

El fracaso de la nivelación territorial de los servicios públicos fundamentales

CARMELO LOZANO SERRANO

Universitat de València.

Resumen

El art. 158.1 CE ha pasado inadvertido durante más de treinta años, siendo el sistema de financiación de 2009, ahora vigente, el primero que articula, desde 2011, las asignaciones niveladoras que el precepto prevé.

Sin embargo, ese mandato constitucional, más allá de configurar un recurso financiero autonómico específicamente dirigido a la solidaridad y a la redistribución, formula la garantía de un nivel mínimo de prestación de los servicios públicos fundamentales. En esa medida, es un precepto sobre derechos, que garantiza un mínimo constitucional de los derechos atendidos por esos servicios fundamentales y que, por tanto, entronca de lleno con la proclamación del Estado social y democrático de Derecho como modelo de nuestro orden jurídico. Lo que no solo no se opone, sino que es coherente con las normas del Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la UE, frecuentemente reducido a mera exigencia de unos límites de déficit y de deuda que, sin embargo, el propio Pacto, así como el art. 135 CE, permiten superar en ciertas circunstancias, entre las que sin duda ha de contarse la de perjudicar o desconocer otras exigencias constitucionales como la garantía de derechos sociales del art. 158.1 CE, plenamente coherente con los arts. 1, 9.2, 31.2, 149.1.1 y otros mandatos nucleares del Estado social y democrático de Derecho que define la Constitución.

Pese a ello, la regulación del Fondo de Garantía de los Servicios Públicos Fundamentales efectuada por la LOFCA desde 2009 y por la Ley

22/2009, del Sistema de Financiación de las CCAA, no solo es insuficiente para cumplir la finalidad constitucional de las asignaciones niveladoras de servicios sino que frustra por completo el contenido y el alcance del mandato constitucional. En consecuencia, la próxima y necesaria reforma del sistema de financiación autonómica debe recuperar los fines y objetivos del art. 158.1 CE, restituyendo el alcance que encierra este precepto no solo en el marco de dicha financiación, sino en el contexto de los derechos sociales proclamados por la Constitución y en el de la regulación constitucional del gasto público, con tanto o más peso que la estabilidad presupuestaria del art. 135 CE.

Palabras clave: nivelación, servicios fundamentales, fondo de garantía, solidaridad.

Resum

L'article 158.1 CE ha passat inadvertit durant més de trenta anys, i és el sistema de finançament de 2009, ara vigent, el primer que articula, des de 2011, les assignacions anivelladores que el precepte preveu.

No obstant això, aquest mandat constitucional, més enllà de configurar un recurs financer autonòmic específicament dirigit a la solidaritat i a la redistribució, formula la garantia d'un nivell mínim de prestació dels serveis públics fonamentals. En aquesta mesura, és un precepte sobre drets que garanteix un mínim constitucional dels drets atesos per aquests serveis fonamentals i que, per tant, entronca de ple amb la proclamació de l'estat social i democràtic de dret com a model del nostre ordre jurídic. Fet que no tan sols no s'hi oposa, sinó que és coherent amb les normes del Pacte d'estabilitat i creixement de la UE, sovint reduït a mera exigència d'uns límits de dèficit i de deute que, no obstant això, el mateix pacte, així com l'article 135 CE, permeten superar en determinades circumstàncies, entre les quals sens dubte cal tenir en compte la de perjudicar o desconèixer altres exigències constitucionals com la garantia de drets socials de l'article 158.1 CE, plenament cohonestada amb els articles 1, 9.2, 31.2, 149.1.1 i altres mandats nuclears de l'estat social i democràtic de dret que defineix la Constitució.

A pesar d'això, la regulació del fons de garantia dels serveis públics fonamentals efectuada per la LOFCA des de 2009 i per la Llei 22/2009, del sistema de finançament de les comunitats autònomes, no sols és insuficient per a complir la finalitat constitucional de les assignacions

anivelladores de serveis, sinó que frustra per complet el contingut i l'abast del mandat constitucional. En conseqüència, la pròxima i necessària reforma del sistema de finançament autonòmic ha de recuperar els fins i objectius de l'article 158.1 CE i restituir l'abast que tanca aquest precepte no sols en el marc d'aquest finançament, sinó en el context dels drets socials proclamats per la Constitució i en el de la regulació constitucional de la despesa pública, amb tant de pes o més que l'estabilitat pressupostària de l'article 135 CE.

Paraules clau: anivellament, serveis fonamentals, fons de garantia, solidaritat.

Abstract

The art. 158.1 CE has gone unnoticed for more than thirty years, being the financing system of 2009, now in force, the first one that articulates, since 2011, the levelling allocations that the precept envisages.

However, this constitutional mandate, beyond setting up a regional financial resource specifically aimed at solidarity and redistribution, formulates the guarantee of a minimum level of provision of the basic public services.

To that extent, it is a precept on rights, which guarantees a constitutional minimum of the rights served by these fundamental services and which, therefore, connects in full with the proclamation of the social and democratic State of law as a model of our legal order. What not only does not oppose, but is consistent with the rules of the EU's Stability and Growth Pact, often reduced to the mere demand of deficit and debt limits, which, however, the pact itself, as well as art. 135 CE, allow to overcome in certain circumstances, among which no doubt must be counted to harm or to know other demands Constitutional as the guarantee of social rights of the art. 158.1 CE, fully coherent with the arts. 1, 9.2, 31.2, 149.1.1 and other nuclear mandates of the social and democratic State of law defining the Constitution.

Despite this, the regulation of the Fundamental Public Services Guarantee Fund carried out by the LOFCA since 2009 and by Law 22/2009, of the system of financing of the autonomous regions, is not only insufficient to fulfil the constitutional purpose of the appropriations service levelers but completely frustrates the content and scope of the constitutional mandate. Consequently, the next and necessary reform of

the autonomous financing system must regain the aims and objectives of art. 158.1 CE, restoring the scope of this precept not only in the framework of such financing, but in the context of the rights proclaimed by the Constitution and in the constitutional regulation of public expenditure, with as much or more weight than the budgetary stability of art. 135 CE.

Key Words: Leveling, Fundamental services, Guarantee Fund; Solidarity.

Sumario

- I. Contenido y finalidad del art. 158.1 CE.
 1. Las asignaciones niveladoras en el contexto de la financiación autonómica.
 2. El art. 158.1 como garantía constitucional de ciertos derechos sociales.
 3. La garantía de los derechos sociales en el marco del PEC.
- II. Desarrollo legal de las asignaciones de nivelación.
 1. Regulación por la LOFCA y la Ley de Financiación de las CCAA.
 2. Insuficiencias del régimen legal respecto al art. 158.1 CE.

I. Contenido y finalidad del art. 158.1 CE

Inserto entre los preceptos reguladores de la financiación autonómica, el art. 158.1 CE ha pasado desapercibido, hasta el punto de que pese a desarrollarse en 1980 por el art. 15 de la LOFCA, no fue hasta la Ley 22/2009 cuando se articularon las asignaciones de nivelación previstas en el mismo, dotadas por primera vez en 2011.

Dice su texto: «1. En los Presupuestos Generales del Estado podrá establecerse una asignación a las Comunidades Autónomas en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido y de la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español.»

Resumiendo publicaciones personales anteriores y acudiendo a los cánones del art. 3.1 CC y a la escasa jurisprudencia constitucional sobre el precepto, cabe sintetizar su contexto normativo en tres ámbitos. El primero, como recurso financiero territorial, el contexto inmediato del marco constitucional de la financiación autonómica. El segundo, como garantía en todo el territorio de un nivel mínimo de ciertos servicios públicos, el contexto mediato del marco constitucional de la igualdad y de los derechos atendidos por esos servicios. El tercero, como asignaciones presupuestarias, el contexto de los preceptos constitucionales sobre gasto público y, por remisión, el de las normas europeas del Pacto de Estabilidad y Crecimiento.

1. Las asignaciones niveladoras en el contexto de la financiación autonómica

El precepto se integra en el artículo con que la Constitución cierra la regulación de la hacienda autonómica, operando también sus recursos como cierre del sistema. Así, tras enumerarse sus principios en el art. 156 y los recursos ordinarios en el art. 157, se acoge la solidaridad en el art. 158, que ordena asignaciones estatales niveladoras de servicios en su apdo. 1 y transferencias del Fondo de Compensación para financiar inversiones en el apdo. 2. Solidaridad y redistribución con instrumentos

constitucionales específicos, como subraya el Tribunal Constitucional, adicionales a los que deben procurar la suficiencia y la financiación ordinaria de las Comunidades.

Dice la STC 31/2010, FJ 134, que las asignaciones del art. 158.1 CE son «un deber que para el Estado trae causa inmediata y directa de la propia Constitución, que le impone la garantía de la realización efectiva del principio de solidaridad... que se instrumenta a través de los mecanismos de nivelación (art. 158.1 CE) y de solidaridad interterritorial (art. 158.2 CE)... un principio inherente al modelo de solidaridad interterritorial, en cuya virtud el Estado viene constitucionalmente obligado a procurar un «equilibrio económico, adecuado y justo» entre las Comunidades Autónomas».

Cierto es que el Tribunal reitera para las asignaciones niveladoras en Andalucía (STC 217/2013) la fórmula general para participaciones en ingresos estatales de Andalucía (SSTC 13/2007 y 58/2007) e inversiones en infraestructuras en Cataluña (SSTC 31/2010 y 100/2013) diciendo que «no es «un recurso que el Estado deba consignar obligatoriamente en los presupuestos generales de cada ejercicio económico» ya que «es al Estado a quien corresponde en exclusiva,... decidir si procede dotar, en su caso, y en qué cuantía aquellas asignaciones en virtud de la competencia exclusiva que sobre la materia le atribuye el art. 149.1.14 CE (hacienda general)». Pero también añade, en las tres sentencias citadas sobre Andalucía, que, conforme a los Estatutos de 1981 y 2007, deberán fijarse por acuerdo de la Comisión Mixta, ya que «una vez que el Estado ha considerado necesario concurrir a esa nivelación en una determinada Comunidad Autónoma... la adopción de acuerdos en este trámite procedimental «entronca con un principio inherente de colaboración y lealtad constitucional, que postula la adopción de procedimientos de consulta, negociación o, en su caso, la búsqueda del acuerdo previo» (STC 13/2007, FJ 8)». Lo cual, desde luego, hace obligatorias para el Estado esas asignaciones y sus importes acordados, como fallan esas sentencias sobre las leyes de Presupuestos que las instrumentaban.

Frente a esos razonamientos del Tribunal a partir de las normas estatutarias, el art. 3.2 de la LOFCA enumera desde 1980 las competencias del Consejo de Política Fiscal y Financiera, incluyendo en su letra d) y desde 2009 en su letra e) la siguiente: «La apreciación de las razones que justifiquen, en cada caso, la percepción por parte de las Comunidades Autónomas de las asignaciones presupuestarias, así como los criterios de equidad seguidos para su afectación». Letra que no cabe referir más que a las asignaciones niveladoras de servicios del art. 158.1 CE, por cuanto las del Fondo de Compensación las contempla la letra c) del mismo art. 3.2 y las derivadas de la participación en ingresos del Estado no están afectadas. Dada la función de la LOFCA de fijar el marco de financiación autonómica, incluso ante los Estatutos, no cabe hurtar esa competencia al Consejo, lo que significa negar a las asignaciones del art. 158.1 CE tanto su carácter plenamente unilateral como su determinación bilateral por acuerdo separado entre Estado y Comunidad, en coherencia con ser un mecanismo de la solidaridad, cuya realización compete conjuntamente a Estado y Comunidades.

Se logra con ello otra finalidad relevante, el compromiso de las Comunidades con los niveles mínimos de servicios que garantizan las asignaciones niveladoras. No tiene sentido esta obligación estatal si las Comunidades pudieran reducir la financiación de sus servicios contando con que el Estado habría de suplir sus insuficiencias. Por eso, la decisión conjunta por el Consejo, anual o al aprobar el sistema de financiación, puede articular las asignaciones a partir de parámetros de esfuerzos financieros de las Comunidades sobre los servicios fundamentales, siendo también ellas responsables de la finalidad constitucional de garantizar un nivel mínimo en su prestación.

Ello es plenamente coherente con la formulación, desde su original redacción hasta hoy, del art. 15.1 de la LOFCA, que al regular estas asignaciones comienza diciendo que «El Estado garantizará...», usando un futuro que indica obligación y exige resultados, sin poder interpretarlo como mera facultad potestativa que le permitiera decidir

cada año dotar o no las asignaciones de nivelación. Al fin y al cabo, idéntica forma verbal («podrá») del art. 158.1 CE usa su inmediato precedente, el art. 157.3 CE, al prever la LOFCA. Precepto y forma verbal que el Tribunal ha interpretado siempre como exigencia de esta ley, entendiendo que con esa dicción «no se pretendió sino habilitar la intervención unilateral del Estado en este ámbito competencial», apreciando el verbo no como atribución de facultad potestativa, sino como habilitación al Estado de una competencia, según reiterada jurisprudencia (SSTC 179/1987, FJ. 2; 250/1988, FJ. 4; 68/1996, FJ. 9; 13/2007; 31/2010). Con mayor razón, al arbitrarse las asignaciones niveladoras «en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido» las Comunidades, el verbo «podrá» del art. 158.1 CE no debe interpretarse como facultad potestativa del Estado, sino como habilitación que se le concede, rompiendo la regla de que el gasto sigue a la competencia, para aprobar asignaciones estatales que garanticen un nivel mínimo en todo el territorio de ciertos servicios transferidos y considerados fundamentales.

Otra cuestión es que dichas asignaciones no conlleven un derecho de la Comunidad a recibir las cada año, salvo que así resulte de su previa ordenación estatal, bien en la ley reguladora del sistema de financiación bien en la LOFCA o en los Estatutos, todas ellas normas estatales que vinculan plenamente a la Ley de Presupuestos anual, por lo que si los criterios de aquellas arrojan una asignación niveladora para alguna Comunidad, se convierte en obligatoria para el Estado y en derecho para la Comunidad, sin que el primero pueda decidir sobre ella por vía de presupuestos.

2. El art. 158.1 como garantía constitucional de ciertos derechos sociales

Dice la STC 31/2010, FJ 134, que «La expresión «servicios de educación, sanidad y otros servicios esenciales», contenida en el precepto estatutario, es equivalente a la de «servicios públicos fundamentales» a que se refiere el art. 158 CE... es el Estado el que determina cuál

es el nivel en la prestación de servicios públicos fundamentales y en la solidaridad que ha de resultar garantizado... (que) no puede redundar para las más ricas en mayor perjuicio que el inherente a toda contribución solidaria para con las menos prósperas en orden a una aproximación progresiva entre todas ellas».

Tres aspectos destacan de esta consideración del Tribunal: el proceso de igualación o aproximación que aprecia en el precepto, la determinación por el Estado de los servicios fundamentales y, también, la de su nivel mínimo garantizado.

El art. 158.1 CE no concreta el nivel mínimo de prestación que garantiza, pero lo hace el bloque de constitucionalidad, diciendo el art. 15.1 de la LOFCA que «no se llega a cubrir el nivel de prestación... cuando su cobertura se desvíe del nivel medio de los mismos en el territorio nacional», con el rasgo inherente a esta norma de ser parámetro de constitucionalidad de la legislación ordinaria e instrumento normativo necesario incluso ante los Estatutos de Autonomía. Desde 1980, el precepto ha sido constante en referir el nivel mínimo de los servicios a su media nacional. Es decir, a un dato numérico bien preciso que elimina plenamente el carácter indeterminado con que lo formula la Constitución.

Con este criterio, es claramente sostenible la jurisprudencia constitucional que ve en el art. 158.1 CE un proceso de aproximación o igualación entre Comunidades, pues si se sitúa en la media nacional el nivel mínimo que el Estado ha de garantizar en todas, es evidente que los Presupuestos de cada año deberán arbitrar las asignaciones necesarias para que los territorios situados por debajo se aproximen a ella. Se confirma también que se trata de un proceso permanente, que solo concluiría, en teoría, cuando todas las Comunidades se igualaran exactamente a la media.

A la vista de este proceso, no sería admisible una actuación estatal tendente a disminuir el nivel del servicio en algunas Comunidades, por lo que este se erigiría en un mínimo irreversible para cada una. Ni para las de peor cobertura, pues ello agrandaría sus diferencias con las mejor

dotadas; ni para las más ricas, pues, no cabe una igualación a la baja ni, según el Tribunal, la solidaridad puede perjudicarles más allá de su contribución a la aproximación entre todas, pero sin empeorar por ello su situación. Tampoco caben actuaciones de las Comunidades en ese sentido, pues provocarían que el Estado hubiera de suplir su menor cobertura. Es posible, pues, deducir del art. 158.1 CE la garantía de un mínimo relativo del nivel del servicio en cada Comunidad en relación con las restantes, el existente en ella antes de aplicarse el precepto, pues lo contrario haría descender la media nacional, en una nivelación a la baja inadmisibile.

Otra cuestión es si cabe una medida estatal que disminuya el nivel de prestación en todas las Comunidades, con lo que no sufriría la igualdad, aunque todas estarían peor dotadas. Además de violentar la función promocional de la Constitución, eso llevaría a admitir, por reducción al absurdo, que pudiera llegarse a la supresión del servicio en todas las Comunidades, lo que respetaría su igualdad pero vulneraría la garantía de un nivel mínimo de prestación en todo el territorio. Como dijo la STC 81/1982, no cabe privar sin razón suficiente de conquistas sociales ya conseguidas y menos –cabe añadir– de servicios fundamentales que la Constitución garantiza.

Así pues, el art. 158.1 CE garantiza el mínimo relativo entre Comunidades antes referido, pero también «un nivel mínimo de prestación» de ciertos servicios que convierte en mínimo absoluto el preexistente en cada Comunidad, impidiendo al Estado disminuir sus prestaciones. La cuestión es si las necesidades presupuestarias pueden considerarse «razón suficiente», en términos del Tribunal, para eliminar aquella garantía o si, por el contrario, el precepto está ordenando una prioridad de los servicios fundamentales a la hora de decidir el gasto público que no existe en la Constitución para otras partidas, salvo el pago de la deuda. En suma, una regla de prioridad del gasto que obliga a garantizar un nivel mínimo de prestación de ciertos servicios.

Al margen de las variables que lo determinen, la financiación por los usuarios integra el nivel de prestación de un servicio, por lo que al

corresponder al Estado fijar su nivel mínimo, también le compete su modo de financiación, como recuerdan las SSTC 71/2014 y 85/2014, al reputar inconstitucional la tasa de Cataluña y Madrid de un euro por receta, pues «la tasa recurrida... recae, por tanto, de forma directa sobre la prestación farmacéutica,... incide directamente sobre una prestación básica, empeorándola desde la perspectiva del ciudadano»; corroborando anteriores pronunciamientos similares, como las SSTC 98/2004, 22/2012 y 136/2012. Por eso, cuando la STC 83/2014 admite que un Decreto-ley estatal reformule ciertas prestaciones con mayores copagos, no solo debería analizar su ajuste al art. 86.1 CE desde lo tributario, sino también si cabe que el Estado altere por Decreto-Ley el nivel mínimo de prestación de un servicio fundamental, colisionando, por un lado, con la competencia del Consejo de Política Fiscal y Financiera de determinar las circunstancias en que proceden las asignaciones niveladoras, que no pueden ser otras que no alcanzar dicho mínimo; pero, sobre todo, con el art. 6 del TFUE, que acoge la Carta de Derechos Fundamentales de la UE de 2007 dándole idéntico valor que los Tratados y exigiendo que cualquier limitación a ellos se haga por ley, incluidos los derechos sociales de «Solidaridad» de su Tít. IV.

Por otro lado, la noción de «fundamentales» no aparece en otros preceptos de la Carta Magna, ni puede integrarse por todos los servicios que menciona. Tampoco sirven los arts. 28.2 y 37.2, que garantizan los «servicios esenciales para la comunidad» en caso de huelga o conflicto colectivo y que el Tribunal Constitucional y el Supremo han interpretado como los que son condición material del disfrute de bienes constitucionales (SSTC 26/1981, 54/1982, 51/1986), sin atender a la naturaleza de su actividad, su origen público o privado ni su calificación legal, incluyendo junto a verdaderos servicios públicos, otros alejados de esta noción, como alimentación básica, suministros de agua y energéticos, transporte, medios de comunicación o servicios financieros (SSTS de 17-1-1990, 19-9-1990, 11-4-1991, 10-12-1991, 17-4-1994, 15-1-1996, 5-6-1996).

Tampoco el Derecho comunitario da guías de qué servicios públicos deben ser fundamentales a efectos del art. 158.1 CE, pues en dicho ámbito incluye funciones públicas ligadas a la soberanía o al ejercicio de autoridad, como seguridad social, colocación y empleo y ordenación del tráfico aéreo (SSTJUE de 7-2-1984, 23-4-1991 y 19-1-1994), servicios bajo dirección de las Administraciones Públicas, como educación y sanidad, otros calificados de públicos por el Derecho originario, como transporte (art. 93 TFUE) y radiodifusión (Protocolo 29), servicios de interés económico general y otros servicios de interés general no económicos. Sin embargo, tanto el art. 14 TFUE, para los servicios de interés económico general, como el art. 2 del Protocolo 26 para los de interés general no económico, remiten a los valores comunes de la Unión del art. 1 de este último, que enumera «un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios», que serían así las notas configuradoras de un servicio público.

Sin ahondar en las fronteras difusas del concepto y el régimen jurídico que hoy pudieran definir el servicio público, lo relevante es el acto formal de su publicación por ley, con la consiguiente ordenación, supervisión y control por el ente público y su prestación bajo las notas básicas de universalidad, accesibilidad e igualdad, más continuidad y otras de los arts. 284, 288 y concordantes de la Ley de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Sin considerar si son de prestación directa o por privados ni la naturaleza de la actividad. Ello incluiría, al menos, los servicios que atienden derechos fundamentales, como educación, justicia o transporte, los que recoge la Constitución como obligatorios (seguridad social y salud pública) y otros cuyas prestaciones se formulan por la ley como derechos subjetivos universales. Pero del art. 158.1 CE habrían de excluirse los de competencia estatal, como justicia, seguridad social y transporte distinto al de cercanías, al acotar también el precepto las asignaciones que contempla en función de los servicios transferidos. En este marco,

el art. 15.1 LOFCA enumera como servicios fundamentales desde 2009 los de educación, sanidad y servicios sociales esenciales.

En educación, el mandato del art. 27.4 CE de educación básica obligatoria y gratuita se concreta por el art. 3.3 LOE, LO 2/2006, de 3 de mayo, en la educación primaria y secundaria obligatoria, añadiendo la LOMCE los ciclos de formación profesional básica (art. 3.10). Pero la garantía de este derecho «no se limita a la enseñanza básica, sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se impongan constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad» (STC 236/2007). Para la sanidad, además del sistema de salud pública a que obliga el art. 43.2 CE, la Ley General de Sanidad, 14/1986, de 25 de abril, proclama en su art. 1 el derecho de españoles y residentes a la protección de la salud y a la asistencia sanitaria, garantizando la universalidad de esta a toda la población española (art. 3.2). Finalmente, los «servicios sociales esenciales», deben incluir la «asistencia social» que se considere esencial por constituir derecho subjetivo de los prestatarios.

Según la STC 78/2014, citando las SSTC 26/2013 y 36/2014 y la Carta Social Europea, la asistencia social es «un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza el sistema de Seguridad Social y que opera mediante técnicas distintas de las propias de esta. Entre sus caracteres típicos se encuentran, de una parte, su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios, y, de otra, su dispensación por entes públicos o por organismos dependientes de entes públicos, cualesquiera que estos sean. De esta forma, la asistencia social vendría conformada como una técnica pública de protección, lo que la distingue de la clásica beneficencia, en la que históricamente halla sus raíces' (STC 36/2012, FJ 4)». En ese ámbito, el ordenamiento ha definido como derechos subjetivos:

- Dependencia: Ley 39/2006, de 14 de diciembre, cuyo art. 1 configura un derecho subjetivo con accesibilidad universal (art. 4.2.k), que incluye la prestación pública, universal y accesible, según las tres primeras letras de su art. 3.

- Discapacidad: RDleg. 1/2013, de 29 de noviembre, TR de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad: Su art. 3 sienta los principios de diseño universal y accesibilidad universal de su art. 2, y cita los derechos a la salud, asistencia sanitaria y farmacéutica (art. 8), educación (art. 18) y protección social (art. 48).
- Menores: La LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, declara en su art. 1 su universalidad para todo menor residente y ordena la intervención pública (del servicio social correspondiente) ante situaciones de riesgo del menor (art. 17.3), desamparo (art. 18.1) y guarda y tutela (arts. 19 y 20), en garantía de su interés superior del art. 2, que recoge en su ap. 2.a) los derechos a la salud y a la educación.

Por ello, más allá de su dimensión de solidaridad, el art. 158.1 es un precepto sobre ciertos derechos básicos para los que arbitra un mínimo en su nivel de prestación que los garantice a los ciudadanos de cualquier territorio. El propio Tribunal deslinda las dos dimensiones del art. 158, diciendo la STC 31/2010 que «Ambas garantías tienen destinatarios diferentes, dado que la nivelación de los servicios fundamentales se proyecta sobre sus usuarios, mientras que la garantía de la solidaridad tiene como referencia a los distintos territorios autonómicos». Es, pues, un precepto de garantía de derechos constitucionales, reforzando y protegiendo los derechos prestacionales que atienden los servicios fundamentales. Garantía muy precisa, al concretar el precepto su destinatario, el Estado, su instrumento, asignaciones presupuestarias, y fijar la LOFCA los servicios afectados y un resultado cuantitativo mínimo exigible, la media nacional.

Frente a la indeterminación con que las Constituciones suelen proclamar los derechos sociales, la nuestra garantiza un mínimo para tres de ellos definidores del Estado de bienestar, siendo, así, una concreción directa por la propia Constitución del Estado social y democrático de Derecho de su art. 1. Más allá de la irreversibilidad o no de ciertos derechos, del superado carácter programático de

preceptos constitucionales, o de la concreción de los derechos prestacionales pendientes de su necesaria configuración legal, el art. 158.1 CE impone una garantía de los derechos enunciados por la LOFCA que se integra en el núcleo de su modelo de Estado. En términos de la jurisprudencia constitucional, en contenido esencial del mismo, inatacable por el legislador y cuya supresión lo haría irreconocible. Por eso, el art. 158.1 CE no solo debería aplicarse a las Comunidades Autónomas de régimen común, sino también a las forales, incluyéndose, si hiciera falta nivelación en esos territorios, entre «las otras cargas del Estado no asumidas» por ellas, como las dotaciones del Fondo de Compensación, según el art. 52 de la Ley 12/2001, del Concierto Económico Vasco y el art. 54 de la Ley 28/1990, del Convenio con Navarra.

Se alega sobre los derechos sociales y constitucionales de tipo prestacional que no son derechos plenos, vinculantes para el poder, en la medida en que se supeditan a su dotación económica, sin que el legislador presupuestario quede vinculado por su mera proclamación constitucional (pe, SSTC 65/1987, 65/1990, 128/2009). Pero el art. 158.1 CE es justamente un mandato directo al legislador presupuestario, cuyo rango lo coloca al nivel de los del art. 135 que definen por remisión a la normativa europea los límites de déficit y de deuda pública y dan prioridad al pago de esta última. Ningún precepto puede interpretarse en términos tan absolutos que desconozcan el resto y el propio art. 135 ofrece vías para cohonestar sus mandatos con otras exigencias constitucionales, a partir de la excepción a aquellos límites de su ap. 4, cuando se perjudique considerablemente la sostenibilidad social del Estado. Si la misma Constitución impone y garantiza un nivel mínimo de prestación de servicios que considera fundamentales, cabe entender que su vulneración constituiría un claro perjuicio a la sostenibilidad social que el art. 135.4 arbitra como concepto jurídico indeterminado que permite superar los límites de déficit y deuda.

3. La garantía de los derechos sociales en el marco del PEC

Precisamente en su tercer ámbito contextual, el de las normas reguladoras del gasto público, el art. 158.1 CE también supera varias insuficiencias dogmáticas y normativas tradicionales. Como proyección directa del mandato de asignación equitativa del gasto del art. 31.2 CE, no solo da contenido a este principio, tan necesitado de desarrollo doctrinal y normativo, sino que arrumba el tan aducido «ejercicio soberano de la función legislativa presupuestaria» (STC 78/2014), sin encaje en el Estado de Derecho, en el que ni siquiera los derechos fundamentales se presentan ilimitados. Desde luego, no lo es el poder presupuestario, sujeto al control de constitucionalidad ordinario, pero también al Semestre europeo y al resto de normas europeas a las que el art. 135 lo somete. Y, con el mismo rango que este, al art. 158.1 CE, esto es, a arbitrar las asignaciones de nivelación de los servicios fundamentales a la media nacional. Exigencia y resultado susceptibles de control constitucional, frente al que solo cabrá esgrimir el grado o la rapidez de la igualación, pero no que no exista.

De ningún modo se opone esta dimensión del precepto al Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la UE, haciendo innecesario recordar que el Derecho comunitario no puede ir contra la Constitución (DTC 1/2004, STC 215/2014, FJ 3) ni puede ser canon de constitucionalidad de las leyes españolas (SSTC 28/1991, 64/1991, 235/2000, 12/2008, 134/2011, 136/2011), aunque en este caso no hay colisión entre ambos.

En primer lugar, por la flexibilidad introducida en el PEC a partir de 2011, obviada por nuestra LOEPSF de 2012, en cuanto a los límites de estabilidad fijados por las disposiciones preventivas en el Reglamento (CE) 1466/1997, modificado por el Reglamento (UE) 1175/2011, a saber: a) el margen de hasta el -1 por 100 del PIB que admite su art. 2.bis para los objetivos presupuestarios a medio plazo, no recogido en la ley española; b) los criterios de su art. 5.1 de mejora del 0,5 por 100 del PIB del saldo presupuestario ajustado sin computar reformas estructurales ni otras medidas, como aportaciones al Fondo Europeo

de Inversiones Estratégicas (art. 7.7 Reglto (UE) 1017/2015, de 25 de junio, mientras que la LOEPSF exige un 0,8 y sin exclusiones; c) art. 6.3, que no considera desviación del objetivo presupuestario la debida a recesión económica grave, que es una de las circunstancias del art. 135.4 CE; d) art. 9.1, que admite menores esfuerzos de los Estados en épocas de dificultad a cambio de mayores esfuerzos en épocas de bonanza, en cuyo desarrollo, la Comunicación de la Comisión de 13 de enero de 2015, sobre flexibilidad del PEC, fija en su Anexo 2 los ajustes ante distintos escenarios económicos, no exigiendo ninguno cuando el Estado registre PIB negativo, ni cuando tenga un diferencial de producción inferior al 4 por 100, aunque haya PIB positivo y la deuda pública supere el límite del 60 por 100 del PIB.

En segundo lugar, por las medidas del PEC ante la «recesión económica grave» que acoge el art. 135.4 CE, previendo el Reglamento (CE) 1467/1997, de medidas disuasorias, modificado por Reglamento (CE) 1056/2005, entre otras: a) Su art. 2.2 califica así la del Estado con PIB negativo, pero también la caída de producción, aun con PIB positivo, con mayor flexibilidad que la LO 2/2012; b) el mismo precepto admite en tal circunstancia un déficit superior al valor de referencia del 3 por 100 del PIB; c) el art. 2.3 ordena a la Comisión evaluar los presupuestos nacionales teniendo en cuenta la flexibilidad por las políticas derivadas del programa de Lisboa, de inversiones en I+D+I, las contribuciones de solidaridad internacional y otras; d) el art. 3.4, en caso de déficit excesivo, da un plazo de seis meses desde su detección para presentar un plan de corrección, aplicable a partir del año siguiente, muy superior a los de un mes, para aplicar en tres, que da la Ley española; e) los arts. 3.5 y 5.2 prevén que la aparición posterior a las medidas de ajuste de factores económicos adversos e inesperados, dará lugar a recomendaciones y advertencias revisadas de la Comisión, prolongando los plazos previstos; f) en todo caso, dice el art. 5 del Reglamento (CE) 1466/1997, ante «crisis económica grave en la zona del euro o en el conjunto de la Unión, se podrá permitir a los Estados miembros que se aparten temporalmente de la trayectoria de ajuste

hacia el objetivo presupuestario a medio plazo», lo que no permite la LOEPSF.

En tercer lugar, el llamado «Two-Pack, los Reglamentos (UE) 472/2013 y 473/2013, de 21 de mayo», afirman en sus Preámbulos que sus disposiciones se aplicarán con sujeción al art. 9 TFUE, entre cuyos fines menciona justamente los tres de protección social, educación y protección de la salud que fija la LOFCA. Por eso, el art. 7.7 del Reglamento 472, que instrumenta la medida coercitiva más rigurosa, los programas de rescate, dice literalmente que estos «tendrán en cuenta la necesidad de garantizar recursos suficientes para las políticas fundamentales, como la educación y la salud». Y el art. 2.3 del Reglamento 473, de medidas reforzadas de coordinación y supervisión, subraya que «se aplicará sin perjuicio de lo establecido en el art. 9 TFUE».

En este contexto, ante una eventual colisión entre los arts. 135 y 158.1 CE, no cabe olvidar que este último es un mandato al legislador presupuestario tan directo como el primero, pero que además entronca de lleno con el núcleo definidor del Estado social y democrático de Derecho, con su exigencia de igualdad real y de igualdad de posiciones básicas en todo el territorio y con la obligación del Estado de atender los derechos sociales cuya prestación mínima garantiza. Puesto que la Constitución ha de considerarse «como un todo sistemático exento de contradicciones lógicas» (STC 278/1993), lo que «impone su interpretación sistemática» (STC 113/2004) y puesto que ella misma parece condensar su modelo de Estado, social y autonómico encargando al Estado la garantía de un nivel mínimo de prestación de ciertos servicios fundamentales, es plausible entender que el art. 158.1 CE es criterio definidor de la «sostenibilidad social» del art. 135.4 CE, cuyo perjuicio permite superar los límites de déficit y deuda.

No es baladí esta propuesta interpretativa a la vista de los últimos años. No solo han aumentado las disparidades en esos derechos entre las Comunidades Autónomas, sino que en todas ha disminuido su nivel de prestación. En educación, el gasto público estatal y autonómico

ha disminuido entre 2010 y 2014 en más de 7.000 millones de euros (más de un 16 por 100), reduciendo el gasto por estudiante en casi 1.000 euros y eliminando más de 700.000 becarios (41 por 100) y más de 20.000 profesores funcionarios. En sanidad, el descenso del gasto público en los mismos años también supera los 7.000 millones de euros (casi un 11 por 100), rebajando en 10 por 100 el gasto por habitante y eliminando más de 13.000 sanitarios estatutarios. En protección social, el gasto público (sin computar el local) ha disminuido en más de 8.000 millones de euros (más del 29 por 100), bajando en 170 euros el gasto por habitante.

Esta trayectoria de reducción sigue para estos servicios en el Programa de Estabilidad 2015-2018 presentado por el Gobierno a la Comisión Europea. En educación, desde el 4,0 por 100 del PIB en 2013 al 3,7 por 100 en 2018; en sanidad, del 6 por 100 del PIB en 2013 al 5,3 por 100 en 2018; y en protección social, del 17,6 por 100 del PIB en 2013 al 15,7 por 100 en 2018. De ahí la relevancia de un cabal entendimiento del art. 158.1 CE y de la garantía que incorpora para estos servicios públicos fundamentales, frente a la que no cabe esgrimir los límites de déficit y de deuda, pues la propia Constitución ofrece las vías para su superación.

Cabría argumentar que estos recortes no son el «perjuicio considerable» de la sostenibilidad social, que exige el art. 135.4 CE para poder superar los límites de la estabilidad. Aun prescindiendo de sus cuantías, lo indiscutible es, por un lado, que esos recortes han situado en todas las Comunidades el nivel de prestación de los tres servicios públicos fundamentales por debajo del que tenían en 2010, reduciendo su mínimo absoluto protegido por el art. 158.1 CE. Por el otro, que un recorte generalizado y similar de prestaciones por el Estado en todas las Comunidades, es lo contrario al proceso de aproximación al alza entre ellas y, por ende, desigual, con que el Tribunal Constitucional entiende el precepto. ¿Cabe mayor perjuicio que esa doble vulneración de la garantía constitucional de los derechos sociales y de la garantía de su igualación?

Como garantía de la igualdad de posiciones básicas del art. 149.1.1º en derechos definidores del Estado social y democrático de Derecho del art. 1 CE, el art. 158.1 no puede ser relegado ante otras exigencias al gasto público, como la estabilidad, que aun de rango constitucional es de carácter instrumental y sin el amparo de preceptos como los citados, tan relevantes para el modelo de Estado y de sociedad alumbrado por la Constitución. De ahí que deban abrirse vías para conciliar su mandato con aquellas otras exigencias financieras, que no pueden elevarse a guías únicas del gasto público, sometido al principio de asignación equitativa por el art. 31.2 CE.

II. Desarrollo legal de las asignaciones de nivelación

1. Regulación por la LOFCA y la Ley de Financiación de las CCAA

El Preámbulo de la LO 3/2009, que modificó la LOFCA incorporando el Acuerdo 6/2009, del Consejo de Política Fiscal y Financiera de nuevo modelo de financiación, incluyó entre los «dos principios fundamentales derivados de la reforma... la garantía de un nivel base equivalente de financiación de los servicios públicos fundamentales. De acuerdo con este principio, los recursos financieros para la prestación de los servicios básicos del Estado del Bienestar deben servir para que estos puedan ser prestados en igualdad de condiciones a todos los ciudadanos, independientemente de la Comunidad Autónoma en la que residan».

Así, el objetivo del Fondo de Garantía de los Servicios Públicos Fundamentales, creado por la ley, es «garantizar que las Comunidades Autónomas reciben los mismos recursos por habitante, en términos de población ajustada o unidad de necesidad».

Coherente con ello, el art. 2 LOFCA incorpora entre los principios del sistema el de su ap. 1.c): «La garantía de un nivel base equivalente de financiación de los servicios públicos fundamentales, independientemente de la Comunidad Autónoma de residencia», que

el art. 15.2 concreta en «garantizar que cada Comunidad recibe, en los términos fijados por la Ley, los mismos recursos por habitante, ajustados en función de sus necesidades diferenciales...». Fórmula similar a la del Preámbulo de la Ley 22/2009, que tras enfatizar el Fondo de Garantía como refuerzo de la equidad, dice que «todas las Comunidades Autónomas van a recibir los mismos recursos por habitante, en términos de población ajustada o unidad de necesidad».

Para ello, el art. 15.2 LOFCA constituye el Fondo a cargo de «las Comunidades Autónomas con un porcentaje de sus tributos cedidos, en términos normativos, y el Estado con su aportación», lo que concreta y desarrolla el art. 9 de la Ley 22/2009.

Su art. 9.a) lo integra con el 75 por 100 de la capacidad tributaria de las CCAA en 2007 (tributos cedidos previo al ejercicio de sus competencias normativas, según los términos y porcentajes del art. 8) y una asignación del Estado por ciertos conceptos de sus arts. 3.g) y 5, más otros adicionales del art. 6, que cada año se calcula aplicando a la aportación del año base de 2007 el índice de evolución del ITE (Ingresos Tributarios del Estado, integrados por la recaudación estatal no susceptible de cesión de IRPF, IVA y ciertos IIEE). La primera aportación provisional en 2011 fue de 5.200 millones de euros, superando en 2016 los 8.500 millones.

La participación de cada Comunidad en el Fondo se calcula para el año base, 2007, conforme a las variables del art. 9.b) de la Ley 22/2009, y de ella se resta el 75 por 100 de su capacidad tributaria en términos normativos de ese año. La diferencia resultante, positiva o negativa, actualizada cada año también con la evolución del ITE, indica el importe que la Comunidad recibe o aporta al Fondo, computando como gasto o ingreso, respectivamente, junto al resto de recursos autonómicos, salvo el Fondo de Compensación, en el correspondiente cap. IV, transferencias corrientes, de los Presupuestos Generales del Estado. Como indican estos, las entregas mensuales a cuenta no son operaciones presupuestarias, por lo que solo su liquidación final

anual determinará gasto o ingreso para el Estado, aplicándose al correspondiente capítulo

Como cierre del sistema (así calificado por el Libro Amarillo de los PGE de cada año), la normativa prevé el Fondo de Suficiencia Global, que según el Preámbulo de la LO 3/2009 pasa a denominarse así para realzar que «busca asegurar la suficiencia en financiación de la totalidad de las competencias». Dispone el art. 13.2 LOFCA que «El Fondo de Suficiencia Global cubrirá la diferencia entre las necesidades de gasto de cada Comunidad Autónoma y Ciudad con Estatuto de Autonomía y la suma de su capacidad tributaria y la transferencia del Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales», actualizando también con la evolución del ITE su importe en el año base. Ordenando finalmente el art. 11.3 de la ley 22/2009 la liquidación conjunta en la Ley de Presupuestos de todos los recursos del sistema, como hace el art. 112.5 de la LPGE para 2016, figurando en la sección 36 de su clasificación orgánica.

2. Insuficiencias del régimen legal respecto al art. 158.1 CE

Varios aspectos de su regulación legal, tanto de su contenido interno como de su función en el sistema de financiación, permiten dudar de que las asignaciones niveladoras de servicios puedan cumplir su finalidad constitucional.

En primer lugar, por el objetivo atribuido al Fondo de Garantía. Aunque el Preámbulo de la LOFCA parte del principio de que los servicios fundamentales puedan ser prestados en igualdad de condiciones a todos los ciudadanos, que es también el fin constitucional, no parece que ello equivalga a la garantía, como el mismo párrafo dice y repite el art. 2.1.c), de «un nivel base equivalente de financiación de los servicios», que el art. 15.2 entiende como que cada Comunidad reciba «los mismos recursos por habitante, ajustados en función de sus necesidades diferenciales».

Con esta previsión, desde luego, se asegura que el Fondo financiará a las Comunidades atendiendo a sus necesidades diferenciales actuales,

o como dice el Preámbulo de la Ley 22/2009, asegurando que «van a recibir los mismos recursos por habitante, en términos de población ajustada o unidad de necesidad». Es decir, se cuantificará dicha unidad de necesidad actual y se facilitará mayor financiación donde mayor valor arroje, pero en nada permite este criterio tener en cuenta las distintas condiciones de partida de los servicios en cada territorio, con lo que la financiación para todas por igual de sus unidades de necesidad actuales en nada va a corregir ni reequilibrar las desigualdades iniciales, que es lo que debe aproximarse para conseguir un nivel de prestación homogéneo en todo el territorio. O peor aún, la financiación igual de las actuales unidades de necesidad va a significar, por fuerza, un ahondamiento de las diferencias, al aplicar medidas iguales para situaciones de partida desiguales.

Así se confirma, en segundo lugar, examinando las variables del art. 9.b) de la Ley 22/2009 que determinan la participación de cada Comunidad en el Fondo. Primero, porque un 33 por 100 se reparte por población, superficie e insularidad, que nada indican, desde luego, sobre el nivel existente de prestación de los servicios en cada una. Segundo, porque tampoco lo hace el resto de variables, población escolar, la mayor de 65 años y la ajustada a efectos sanitarios, que pueden indicar la unidad de necesidad actual para la cobertura de los servicios, pues en cada territorio habrá distintos valores de esos estratos poblacionales, pero nada dicen del nivel ni la dotación de partida en cada uno. Sin indicadores del nivel de prestación del servicio no solo es imposible procurar su igualación, como pide el Tribunal Constitucional, sino ni siquiera saber si alcanzan la media nacional ni si las asignaciones lo mejoran.

Examinando la variable población de 0 a 16 años, que pesa más del 20 por 100, se ve que obviamente conllevará mayores recursos donde más valor absoluto alcance, pero sin considerar de ningún modo el número de profesores, unidades escolares, ratio de aulas, escuelas rurales agrupadas, comedores, laboratorios y otras instalaciones, becas, etc., que son los verdaderos indicadores del nivel de prestación del

servicio y que nunca van a poder igualarse si ni tan solo se contemplan. Como ocurre con la sanidad, que solo computa la población ajustada, pesando un 38 por 100 y estratificada meramente por tramos de edad, sin atención alguna, pe, a número de camas, instalaciones o personal sanitario por habitante, grado de cobertura de la cartera común, programas preventivos, ni, en fin, otros indicadores del nivel del servicio.

Llama la atención esta desidia hacia verdaderos indicadores del nivel de los servicios cuando ya en la redacción inicial de la LOFCA de 1980 se contemplaban por su art. 13, entre otros criterios, los índices de déficit de servicios sociales o el costo por habitante de los servicios transferidos, en relación en ambos casos con sus valores en el conjunto del Estado. Justamente para un recurso, como la participación en ingresos del Estado, que en absoluto se dirige a la redistribución, sino a la financiación ordinaria de las competencias asumidas por las Comunidades. Cuanto más necesario serán esos indicadores para poder cumplir el doble mandato constitucional de garantizar un nivel mínimo de prestación del servicio (la media nacional) y de aproximarlos entre las diversas Comunidades, lo que, obviamente, exige criterios que permitan cuantificarlo.

En tercer lugar, las insuficiencias de la regulación legal de las asignaciones niveladoras se manifiestan también en la confusión e indefinición de fines con que se articula el Fondo de Garantía en el marco del sistema de financiación, pese a las claras y específicas finalidades que atribuye a aquéllas la Constitución, denotando que tras treinta años de olvido de este instrumento, no se ha sido nada cuidadoso a la hora de ponerlo en marcha.

Así lo revela ya desde su inicio el art. 15.1 LOFCA, que abre su regulación diciendo que el Estado garantizará el nivel mínimo de los servicios públicos fundamentales «de su competencia», para añadir, sin solución de continuidad, que son, a estos efectos, los de sanidad, educación y servicios sociales esenciales. Es decir, los dos primeros transferidos ya desde tiempo a todas las Comunidades y atribuidos

por los Estatutos vigentes como competencia exclusiva, y los de atención social, reconocidos también como de competencia exclusiva autonómica desde los inicios. Pero la contradicción no es solo interna al ap. 1 del art. 15, sino también con el art. 158 CE. En este literalmente se prevé «una asignación a las Comunidades Autónomas en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido». ¿Cómo la LOFCA al articular esas asignaciones del Estado las destina a «servicios de su competencia»? ¿Dónde queda la asignación a las Comunidades Autónomas que ordena la Constitución?. Obviamente, no se resiente el fondo de la cuestión cuando el mismo apartado de la LOFCA enumera los servicios fundamentales, cuya organización y prestación es autonómica, pero sí es una muestra palmaria del escaso rigor con que se regula un instrumento que no solo sirve a la solidaridad y a la redistribución, sino a la garantía de unos derechos sociales básicos en el marco del Estado social y democrático de Derecho, según se ha visto más arriba.

En cuarto lugar, la confusión de fines entre los distintos recursos financieros la plasma el citado art. 13.2 LOFCA cuando ordena que el Fondo de Suficiencia Global para cada Comunidad se calcule por diferencia entre sus necesidades de financiación y su capacidad tributaria más las transferencias del Fondo de Garantía. Es evidente que con esa disposición se está subvirtiendo de lleno la finalidad de las asignaciones niveladoras articuladas mediante el Fondo de Garantía, pues van a servir, como dice el Preámbulo de la LO 3/2009, para asegurar la financiación de las competencias, en lugar de servir como instrumento financiero específico para la solidaridad y la redistribución, que es como las enuncia el art. 158.1 CE y las concibe expresamente la jurisprudencia constitucional.

Esta confusión de fines, más bien, dilución de los específicos de las asignaciones de nivelación, corrobora que sus variables no sirven a esa finalidad niveladora ni igualadora, midiendo solo, como se ha dicho, la unidad de necesidad del servicio, pero no su grado de dotación o cobertura en cada territorio. La liquidación conjunta

del Fondo de Garantía con el resto de recursos no hace más que abundar en esa indefinición con que la LOFCA y el vigente sistema de financiación disuelven y anulan los fines específicos atribuidos por la Constitución a las asignaciones niveladoras. Hasta el punto de que el sistema persigue la financiación ordinaria con la capacidad tributaria, el Fondo de Garantía y el Fondo de Suficiencia, reservando la que llama «convergencia» a los Fondos de Compensación y de Cooperación.

Por eso, en quinto lugar, tanto la Disp. Ad. 8ª de la LOFCA como la LOEPSF y la LO 9/2013 han dispuesto la deducción o retención de créditos por el Estado de los importes a satisfacer por todos los recursos de los regímenes de financiación de las Comunidades Autónomas para atender ciertos compromisos financieros de las mismas, como cantidades para hacer efectivas las garantías de créditos con el ICO, deudas con el Estado por tributos y cotizaciones sociales o pagos a proveedores en los supuestos del art. 20 de la LOEPSF. Es decir, hasta pudiendo eliminar las eventuales asignaciones de nivelación de servicios del art. 158.1 CE para destinar sus importes a financiar gastos corrientes de las Comunidades que nada tienen que ver con los servicios públicos fundamentales para cuya nivelación las previó la Constitución.

Desde luego, es proverbial la fungibilidad de institutos jurídicos para obtener unos mismos resultados, pero sin que ello signifique que no hay límites a dicha fungibilidad, En nuestro caso, cuando la Constitución expresamente dispone un instrumento específico, las asignaciones de nivelación en los presupuestos del Estado, con una finalidad propia y exclusiva, la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales, concretado numéricamente en la media nacional, con el mandato de su igualación como deber ínsito a la igualdad, solidaridad y redistribución entre territorios a que obliga la Constitución, no es lícito subvertir esas previsiones y desdibujar tanto ese recurso financiero como para convertirlo en un instrumento de financiación ordinaria de las Comunidades, es decir, de sus gastos corrientes y con eliminación absoluta de sus finalidades propias.

Basta contemplar las redacciones de la LOFCA vigentes hasta la LO 3/2009 para comprobar que, aun sin haberse articulado entonces las asignaciones niveladoras, eran cabalmente entendidas por el legislador. Se disponía en el art. 15 que se establecería «con especificación de su destino, una asignación complementaria» con la finalidad de garantizar el nivel de prestación del servicio (ap. 2), así como que la Comunidad receptora debía rendir cuentas anualmente de su utilización y del nivel de prestación alcanzado (ap. 5).

Comparando este marco legal con el ahora vigente, no cabe concluir más que el acuerdo sobre el actual modelo de financiación autonómica se adoptó calculadora en mano, pero no, desde luego, con la Constitución sobre la mesa ni con sus claras exigencias de garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales y, con ellas, de una garantía constitucional de los derechos sociales atendidos por esos servicios, incluso, dado su rango, frente a otras exigencias al gasto público que eventualmente pudieran dificultar su realización.