

## ESTUDIOS



# LA CRISIS FINANCIERA COMO OPORTUNIDAD POLÍTICO-CONSTITUCIONAL. EL NUEVO FRENO AL ENDEUDAMIENTO EN LA CONSTITUCIÓN ALEMANA

EKKEHART REIMER  
*Catedrático de Derecho Público*  
*Universidad de Heidelberg\**

## SUMARIO.

- I. Puntos de partida.
- II. Las nuevas normas: tenor literal y visión general.
- III. El art. 109.3 LF como nueva «Carta Magna» del presupuesto sostenible.
- IV. Relleno de contenido a nivel federal a través del art. 115 LF.
- V. Aseguramiento institucional a través del Consejo de Estabilidad.
- VI. Generosas normas transitorias: doble precio por el freno al endeudamiento.
- VII. Conclusión.

## I. PUNTOS DE PARTIDA

Se consideraba desde hace tiempo que la Constitución financiera del Estado federal alemán estaba necesitada de una reforma. La crítica se había desatado sobre todo en relación con la imposibilidad de someter a control judicial la limitación, hasta ahora vigente, impuesta a la asunción de nuevas deudas en el art. 115 de la Constitución alemana (LF)<sup>1</sup>. En 2006 el Bundestag y el Bundesrat pusieron en marcha la segunda Comisión

\* La traducción al castellano ha sido realizada por María Ángeles Martín Vida, Doctora en derecho, de quien son también las traducciones de los preceptos constitucionales.

<sup>1</sup> Véase la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 9 de julio de 2007 [Bundshaushalt 2004, BVerfGE 119, 96 (141)].

conjunta para la reforma del federalismo, encargada de proponer una nueva regulación al respecto. Esta Comisión recibió un impulso decisivo a través de un paquete legislativo para el rescate de los mercados financieros, entre cuyo diseño y promulgación medió apenas una semana (otoño de 2008)<sup>2</sup>. Este paquete legislativo estableció ayudas estatales (por ejemplo, la asunción de fianzas) por valor de hasta cuatrocientos ochenta mil millones de euros. Su concesión quedó políticamente vinculada (en parte así se afirmó de manera expresa, en parte se tuvo esa sensación) al éxito de la llamada «segunda reforma del federalismo». Núcleo central del proyecto de esta segunda reforma del federalismo fue la renovación de la Constitución financiera federal (arts. 104a a 115 LF), que había quedado en gran medida<sup>3</sup> fuera de la primera reforma del federalismo dos años atrás<sup>4</sup>. El proyecto hubo de superar sobre todo tres dificultades<sup>5</sup>: En primer lugar, el nuevo límite al endeudamiento debía poder ser objeto de control judicial, más de lo que lo eran los preceptos anteriores de los arts. 109.2 y 115.1 LF, muy vagos y de los que el Tribunal Constitucional Federal no ha hecho apenas uso en la práctica. Sin embargo, el nuevo límite al endeudamiento no debía en este punto privar por completo a las autoridades de la posibilidad de desarrollar una política presupuestaria anticíclica. En segundo lugar, la distribución federal de competencias precisaba una consideración especial: un freno al endeudamiento que tuviese como único objeto el presupuesto federal no habría satisfecho las exigencias del Derecho europeo. Además, habría sido disfuncional desde el punto de vista interno, porque a la Federación le corresponde una obligación constitucional de apoyo a los Länder individuales en caso de que se produzca una llamada «situación de emergencia presupuestaria extrema»<sup>6</sup>. Por tanto, la nueva regulación había de extender a los Länder los límites al endeudamiento. Ahora bien, por eso había que salvar, en tercer lugar, la dificultad de cómo diseñar constitucionalmente un modelo de asignación de un contingente de nuevas deudas, reconocido a la totalidad de los Länder, que ofreciese la

2 Gesetz zur Stabilisierung der Finanzmärkte (Ley para estabilizar los mercados financieros), de 17 de octubre de 2008, BGBl. I 2008, págs. 1982 y ss.

3 Simplemente se logró una reforma del art. 104a LF y la introducción de un nuevo art. 104b LF. Una visión general en KUBE, en: EPPING/HILLGRUBER, Grundgesetz (2009), Art. 104a GG, marginales 58 y ss., y Art. 104b GG, passim = *el mismo autor*, Online-Kommentar zum Grundgesetz (en Internet: <http://beck-online.beck.de>); en general, sobre la importancia de la primera reforma del federalismo, también para la Constitución financiera, HÄDE, JZ [Juristenzeitung] 2006, pág. 930; SELMER, JuS [Juristische Schulung] 2006, pág. 1052; *el mismo autor*, NVwZ [Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht] 2007, pág. 872; FÖRSTERLING, ZG [Zeitschrift für Gesetzgebung] 2007, pág. 36; y GAITANIDES, NJW [Neue Juristische Wochenschrift] 2007, pág. 3112.

4 Quincuagésimosegunda Ley de reforma LF, de 28 de agosto de 2006, BGBl. I 2006, pág. 2034.

5 Sobre las opciones de política jurídica que han estado en la base de las reformas constitucionales llevadas a cabo en el marco de la segunda reforma del federalismo, véanse F. KIRCHHOF, ZG 2006, págs. 288 y ss.; GLASER, DÖV [Die Öffentliche Verwaltung] 2007, pág. 98; SELMER, NVwZ 2007, pág. 872; KORIOTH, KritV [Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft] 2008, pág. 187; HÄRTEL, ZG 2007, págs. 399 y ss.; *el mismo autor*, JZ 2008, pág. 437; KNOP, Verschuldung im Mehrebenensystem (2008); WEINZEN, DÖV 2008, pág. 535; y HANCKE, DVBl. [Deutsches Verwaltungsblatt] 2009, pág. 621.

6 Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 19 de octubre de 2006 (Bundesergänzungszuweisungen für Berlin, BVerfGE 116, 327 —en Internet: [http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs20061019\\_2bvfg000303.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs20061019_2bvfg000303.html) (22.12.2009)—). Sobre el transfondo y la valoración véase KORIOTH, S, Haushaltsnotlagen der Länder: Eigenverantwortung statt Finanzausgleich, en: wirtschaftsdienst 2007, págs. 182 y ss.

suficiente seguridad jurídica, pero que a la vez tuviese en cuenta las diferencias de tamaño y de las condiciones presupuestarias de partida que existen entre los dieciséis Länder.

## II. LAS NUEVAS NORMAS: TENOR LITERAL Y VISIÓN GENERAL

Estas exigencias se materializaron, después de largas deliberaciones, de un vistazo más allá de las fronteras<sup>7</sup> y de intensos intercambios entre los responsables políticos de la Federación y de los Länder y los científicos (sobre todo economistas), en un conjunto de normas que la Comisión encargada de la reforma presentó en marzo de 2009<sup>8</sup>. Este conjunto de normas no contenía, frente a los planes iniciales, ninguna regla de Derecho tributario (arts. 105 y 106 LF), pero a cambio reconfigura de manera notable el Derecho constitucional presupuestario (arts. 109 a 115 LF) y, en este punto, sobre todo, el Derecho en materia de empréstitos públicos. Junto a las reformas constitucionales propiamente dichas, que constituyen el eje del presente trabajo<sup>9</sup>, se han aprobado paralelamente normas de rango infraconstitucional en el ámbito federal<sup>10</sup>.

Las nuevas normas no afectan a la deuda acumulada, sino que simplemente limitan el nuevo endeudamiento, tanto en el caso de la Federación como en el de Länder, si bien de forma asimétrica: mientras que el déficit anual regular (es decir, sin necesidad de mayor justificación) que se le permite a la Federación se limita al 0,35 por ciento del producto interior bruto nominal, a los Länder se les aplica una auténtica prohibición de asumir nuevas deudas. Se desistió así del plan inicial de permitir al conjunto de los Länder un déficit del 0,15 por ciento del producto interior bruto nominal por las dificultades que hubiera planteado repartir ese contingente de endeudamiento entre los distintos Länder. No obstante, a todos (Federación y Länder) se les permite adicionalmente, no obstante, asumir nuevas deudas en épocas de crisis. Esta posibilidad se contempla en tres grupos de supuestos. A cada grupo de supuestos se le aplican limitaciones particulares en caso de que se recurra a esa posibilidad; por ejemplo, la exigencia de que el ente afectado proponga simultáneamente un plan de amortización que ha de prever la compensación de las nuevas deudas en los años inmediatamente posteriores al fin de la crisis mediante la correspondiente amortización de estas.

7 Referente esencial fue sobre todo el freno al endeudamiento introducido en 2001 en la Constitución suiza [art. 126 de la Constitución federal suiza, concretado en la Bundesgesetz über den eidgenössischen Finanzhaushalt (Ley Federal sobre el Presupuesto Financiero de la Confederación)]. Al respecto DANNINGER, A New Rule: The Swiss Debt Brake, IMF Working Paper (enero 2002) [en Internet: <http://ssrn.com/abstract=879354> (6.1.2010)]; FELD/KIRCHGÄSSNER, On the Effectiveness of Debt Brakes: The Swiss Experience [en Internet: <http://www.zei.de/download/Foederalismus/Debt-2004-CESifo-Rev-28-06-06.pdf> (6.1.2010)]; BODMER, The Swiss Debt Brake: How it Works and What Can Go Wrong, en: Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik, vol. 142 (2006), págs. 307 y ss. [en Internet: <http://www.sjes.ch/papers/2006-III-1.pdf> (6.1.2010)]; COLOMBIER, Die Schweizer Schuldenbremse —nachhaltiger und konjunkturgerechter als der neue Stabilitäts— und Wachstumspakt? en: Schmollers Jahrbuch, vol. 126 (2006), págs. 521 y ss.

8 Para las referencias legales véase *infra*, en notas 9 y 10. Bibliografía sobre el contenido y el significado de la nueva regulación: SEILER, JZ 2009, pág. 721; WALDHOFF/DIETRICH, ZG 2009, pág. 97; TAPPE, DÖV 2009, pág. 881.

9 Ley de reforma de la LF, de 29 de julio de 2009, BGBl. I 2009, pág. 2248.

10 Begleitgesetz zur zweiten Föderalismusreform (Ley de acompañamiento de la segunda reforma del federalismo), de 10 de agosto de 2009, BGBl. I 2009, pág. 2702.

Las normas pertinentes se recogen inicialmente para el conjunto del Estado, es decir, tanto para la Federación como para los Länder, en el nuevo art. 109.3 LF. El precepto tiene el siguiente tenor literal:

*Art. 109.3 LF {Freno al endeudamiento para el conjunto del Estado} «<sup>1</sup> Los presupuestos de la Federación y de los Länder habrán de equilibrarse en principio sin ingresos procedentes de créditos. <sup>2</sup> La Federación y los Länder podrán establecer normas que tengan en cuenta de forma simétrica, en épocas de auge y en fases de desaceleración, los efectos de una evolución del ciclo económico que se aparte de la normalidad, así como una normativa de excepción para el supuesto de catástrofes naturales o de situaciones de emergencia extraordinarias que escapen al control del Estado y que tengan un considerable impacto negativo sobre las finanzas públicas. <sup>3</sup> La normativa de excepción habrá de establecer el correspondiente régimen de amortización. <sup>4</sup> Respecto al presupuesto de la Federación, los detalles los regula el art. 115, entendiéndose que se cumple lo dispuesto en la primera frase cuando los ingresos procedentes de créditos no superen el 0,35 por ciento del producto interior bruto nominal. <sup>5</sup> Los detalles correspondientes a los presupuestos de los Länder los regularán estos en el marco de sus competencias constitucionales, entendiéndose que solo se cumple lo dispuesto en la primera frase si no se permite ningún ingreso procedente de créditos».*

Desde el punto de vista institucional se crea un nuevo órgano, el llamado Consejo de Estabilidad (Stabilitätsrat), encargado de supervisar el nuevo sistema. Goza asimismo de rango constitucional. El nuevo art. 109a LF describe su posición y sus competencias del siguiente modo:

*Art. 109a LF {Consejo de Estabilidad} «Para evitar situaciones de emergencia presupuestaria una ley federal, que precisará del voto favorable del Bundesrat, regulará: 1. La supervisión continuada de la gestión presupuestaria de Federación y Länder mediante un órgano conjunto (Consejo de Estabilidad); 2. Los requisitos y el procedimiento para declarar que amenaza con producirse una situación de emergencia presupuestaria; 3. Los principios para la elaboración y ejecución de programas de saneamiento con el fin de evitar situaciones de emergencia presupuestaria. Se publicarán las resoluciones del Consejo de Estabilidad y los informes de las deliberaciones en que estas se basen».*

Esta normativa se complementa de dos maneras: en primer lugar, le han de seguir normas reguladoras de los detalles de aplicación, que cada ente aprobará para sí mismo y que concretarán los conceptos jurídicos indeterminados empleados en el art. 109.3 LF. En segundo lugar, existen normas transitorias de amplio alcance, en parte incluso contradictorias: el Bundesrat, la Cámara alemana de representación de los Länder, dio su voto favorable a las reformas de la Ley Fundamental solo a cambio de ayudas financieras, limitadas en el tiempo, en favor de aquellos Länder cuya situación presupuestaria en 2009 y 2010, años de crisis, esté muy lejos de la posibilidad de lograr un déficit cero.

Las normas de la primera categoría ha de aprobarlas el respectivo ente afectado. Esto se deriva no tanto de la garantía constitucional de la autonomía de gestión presupuestaria (art. 109.1 LF), sino ante todo de la garantía —que está en su base— de la autonomía de los Länder a la hora de aprobar su respectivo marco normativo presupuestario (art. 28.1 y 3, LF). Es cierto que esta garantía tiene su límite en el art. 109.4 LF, que atribuye al legislador federal la competencia para fijar los principios, comunes a la Federación y a los Länder, del Derecho presupuestario, de un régimen presupuestario acorde con las necesidades coyunturales de la economía y de una planificación financiera plurianual. Ahora bien, en la medida en que el Derecho federal no formule a los Länder las correspondientes reglas, el «llenar de contenido» dentro de cada Land el freno al endeudamiento, concretando los con-

ceptos jurídicos indeterminados del art. 109.3 LF, es algo que corresponde a cada uno de los Länder. Así se señala expresamente en el art. 109.3.5ª frase. Según este precepto, cada Land regulará por sí mismo para su presupuesto el diseño más detallado del freno al endeudamiento, en el marco de sus propias competencias constitucionales. El art. 109.3. 5ª frase LF recoge, no obstante, la clara estipulación para los Länder de que las exigencias que establece el art. 109.3 en su primera frase solo se cumplen si no se permite ningún ingreso procedente de créditos. Este mandato normativo se somete a una reserva de ley (parlamentaria formal). Desde el punto de vista material, a los Länder les corresponde un cierto margen de maniobra<sup>11</sup>. Es objeto de discusión si este margen es lo suficientemente amplio o si las reformas del art. 109.3 LF limitan en exceso o de un modo inadmisiblemente la autonomía presupuestaria de los Länder<sup>12</sup>.

Frente a esto, para la Federación sí que se han establecido ciertas exigencias en la propia Constitución: en el contexto de la segunda reforma del federalismo se ha modificado completamente el art. 115 LF. Hasta ahora ahí se recogía una obligación de la Federación en virtud de la cual los ingresos procedentes de créditos no podían superar la suma de los gastos para inversiones previstos en el presupuesto (sin contar el patrimonio especial). Solo se permitían excepciones para hacer frente a una alteración del equilibrio global de la economía [art. 115.1.2ª frase y 2 LF en su anterior redacción]. La nueva norma constitucional se ciñe estrictamente a lo dispuesto en el nuevo art. 109.3 LF y tiene el siguiente tenor literal:

*Art. 115.2 LF {Freno al endeudamiento de la Federación}<sup>1</sup> «Los ingresos y los gastos habrán de equilibrarse en principio sin ingresos procedentes de créditos.<sup>2</sup> Esta regla se entiende cumplida cuando los ingresos procedentes de créditos no superen el 0,35 por ciento del producto interior bruto nominal.<sup>3</sup> Además, en caso de una evolución del ciclo económico que se aparte de la normalidad, los efectos sobre el presupuesto habrán de tenerse en cuenta de forma simétrica en épocas de auge y en fases de desaceleración.<sup>4</sup> Las desviaciones de los créditos realmente asumidos respecto a los límites al crédito que se permiten con arreglo a las frases primera a tercera se registrarán en una cuenta de control; los cargos que superen el umbral del 1,5 por ciento del producto interior bruto nominal habrán de amortizarse de forma que se tengan en cuenta las exigencias coyunturales de la economía.<sup>5</sup> Una ley federal regulará los detalles, en particular el ajuste de los ingresos y los gastos en función de las transacciones financieras, y el procedimiento de cálculo del límite máximo anual del crédito neto, teniendo en cuenta la evolución coyuntural sobre la base de un procedimiento de ajuste cíclico, así como el control y el reajuste del crédito efectivamente asumido que se aparte de los límites especificados.<sup>6</sup> En caso de catástrofe natural o de situaciones extraordinarias de emergencia que escapen al control estatal y que tengan un considerable impacto negativo sobre las finanzas públicas, estos límites al crédito podrán superarse mediante una resolución de la mayoría de los miembros del Bundestag.<sup>7</sup> La resolución habrá de combinarse con un plan de amortización.<sup>8</sup> La devolución de los créditos que se bayan asumido con arreglo a la sexta frase habrá de llevarse a cabo en un plazo razonable».*

La ulterior concreción de las exigencias derivadas del nuevo art. 115.2 LF corresponde a una nueva Ley federal de desarrollo del art. 115 LF (Gesetz zur Ausführung von Artikel

11 Véase el Diario de Sesiones del Bundestag 16/12410, pág. 17: posibilidad de ajustar los ingresos y los gastos en función de las transacciones financieras; posibilidad de fijar autónomamente las consecuencias en caso de vulneración.

12 Al respecto más ampliamente *infra*, C.VI.

115 GG; en lo sucesivo «G 115»)<sup>13</sup> que es en parte incluso más estricta que el propio art. 115 LF<sup>14</sup> (en concreto, en la cuantificación del umbral a partir del cual se limita la competencia de la Federación en materia de déficit para los años posteriores<sup>15</sup>).

Finalmente, hay una detallada norma transitoria (el nuevo art. 143d LF) que posee una importancia fundamental. Contiene, por un lado, reglas transitorias escalonadas para la aplicación de las reformas —que se han llevado a cabo simultáneamente— de los arts. 109.3 y 115.2 LF (art. 143d.1 LF), y, por otra parte, constituye el fundamento de las llamadas «ayudas para el saneamiento de las finanzas públicas» (Konsolidierungshilfen) que se conceden a los cinco Länder económicamente más débiles, cuyos presupuestos han de sanearse por esta vía de manera que a partir del 1 de enero de 2020 puedan dar cumplimiento por sus propios medios a las exigencias del art. 109.3 LF (art. 143d.2 y 3 LF).

### III. EL ART. 109.3 LF COMO NUEVA «CARTA MAGNA» DEL PRESUPUESTO SOSTENIBLE

#### III.1. FUNDAMENTOS

El art. 109 LF, que recoge el freno al endeudamiento aplicable al conjunto del Estado, opera desde siempre como «Carta Magna» de los presupuestos de la Federación y los Länder<sup>16</sup>. El precepto establece principios presupuestarios materiales fundamentales. En la estructura escalonada de los arts. 105 a 115 LF (ingresos del Estado — presupuesto del Estado — gastos del Estado) al art. 109 LF le corresponde una función de bisagra: el art. 109 LF es el pórtico de la Constitución presupuestaria. Es el encargado de crear las condiciones necesarias para que la autonomía estatal de la Federación y de los Länder pueda llegar a ser real y para que su autonomía política pueda desenvolverse con independencia y autorresponsabilidad a la hora de asumir tareas y de gestionar el presupuesto<sup>17</sup>. Desde la última gran reforma de la Constitución financiera de 1967, el art. 109.2 LF sitúa a los presupuestos de la Federación y de los Länder al mismo tiempo al servicio de la prosperidad privada, al obligarlos a tener en cuenta las exigencias del equilibrio global de la economía<sup>18</sup>. Ahora bien, en 1967 la obligación de los presupuestos de tener en cuenta las exigencias del equilibrio global de la economía, obligación dirigida a la práctica de una política financiera anticíclica, se mantuvo en términos vagos: el precepto no podía en realidad ser objeto de control judicial<sup>19</sup>.

13 Art. 2 de la Ley de acompañamiento (*supra*, nota 10).

14 Art. 7.3 de la G 115 (*supra*, nota 13): 1,0 por ciento del producto interior bruto nominal.

15 Véase el art. 115.2, [cuarta frase], LF.

16 La exposición que sigue se basa en lo esencial en mi comentario al art. 109 LF en: EPPING/HILLGRUBER, GG-Kommentar (2009) = *los mismos autores*, Online-Kommentar zum Grundgesetz (en Internet: <http://beck-online.beck.de>).

17 BVerfGE 86, 148, 264; véase también BVerfGE 72, 330, 383.

18 Decimoquinta Ley de reforma de la LF, de 8 de junio de 1967, BGBl. I 1967, pág. 581.

19 Una evaluación y una crítica a la antigua norma en PROKISCH, Die Justiziabilität der Finanzverfassung (1993). A favor de que la Constitución financiera sea objeto de control judicial pleno, sobre todo VO-

Esto ha cambiado desde 2006 en dos etapas: la llamada «primera reforma del federalismo» del año 2006 incluyó un apartado 5<sup>20</sup> que recogía, por una parte, el reparto federal de las obligaciones primarias (desde 2009 contenido en el apartado 2) en relación con el art. 104 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (desde el 1 de diciembre de 2009, art. 126 del Tratado de la Unión Europea), y, por otra, la clave de reparto (que sigue recogida en el apartado 5) a la hora de distribuir las cargas dentro del Estado federal en caso de que la Comunidad Europea imponga sanciones pecuniarias a la República Federal alemana por vulnerar el límite comunitario de déficit<sup>21</sup>. Por medio de la segunda reforma del federalismo, del año 2009<sup>22</sup>, el apartado 5, en la redacción de 2006, ha quedado ahora dividido; las obligaciones de la República Federal alemana a nivel primario constituyen ahora el objeto central del apartado 2 y han hecho que pase a un segundo plano la obligación del legislador presupuestario de preservar el equilibrio global de la economía [art. 109.2 LF, antigua redacción].

Pero al art. 109 LF sobre todo se le ha añadido un nuevo apartado 3 que contiene el llamado «freno al endeudamiento» para la Federación y los Länder, que sustituye funcionalmente al que hasta ahora era el apartado 4 (perturbación del equilibrio global de la economía) y que, frente a este antiguo precepto, tiene como objetivo limitar, de manera efectiva y en condiciones de ser objeto de control judicial, el nuevo endeudamiento una vez que hayan transcurrido los dos períodos transitorios previstos en el art. 143d LF<sup>23</sup>. Precisamente la posibilidad de control judicial de la nueva norma merece una consideración especial porque, desde el punto de vista del método constitucional, el art. 109.3 LF (nueva redacción) supone una innovación en la medida en que el poder de reforma de la Constitución, al utilizar un porcentaje concreto (0,35 por ciento del producto interior bruto nominal), demanda de todos los intérpretes constitucionales una precisión interpretativa hasta la centésima y, con ello, hace aconsejable, en particular al Tribunal Constitucional Federal, una significativamente elevada intensidad de control<sup>24</sup>.

Hay que tener todavía en cuenta, en todo caso, que siguen siendo necesarias concreciones legislativas para algunos conceptos jurídicos del art. 109.3 LF, pero también para el concepto de «equilibrio global de la economía», que se sigue utilizando en el art. 109.2 LF *in fine*. Las competencias correspondientes las atribuye el art. 109.3.2ª frase ante todo al legislador del ente de que se trate (Federación o Land). Esta atribución de competencias la precisa el art. 109.3, en su cuarta frase, en relación con el art. 115.2.5ª frase para la Federación<sup>25</sup> y con el art. 109.3.5ª frase para los Länder. Junto a ello, el art. 109.4 LF contiene un título competencial general, que aparece «metido dentro del paréntesis»\*\*, que opera como norma especial frente a los arts. 70 y siguientes LF y que habili-

GEL/WALDHOFF en: Dolzer/Waldhoff/Grashoff, *Bonner Kommentar zum Grundgesetz* — Introducción a los arts. 104a a 115 LF, marginales 622 y ss. = *de los mismos autores*, *Grundlagen des Finanzverfassungsrechts* (1999), págs. 411 y ss.

20 *Supra*, nota 3.

21 Al respecto KEMMLER, LKV [Landes— und Kommunalverwaltung] 2006, pág. 529.

22 *Supra*, nota 9.

23 Al respecto, *infra*, F.I.

24 SEILER, JZ 2009, pág. 721 (723).

25 Al respecto en más detalle, *infra*, D.

\*\* [N. de la T.: El autor hace probablemente referencia al «Klammerprinzip», el principio que describe la estructura propia de algunos Códigos alemanes, como el BGB, donde el libro I recoge una serie de normas ge-

ta al legislador federal para aprobar distintas normas que, además de a cuestiones de Derecho presupuestario en sentido estricto (art. 109.1 LF), afecten también a la orientación del presupuesto hacia el logro del equilibrio económico global y a la limitación del endeudamiento (art. 109.2 y 3, LF), y que han de ser entendidas dogmáticamente al mismo tiempo como reserva de regulación/de concreción y como reserva de limitación<sup>26</sup>.

En esta medida, les sigue correspondiendo a los legisladores materiales (no solo al legislador presupuestario) de la Federación y de los Länder un considerable margen de apreciación. Esto, sin embargo, no afecta al hecho de que las exigencias del art. 109 LF (nueva redacción) fundamentan de manera continuada estrictas obligaciones y de que, en concreto, los precisos elementos descriptivos del supuesto de hecho del art. 109.3, en su 2ª frase, desplazan los pesos institucionales de una apreciación fundamentalmente parlamentaria hacia un control efectivo por parte del Tribunal Constitucional<sup>27</sup>.

### III.2. DESTINATARIOS Y PRESUPUESTOS AFECTADOS

La obligación que se deriva del art. 109.3 LF se refiere a los presupuestos de la Federación y de los Länder. Destinatarios, por tanto, son solo la Federación y los Länder, cada uno por separado. La obligación de cooperación que existía para la Federación y los Länder con arreglo al art. 109.2 LF (antigua redacción)<sup>28</sup> ha desaparecido desde el punto de vista material con la prohibición de endeudamiento de los Länder; en su lugar, sin embargo, aparecen nuevas tareas de interés común<sup>29</sup>. No existe, por el contrario, una vinculación inmediata de municipios y mancomunidades al art. 109.3 LF<sup>30</sup>. Hay que separar de ello, no obstante, la cuestión relativa a qué presupuestos quedan objetivamente englobados. La fórmula del art. 109.3.1ª frase no da en este punto respuesta a la cuestión de si los presupuestos adicionales y los presupuestos de la Administración estatal mediata (en concreto, los presupuestos municipales) quedan comprendidos en este precepto o no. Si bien la exposición de motivos rechaza la inclusión de los déficits de los seguros sociales y de los municipios, las razones que se alegan para ello (la inclusión plantearía exigencias de información a la hora de confeccionar los presupuestos de la Federación y los Länder que ni desde el punto de vista del contenido ni desde el cronológico podrían cumplirse<sup>31</sup>) no resultan convincentes porque puede darse cumplimiento sin mayor problema a la transmisión y valoración de la información (cuya regulación no es, en cualquier caso, competencia de la Federación sino de los legisladores de los Länder) mediante exigencias temporales cla-

nerales, que se aplican al resto del articulado. En ese sentido se dice que el libro I aparece «delante del paréntesis» y, como en una operación matemática, sus normas se aplican a todo lo que se incluye dentro del paréntesis, es decir, a los libros restantes. A su vez, dentro de cada libro, el primer capítulo contiene normas que se aplican al resto de los capítulos de ese libro, y así sucesivamente. La norma a la que alude el autor tiene también ese carácter general, aplicable a todo lo que viene a continuación, pero aparece «dentro del paréntesis».]

26 Detalles en REIMER (*supra*, nota 16), Art. 109, marginales 79 y ss. y 81 y ss.

27 SEILER, JZ 2009, pág. 721, 723.

28 BVerfGE 86, 148, 269.

29 Arts. 109a y 143d.2 LF. Al respecto en más detalle *infra*, E. y F.II.

30 Véase la exposición de motivos en el Diario de Sesiones del Bundesrat 262/09, pág. 22; y SEILER, JZ 2009, pág. 721, 723.

31 Diario de Sesiones del Bundesrat 262/09, pág. 22.

ras al elaborar los presupuestos municipales, teniendo en cuenta sobre todo que los Länder también pueden establecer para los municipios frenos al endeudamiento flexibles en función de la coyuntura, siempre que un *cash management* intermunicipal garantice una compensación en las relaciones frente a terceros (la Federación y los otros Länder).

Por eso hay que diferenciar correctamente: el Tribunal Constitucional Federal había apuntado claramente ya para el art. 109.2 LF (antigua redacción) la necesidad de incluir los presupuestos adicionales<sup>32</sup>. Ahora el art. 143d.1, en la segunda parte de la segunda frase, indica que los patrimonios especiales quedan en lo fundamental comprendidos dentro de los arts. 109 y 115 LF y que esto es aplicable precisamente también al art. 109.2 LF. A partir del 1 de enero de 2011 no se permite ya a los patrimonios especiales ningún tipo de nuevo endeudamiento<sup>33</sup>: todos los déficits habrán de ser cubiertos mediante aportaciones del respectivo ente titular (esto es, del presupuesto de la Federación o de los Länder).

Por el contrario, para las subdivisiones de los Länder, concretamente los municipios y las agrupaciones de municipios, el Tribunal Constitucional Federal había dejado hasta ahora sin resolver la cuestión de su posible vinculación inmediata<sup>34</sup>. La interpretación histórica no resuelve tampoco la cuestión: una interpretación histórico-subjetiva, que encontraría apoyo en la exposición de motivos<sup>35</sup>, resulta contraria a una inclusión de los municipios. Frente a ello, la interpretación histórico-objetiva y, en concreto, la génesis del freno al endeudamiento de los nuevos arts. 109.3 y 115.2 LF sugiere una inclusión de las nuevas deudas de los municipios, porque junto al límite ahí empleado del 0,35 por ciento del producto interior bruto nominal se previó inicialmente un límite del 0,15 por ciento del producto interior bruto nominal para los Länder (al que luego, en el transcurso de las negociaciones de la segunda Comisión para la reforma del federalismo, se renunció). La suma de estas dos cantidades se correspondía exactamente con el límite a la deuda total, del 0,5 por ciento del producto interior bruto, que fija el Pacto Europeo de Estabilidad y Crecimiento y que se refiere a todos los presupuestos públicos, incluidos los presupuestos municipales y los presupuestos adicionales. Esto pone de manifiesto que desde el principio no se pensaba en una exclusión de los presupuestos municipales. Antes bien, 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, exigen que el art. 109.3 se extienda a los presupuestos municipales. Lo mismo cabe decir en el art. 109a.,1ª frase, respecto a la noción de situación de emergencia presupuestaria y respecto a las competencias de supervisión y saneamiento del Consejo de Estabilidad. Esta extensión de los arts. 109 y 109a LF a los municipios se corresponde también con la evolución general de la Constitución financiera hacia una mediatización progresiva de los municipios.

Lo mismo cabe decir de los seguros sociales. Si bien de acuerdo con la exposición de motivos<sup>36</sup> no deberían tampoco considerarse incluidos, también en este punto hay, sin

32 BVerfGE 86, 148, 266.

33 Art. 143d.1, segunda frase, segunda parte, LF.

34 Sentencia del Tribunal Constitucional Federal, NVwZ 1990, pág. 357 (apartado II.3.b.); favorable, por el contrario, a una inclusión en el ámbito de aplicación del art. 109.2 LF (antigua redacción) MAUNZ en: MAUNZ/DÜRIG, Grundgesetz, Art. 109, marginales 39 y 40.

35 Diario de Sesiones del Bundesrat 262/09, pág. 22.

36 Diario de Sesiones del Bundesrat 262/09, pág. 22.

embargo, a mi juicio, mejores argumentos *de constitutione lata* a favor de que el freno al endeudamiento resulte aplicable<sup>37</sup>.

### III.3. LA PROHIBICIÓN DE DÉFICIT COMO PRINCIPIO BÁSICO

La fórmula del art. 109.3.1ª frase enlaza con la exigencia presupuestaria fundamental de equilibrio —que para la Federación se plasma en el art. 110.1.2ª frase— pero con la prohibición de asumir nuevas deudas incorpora una norma material. Constituye el núcleo central de la segunda reforma del federalismo. La prohibición de asunción de nuevas deudas se modifica mediante las disposiciones del art. 109.3 LF que vienen a continuación, convirtiéndose de este modo en una prohibición (solamente) de déficit estructural<sup>38</sup>. Al art. 109.3 LF se le da cumplimiento y se le dota de salvaguardias mediante las normas institucionales y procedimentales del art. 109a LF<sup>39</sup>.

Los «ingresos procedentes de créditos» son aportaciones que tienen su origen en contratos de préstamo o de naturaleza similar o en empréstitos forzosos impuestos por un acto de naturaleza soberana: la noción de crédito del art. 104.3 se corresponde con la del art. 115 LF<sup>40</sup>. Frente a ello, la asunción de fianzas, garantías y otro tipo de seguridades que pudieran llevar consigo gastos en futuros ejercicios contables no supone ingresos procedentes de créditos a los efectos del art. 109.3 LF en el presente ejercicio presupuestario; esto se deduce *a sensu contrario* del art. 115.1, que menciona expresamente estas obligaciones similares a las crediticias. Menos aún encajan inciertas obligaciones futuras en el supuesto de hecho del «crédito» del art. 109.3.1ª frase. Cabe afirmar esto, en concreto, de las cargas de jubilación basadas en la contratación y en la actividad actual de funcionarios de la Federación y de los Länder. En este sentido, el ámbito de aplicación de la prohibición de déficit está, desde el principio, claramente delimitado.

Frente a los planteamientos político-constitucionales previos a la reforma del federalismo de 2009, tampoco los ingresos procedentes de la enajenación de patrimonio del Estado constituyen ingresos procedentes de créditos. Al igual que la exigencia de un equilibrio contable formal entre ingresos y gastos<sup>41</sup>, el art. 109.3 LF sigue en su conjunto la contabilidad por partida simple de entradas y salidas y deja de lado los cambios en el activo. Por la misma razón, el art. 109.3 LF no incluye los cambios en el valor de las deudas hasta ahora existentes (por ejemplo, la disminución, motivada por la inflación, del valor de la deuda o, a la inversa, un incremento, como consecuencia de una revaluación, del valor de las obligaciones en moneda extranjera).

Los arts. 2.1 y 2.3 de la G 115 concretan con rango de ley ordinaria el art. 109.3 LF. Estas concreciones se refieren en particular al ajuste de la base de cálculo en función de transacciones financieras tales como la enajenación y adquisición de participaciones, los empréstitos dentro del sector público, las amortizaciones a favor del sector público, los

37 Un alegato en favor de una normativa legal federal en SEILER, JZ 2009, pág. 721 (723), con nota 16.

38 SEILER, JZ 2009, pág. 721 (723).

39 *Infra*, E.

40 A este respecto REIMER (*supra*, nota 16), Art. 115, marginal 13, e *infra*, D.I.1.

41 Art. 110.1, segunda frase, LF.

reflujos procedentes de préstamos o las concesiones de préstamos. Hay que hacer alusión, además, a las generosas normas transitorias del art. 143d LF, diseñadas de manera asimétrica para la Federación y los Länder.

### III.4. EXCEPCIONES A LA PROHIBICIÓN DE DÉFICIT

En cualquier caso, la prohibición de déficit no rige categóricamente ni para la Federación ni para los Länder. Todos estos entes pueden endeudarse en épocas de crisis, pero tienen a continuación que amortizar las nuevas deudas. Esto se aplica también en el caso de desviaciones coyunturales de la situación de normalidad (supuesto primero del art. 109.3.2ª frase) y en el de catástrofes naturales y situaciones extraordinarias de emergencia que escapan al control del Estado (supuesto segundo del mismo artículo). El déficit en estos casos está vinculado a obligaciones de compensación y se somete a reservas de regulación a las que han de dar cumplimiento respectivamente la Federación y cada uno de los Länder de manera independiente. Además, la Federación (no así los Länder) puede, también en situaciones de normalidad, asumir nuevas deudas por valor del 0,35 por ciento del producto interior bruto nominal. No se permiten, por el contrario, nuevas deudas por otros motivos: el listado del art. 109.3 es exhaustivo<sup>42</sup>.

#### 1. Déficit coyuntural

Con el supuesto primero del art. 109.3.2ª frase, que se retoma para la Federación en el art. 115.2.3ª frase, conservan los legisladores de la Federación y de los Länder el derecho de desarrollar una política presupuestaria anticíclica: pueden asumir nuevos créditos, en el sentido del art. 109.3 LF, en fases de debilidad coyuntural sin estar ya en ese aspecto constitucionalmente vinculados a las antiguas exigencias del «cuadrado mágico»<sup>43</sup>.

Desde el punto de vista económico lo que subyace a esta autorización de déficit coyuntural es la idea de un reforzamiento de los llamados «estabilizadores automáticos», que se ocupan de mantener o incluso de reactivar la demanda interna en épocas de crisis y que previenen en etapas de auge económico un sobrecalentamiento de la coyuntura<sup>44</sup>. El art. 109.3 LF proporciona a la Federación y a los Länder un amplio margen para un nuevo endeudamiento en épocas bajas, y, de este modo, para una política de gasto que

<sup>42</sup> Diario de Sesiones del Bundestag 16/12410, pág. 16.

<sup>43</sup> El compromiso con el equilibrio global de la economía en los términos del art. 109.2 LF (antigua redacción) lo concretó el legislador a través del art. 1, segunda frase, de la Stabilitätsgesetz (Ley de Estabilidad), de 8 de junio de 1967 (BGBl. I 1967, pág. 582), por medio de los postulados de la estabilidad del nivel de precios, un elevado nivel de empleo, equilibrio exterior y un crecimiento económico permanente y adecuado.

<sup>44</sup> Entre estos estabilizadores automáticos se cuentan, por un lado, las prestaciones sociales en sentido amplio (en particular, el subsidio por trabajo a jornada reducida, la prestación por desempleo y el llamado subsidio de manutención), las ayudas de saneamiento, las ayudas a la inversión y las subvenciones directamente orientadas al consumo, como la llamada «Abwrackprämie» (prima de desguace), y, por otro lado, por ejemplo, la tarifa progresiva del impuesto sobre la renta [art. 32a de la Einkommensteuergesetz (Ley alemana del impuesto sobre la renta)], que aporta a la Federación y a los Länder ingresos adicionales desproporcionadamente elevados (art. 106.3, frases primera y segunda, LF) en épocas de prosperidad económica.

vaya más allá de la actual recaudación fiscal, es decir, que apoye a la economía, por ejemplo en el ámbito de las políticas activas de formación, investigación y empleo, pero también de estímulos inmediatos al consumo, y opera a la inversa como ralentizador de la economía: ha de conducir a la Federación y a los Länder, no a emplear (como hasta ahora) sus ingresos adicionales en épocas alcistas para incrementar paralelamente los gastos, sino a crear reservas o a pagar las deudas asumidas en la última crisis.

Como consecuencia jurídica dispone el art. 109.3.2ª frase que se adopten normas que tengan en cuenta de manera simétrica en épocas de bonanza económica y en épocas bajas los efectos de una evolución económica que se aparte de la situación de normalidad<sup>45</sup>.

## 2. Asunción de nuevas deudas en caso de catástrofes naturales y en situaciones de emergencia

Junto a ello, se permite la asunción de nuevas deudas, de modo excepcional, con arreglo al segundo supuesto del art. 109.3.2ª frase, en caso de catástrofe natural o de situación de emergencia extraordinaria. A la hora de concretar estas nociones de crisis corresponde a los legisladores de la Federación y de los Länder un margen de apreciación que no es, en cualquier caso, ilimitado.

La interpretación de la noción de «catástrofe natural» puede inspirarse en el sentido que se da a este concepto en los arts. 11.2, 35.2.2ª frase y 35.3.1ª frase LF<sup>46</sup>. Interpretando *a contrario* el art. 35.2 y 3 LF, no quedarían comprendidos los accidentes y sus consecuencias típicas. Una situación de emergencia extraordinaria es una crisis (que se produce de manera repentina o que se agudiza de forma igualmente rápida y resulta por ello imprevisible en su naturaleza y en su alcance) que escapa al control del Estado. El supuesto de hecho de la situación de emergencia extraordinaria cumple la función de dar cabida a los accidentes causados por el hombre, no incluidos en la noción de catástrofe natural, pero vincula en este punto la asunción de nuevas deudas al requisito adicional de que las finanzas públicas resulten considerablemente afectadas<sup>47</sup>.

La catástrofe natural o situación de emergencia ha de ser la causa de la necesidad de asumir nuevas deudas o, en cualquier caso, haber contribuido decisivamente a generarla. Ahora bien, también respecto a esta relación constitucional de causación corresponde al legislador un margen de apreciación, de lo que a su vez se derivan limitaciones respecto a las consecuencias jurídicas. La asunción de nuevas deudas no puede ir más allá de lo necesario, medida que no viene determinada por la situación típica (estadística) de normalidad; las elevadas exigencias del segundo supuesto de hecho del art. 109.3.2ª frase muestran más bien que tiene que haber una participación a cargo del ente afectado. Por tanto, el déficit solamente puede ser tan elevado como para que la situación presupuestaria, una vez que se haga uso de todos los esfuerzos de consolidación, vuelva a estar justo por debajo del umbral que le señala el segundo supuesto de hecho del art. 109.3.2ª frase.

<sup>45</sup> Al respecto en más detalle *infra*, C.V.

<sup>46</sup> Véanse, por ejemplo, KUNIG, en: VON MÜNCH/KUNIG, GG, Art. 11, marginal 25; y GUBELT, en: VON MÜNCH/KUNIG, GG, Art. 35, marginal 25, en ambos casos con referencias adicionales.

<sup>47</sup> Para algunos ejemplos véase la exposición de motivos de la Ley en el Diario de Sesiones del Bundestag 16/12410, págs. 16 y 17.

Hay que tener en cuenta que en la descripción de los supuestos de hecho no existe ninguna conexión entre el grupo de supuestos de las crisis coyunturales (primero supuesto del art. 109.3.2ª frase) y el siguiente grupo de supuestos del art. 109.3.2ª frase (catástrofes naturales, situaciones extraordinarias de emergencia). Los detonantes externos de la crisis que se mencionan en el segundo y tercer grupo de supuestos pueden, no obstante, tener en la práctica unos efectos tan importantes sobre la coyuntura económica que los requisitos fácticos se cumplan simultáneamente para más de un grupo de supuestos. En la medida en que las consecuencias jurídicas no sean las mismas (porque la regla de amortización del art. 109.3.3ª frase no contiene ninguna exigencia de simetría), se impondrá, a mi juicio, la norma competencial de mayor alcance del segundo supuesto del art. 109.3.2ª frase, de modo que la exigencia de simetría en su conjunto será aplicable, a lo sumo, de manera atenuada<sup>48</sup>.

### 3. Déficit de la Federación en la situación de normalidad

De acuerdo con el art. 115.2.4ª frase LF, a nivel federal se satisfacen las exigencias de la prohibición de déficit estructural (primera frase) si los ingresos procedentes de créditos no superan el 0,35 por ciento del producto interior bruto nominal. El poder de reforma de la Constitución tipifica en esta norma un presunto nivel mínimo de inversiones de futuro realizadas asiduamente<sup>49</sup>. Se deja en manos del legislador federal la concreción de la base de cálculo (del «producto interior bruto pertinente»)<sup>50</sup>.

## III.5. OBLIGACIONES DE COMPENSACIÓN

La exigencia de simetría del art. 109.3.2ª frase, primer supuesto, se aplica a todo déficit coyuntural. El art. 109.3.3ª frase exige el correspondiente plan de amortización para el déficit asumido con arreglo al art. 109.3.2ª frase, segundo supuesto, en caso de catástrofe natural y de situación extraordinaria de emergencia.

### 1. La exigencia de simetría

La exigencia de simetría se refiere a los efectos de la evolución económica y obliga a los legisladores de la Federación y de los Länder a aprobar normas que tomen en consideración esta evolución de manera simétrica. Según la voluntad del creador de la norma, se trata de garantizar de esta manera que el nuevo endeudamiento asumido en un período de debilidad coyuntural se verá completamente compensado por medio de la correspondiente amortización en la fase inmediatamente posterior en que la coyuntura mues-

48 Sobre los detalles véase REIMER (*supra*, nota 16), marginales 71 y ss.

49 Diario de Sesiones del Bundesrat 262/09, pág. 9; SEILER, JZ 2009, pág. 721, 723.

50 Según el art. 4 de la G 115 (*supra*, nota 13) se aplica a tales efectos el producto interior bruto nominal del año anterior al de elaboración del presupuesto, tal como haya sido determinado previamente por el Statistischen Bundesamt (Instituto Federal de Estadística). Sobre la exigencia de respeto a la objetividad al llevar a cabo esta determinación véase SEILER, JZ 2009, pág. 721 (723, con nota 22) y la concluyente referencia en BVerfGE 116, 327, 396.

tre de nuevo signos de fortaleza. Lo que se pide no es, no obstante, una mera «simetría especular» de cómo ha transcurrido la asunción de nuevas deudas, por un lado, y de cómo transcurre la amortización, por otro. Lo decisivo es más bien una «simetría de la regla que se aplica», es decir, que se aplique una fórmula unitaria que, con independencia de los preludios de las dos fases, establezca *ex ante* la relación entre crecimiento económico (u otros indicadores apropiados) y modificación del nivel de deuda.

El diseño de esta fórmula (selección y peso específico de los indicadores, fijación del factor de endeudamiento o del de amortización, decisión sobre un eventual abono de intereses) es algo que compete al legislador correspondiente de la Federación o del Land, a quien, en este punto, se le atribuye un considerable margen de apreciación. Constitucionalmente solo se exige a los legisladores que lleven a cabo la completa amortización en un período razonable<sup>51</sup>, que se orienten para ello según los pronósticos económicos disponibles y, en su caso, que aprendan de las falsas apreciaciones propias en ciclos económicos pasados.

## 2. El plan de amortización

Para el supuesto de déficit en caso de catástrofes naturales o de situaciones extraordinarias de emergencia que escapen al control del Estado, el art. 109.3.2ª frase exige del legislador de la Federación o del Land afectado el «correspondiente plan de amortización».

Por lo que respecta a su contenido, este plan de amortización supone la declaración de cuándo ha de amortizarse qué parte de los nuevos créditos efectivamente asumidos. Al contrario de lo que ocurre en el caso del art. 109.3.2ª frase, supuesto primero (déficit coyuntural), no se puede, sin embargo, pedir aquí una simetría estricta. Con la exigencia de un plan de amortización simplemente «correspondiente», el art. 109.3.2ª frase, segundo supuesto, tiene en cuenta las particularidades de las crisis no coyunturales, es decir, que llegan repentinamente y que desaparecen solo poco a poco. Resultan suficientes en particular reglas estáticas de amortización<sup>52</sup> o ajustes asociados a los ingresos<sup>53</sup>. En el caso de la Federación, el legislador ha concretado lo que se le exige al plan de amortización en el sentido de que los créditos han de ser devueltos dentro de un plazo «razonable»<sup>54</sup>.

El plan de amortización tiene naturaleza de norma, es decir, no contiene declaraciones meramente políticas de intenciones. Aunque desde el punto de vista de la jerarquía normativa tenga solo carácter de ley ordinaria —federal o de un Land—, a la vista de la «prohibición de sobrecarga material» (*Bepackungsverbot*) contenida en el art. 110.4.1ª frase LF, de la que se derivan considerables limitaciones para la inclusión (positiva o negativa) de normas materiales en el presupuesto o en la Ley de Presupuestos<sup>55</sup>, el plan de amortización resulta, en mi opinión, vinculante para el posterior legislador presupuestario.

51 Véase el Diario de Sesiones del Bundestag 16/12410, pág. 16 («de medio a largo plazo»).

52 Ejemplos: amortización en x cantidades anuales iguales, amortización mediante un pago único completo el día y.

53 Ejemplo: se emplea un tanto por ciento de los ingresos procedentes del impuesto Y hasta que se hayan pagado completamente las deudas asumidas con motivo de la catástrofe.

54 Art. 6, tercera frase, de la G 115 (*supra*, nota 13).

55 Al respecto, por ejemplo, REIMER (*supra*, nota 16), Art. 110 LF, marginales 48 y 49.

Ahora bien, esto no significa que el plan de amortización no pueda ser modificado. En principio, puede ser modificado o suspendido por una posterior ley federal o del Land, lo cual será así en todo caso cuando el legislador haya ordenado originariamente una rápida amortización más allá de lo exigido; en este caso podría todavía *a posteriori*, en cualquier momento, agotar el margen que le brinda la Constitución. Pero, junto a ello, sería admisible también una modificación o una suspensión del plan de amortización cuando, contra todo pronóstico, se agudice o se prolongue la crisis que justificó la asunción de nuevas deudas. Lo mismo puede decirse para el caso de que se produzca una nueva crisis que se superponga a otra ya existente y que satisfaga a su vez los requisitos materiales del art. 109.3.2ª frase. En ambos casos el legislador puede, a mi juicio, establecer un nuevo plan consolidado de amortización, pero no está obligado a hacerlo. En vez de registrar y amortizar por separado las dos cantidades (restantes) de las nuevas deudas asumidas, puede reunir (consolidar) las antiguas y las nuevas cantidades y, aprovechando la ocasión, lograr para la primera emisión una ampliación del período de amortización y una reducción de las cuotas individuales.

### III.6. LA PROHIBICIÓN DE QUE LOS LÄNDER ASUMAN NUEVAS DEUDAS, ¿DERECHO CONSTITUCIONAL INCONSTITUCIONAL?

Muy discutida resulta la cuestión relativa a la compatibilidad de la prohibición de déficit, vigente para los Länder, con las exigencias de la llamada «garantía de eternidad» del art. 79.3 LF en relación con el principio del Estado federal (garantía de estatalidad de los Länder) y con el principio democrático. Ya durante el procedimiento legislativo se consideró que la introducción de un freno al endeudamiento, asimétrico para la Federación y los Länder, constituía una vulneración del art. 79.3<sup>56</sup>. El Land Schleswig-Holstein pretende lograr del Tribunal Constitucional Federal una aclaración de esta controvertida cuestión<sup>57</sup>.

Tanto la garantía de la autonomía presupuestaria (art. 109.1 LF) como la competencia (no escrita) de los Länder para aprobar Derecho presupuestario son, de hecho, emanaciones del principio del Estado federal (arts. 20.1 y 28.1 LF): el Estado federal no sería imaginable sin un cierto margen de autonomía financiera de los distintos entes. Por otro lado, el art. 20.1 protege únicamente un núcleo central de autonomía presupuestaria. El propio art. 109.1 sería superfluo si su contenido normativo resultase completamente asumido por los arts. 20.1 y 28.1. Precisamente por eso, la competencia

56 Véase FASSBENDER, NJW 2009, pág. 737, 740; en este sentido también los estrictos parámetros expuestos en HANCKE, DVBl 2009, pág. 621.

57 Recomendación de resolución de la Comisión jurídica y de interior del Parlamento del Land Schleswig-Holstein, de 10 de septiembre de 2009, Diario de Sesiones del Parlamento del Land 16/2844 (en Internet: <http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl16/drucks/2800/drucksache-16-2844.pdf>); y resolución del Parlamento del Land, de 16 de septiembre de 2009, Protocolo de la sesión plenaria 16/122, pág. 8972 (en Internet: [http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl16/plenum/plenprot/2009/16-122\\_09-09.pdf](http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl16/plenum/plenprot/2009/16-122_09-09.pdf)). Al respecto, por ejemplo, SATTLER, Lockerungsübung für die Bremse. Die neuen Schuldenkriterien könnten schon vor ihrem Beginn auf Länderebene neu definiert werden, en: Das Parlament, n° 53/2009, de 23 de diciembre de 2009 (en Internet: <http://www.bundestag.de/dasparlament/2009/53/Themenausgabe/28208805.html>).

para aprobar Derecho presupuestario no puede estar plenamente englobada en los arts. 20.1 y 28.1. El art. 79.3 diluye aún más esta garantía por el hecho de limitarse a los «principios». Además, las prohibiciones de asunción de nuevas deudas no se aplican categóricamente, sino que permiten excepciones en épocas de crisis<sup>58</sup>, con lo que, no en último lugar, están teniendo en cuenta de esta manera la subsistencia de los distintos entes y corporaciones. Si una prohibición de déficit no supone generalmente — ni siquiera en la relación (exterior) de la estatalidad alemana con la asociación europea de Estados— una violación del principio democrático y del carácter de Estado de Alemania<sup>59</sup>, con más razón hay que aplicar esto mismo a la relación interna federal, marcada por una estatalidad soberana del nivel central, la Federación. Todo ello muestra que el art. 79.3 no contiene una prohibición absoluta de una prohibición de déficit para los Länder.

Tampoco la asimetría en las exigencias que se formulan a la Federación (se permite un déficit presupuestario de 0,35 por ciento del producto interior bruto también en la situación de normalidad) y a los Länder (no se permite déficit presupuestario en la situación de normalidad) supone una vulneración del art. 79.3. La Constitución financiera ha estado, de hecho, marcada desde el principio por asimetrías, solo que en el ámbito de las competencias presupuestarias destacaban hasta ahora menos que, por ejemplo, en materia de soberanía fiscal (en concreto, la soberanía legislativa, por un lado, y la soberanía administrativa, por otra). En conjunto, las normas de los nuevos arts. 109.3 y 115.2 son compatibles, por tanto, con el art. 79.3.

#### IV. RELLENO DE CONTENIDO A NIVEL FEDERAL A TRAVÉS DEL ART. 115 LF

El art. 115 LF somete el déficit directo y, en parte también, el déficit indirecto de la Federación a una reserva de ley. A diferencia de lo que ocurría en sus redacciones pasadas<sup>60</sup>, el art. 115 LF está hoy esencialmente al servicio de concretar el límite al déficit de la Federación del 0,35 por ciento del producto interior bruto nominal, ya recogido en el art. 109.3 LF. En todo caso, el art. 115 LF sigue partiendo también, inspirado en una comprensión keynesiana de la economía, de la admisibilidad de las intervenciones federales para controlar crisis particulares. Esto es válido, por un lado, a la hora de suavizar las fluctuaciones coyunturales<sup>61</sup> y, por otro, particularmente en caso de graves perturbaciones exógenas<sup>62</sup>. En ambos casos hay que amortizar posteriormente de todos modos el déficit excesivo de la Federación<sup>63</sup>. Los detalles los regula la Ley de desarrollo del art. 115 LF (*Gesetz zur Ausführung von Art.115 GG*), aprobada también en

<sup>58</sup> *Supra*, C.IV., e *infra*, D.II.5.

<sup>59</sup> Sentencia del TCFA de 30 de junio de 2009 - 2 BvE 2/08; 2 BvE 5/08; 2 BvR 1010/08; 2 BvR 1022/08; 2 BvR 1259/08 y 2 BvR 182/09 — Tratado de Lisboa. 256.

<sup>60</sup> A este respecto próximamente en detalle el comentario de KUBE en: MAUNZ/DÜRIG, GG, Art. 115; una escueta visión general en REIMER (*supra*, nota 16), Art. 115, marginales 1 y ss.

<sup>61</sup> Art. 115.2, tercera frase, LF.

<sup>62</sup> Art. 115.2, sexta frase, LF.

<sup>63</sup> Art. 115.2, frases cuarta, quinta, séptima y octava, LF.

2009<sup>64</sup>, que no priva por lo demás al art. 115 LF de la posibilidad de ser objeto de control judicial (pleno)<sup>65</sup>.

En su estructura interna, el art. 115 LF viene marcado por la conexión de reglas formales (apartado 1) y materiales (apartado 2) para el endeudamiento de la Federación. Desde el punto de vista del supuesto de hecho resulta relevante la diferenciación según el tipo de obligación (crédito frente a obligación de naturaleza similar a la crediticia). A ello se asocian consecuencias jurídicas escalonadas: la creación de obligaciones de naturaleza similar a la crediticia se somete solo a exigencias formales<sup>66</sup>, mientras que el apartado 2 además repite y concreta, para la asunción de nuevos créditos en sentido amplio, el límite material máximo del art. 109.3 LF<sup>67</sup>.

Hay que apuntar en todo caso los límites adicionales a los que se somete la asunción de créditos con arreglo al Derecho de la Unión Europea y que (a diferencia de lo que disponía hasta ahora el art. 115 LF) se aplican a todos los presupuestos públicos de los Estados miembros, es decir, en concreto, también a los de los Länder y los municipios<sup>68</sup>: el art. 119.3 TFUE obliga a los Estados miembros a mantener «finanzas públicas y condiciones monetarias sólidas». Estas exigencias las precisa el art. 104 del TCE [N. de la T.: actual art. 126 TFUE] en conexión con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento<sup>69</sup> y vinculan de manera inmediata a los legisladores presupuestarios de los Estados miembros. De acuerdo con ello, los Estados miembros están obligados preventivamente a aprobar y a actualizar anualmente programas nacionales de estabilidad y, además, a presentar cada seis meses «notificaciones Maastricht». Estos programas están, sobre todo, al servicio de que se respete el nivel máximo de déficit público del tres por ciento del producto interior bruto, pero, junto a ello, de que se respete el nivel máximo de deuda total del sesenta por ciento del producto interior bruto<sup>70</sup>. Para el supuesto de que se vulneren estas reglas, el Consejo ECOFIN podrá, a iniciativa de la Comisión<sup>71</sup>, declarar en un procedimiento escalonado la violación de estas exigencias<sup>72</sup> y, sobre esta base, poner en marcha el ulterior procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo<sup>73</sup>.

64 *Supra*, nota 13.

65 Referencias, también sobre el punto de vista opuesto respecto al art. 115 (antigua redacción), en REIMER (*supra*, nota 16), Art. 115, marginal 10.

66 *Infra*, D.I.

67 *Infra*, D.II.

68 Sobre la relación entre las exigencias de Derecho europeo y las constitucionales HÖFLING/RIXEN en DOLZER/WALDHOFF/GRASHOFF, *Bonner Kommentar zum GG*, Art. 115 (2003), marginales 447 y ss.; una breve exposición también en SIEKMANN, en SACHS, *GG-Kommentar*, 5. ed. (2009), Art. 115, marginales 16 y ss.

69 Referencias textuales: DO 1997, C 236, pág. 1; véase a este respecto también el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo (DO 1992, C 191, pág. 84 = BGBl. II 1992, pág. 1309; ahora llamado «Protocolo n° 12»), el Reglamento n° 1466/97, DO L 209, pág. 1 (en la versión del Reglamento n° 1055/2005, DO L 174, pág. 1), y el Reglamento n° 1467/97, DO L 209, pág. 6 (en la versión del Reglamento n° 1056/2005, DO L 174, pág. 5).

70 Art. 1 del Protocolo n° 12 al TFUE.

71 Art. 126.3, del TFUE.

72 Art. 126.6, del TFUE.

73 Al respecto en más detalle PALM, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht [EuZW]* 2004, pág. 71.

## IV.1. RESERVA DE LEY

### 1. Ámbito de aplicación

Respecto a su ámbito personal de aplicación, las limitaciones del art. 115 LF [a diferencia del, en parte paralelo, art. 19 de la Ley para promover la estabilidad y el crecimiento de la economía (Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft)] afectan solo al presupuesto federal (inclusive el de las empresas federales) y a los patrimonios especiales de la Federación, pero, al menos *de constitutione lata*, no a otras personas jurídicas (institutos, fundaciones, sociedades) de ámbito federal<sup>74</sup>. El ámbito material de aplicación del art. 115 LF se extiende a los créditos y a las obligaciones de naturaleza similar a la crediticia.

En la base del art. 115 LF en este punto se halla una noción unitaria de crédito, noción que se corresponde con la (más reciente) del art. 109.3 LF. Comprende todas las deudas financieras pero no las meras deudas administrativas.

Entre las deudas financieras se cuentan, en primer lugar, toda clase de préstamos en dinero. En este sentido no tiene por qué tratarse necesariamente de empréstitos (formales)<sup>75</sup>. La Constitución no le señala al legislador un *numerus clausus* de tipos de deuda<sup>76</sup>. La noción de crédito comprende por eso en la misma medida los créditos para cubrir gastos y los créditos para reforzar el balance<sup>77</sup>, los créditos internos y los externos, los préstamos de Derecho privado y los empréstitos forzosos impuestos soberanamente<sup>78</sup>. Resulta irrelevante la razón por la que se asume el préstamo. Por eso se incluyen también en la noción de crédito de los arts. 109.3 y 115 LF los préstamos que se contraen simplemente para saldar deudas anteriores<sup>79</sup>. En cualquier caso, a la hora de determinar el límite material superior a los efectos del art. 115.2 LF se calcula el monto neto, de modo que las meras conversiones de deuda se admiten en último término sin límite. Ahora bien, entre las deudas financieras se incluyen también 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.

Las meras deudas administrativas, que no conducen a un incremento real de liquidez para la Federación, no son «créditos», pero pueden encajar en uno de los su-

74 Véase SIEKMANN (*supra*, nota 68), Art. 115, marginales 60 y ss.

75 Engañosa la equiparación en la resolución del Tribunal Constitucional del Land Berlín, NVwZ-Rechtsprechungs-Report Verwaltungsrecht 2003, pág. 537.

76 HÖFLING/RIXEN (*supra*, nota 68), Art. 115 (2003), marginal 146.

77 Véase el art. 13.1, de la Ley sobre los principios del Derecho presupuestario de la Federación y de los Länder (Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder); se trata de una cuestión discutida: de la misma opinión que aquí se defiende, HÖFLING/RIXEN (*supra*, nota 68), Art. 115 (2003), marginal 141; SIEKMANN (*supra*, nota 68), Art. 115, marginal 20; de otra opinión, MD/MAUNZ GG, Art. 115, marginal 11; PÜNDER, en: ISENSEE/KIRCHHOF, HStR [Handbuch des Staatsrechts], vol. V, § 123, marginal 23; al calcular los límites máximos que se derivan de los arts. 109.3 y 115.2 LF se neutralizan, no obstante, los créditos para reforzar el balance.

78 En la medida en que estos sean admisibles, véase en este sentido BVerfGE 67, 256, 274 = NJW 1985, pág. 37.

79 SIEKMANN (*supra*, nota 68), Art. 115, marginal 24.

puestos de hecho alternativos. Entre las meras deudas administrativas se cuentan, sobre todo, las obligaciones a corto plazo que se derivan de relaciones jurídicas sinagmáticas en las que el poder público recibe una prestación material, el disfrute de una cosa o un servicio<sup>80</sup>. Una deuda administrativa se convierte en una deuda financiera cuando entre la recepción de la prestación principal y el pago de la contraprestación transcurre un período de tiempo más largo, es decir, que excede de un plazo habitual de pago<sup>81</sup>.

El crédito resulta asumido, en el caso de préstamos en sentido estricto, en el momento de la puesta a disposición del préstamo. En el caso de compraventas a plazos, de *leasings* financieros, etc. el préstamo se asume en el momento en que el poder público logra la disposición sobre la prestación principal. Si una deuda administrativa se transforma *a posteriori* en una deuda financiera, la asunción del préstamo coincide con el momento de la conversión, es decir, con el momento en que se pacta la moratoria o se concluye un acuerdo financiero comparable.

Las obligaciones futuras inciertas quedan comprendidas en la noción de crédito de la Ley Fundamental solo cuando se trata de avales, garantías y otro tipo de seguridades que puedan conducir a gastos en futuros ejercicios contables. Estas obligaciones condicionadas, que tienen una naturaleza similar a la crediticia y que en la práctica estatal alcanzan un volumen considerable<sup>82</sup>, quedan sometidas también a la reserva de ley del art. 115.1 LF, pero no a los límites materiales del apartado 2. Los créditos comprometidos y el nacimiento de cargas de jubilación no están comprendidos, según una opinión hasta ahora unánime, en el art. 115 LF<sup>83</sup>, si bien el tenor literal de la norma no permite necesariamente deducir esto.

## 2. Exigencias formales de la autorización

La asunción de créditos y de obligaciones similares a las crediticias está sujeta a una reserva de ley y se somete con ello, en cuanto a su justificación y su cuantía, a exigencias particulares de precisión. Bajo esta exigencia jurídico-formal subyace un doble objetivo. En primer lugar, tiene una función admonitiva y de reflexión: hay que impedir una asunción de nuevas deudas en secreto. Con ello se protege a la vez de manera efectiva la función presupuestaria del Parlamento<sup>84</sup>. En segundo lugar, el legislador ha de decantarse de esta manera por un modo de calcular el límite jurídico-material superior del nuevo endeudamiento tal como se establece en el art. 115.1.2ª frase.

La autorización para la asunción de deudas ha de ser impartida por una ley formal del Parlamento. Normalmente esto ocurre mediante su incorporación a la Ley de Presupuestos, pero sería admisible también una autorización para asumir créditos mediante

80 Ejemplos en REIMER (*supra*, nota 16), Art. 115, marginal 15.1.

81 HÖFLING, Staatsschuldenrecht (1993), pág. 30, 179 y 180; véase también HÖFLING/RIXEN (*supra*, nota 68), Art. 115 (2003), marginal 127; SIEKMANN (*supra*, nota 68), Art. 115, marginal 22; y REIMER (*supra*, nota 16), Art. 115, marginal 16.

82 Véase SIEKMANN (*supra*, nota 68), Art. 115, marginal 21.

83 SIEKMANN (*supra*, nota 68), Art. 115, marginal 20.

84 SIEKMANN (*supra*, nota 68), Art. 115, marginal 24.

cualquier otra ley federal (formal)<sup>85</sup>. La ley no precisa del voto favorable del Bundesrat para su aprobación y no se le atribuyen efectos externos<sup>86</sup>.

La admisibilidad de la asunción de créditos puede y tiene que someterse a un plazo<sup>87</sup>. Debido a lo dispuesto en el art. 110.2.2ª frase, el legislador presupuestario no está, como regla general, obligado a limitar la autorización al ejercicio presupuestario en curso, pero ha de justificarse el apartamiento del principio del ejercicio cerrado<sup>88</sup>. Una concesión de créditos no planeada se somete constitucionalmente, por tanto, a límites estrictos<sup>89</sup>.

La autorización para asumir créditos ha de estar formulada expresamente y de forma clara. En la medida en que sea posible, el legislador presupuestario habrá de determinar las obligaciones en función de su cuantía. En caso contrario, habrá de indicar de acuerdo con qué criterio se podrán determinar estas en el futuro.

#### IV.II. LÍMITE MATERIAL AL ENDEUDAMIENTO

Mientras la antigua redacción del art. 115.2.2ª frase disponía solamente que los ingresos procedentes de créditos no podían superar la suma de los gastos para inversiones calculada en el presupuesto, los nuevos arts. 109.3 y 115.2 limitan la asunción de nuevas deudas por parte de la Federación categóricamente al 0,35 por ciento del producto interior bruto nominal<sup>90</sup>. Junto a ello le abren al legislador federal margen para un nuevo endeudamiento adicional en los otros supuestos que ahí se enumeran. Las normas están lingüísticamente ubicadas en un mandato de equilibrio<sup>91</sup> que se parece (art. 109.3.1ª frase) al del art. 110.1, pero que, a diferencia de este último, no posee contenido material.

##### 1. La noción de ingresos procedentes de créditos

La expresión «ingresos procedentes de créditos» designa el excedente de nuevos créditos que va más allá de la suma de los créditos antiguos que en ese momento hay de devolver (principio del valor neto) y de los meros créditos para reforzar el balance<sup>92</sup>. Nuevos créditos son todos los créditos que se asumen por primera vez en el ejercicio presupuestario. Se aplica una noción unitaria de crédito<sup>93</sup>. Por ello, también a los efectos del límite material al endeudamiento del art. 115.2 LF, es indiferente quién conceda el crédito; por eso hay que incluir también los créditos procedentes de acreedores públicos<sup>94</sup>.

85 PÜNDER, HStR V, § 123, marginal 16; SIEKMANN (*supra*, nota 68), Art. 115, marginal 24.

86 Véase BLECKMANN, DVBl 2004, págs. 333 y ss.

87 SIEKMANN (*supra*, nota 68), Art. 115, marginales 24 y 25.

88 Véase GRÖPL, Verwaltung 39 (2006), pág. 215 (224 y 225).

89 SIEKMANN (*supra*, nota 68), Art. 115, marginal 25; claro también PÜNDER, HStR, vol. V, § 123, marginal 18.

90 *Supra*, C.IV.3.

91 Art. 115.2, primera frase, LF.

92 SIEKMANN (*supra*, nota 68), Art. 115, marginal 33, con referencias adicionales.

93 *Supra*, D.I.1.

94 Acertadamente SIEKMANN (*supra*, nota 68), Art. 115, marginal 33, con referencias adicionales, también de los partidarios de la posición contraria.

La clasificación temporal de los ingresos a los efectos del art. 115.2 se lleva a cabo (como la noción de «obtención» en el apartado 1) fundamentalmente en función del ingreso en caja del importe del préstamo. Si el crédito consiste no en el pago de una cantidad de dinero sino en un modelo de financiación anticipada que satisfaga el supuesto de hecho de «crédito» del art. 115, hay que partir de un ingreso en el ejercicio presupuestario en el que el poder público haya logrado la facultad de disposición sobre el objeto prefinanciado.

## 2. El límite del 0,35 por ciento

En lugar de una prohibición formal estricta de nuevo endeudamiento, el art. 109.3.4ª frase y el art. 115.2.2ª frase incorporan una limitación a la asunción de nuevas deudas que se refiere al producto interior bruto nominal (la llamada «componente estructural»<sup>95</sup>). Con esta norma, el poder de reforma de la Constitución tipifica un presunto nivel mínimo de inversiones de futuro que se realizan de manera continuada<sup>96</sup>. Para concretar la base de cálculo se apela, con arreglo al art. 115.2.5ª frase, al legislador federal. Este ha fijado a estos efectos el producto interior bruto nominal del año anterior al establecimiento del presupuesto, tal como haya sido calculado anteriormente por el Instituto Federal de Estadística<sup>97</sup>.

## 3. Freno flexible al endeudamiento

Como ya hacía el art. 109.3.2ª frase, supuesto primero, el art. 115.2.3ª frase sirve de fundamento a una competencia de la Federación para la asunción de nuevas deudas en función de la coyuntura económica (componente coyuntural), que se somete a la reserva de una estricta simetría de la regla que se aplica: el legislador ha de aplicar una misma fórmula a la asunción de nuevas deudas en la fase de debilidad económica y a la liquidación de estas nuevas deudas en la fase inmediatamente posterior de recuperación de la coyuntura.

Desde el punto de vista del contenido, esta fórmula ha de configurarse de manera que permita esperar, sobre la base de una previsión actual que se corresponda con el estado de los datos económicos presentes, una liquidación completa de las nuevas deudas dentro de un período de tiempo razonable<sup>98</sup>.

## 4. Cuenta de control, obligación de imputación, reserva de ley

El art. 115.2.4ª frase se refiere (a diferencia del art. 109.3), no a la elaboración del presupuesto *ex ante*, sino a su gestión real. Todo lo que suponga apartarse de las reglas de la Ley de Presupuestos y, en particular, del límite al endeudamiento genera en ese punto consecuencias jurídicas especiales. Desde el punto de vista del supuesto de he-

95 Sobre la teleología y la génesis de esta componente estructural véase REIMER (*supra*, nota 16), Art. 109 GG, marginal 52; sobre las brechas, *ibidem*, marginales 34 y ss., y marginales 43 y ss.

96 Diario de Sesiones del Bundesrat 262/09, pág. 9; SEILER, JZ 2009, pág. 721, 723.

97 Art. 4 de la G 115 (*supra*, nota 13). Sobre la exigencia de respeto a la objetividad al llevar a cabo este cálculo véanse BVerfGE 116, 327, 396; y SEILER, JZ 2009, pág. 721, 723, nota 22.

98 Sobre el desarrollo mediante ley ordinaria véase el art. 2.2, en relación con el art. 5 de la G 115 (*supra*, nota 13).

cho, el art. 115.2.4ª frase comprende, por un lado, toda gestión presupuestaria real que sea antijurídica, es decir, que no satisfaga las exigencias del límite al endeudamiento. Esto es así tanto cuando se vulneran directamente los arts. 109.3 y 115.2, frases primera a tercera, como cuando se vulneran las concreciones en forma de ley ordinaria de estas reglas constitucionales, y también cuando se vulneran las exigencias que se derivan para la Federación de un programa de saneamiento, con arreglo al tercer epígrafe de la primera frase del art. 109a, que le afecte. En este sentido, el art. 115.2.4ª frase supone un aseguramiento procedimental de los límites del nuevo endeudamiento y pretende evitar, en particular, que se supere de forma significativa y duradera el límite máximo del 0,35 por ciento del producto interior bruto, recogido en el art. 115.2.2ª frase<sup>99</sup>.

Por otra parte, el art. 115.2.4ª frase demanda, conforme a su claro tenor literal y a la exposición de motivos de la ley, que se registren también los desarrollos positivos, es decir, una asunción neta de créditos inferior a los límites máximos. Para todos estos casos reclama el art. 115.2.4ª frase que se registren en una cuenta de control, que se gestiona de forma paralela al presupuesto federal pero que se incluye en el mismo instrumento jurídico (la Ley de Presupuestos como ley parlamentaria formal)<sup>100</sup>.

El legislador aspira a establecer una obligación de austeridad que ha de crear un suave equilibrio entre eficacia suficiente y consideración hacia la coyuntura económica<sup>101</sup>. A estos efectos, la obligación de austeridad se activa en el mismo momento en que el endeudamiento registrado en la cuenta de control supera el umbral del uno por ciento del producto interior bruto nominal. La consideración hacia la coyuntura económica ha llevado al legislador a limitar la obligación de austeridad al 0,35 por ciento anual del producto interior bruto nominal y a los años en que se produzca un cambio positivo en la brecha de producción<sup>102</sup>.

Ahora bien, el sentido de esta vinculación con un cambio positivo en la brecha de producción sigue siendo dudoso: si se entiende el «cambio positivo» de forma matemática (en el sentido de un crecimiento de la brecha de producción) conduciría, no solo en los años buenos (ampliación de la capacidad) sino también en los años de crisis (disminución en la utilización de la capacidad disponible), a una amortización. Si bien esto es constitucional, contradice claramente la intención del legislador<sup>103</sup>. Si se entiende el «cambio positivo», por el contrario, como un incremento del grado de utilización de la capacidad, quedan comprendidos a su vez los supuestos en que desaparece parte de la capacidad disponible hasta entonces. Ninguna de las dos cosas convence. En este sentido, las exigencias constitucionales de concreción y el principio de proporcionalidad hacen aconsejable una reformulación del art. 7.3, segunda parte, de la G 115.

99 Véase el Diario de Sesiones del Bundestag 16/12410, pág. 19.

100 Respecto a los detalles de la gestión de la cuenta de control, los momentos del registro y el control y las obligaciones de imputación véase el art. 7 de la G 115 (*supra*, nota 13).

101 Art. 7.3 de la G 115 (*supra*, nota 13); véase al respecto también el Diario de Sesiones del Bundestag 16/12400, pág. 20, y el art. 2. 2 de la G 115.

102 Art. 7.3 de la G 115 (*supra*, nota 13). La brecha de producción es la desviación del producto interior bruto real respecto al potencial productivo del conjunto de la economía.

103 Véase el art. 2.2 de la G 115 (*supra*, nota 13) y la exposición de motivos de la ley en el Diario de Sesiones del Bundestag 16/12400, pág. 20.

Corresponde a la discrecionalidad del legislador presupuestario decidir cómo da cumplimiento a sus obligaciones de austeridad. Puede disponer medidas en relación con los ingresos, medidas en relación con los gastos o combinar un incremento de los ingresos con una reducción de los gastos<sup>104</sup>.

## 5. Situaciones de emergencia

El art. 115.2, frases sexta a octava, repite y concreta las excepciones que establece el art. 109.3.2ª frase, supuesto segundo, para el caso de catástrofes naturales y situaciones extraordinarias de emergencia que escapan al control del Estado y que tienen una repercusión considerable en las finanzas estatales. Desde el punto de vista procedimental, el art. 115.2.6ª frase somete estos dos supuestos de nuevo endeudamiento a una reserva constitutiva de Parlamento que precisa incluso la mayoría necesaria para elegir Canciller<sup>105</sup>. Desde el punto de vista material, corresponde al legislador federal un margen de valoración a la hora de concretar los conceptos jurídicos indeterminados «catástrofe natural» y «situación extraordinaria de emergencia», margen de valoración que no es, sin embargo, ilimitado.

Contenido de la resolución parlamentaria no es solo la declaración (meramente binaria) de catástrofe natural o de situación de emergencia, sino, al mismo tiempo, la autorización material al legislador presupuestario para que se aparte de los límites al nuevo endeudamiento hasta una determinada cuantía. Aquí se halla un ejemplo de la figura de la autovinculación parlamentaria, que se encuentra también en otras normas de la Constitución financiera<sup>106</sup>. La resolución parlamentaria no puede, sin embargo, sustituir a la Ley de Presupuestos. Al Gobierno Federal se le prohíbe asumir nuevas deudas simplemente sobre la base de una resolución con arreglo al art. 115.2.7ª frase.

El plan de amortización<sup>107</sup> no forma parte de la resolución pero ha de conectarse con ella. Como esta, también aquel vincula al posterior legislador presupuestario. Por su contenido diferenciado (configurador) no puede, sin embargo, compartir su naturaleza jurídica de mera resolución parlamentaria; para él hay que reclamar más bien la forma de ley.

## V. ASEGURAMIENTO INSTITUCIONAL A TRAVÉS DEL CONSEJO DE ESTABILIDAD

El nuevo art. 109 LF, introducido por la reforma del federalismo en el año 2009<sup>108</sup>, crea con la figura del Consejo de Estabilidad, un órgano conjunto de la Federación y los

104 Véase el Diario de Sesiones del Bundestag 16/12400, pág. 20.

105 Mayoría de los integrantes de derecho (no de los Diputados presentes) del Bundestag alemán (art. 121 LF). Véanse también los arts. 63.2 y 4, segunda frase, y 68.1, primera frase, LF; de forma paralela arts. 29.7, segunda frase, 77.4, 87.3, segunda frase, y 115a.1, segunda frase, LF.

106 Para más ejemplos véase REIMER (*supra*, nota 16), Art. 109 LF, marginal 46, y Art. 110 LF, marginal 11.

107 Arts. 109.3, tercera frase, y 115.2, séptima frase, LF.

108 *Supra*, nota 9.

Länder a imagen del hasta ahora establecido (a nivel infraconstitucional<sup>109</sup>) Consejo de Planificación Financiera (Finanzplanungsrat). Con ello, el art. 109a proporciona el marco constitucional para un aseguramiento institucional y procedimental de las normas materiales que el poder de reforma de la Constitución ha anclado en los nuevos arts. 109 y 115. Al mismo tiempo, el art. 109a supone una importante ayuda para la interpretación de los arts. 109 y 115 LF. El marco de regulación del art. 109a LF lo rellena de contenido la Ley del Consejo de Estabilidad (Stabilitätsratsgesetz)<sup>110</sup>. Esta Ley concreta las reglas constitucionales, tanto desde el punto de vista formal (posición jurídica, composición, procedimiento, modalidades de actuación) como material (concreción de conceptos jurídicos indeterminados). Al mismo tiempo, la Ley del Consejo de Estabilidad ilumina la interpretación del art. 109a LF<sup>111</sup>.

Al Consejo de Estabilidad se le encomiendan tareas conjuntas en el ámbito de la Constitución financiera: la supervisión continuada de los presupuestos de la Federación y de los Länder, la detección temprana y la declaración formal de que amenazan con producirse situaciones de emergencia presupuestaria, y la evitación, a partir de lo anterior, de situaciones de emergencia presupuestaria.

## V.1. POSICIÓN JURÍDICA Y ORGANIZACIÓN

### 1. El Consejo de Estabilidad como órgano conjunto

A diferencia de los órganos superiores de la Federación de los arts. 38 y siguientes LF o del Banco Federal (art. 88 LF), el Consejo de Estabilidad es un órgano conjunto de la Federación y de los Länder, no un órgano federal. Constituye de este modo el único ejemplo de afianzamiento institucional dentro de la propia la Ley Fundamental de una tarea conjunta, lo cual es en principio razonable, porque, a la vista de la oposición estructural de intereses entre la Federación y los Länder, el Consejo de Estabilidad únicamente puede llevar a cabo de manera eficaz la supervisión y el seguimiento de los presupuestos de ambas corporaciones si no está asignado de forma unilateral a la Federación, sino si se concibe como órgano mixto equidistante de ambas corporaciones. El primer epígrafe de la 1ª frase del art. 109a («órgano conjunto») lo afirma expresamente de manera clara. Si bien por razones prácticas el Consejo de Estabilidad está ubicado desde el punto de vista organizativo en el Gobierno Federal<sup>112</sup>, su entidad gestora (Secretaría) tiene una composición paritaria (un representante de la Federación y uno del conjunto de los Länder)<sup>113</sup>. El Consejo de Estabilidad asume por tanto, desde el punto de vista personal y funcional, una posición federal intermedia que respeta las exigencias del art. 79.3 LF<sup>114</sup> pero que plantea nuevas dudas en muchos sentidos.

109 Arts. 51 y 52 de la Haushaltsgrundsatzgesetz (Ley de Principios Presupuestarios).

110 Art. 1 de la Ley de acompañamiento de la segunda reforma del federalismo (*supra*, nota 10).

111 Detalles en REIMER (*supra*, nota 16), Art. 109a, marginales 4 y 5.

112 Art. 1.1, tercera frase, de la.

113 Art. 1.6, de la Ley del Consejo de Estabilidad.

114 Detalles en REIMER (*supra*, nota 16), Art. 109a, marginal 10.1.

## 2. Composición del órgano, posición jurídica de sus miembros

Esto se aplica en particular a las reglas constitucionales relativas a la composición y la legitimidad de sus miembros. El art. 109a, primera frase, no contiene referencias expresas a la composición del Consejo de Estabilidad y al nombramiento y la destitución de sus miembros. Queda también sin responder la cuestión relativa a su independencia personal (sobre las disposiciones con rango de ley ordinaria, véase el art. 1 de la Ley del Consejo de Estabilidad).

La esencia del Consejo de Estabilidad como «órgano conjunto» de la Federación y de los Länder (art. 109a, 1ª frase, primer epígrafe) permite sin embargo entrever que se trata de una representación de ambos entes y, de este modo, no de un órgano marcado por las personas concretas que lo integran. Al mismo tiempo, esta fórmula sugiere una composición paritaria, o, al menos, una igualdad fundamental en el peso de los votos de ambas partes. Además, de esta manera se deja claro que, aparte de la Federación y de los Länder, ningún otro ente territorial puede enviar por derecho propio representantes con derecho a voto al Consejo de Estabilidad. Esto excluye en particular una participación de los municipios y la participación de expertos externos, es decir, no pertenecientes ni a la Federación ni a los Länder. El art. 1.4 de la Ley del Consejo de Estabilidad incorpora estas reglas de manera acorde con la Constitución<sup>115</sup>.

A nivel federal la designación del o de los miembros del Consejo de Estabilidad corresponde al legislador parlamentario. Los trabajos preparatorios del art. 109a LF dejan entrever que, al introducir el art. 109a, el poder de reforma de la Constitución renunció de manera consciente a ordenar que el Consejo de Estabilidad estuviese compuesto por expertos independientes o a reconocer a sus miembros independencia judicial. El legislador ordinario puede por ello ordenar, según su propio criterio, que del Consejo de Estabilidad formen parte quienes ocupen en ese momento determinados cargos, o disponer que sus miembros sean elegidos por votación, o permitir el envío de representantes que vayan cambiando. Asimismo, es libre para configurar la participación de representantes de la Federación en el Consejo de Estabilidad como una función de carrera (comparable a la pertenencia a la judicatura o a lo que ocurre con los miembros del Tribunal Federal de Cuentas<sup>116</sup>), como un cargo adjunto, como un cargo honorífico o —como ocurre actualmente— como parte de otro cargo.

En este contexto el legislador ordinario optó por la introducción de una pertenencia asociada a otro cargo<sup>117</sup>. Mientras siga valiendo esta decisión, la pertenencia al Consejo de Estabilidad será compatible con la pertenencia a un Gobierno y con un mandato parlamentario. No sería, sin embargo, admisible que la Federación o un Land dé a los representantes que haya enviado instrucciones tan precisas respecto a su postura durante el procedimiento consultivo o a la hora de votar o que cambie a sus respectivos representantes con tanta frecuencia que se ponga en peligro la capacidad de trabajo del Consejo de Estabilidad o que se genere preocupación respecto a posibles decisiones tomadas de an-

115 Sobre la posibilidad de que representantes del Banco Federal de Alemania y de las confederaciones de municipios participen como asesores véase el Diario de Sesiones del Bundestag 16/12400, pág. 18.

116 Art. 3 de la Ley del Tribunal Federal de Cuentas.

117 Art. 1.1, segunda frase, de la Ley del Consejo de Estabilidad.

temano que contradigan el carácter abierto del procedimiento consultivo que prediseña el art. 109a, 2ª frase.

La apertura y orientación material del procedimiento que se establecen en el art. 109a implican además que el representante del ente afectado en el caso concreto por un procedimiento (Federación, Land) no tiene derecho de voto en el asunto que le afecta<sup>118</sup>.

### 3. Independencia del órgano en su conjunto

Al margen de la posibilidad de que la pertenencia venga asociada a otro cargo, el Consejo de Estabilidad goza de autonomía institucional e independencia. Está sometido como tal al imperio de la ley<sup>119</sup>, pero no está vinculado a instrucciones procedentes de los Gobiernos federal o de los Länder. En función del alcance de la garantía de independencia podrá el Consejo de Estabilidad apelar a ella también subjetivamente. Su derecho de defensa como órgano le abre a la vez posibilidades de tutela jurídica<sup>120</sup>.

## V.2. PROCEDIMIENTO Y MODALIDADES DE ACTUACIÓN

Con arreglo al art. 109a, 1ª frase, al Consejo de Estabilidad le corresponden cuatro funciones, para cada una de las cuales hay que seguir procedimientos separados: la supervisión continuada de los presupuestos<sup>121</sup>, la declaración de la amenaza de situaciones de emergencia presupuestaria<sup>122</sup>, la elaboración de programas de saneamiento y la supervisión de su ejecución<sup>123</sup>. A la vista de su posición como órgano conjunto (ajeno, por lo demás, a la estructura estatal federal de la Ley Fundamental), estos cuatro procedimientos mencionados en el art. 109a, 1ª frase constituyen un *numerus clausus*. Así pues, no hay margen constitucional para atribuir tareas adicionales al Consejo de Estabilidad mediante ley federal ordinaria. A la inversa, el Consejo de Estabilidad puede exigir un elevado nivel de efectividad de cada uno de estos procedimientos para poder realizar de la mejor manera posible las tareas que le han sido asignadas constitucionalmente; en particular, dispone de competencias de amplio alcance para recabar información de la Federación y de los Länder. Al servicio de la eficacia de su actuación está también la exigencia de publicidad del art. 109a, 2ª frase<sup>124</sup>.

Con ello, el poder de reforma de la Constitución quiere crear un sistema cerrado de supervisión presupuestaria regular<sup>125</sup>. Por eso hay que configurar cada uno de los escalones procedimentales de manera lógica, uno detrás del otro. Esto supone en sentido negativo que la elaboración de un programa de saneamiento (art. 109a, 1ª frase, tercer epígrafe) solo puede derivarse de la correspondiente declaración previa de que amenaza con

118 Así lo afirma expresamente el art. 1.4, frases tercera y cuarta, de la Ley del Consejo de Estabilidad.

119 Arts. 20.3 y 109a, primera frase, LF.

120 Véase al respecto *infra*, E.IV.

121 Art. 109a, primera frase, primer epígrafe; al respecto, *infra*, 1.

122 Art. 109a, primera frase, segundo epígrafe; al respecto, *infra*, 2.

123 Art. 109a, primera frase, tercer epígrafe; al respecto, *infra*, 3.

124 Art. 109a, segunda frase; al respecto, *infra*, 4.

125 Diario de Sesiones del Bundestag 16/12410.

producirse una situación de emergencia presupuestaria (art. 109a, 1ª frase, segundo epígrafe) y aquella a su vez solo de una actividad de supervisión debidamente realizada (art. 109a, 1ª frase, primer epígrafe) y de los datos obtenidos a través de ella.

En sentido positivo, se exige constitucionalmente la declaración de que amenaza con producirse una situación de emergencia presupuestaria tan pronto como los datos obtenidos con arreglo al art. 109a, 1ª frase, primer epígrafe, se correspondan con las exigencias materiales que ha establecido el legislador federal; el Consejo de Estabilidad no tiene en este punto ningún margen de discrecionalidad. Asimismo, el paso del procedimiento de declaración (art. 109a, 1ª frase, segundo epígrafe) al procedimiento de saneamiento (art. 109a, 1ª frase, tercer epígrafe) y la posterior conclusión del procedimiento de saneamiento son competencias regladas.

La extensión de la exigencia de publicidad (art. 109a, 2ª frase, LF) a los informes de las deliberaciones demuestra la particular relevancia que un procedimiento ordenado reviste para las decisiones del Consejo de Estabilidad. Se exige así un procedimiento abierto en cuanto a sus resultados, basado en la competencia objetiva y que ha de perseguir el objetivo material de evitar situaciones de emergencia presupuestaria.

Para los cuatros procedimientos se atribuye al legislador federal un considerable margen de maniobra. Al llenarlos de contenido, el legislador tiene que asegurar la eficacia en el ejercicio de las tareas asignadas y la confianza en el Estado de Derecho. Para ello la ley ha de garantizar, por un lado, el derecho de audiencia de las corporaciones territoriales afectadas por un procedimiento y, por otro, ha de excluirlas de la toma de toda decisión que les afecte particularmente<sup>126</sup>.

### 1. Supervisión de la economía presupuestaria

La tarea de supervisar los presupuestos de la Federación y de los Länder la lleva a cabo el Consejo de Estabilidad mediante la observación continuada de los presupuestos públicos de la Federación, de cada uno de los Länder (véase el art. 3.2 de la Ley del Consejo de Estabilidad) y de todos los presupuestos adicionales, y de la gestión real de todos ellos.

Para ello, la Federación y los Länder tienen que proporcionar al Consejo de Estabilidad la documentación presupuestaria de que ya dispongan. Para elaborar series de datos conmensurables, en especial para establecer la posibilidad de comparar entre los Länder en el ámbito interno, el legislador federal puede obligar además a los Länder a calcular datos según reglas unitarias y a ponerlos a disposición del Consejo de Estabilidad<sup>127</sup>.

Desde el punto de vista temporal, la competencia y la obligación de supervisión del Consejo de Estabilidad no se limitan al ejercicio presupuestario en curso, sino que se extienden a los años anteriores y a los planes para el presupuesto futuro. El Consejo de Estabilidad ha de desarrollar una actividad de supervisión de manera continuada, es decir, cercana en el tiempo y sin interrupciones<sup>128</sup>.

126 *Supra*, E.I.2.

127 Véase el art. 3.2, de la Ley del Consejo de Estabilidad; sobre la tutela jurídica, *infra*, E.IV.

128 La decisión de la ley ordinaria en favor de deliberaciones anuales sobre la situación presupuestaria (art. 3.2, primera frase, de la Ley del Consejo de Estabilidad) marca, por tanto, el mínimo constitucional.

## 2. Declaración de la amenaza de una situación de emergencia presupuestaria

La segunda función del Consejo de Estabilidad consiste en declarar que una situación de emergencia presupuestaria amenaza a la Federación o a un Land. Desde el punto de vista del procedimiento, el art. 109a, 1ª frase, segundo epígrafe, reconoce al legislador federal un considerable margen de flexibilidad. *De lege lata* el procedimiento de declaración deriva del procedimiento de supervisión, para lo cual el legislador ha establecido conexiones jurídico-materiales<sup>129</sup>. Al margen de esta decisión fundamental, a la Federación o al Land afectado le corresponden, también en el caso del procedimiento de declaración, obligaciones de información y de colaboración<sup>130</sup>.

La declaración de que amenaza con producirse una situación de emergencia presupuestaria se lleva a cabo mediante resolución del Consejo de Estabilidad. Esta resolución hay que comunicársela sin dilación al ente territorial afectado. Desde el punto de vista material, en el caso de esta resolución tiene que tratarse, por exigencia de la Constitución, de una decisión reglada (no discrecional).

## 3. Programa de saneamiento

El tercer y cuarto escalón del procedimiento consisten en la elaboración y la supervisión de un programa de saneamiento. Mientras que estas dos tareas corresponden al Consejo de Estabilidad, la ejecución en sí del programa de saneamiento es tarea de la corporación territorial afectada<sup>131</sup>.

El procedimiento para la elaboración de un programa de saneamiento ha de establecerlo el legislador federal. Del segundo epígrafe del art. 109a, 1ª frase, se desprende, no obstante, que la puesta en marcha del procedimiento de elaboración no está sujeta a la discrecionalidad del Consejo de Estabilidad, sino vinculada de manera fija al resultado del anterior procedimiento de declaración. Por eso, el procedimiento de elaboración de un programa de saneamiento no puede ponerse en marcha mientras falte la declaración. A la inversa, hay que ponerlo en marcha sin demora tan pronto como el Consejo de Estabilidad haya declarado que amenaza con producirse una situación de emergencia presupuestaria y no puede terminarse mientras no se hayan cumplido los requisitos materiales para la conclusión del procedimiento.

El art. 109a LF no dispone que el programa de saneamiento tenga que revestir una forma jurídica específica. La posición particular del Consejo de Estabilidad como órgano del conjunto del Estado, diferente de la Federación, permite, en principio, las medidas que impongan una subordinación jurídica. El legislador federal tiene, no obstante, que equilibrar de manera delicada las exigencias constitucionales que se derivan de los objetivos materiales de consolidación de los arts. 109.2, 109a, 1ª frase y 115 LF, por un lado, y de la autonomía presupuestaria del art. 109.1, garantizada mediante los arts. 20.1 y 79.3, por otro. En particular, queda sujeto en este caso a exigencias claramente superiores por lo que respecta a la precisión de la Ley del Consejo de Estabilidad. Esta Ley apues-

129 Detalles *infra*, E.III.

130 En este sentido también el art. 4.3, segunda frase, de la Ley del Consejo de Estabilidad.

131 Véase REIMER (*supra*, nota 16), Art. 109a, marginal 41.

ta por eso, con razón, por medidas exhortativas<sup>132</sup> y consensuadas<sup>133</sup>. La prohibición de defecto puede, sin embargo, resultar vulnerada si el legislador federal renuncia a aprobar normas secundarias eficaces para el supuesto de que el ente territorial afectado niegue su colaboración, la demore o la dificulte de cualquier otro modo<sup>134</sup>.

La ejecución del programa de saneamiento compete al ente territorial afectado, no al Consejo de Estabilidad<sup>135</sup>. Una norma legal federal que se apartase de esto sería, por efecto del art. 109a, 1ª frase, admisible solo como *ultima ratio*. El legislador federal puede, no obstante, obligar al Consejo de Estabilidad a una supervisión estrecha y continuada de las medidas de saneamiento. Para ello se puede dotar al Consejo de Estabilidad de competencias plenas de control que vayan más allá de sus competencias normales en virtud del art. 109a, 1ª frase, primer epígrafe. Estas competencias de control no implican solo una mayor frecuencia en el suministro de información<sup>136</sup> sino que el legislador puede también permitir al Consejo de Estabilidad investigar datos presupuestarios concretos, sobre todo estados concretos de gastos y las circunstancias subyacentes, o imponer al ente territorial afectado amplias obligaciones de comunicación, periódicas o sujetas a determinados requisitos. En este sentido son posibles referencias continuas al programa de saneamiento: siguiendo la forma jurídica prevista por el legislador, puede continuarse con el programa de saneamiento, suavizarlo o endurecerlo en función de los esfuerzos saneadores llevados a cabo y de los datos presupuestarios actuales<sup>137</sup>.

Si durante la supervisión aparecen deficiencias en la ejecución del programa de saneamiento por parte del ente afectado, el Consejo de Estabilidad solamente puede actuar en la medida en que esté autorizado por ley federal a adoptar medidas sancionadoras. El art. 109a, 1ª frase, tercer epígrafe, no otorga al Consejo de Estabilidad facultades de intervención y competencias de imposición que deriven inmediatamente de la Constitución<sup>138</sup>. Sin embargo, la Ley del Consejo de Estabilidad no contempla en su versión actual ningún mecanismo de sanción<sup>139</sup>.

Como competencia no escrita, aneja a la competencia de ejecución que se deriva del art. 109a, 1ª frase, tercer epígrafe, corresponde también al Consejo de Estabilidad la declaración formal de que el programa de saneamiento ha concluido. Esta declaración tiene su base en el procedimiento de terminación, que puede ponerse en marcha en todo momento (también a instancias del ente territorial afectado). A través de este procedimiento, el Consejo de Estabilidad examina si entretanto se ha evitado la situación de emergencia presupuestaria o si sigue amenazando con producirse. La declaración de terminación es una decisión reglada (como la resolución que pone en marcha el proce-

132 En concreto un requerimiento en dos fases (art. 5.3 de la Ley del Consejo de Estabilidad)

133 Art. 5.1 de la Ley del Consejo de Estabilidad.

134 En sentido similar, *de lege ferenda*, WALDHOF/DIETRICH, ZG 2009, pág. 97 (118 y 119).

135 A este respecto en detalle KORIOH, *Länderautonomie in der Verschuldungspolitik*, en: KONRAD/JOCHIMSEN (eds.), *Föderalismuskommission II: Neuordnung von Autonomie und Verantwortung* (2008), págs. 31 y ss. (39 y 40); y WALDHOF/DIETRICH, ZG 2009, pág. 97 (121).

136 Así ahora el art.5.2, primera frase, de la Ley del Consejo de Estabilidad.

137 Véase el art. 5.2, segunda frase, de la Ley del Consejo de Estabilidad.

138 En particular no le corresponde al Consejo de Estabilidad como órgano mixto de la Federación y los Länder ninguna competencia de las del art. 37 LF (poder de coacción federal).

139 Críticas a este déficit en WALDHOF/DIETRICH, ZG 2009, pág. 97 (118 y 119).

dimiento). Si ya se había producido una situación de emergencia presupuestaria, lo que determine la conclusión del procedimiento de saneamiento no será el fin de la situación de emergencia presupuestaria sino el momento a partir del cual ya no exista tampoco peligro de que vuelva a producirse.

#### 4. Publicidad

La exigencia de publicidad de la segunda frase del art. 109a cumple varias funciones que se solapan, aunque se pueden diferenciar desde el punto de vista teórico. En primer lugar, somete las resoluciones del Consejo de Estabilidad a un control público. En segundo lugar, pretende establecer una presión pública<sup>140</sup>, impulsa de este modo a los miembros del Consejo de Estabilidad, pero también a los agentes de la Federación o del Land afectado, a actuar de manera decidida y, con ello, asegura también procedimentalmente el cumplimiento de los objetivos materiales de información y estabilización. En tercer lugar, la generación de publicidad cumple una función de garantía del Estado de Derecho y, en este punto en particular, de la transparencia del procedimiento en cuanto a los resultados.

La exigencia de publicidad afecta, junto a las resoluciones del Consejo de Estabilidad, también a los informes de las deliberaciones que constituyen el fundamento de aquellas. Por el contrario, no se extiende al desarrollo de las sesiones. Por tanto, el art. 109a, 2ª frase, no se opone a una norma que ordene que las sesiones del Consejo de Estabilidad se celebren a puerta cerrada o, incluso, la confidencialidad de lo dicho en ellas<sup>141</sup>.

En los informes de las deliberaciones se incluyen no solo los textos que emanan del núcleo del Consejo de Estabilidad, es decir, redactados por sus miembros o agentes, como por ejemplo propuestas de resolución; la exigencia de publicidad se extiende también a documentos externos que hayan sido objeto de una deliberación oral o de una deliberación en un procedimiento sin sesión, por escrito o electrónico. Entre ellos se incluyen también los informes y dictámenes de los Bancos Centrales, de los Gobiernos de la Federación y de los Länder o de expertos, y ello con independencia de que estos documentos los haya solicitado el Consejo de Estabilidad o los haya enviado espontáneamente quien los haya redactado. Lo decisivo es solamente si han servido para la deliberación y están en la base de la resolución, es decir, si se incluyeron en el procedimiento que llevó a la adopción de la decisión.

Del art. 109a, 2ª frase, se deriva una legitimación subjetiva solo para la Federación y los Länder, que pueden, por tanto, hacer valer —también procesalmente— infracciones del art. 109a, segunda frase, LF. La obligación de publicidad del art. 109a no fundamenta, por el contrario, una protección inmediata de terceros. No obstante, las infracciones pueden ser denunciadas por cualquiera (y convertidas en objeto de un recurso de amparo), afirmando que ha visto lesionada su libertad general de información, protegida en el art. 5.1.1ª frase LF<sup>142</sup>.

140 Así expresamente en el Diario de Sesiones del Bundestag 16/12410, pág. 11.

141 En este sentido el art. 3.2, segunda frase, de la Ley del Consejo de Estabilidad.

142 Al respecto, en más detalle, REIMER (*supra*, nota 16), Art. 109a, marginal 67.

### V.3. REGLAS MATERIALES

La producción de decisiones del Consejo de Estabilidad se rige solo mediatamente por la Ley Fundamental. El art. 109a, 1ª frase, epígrafes segundo y tercero, LF encarga al legislador federal la regulación de los requisitos para declarar una situación de emergencia presupuestaria y para elaborar programas de saneamiento con el fin de evitar situaciones de emergencia presupuestaria. Con esta fórmula, el art. 109a es el fundamento, también desde el punto de vista material, del margen de concreción que se atribuye al legislador, y otorga en particular a las expresiones «situación de emergencia presupuestaria»<sup>143</sup>, «que amenaza con producirse»<sup>144</sup> y «evitación»<sup>145</sup> el rango de conceptos jurídicos destinados a ser configurados normativamente por el legislador. Las tres expresiones tienen, no obstante, un núcleo conceptual establecido en la propia Constitución, que se deriva de una lectura conjunta de los arts. 109a, 1ª frase, 109.3 y 115.2 LF.

El legislador federal no puede, por tanto, establecer por un lado injerencias en la autonomía presupuestaria de la Federación o de los Länder en los supuestos que no están cubiertos por las nociones constitucionales de situación de emergencia presupuestaria que amenaza con producirse o que ha de evitarse (prohibición de exceso), pero, a la inversa, el legislador federal incumple el mandato de regulación que le incumbe cuando deja de regular situaciones que, de acuerdo con una interpretación constitucional autónoma, satisfarían los supuestos de hecho de la evitación de una situación de emergencia presupuestaria que amenaza con producirse (prohibición de defecto).

#### 1. Situación de emergencia presupuestaria

Objeto de referencia de la situación de emergencia son los presupuestos públicos a nivel federal y de Land, incluidos los presupuestos adicionales y los presupuestos de los municipios<sup>146</sup>. Por el contrario, son irrelevantes incluso modificaciones significativas de la evolución coyuntural de la economía o de los presupuestos privados, siempre que no repercutan en los presupuestos públicos.

Una situación de emergencia es más que una situación que meramente se aparta de la situación normal (es decir, del estado de un presupuesto equilibrado y libre de nuevas deudas). Como el art. 109.3.2ª frase, permite expresamente la asunción de nuevas deudas en épocas de crisis exógenas (una evolución coyuntural que se aparte de la situación normal, catástrofes naturales, situaciones de emergencia no estatal) hay que vincular la situación de emergencia en el sentido del art. 109a, 1ª frase, con requisitos adicionales. Estos requisitos han de mencionarse de manera precisa en una ley federal o fundamentarse en una ley federal. A este respecto, el legislador puede tomar como referencia los requisitos que el Tribunal Constitucional Federal ha establecido para declarar la existencia de una situación de emergencia presupuestaria exóge-

143 *Infra*, 1.

144 *Infra*, 2.

145 *Infra*, 3.

146 Para más detalles, véase REIMER (*supra*, nota 16), Art. 109a, marginales 72 y 73.

na<sup>147</sup>. El legislador federal no puede eximirse de estas exigencias de precisión ni siquiera por delegación<sup>148</sup>.

El legislador o el delegatario gozan, en cualquier caso, de un amplio margen de valoración a la hora de designar los criterios, margen que comprende desde considerar toda infracción de los arts. 109.3 y 115.2 como «situación de emergencia» hasta utilizar categorías de predicción vinculadas a la imposibilidad de controlar el nuevo endeudamiento —en el sentido de un «no poder librarse ya»—, pasando por limitarlo a vulneraciones duraderas o graves. Los diferentes Länder no pueden ser en este punto medidos con dos varas distintas<sup>149</sup>. Para la Federación pueden aplicarse criterios diferentes, siempre que ello esté objetivamente justificado<sup>150</sup>.

## 2. Amenaza

Cuándo amenaza con producirse una situación de emergencia presupuestaria es algo que hay que determinar por medio de una previsión que ha de basarse en indicadores económicos preestablecidos. También en este punto se aplican, como ocurre ya a la hora de identificar la situación de emergencia presupuestaria, elevadas exigencias de precisión.

Al elegir los indicadores, el legislador ha de guiarse por el respectivo estado de la ciencia. Según el estado actual, se admiten criterios absolutos (proyección aislada, simplemente sobre la base de los datos procedentes del ente respectivo), criterios relativos (cálculo de los efectos de desacoplamiento en comparación con otros entes) o una combinación de ambos. La respectiva base de datos no puede consistir exclusivamente en datos presupuestarios en sentido estricto. En la administración de las finanzas públicas han de traerse a colación, de manera complementaria, las cargas y riesgos futuros no cuantificados (sobre todo la previsible evolución de las cargas de jubilación, los gastos de mantenimiento y las obligaciones que amenacen con derivarse de avales) y datos económicos generales (en especial la evolución demográfica, la evolución de los intereses y la inflación).

## 3. Evitación

El Consejo de Estabilidad tiene que contribuir, con arreglo al art. 109a, 1ª frase, a evitar situaciones de emergencia presupuestaria. La noción «evitar» hay que interpretarla de manera amplia. Comprende, junto a la mera prevención, también la eliminación de una situación de emergencia presupuestaria que ya se haya producido. De acuerdo con ello, una situación de emergencia presupuestaria se evita cuando, a la luz de los mismos criterios en los que se haya basado la declaración de que aquella amenaza con producirse o de que se ha producido, se pueda declarar ahora el fin efectivo del peligro. Para ello no basta simplemente con una reducción a corto plazo de los indicadores que provocaron en su mo-

147 BVerfGE 86, 148, 258 y ss. = NJW 1992, pág. 2279; BVerfGE 101, 158, 235 = NJW 2000, pág. 1097, 1103; BVerfGE 116, 327, 384 = NVwZ 2007, pág. 67, 70; véase, de manera más detallada, KUBE, Art. 107, marginales 40 y ss.

148 Problemáticos por tanto los arts. 3.2 y 4.1 de la Ley del Consejo de Estabilidad.

149 Véanse los arts. 3.2, segunda frase, y 4.1, primera frase, de la Ley del Consejo de Estabilidad.

150 Véanse el art. 4.1, segunda frase, de la Ley del Consejo de Estabilidad y la aclaración en el Diario de Sesiones del Bundestag 16/12400, pág. 18.

mento la adopción de un programa de saneamiento. Más aún, hay que garantizar, con arreglo a una previsión objetiva y comprensible, que el ente territorial afectado ha vuelto a una situación presupuestaria estable que hace que resulte improbable que en un plazo previsible vuelva a amenazar con producirse una situación de emergencia presupuestaria.

#### V.4. TUTELA JURÍDICA

Las violaciones de las exigencias del art. 109a pueden ser solo limitadamente objeto de control, en vista del listado exhaustivo de remedios procesales con los que se puede acudir al Tribunal Constitucional Federal. En cualquier caso, hay que distinguir en este punto tres posibles supuestos:

- La ausencia, la anulación o la falta de compleción de la ley federal mencionada en el art. 109a, 1 puede ser controlada por el Tribunal Constitucional Federal por la vía de un recurso de inconstitucionalidad (art. 93.1.2º epígrafe LF) o de un conflicto de competencia territorial (art. 93.1.3º epígrafe LF).
- Problemática resulta, por el contrario, la tutela jurídica frente a las medidas del propio Consejo de Estabilidad. La procedencia de un conflicto entre órganos constitucionales (art. 93.1.1º epígrafe LF) frente al Consejo de Estabilidad no fracasa por el hecho de que este no sea un órgano de la Federación sino un órgano conjunto de la Federación y los Länder, porque también como tal puede ser «otra parte» a los efectos del art. 93.1.1º epígrafe LF. Sin embargo, como regla general no habrá, por falta de legitimación subjetiva, un órgano de la Federación que goce de legitimación activa y, por tanto, un actor idóneo. Un conflicto entre órganos constitucionales frente al Consejo de Estabilidad se plantea, por lo tanto, a lo sumo, para disputas dentro del propio Consejo de Estabilidad (por ejemplo, para demandas de miembros individuales, como parte del órgano, frente al órgano en su conjunto).
- A la inversa, el Consejo de Estabilidad tiene la posibilidad de obtener tutela jurídica (nuevamente como «otra parte» a los efectos del art. 93.1.1º epígrafe LF), en la medida en que pueda hacer valer materialmente un derecho de reacción, por ejemplo frente a los intentos de influir indebidamente en su actuación. Frente a ello, el Consejo de Estabilidad carece de la posibilidad procesal de poner en marcha un rápido control de las leyes presupuestarias de la Federación o de un Land por parte del Tribunal Constitucional Federal<sup>151</sup>.

#### VI. GENEROSAS NORMAS TRANSITORIAS: DOBLE PRECIO POR EL FRENO AL ENDEUDAMIENTO

En particular los Estados federados débiles desde el punto de vista financiero y crónicamente deficitarios habrían sido incapaces de aceptar un comienzo rápido de la apli-

151 Una crítica *de lege ferenda* en WALDHOFF/DIETRICH, ZG 2009, pág. 97 (122).

cación de las nuevas normas anteriormente esbozadas. Por eso dispararon el precio político que hubo que pagar por el freno al endeudamiento: de acuerdo con las normas transitorias del art. 143d.1 LF se les reconocen, especialmente a los Länder, plazos transitorios generosos y, en todo caso, escalonados. Además, cinco Estados federados recibirán en la fase de transición medios financieros adicionales, que ascienden a un volumen total de ochocientos millones de euros; así se desprende del art. 143d.2 y 3.

## VI.1. INICIO ESCALONADO DE LA APLICACIÓN

El nuevo art. 143d LF, introducido en la Ley Fundamental por la segunda reforma del federalismo, contiene, por una parte, normas transitorias escalonadas para las reformas (que se llevaron a cabo simultáneamente) de los arts. 109.3 y 115.2 LF (art. 143d.1 LF). Este artículo es, por otra parte, el fundamento jurídico de las llamadas ayudas para el saneamiento de las finanzas públicas en favor de cinco Länder cuya economía presupuestaria ha de ser saneada por esta vía de tal manera que, a partir del 1 de enero de 2020, puedan cumplir las exigencias del art. 109.3 (art. 143d.2 y 3).

### A. Normas transitorias relativas a los arts. 109 y 115 LF

El art. 143d.1 LF contiene normas diferenciadas sobre el inicio de la aplicación de los nuevos arts. 109.3 y 115.2. Contempla, en primer lugar, un período transitorio, válido en igual medida para la Federación y los Länder, hasta finales de 2010, y, a continuación, a partir del año 2011, un segundo período transitorio, pero ahora de diferente duración para la Federación, por un lado, y para los Länder, por otro. El respectivo freno al endeudamiento del nuevo art. 109.3 (concretado para la Federación en el art. 115.2) será aplicable solo cuando también este segundo período transitorio haya concluido.

#### 1. Primer período transitorio

Mientras que el nuevo art. 109a (Consejo de Estabilidad), introducido con la reforma del federalismo en 2009, resulta inmediatamente aplicable, el art. 143d.1 establece, para las normas de Derecho material de los nuevos arts. 109 y 115, un aplazamiento en el inicio de su aplicación porque ni la Federación ni los Länder estaban en condiciones de cumplir a corto plazo las nuevas obligaciones de consolidación impuestas (ni dispuestos a ello). En principio, según esto, los nuevos arts. 109 y 115 resultarán aplicables por primera vez en el ejercicio presupuestario 2011<sup>152</sup>. Hasta que concluya 2010 seguirán siendo aplicables, conforme al art. 143d, las antiguas versiones de los arts. 109 y 115<sup>153</sup>. En particular están (siguen estando) autorizados la Federación y los Länder, en este primer período

152 Art. 143d.1, segunda frase, LF.

153 Limitación del nuevo endeudamiento de la Federación a las inversiones en curso; el nuevo endeudamiento de los Länder queda limitado solo por la obligación de respetar las exigencias del equilibrio global de la economía; autorización para constituir nuevos patrimonios especiales dentro de los límites del art. 110 LF.

transitorio, a un nuevo endeudamiento de los patrimonios especiales bajo las condiciones generales<sup>154</sup>.

## 2. Segundo período transitorio

La Federación y los Länder se someten sin diferencia a partir del 1 de enero de 2011 a una prohibición de autorización de créditos en el ámbito de los patrimonios especiales. Los déficits en un patrimonio especial han de cubrirse a partir de entonces obligatoriamente desde el presupuesto principal del respectivo ente titular (Federación o Land)<sup>155</sup>. Respecto a sus presupuestos principales, por el contrario, el límite al endeudamiento no alcanzará a la Federación y a los Länder todavía con toda su fuerza; para ellos, el 1 de enero de 2011 comienza más bien un segundo período transitorio, más largo en el caso de los Länder que en el de la Federación. También en cuanto a su contenido se aplican a ambos organismos reglas diferentes.

Para la Federación el segundo período transitorio se extiende a los años 2011 a 2015 y es, de este modo, solo la mitad de largo que el que se desprende para los Länder del art. 143d.1.3<sup>a</sup> frase. La Federación puede apartarse en estos años de lo dispuesto en el art. 115.2.2.<sup>a</sup> frase<sup>156</sup>. Esta facilidad se vincula, no obstante, a dos requisitos que se refieren al primer año del período transitorio y al primer año inmediatamente posterior a la finalización de este<sup>157</sup>:

— En el primer año de la fase transitoria (el ejercicio presupuestario 2011) ha de comenzarse con la reducción del déficit existente<sup>158</sup>. Se trata en este punto de una obligación jurídica que, de todos modos, no opera categóricamente, sino que se suspende en caso de que una evolución imprevista, que escape del poder de configuración del legislador presupuestario, haga necesaria para el año 2011 una asunción neta de deudas en el presupuesto federal<sup>159</sup> que vaya más allá del nivel del año 2010.

— En el primer año inmediatamente posterior a la finalización de la fase transitoria (es decir, en el ejercicio presupuestario 2016), el legislador presupuestario federal ha de elaborar el presupuesto federal y los presupuestos paralelos de forma que se cumpla la exigencia que se deriva del art. 115.2.2<sup>a</sup> frase<sup>160</sup>; a partir de 2016 el art. 115 LF se aplicará, pues, plenamente.

A la hora de elaborar los presupuestos de la fase intermedia (2012 a 2015), el legislador presupuestario federal ha de tener siempre presente este segundo requisito<sup>161</sup>. Esta exigencia tiene, no obstante, carácter meramente exhortativo, de ella no se deriva

154 Art. 143d.1, segunda frase, segunda parte, LF. Sobre el significado de la limitación a patrimonios especiales «ya constituidos», véase REIMER (*supra*, nota 16), Art. 143d, marginal 5.

155 Una justificación más detallada en REIMER (*supra*, nota 16), Art. 143d, marginal 7.

156 Art. 143d.1, quinta frase, LF.

157 Se concreta en forma de ley ordinaria en el art. 9 de la G 115 (*supra*, nota 13); véase al respecto el Diario de Sesiones del Bundestag 16/12400, pág. 15.

158 Art. 143d.1, sexta frase, LF.

159 Pero no en los patrimonios especiales de la Federación; véase el art. 143d.1, segunda frase, segunda parte, LF y los trabajos preparatorios en el Diario de Sesiones del Bundestag 16/12410.

160 Art. 143d.1, séptima frase, primera parte, LF.

161 Art. 143d.1, séptima frase, primera parte, LF.

ninguna consecuencia jurídica concreta. En particular, no se excluye que el endeudamiento neto en todos o en algunos de estos años se sitúe otra vez por encima del nivel de 2011.

En el caso de los Länder, el segundo período transitorio se extiende a los ejercicios presupuestarios 2011 a 2019, es decir, hasta que expire el segundo Pacto de Solidaridad (*Solidarpakt II*). Los Länder pueden también en esta fase apartarse todavía de las exigencias del art. 109.3 LF<sup>162</sup>, pero tienen que utilizar este período para disponer sus presupuestos de modo que en el ejercicio presupuestario 2020 se cumplan las reglas derivadas de la quinta frase del art. 109.3<sup>163</sup>. Esta indicación algo críptica, formulada de manera imprecisa, solamente exige para los años 2011 a 2019 que el legislador presupuestario de los Länder tenga siempre en mente el objetivo de la consolidación, pero de ello no se derivan para estos años consecuencias jurídicas concretas. El art. 143d.1.4<sup>a</sup> frase tiene más bien (lo mismo que la séptima frase para la Federación) carácter meramente exhortativo. No excluye que el nuevo endeudamiento neto en todos o algunos de estos años incluso aumente. El art. 143d.2.5<sup>a</sup> frase contiene, no obstante, reglas más estrictas sobre el saneamiento de las finanzas públicas para los Länder receptores de las ayudas; aquí son imprescindibles etapas anuales de reducción.

Frente a ello, la norma para los años posteriores a 2020 exige tres cosas:

— en primer lugar, que se respete la prohibición de asunción de nuevas deudas contenida en la Constitución federal<sup>164</sup>,

— en segundo lugar, que el legislador presupuestario de cada Land respete el conjunto del Derecho presupuestario del Land, incluidas las nuevas normas que hay que aprobar conforme al art. 109.3.5<sup>a</sup> frase<sup>165</sup>;

— en tercer lugar (indirectamente, pero con carácter constitutivo), que el legislador de cada Land cumpla con la obligación que le impone el art. 109.3.5<sup>a</sup> frase, de adoptar hasta 2019, como muy tarde, normas materiales y procedimentales en relación con el freno al endeudamiento.

Falta para los Länder una cláusula que se corresponda con el art. 143d.1.6<sup>a</sup> frase (mejora de la situación presupuestaria de la Federación ya en el año 2011). La Ley Fundamental somete en su lugar la suspensión del freno al endeudamiento a una reserva del Derecho vigente del Land que se formula de manera genérica<sup>166</sup>. Pero, a diferencia del art. 109.3.5<sup>a</sup> frase, esta reserva no supone un mandato al legislador; por eso le falta al art. 143d.1.3<sup>a</sup> frase en este punto todo contenido material. Este precepto fundamenta más bien, al limitarse al Derecho vigente del Land, una prohibición de retroceso: los Länder que al entrar en vigor la segunda reforma del federalismo tengan ya a nivel de Land límites jurídicos al endeudamiento que vayan más allá de lo dispuesto en el art. 109.2 LF (antigua redacción) no pueden suavizar en este sentido tales límites al endeudamiento, porque vulnerarían con ello el art. 109.3 LF (nueva redacción).

162 Art. 143d.1, tercera frase, LF.

163 Art. 143d.1, cuarta frase, LF.

164 En esta medida, la norma es en cualquier caso meramente declarativa porque, si no, la mención global del art. 109.3 LF en el art. 143d.1, tercera frase, LF no tendría sentido.

165 También este contenido normativo es meramente declarativo porque se sobreentiende en cualquier caso desde el punto de vista del Estado de Derecho.

166 Art. 143d.1, tercera frase, LF.

## VI.2. AYUDAS DE PARA EL SANEAMIENTO DE LAS FINANZAS PÚBLICAS PARA LÄNDER INDIVIDUALES

El art. 143d.2 LF constituye una autorización al legislador presupuestario federal, limitada a los años 2011 a 2019, para pagar las llamadas «ayudas para el saneamiento de las finanzas públicas» a los Länder Berlín, Bremen, Sarre, Sajonia-Anhalt y Schleswig-Holstein. Estas ayudas para el saneamiento de las finanzas públicas constituyen el precio político que tienen que abonar la Federación y la mayoría de los Länder por lograr la mayoría necesaria con arreglo al art. 79.2 LF para la segunda reforma del federalismo. Los detalles se deducen de la Ley sobre las ayudas para el saneamiento de las finanzas públicas (Konsolidierungshilfengesetz)<sup>167</sup>, aprobada de forma paralela al art. 143d LF.

### 1. Concesión

En virtud de la citada Ley sobre ayudas para el saneamiento de las finanzas públicas, cada uno de los cinco Länder mencionados puede suscribir un acuerdo administrativo con la Federación. En atención a su esencia, un acuerdo administrativo de este tipo es un convenio estatal bilateral<sup>168</sup>. Su celebración es requisito para la concesión de las ayudas para el saneamiento de las finanzas públicas<sup>169</sup>. Debido a la gran trascendencia que tiene el establecimiento efectivo de una llamada «senda de saneamiento»<sup>170</sup>, ni la Federación ni el Land están obligados a su celebración.

A tenor del art. 143d.2.4ª frase, la concesión de las ayudas para el saneamiento de las finanzas públicas presupone la completa reducción de los déficits financieros antes del fin del año 2020. A ese respecto exige el art. 143d.2 una norma con rango de ley federal para el supuesto de que uno o varios de los cinco Länder receptores no hayan cumplido todavía en el año 2020 las exigencias del art. 109.3. El art. 143d.2 atribuye de todos modos al legislador federal un margen a la hora de diseñar las sanciones. El legislador federal puede sancionar en conjunto el incumplimiento del objetivo, pero en este punto ha de tener en cuenta que la estricta fórmula del art. 143d.2.4ª frase (completa reducción de los déficits financieros antes del fin del año 2020) va más allá de las exigencias jurídico-materiales del art. 109.3 LF que, en situaciones excepcionales, sigue permitiendo a los Länder asumir nuevas deudas. A la vista del claro tenor literal del art. 143d.2.4ª frase («completa») no se trata, evidentemente, de un error de redacción. No obstante, con el concepto de «déficit financiero» del art. 143d.2.4ª frase, se hace referencia solo al déficit financiero estructural. Por un lado hay, por tanto, que descontar las ayudas para el saneamiento de las finanzas públicas; por otro, se sigue permitiendo, también en el año 2020, un déficit no estructural del Land en cuestión (como en el caso de todos los demás Länder), en las condiciones establecidas en el art. 109.3 LF. Solo mediante esta in-

<sup>167</sup> Art. 3 de la Ley de acompañamiento de la segunda reforma del federalismo (*supra*, nota 10). Esta ley precisa para su aprobación el voto favorable del Bundesrat (art. 143d.2, tercera frase, LF).

<sup>168</sup> Para más detalles acerca de la competencia de ambas partes para concluir convenios, véase REIMER (*supra*, nota 16), Art. 143d, marginales 21 y ss.

<sup>169</sup> Diario de Sesiones del Bundestag 16/12400, pág. 21.

<sup>170</sup> Véase el Diario de Sesiones del Bundestag 16/12400, págs. 21 y 22.

interpretación, que tenía también presente el legislador<sup>171</sup>, se puede evitar una sanción desproporcionada (y, con ello, un uso indebido de la potestad discrecional) en caso de incumplimiento por parte de uno de los cinco Länder receptores.

Además —pero hay que separarlo estrictamente del mandato de regulación del art. 143d.2.4ª frase—, la concesión de las ayudas para el saneamiento de las finanzas públicas se asocia al establecimiento y al cumplimiento de una senda de saneamiento de acuerdo con la cual ha de reducirse progresivamente el déficit financiero estructural. La senda de saneamiento está diseñada de forma precisa en el art. 2.1 de la citada Ley sobre ayudas para el saneamiento de las finanzas públicas<sup>172</sup>. Su observancia queda sometida a la supervisión del Consejo de Estabilidad<sup>173</sup>. Paralelamente a ello, el art. 143d.2.5ª frase obliga al legislador federal, pero también a las partes del acuerdo administrativo, a establecer sanciones para el supuesto de que un Land se aparte de la senda de saneamiento, es decir, no cumpla las etapas anuales de reducción de déficit<sup>174</sup>.

## 2. Provisión de fondos

Si bien el pago de las ayudas para el saneamiento de las finanzas públicas compete solamente a la Federación<sup>175</sup>, la Federación y el conjunto de los Länder tienen que soportar económicamente al cincuenta por ciento esta carga<sup>176</sup>. Por eso era también necesaria una norma que regulase el reparto horizontal de la parte correspondiente a los Länder. En este punto el legislador de reforma de la Constitución ha optado por una vinculación con las normas sobre reparto horizontal de la parte del impuesto sobre el volumen de negocios que corresponde a los Länder. De este modo, también los cinco Länder receptores renuncian a una parte proporcional. Los detalles sobre el reparto entre los Länder los deja el art. 143d.3.2ª frase en manos de una norma contenida en una ley federal que precisa del voto favorable del Bundesrat para su aprobación<sup>177</sup>.

## VII. CONCLUSIÓN

La introducción del freno al endeudamiento en la Ley Fundamental alemana marca un hito en la limitación del déficit de la Federación y de los Länder, incluidos sus pre-

171 Véase la fundamentación del art. 2 de la Ley sobre ayudas para el saneamiento de las finanzas públicas en el Diario de Sesiones del Bundestag 16/12400, pág. 21.

172 A este respecto también el Diario de Sesiones del Bundestag 12/12400, pág. 21.

173 Art. 143d.2, quinta frase, LF, y art. 2.2, de la Ley sobre ayudas para el saneamiento de las finanzas públicas; véase también REIMER (*supra*, nota 16), Art. 109a, marginal 7.

174 Al respecto el art. 2.3, segunda frase, en relación con los arts.1.3 y 3, tercera frase, de la Ley sobre ayudas para el saneamiento de las finanzas públicas.

175 Art. 143d.2, primera frase, LF, que se concreta en el art. 1.3 de la Ley sobre ayudas para el saneamiento de las finanzas públicas.

176 Art. 143d.3, primera frase, LF.

177 El legislador ha adoptado esta norma en el art. 1, frases decimosexta y decimoséptima, de la Ley de compensación financiera (art. 7 de la Ley de acompañamiento de la segunda reforma del federalismo, *supra*, nota 10). Detalles en REIMER (*supra*, nota 16), Art. 143d, marginales 30 y 31.

supuestos paralelos. Las normas dejan entrever sentido de la proporción y perspicacia. No se oponen a una política presupuestaria anticíclica, pero obligan a los presupuestos públicos a ahorrar en épocas de vacas gordas.

Ahora bien, tampoco se pueden perder de vista las carencias de las nuevas normas. A diferencia del Pacto Europeo de Estabilidad y Crecimiento, la Ley Fundamental no contiene todavía ni una limitación de la deuda total<sup>178</sup> ni una limitación de la deuda encubierta que se deriva, en concreto, de la creación de nuevas cargas de jubilación y de la depreciación de las infraestructuras estatales motivada por el uso. E, incluso, el nuevo freno al endeudamiento deja varias cuestiones en el aire: ¿podrá ser suficientemente controlado por los órganos jurisdiccionales? ¿Se lograrán aplicar las nuevas normas de una forma tan consecuente que engloben también a los presupuestos municipales y a los presupuestos paralelos de la Federación y de los Länder? ¿Podrá el Consejo de Estabilidad, ahora constituido, trabajar de manera suficientemente eficaz, aunque no tenga a su disposición competencias sancionadoras?

Ahora bien, por encima de todo planea la cuestión relativa a la congruencia entre «ser» y «deber ser» ¿podrán la Federación y los Länder respetar el freno al endeudamiento que será aplicable ya dentro de pocos años, a pesar de la dramática asunción actual de nuevas deudas? Lo que es seguro es que la limitación en la asunción de créditos ha de ser compensada por otro lado. Desde el punto de vista de la política financiera, pero también desde el punto de vista constitucional, hay que pensar ante todo en una crítica al reparto de tareas. Junto a ello hay que considerar un incremento de los ingresos procedentes de impuestos. Pero con buenos argumentos han reclamado destacados expertos en ciencia financiera también la introducción, en favor de los Länder y de los municipios, de competencias sustanciales en el ámbito tributario en materia legislativa y de distribución de los ingresos tributarios<sup>179</sup>. Eso únicamente será posible mediante una «tercera reforma del federalismo». Mientras que con una ley federal ordinaria podrían introducirse recargos municipales en el impuesto sobre la renta<sup>180</sup>, la introducción de recargos por parte de los Länder exigirá, ante todo, una reforma constitucional<sup>181</sup>. Hasta el momento, el «cártel impositivo» de los Estados federados se arredra ante la introducción de este tipo de elementos competitivos en la Constitución financiera federal<sup>182</sup>. Cabe confiar, sin embargo, en que el freno al endeudamiento provoque en este punto un cambio de orientación.

Entonces podrán juntos la crítica hacia la política de gastos y el reforzamiento de las competencias de los Länder en materia de impuestos, que ya va tocando, desembocar en una nueva obra gigante del federalismo alemán: la muchas veces reclamada reorganización y fusión de Estados federados. Lo único es que, *de constitutione lata*, es difícil llevarla a cabo. No obstante, se ha sacado a colación destacadamente hace poco tiempo la ne-

178 WALDHOFF/DIETRICH, ZG 2009, pág. 97 (117 y 118).

179 Entre otros muchos: FELD/KIRCHGÄSSNER (*supra*, nota 7), pág. 21; PEFKEOVEN, Zum Verschuldungsverbot gehört eine Steuerautonomie, en: Das Parlament, n° 53/2009, de 23 de diciembre de 2009 (en Internet: <http://www.bundestag.de/dasparlament/2009/53/Themenausgabe/28209185.html>).

180 Art. 106.5, frases segunda y tercera, LF.

181 Por todos WALDHOFF, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer [VVDStRL], vol. 66 (2007), págs. 216 y ss. (págs. 262 y 263, y nota 213).

182 WALDHOFF (*supra*, nota 181), pág. 268.

cesidad de una reducción de los obstáculos constitucionales<sup>183</sup>. Todo ello muestra que la introducción del freno al endeudamiento en los nuevos arts. 109.3 y 115.2 LF no es más que un primer paso hacia la modernización del federalismo alemán y hacia la estabilización de la economía presupuestaria.

\*\*\*

TITLE: *The financial crisis as a constitutional political opportunity. The new brake on indebtedness in the German Constitution*

ABSTRACT: *In course of the financial crisis, States have proven to be strong actors. However, they have paid a high price for the demonstration of their power-skyrocketing budgetary deficits as well as an alarming increase of overall public debts. With regard to EU Member States, it is true that EU law has mitigated tendencies towards deficit-spending to a considerable degree and that these merits are due to State Aid rules (Arts. 87 et seq. EC Treaty, now Arts. 107 et seq. TFEU) rather than to the Stability and Growth Pact. Many Member States, however, regard an autonomous reduction of deficits as indispensable and take constitutional measures to restrict their annual deficits and/or overall debts. The article analyses the amendments to the German Grundgesetz as well as accompanying legislation which have been enacted by the Bundestag and Bundesrat in July 2009 as a „Föderalismusreform II“, a major reconfiguration of the legal rules on public deficits on both the federal level and the level of the 16 Länder (states), and provides an outlook on further steps to be taken in the future.*

RESUMEN: *En la crisis financiera los Estados se han mostrado como agentes poderosos. Ahora bien, han pagado un precio muy elevado por esta demostración de su capacidad de acción: un aumento vertiginoso de su nuevo endeudamiento neto y un incremento preocupante de la deuda acumulada. Dentro de la Unión Europea, si bien el Derecho de la Unión ha suavizado en considerable medida la tendencia de los Estados a financiarse mediante déficit, esto se ha debido más a una inteligente aplicación de las normas en materia de ayudas estatales (arts. 87 y 88 del Tratado de la Comunidad Europea (antigua versión), actualmente arts. 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) y menos al Pacto de Estabilidad y Crecimiento. No obstante, muchos Estados miembros consideran a la vez indispensable una reducción autónoma del déficit, y están adoptando medidas constitucionales para limitar su nuevo endeudamiento anual y/o su deuda acumulada. El presente trabajo analiza la reforma de la Ley Fundamental alemana y la legislación de acompañamiento que aprobaron el Bundestag y el Bundesrat en julio de 2009 en el marco de la segunda reforma del federalismo (Föderalismusreform II), una reordenación fundamental de la normativa en materia de déficit público, tanto en el ámbito federal como de los dieciséis Estados Federados (Länder), y aporta una visión prospectiva de qué reformas adicionales son necesarias.*

KEYWORDS: *German Basic Law. Fiscal federalism. Consolidation and stabilization of public budgets. State debts. Debt brake. Institutional arrangements. Stability Council.*

PALABRAS CLAVE: *Ley Fundamental alemana. Federalismo fiscal. Saneamiento y estabilización presupuestarios. Endeudamiento estatal. Freno al endeudamiento. Acuerdos institucionales. Consejo de Estabilidad.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 07.12.2010 FECHA DE ACEPTACIÓN: 29.07.2011

183 PAPIER, Bewährte Strukturen, en: Das Parlament, n° 53/2009, de 23 de diciembre de 2009 (en Internet: <http://www.das-parlament.de/2009/53/Themenausgabe/28209130.html>).