

# LA AUTONOMÍA FINANCIERA DE LOS TERRITORIOS HISTÓRICOS Y SU CAPACIDAD DE EMISIÓN DE DEUDA PÚBLICA: LOS PAGARÉS FORALES

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 6 de febrero de 1990)

Pilar Garrido Gutiérrez

Universidad del País Vasco

## I. INTRODUCCIÓN

La emisión de Deuda Pública por la Administración y más en concreto la utilización de ciertos instrumentos financieros creados con el objeto de superar los déficits públicos resulta un tema bastante controvertido por la influencia que en muchos casos puede ejercer sobre determinados sectores económicos. Un caso puntual lo tenemos en la emisión de Pagarés del Tesoro por parte de la Administración Central, modalidad de emisión de Deuda Pública a menudo cuestionada por algunos analistas económicos en cuanto a la eficacia en el cumplimiento de sus objetivos. Esto se agrava cuando el sujeto emisor de Deuda Pública no tiene estrictamente delimitada su capacidad de endeudamiento, dando paso a situaciones confusas a la hora de determinar si tiene o no competencia para crear ciertas figuras financieras, como sin duda ocurre con la emisión de Pagarés Forales por parte de la Administración Foral.

En este sentido, conviene recordar las actuaciones practicadas. La Diputación Foral de Bizkaia emitió deuda interior y amortizable por un importe máximo de 10.000 millones de pesetas, regulada en la Orden Foral número 937, de 28 de mayo de 1986. Esta deuda se formalizó en Pagarés Forales en virtud del Decreto Foral número 56, de fecha 27 de mayo de 1986, en uso de la autorización que le concedía el art. 14 de la Norma Foral 12/85 de aprobación de los Presupuestos Generales del Territorio Histórico de Vizcaya para 1986.

De este modo la Sentencia 778/86 ayudará, en primer lugar, a disipar dudas sobre la capacidad de endeudamiento de los Territorios Históricos, definiendo los límites a los que ésta se encuentra sujeta y en segundo lugar se ocupará del cumplimiento por parte de la Administración Foral de la normativa que configura la emisión de Pagarés Forales y de los requisitos legales que le son exigibles.

No podemos olvidarnos, en todo caso, de abordar en este comentario ciertos aspectos referentes a las peculiaridades del endeudamiento público, haciendo hincapié sobre todo en la figura denominada Pagarés del Tesoro, dada su similitud con el instrumento financiero objeto de la Sentencia, los Pagarés Forales.

## **II. AUTONOMÍA FINANCIERA DE LOS TERRITORIOS HISTÓRICOS: DELIMITACIÓN DE SUS POTESTADES EN MATERIA DE ENDEUDAMIENTO PÚBLICO**

Nuestro primer objetivo consiste en dilucidar los límites que vienen impuestos a los Territorios Históricos en materia de endeudamiento público por la normativa que les es aplicable en este ámbito, ya que serán éstos los que nos ayuden a acotar el campo en que se puede mover la Administración Foral a la hora de proveerse de recursos económicos para hacer frente a las necesidades que deriven de su amplio abanico de competencias, tanto de origen común como foral.

Una cuestión importante es el análisis de la autonomía financiera de los Territorios Históricos, tema que se encuentra latente a lo largo de la propia Sentencia y que servirá de eje para que las diferentes partes presentes en este recurso construyan su particular argumentación en uno u otro sentido. Como ya veremos, la definición de la competencia de los Territorios Históricos, y más en concreto la posición relacional de la Hacienda Foral respecto a la Hacienda Central, es interpretada por los demandados y por el propio Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de muy diferente forma; esto dotará a los Territorios Históricos de una autonomía financiera más amplia o más reducida; llegando incluso a sostenerse, en este caso por la parte demandada, una autonomía financiera «sui generis» diferente de la detentada por otros sujetos administrativos.

Para poder hacer un correcto análisis de este tema habrá que ir elaborando, paso a paso, un modelo que nos explique, aunque sea someramente, el origen del que derivan sus competencias los TTHH, haciendo hincapié, claro está, una vez resuelta o explicitada esta cuestión, en la particular competencia latente a lo largo de la Sentencia referida a la posibilidad de emisión de deuda pública por estos sujetos y su ubicación dentro de su propio entramado competencial, ya sea adscribiéndola al Régimen provincial común o al Régimen Foral.

Respecto a esta última dialéctica expuesta, la parte recurrente sostiene que en materia de endeudamiento, los TTHH no tienen facultades de origen foral, mientras que la Administración Foral deriva dicha facultad de la autonomía presupuestaria garantizada a los TTHH en el art. 37.3 b). A su vez estos preceptos enlazan con los arts. 41.2 a) y 45 del EA, lo que conllevaría que dicha actividad estuviera comprendida dentro del «núcleo de foralidad».

Las distintas partes encausadas tocan, a lo largo de su argumentación, cuestiones directamente relacionadas con el Derecho Foral, parece entonces lo más adecuado centrarnos primeramente en el tema referente a la actualización de los Derechos Históricos. Aunque no es éste el lugar adecuado para su exhaustivo estudio, se hace necesario por lo menos recordar las pautas más generales como hace la propia Sentencia.

La Disp. Adic. Primera de la CE es el punto de partida al que hay que recurrir para desarrollar esta cuestión. Según ésta, «la actualización general del Régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y el Estatuto de Autonomía»; así, serán la propia Constitución y el EA los instrumentos a utilizar en este fin (1).

---

(1) Vid., J. CORCUERA ATIENZA: «Normas sobre el debate de los derechos históricos de territorios torales», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 46-47. 1985. p. 61.

La mencionada disposición garantiza no un contenido concreto, ni siquiera unas competencias que históricamente le pudieron pertenecer por habérselas atribuido la normativa entonces vigente, sino que es aplicable la construcción doctrinal de la garantía institucional, que preservará el Régimen Foral propio de cada TH; como aclara la jurisprudencia constitucional y explícitamente resuelve la Sentencia TC 32/81, de 28 de julio, en su Fund. 3.º: «se trata de la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar».

En esencia, la garantía institucional presupone la existencia de una institución, esto es, la existencia de un complejo normativo diferenciado y diferenciable y comporta una protección reforzada de la misma que pretende fundamentalmente asegurar, la preservación de una imagen socialmente reconocible de la institución a la que se refiere, dada la función estructurante que a ésta toca cumplir en el conjunto (2). Ahora bien, no toda la doctrina es unánime y acoge esta teoría. Así, IGNACIO M.<sup>a</sup> LOJENDIO (3) critica esta interpretación estimando que por encima de la protección institucional, que cree vulnerable, los derechos históricos se benefician en su actualización de la doble garantía constitucional y estatutaria.

Sobre este tema MARTÍN MATEO ha explicado que la Constitución no sólo respeta los antiguos derechos ferale, sino que ordena su extrapolación desde el pasado (4). Así, aunque la Constitución no otorgue valor jurídico a los derechos históricos individualmente considerados, sí puede servir, en la operación actualizadora de estos derechos, como instrumento para interpretar la normativa que los sustenta (5).

Para concluir este tema añadiría, que como ha puesto de manifiesto entre otros TOMAS Y VALIENTE «Promulgada la Constitución, cualquier forma de legitimidad historicista queda sustituida por la única forma de legitimidad admisible en un Estado democrático de Derecho, esto es, la derivada del propio texto constitucional» (6).

Avanzando un paso más podemos decir que será el EA quien lleve a cabo la concreción de las competencias de los TTHH, teniendo como punto de referencia la protección brindada por la CE.

Esta labor de desarrollo se realiza a través de dos vías:

— Desde un punto de vista general se garantizan los regímenes ferale, lo cual supone una confirmación de la garantía constitucional, primeramente en el art. 3 del EA, en cuanto a la organización e instituciones privativas de autogobierno de cada TH y posteriormente en el art. 37.2

(2) T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Los derechos históricos de los territorios forales*, Cívitas, Madrid, 1985, págs. 92-93. Ver sobre el mismo tema: *Los Derechos Históricos Vascos* (II Congreso Mundial Vasco), pág. 291 y sigs.

(3) Vid. I.M. LOJENDIO E IRURE: «La Disposición Adicional primera y los derechos históricos», en *Jornadas de estudios sobre la actualización de los derechos históricos vascos*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1986, págs. 410 y sigs., así como, del mismo autor, *La disposición adicional primera de la Constitución*, IVAP, Oñate, 1988, pág. 62.

(4) K. LARUMBE BIURRUN: «Naturaleza jurídica dual de las instituciones ferale de los territorios históricos», en *Jornadas de estudios sobre la actualización de los derechos históricos vascos*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1986, pág. 478.

(5) M. BADIOLA, S. LARRAZÁBAL, J.A. PÉREZ MATORANA: «Financiación y endeudamiento del territorio histórico de Bizkaia», Universidad de Deusto, Bilbao, 1989, pág. 131.

(6) J. CORCUERA ATIENZA: «Notas sobre el debate de los derechos históricos de los territorios ferale», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 46-47, 1985, p. 65.

del EA en lo referente al Régimen Foral y sus competencias. Esto no significa, como dice la Sentencia TC 76/88, de 26 de abril, que el EA no constituya ningún límite del Régimen Foral históricamente definido. Sin esta virtualidad, el EA no podría llevar a cabo su labor de actualización y resultarían inexplicables cláusulas como la referente a régimen fiscal, que lo alteran. Así deben entenderse que se coloca en lugar preferente, en cuanto a su respecto y protección, a los regímenes forales en su definición estatutaria, tanto respecto a las instituciones comunes del PV como frente a los poderes del Estado.

— Posteriormente se concretan las competencias de los TTHH en el art. 37.3 y 4, en el que se establecen dos tipos diferentes:

a) Competencias exclusivas que derivan directamente del EA especificadas en el art. 37.3, subapartados a) a e) y en el primer inciso del subapartado f).

b) Competencias que se precisarán a través de la actuación concreta de los poderes de la CAV y que comprenderán las competencias exclusivas que le sean transferidas (art. 37.3 f), sin que se precise quién puede hacerlo, y las competencias de desarrollo y ejecución de las materias que el Parlamento Vasco señale (art. 37.4).

Aparece así definido un ámbito irreductible que conformará el núcleo intangible de foralidad. Este núcleo esencial será el mínimo sin el cual desaparecería la misma imagen de foralidad y junto a él existirá un ámbito de expansión que dependerá de la actuación de ciertos órganos.

En síntesis, las competencias a los TTHH les pueden venir dadas desde diferentes ámbitos jurídicos:

— Algunas tienen su origen en el régimen provincial común, por entender que los TTHH son entidades locales autónomas calificables, tanto por sus límites territoriales como por su ubicación dentro del Título VIII de la CE, como provincias.

— Otras que forman parte del «núcleo esencial» de foralidad que derivarán directamente de la actualización a la que se refiere la Disp. Adic. primera de la CE y que están expresamente dispuestas en el EA. La Administración Foral intenta conectar directamente la competencia de endeudamiento con la referente a elaboración y aprobación de los presupuestos con el fin de ubicarla dentro de este ámbito.

— Competencias que se irán concretando por el legislador ordinario mediante las posibles transferencias que se puedan llevar a cabo, dotando de contenido al «ámbito de expansión» de la foralidad. Aquí será donde la Sentencia entenderá que debe ubicarse la competencia en cuestión.

La Administración Foral, como ya adelantábamos, pretende fundamentar la posibilidad de los TTHH de emitir Deuda Pública, conectándola directamente con la competencia a que se refiere el art. 37.3 del EA «Elaboración y Aprobación de Presupuestos», esto es, con la autonomía presupuestaria. A este respecto la Administración Foral argumentará que dicha autonomía presupuestaria coloca a la Hacienda Foral en una posición «singular» en relación con la Hacienda del Estado. Y así, las Instituciones Forales gozarán de una potestad financiera especial que les permitirá nutrirse de los recursos no tributarios que estimen oportunos.

En relación con este tema cabe decir primeramente que, desde una perspectiva jurídico-organizativa, los TTHH de la CAV constituyen en el ordenamiento constitucional y estatutario entidades públicas territoriales de base corporativa

dotadas de personalidad jurídica plena y autonomía para la gestión de sus respectivos intereses y en relación a las entidades locales de régimen común presentan un elemento característico que es la titularidad de Derechos Históricos. Nos quedaría situar concretamente estos TTHH en el sistema de organizaciones territoriales previsto por el Título VIII de la CE. Según la Disp. Adic. primera, la constitución de su régimen privativo habrá de efectuarse dentro del «marco constitucional», lo cual nos lleva ineludiblemente a sus enmarcación dentro de alguno de los entes territoriales previstos en el art. 137 de la CE; y vistas las características antedichas de los TTHH podemos ubicarlos en el art. 141 de la CE, sin que ello vulnere en ningún momento la calidad de los TTHH. La garantía institucional permite el desarrollo de una «imagen característica» diferente de la ofrecida por el Régimen provincial común, sin dejar por ello, de ser ambas, tanto los TTHH como las provincias titulares de la autonomía provincial que garantiza la CE (7). En este sentido se puede decir que el Estatuto otorga a las Instituciones de los Territorios Históricos, en base a la Disposición Adicional Primera de la Constitución, cualitativamente diferente y superior, un plus respecto a las garantías reconocidas a los entes provinciales en el art. 141 de la Norma Fundamental (8).

Al respecto la Sentencia en el Fundamento 8.º, párrafo primero, dice lo siguiente:

«El amparo y respeto que la Constitución ofrece a los Derechos Históricos de los territorios forales y la complementaria garantía constitucional de preservación actualizada del régimen foral, no alteran la organización territorial del Estado, modelada en el Título VIII de la Constitución, cuyos elementos arquitecturales son indisponibles para el legislador ordinario de acuerdo con la técnica de la garantía institucional definida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1981, de 28 de julio (FJ3). Por ello, la especificidad que el factor foral imprime en el régimen jurídico de los entes forales no impide que, en el marco de organización territorial del Estado, los Territorios Históricos integrados en la Comunidad Autónoma del País Vasco, en su calidad de personas jurídico-públicas, se adscriban a la naturaleza de las Entidades Locales territoriales titulares de la autonomía que, para la gestión de los respectivos intereses de la comunidad asentada en el territorio provincial, garantiza el art. 141 de la Constitución.»

Concluyendo este tema dice la Sentencia, en el FJ 8.º, párrafo tercero:

«No se alcanza a colegir que la autonomía de gestión presupuestaria conferida por el art. 37.3 b) del Estatuto Vasco, haya de afectar a la posición relacional del Territorio Histórico de Vizcaya hasta el punto de dotarle de una autonomía «singular» por la que la Hacienda Foral goce, en el ejercicio de la actividad económico financiera no tributaria, de una posición respecto de la Administración del Estado y de la Administración de la Comunidad Autónoma, distinta a la procurada por la garantía constitucional de las autonomías locales.»

Tampoco resulta aceptable la inclusión de la posibilidad de emisión de Deuda Pública por parte de los TTHH dentro del apartado referente a la autonomía presupuestaria (art. 37.3 b) EA), provocando un cierto confusiónismo

---

(7) J.L. IBARRA ROBLES, A. ZURITA LAGUNA: «Organización foral», en *Primeras Jornadas de Estudio del Estatuto de Autonomía del País Vasco*, vol. III, 1983, págs. 1307 y ss.

(8) K. LARUMBE BIURRUN: «Naturaleza jurídica dual de las instituciones...», en *Jornadas de estudio...*, pág. 490.

entre el campo propiamente financiero y el tributario, que trata de aclarar la propia Sentencia en el Fundamento 9, párrafos 1 y 2:

«...No puede compartirse que la competencia exclusiva atribuida a los Territorios Históricos en el art. 37.3 b) del Estatuto alcance a las facultades de apelación al crédito público. En efecto, sin perjuicio de la común vicariedad con la Hacienda Foral de toda la actividad administrativa de gestión de recursos económicos, desde la perspectiva de la desagregación de la actividad pública en sectores o «materias» significativas a efectos de la atribución de títulos competenciales, no cabe confundir, desde luego la actividad pública desarrolla en ejercicio de la potestad tributaria y de la potestad financiera, aunque ambas gestionen derechos o recursos económicos para la Hacienda Foral.

De igual forma, en el ámbito de la potestad financiera pública, la facultad de concertación de operaciones de crédito mediante el recurso a la emisión de deuda pública podrá, en su caso, reflejarse como una previsión económica cifrada en los presupuestos, pero no por ello cabe entender subsumida dicha actividad en el título competencial que habilita la actividad de elaboración y aprobación de los Presupuestos: ambas situaciones tienen contenido de distinta naturaleza, en su caso, la elaboración presupuestaria se dirige a expresar cifradamente las previsiones máximas sobre las obligaciones y derechos que puedan reconocerse y liquidarse en un determinado ejercicio económico, así como de las estimaciones de gastos e ingresos a realizar en el mismo ejercicio estableciendo, a partir de ello, una programación conjunta y sistemática de la actuación pública económica; en otro caso, la decisión de emitir Deuda Pública supone una concreta forma de provisión de medios económicos para la atención de aquellas obligaciones contraídas por la Hacienda con independencia de la previsión presupuestaria respecto a su liquidación —e, igualmente, ambas actividades se desarrollan en tiempos diferenciados, de forma que la apelación al crédito público no coincide con la elaboración del Presupuesto sino, en su caso, con la posterior gestión de la actividad económica programada en el Presupuesto aprobado.»

Asimismo la Sentencia se detiene a cuestionar la forma en que la Administración Foral intenta conectar el ya referido art. 37.3 b) con el art. 41.1 a) del EA, que se ocupa de regular la materia contenida en el Concierto Económico asumiendo así un contenido meramente tributario que no alcanza en su extensión a la capacidad de endeudamiento, como nos confirma la Sentencia del TC 11/84, de 2 de febrero, en el FJ 3.º, párrafo cuarto:

«Y tampoco se ha podido indicar por la representación del Gobierno Vasco precepto alguno que exprese que el contenido del concierto económico se extienda a las competencias de los territorios históricos en materia de endeudamiento.»

Seguidamente, la Sentencia objeto de este comentario, aclara otro equívoco al que llevaba la interpretación de la Administración Foral creando, artificialmente, una relación directa del art. 37.3 b), en este caso con el art. 45 EA.

«De otra parte, el art. 45 del Estatuto contempla y regula, específicamente, la competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de remisión de deuda pública dirigida a financiar los gastos de inversión, por lo que, además de afectar a un ente público diferente y dotado de distintas competencias que los territorios históricos, se refiere a una concreta actividad de endeudamiento dirigida a financiar los gastos de inversión que es materialmente distinta a la que ahora se contempla.»

Una vez sistematizadas las competencias de los TTHH y deshecho el equívoco existente entre ciertas áreas administrativas de contenido difuso, esto es, confirmada ya la diferenciación existente entre actividades como la presupuestaria y tributaria respecto de la actividad económico-financiera, la Sentencia se encargará de ubicar dicha competencia dentro del bloque de legalidad ordinario. Este queda configurado a través de los medios dispuestos por el art. 37.3 f) y 4 del EA referentes a la transferencia de competencias a los TTHH y a la atribución por el Parlamento Vasco del desarrollo normativo y ejecución en las materias que el mismo señale. Son estos instrumentos los que dotan de un contenido concreto al ámbito de expansión foral a través de la intervención del legislador ordinario, el cual regulará esta materia, así como podrá decidir su posterior modificación rechazando de este modo la postura adoptada por la Adm. Foral. Dicha Administración ubica la controvertida competencia dentro del bloque de constitucionalidad, teniendo en este caso como parámetro la Disp. Adic. primera de la CE y la actualización consiguiente llevada a cabo por el Estatuto en el art. 37.3 a-e).

Todo lo expuesto no es obstáculo para que tanto la CE en su art. 142, como la LBRL, en su art. 4, atribuyan a los entes locales autónomos ciertas potestades dentro del ámbito financiero.

En el mismo sentido el art. 7.4) de la LTH dota a los órganos forales de competencias sobre operaciones de crédito y financieras en los términos que resultan del Título II de la propia ley. Así las instituciones forales, a la hora de crear cualquier figura de endeudamiento deberán atenerse, en todo caso, a lo regulado en este artículo y el Título II al que remite. Dentro de este último habrá que fijarse en las precisas indicaciones recogidas en el art. 27 LTH, que deberán respetarse a la hora de crear cualquier figura financiera.

Si unimos lo anteriormente expuesto con el precepto constitucional que obliga a cualquier Administración pública a actuar de acuerdo con las leyes cuando decida contraer obligaciones financieras y realizar gastos (art. 133.4 CE), llegamos a la conclusión inequívoca de que en este caso concreto la Administración Foral deberá acogerse a lo regulado por ley del Parlamento Vasco que configure dicha actividad, esto es, a la ley 27/83, de 25 de noviembre, de relaciones entre Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de los Territorios Históricos. Sobre ella volveremos al estudiar la configuración que el derecho foral hace de la competencia de endeudamiento, ya que como acabamos de decir lo regulado en esta ley es primordial para el desarrollo del tema que nos ocupa.

### **III. CARACTERÍSTICAS FORMALES DE LOS PAGARES: SU FUNCIÓN COMO INSTRUMENTOS FINANCIEROS DENTRO DEL ÁMBITO ECONÓMICO**

A los efectos de nuestra exposición, es conveniente realizar algunas precisiones acerca de los pagarés y su relevancia actual en el sistema financiero. Estas observaciones permitirán desvelar cual es el trasfondo del conflicto que enfrenta a ambas administraciones.

Podemos comenzar por dar una simple definición de lo que es un pagaré: éstos son títulos de deuda, emitidos por la Administración con vencimiento a corto plazo (no más de 18 meses) con la finalidad principal de hacer frente a las necesidades financieras de tesorería del ente público que los emite. Los

pagarés son título sin cupón que se compran al descuento recibiendo los intereses de forma anticipada. No tienen retención a cuenta ni desgravan en ningún impuesto. Por otra parte, en lo que respecta a los intermediarios financieros, los fondos obtenidos mediante cesión temporal o permanente de pagarés a terceros, no están sujetos a coeficientes de caja. Estas características confieren a este activo un papel central como eje de las transacciones del mercado monetario y punto de referencia del mismo. En cuanto a su difusión, se adjudicarán en mercado primero a través de subastas que se realizarán quincenalmente (9).

Ahora bien, una de sus características más importantes derivará de la normativa fiscal que les es aplicable, que conllevará unas ventajas para estos activos que no tendrán los demás. Así, no están sometidos a retención a cuenta de ningún impuesto, su negociación tanto en mercado primario como secundario se realizará sin coste fiscal alguno y además no requerirá la intervención de fedatario público. Todo lo cual contribuirá a la existencia de una opacidad fiscal en relación con estos instrumentos financieros (10).

Hay que apuntar, que la evolución de la economía española en los últimos años ha venido determinada, en buena medida, por las crecientes necesidades financieras de las administraciones públicas.

Así, uno de los objetivos prioritarios del Estado en su estrategia financiera es la reducción del coste de su endeudamiento. Por lo cual, el pagaré, como instrumento a corto plazo de gran liquidez y profundo mercado secundario, se convertía, de esta forma, en principal pasivo financiero del Tesoro, en un contexto de crecientes necesidades financieras de éste (11).

La función que se otorgó a los Pagarés del Tesoro como instrumentos de control de la liquidez primaria del sistema, tenía ciertos aspectos positivos: obligada a una mayor coordinación entre la política monetaria y la política financiera del Estado; contribuía a una mayor integración entre los distintos mercados a corto, medio y largo plazo, y suponía un nuevo avance para el establecimiento futuro de un sistema de operaciones de mercado abierto, en base al cual instrumentar la política monetaria (12).

Pero la promulgación de la Ley 14/85, de 29 de mayo, truncó este proceso de integración y debilitó el papel de los pagarés como instrumento de control monetario. El hecho de que estos títulos de deuda se convirtieran a partir de entonces en el único activo financiero con posibilidades de ocultamiento fiscal, fraccionó de inmediato su mercado entre los inversores interesados en la evasión fiscal, y aquéllos guiados por criterios de rentabilidad. Lo que provocó una segmentación en el mercado interbancario, con una apertura de los diferenciales de tipo entre depósitos bancarios y de dobles con Pagarés (13).

Esta nueva característica provoca un sustancial descenso de rentabilidades que transforma el mercado de pagarés; la rentabilidad de los pagarés se situará sistemáticamente por debajo del depósito bancario. Este activo, deja, pues, de

---

(9) J.A. TRUJILLO, C. CUERVO-ARANGO: *El sistema financiero español*, Ariel, Barcelona, 1985, p. 110.

(10) *Ibidem.*, p. 125.

(11) I. EZQUIAGA, R. RAMÍREZ, J. SORIANO: « Dos aspectos de interés en la evolución de los pagarés del tesoro », en *Papeles de economía española*, n.º 32, 1987, p. 157.

(12) B. SANZ MEDRANO: « Dificultades y posibilidades de la política monetaria. Déficit público y sector exterior. El papel de los pagarés del tesoro », en *Papeles de economía española*, n.º 32, 1987, págs. 33-34.

(13) *Ibidem.*, p. 36.



ser competitivo y por lo tanto nexo de unión en el mercado financiero a la hora de captar el ahorro tradicional que no busca la ocultación fiscal. Es evidente que el mantenimiento de rentabilidades, en un activo financiero concreto, por debajo de la de otros activos financieros sólo es posible bajo unas condiciones fiscales que aseguren una opacidad fiscal que otros activos no disfrutaban. En otra situación el activo perdería su demanda, que se desplazaría a otros activos financieros que se adaptaran mejor a los deseos de los ahorradores. Parece evidente, por todo lo dicho, que los pagarés no desempeñan actualmente el papel de instrumentos de gestión de tesorería del mercado interbancario y por tanto ya no constituyen una segunda línea de liquidez importante (14).

Finalmente, baste añadir, a lo ya dicho, que ciertos sectores verán la necesidad de sustituir el sistema de los pagarés, por un sistema alternativo, basado en una amplia gama de deudas públicas a corto y largo plazo, sin las condiciones fiscales del pagaré.

#### **IV. LA LEGALIDAD DE LOS PAGARES FORALES: SU CONFIGURACIÓN POR LA NORMATIVA FORAL QUE LOS REGULA**

Para continuar con el análisis de la sentencia dictada, objeto de este comentario, se hace imprescindible intentar desentrañar el contenido de las normas impugnadas, ya que serán éstas las que nos ayuden a perfilar primeramente la figura del endeudamiento cuestionada en los presentes autos y además, será el pronunciamiento sobre la legalidad de dicha normativa la base sobre la que discurra la sentencia.

Como ya sabemos, tanto la Orden como el Decreto impugnados regulan la emisión de Pagarés Forales por parte de la Diputación Foral de Bizkaia; parece así lo más adecuado proseguir esta reflexión viendo cuáles son las peculiaridades de estos instrumentos financieros, utilizados por la Administración Foral. Después de la somera explicación realizada en el apartado anterior sobre las características generales y la funcionalidad de esta modalidad de endeudamiento, desde un prisma más general y amplio, debemos ceñirnos ahora a un ámbito más restringido como es el delimitado por la normativa foral.

De acuerdo con lo ya expresado podemos definir los Pagarés Forales como títulos de deuda emitidos por la Administración Foral con vencimiento a corto plazo (no más de 18 meses). Su objetivo principal será hacer frente a las necesidades financieras de tesorería del ente público que los emite, es decir, de la Administración Foral.

Estos Pagarés Forales se adjudicarán en mercado primario a través de subastas. Los requisitos mínimos que deberá contener la Orden Foral que disponga la celebración de dicha subasta serán los siguientes: en primer lugar, en la Orden Foral deberá concretarse la fecha de emisión de los pagarés, y junto a ella la fecha de amortización y la de resolución de la adjudicación; además, deberá figurar la fecha límite de presentación de ofertas, así como la fecha y hora límite de pago, esto es, el tiempo máximo en que habrá de hacerse el depósito de la cantidad a que ascienda el valor de los pagarés que hayan

---

(14) I. EZQUIAGA, R. RAMÍREZ, J. SORIANO: «DOS aspectos de interés en la evolución reciente de los pagarés del tesoro», en *Papeles de economía española*, n.º 32, 1987, p. 170.

sido otorgados a una determinada persona y, por último, aparecerá el valor nominal mínimo de cada petición.

Según el art. 4 de la Orden Foral número 937. de 28 de mayo de 1986, la emisión de Pagarés Forales podrá ser suscrita y adquirida por cualesquiera personas físicas o jurídicas, públicas o privadas. Esta petición se realiza en nombre propio, pero se canaliza a través de intermediarios financieros.

El art. 6.4 de la misma Orden Foral establece las clases de peticiones existentes. Estas podrán ser no competitivas, aquí cada postor presentará directamente en la Hacienda Foral la correspondiente solicitud sin indicar precio o tanto por ciento efectivo sobre el nominal. El importe máximo de cada petición no competitiva no podrá exceder de 10 millones de pesetas, no pudiendo cada postor presentar más de diez peticiones. Y peticiones competitivas, que serán aquellas en que formuladas en la solicitud correspondiente, indiquen el precio efectivo sobre el nominal expresado en tantos por ciento con dos decimales, el último de ellos 0 ó 5. Podrán presentarse tantas peticiones competitivas como se deseen.

La normativa fiscal aplicable a este modalidad de deuda pública, como ya comprobamos en el apartado anterior, goza de una visible especialidad encauzada hacia estos instrumentos financieros. La Norma Foral 7/85, sobre régimen fiscal de determinados activos financieros, en su exposición de motivos, coincidiendo con lo que establece la Ley 14/85. de 29 de mayo, nos alecciona sobre la posibilidad de que los «nuevos activos financieros» surgidos dentro de una economía de opción, ayuden a eludir los diferentes sistemas de control impuestos por las normas tributarias. Esta capitalización de la elusión de un impuesto como forma complementaria de rentabilidad resultaba, a todas luces. inadmisibles y lesiva para los intereses públicos.

Ahora bien, del régimen fiscal genérico que se encarga de encauzar la normativa Foral y Estatal anteriormente mencionada debe exceptuarse, por su función dentro del propio orden público y por su carácter de instrumento regulador de intervención en el mercado monetario, los rendimientos que derivan directa o medianamente de la financiación extraordinaria del gasto público. donde podemos ubicar sin duda los instrumentos financieros denominados Pagarés Forales.

Por consiguiente, los Pagarés Forales gozarán de una serie de ventajas con respecto a otros activos financieros, como resalta la Sentencia en el Fundamento 4.º, párrafo segundo:

«...La contraprestación no es objeto de retención a cuenta de los impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas y de Sociedades; los fedatarios públicos, los intermediarios financieros y los demás mediadores intervinientes en la emisión, suscripción y la transmisión de Pagarés Forales quedan exonerados de la obligación de comunicar dichas operaciones a la Administración Tributaria; la creación y transmisión de la deuda queda exenta de gravamen en el Impuesto que grava las transmisiones onerosas.»

Todas estas peculiaridades propias de los Pagarés Forales tendrán como consecuencia directa que el mercado óptimo para la colocación de estas operaciones sea el sector opaco o sumergido regido por criterios de economía de opción, a lo cual también hace referencia la Sentencia en el Fundamento 4.º, párrafo tercero:

«...Lo que sí debe subrayarse es que la elección del instrumento financiero expresado en los Pagarés Forales con la antedicha característica fiscal no viene determinada en función de un objetivo abstracto de asegurar un menor coste

de endeudamiento, sino en razón de que el rendimiento económico pretendido va a depender de la adecuación de la fórmula financiera diseñada al objetivo de captar capitales situados en el área sumergida o de opacidad de los mercados financieros, cuyas rentas se mantienen al margen de los mecanismos de control existentes en el mercado tributario.»

Una vez mencionadas estas peculiaridades configuradoras de ciertos instrumentos financieros, entre los que se encuentran los Pagarés Forales, no entraremos a cuestionarnos la legalidad ni siquiera la oportunidad de la normativa fiscal que les es aplicable; esta cuestión, además, ha sido planteada y discutida en el epígrafe anterior y, por ello, lo que aquí pudiéramos decir no añadiría nada nuevo a lo ya mencionado.

Es, en este momento, cuando debemos ocuparnos de encasillar la operación de endeudamiento contenida en las normas impugnadas dentro de algunas de las fórmulas tipificadas legalmente, una vez vistas las competencias de los TTHH en esta materia y apreciadas las peculiaridades de los Pagarés Forales.

Al respecto la parte demandante, esto es el Abogado del Estado, entiende que si dicha operación queda clasificada como una «operación de tesorería» se vulneraría primero el art. 429 del RDL 781/86, al no poderse subsumir en ninguno de los tipos fijados por dicho precepto y al no cumplirse con el preceptivo trámite de informe al interventor, al igual se vulneraría el art. 27.1 LTH al concertarse la operación a que se refiere las normas impugnadas por un plazo superior al máximo establecido (un año). Para el caso de que se calificase como medio de financiación de gastos de inversión, la emisión de Pagarés Forales vulneraría, entre otros, los arts. 418 y 427 del RDL anteriormente citado al no precisar el destino de los recursos financieros obtenidos.

Por otra parte, la Administración Foral considera que se trata de una operación de tesorería calificable de recurso financiero extra presupuestario para la obtención de ingresos ordinarios, previsto en el art. 24.3 de la Norma Presupuestaria de las JJGG de Vizcaya 7/84, modificada por la Disp. AD. primera de la Norma Foral 12/85, de 27 de diciembre; y su objeto sería la financiación de gastos autorizados en esta última Norma Foral.

La Sentencia, al fin, concluirá este tema argumentando que no se puede tratar de un medio de financiación de gastos de inversión porque no hay una concretización que nos señale los específicos programas de gastos a los que se aplica.

En cuanto a su calificación como «operación de tesorería», que como hemos visto es la acogida por la parte demandada y su subsunción en el art. 24.3 de la Norma F. Presupuestaria 12/85, entienden los magistrados que tras la modificación de este precepto, y su subsiguiente ampliación más allá de la duración anual de los presupuestos (hasta 18 meses), se convierte una operación dirigida a atender necesidades «transitorias» de caja — como decía el art. 24.3 en su originaria redacción—, en una operación cualquiera que tiene como fin genérico incrementar los activos de Tesorería, con independencia de la atención a las necesidades normales de caja, ya que como se infiere del precepto analizado, el producto de la emisión es posible obtenerlo una vez liquidado el ejercicio presupuestario.

Tanto el carácter extrapresupuestario de la operación de endeudamiento como su no afección a ningún gasto público concreto son extremos probados en la Sentencia.

De dichas características se extrae que la operación formulada mediante Pagarés Forales, no tiene una relación inmediata con la aplicación de los ingresos obtenidos a la financiación de algún gasto específico, sino que será en una fase posterior, con la puesta en rendimiento de los capitales tomados a préstamo en la emisión de Deuda Pública, cuando al generarse crédito podrán ser afectados a alguna obligación concreta.

Resulta, pues, una sinrazón el calificar la emisión de estos pagarés de «operación de tesorería» de carácter extrapresupuestario, ya que dichas operaciones tienen como finalidad superar déficit y desajustes que se puedan producir entre pagos de vencimiento determinado, e ingresos no siempre seguros. Exigen por lo tanto un presupuesto de referencia, no pudiéndose prolongar el saldo vivo más allá del ejercicio que provocó su emisión. Viendo asimismo las proporciones cuantitativas de dicha emisión es difícil calificarla de operación de tesorería, ya que puede alcanzar en su cuantía las dimensiones de un presupuesto anual.

Podemos formular dos premisas fundamentales en relación a este tema: primero, que nos encontramos con una operación pasiva de crédito de carácter extrapresupuestario, y segundo, que su objetivo simplemente es proporcionar a la Hacienda Foral unos recursos financieros no afectados a ninguna obligación determinada, por lo cual debemos llegar a la conclusión de que se está operando dentro del ámbito de la «potestad financiera» y no tributaria y además se trata de una fórmula, como enseguida veremos, no subsumible dentro de las modalidades dirigidas a los gastos de inversión o a sufragar las necesidades de tesorería tipificadas tanto por la legislación estatal como autonómica.

Los Territorios Históricos deberán atenerse, como ha quedado demostrado, para la creación de cualquier figura de endeudamiento a las formalidades que impone la LTH, en su art. 7a4 y el Título II de dicha ley al que el mismo remite. Así será el art. 27 de la LTH el que regule las específicas modalidades que en este ámbito pueden ser utilizadas por la Administración Foral. Podemos avanzar un paso más y concluir diciendo respecto al supuesto concreto que nos ocupa, que la configuración que las normas forales impugnadas hacen del instrumento financiero en cuestión, como una operación de endeudamiento que tiene por objetivo satisfacer necesidades de tesorería, no se adecua a lo establecido por el art. 27.1 LTH, ya que éste limita la duración de tales operaciones al período anual del ejercicio presupuestario y restringe el destino del producto del endeudamiento a atender los déficits momentáneos de tesorería. Así será la infracción de estos requisitos, y no otros, lo que lleve al Tribunal Superior de Justicia a la anulación de las normas impugnadas, como declara la propia Sentencia en el FJ 11.º, párrafos ocho y nueve, afirmándose la vulneración de los principios de legalidad y jerarquía, y dejando de posicionarse respecto a otros posibles vicios contenidos en la normativa impugnada:

«La inadecuación de dicho régimen legal de la normativa dispuesta en el Decreto y la Orden Forales recurridos es palmaria ya que se dispone una actividad de emisión de deuda pública que, si bien se presenta con el carácter de operación de tesorería, no se atiene a la finalidad específica a la que se ha hecho mérito y se extiende en su duración (18 meses) más allá del plazo máximo de reembolso; lo que inexorablemente conduce a apreciar el vicio de validez denunciado por la Administración del Estado.

Las infracciones legales apreciadas afectan a los principios de legalidad y jerarquía normativa acogidos en el art. 9.3 de la Constitución y alcanzan a las condiciones básicas —el objeto y la duración de la operación de endeudamiento

establecida y regulada por el Decreto y la Orden Forales recurridos. En lógico corolario, por razón de la entidad de las infracciones, debe apreciarse que concurre en las disposiciones recurridas un vicio de radical invalidez. En consecuencia, la estimación de la pretensión anulatoria ha de surtir los efectos derogatorios previstos en el art. 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo, con lo que el conocimiento de los restantes motivos impugnatorios quedan privados de razón.»

Por lo tanto, la Sentencia no entra directamente a cuestionar el incumplimiento de otras formalidades a las que también deberá estar sujeta la Administración Foral a la hora de configurar cualquier figura que constituya crédito público. Las cuales aparecen mencionadas en el FJ 11, párrafo cuarto:

«En consecuencia, la apelación al crédito público por parte de la Diputación Foral de Vizcaya, constituye una actividad sujeta en su regulación a las «peculiaridades Forales» establecidas en el art. 27 del Título II de la Ley del Parlamento Vasco 27/1983, de Territorios Históricos, atinentes: a) a la intervención del Consejo Vasco de Finanzas Públicas en el proceso decisorio sobre las operaciones de crédito a plazo superior a un año, con facultades de coordinación y armonización; b) a la reserva de competencia a favor del Parlamento Vasco para fijar los límites de endeudamiento de las Diputaciones Forales, con la salvedad de la competencia atribuida al Gobierno para la modificación concertada de los porcentajes y niveles de endeudamiento, siempre que la propuesta para ello recoja la aprobación unánime de las instituciones afectadas y respete el límite del 25% sobre los ingresos del conjunto de la Comunidad Autónoma; c) a la sujeción a autorización previa del Gobierno de la decisión de concertar operaciones de crédito en el extranjero.»

Ahora bien, la propia Administración Foral intentará salvar los límites legales que impone la LTH en el art. 7a4 con su remisión al Título II, argumentando la necesidad de aplicar a este caso el art. 8.1 de la misma ley, que ayudaría así a obviar esa limitación expresamente impuesta, al operar una deslegalización de la materia de endeudamiento o una reserva de reglamento. Entramos aquí en un tema que puede resultar confuso por la configuración realizada tanto por la Constitución como por el Estatuto en la repartición de competencias, con la creación de materias exclusivas. Este panorama se complica con la posterior alusión tanto por parte de la LTH como por LBRL a unas materias también configuradas como «exclusivas». Entonces cabría preguntarse si aquí puede operar una deslegalización en las materias calificadas como tales.

La LTH no ha dejado de destacar en su Exposición de motivos la «supremacía del Parlamento... que queda explicitada al establecerse los principios de reserva legal y de congelación de rango de las normas». Lo mismo se establecerá, de forma precisa, en las normas forales de organización institucional de los Territorios Históricos (15).

La mayoría de la doctrina, como el propio Tribunal Constitucional (Sentencia 83/84, de 24 de julio), no encuentra sitio en nuestro ordenamiento para ubicar esos «reglamentos autónomos», ya que según quedó configurado por el constituyente nuestro sistema de fuentes no se puede pensar en un reglamento independiente, directamente engarzado con la Constitución (16).

---

(15) I.M. LOJENDIO E IRURE: «La Disposición Adicional Primera de la...», pág. 75.

(16) J. CORCUERA ATIENZA: «Notas sobre el debate de los derechos históricos de los territorios forales», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 46-47, 1985, p. 85.

En este sentido, la actualización de los derechos históricos, en cuanto a su contenido material y delimitación por la LTH corresponde a su máxima instancia representativa, el Parlamento... Y se reconoce, como hace gran parte de la doctrina, la exclusividad de la potestad legislativa al Parlamento Vasco (17).

No hay que olvidar al respecto, que en todo caso existen autores como T.R. FERNÁNDEZ, que consideran la posibilidad de existencia de Reglamentos directamente enlazados con la Constitución (Disp. Ad. Primera) y el Estatuto. referidos al núcleo esencial de foralidad (18). Dicho lo cual, podemos añadir que si bien se mantiene la exclusividad por parte de los TTHH en ciertas áreas sustanciales —no siendo esto mismo aceptado por algunos autores como LEGUIÑA, que cuestionará el carácter de total exclusividad de dichas competencias (19)— su origen no estaría en la Disp. Ad. Primera de la Constitución, sino en la posible deslegalización que pudiera realizar en este caso el Parlamento Vasco (LTH) y, por lo tanto, este mismo legislador ordinario, cuando él lo estimara prudente, podría modificar esa exclusividad (20).

Valga todo lo expuesto para entender la resistencia del TSJ a admitir dicha argumentación expuesta por la Administración Foral, ya que el carácter que tiene la materia en cuestión, no ayuda a entender que el legislador autonómico pretendiera en ningún momento que operara esa deslegalización, lo cual lo encontramos expresamente dispuesto en el FJ 11, párrafo dos:

«Este límite legal expresamente impuesto al ejercicio de la actividad económica financiera pública de los órganos feriales no puede obviarse, como se postula por la parte demandada, mediante una apreciación asistemática del art. 8.1 a) de la Ley de Territorios Históricos de la que intentaría concluirse una deslegalización de la materia o la eventual configuración de una «reserva de reglamento» a favor de los órganos feriales que dota a sus normas de una eficacia externa inmune a la eficacia del legislador vasco: tal conclusión, además de situarse en franco enfrentamiento con la garantía constitucional de los principios de legalidad de la actuación de la Administración y de jerarquía normativa, resulta abiertamente ajena a la definición dada por el legislador autonómico a la competencia transferida en el art. 7a4) de la Ley de Territorios Históricos.»

Y una vez aclarada la cuestión anterior, sólo cabe finalizar este análisis resaltando la conclusión a la que llega la Sentencia, técnicamente perfecta e impecable, que es la apreciación de un vicio radical de invalidez en las normas impugnadas, por la vulneración de los principios de legalidad y jerarquía, al no poderse subsumir la figura creada por las antedichas normas, dentro de ninguna modalidad prevista por la ley autonómica; a igual conclusión nos llevaría si fuera de aplicación, la ley estatal, dado que existe una similitud de ambas en este apartado. Con lo cual la anulación de las normas recurridas tiene su origen en un incumplimiento formal, no llegándose a examinar puntualmente cuestiones más sustanciales que afectan a esta materia.

---

(17) J.M. CASTELLS, ARTECHE: «Los derechos históricos en el desarrollo estatutario», en *Jornadas de estudios sobre la actualización de los derechos históricos vascos*. Universidad del País Vasco, 1985, pág. 539.

(18) T.R. FERNÁNDEZ: *Los derechos históricos de los territorios forales*, Cívitas. Madrid. 1985 p. 145.

(19) J. LEGUIÑA VILLA: «Los territorios históricos vascos: poderes normativos y conflictos de competencias», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. I, n.º 3. 1981, págs. 82-84.

(20) J. CORCUERA ATIENZA: «Notas sobre el debate de los derechos históricos de los territorios forales», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 46-47, 1985. p. 86.

## V. CONCLUSIONES

Debe quedar claro que los TTHH sí tienen competencia en materia de endeudamiento, o sea, la Administración Foral sí tiene capacidad para emitir Pagarés Forales.

La competencia en cuestión hay que ubicarla no dentro del «núcleo esencial» de foralidad (art. 37.3 a-e del EA), sino dentro del «ámbito de expansión» de foralidad (art. 37.3 f) y 4 del EA). Así, será el legislador autonómico el encargado de desarrollar esta materia a través de la LTH. Por lo tanto, llegamos a la conclusión de que dicha competencia hay que insertarla dentro del bloque de legalidad y no dentro del bloque de constitucionalidad.

Respecto a la creación de obligaciones por parte de cualquier Administración Pública, la CE establece la necesidad de que ésta se encuentren amparadas por una ley. Si aplicamos lo dicho al caso que nos ocupa, vemos que la creación de cualquier modalidad de endeudamiento por parte de la Administración Foral deberá estar sujeta a la ley que regule dicha materia. En este caso será la LTH la que fijará los requisitos que han de cumplirse.

Si hacemos un estudio comparativo de la normativa foral que regula la emisión de Pagarés Forales y lo que establece la LTH respecto a esta cuestión, vemos que dicha figura no es subsumible dentro de ninguna de las modalidades de endeudamiento establecidas por el art. 27.1 LTH. Así será éste el motivo que lleve al TSJ a decretar la anulación de las normas impugnadas por un vicio radical de invalidez, al incumplir ciertas formalidades establecidas por la ley y vulnerarse por tanto principios tan importantes como el de legalidad y jerarquía.

Como hemos visto a lo largo de este comentario, la Sentencia se ocupa más que nada de enjuiciar el cumplimiento de las formalidades necesarias e imprescindibles para que los Pagarés Forales sean considerados en toda su extensión como instrumentos claramente legales. Aprovechando la ocasión, eso sí, para aclarar ciertos equívocos suscitados por la Administración Foral al intentar incluir la competencia de endeudamiento público dentro del núcleo esencial de foralidad, apoyándose en esa interrelación entre capacidad financiera y presupuestaria que queda probado no tiene fundamentación jurídica.

Por último, sí habría que señalar, aunque la Sentencia no entre de lleno en ciertos puntos, que subyacen en este tema cuestiones que desbordan el ámbito propiamente jurídico para introducirse en campos más complejos como es el campo político. Aquí nos encontramos con una pugna entre Administración Central y Administración Foral por determinar el grado de autonomía financiera de las Haciendas Forales, y su posición respecto a la Hacienda del Estado. Cuestionándose incluso la existencia de una única Hacienda.