers*, (194), Universität Duisburg Essen, pp. 1 – 13.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, Alberto, “El Derecho del mercado de capitales”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Año 8, (29), 1988, pp. 67 – 112.
- BLANCO VALDÉS, Roberto Luis, “La reforma de 2011: de las musas al teatro”, *Claves de Razón Práctica*, (216), octubre, 2011, pp. 8 – 18.
- BLANQUER, Jean Michel, “Bloc de constitutionnalité ou Ordre constitutionnel?”, en la obra *Mélanges Jacques Robert: libertés*, Montchrestien, Paris, 1998, pp. 227 – 239.
- BODMER, Frank, “The Swiss debt brake: how it Works and What can go wrong”, *Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik*, Vol. 142, (3), 2006., pp. 307 – 330.
- BOEX, Jameson, MARTÍNEZ - VAZQUEZ, Jorge, MCNAB, Robert, *Multi – Year Budgeting: a Review of International Practices and Lessons for Developing and Transitional Economies*, Georgia State University, Andrew Young School of Policy Studies, Working Paper 98 – 4, noviembre 1998, pp. 1 – 37.
- BÖHM-BAWERK, Eugen von, *Histoire critique des théories de l’intérêt du capital*, Vol. II, Paris, 1902.
- BOUCHEZ, Rémi, “«Les nouvelles propositions»: Des lois de programmation des finances publiques au projet d’instituer des lois-cadres d’équilibre des finances publiques”, *Revue Française de Finances Publiques*, (117), Febrero, 2012, 121 – 132.

- BROKELMANN, Helmut, “El Derecho europeo de la energía y las ayudas de Estado”, en la obra colectiva *“Tratado de Regulación del Sector Eléctrico”*, Tomo I, 2009, (Aspectos jurídicos), pp. 185 – 211.
- BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 1990.
- BUITER, Willem y TOBIN, James, “Debt Neutrality: a Brief Review of Doctrine and Evidence”, *Social Security Versus Private Saving*, Ed. VON FURSTENBERG, Ballinger Publishing Co., 1977, pp. 39 – 63.
- BURNS, Andrew y GOGGIO, Alessandro, “Public Expenditure Management in France”, Economic Department, Working Papers, (409), Octubre 2004, pp. 1 – 40.
- BUTI, Marco, “Will the New Stability and Growth Pact Succeed? An Economic and Political Perspective”, *European Economy*, (241), 2006, pp. 1 – 25.
- BUTI, Marco, FRANCO, Daniele, ONGENA, Hedwig, “Budgetary policies during recessions. Retrospective Application of the “Stability and Growth Pact” to the Post Ward Period”, *Recherches économiques de Louvain*, Vol. 63, (4), 1997, pp. 321 – 366.
- BUTI, Marco, FRANCO, Daniele, ONGENA, Hedwig, “Fiscal Discipline and Flexibility in EMU: The Implementation of the Stability and Growth Pact”, *Oxford Review of Economic Policy*, (14), 1998, pp. 81 – 97.
- BUTI, Marco, y FRANCO, Daniele, *Fiscal Policy in Economic and Monetary Union. Theory, Evidence and Institutions*, Cheltenham; Edward Elgar, 2005.
- BUTI, Marco y VAN DEN NOORD, Paul, *Discretionary Fiscal Policy and Elections: the Experience of the Early Years of EMU*, OCDE, Economic Department, Working Papers, (351), Marzo 2003, pp. 1 – 18.
- CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel, *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del Derecho comunitario*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- CALVO CHARRO, María, “La Administración institucional. Los organismos autónomos y las Entidades públicas empresariales”, *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. Extra 2, 2004 (Ejemplar dedicado a: Gobierno y Administración del Estado. Cometarios a la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado), pp. 375 – 404.

- CAMMACK, Elizabeth B., “Evidence of bidding strategies and the information in Treasury Hill auctions”, *Journal of Political Economy*, (99), 1991, pp. 100 – 130.
- CARNELUTTI, Francesco, *Teoria giuridica della circolazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Padova, 1933.
- CARRASCO CANALS, Fernando, *Déficit público y contabilidad nacional. El Pacto de Estabilidad y Crecimiento*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2006.
- CARRASCO CANALS, Fernando, *Fundamentos del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1999.
- CARRASCO DURÁN, Manuel, “La interpretación de la competencia del Estado sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13ª de la Constitución)”, *Revista de Derecho político*, (62), pp. 55 – 94.
- CARRERA RAYA, Francisco José, “El empréstito como modalidad de la deuda pública: su naturaleza jurídica”, *Civitas. Revista española de Derecho Financiero*, (57), 1988, pp. 89 – 122.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español común y foral*; Tomo IV, Madrid, 1977.
- CATENARO, Marco y MORRIS, Richard, “Fiscal policy and implementation in EMU. From Maastricht to the SGP reform and beyond”, en la obra colectiva, FARINA, Francesco y TAMBORINI, Roberto, *Macroeconomic Policy in the European Monetary Union. From the old to the new Stability and Growth Pact*, Routledge Studies in the European Economy, London, 2008, pp. 19 – 44.
- CAYÓN GALIARDO, Antonio., “El principio de equilibrio presupuestario como límite al poder financiero de las Cortes Generales”, en la obra colectiva, *Las funciones financieras de las Cortes Generales*, Cámara de los Diputados, Madrid, 1985, pp. 83 – 152.
- CAZORLA PRIETO, Luis, M^a, “Comentarios al artículo 31 de la CE” en la obra colectiva *Comentarios a la Constitución*, dirigida por GARRIDO FALLA, Civitas, Madrid, 1980, pp. 640 – 670.
- CHALTIEL, Florence, “Le Pacte de stabilité, entre exigences juridiques et pragmatisme politique”, *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne*, (481), 2004, pp. 509 – 514.

- CHOURAQUI, Jean-Claude, “Los déficit presupuestarios, el crecimiento monetario y el fenómeno del “*crowding out*”, *Papeles de Economía Española*, (33), 1983, 393 – 404.
- CHOURAQUI, Jean-Claude, “Los déficit públicos en los países de la OCDE: causas y consecuencias”, *Papeles de Economía*, (24), 1985, pp. 2 – 33.
- COMISIÓN EUROPEA, “*Commission White Paper to the European Council on Completion of the Internal Market*”, COM (85) 310 final, of 14 June 1985.
- *One market, one money: An evaluation of the potential benefits and costs of forming an economic and monetary union*, Directorate-General for Economic and Financial Affairs, (44), octubre 1990.
- “Technical note: The Commission services method for the cyclical adjustment of government budget balances”, *European Economy*, Directorate-General for Economic and Financial Affairs, (60), Luxemburgo, 1995, pp. 35 – 91.
- *Informe de Convergencia 1998 (elaborado de conformidad con el apartado 1 del artículo 109 J del Tratado)*, 25 de marzo de 1998, Bruselas.
- *Finanzas Públicas en la UEM 2006. Primer aniversario del Pacto de Estabilidad y Crecimiento revisado*, Bruselas, 13 de junio de 2006.
- “Public Finances in EMU 2003”, *European Economy*, (3), Economic and Financial Affairs, Directorate – General, Luxemburg, 2003.
- “Public Finances in EMU 2005”, *European Economy*, (3), Economic and Financial Affairs, Directorate – General, Luxemburg, 2005.
- “Public Finances in EMU 2006”, *European Economy*, (3), Economic and Financial Affairs, Directorate – General, Luxemburg, 2006.
- “Public Finances in EMU 2007”, *European Economy*, (3), Economic and Financial Affairs, Directorate – General, Luxemburg, 2007.
- “Fiscal rules in the EU at national level: experiences and lessons”, Directorate General for Economic and Financial Affairs, *Presupuesto y Gasto público*, (51), 2008.
- “Public Finances in EMU 2008”, *European Economy*, (X), Economic and Financial Affairs, Directorate – General, Luxemburg, 2008.

-
- “Public Finances in EMU 2009”, *European Economy*, (5), Economic and Financial Affairs, Directorate – General, Luxemburg, 2009.
- “Sustainability Report 2009”, *European Economy*, (9), Economic and Financial Affairs, Directorate – General, Luxemburg, 2009.
- “Public Finances in EMU 2010”, *European Economy*, (4), Economic and Financial Affairs, Directorate – General, Luxemburg, 2010.
- “The economic adjustment programme for Greece”, *European Economy*, Occasional Paper (61), mayo 2010.
- *Cyclical adjustment of Budget balances*, Ecofin Economic Forecasts, 26 de abril, 2012.
- “Report on Public Finances in EMU 2012”, *European Economy*, Economic and Financial Affairs, Directorate – General, Luxemburg, 2012.
- COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA *Informe sobre el sector eléctrico español. Parte I. Medidas para garantizar la sostenibilidad económico – financiera del sistema eléctrico*, 7 de marzo de 2012.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Matías, “Los principios generales tributarios. Coloquio sobre el futuro de los sistemas fiscales”, en la *XVI Semana de Estudios de Derecho Financiero*, Madrid, 1968, pp. 91 – 174.
- COSTA CAMPI, Teresa, “Sobre la Ley General de Estabilidad presupuestaria”, *Revista Española de Control Externo*, (10), 2002, pp. 15 – 30.
- CREEL, Jérôme GILBERT, Guy y MADIÈS, Thierry, “Has France Become a Deficit Running Country?” en la obra colectiva, FERREIRO, Jesús, FONTANA, Giuseppe y SERRANO, Felipe *Fiscal Policy in the European Union* Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2008, pp. 129 – 156.
- CRESPO RUIZ DE ELVIRA, Clara, “La gobernanza económica de la Zona Euro bajo el Tratado de Lisboa”, *Boletín económico de ICE*, (2926), 2007, pp. 13 – 24.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, “El control previo de constitucionalidad”, *Revista de Derecho Público*, (82), enero-marzo 1981, pp. 5 – 21.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, “El control previo, a los veinte años de su supresión”, en REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (coord.), *La rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional. Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado*,

Derecho Público e Historia Constitucional, núm. 4/2006, Junta General del Principado de Asturias, pp. 276 – 290.

CHOFRE SIRVENT, José F., *Significado y función de las leyes orgánicas*, Tecnos, Madrid, 1994.

DE CARRERAS SERRA, Francesc, “Encuesta sobre la reforma constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año núm. 31, (93), Septiembre – Diciembre, 2011, pp. 159 – 210.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, (reimpresión), 1985.

DE ESTEBAN ALONSO, Fernando, *Eurostat, la oficina estadística de la Comisión Europea, Quaderns d’Estadística, Sistemes, Informàtica i Investigació Operativa*, Vol. 18, (2), 1994, pp. 231 – 240.

DE LA CRUZ CORCOLL, Rafael y ROLDÁN MESANAT, José Antonio, “El déficit público y su financiación”, *Hacienda pública Española*, (85), Madrid, 1983, pp. 303 – 330.

DE LA CUESTA RUTE, José M^a, “*El dinero y la representación de las posiciones acreedoras y deudoras en el tráfico mercantil*”, Marcial Pons, Madrid, 2006.

DE LA HUCHA CELADOR, Fernando, *Ordenación Constitucional de la Deuda pública*, Tesis inédita, Tomo I, Universidad Complutense de Madrid, Curso académico 1984/1985, Madrid.

— “El principio de inclusión presupuestaria automática: acotaciones del art. 135.2 de la Constitución”, *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, (63), 1989, pp. 347 – 362.

— “La nueva era de la deuda pública en España: aspectos jurídicos”, *Perspectivas del Sistema Financiero*, (46), 1994, pp. 66 – 108.

— “La Deuda pública: análisis de su evolución jurídica desde la aprobación de la Constitución de 1978”, *Cuadernos de Derecho público*, (25), (mayo – agosto), 2005, pp. 175 – 204.

— *Manual de Derecho Financiero de Navarra*, Colección Pro Libertate, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2006.

— “La Deuda pública en la Ley General Presupuestaria”, *Civitas, Revista Española de Derecho Financiero y Tributario*, (134), 2007, pp. 311 – 342.

- “La Reforma del artículo 135 de la Constitución: estabilidad presupuestaria y deuda pública”, *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, (153), Enero–Marzo, 2012, pp. 21 – 48.
- DE LA QUADRA- SALCEDO JANINI, Tomas, “La discrecionalidad política del ECOFIN en la aplicación del procedimiento por déficit excesivo. Reflexiones sobre la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 2004”, *Revista de Estudios Políticos*, (126), Octubre – Noviembre, 2004, pp. 151 – 176.
- DE LAROSIÈRE, Jacques “The Growth of Public Debt and the Need for Fiscal Discipline”, en la obra colectiva *Public Finance and Public Debt*, Wayne State University Press, Detroit, 1986.
- DE OTTO Y PARDO, Ignacio, “Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Vasca de Administración pública*, (10), 1984, pp. 53 – 72.
- DE PRADA, José M^a, “Algunos aspectos de los préstamos bancarios”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, (14), 1984, pp. 309 – 344.
- DÍAZ ZURRO, Alicia, “Inauguración del curso presente y futuro de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, a la luz de las normas de estabilidad”, *Presupuesto y Gasto público*, (30), 2002, pp. 15 – 18.
- DÍEZ – PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial I*”, 2^a ed., Tecnos, Madrid, 1983.
- *Dictámenes jurídicos*, Civitas, Madrid, 1987.
- *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 2001.
- DODERO JORDÁN, Adolfo, “Análisis crítico de la Ley General de Estabilidad presupuestaria. Valoración de la reforma de 2006”, *Tributos Locales*, (68), 2007, 45 – 62.
- DOMÉNECH, Rafael, TAGUAS, David, y VARELA, Juan, *The effects of Budget Deficits on National Savings in the OECD*, Mimeo, Ministerio de Asuntos Exteriores, 1997, pp. 1 – 19.
- DOMÉNECH VILARIÑO, Rafael, “Situación y perspectivas de la economía Española”, *Instituto de Estudios Fiscales Seminario de Economía pública*, 23 de septiembre de 2010. Disponible:

http://www.ief.es/documentos/investigacion/seminarios/economia_publica/2010_23Septiembre.pdf

- DRAGO, Luis M^a, “Les emprunts d’Etat et leurs rapports avec la politique internationale”, *Revue Générale de Droit International Public*, marzo –abril 1907, Vol. 14, pp. 251 – 287.
- DUVERGER, Maurice, *Finances publiques*, 6^a ed., Presses Universitaires de France, 1968.
- DYSON, Kenneth y FEATHERSTONE, Kevin, *The Road to Maastricht: Negotiation Economic and Monetary Union*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- EASTERLY, William; SCHMIDT-HEBBEL, Klaus, “The macroeconomics of public sector deficits: a synthesis the macroeconomics of public sector deficits: a synthesis”, *Policy Research Working Paper*, Banco Mundial, 1991, pp. 1 – 88.
- EASTERLY, William, “When is fiscal adjustment an illusion?”, *Economic Policy*, Vol. 14, (28), Abril 1999, pp. 55 – 86.
- EGEA IBÁNEZ, Enrique, *Sector público. Delimitación, dimensión, composición y evolución*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2009.
- ESCRIBANO LÓPEZ, Francisco, *Presupuestos del Estado y Constitución*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981.
- ESTEVE GARCÍA, Vicente, SAPENA BOLUFER, Juan, TAMARIT ESCALONA, Cecilio R., “Gasto público, tax- smoothing y déficit público óptimo: el caso de España”, *Revista Española de Economía*, Vol. 15, (2), 1998, pp. 167 – 198.
- ESTEVE PARDO, José, *Técnica, riesgo y Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 1999.
- ESTRADA ALONSO, Eduardo, *El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010.
- EUROPEAN FINANCIAL STABILITY FACILITY, *Frequently Asked Questions*, Enero 2013, Luxemburgo.
- EUROSTAT, *Manual del SEC–95 sobre el déficit público y la deuda pública*, Methodologies and Working papers, ed. 2002, Luxemburgo.
- *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, Methodologies and Working papers, ed. 2010, Luxemburgo.

- *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95, Methodologies and Working papers*, ed. 2013, Luxemburgo.
- EZQUIAGA DOMÍNGUEZ, Ignacio, “La deuda pública de las Comunidades Autónomas 1992-1998”, *Boletín Económico de Andalucía*, (27), 1999, pp. 93 – 116.
- EZQUIAGA DOMÍNGUEZ, Ignacio y GARCÍA DE BUSTOS, Felicidad, “De estabilidad e instituciones presupuestarias: necesidades y reformas en España”, *Economistas*, Año XIX, (87), 2001, pp. 229 – 239.
- FALCÓN Y TELLA, Ramón, “La distribución de competencias en materia financiera entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, *Estudios de Derecho y Hacienda. Homenaje a César Albiñana García – Quintana*, Vol., Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1987, pp. 495 – 556.
- FARINA, Francesco y TAMBORINI, Roberto, *Macroeconomic Policy in the European Monetary Union. From the old to the new Stability and Growth Pact*, Routledge Studies in the European Economy, London, 2008.
- FATÁS, Antonio; MIHOV Ilian, “On Constraining Fiscal Policy Discretion in Emu”, *Oxford Review of Economics Policy*, (19), 2003, pp. 112 – 131.
- FAVOREU, Louis, *Droit Constitutionnel*, Dalloz, 2007.
- FELD, Lars P. y BASKARAN, Thushyanthan, “Federalism Commission II – Recent Reforms of Federal – Länder Financial Relationships in Germany”, *Forum of Federations, Publications*, 2009.
- FELD, Lars P. y BASKARAN, Thushyanthan, “Federalism. Budget Deficits and Public Debt: On the reform of Germany’s Fiscal Constitution”, *Review of Law and Economics*, 4:3, 2010, pp. 365 – 393.
- FELD, Lars P. KIRCHGÄSSNER, Gebhard, *On the effectiveness of debt brakes: the Swiss experience*, Crema Working Paper Series, (21), 2006, Centre for Research in Economics, Management and the Arts.
- FELSENTHAL, Dan y MACHOVER, Moshé, “The QM rule in the Nice and EU reform treaties: future projections”, London School of Economics - Discussion Paper Brussels 23 June 2007, *LSE Research Online Project Report*, 2007.

- FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo, “*Los contratos administrativos: doctrina general, legislación española, con inclusión de los estatutos municipal y provincial...*”, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1927.
- FERREIRO LAPATZA, José Juan, “Análisis jurídico de la deuda pública”, *Revista de Administración pública*, (53), 1967, pp. 131 – 228.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Roberto Ignacio, “Las exigencias del Derecho comunitario europeo en materia de estabilidad presupuestaria y su repercusión en el poder financiero de las comunidades autónomas y las entidades locales”, *Cuadernos de Derecho local*, Fundación democracia y gobierno local, (5), junio, 2004, pp. 107 – 124.
- “Legislación del patrimonio, del Tesoro y de la deuda pública”, *Hacienda y Constitución*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, Madrid, 1979, pp. 615 – 635.
- *Curso de Derecho Financiero Español*, 25ª ed., Marcial Pons, 2006.
- FERRERES COMELLA, Víctor, “¿Y si Angela Merkel descubre lo que pasa con nuestro Tribunal Constitucional?”, *el País*, 14 de junio de 2012.
- “Amending the National Constitutions to Save the Euro: Is the Right Strategy?”, *Texas International Law Journal*, (2), Spring 2013, pp. 223 – 240.
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *Public – Private Partnerships*, 12 de Marzo de 2004.
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *Manual de transparencia fiscal 2007, que amplía y explica los pilares y principios del Código revisado de buenas práctica de transparencia fiscal*, mayo 2007.
- FONROUGE, Carlos M. Giuliani, *Derecho Financiero*, Vol. II, 4ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1987.
- FUENTES QUINTANA, Enrique y BAREA TEJEIRO, José, “El déficit público de la democracia española”, *Papeles de Economía Española*, (68), 1996, pp. 86 – 191.
- FUNDACIÓN ENCUENTRO, *Traducción informe Delors*, (62), junio 1989, pp. 1 a 41.
- FUNKE, Katja, IRWIN, Tim, RIAL, Isabel, *Budgeting and Reporting for PPPs*, OECD/ITF Joint Transport Research Centre Discussion Paper 2013/07, pp. 1 – 26.

- GAGNON, Joseph, RASKIN, Matthew, REMACHE, Julie, y SACK, Brian, “Large-Scale Asset Purchases by the Federal Reserve: Did They Work?”, *Federal Reserve Bank of New York Staff Report*, (441), marzo, New York, 2010, pp. 41 – 59.
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge, “La Reforma del artículo 135 de la Constitución Española”, *Revista de Administración Pública*, núm. 187, Enero – Abril, 2012, pp. 31 – 66.
- GARCÍA AÑOVEROS, Jaime, “El presupuesto y el gasto público en la Constitución Española”, en la obra colectiva *El sistema económico en la Constitución Española*, XV Jornadas de Estudio de la DGSJE, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.
- GARCÍA CRESPO, Milagros, “Los costes de la estabilidad presupuestaria”, *Revista Española de Control Externo*, Vol. 5, (13).
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad, “El procedimiento legislativo en las Cortes Generales: regulación, fases y tipos”, *Teoría y realidad constitucional*, (16), 2005, pp. 213 – 260.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, “Principios sobre los contratos de la Administración con especial referencia a la esfera Local”, *Revista de estudios de la vida local*, (87), 1956, pp. 301 - 341.
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, 2ª ed. Imprenta Aguirre, Madrid, 1955.
- *Contratos bancarios*, 2ª ed., Imprenta Aguirre, Madrid, 1975.
- “El crédito en el Derecho” en la obra colectiva *Ordenación jurídica del crédito*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1978.
- *Curso de Derecho Mercantil*, II, 8ª ed., Imprenta Aguirre, 1983.
- *Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil*, 2ª ed. Cuadernos Civitas, Civitas, Madrid, 1981.
- GIL HERRERA, Luis, *La contabilidad pública y la contabilidad nacional: enlace micro-macro contable*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2006.
- GIMÉNEZ SÁNCHEZ, Isabel, “Comentario al Dictamen del Consejo de Estado de 1 de marzo de 2012, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera”, *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, (30), 2012, pp. 535 – 532.

- GIMENO ULLASTRES, Juan Antonio, *El déficit público y su financiación. Mitos y realidades*, Universidad Complutense, Madrid, 1984.
- GONZÁLEZ-PÁRAMO MARTÍNEZ-MURILLO, José M, *Costes y beneficios de la disciplina fiscal: la Ley de Estabilidad Presupuestaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001.
- “Los primeros nueve años de Política Monetaria Única”, *Mediterráneo económico*, (12), 2007 (Ejemplar dedicado a: Europa en la encrucijada), pp. 297 – 321.
- GONZÁLEZ SAQUERO, Pablo, “La mayoría cualificada en el Consejo de la UE según el Tratado de Lisboa”, *Revista Española de Derecho Europeo*, (31), 2009, pp. 309 – 365.
- GRAZIANI, Augusto “Il debito pubblico” en *Trattato di diritto amministrativo*, dirigida por ORLANDO, Giuffré, Milano, 1955, Vol. IX, p. 590.
- GREGO, Guido, “Il Diritto comunitario propulsore del diritto amministrativo europeo”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, año XLIII, (1), 1993, p. 85 – 89.
- “L’influence du droit communautaire sur le droit administratif”, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, (3-4), 2007, pp. 849 – 858.
- GROSS, Daniel, “Towards a credible excessive deficit procedure”, en la obra colectiva, *European Economic and Monetary Union: The Institutional Framework*, M. Andenas, L. Gormley, C. Hadjiuemmanuil and I. Harden (eds.), The Hague, Kluwer Law International, 1997, pp. 241 – 256.
- GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, Pedro, “El SEC 95: Herramienta fundamental para la toma de decisiones y seguimiento de la política económica en la Unión Europea”, *Revista Asturiana de Economía*, (34), 2005, pp. 87 – 113.
- HÄDE, Ulrich, “Sobre la reforma del Federalismo en Alemania”, *Teoría y realidad constitucional*, (24), 2009, pp. 479 – 489.
- HAHN, Hugo J., “The stability Pact for European Monetary Union: Compliance with Deficit limit as a Constant Legal Duty”, *Common Market Law Review*, Vol. 35, (1) 1998, pp. 77 – 100.
- HALLERBERG, Mark, *Domestic Budgets in a United Europe: Fiscal Governance from the End of Bretton Woods to EMU*, Ithaca, Cornell University Press, New York, 2005.

- HALLERBERG, Mark, STRAUCH, Rolf, y VON HAGEN, Jürgen, “Budget in Europe after Maastricht”, *Hacienda pública española*, núm. Extra 2004 (Monografía destinada a la estabilidad presupuestaria y transparencia), 2004, pp. 203 – 228.
- HART, H.L.A., *The concept of Law*, 3ª ed., Clarendon Law Series, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- HEALD, David y GEORGIU, George, “The substance of accounting for public – private partnerships”, *Financial Accountability & Management*, Vol. 27, (2), Mayo 2011, pp. 217 – 247.
- HEINZ, Dominic, “Federal Reform II in Germany”, *Perspective on Federalism*, Vol. 2, (2), 2010, pp. 1 – 14.
- HEIPERTZ, Martin y VERDUN, Amy, “*The Stability and Growth Pact: Theorising a Case in European Integration*”, documento presentado a discusión en la Ninth Biennial of International European Union Studies Association Conference, Austin, TX 31 de Marzo – Abril.
- HOUSE OF COMMONS (TREASURY COMMITTEE), *Private Finance Initiative*, Seventeenth Report of Session 2010 – 2012, Londres, agosto 2011, pp. 1 – 65.
- HUART, Florence, “Typologie et impact des règles de politique budgétaire”, *Courrier juridique des finances et de l’industrie*, (66), quatrième trimestre, 2011, pp. 23 – 35.
- ISAAC, Guy, *Manual de Derecho comunitario general*, Barcelona, Ariel, 2000.
- INTERVENCIÓN GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, *Principios Contables públicos*, *Principios Contables públicos*, Documentos 1 a 8, Ministerio de Hacienda, Madrid.
- INSTITUT NATIONAL DE LA STATISTIQUE ET DES ÉTUDES ÉCONOMIQUES, *Les Administrations publiques dans les comptes nationaux*, Base 2005, 2012.
- IGLESIAS SANTOS, Juan, *Derecho Romano: Instituciones de derecho privado*, 6ª ed, edición revisada y aumentada, Ariel, Barcelona, 1972.
- INGROSSO, Gustavo, *Diritto finanziario*, Jovene, Nápoles, 1956.
- ITALIANER, Alexander, “The Excessive deficit procedure: A legal Description”, en la obra colectiva *European Monetary Union: The institutional Framework*, M. Andenas, L. Gormley, C. Hadjuemmanuil and I. Harden (eds.), The Hague, Kluwer Law International, 1997, pp. 191 – 236.

- JARACH, Dino, *El Hecho imponible*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1943.
- JELLINEK, Georg, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, traducción de Christian FÖSTER, *Reforma y mutación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- JÈZE, Gaston, *Cours de Science des Finances et de législation financière française*, Marcel Girard, Paris, 1922.
- JONES Rowan, “Public versus Private: The Empty Definitions of National Accounting”, *Financial Accountability & Management*, 16 (2), Mayo 2000, pp. 167 – 178.
- JORDANO BAREA, Juan Bautista, *La categoría de los contratos reales*, Bosch, Barcelona, 1958.
- JUAN LOZANO, Ana M.^a, y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Jesús, *La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras y servicios públicos. Una aproximación desde los principios jurídico-financieros*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2006.
- KASTROP, Christian, HERRES, Helmut, SCHNEIDER, Jürgen, HANKE, Bernd, BAUMANN Elke, SNELTING, Martin y DÖNNEBRINK, Elmar, *Reforming the Constitutional Budget Rules in Germany*, Federal Ministry of Finance, Septiembre, 2009.
- KEYNES, John Maynard, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, London MacMillan, London, 1936 (ed. de 1947).
- KÖLLING, Mario, “Los límites de la deuda pública según la reforma de 2009”, *Revista d’ Estudis Autonòmics i federals*, (16), 2012, pp. 74 – 106.
- KOPITS, George, y SYMANSKY, Steven., *Fiscal policy rules*, International Monetary Fund, Occasional paper, (162), 1998.
- LABAND, Paul, *Laband: Abhandlungen und Rezensionen*, Vol. I, Leipzig, 1980.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, “Elementos de Derecho Civil. II Derecho de Obligaciones”, 3^a ed. Revisada por RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, Dykinson, Madrid, 2005.
- LASARTE ÁLVAREZ, Javier, “El equilibrio presupuestario ante el ordenamiento jurídico”, en la obra colectiva *Marco y jurídico-financiero del sector público: perspectivas de reforma*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1986, pp. 193 – 208.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, Tomo III, Madrid, 1994.

- LASO PÉREZ, Javier, *La cooperación leal en el ordenamiento comunitario*, Colex, Madrid, 2000.
- LASTRA, Rosa M^a, “The independence of the European System of Central Banks”, *Harvard International Law Journal*, (33), 1992, pp. 475 – 519.
- “European Monetary Union and Central Bank Independence”, en la obra colectiva, *European Economic and Monetary Union: The Institutional Framework*. M. Andenas, L. Gormley, C. Hadjiuemmanuil and I. Harden (eds.), The Hague, Kluwer Law International, 1997, pp. 289 – 329.
- LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *Traité Théorique et pratique des Contrats Administratifs*, Tome I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1956.
- LAVILLA RUBIRA, Juan José, “El déficit tarifario en el sector eléctrico”, en la obra colectiva *Derecho de la competencia y energía eléctrica*, dirigida por GUILLÉN CARAMÉS, Javier, Civitas. Thomson Reuters, 2009, pp. 367 – 398.
- LAZO VITORIA, Ximena, *La racionalización de la actuación administrativa en el ordenamiento jurídico italiano: el modelo de la gestión pública por resultados*, Documentos de Trabajo núm. 29/07, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.
- BESSELINK, Leonard y REESTMAN, Jan Herman, “The Fiscal Compact and the European Constitutions: ‘Europe Speaking German’”, *European Constitutional Law Review*, (8), 2012, pp. 1 – 7.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, traducción de Alfredo Gallego Anabitarte, 2^a ed., Ariel, 1969.
- LOGEROT, François, SCHWERER, Bertrand, VACHIA, Jean-Philippe, “L’équilibre budgétaire”, *Revue Française de Finances publiques*, (26), 1989, pp. 125 – 138.
- LOÏC, Philip, *Les fondements constitutionnels des finances publiques*, Finances publiques Poche, Economica, 1995.
- *Ordonnance de 1959 et loi organique de 2001 relatives aux lois de finances*, La Documentation française – Documents d’études, (5.01, 2004).
- LÓPEZ CASASNOVAS, Guillem, PUIG-JUNOY, Jaume, GANUZA, Juan José, PLANEAS MIRET, Iván, *Los nuevos instrumentos de la gestión pública*, Servicio de Estudios de La Caixa, (31), Barcelona.

- LÓPEZ DÍAZ, Antonio, “La aplicación del principio de estabilidad presupuestaria: la prevalencia de lo económico sobre lo jurídico”, *Crónica Tributaria: Boletín Actualidad*, (5), 2001, pp. 17 – 31.
- LÓPEZ ESCUDERO, Manuel, “El Pacto de Estabilidad ante el Tribunal de Justicia. Comentario a la sentencia de 13 de julio de 2004”, *Revista Española de Derecho Europeo*, (13), 2005, pp. 61 – 89.
- “La articulación jurídica de la Unión Económica y Monetaria en su fase definitiva”, *Revista de Derecho Comunitario europeo*, Año 2, (4), 1998, pp. 389 – 428.
- LÓPEZ GUERRA, Juan, “Regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales: Consideraciones sobre la regulación de las condiciones básicas en el artículo 149.1.1 CE”, *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español* (coord. PÉREZ CALVO, Alberto), Instituto Nacional de Administración pública, Madrid, 1990, pp. 79 – 94.
- LÓPEZ LÓPEZ, M^a Teresa y UTRILLA DE LA HOZ, Alfonso, *El sector público español. Organización, gestión y aspectos económicos*, Actualidad Editorial, Madrid, 1993.
- LÓPEZ MENUDO, Francisco, “Organismos públicos: principios generales”, en la obra PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estudios sobre la Administración General del Estado*, Universidad Carlos III, Madrid, 1996, pp. 145 – 153.
- LOUIS, Jean-Victor, “The Economic and Monetary Union: Law and Institutions”, *Common market law review*, (3), 2004, pp. 575 – 608.
- “The Legal Foundations of the SGP in Primary and Secondary EC Law”, en la obra colectiva, *The stability and Growth Pact: Experiences and future aspects*, BREUSS, Fritz, Springer Wien NewYork, Austria, 2007, pp. 3 – 31.
- LUCAS, Robert E y STOKEY, Nancy L, “Optimal fiscal and monetary policy in an economy without capital”, *Journal of Monetary Economics*, (12), 1983.
- MACHO PÉREZ, Ana B., MARCO PEÑAS, Ester, “Los riesgos ex ante y ex post de los contratos de concesión y sus efectos jurídico – financieros: el caso de las autopistas de Peaje R – 3 y R – 5”, presentado en la Jornada “*Los contratos del sector público: régimen tributario e incidencia en el déficit público*”, celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid el día 29 de noviembre de 2012 (en prensa).

MANGAS MARTÍN, Araceli, “La Constitución y la ley ante el Derecho comunitario (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional español 28/1991, de 14 de febrero, sobre la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y el Acta relativa a las elecciones al Parlamento europeo)”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 18, (2), 1991, pp. 587 – 624.

MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2010.

MANKIW, Gregory, *Macroeconomía*, 4ª ed. Antoni Bosch Editor, Barcelona, 2005.

— *Principios de Economía*, 4ª ed. Thomson, Madrid.

MARCO PEÑAS, Ester, “Reforma de la gobernanza económica y la disciplina presupuestaria de la Unión Europea: el Six Pack”, *Revista Española de Control Externo*, Vol. 14, (41), 2012, pp. 31 – 80.

MATTHEWS, Stephen, “Sound public finances and Fiscal targets”, en la obra colectiva *European Economic and Monetary Union: the institutional framework*. M. Andenas, L. Gormley, C. Hadjiuemmanuil and I. Harden (eds.), The Hague, Kluwer Law International, 1997, pp. 259 – 267.

MARTÍ SÁNCHEZ, Nicolás, “El préstamo bancario de dinero”, en *Contratos bancarios y parabancarios* (obra dirigida por NIETO CAROL), Lex Nova, Valladolid, 1998, pp. 387-421.

MARTÍN CALMARZA, Agustín, “El déficit tarifario español”, *BBVA Research*, Septiembre de 2010.

MARTÍN QUERALT, Juan, recensión a la obra “Introducción al estudio del Derecho financiero de A. Rodríguez Bereijo”, *Civitas, Revista Española de Derecho Financiero*, (12), 1976, pp. 355-365.

— “La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria: ¿una reforma realmente necesaria?”, *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera*, (252), 2011, pp. 4 – 8.

MARTÍN QUERALT, Juan; LOZANO SERRANO, Carmelo, TEJERIZO LÓPEZ, José M., CASADO OLLERO, Gabriel, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 21ª ed. Tecnos, Madrid, 2010.

- MARTÍN VIDA, M^a Ángeles, “La reforma de federalismo alemán. Una visión General”, *Teoría y realidad constitucional*, (18), 2006, pp. 337 – 350.
- MARTÍNEZ CALVO, Juan, “Hacia la construcción de un “Derecho Administrativo Financiable”, *Revista Española de Administración pública*, (167), 2005, pp. 369 – 402.
- MARTÍNEZ GINER, Luis A., “El principio de justicia en materia de gasto público y la estabilidad presupuestaria”, *Civitas. Revista española de Derecho Financiero*, (115), 2002, pp. 471 – 492.
- MARTÍNEZ LAGO, Miguel Ángel, “La estabilidad presupuestaria en el ámbito de la Unión Europea. Unas cuantas reflexiones sobre la legislación estabilizadora española”, en la obra colectiva *Estudios en homenaje al Profesor Pérez de Ayala*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 1047 – 1064.
- MARTÍNEZ LÁZARO, Julio, “El Constitucional acumula retrasos hasta de 13 años en leyes polémicas”, *el País*, 2 de abril de 2012.
- MARTÍNEZ MANZANEDO, Rosario, “El Sistema Europeo de Cuentas (SEC-95) en el contexto de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera”, *Revista Española de Control Externo*, Vol. XIV, (41), 2012, pp. 81 – 96.
- MARTÍNEZ Y PÉREZ DE NANCLARES, José Martín, “El nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la UEM: reflexiones a propósito de una peculiar reforma realizada fuera de los Tratados constitutivos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (42), mayo/agosto 2012, pp. 397 – 431.
- MATEU DE ROS Y CEREZO, Rafael, “El déficit de la tarifa eléctrica: origen y regulación por el Derecho positivo”, en la obra colectiva *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico*, Tomo I, Thomson Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 347 – 390.
- MAZÓN CALPENA, Cristina y ÁLVAREZ GONZÁLEZ Francisco, “Subastas del Tesoro: ¿Cómo debe vender el Tesoro la Deuda pública”, *Estudios en homenaje a Luis Ángel Rojo: políticas, mercados e instituciones económicas*, coord. por SEBASTIÁN GASCÓN, Carlos, PÉREZ FERNÁNDEZ, José, TEDDE DE LORCA, Pedro, Vol. 1, 2005, pp. 343-366.
- MAZÓN CALPENA, Cristina y NÚÑEZ RAMOS, Soledad, “Optimalidad de las subastas de bonos: el caso español”, (10), *Boletín económico – Banco de España*, (10), octubre, 1999, pp. 69 – 79.

- MEDINA GONZÁLEZ, Sara y RAMS RAMOS, Leonor, “Las ayudas públicas en el sector eléctrico: el déficit tarifario”, en la obra colectiva *Derecho de la competencia y energía eléctrica*, dirigida por GUILLÉN CARAMÉS, Javier, Civitas. Thomson Reuters, 2009, pp. XXX.
- MINISTERIO DE FOMENTO sobre el Plan Extraordinario de Infraestructuras, 7 de abril 2010.
- MOODY’S INVESTORS SERVICE, Análisis de la *Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H.*, diciembre de 2005.
- MONASTERIO ESCUDERO, Carlos, y SUÁREZ PANDIELLO, Javier, *Manual de Hacienda Autonómica y Local*, Ariel Economía, Madrid, 1996.
- “La (des)coordinación del endeudamiento autonómico”, en su obra *El laberinto de la Hacienda autonómica*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2010.
- MONEDERO GIL, José Ignacio, *Doctrina del Contrato del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977.
- MENOYO GONZÁLEZ, José Luis, “El Reglamento de desarrollo de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria en su aplicación a las entidades locales”, en la obra colectiva *La estabilidad presupuestaria en el Derecho español*, coord. Mario GARCÉS SANAGUSTÍN, Instituto de Estudios Fiscales, 2004.
- MORELL OCAÑA, Luís “Requisitos de los contratos: capacidad y solvencia de las empresas” en *Comentarios de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas*, coord. Rafael GÓMEZ – FERRER MORANT), 2ª ed. Thomson Civitas, 2004, pp. 123 – 171.
- MORENO ENGUIX, M^a del Rocío, y BENITO PÉREZ, Bernardino, “Medición de la Capacidad/Necesidad de financiación: contabilidad pública y contabilidad nacional”, *Estudios de Economía aplicada*, Vol. 24 (2), 2006, pp. 629 – 657.
- MULLER, Patrice y PRICE, Robert W.R., *Structural budget deficits and fiscal stance*, OCDE Working Papers, (15), julio 1984.
- NAVARRO FAURE, Amparo, *Aspectos jurídico-financieros del Déficit público. Especial referencia al déficit autonómico*, Generalitat Valenciana, Conselleria d’Economia i Hisenda, Valencia, 1993.
- NOMBELA MERCHÁN, Gustavo, “Infraestructuras de transporte y productividad”, *Presupuesto y Gasto público*, (39), 2005, pp. 191 – 216.

- NOVELLA IZQUIERDO, Joaquim, “El programa de Convergencia y la Unión Económica y Monetaria: ¿Un plan de ajuste o reformas estructurales?” *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, (25), pp. 37 – 56.
- OCAÑA PÉREZ DE TUDELA, Carlos, “El marco general de la política presupuestaria para 2010”, *Presupuesto y Gasto público*, (58), 2010, pp. 9 – 20.
- OECD, *Performance Budgeting in OECD countries*”, CURRISTINE, Teresa, (Cord.)“ Paris, 2007, pp. 1 – 222.
- OFFICE FOR NATIONAL STATISTICS, “Public Sector Classification (PSCC) of the Office for National Statistics (ONS) decisions – PSCC case 2002/22”, *National Accounts Sector Classification of NHS Foundation Trust and NHS Trust* , 2 de Juliol de 2003.
- ORÓN MORATAL, Germán, *La configuración constitucional del gasto público*, Tecnos, Madrid, 1995.
- “La suficiencia financiera de las Administraciones territoriales y la nueva normativa presupuestaria”, *Presupuesto y Gasto público*, (30), 2002, pp. 87 – 90.
- ORSONI, Gilbert, “*Science et législation financières*”, Economica, 2005.
- ORTÚN RUBIO, Vicente, DEL LLANO SEÑARÍS, Juan, “Estado y mercado en Sanidad” en la obra colectiva *Gestión sanitaria: innovaciones y desafíos*, (dir) DEL LLANO SEÑARÍS, Juan, Masson, 1998, pp. 3 – 16.
- PALAO TABOADA, Carlos, *Derecho Financiero y Tributario. Introducción. Derecho presupuestario. Ingresos no tributarios*, 2ª ed. Colex, Madrid, 1987.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *Administración y eficacia. Tres estudios*, Madrid, 1995.
- PANIZO GARCÍA, Antonio, “Algunos aspectos jurídicos de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria en el ciclo presupuestario”, *Presupuesto y Gasto público*, (30), 2002, pp. 61 – 68.
- PASCUAL GARCÍA, José, *El procedimiento de ejecución del gasto público*, INAP, Madrid, 1984.
- *Régimen jurídico del gasto público: presupuestación, ejecución y control*, Editorial BOE, Madrid, 1999.
- “Seguimiento y control de la estabilidad presupuestaria”, *Revista Española de Control Externo*, (13), 2003, pp. 73 – 112.

- “La huida del Derecho Administrativo, del Presupuesto y de los controles financieros por los nuevos entes del sector público”, *Presupuesto y Gasto público*, (60), 2010, pp. 109 – 128.
- PELAGIDIS, Theodore y DESLI, Evangelia “Deficits, Growth and the Current Showdown: What the Role for Fiscal Policy?”, *Journal of post Keynesian economics*, White Plañís, N.Y: M.E, Sharpe, Vol. 26, (3), 2004, pp. 461 – 469.
- PEMÁN GAVÍN, Juan, “Las leyes orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes del derecho”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo I, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1991, pp. 133 – 167.
- PÉREZ DE LA HERAS, Beatriz, LARRAZABAL BASAÑEZ, Santiago, “Control presupuestario en la Unión Europea, reforma constitucional, ajuste de los presupuestos de las Administraciones públicas y su impacto en el autogobierno vasco en el marco del Concierto Económico”, *Revista Vasta de Administración pública*, (94), Septiembre – Diciembre de 2012, pp. 133 – 176.
- PÉREZ DE LA VEGA, Leonor M^a, “Cómo evitar y corregir las situaciones de déficit público excesivo en el marco del Pacto de Estabilidad”, *Noticias de la Unión Europea*, (255), 2006, pp. 37 – 66.
- PÉREZ PÉREZ, José Ángel, “Introducción sobre la aplicación de los criterios del SEC-95 a las cuentas públicas”, *Presupuesto y Gasto público*, (54), 2009, p. 115 – 126.
- PÉREZ ROYO, Fernando, “Fundamento y ámbito de la reserva de Ley en materia tributaria”, *Hacienda Pública Española*, (14), 1972, pp. 207 – 245.
- PÉREZ ROYO, Javier, “El proyecto de constitución del Derecho público como ciencia en la doctrina alemana del siglo XIX”, *Revista de Estudios Políticos*, (1), 1975, pp. 67 – 97.
- “Artículo 167: La reforma de la Constitución”, *Comentarios a la Constitución Española*, (dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil), Edersa, Madrid, 1996 , pp. 457 – 480.
- “Encuesta sobre la reforma constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año núm. 31, (93), Septiembre – Diciembre, 2011, pp. 159 – 210.
- PETROVIC, Ana, TUSTSCH, Ralf, “National rescue measures in response to the current financial crisis”, *Legal Working Paper Series*, Banco Central Europeo, (8), julio, 2009, pp. 1 – 102.

- PIÑAR MAÑAS, Jose Luis, “Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones”, *Civitas. Revista española de Derecho Administrativo*, (97), 1998, pp. 37 – 63.
- PLEITE GUADAMILLAS, Francisco “*Los contratos de préstamo y crédito de las Administraciones Públicas*”, Monografías Jurídicas – Marcial Pons, Madrid, 1999.
- “Régimen jurídico aplicable a los contratos de préstamo y crédito de las Administraciones públicas”, *Revista Jurídica de Castilla la Mancha*, (25), 1999, pp. 173 – 206.
- PÖHL, Otto, “Towards Monetary Union in Europe”, en la obra colectiva “*Europe’s Constitutional Future*”, Institute of Economic Affairs, Londres, 1990, pp. 35 – 42.
- PORTUGAL RIBEIRO, Mauricio y NAVARRO PRADO, Lucas, *Comentários à Lei de PPP*, 1ª ed., Malheiros, São Paulo, 2007.
- POU DÍAZ, Jaime, “Configuración del sector público a partir de la LOFAGE y la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos Generales de 1999”, *Boletín AECA*, (48), pp. 48 – 57.
- PRATS ALBENTOSA, Lorenzo, *Préstamo al consumo, Crédito al consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- PRELOT, Marcel y BOULOUIS, Jean, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 10ª ed., Dalloz, 1987.
- PUIG BRUTAU, José, “Comodato, precario y mutuo”, en la obra *Compendio de Derecho Civil*, Vol. II, 2ª ed., Bosch, 1994.
- PUVIANI, Amilcare, *Teoría de la ilusión financiera*, traducción de Álvaro RODRÍGUEZ BEREIJO, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1972.
- QUINTANA FERRER, Esteban, “Incidencia de la Hacienda general en la Hacienda Autonómica”, *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda pública*, Vol. 47, (243), pp. 85 – 124.
- RAMALLO MASSANET, Juan, “El bloque presupuestario en España: presupuesto, acompañamiento, estabilidad”, *Revista jurídica de las Illes Balears*, (1), 2003, pp. 11 – 40.
- “El control externo en las nuevas formas de colaboración público – privada”, *Revista española de control externo*, Vol. 9, (26), 2007.

- REIMER, Ekkerhart, “La crisis financiera como oportunidad político – constitucional. El nuevo freno al endeudamiento en la Constitución alemana”, *Teoría y Realidad Constitucional*, (28), 2011, pp. 93 – 132.
- RENZSCH, Wolfgang, “Federal reform under the grand coalition”, *German Politics*, (19), 2010, pp. 382 – 392.
- REUTERS, *Curso sobre mercados de renta fija*, título original *An Introduction to Bond Markets*, Gestión 2000, Barcelona, 2002.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos, *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, en la obra colectiva *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993.
- ROSSEAU, Dominique, “Allocation d’ouverture”, en la Jornada Constitution et équilibre des finances publiques, un débat d’avenir, *Revue Française de Finances Publiques*, (117), Febrero de 2012, pp. 1 – 15.
- RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro, *El presupuesto del Estado. Introducción al Derecho presupuestario*, Biblioteca Tecnos de Estudios Jurídicos, Madrid, 1970.
- *Introducción al estudio del Derecho Financiero: un ensayo sobre los fundamentos teóricos del Derecho Financiero*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1976.
- “Los fundamentos constitucionales del control interno de la actividad financiera del Estado”, en la obra *X Jornadas de Control interno en el sector público: eficacia y legalidad en la gestión pública*, Intervención General de la Administración del Estado, Madrid, 1993.
- RODRÍGUEZ HERRER, M^a Elvira, “Clausura de los encuentros sobre el presente y futuro de la Ley General Presupuestaria a la luz de las normas de estabilidad”, *Presupuesto y Gasto público*, (30), 2002, pp. 129 – 132.
- RUFFERT, Matthias, “The European Debt Crisis and European Union Law”, *Common Market Law Review*, Vol. 48, (6), Diciembre 2011, pp. 1777 – 1805.
- RUIZ ALMENDRAL, Violeta, *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España*, La Ley, Madrid, 2008.
- “Estabilidad Presupuestaria y Reforma Constitucional”, *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, (41), enero–marzo, 2012, pp. 33 – 110.

- “La nueva Ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera”, *Revista Española de Control Externo*, Vol. XIV, (41), 2012, pp. 97 – 122.
- RUZO, Alejandro, *Curso de Finanzas y de Legislación financiera Argentina*, vol. III, Ateneo, Buenos Aires, 1933.
- SACHVERSTÄNDIGENRAT ZUR BEGUTACHTUNG DER GESAMTWIRTSCHAFTLICHEN ENTWICKLUNG - STATISTISCHES BUNDESAMT, *Staatsverschuldung wirksam begrenzen - Expertise im Auftrag des Bundesministers für Wirtschaft und Technologie*, Wiesbaden, 2007.
Disponible en: http://www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de/fileadmin/dateiablage/Expertisen/Staatsverschuldung_wirksam_begrenzen.pdf
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro, “El Derecho comunitario parámetro de la Constitucionalidad de las leyes internas” *Revista de Instituciones Europeas*, (22), Mayo – Agosto, 1995.
- SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Hacienda y Derecho I*, 3ª reimpresión (1ª edición 1955), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.
- *Sistema de Derecho Financiero*, Tomo I, Vol. 2, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1977-1985.
- SALINAS MARTÍNEZ DE LECEA, Rafael, *Subastas de títulos de Deuda pública: un análisis de mecanismos de asignación de recursos*, Documentos de Trabajo, núm. 9002, Centro de Estudios Monetarios y Financieros, Madrid, 1990.
- SANCHA GONZALO, José Luis, “El Sistema Eléctrico Español III. Peaje de acceso”, *Anales de mecánica y electricidad*, septiembre – octubre 2011, pp. 15 – 21.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Tomo II, ed. 16ª, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1992.
- *Instituciones de Derecho Mercantil*, Tomo II, ed. 17ª, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994.
- SÁNCHEZ REVENGA, Jaime, “La Ley General de Estabilidad Presupuestaria y su adaptación al escenario de la estabilidad”, *Presupuesto y gasto público*, (30), 2002, pp. 29 – 44.
- SÁNCHEZ URRUTIA, Ana Victoria, “Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto”, *Revista española de Derecho Constitucional*, (58), Enero- Abril, Madrid, 2000, pp. 105 – 135.

- SANTAMARÍA PASTOR, Juan A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Editorial Ceura, Madrid, 1988.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. III, Ed. FCU, Montevideo, 1959.
- SCHWARZE, Jürgen, “Tendances vers un droit administratif commun en Europe”, *Revue Trimestrielle de droit européen*, (2), 1993, pp. 236 – 245.
- SCHNEIDER, Hans Peter, *Schuldenregelungen des Bundes für die Haushaltswirtschaft der Länder*, 2008, trabajos de la Comisión sobre el Federalismo II, 134, 2008.
- SCHOLL, Bernd, “Die Neuregelung der Verschuldungsregeln von Bund und Ländern in den Art. 109 und 115 GG”, *Die Öffentliche Verwaltung*, (63), Heft 4, 2010, pp. 160 – 169.
- SERRANO LEAL, Cristina, y KÖLLING, Mario, *Los instrumentos financieros de la UE*, Documentos de Trabajo (10), Real Instituto el Cano, Madrid, 2011.
- SIMON, David P., “Mark-ups, quantity risk and bidding strategies of Treasury coupon auctions”, *Journal of Financial Economics*, Vol. 35, Febrero, 1994, pp. 43-62.
- SOGUEL, Nils, “Coordination et décentralisation des règles budgétaires dans une structure fédéraliste. Le cas des cantons suisses”, *Revue d’Economie Régionale & Urbaine*, (1), 2006, pp. 27- 48.
- SOLÉ VILLALONGA, Gabriel, “Juicio acerca de la deuda pública”, *Anales de Economía*, octubre – diciembre, 1963, pp. 711 – 745.
- *Deuda pública española y el mercado de capitales*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1966.
- SOLER ROCH, M^a Teresa, “Los principios implícitos en el régimen jurídico del gasto público”, en la obra colectiva *El sistema económico en la Constitución española*, Vol. II, Jornadas de estudio de la Dirección General del Servicio jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, pp. 1835 – 1856.
- “Estabilidad presupuestaria y Haciendas Locales”, *Revista Valenciana de Hacienda pública*, (2), 2001, pp. 53 – 74.
- “Coordinación Presupuestaria y autonomía financiera de las Administraciones públicas”, *Presupuesto y Gasto público*, (27), 2001, pp. 81 – 88.

- “Principios inspiradores de la reforma de la Ley General Presupuestaria”, *Presupuesto y gasto público*, (30), 2002, pp. 19 – 28.
- SOSA WAGNER, Francisco y FUERTES LÓPEZ, Mercedes *Bancarrota del Estado y Europa como contexto*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- STANDARD & POOR’S, “Rating on issuance by FROB Lowered to “AA” following Spain Downgrade”, Abril, 2010.
- STIGLITZ, Joseph E., *Economía del sector público*, Antonio Bosch Editor, 2002.
- STRAUSS-KAHN, Dominique, “Déficit público y crecimiento de la deuda pública”, *Papeles de Economía Española*, (24), 1985, pp. 117 – 131.
- STURM, Roland, “Objetivos y resultados de las dos reformas del federalismo de Alemania, 2006 y 2009”, *Cuadernos de la Fundación Manuel Giménez Abad*, (1), 2011, pp. 1 – 17.
- TALANI, Leila Simona, “A dead Stability and Growth Pact and strong Euro: there must be a mistake!” en la obra colectiva *Between Growth and Stability: The demise and reform of the European Union’s stability and Growth Pact*, editado por TALANI, Leila Simona, y CASEY, Bernard, Cheltenham, Edward Elgar, 2008, pp. 85 – 108.
- TANZI, Vito y LUTZ, Mark “Interest rates and government debt” Are the linkages global rather than national?, *International Monetary Found, Working Papers*, (91/6), 1991.
- TEJERIZO LÓPEZ, José M., “Artículo 135: deuda publica”, en la obra colectiva *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Cortes Generales Editoriales de Derecho Reunidas, Tomo X, Madrid, 1980, pp. 347 – 373.
- TESORO PÚBLICO, “Spain: Policy measures towards a sustained and balanced growth path”, Febrero, 2011.
Disponible en: http://www.tesoro.es/doc/SP/Noticias/110603_KoS_Presentation.pdf
- TORRENT MACAU, Ramón, “¿Cómo gobernar aquello que se desconoce?: El caso de la Comunidad europea en tanto que Unión Económica y Monetaria”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (20), 2005, pp. 47 – 90.
- TRIBUNAL DE CUENTAS, *Moción sobre los conceptos de Sociedad Estatal y de Empresa Pública*, Resolución de 30 de septiembre de 1997, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con la moción sobre los conceptos de Sociedad Estatal y de Empresa Pública.

— *Informe de fiscalización sobre el cumplimiento del principio de transparencia establecido en la legislación sobre estabilidad presupuestaria, en relación con los presupuestos generales del Estado para los ejercicios 2007 y 2008*, núm. 896, 30 de junio de 2011.

TROTABAS, Louis, *Finances publique*, 3ª ed., Dalloz, Paris, 1969.

TROTABAS, Louis y COTTERET, Jean-Marie, *Droit budgétaire et comptabilité publique*, 5ª ed. Dalloz, Paris, 1995.

TRUJILLO DIEZ, Iván Jesús, “Comentario al artículo 68 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”, en la obra coordinada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “*Comentarios a la Ley Concursal*”, Vol. I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 796-803.

URÍA FERNÁNDEZ, Francisco, “Los objetivos de la nueva Ley General Presupuestaria”, *Presupuesto y Gasto público*, (35), 2004, pp. 203 – 210.

— “Fundamento constitucional de los proyectos de Ley de Estabilidad presupuestaria”, *Presupuesto y Gasto público*, (27), 2001, pp. 19 – 32.

URÍA MERUÉNDANO, Rodrigo, *Derecho Mercantil*, 24ª ed., Civitas, Madrid, 1997.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, *La obra pública como figura jurídica. Especial referencia a los mecanismos de ejecución y financiación*, Tesis doctoral inédita, Universidad Pablo CEU, Madrid, curso 2001/2002.

VALLES GIMÉNEZ, Jaime y ZÁRATE MARCO, Anabel, “Los Escenarios de Consolidación presupuestaria como antecedente para la coordinación del endeudamiento en un contexto de estabilidad presupuestaria”, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 8, 2003, pp. 135 – 160.

VALLÈS VIVES, Francesc, *El control externo del gasto público*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

VICENTE ARCHE, Fernando, “Notas sobre gasto público y contribución a su sostenimiento en la Hacienda pública”, *Civitas. Revista española de Derecho financiero*, (3), 1974, pp. 535 – 547.

VICENT CHULIÁ, Francisco, *Compendio crítico de Derecho Mercantil español*, Tomo II, 3 ed., Bosch, Barcelona, 1990.

VILAJOSANA RUBIO, Josep Mª, *Identificación y Justificación del Derecho*, Marcial Pons, 2007.

- VINTRÓ CASTELLS, Joan, “Reflexiones sobre la reciente reforma constitucional”, Institut de Dret Públic, octubre, 2011.
- VON HAGEN, Jürgen y MUNDSCHEK Susanne, “Fiscal and Monetary Policy Coordination in EMU”, *International Journal of Financial Economics*, (8), 2003, pp. 279 – 295.
- WAGNER, Richard E. y BUCHANAN, James M., *Déficit del Sector público y Democracia. El legado político de Lord Keynes*, Editorial Rialp, Madrid, 1983.
- WOODS, Robert, “Notes on the Reform of the SGP: creating and implementing effective macroeconomic frameworks”, en la obra colectiva *Between Growth and Stability: The demise and reform of the European Union’s stability and Growth Pact*, editado por TALANI, Leila Simona, y CASEY, Bernard, Cheltenham, Edward Elgar, 2008, pp. 129 – 169.
- YSÀS SOLANES, María, *El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*, La Ley, Madrid, 1994.
- ZANOBINI, Guido, *Corso de diritto amministrativo*, Vol. IV Giffre, Milano, 1958.
- ZORNOZA PÉREZ, Juan, “L’équilibre budgétaire dans le Droit espagnol”, en la obra colectiva *L’équilibre budgétaire*, bajo la dirección de TALLINEAU, Economica, Paris, 1994.
- “El ámbito de aplicación de la Ley General Presupuestaria: entidades que se integran en el sector público estatal”, *Revista Española de Control Externo*, Vol. 6, (18), 2004, pp. 85 – 102.
- ZUNZUNEGUI PASTOR, Fernando, *Derecho del Mercado Financiero*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005.