

Derecho financiero y financiación de necesidades fundamentales: perspectiva española

Germán Orón Moratal

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universitat Jaume I de Castelló.
España.

RESUMEN: El Derecho Financiero ha de ser por esencia redistributivo, y una acción necesaria es la del respeto y promoción de aquellos derechos indispensables para la dignidad del ser humano, aunque conlleven costes económicos que requieren que el legislador apruebe las correspondientes consignaciones presupuestarias y el ejecutivo las emplee en los fines aprobados. Dado el carácter internacional de las obligaciones asumidas, su cumplimiento debe prevalecer frente a otras prioridades establecidas con carácter de derecho interno, como sería la de la amortización de la deuda pública. Los poderes públicos y fuerzas políticas deben cumplir los principios de justicia material y formal, más que cumplir un pacto tácito de que las normas se respetan, pues además de no cuestionarse el indebido uso del Decreto-ley o inexplicables modificaciones presupuestarias, en más ocasiones de las deseadas los poderes públicos estatal y autonómicos acuden a los Tribunales más para cuestionar la titularidad de competencias sobre la materia, que para garantizar el cumplimiento de los derechos sociales constitucional e internacionalmente reconocidos.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Vinculación para atender gastos relacionados con derechos sociales. 3. Criterios materiales de justicia para la distribución del coste de los servicios que en su caso se presten. 4. Exigencias formales de rango normativo para establecer las condiciones de la actividad prestacional. 5 Consideraciones finales. BIBLIOGRAFÍA.

Fragmento de *Pluto*, de Aristófanes (450 a.C.-388 a. C)

LA POBREZA.-Fíjate en lo que ocurre con los oradores; mientras son pobres, son justos con la ciudad y el pueblo; pero en cuanto se enriquecen a costa del Estado, se vuelven injustos, venden a la multitud y conspiran contra el Gobierno democrático.

CREMILO.-Aunque de naturaleza maldiciente, lo que ahora dices es cierto; pero no te ensoberbezcas por eso, que te has de arrepentir del temerario arrojito con que pretendes persuadirnos de que la pobreza es mejor que la riqueza.

1. Introducción.

En el imprescindible libro *Introducción al estudio del Derecho Financiero*, de RODRÍGUEZ BEREIJO, y refiriéndose a la situación temporal en que se redactó y publicó, 1975/1976, decía en su prólogo, entre otras cosas, lo siguiente:

“El Derecho Financiero es, en gran medida, un Derecho para los ricos, los capitalistas, y muchos de sus principios y normas están pensados y dictados para proteger los intereses de la clase social de los propietarios. Un reflejo inequívoco de ello me parece el abandono en que ha permanecido dentro de la doctrina jurídico-financiera, el Derecho de los gastos públicos. Cuando se le ha tenido en consideración ha sido, precisamente, en cuanto sistema de cautelas y garantías jurídicas del dinero de los burgueses, como un freno a la tendencia del Estado al “despilfarro” de los caudales públicos; esto es, en cuanto estricto Derecho Presupuestario. Pero todo planteamiento del derecho de los gastos públicos más allá de esto, es decir, como ordenamiento jurídico dirigido a la realización, en este importante sector de la actividad financiera, de un interés colectivo, de una justicia de todos y, sobre todo, como ordenamiento que permita garantizar eficazmente el disfrute o goce por la comunidad social de unos bienes y servicios públicos que ella, en cuanto tal demanda; todo esto, digo, ha brillado, hasta el momento, por su ausencia en el Derecho Financiero.

>>Cabría decir, pues, que si el Derecho Tributario debe ser un derecho contra los ricos, el Derecho de los gastos públicos debe ser un derecho a favor de los pobres, es decir, de los no propietarios. Lo que equivale a decir que el Derecho Financiero debe concebirse como un *derecho redistributivo*, esto es, un derecho de y para la colectividad, dentro de un orden social más igualitario y más justo.

...

>>Función redistributiva que, en términos de Derecho, significa la realización de la justicia financiera: esto es, tanto en el ingreso como en el gasto. Y esto es todavía más importante en la Hacienda Pública de una sociedad dividida en clases antagonistas, en la que coexisten propietarios y no propietarios; por cuanto para estos últimos la consecución de unas condiciones materiales de vida, la satisfacción de necesidades, el acceso al disfrute de determinados bienes que por su configuración y trascendencia tienen (o debieran tener) el carácter de colectivos, de bienes públicos: educación, sanidad, seguridad social, vivienda, medio ambiente..., eso que ha dado en llamarse ‘calidad de vida’ y que constituye una condición indispensable para su existencia como hombre...(que)... hace indispensable la acción compensatoria del Estado, redistributiva de bienes y rentas, a través de un programa justo de ingresos, pero, sobre todo, de gastos públicos”.

Esta ejemplar descripción de la conexión entre los ingresos y los gastos públicos, y por tanto de la unidad del fenómeno jurídico-financiero, referida a la realidad de 1975/1976, podemos decir que se vio alterada con posterioridad, incluso en la atención por parte de la doctrina hacia el Derecho de los gastos públicos, y ello fundamentalmente por la alteración del marco jurídico y las nuevas aspiraciones sociales cristalizadas en la Constitución española de 1978 y el advenimiento del Estado democrático. Un advenimiento tardío, “cuyo acceso –dice PORRAS NADALES- a unos modelos constitucionales normalizados se produjo precisamente durante un periodo en que el prestigio histórico del Estado social europeo parecía haber llegado a su máximo apogeo. Hablamos de prestigio, ciertamente, porque la década de los setenta marca también el comienzo de las primeras fenomenologías de la crisis del Estado social, cuyo eco llegará a los países del sur, lógicamente, de una forma mucho más atrasada. Desde la perspectiva, insistimos, norte/sur, el acceso a la democracia en la década de los setenta del pasado

siglo se entendía como un paralelo acceso al bienestar social, según una elemental identificación entre democracias europeas y Estado de bienestar: lo que sugiere la aparición de una especie de espejismo colectivo que va a condicionar una inexorable visión idílica de la nueva realidad”¹.

La actividad financiera exige que deba realizarse conforme a un conjunto de normas, que constituyen el Derecho Financiero, y entre ellas encuentra un lugar prominente la Constitución española de 1978, cuyo articulado recoge y se hace eco, aunque en distinta medida, de la realidad expresada por RODRÍGUEZ BEREIJO, y que en ese momento supuso un revulsivo en la sociedad española, y cómo no, también en la doctrina jurídico-financiera. Se abría una nueva posibilidad de acceder a una distinta calidad de vida, pero también se estaba gestando una reforma fiscal que supuso que se pasara a contribuir al sostenimiento del gasto público en unos términos hasta entonces desconocidos, y la conexión ingreso-gasto público y la unitariedad del fenómeno financiero pasaba a tener un contenido material y no meramente formal, tal y como tempranamente señaló MARTIN QUERALT².

Que España sea un Estado social y democrático de Derecho, con la diversidad de principios y derechos constitucionalmente reconocidos, singularmente los principios de justicia financiera del art. 31, el objetivo de la igualdad real y efectiva del art. 9, los derechos a la educación y a la tutela judicial efectiva entre los derechos fundamentales, y los incluidos entre los principios rectores de la política social y económica, es jurídicamente relevante, y por ende debe serlo también desde el punto de vista económico. Junto a este reconocimiento constitucional, no son menos importantes los principios formales, y las exigencias constitucionales de que en muchos de los casos sea la Ley, la que debe regular el ejercicio y el cumplimiento de los derechos y deberes, incluidas las limitaciones a la Ley de Presupuestos Generales del Estado derivadas del art. 134 CE.

Asimismo, el art. 10.2 CE dispone que “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Y los artículos 22, 25 y 26 de la citada Declaración Universal son un claro ejemplo de obligaciones que incumben a los poderes públicos en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a la dignidad del ser humano³.

¹ PORRAS NADALES, A.J., “Crisis económica y eficacia de los derechos sociales”, en *Cuestiones claves en el desarrollo del Estatuto de Autonomía de Andalucía*, (SÁNCHEZ PINO y PÉREZ GUERRERO, directores), Universidad de Huelva, 2013, pág. 31.

² MARTÍN QUERALT, J.B., “La Constitución Española y el Derecho financiero”, *Hacienda Pública Española*, Nº. 63, 1980, pág. 101 y 107-108. Una obra colectiva que merece ser recordada en este punto es *Hacienda y Constitución*, IEF, Madrid, 1979, en la que la mejor doctrina del momento se ocupa de la trascendencia de la Constitución para la actividad financiera y el Derecho Financiero, tanto en la vertiente del ingreso como del gasto público.

³ Dichos artículos, disponen: **Artículo 22.** Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Artículo 25 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

El reconocimiento de derechos puede suponer para los poderes públicos distintos tipos de actuaciones, como las de respeto y protección, pero también las de su satisfacción y promoción, que en ocasiones requieren el uso de recursos financieros -que en esencia son limitados-, en relación obvia con las circunstancias socio-económicas de cada país. Ahora bien, es jurisprudencia consolidada del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, que los derechos que la Convención garantiza no son derechos teóricos o ilusorios, sino derechos que son prácticos y efectivos, lo que supone que los Estados asumen obligaciones positivas para realizar o satisfacer el derecho⁴.

Ontológicamente tiene razón REVENGA SÁNCHEZ, cuando afirma que “La divisoria entre derechos que cuestan dinero y derechos que salen gratis es hoy tan inconsistente como puede serlo la disquisición *berliniana* entre libertades negativas y positivas”⁵, pues el derecho por serlo y estar reconocido no debe ser distinto de otro, pero no es menos cierto que el derecho a la educación, a la sanidad, al acceso a la justicia, en un régimen de libertad, son irrelevantes para quien por sus propios medios económicos puede disfrutar de esos bienes, mientras que alcanzan su verdadero significado para aquellos que careciendo de recursos, necesitan que otros los aporten para que se puedan materializar. Como el mismo autor citado reconoce, “Mientras ciertos derechos parecen cada vez más sólidos y dotados de más garantías y cauces de protección multi-nivel, otros derechos llevan una vida azarosa, y al socaire de disponibilidades presupuestarias cada vez más escasas”⁶.

La señalada aportación deben canalizarla los poderes públicos, detrayendo riqueza de aquellos que la detentan, pues no es otro el significado del deber de contribuir, para atender las necesidades públicas, y deben hacerlo en los términos jurídicamente viables, exigiendo que se contribuya conforme a la capacidad económica, y asignando equitativamente los recursos a través del gasto público. Ciertamente, la finalidad redistributiva del Derecho Financiero es reconducible tanto a la acción de los ingresos, como a la de los gastos, pero como pone de relieve CAYÓN GALIARDO, “en las últimas décadas se observa una tendencia en los países de la OCDE consistente en trasladar la responsabilidad de la función redistributiva asignada a la Hacienda Pública a la vertiente

Artículo 26 1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

⁴ Vid. AÑÓN ROIG, M^a. J., “Derechos humanos y obligaciones positivas”, pág. 59, en *La eficacia de los derechos sociales*, (BERNUZ BENÉITEZ y CALVO GARCÍA, editores) HURI-AGE, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014. Un incumplimiento de esas obligaciones se ha puesto de manifiesto la ONU en relación con España en la resolución del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, de 16 de julio de 2014, comunicación 47/2012 (CEDAW/C/58/D/47/2012) relativa a cuestiones de violencia de género, donde entiende que a pesar de existir una legislación y voluntad política, el Estado debe contar con el apoyo de agentes estatales que respeten las obligaciones de diligencia debida; estas obligaciones incluyen la “de investigar la existencia de fallos, negligencias u omisiones por parte de los poderes públicos que puedan haber ocasionado una situación de desprotección de las víctimas. El Comité considera que, en el presente caso, esta obligación no se cumplió”, resolviendo que el Estado debe otorgar una reparación adecuada y una indemnización integral y proporcional a la gravedad de la conculcación de sus derechos.

⁵ REVENGA SÁNCHEZ, M., “Sobre los derechos sociales y su inconsistente estatuto constitucional”, pág. 82, en *La eficacia de los derechos sociales*, cit.

⁶ REVENGA SÁNCHEZ, cit., pág. 84. Como dice CALVO GARCÍA, M., “Crisis económica y efectividad de los derechos sociales”, en la misma obra de la que editor, “El condicionamiento a la disponibilidad de recursos puede dar a lugar a que se cuestione la existencia de derechos cuando no existen las condiciones y los recursos para su implementación”, pág. 97.

del gasto público de forma que sea este quien atienda las necesidades sociales procurando la igualdad material de todos los ciudadanos”⁷.

Esta tendencia, quizá encuentre su explicación en la difícil justificación que puede tener la existencia de diferentes tipos de gravamen en la imposición de rentas según su origen (más ventajoso por no ser progresivo para las del ahorro y determinadas ganancias patrimoniales), en la superior carga fiscal efectiva sobre las rentas de trabajo frente a las empresariales, la supresión del impuesto sobre el patrimonio, e incluso la inexistencia de gravámenes por la adquisición de títulos valores. Si esta realidad cuestiona la propia del principio de capacidad económica en la contribución al sostenimiento del gasto público, y se asigna la función redistributiva a la vertiente del gasto, no hay más que pensar en determinados gastos e inversiones insostenibles (determinados aeropuertos, autopistas y algunas líneas de alta velocidad ferroviaria en España, o estadios en Brasil para el reciente Mundial del fútbol, por poner ejemplos próximos), o en los sumideros y comisiones de la corrupción, no generalizada, pero sí relevante, para concluir que también por este lado hay serios obstáculos para la materialización de la pretendida redistribución.

Y en este tiempo de crisis económica, en que se está minorando el techo prestacional que se había alcanzado en años anteriores, a mi juicio tiene especial importancia para el gasto público, pero no únicamente, una declaración del Tribunal Constitucional portugués, realizada precisamente con ocasión del enjuiciamiento de leyes de presupuestos que habían introducido una serie de recortes en los gastos sociales como consecuencia del “rescate” comunitario europeo, Fondo Monetario Internacional y Banco Central Europeo, sentencias en las que declaró la inconstitucionalidad de algunas reducciones retributivas para empleados públicos y jubilados⁸, pues para el Tribunal, “cuanto mayor es el grado de sacrificio impuesto a los ciudadanos para la satisfacción de los intereses públicos, mayores deben ser las exigencias de equidad y justicia en el reparto de tales sacrificios, de forma que tales criterios se contravienen cuando tal reparto es excesivamente diferenciado”.

Teniendo en cuenta lo anteriormente apuntado, centraremos nuestra exposición en la existencia o no de vinculación jurídica para la atención y satisfacción de derechos sociales, de los criterios materiales de justicia para la distribución del coste de los servicios que en su caso se presten, y por último, las exigencias formales de rango normativo para establecer las condiciones de la actividad prestacional, singularmente cuando se pretende la cofinanciación para la prestación del servicio.

2. Vinculación para atender gastos relacionados con derechos sociales.

⁷ CAYÓN GALIARDO, A., “La reforma fiscal para la crisis: sus formas y su contenido”, pág. 119, en *Fiscalidad en tiempos de crisis*, (MÁLVAREZ PASCUAL y RAMÍREZ GÓMEZ, directores), Aranzadi, 2014.

⁸ Son las sentencias 353/2012, de 5 de julio de 2012 y 187/2013, 5 de abril de 2013, que pueden consultarse en <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html> y <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>. Sobre ellas vid. GUILLEM CARRAU, J. “El Constitucional Portugués ante las medidas de ajuste: La Sentencia de 5 de abril de 2013”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, nº 5, 2013, accesible desde <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4347678> ; y VILLALBA LAVA, M., “Comentario a la STC portugués 353/2012 de 5 de julio, que declara inconstitucional, la supresión de las pagas extraordinarias de vacaciones y navidad de los empleados públicos y jubilados durante los años 2012, 2013 y 2014”. *Diario La Ley*, Nº 7907, 2012, quien hace también un análisis de los numerosos votos particulares.

De los tratados internacionales de derechos humanos deriva, para los Estados miembros de las Naciones Unidas, la obligación básica de adoptar medidas apropiadas con miras a lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales hasta el máximo de los recursos de que se disponga, lo que significa que: 1) la efectividad de tales derechos puede verse obstaculizada por la falta de recursos, y 2) que puede lograrse únicamente a lo largo de cierto período de tiempo⁹. En esa línea, en las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Anexo 5), se indica que la escasez de recursos no libera a los Estados del cumplimiento de ciertas obligaciones mínimas en relación con el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales¹⁰.

Por tanto, desde el punto de vista el Derecho Internacional, al que invoca el art. 10 de la CE, no parece que pueda concluirse que en España se produzca vulneración de sus disposiciones, en la medida que sí hay normas y créditos presupuestarios para atender los derechos sociales, sin perjuicio de que pudiera discreparse de su relevancia o montante, sin perjuicio de que pueda existir algún caso concreto en que sí llegue a producirse alguna desatención. Las consideraciones que aquí hacemos lo son tanto en relación con la necesidad de dotar determinados créditos presupuestarios, como la necesidad de gastar las cantidades consignadas para satisfacer las obligaciones que puedan surgir de presupuestos de hecho relacionados con la protección, promoción o satisfacción de derechos sociales. Por ello, el hipotético destinatario de la vinculación lo será, bien el legislador, en relación con la consignación presupuestaria o autorización del empleo de recursos públicos, bien el ejecutivo, para la asignación de recursos autorizados y en relación con el deber de gastar lo consignado¹¹.

En efecto, el planteamiento desde el punto de vista constitucional no siempre es coincidente con el realizado por las leyes que pueden desarrollar sus previsiones en relación con el alcance, promoción y satisfacción de los derechos, que a su vez pueden tener una segunda delimitación con la consignación presupuestaria disponible. Sin que los resultados de las previsiones legales sean antagónicos con las previsiones constitucionales o sus objetivos -que una vez más hay que insistir en que no se pueden conseguir inmediatamente, en muchas ocasiones por la limitación de recursos-, sí puede haber casos en los que la diferencia es considerable, como ha puesto de relieve DOMINGUES OLIVEIRA¹². Resulta clarificadora la enunciación y exposición de esta problemática que realiza H. CORTI en relación con el Derecho argentino, y que hace en los siguientes términos: “La Constitución postula derechos. A su respecto, el legislador

⁹ Los distintos tratados pueden verse en los enlaces de la web accesible el 5 de agosto de 2014 <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>

¹⁰ En concreto, en el apartado 10 se señala: “*Recursos disponibles*

10. En muchos casos, las obligaciones antedichas pueden ser cumplidas por la mayoría de los Estados con relativa facilidad y sin repercusiones importantes sobre sus recursos. Ahora bien, en otros casos, la plena efectividad de los derechos dependerá de la posibilidad de disponer de los recursos materiales y financieros adecuados. Esto sentado, según se enuncia en los Principios de Limburgo 25 a 28 y como lo ha confirmado la jurisprudencia que establece el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la escasez de recursos no libera a los Estados del cumplimiento de ciertas obligaciones mínimas en relación con el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales”.

¹¹ Sobre la eficacia que el principio de justicia en el gasto público puede tener en estos distintos momentos de la actividad financiera, me remito a las consideraciones realizadas en ORON MORATAL, G., *la configuración constitucional del gasto público*, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 34-51

¹² Recientemente en DOMINGUES OLIVEIRA, J.M., “Tributación, presupuesto y políticas públicas en Brasil” en *Crónica Tributaria*, nº 143, 2012, y anteriormente en “El desvío de finalidad de las contribuciones y su control tributario y presupuestario en el derecho brasileño”, *RDF, Revista Derecho Fiscal*, Buenos Aires, Argentina, nº 4, 2008.

debe reglamentarlo y, a fin de lograr su efectividad, el Estado debe organizarse y realizar actividades, entre ellas la actividad financiera. Esta última es un medio para asegurar el ejercicio de los derechos, adecuadamente reglamentados. La realización de la actividad financiera supone derechos ya postulados (por la Constitución) y reglamentados (por la ley), allí actúa como medio, y en dicha tarea, no debe alterar el ejercicio de los derechos. En este esquema se predica una inequívoca dependencia de la Ley de Presupuesto a los derechos fundamentales: la decisión presupuestaria se debe acomodar a las exigencias que plantean los derechos. Hay una preeminencia conceptual y axiológica de los derechos constitucionales sobre la decisión legal presupuestaria, que actúa como una *técnica servicial*, dispuesta para la realización de la Constitución. Ciertamente, la Ley de Presupuesto, en cuanto ley, puede condicionar el ejercicio de los derechos, pero sólo de forma razonable, esto es: sin alterar su ejercicio.

>>En el esquema conceptual subyacente a la LSP (Ley de solidaridad previsional), la concepción parece ser otra. El contenido mismo del derecho fundamental, así como su grado de ejercicio se supedita a la decisión presupuestaria. Hay una aparente inversión lógico-conceptual, de modo que lo primero es la decisión presupuestaria (qué gastos se autorizan a partir de cierto cálculo de recursos), a cuyo resultado variable se subordinan las características del derecho fundamental. El Estado garantiza los derechos fundamentales pero sólo hasta el nivel que la decisión presupuestaria lo permita¹³.

Entrando ya en lo que constituye Derecho interno español, debe tenerse en cuenta que la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, implica a distintos poderes públicos en la tarea de cumplir y atender la realidad de los derechos reconocidos, lo que puede comportar traslación de responsabilidades entre Administraciones, no siempre comprensibles por el ciudadano.

Ciertamente, el nivel de protección e incluso de accionabilidad de estos derechos es distinto, pues entre los tradicionalmente calificados como sociales, el de educación (competencia también autonómica) se incluye entre los fundamentales, mientras que la sanidad (competencia también autonómica), vivienda, pensiones (competencia estatal), se incluyen entre los principios rectores de la política social. No es este el lugar para entrar a analizar las diferencias que ello conlleva, pero es indiscutible que todo el texto constitucional tiene rango normativo, y que debe ser respetado y promovido por la legislación.

La actividad financiera no es exclusivamente jurídica, es esencialmente política, y el poder legislativo y el ejecutivo toman decisiones políticas, jurídicamente delimitadas, incluso en las decisiones de gasto público. Como he señalado con anterioridad en otro lugar, “los poderes públicos deben tender a la consecución de unos fines públicos, los considerados por la Constitución como tales, implicando pues una vinculación cualitativa en la asignación de recursos, que excepcionalmente también lo será cuantitativa.

>> Esta vinculación no tiene más que un sentido jurídico, dado el carácter de la Constitución como norma suprema y de inmediata aplicación, que convierte en necesarias ciertas decisiones de gastos¹⁴.

En este punto, nos ocuparemos de dos supuestos que guardan una relación directa con la necesidad de atender la satisfacción de los derechos sociales internacionalmente

¹³ CORTI, H.G., *Derecho constitucional presupuestario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pág. 766-767.

¹⁴ ORON MORATAL, G., *la configuración constitucional del gasto público*, cit. pág. 62-63. En el cap. 3 de la obra se lleva a cabo un estudio de algunos supuestos constitucionalmente previstos que comportan una vinculación de gastar.

reconocidos. En un caso por el problema de la priorización de un gasto, frente a otros; el otro supuesto, por la necesaria satisfacción progresiva de los servicios públicos fundamentales.

Una de las consecuencias más trascendente desde el punto de vista jurídico de la crisis financiera y económica puesta de relieve en 2008, fue la modificación en el verano de 2011 del art. 135 de la CE, por un procedimiento verdaderamente rápido, en el que además de constitucionalizar el principio de estabilidad presupuestaria, se quiso reforzar las garantías del pago de la deuda pública. Si hasta ese momento se disponía que “Los créditos para satisfacer el pago de intereses y capital de la Deuda Pública del estado se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de presupuestos y no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión”, la redacción vigente cambia así: “Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y *su pago gozará de prioridad absoluta*. Estos créditos no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión”.

La inclusión de la priorización del pago de la deuda, conllevaría en caso de insuficiencias de recursos, la postergación de otras obligaciones económicas que pudieran existir. Y es en este punto donde se presenta un interesante ejercicio, no meramente teórico, a la vista de diversas experiencias habidas en más de un Estado miembro de la Unión Europea, y a las que no ha sido ajeno también España. Y ello se evidencia con especial intensidad, cuando en momentos como los presentes se produce una regresión o recorte en la acción prestacional de los poderes públicos.

Esta priorización presenta un doble problema, en la medida que la devolución del capital tomado a préstamo puede comportar que otras necesidades no se atiendan, pero además que los gastos que se cubrieron con el capital tomado a préstamo se destinara a cubrir gastos, sin duda públicos por el sujeto que los realiza, pero prescindibles, por ineficientes, ineficaces o incluso injustos.

En improbable que estas situaciones límite de conflicto y prelación de pagos se den, pero no imposible, y de ahí la previsión constitucional, formulada, sin duda, pensando en su pretendida eficacia frente a los mercados e hipotéticos prestamistas. Lo que no es tan improbable es la obligación de reducir el nivel de deuda en caso de que haya superávit, o incluso en caso de que se obtengan más ingresos de los previstos. En efecto, la regulación interna del principio de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera con la aprobación de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, además del límite cuantitativo de gasto que supone la propia exigencia del principio de estabilidad presupuestaria, pues los gastos no deben exceder de los ingresos en cuantía que suponga incurrir en déficit superior al autorizado, puede suponer también un límite a la hora de poder aplicar determinados ingresos a cubrir ciertos gastos.

Así, la ley prevé en su art. 32 que si la liquidación presupuestaria arroja superávit, este se destinará, en el caso del Estado, Comunidades Autónomas, y Corporaciones Locales, a reducir el endeudamiento neto, lo cual supone un condicionante genérico y que puede afectar, en principio, a cualquier tipo de ingreso, y sea cual sea el origen, deberá procederse a reducir el endeudamiento. Pero además, hay otra previsión más concreta al regular la regla de gasto, que puede afectar a determinados ingresos, e incluso con carácter previo al resultado de la liquidación presupuestaria, a todos los ingresos que superen las cantidades previstas. Conforme al art. 12.5 de la citada Ley Orgánica, “Los ingresos que se obtengan por encima de lo previsto se destinarán íntegramente a reducir el nivel de

deuda pública”. Esto puede significar, por ejemplo, que la modificación presupuestaria de “generaciones de crédito” (art. 53 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria) quede afectada a la finalidad citada, debiendo amortizar deuda pública si se dan los supuestos que la producen. Entre los supuestos que pueden dar lugar a las generaciones de crédito está la de ingresos superiores a los contemplados en el presupuesto inicial, por lo que una mayor recaudación tributaria respecto de la prevista parece que debiera tener ese destino. Sin duda, esta previsión comporta un condicionante a la posibilidad de decidir el destino de los recursos que a cada Administración corresponden.

Un porcentaje elevado de la deuda pública contraída por España en los últimos años ha ido dirigida a financiar los costes del rescate de entidades financieras en situación de crisis, siendo discutible si con ello se ha querido “salvar” a las entidades y directivos bien retribuidos, o a sus depositantes –que no sus socios, cuando sus títulos valores representativos de la participación en el capital se ha visto consecuentemente reducido-. Pero también es cierto que se ha tenido que acudir a la deuda pública, aunque en mucha menor cuantía, para financiar el pago a empresas que han prestado servicios públicos, siendo un claro ejemplo el plan de pagos a proveedores para Entidades Locales y Comunidades Autónomas, que han obtenido préstamos del Estado para poder pagar, entre otras obligaciones pendientes, gastos farmacéuticos, servicios sociales de residencias para mayores y dependientes, etc.

Ante posibles, o hipotéticos conflictos futuros, es conveniente hacer alguna reflexión estrictamente jurídica. El carácter prioritario del pago está establecido en la Constitución, pero no es esta la única norma, ni necesariamente la de superior rango en cualquier caso. Como señala A. CORTINA, “En un Estado social y democrático de derecho, como es el caso de España, es prioritario proteger los derechos básicos de las gentes, sean ciudadanos de pleno derecho o inmigrantes, porque en eso se juega su legitimidad”¹⁵, y esta protección, no sólo deriva la Constitución, también de Tratados que reconocen derechos, tanto los denominados como de primera generación, como los de segunda generación, entre los que se ubicarían los derechos sociales, y en caso de no llevarse a cabo acciones dirigidas a su protección o satisfacción, no sin ciertos problemas formales –pues deben agotarse las vías de reclamación administrativa y judicial internas, lo que es especialmente complejo cuando se trata de cuestionar la inactividad de los poderes públicos, además de costoso económicamente, tanto por la asistencia como por las actuales tasas judiciales, salvo que se tenga derecho al servicio de justicia gratuita– hay instancias internacionales, fundamentalmente a través de la ONU, que pueden “condenar” al Estado que no cumple las obligaciones que derivan de las declaraciones de derechos y compromisos internacionalmente asumidos.

En cuanto a la progresiva satisfacción de derechos y servicios fundamentales, identificable con las cláusulas de realización progresiva que constan en diversos Tratados internacionales, pueden utilizarse indicadores de la relación existente entre el gasto público y el producto interior bruto anual, pero estos indicadores no pueden tener efectos jurídicos, esencialmente por los problemas que conlleva la cuantificación de este último para que pueda producir efectos sancionadores, dada la indeterminación de algunos de sus componentes¹⁶, y serán casos concretos los que podrán evidenciar incumplimientos

¹⁵ CORTINA, A. “Justicia social o federalismo”, *El País*, 5 de agosto de 2014.

¹⁶ De ello me he ocupado en relación con las dificultades para sancionar a Estados miembros de la UE, en “Poder Financiero, Constitución y Unión Europea”, en *La recepción del derecho de la Unión Europea en España. Derechos, mercado único y armonización fiscal en Europa*, Coord. D. ORDÓÑEZ SOLÍS, La ley, Madrid, 2013, especialmente págs. 472-474.

por parte de los poderes públicos. Es más, como puede contrastarse con la realidad de distintos Estados miembros de la Unión Europea, los problemas de insuficiencias presupuestarias pueden encontrarse en decisiones de gastos inapropiadas o en la deficiente gestión, pues no necesariamente un mayor nivel en la prestación de servicios debe conllevar déficit presupuestario, como ha puesto de relieve LÓPEZ DÍAZ¹⁷.

Sin embargo, a efectos internos sí hay mecanismos jurídicamente válidos para poder constatar si hay o no regresiones, y en caso de haberlas, reputarlas inconstitucionales. El art. 158. 1 de la CE se refiere a la garantía de un nivel mínimo en la prestación de servicios públicos, al disponer que “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”. Cuál sea ese nivel mínimo, obviamente, es el que no se fija en el texto constitucional, pero sí incumbe, al Estado, y a las Comunidades Autónomas, aunque lo más criticable es que no se establezcan criterios para identificar esos servicios públicos fundamentales, algo que se lleva a cabo en la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), del que no sólo derivan cuáles son esos servicios fundamentales, sino también el nivel de prestación. En concreto el art. 15.1 de la LOFCA, dispone que:

“El Estado garantizará en todo el territorio español el nivel mínimo de los servicios públicos fundamentales de su competencia.

A efectos de este artículo se considerarán servicios públicos fundamentales la educación, la sanidad y los servicios sociales esenciales.

Se considerará que no se llega a cubrir el nivel de prestación de los servicios públicos al que hace referencia este apartado, cuando su cobertura se desvíe del nivel medio de los mismos en el territorio nacional”.

A tales efectos se crea el Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales, siendo especialmente relevante que el nivel mínimo se fije en la media nacional. De este modo, y como con acierto ha señalado LOZANO SERRANO, el art. 158.1 “no es sólo un precepto financiero sino un mandato para la efectividad de derechos prestacionales básicos del ciudadano, integrantes de los llamados derechos humanos de segunda generación”¹⁸.

¹⁷ LÓPEZ DÍAZ, A., “Crisis económica y desajuste de las cuentas públicas: la necesidad de un mayor espacio fiscal”, en *Fiscalidad en tiempos de crisis*, (MÁLVAREZ PASCUAL y RAMÍREZ GÓMEZ, directores), Aranzadi, 2014, “carece de fundamento considerar sin más esta crisis como la crisis del estado del bienestar. Basta traer a colación que aquellos países con mayor nivel de bienestar, que todos conocemos e identificamos fácilmente, Dinamarca, Finlandia, Suecia, en general los países nórdicos, son los menos afectados por la crisis que estamos atravesando. Suecia no entró nunca en una situación de déficit excesivo, Finlandia entró y lo corrigió casi inmediatamente, y algo similar ocurre en Dinamarca. A pesar de presentar altos ratios de gasto público, y elevados estándares de bienestar, presentan niveles de deuda que están por debajo del 40%, y niveles de déficit inferiores al 2,5% del PIB, muy lejos del resto de los países de la Unión Europea, especialmente del arco mediterráneo. No cabe, por tanto, asimilar estado de bienestar y crisis de las cuentas públicas. Si nos centramos específicamente en la realidad española, habría que añadir al argumento ya formulado que los servicios esenciales que identificamos con estado de bienestar, sanidad, educación y servicios sociales, no presentan en España unos costes especialmente altos. Así en 2008, año de inicio de la crisis, el gasto en protección social por habitante, se situaba en España por debajo de la media de la Unión Europea (alrededor de 8.000 euros) o de la Eurozona (cerca de 7.000 euros), rondando los 6.000 euros por habitante y año”.

¹⁸ LOZANO SERRANO, C., “Art. 158.1 CE: Límites al recorte y copago de Servicios fundamentales”, en *Fiscalidad en tiempos de crisis*, (MÁLVAREZ PASCUAL y RAMÍREZ GÓMEZ, directores), cit., pág. 185.

Al fijarse por la LOFCA el nivel mínimo en la media nacional, magnitud concreta y determinable numéricamente, concluye también LOZANO SERRANO, a quien seguimos en este punto¹⁹, que “no cabe igualar los territorios con el recorte o la disminución de la cobertura del servicio en los mejor dotados haciendo caer la media, pues vaciaría de contenido la previsión directa por la Constitución de unas asignaciones niveladoras en los presupuestos del Estado. Por ello, la única forma cabal de entender el mandato es que impone un proceso de nivelación al alza, de modo que las asignaciones estatales se destinen a los territorios peor dotados hasta igualar en ellos la cobertura del servicio con la media nacional, en un proceso constante de nivelación. Por eso, el art. 15 LOFCA siempre ha contemplado estas asignaciones como recursos permanentes, en favor de unos u otros territorios, sin que el Estado pueda suprimirlas e igualar a la baja.

>> Tampoco cabe... cumplir el mandato con decisiones estatales de recorte o disminución de nivel del servicio en todo el territorio español, que harían caer también la media, logrando la igualación bajándola a los niveles de los territorios peor dotados. Si así fuera, el fraude constitucional podría llegar hasta la supresión total del servicio, lo que mantendría la misma media en todas las Comunidades, igual a cero”.

Obviamente, todos aquellos servicios que caen fuera de la educación, sanidad y servicios sociales, no pueden ser objeto de la misma valoración que ellos, y muestra de esa realidad es la supresión de televisiones públicas, como en la Comunidad valenciana, la reducción de plantillas en todo el sector público, y también el establecimiento de tasas para poder acceder a la justicia, salvo en los supuestos de exención del tributo, y otros “copagos” en el acceso a determinadas prestaciones sociales²⁰.

Otro modo de reducir el nivel de prestación del servicio, también rechazable con argumentos de LOZANO SERRANO, es la elevación de aportaciones por el usuario, “pues el nivel de prestación o cobertura viene definido por ambos aspectos, la prestación misma y su coste para el usuario... Disminuir la aportación financiera general a un servicio para reasignar esa parte del coste a los usuarios con nuevas tasas o aportaciones reduce –si no hay medidas correctoras- su nivel de cobertura, contra la garantía constitucional de un nivel mínimo de prestación”.

>> Esta conclusión choca con el tradicional reconocimiento al legislador presupuestario de su poder para fijar el volumen y el destino de los gastos públicos; más exactamente, con la concepción del poder financiero como ilimitado en materia tributaria y presupuestaria. Es obvio que tal concepción, arraigada en la noción de soberanía y del estado liberal de Derecho, ha debido amoldarse a unas normas constitucionales vinculantes para la ley, así como al proceso de construcción europea, con reglas, recomendaciones e informes de las instituciones europeas previos y posteriores a las decisiones de los parlamentos nacionales²¹.

De todo ello, podemos cerrar este primer apartado, constatando que sí hay obligaciones a cargo de los poderes públicos de atender, promover y satisfacer aquellos

¹⁹ Ob. Cit. Págs. 188 a 191

²⁰ FERNÁNDEZ MARUGÁN, F., “La desigualdad arrecia”, en *El País, Negocios*, de 27 de julio de 2014, señala que “Lamentablemente, a pesar de que la crisis ha castigado a muchos con contundencia, el debate de las preferencias políticas y de la ordenación que hay que establecer en ellas para salir de este laberinto se encuentra mal planteado y peor resuelto”.

²¹ Sobre esos efectos en el poder financiero, tanto en la vertiente del ingreso como del gasto, nos permitimos remitir al lector, además del ya citado “Poder Financiero, Constitución y Unión Europea”, en *La recepción del derecho de la Unión Europea en España*, también a nuestro opúsculo *La Hacienda estatal ante la Unión Europea: supuestos de devaluación del Derecho*. Universitat Jaume I. Castellón de la Plana. 2010, accesible en <http://repositori.uji.es/xmlui/handle/10234/20816>

derechos y servicios vinculados a ellos, singularmente los relacionados con la educación, sanidad y servicios sociales, que encuentran un mayor nivel de garantía en el bloque de constitucionalidad, y los restantes, también protegidos con el mismo, pueden encontrar un complemento en su protección por la vía de los Tratados y la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuya atención ha de ser tan principal como el pago de la deuda, único supuesto que en el texto constitucional se ve priorizado, pero que como se ha señalado no es una obligación asumida internacionalmente, a diferencia de la protección de los derechos básicos y fundamentales.

Como ejemplo en el ámbito sanitario, que entra dentro de los derechos sociales, puede citarse el conflicto que en la Comunidad de Castilla-La Mancha se produjo con ocasión de la supresión del servicio de atención médica las 24 horas que existía en determinadas localidades, y que tras un rápido pero intenso recorrido judicial, acabó la propia Administración autonómica derogando la Orden causante del conflicto, pues el Tribunal Superior de Justicia resolvió mantener la prestación del servicio sanitario de urgencias de la Zona Básica de Tembleque en los términos preexistentes a la entrada en vigor de la indicada disposición administrativa. La Orden de 20 de noviembre de 2012 se publicó el 14 de enero de 2013, el 15 se interpuso el recurso contencioso, solicitando la suspensión cautelar de la misma, a lo que se accedió por auto del TSJ de 17 de enero, y tras el recurso interpuesto por la Comunidad Autónoma, se dicta un nuevo auto el 29 de enero (ponente Sr. Domingo Zaballos, en expediente Medidas cautelares núm. 13/2013), en Sala conformada por siete magistrados, en el que se acuerda levantar la suspensión parcial, pero no la relativa al Ayuntamiento recurrente. El auto ponía de relieve la existencia de diversas insuficiencias formales en el procedimiento de aprobación de la Orden, aunque eran irrelevantes para la decisión de la medida cautelar de suspensión, pero que podían servir de “aviso a navegantes” sobre la resolución final, y en las consideraciones que realiza en el auto, por lo que aquí interesa, tiene relevancia el Fundamento jurídico séptimo, que a pesar de su extensión, reproducimos:

“Llegados a este punto, es de significar que la reestructuración de los servicios de urgencias en los términos antedichos -siempre sin prejuzgar el fondo de la cuestión litigiosa- no se presenta prima facie arbitraria o caprichosa, todo lo contrario, atendiendo al mandato constitucional de estabilidad presupuestaria y que ningún poder público responsable puede dar la espalda conforme a dicha previsión de la Norma Fundamental y a su complemento en la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria de 2012 (y demás normativa, estatal sobre todo).

Es indudable el juego del interés general tutelado por la Comunidad Autónoma persiguiendo la racionalización del gasto público sanitario con el norte en lograr así la sostenibilidad del sistema. No será este Tribunal institución que niegue tan recto propósito, por lo demás impuesto desde la cúspide de nuestro sistema normativo. Ello no obstante, el juicio que corresponde a la Sala valorando circunstanciadamente todos los intereses en conflicto -como manda el nº 1 del artículo 130 de la Ley Jurisdiccional - no conduce a entender que haya de denegarse la medida cautelar (en este caso alzarse la suspensión de la Orden en lo tocante a la ZBS de Ocaña/Tembleque), porque de ello no se sigue "perturbación grave de los intereses generales"- según prevé el nº 2 del mismo precepto o, al menos, no se acredita por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Así, atendiendo al impacto confesado en el informe referido del SESCOG -ahorro de 5'1 millones de euros de la medida en el conjunto de los 21 PACs afectados- tomado en consideración el tiempo que puede llevar la tramitación de un recurso

contencioso- administrativo que la Ley impone debe hacerse con preferencia - artículo 66 de la LJCA-, y ello así por cuanto resulta concluyente para la Sala que, de no suspenderse la Orden -siempre en el ámbito territorial a que se circunscribe nuestra decisión- no quedaría salvaguardado el efecto útil de una hipotética sentencia estimatoria del recurso presentado por el Ayuntamiento de Tembleque. Y es que concurre el denominado "periculum in mora" tomando en consideración que la justificación aportada por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se nos presenta insuficiente para explicar por qué se altera una situación preexistente que, en apariencia funcionaba a satisfacción del recurrente, de ahí que el Ayuntamiento pretenda que continúe, mediante la adopción de una norma por motivos significadamente económicos, que sin embargo crea una zona de incertidumbre incompatible con la actividad prestacional sanitaria que compete a la Administración Autonómica por mandato constitucional y estatutario, en lo relativo al servicio de urgencias en toda su extensión horaria.

Por si ello fuera poco, la intermediación, la atención inmediata, la continuidad en el servicio de las que hablan las diferentes normas de referencia, Ley castellano-manchega 8/2000, artículo 51, Real Decreto 1030/06, de 15 de Septiembre, Anexo IV, apartados 1 y 2.2, se puede ver notablemente comprometida si el eslabón actualmente existente, el del centro de salud, desaparece durante unas horas al día, para verse sustituido por no se sabe bien qué. Repárese en que la Orden explicita una distribución territorial, mas no aclara mucho más. Ese primer diagnóstico que actualmente puede prestarse por los centros existentes se desvanece si depende de una llamada telefónica al 112 o de una ambulancia que puede estar en uno u otro sitio, vehículo que puede estar más o menos dotado, o de un helicóptero que se va a ignorar dónde se encuentra o, en todos los casos y por resumir, la decisión sobre el diagnóstico y tratamiento del enfermo urgente se aleja, aparentemente, de la situación física del mismo.

La estabilidad de un soporte físico como un centro de salud queda modificado en unos términos que, no para el fondo del asunto que ya se verá más adelante en el debate procesal y habrá de resolverse mediante Sentencia, sino para el enjuiciamiento prima facie inherente a esta pieza, implica una inseguridad en los ciudadanos para la materia más sensible sobre las que actúa la Administración que, en la necesaria ponderación de intereses a la que obliga nuestra ley, inclina la balanza del lado de mantener la actual situación. No estamos obligando a abrir un nuevo centro de salud u otro tipo de dependencia sanitaria, estamos diciendo que, provisionalmente, no procede cerrar el abierto, siquiera sea de noche, o concretamente de las 20 horas de un día a las 8 horas del siguiente-.

Todo ello no tenía que probarlo al detalle la parte actora, que cumple con denunciar la situación que se genera y con poner de manifiesto la regulación que se pretende. La facilidad probatoria, art. 217.7 LEC, es un criterio a tener en cuenta, aunque indiciariamente en toda medida cautelar sea el solicitante de la misma a quien le corresponde probarlo; reléase el tenor del Auto emplazando a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para que acompañara a sus alegaciones documentos "o cualquier otro medio adecuado y pertinente..." ilustrando a la Sala con carácter previo a la adopción de la decisión de cierre de la pieza cautelar".

En el FJ siguiente, hace una detallada relación de peligros que pueden darse si no se suspende la Orden recurrida, justificando también así la resolución judicial. En el único voto particular formulado por el Magistrado Sr. Borrego López, entre otras argumentaciones, se indica que se trata de “una disposición general, estructural, organizativa y de criterios generales; que opta, en el marco de sus competencias, por el ejercicio de una potestad organizativa; en este caso, de la Administración sanitaria, estableciendo su propio modelo (decisión política, de alcance esencialmente metajurídico); articulando desde la naturaleza del servicio, los criterios legales que aseguren la prestación del servicio; de manera abstracta y general; según principios legales”.

Aquí se refleja la problemática del carácter político de las decisiones de gasto, para realizarlo, o no realizarlo como en este caso, algo que tampoco se le escapó a la mayoría del Tribunal, pues claramente expresaron que no obligaban a abrir un nuevo centro de salud u otro tipo de dependencia sanitaria, sino que, provisionalmente, no procede cerrar el abierto, lo que podemos entroncar con el mantenimiento del servicio, de la media, y la cláusula de progresividad y no retroceso en la prestación de servicios básicos. Sentencia sobre el fondo no habrá seguramente, pues la Orden de 25 de marzo de 2013, derogó la de 2012, si bien aprovechando su preámbulo para incidir en la corrección formal de la Orden inicial, y el correcto uso de sus competencias, así como la bondad de sus objetivos, e indicando que “los pronunciamientos que sobre dicha Orden se han realizado por parte del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha hacen prácticamente imposible la consecución y objetivos de mejora que se pretendían obtener con la misma, objetivos que como es sabido están encomendados por el ordenamiento jurídico. Pero es que además a la vista de la constatación del escaso uso de estos recursos se obstaculiza el logro de una sanidad más eficiente, eficaz, útil, rápida, moderna, racional y efectiva”.

En otras ocasiones, pronunciamientos judiciales también han incidido en normas dictadas para reducir costes, o supresión de servicios, y en aquellos casos en que se han declarado contrarios al ordenamiento lo ha sido por cuestiones formales, no con base en criterios materiales de justicia del gasto. Así, por ejemplo, el TSJ de La Rioja, en Sentencia núm. 347/2012 de 21 de noviembre, declaró nulo el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Rioja de 29 de diciembre de 2011 por el que adoptó medidas de planificación en materia de recursos humanos para los años 2012 y 2013, por no haber habido trámite de negociación con los sindicatos.

También son cuestiones de justicia formal las que giran en torno a la supresión en España de la paga extraordinaria de navidad en 2012, pues son muchísimas las sentencias dictadas, declarando la improcedencia de la supresión, al menos sobre la parte ya devengada, lo que reconduce el problema a una cuestión de eficacia retroactiva de la norma, habiendo planteado el Tribunal Supremo una cuestión de inconstitucionalidad en Auto de 2 abril 2014, del recurso 63/2013; también la Audiencia Nacional por auto núm. 16/2013 de 1 de marzo, en el procedimiento núm. 322/2012, habiendo señalado expresamente este Tribunal en Sentencia núm. 79/2013, de 22 de abril, que no se puede apreciar en este caso un trato desigual no justificado entre los empleados públicos y el resto de la sociedad, ni por trato desigual dentro del colectivo de empleados públicos, y no suponer una expropiación legislativa de derechos. Entre los Tribunales Superiores de Justicia hay resoluciones de todo tipo, que plantean la cuestión, que no lo hacen (incluso alguna no ha sido admitida a trámite por deficiencias formales, por ejemplo la del TSJ de Asturias, inadmitida por Auto del TC núm. 136/2014, de 8 de mayo), o han estimado el recurso por afectar a personal laboral y ordenado el pago de la parte de la paga devengada.

3. Criterios materiales de justicia para la distribución del coste de los servicios que en su caso se presten.

Acabadas de señalar las dificultades para que los Tribunales utilicen criterios materiales de justicia para resolver en temas de los que nos están ocupando, tampoco vamos en este el lugar a valorar la imprescindible necesidad de los principios de justicia a la hora de contribuir al sostenimiento del gasto público, y la necesaria asignación equitativa de los recursos, pero sí queremos poner de relieve algunas circunstancias que pueden incidir negativamente en la finalidad redistributiva del Derecho Financiero y que, por ende, pueden dificultar el acceso a los derechos básicos de los menos favorecidos.

Una de las primeras circunstancias a señalar guarda relación con el nivel de ingresos y el peso cada vez mayor que en los mismos tienen los impuestos indirectos. Aunque los tipos impositivos en España no son bajos, tampoco son de los más altos, salvo en el caso del IRPF, con el agravante de que son las rentas del trabajo las mayormente gravadas. El fraude fiscal y la economía sumergida (que sólo parcialmente coincide con el fraude) son dos grandes lacras que pesan sobre el sistema económico y fiscal español, además de la existencia de un importante gasto fiscal como consecuencia de los beneficios fiscales, y que en 2014 están estimados en más 38.360 millones de euros, y como señala LÓPEZ DÍAZ, “además de la importancia indudable de su cuantía debe preocuparnos también el hecho de que no se disponga de una liquidación del presupuesto de beneficios fiscales, donde se diera cuenta de la cuantía que cada uno representa, así como de los objetivos conseguidos con dicha medida”²².

Otra de las circunstancias a señalar es la, a nuestro juicio, desafortunada interpretación que el Tribunal Constitucional ha realizado en relación con las exigencias del principio de capacidad económica, esto es, el principio rector y medida para la contribución al sostenimiento del gasto. En el auto 71/2008, de 28 de febrero, del Tribunal Constitucional, parte de que el principio de igualdad no consagra “un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual”, lo cual permitiría que diversos hechos imponibles se graven en igual grado aun cuando la intensidad de su realización sea evidente y contrastablemente distinta; y a pesar de reconocer que el principio de capacidad económica obliga a que la contribución de solidaridad en que consiste el tributo “sea configurada en cada caso por el legislador según aquella capacidad”, esto es, le obliga a modular la carga tributaria de cada contribuyente “en la medida -en función- de la capacidad económica”, da una larga cambiada para referir el citado principio al sistema tributario, y concluye que “aun cuando el principio de capacidad económica implica que cualquier tributo debe gravar un presupuesto de hecho revelador de riqueza, la concreta exigencia de que la carga tributaria se module en la medida de dicha capacidad sólo resulta predicable del < sistema tributario > en su conjunto”, de manera que puede afirmarse “que sólo cabe exigir que la carga tributaria de cada contribuyente varíe en función de la intensidad en la realización del hecho imponible en aquellos tributos que por su naturaleza y caracteres resulten determinantes en la concreción del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que establece el art. 31.1 CE”. La determinación de qué impuestos sean determinantes de esa concreción, y no tanto de las medidas normativas adoptadas –pues esta construcción se realizó para enjuiciar la posibilidad de emplear el Decreto-ley para regular el deber de contribuir-, es algo que no está formulado, y por tanto hoy es algo indeterminado, aun

²² LÓPEZ DÍAZ, “Crisis económica y desajuste...”, cit. Pág. 36.

cuando puede ser indicativo que el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en la sentencia 189/2005, de 7 de julio, por no estar configurado como un “tributo global sobre la renta o sobre el consumo”, y por el tipo de medida introducido, se consideró que no afectaba a la esencia del deber de contribuir.

La determinación de la base imponible sí deberá ser directa –cierta y en su caso con algún margen de aproximación- en los tributos globales sobre la renta y el consumo, pero para el resto, según el criterio del TC expuesto por la mayoría en el citado auto, serían admisibles tanto las cuotas fijas como repartos por capitación por importe legalmente fijado, conclusión ésta última que no nos parece que sea la que corresponda ni la que merezca la evolución que el Derecho Tributario, como ciencia y como rama del ordenamiento, ha tenido durante el siglo XX y lo que llevamos del XXI, ni la misma justicia tributaria.

La apreciación de la capacidad económica, bien como una cualidad objetiva del presupuesto de hecho del tributo, bien como cualidad subjetiva del obligado al pago del tributo, que no se adecúe en la cuantificación de la obligación tributaria, puede ser trascendente a la hora de admitir una mayor o menor flexibilidad en la aceptación de tributos de cuota no muy elevada, por la dificultad de cuestionar la relación entre la carga tributaria y la propia capacidad contributiva, lo que se evidencia singularmente en las tasas (pues según su hecho imponible se cuantifican en relación con el coste del servicio y sin que pueda exceder de éste, y sin atender a la capacidad económica del contribuyente, o tomando como referencia el valor de mercado correspondiente o el de la utilidad derivada de la utilización del dominio público).

Y es en este punto relacionado con las tasas, y con otro tipo de prestaciones conmutativas que se vienen estableciendo en relación con varios servicios públicos con el objetivo de “copago”, donde no atender a la capacidad económica puede conllevar vulneraciones relacionadas con los derechos sociales reconocidos. El TC, en la sentencia 71/2014, de 6 mayo, relativa a diversas tasas introducidas por la Comunidad de Cataluña, ha incidido más si cabe en la desconexión del principio de capacidad económica respecto de las tasas. Tras dejar constancia de que “las tasas se basan en el principio de equivalencia, sin perjuicio de que no puedan desconocer la capacidad económica, de manera que su hecho imponible encierra un sinalagma”, se centra en la concurrencia de la existencia de competencia sobre la materia como canon de constitucionalidad²³, concluyendo que la tasa por la expedición de recetas no recae sobre una prestación nueva, sino directamente sobre todas las prestaciones contempladas en la cartera común suplementaria (art. 8 ter LSNS), cuya financiación está regulada, en los términos... que limitan la aportación del usuario a los casos allí previstos. No resulta por tanto compatible con este régimen básico el establecimiento de una tasa como la controvertida, al hacer

²³ Así razona, “el canon de constitucionalidad para enjuiciar si una tasa autonómica respeta o no el ámbito competencial se encuentra así principalmente en el art. 7 LOFCA, en conexión con el reparto competencial de la materia sobre la que la tasa incide, y sin perjuicio del resto de límites constitucionales que resultan de aplicación, entre ellos el art. 6.2 LOFCA, a cuyo tenor “[l]os tributos que establezcan las Comunidades Autónomas no podrán recaer sobre hechos imposables gravados por el Estado”, y que establece un límite al poder tributario autonómico debe interpretarse conjuntamente y de forma coherente con el contenido en el art. 7 de la misma ley, pues ambos forman parte del mismo sistema de límites al poder tributario autonómico. En consecuencia, lo determinante en el caso de las tasas, de acuerdo con nuestra reiterada doctrina acerca de su vinculación a la competencia material, es que efectivamente respeten dicho ámbito competencial. Cumplida esta condición esencial, resultará entonces respetado también el límite contenido en el artículo 6 LOFCA, pues el hecho imponible de las tasas se refiere precisamente a dicha competencia material, siendo así que los límites contenidos en los arts. 6.2 y 7 de la LOFCA son dos caras de la misma moneda”

más gravoso para el ciudadano la adquisición de sus medicamentos con receta en la Comunidad Autónoma de Cataluña”. Criterios que reitera en la sentencia 85/2014, de 29 de mayo, relativa a la tasa por los mismos servicios establecidos por la Comunidad de Madrid.

Ciertamente, las tasas no pueden desconocer la capacidad económica, pero hay casos en que debe ser imprescindible su presencia a pesar de que el hecho imponible no pueda ser reflejo de la misma, y no puede presumirse como cualidad subjetiva. Nos referimos a los servicios relacionados al acceso a los servicios básicos, que no constituye ningún problema para el contribuyente con capacidad económica, pero sí para los menos favorecidos. La participación económica por los usuarios de los servicios fundamentales, aunque en momentos anteriores no hubiera existido, no pensamos que necesariamente contradiga o vulnere derechos si ello se hace teniendo en cuenta la capacidad económica, pero no exclusivamente otras circunstancias ajenas a ella. El Real Decreto ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, y sobre el que se han interpuesto varios recursos de inconstitucionalidad pendientes aún de resolver, introdujo la participación económica en distinto grado a los pensionista según el importe de su pensión, contemplando también ciertas exenciones para determinados colectivos²⁴.

Sin embargo, el régimen general de las tasas, que tendrán en cuenta la capacidad económica de las personas que deban satisfacerlas “cuando lo permitan las características del tributo” (art. 8 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de tasas y precios públicos), no contempla otros beneficios fiscales más que para entes públicos o derivados de acuerdos internacionales, sin perjuicio de que se pueda derivar de la relevancia de la capacidad económica.

Entiendo que cualquier aportación por los particulares en la financiación de servicios básicos y fundamentales sólo debiera poder darse si el usuario no reúne los requisitos, por ejemplo, para acceder a la justicia gratuita, o si excede el límite para estar obligado a tributar en el Impuesto sobre la renta de las personas físicas, pero excedidos estos, si se exige aportación, debiera ser cuantificada atendiendo a la capacidad económica²⁵, pero ya hemos visto que para el TC español eso sólo es determinante en los impuestos representativos de la esencia del deber de contribuir.

Del mismo modo, y ante esta situación de reducción del nivel de servicios, bien por la exigencia de aportaciones económicas por los usuarios, bien por la reducción o supresión de ayudas o financiación pública, adquiere especial relevancia el pronunciamiento ya citado del Tribunal Constitucional portugués de que “cuanto mayor es el grado de sacrificio impuesto a los ciudadanos para la satisfacción de los intereses públicos, mayores deben ser las exigencias de equidad y justicia en el reparto de tales sacrificios, de forma que tales criterios se contravienen cuando tal reparto es excesivamente diferenciado”. El trato diferenciado no puede ser arbitrario, debe estar

²⁴ Afectados de síndrome tóxico y personas con discapacidad en los supuestos contemplados en su normativa específica; Personas receptoras de rentas de integración social; Personas receptoras de pensiones no contributivas; Parados que han perdido el derecho a percibir el subsidio de desempleo en tanto subsista su situación; Personas con tratamientos derivados de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

²⁵ Esta participación económica se ha propuesto, por ej., por SANCHEZ PINO y DOMÍNGUEZ ZORRENO, “La crisis económica y los Servicios públicos fundamentales”, en *Cuestiones claves en el desarrollo del Estatuto de Autonomía de Andalucía*, (SÁNCHEZ PINO y PÉREZ GUERRERO, directores), Universidad de Huelva, 2013, pág. 161, aunque sostienen que el instrumento financiero tenga carácter lineal, no progresivo, aplicable a todos los usuarios reales, al margen de su capacidad económica.

fundado en criterios razonables y razonados de justicia, y en este punto del acceso a servicios públicos fundamentales o soportar un sacrificio para la satisfacción de intereses públicos básicos, tan arbitrario resulta que sólo lo soporte parte de la población atendiendo a circunstancias que nada tienen que ver con la prestación del servicio, como que se les aplique a toda la población el mismo grado de sacrificio, cuando éste no lo va a ser tal para los ciudadanos de mayor capacidad económica.

Un ejemplo relevante a mi juicio en este punto lo constituye la actual regulación de las tasas judiciales en España, pues se trata del acceso a un derecho fundamental como es la tutela judicial, establecidas por la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, si bien ha sido modificada con posterioridad, por ejemplo para evitar que la tasa fuese superior al importe de la eventual sanción administrativa recurrida, como podía ocurrir con la redacción inicial. Ciertamente hay supuestos de exención objetivos y subjetivos, en cuyos supuestos no se da el que puede ser un oxímoron, “justicia de pago”, pero a partir de ahí se establecen cuotas fijas, y junto a ellas otras variables, cuyas diferencias ni guardan relación con el coste del servicio, ni atiende a la capacidad económica del sujeto pasivo, y si las tasas judiciales por sí mismas no constituyen una vulneración del acceso a la tutela judicial, la regulación indiscriminada e igualitaria sí puede llegar a serlo.

4. Exigencias formales de rango normativo para establecer las condiciones de la actividad prestacional

La Constitución española establece la reserva de ley para establecer tributos y prestaciones patrimoniales (art. 31.3 y 133.1), los presupuestos deben aprobarse por ley y por las Cortes (art. 66.2 y 134), y sólo se pueden realizar gastos de acuerdo con las leyes (art. 133.4).

En definitiva, la actividad financiera no sólo está sometida a la ley, sino que ésta es la que debe regular sus elementos esenciales. Pues bien, si nos centramos en el tiempo transcurrido desde inicio de 2008 hasta inicios de agosto de 2014, se han dictado por el gobierno español 10 Reales Decreto-ley en 2014, 17 en 2013, 29 en 2012, 20 en 2011, 14 en 2010, 14 en 2009 y 10 en 2008. Muchas son pues las circunstancias extraordinarias y de urgente necesidad apreciadas por cada Gobierno en estos siete años para acudir a esta excepcional fuente del derecho, que en ocasiones además dichas disposiciones remiten a futuras normas reglamentarias.

Desde 2013 se ha planteado más de 60 cuestiones de inconstitucionalidad y desde 2011 también más de 60 recursos de inconstitucionalidad, la mayoría de los cuales interpuestos por Comunidades Autónomas y ninguno (hasta agosto de 2014) por la oposición parlamentaria, sobre alguna de las medidas introducidas por algunos de esos Decretos-ley.

Por lo que se refiere a la obtención de financiación, cabe concluir que si estamos ante servicios de los considerados fundamentales (educación, sanidad y servicios sociales), o los que puedan resultar esenciales para la vida privada o social del usuario, las posibles aportaciones que los particulares deban realizar deben ser consideradas prestación patrimonial de carácter público aunque sean percibidas por un particular, de conformidad con la STC 182/1997, de 28 de octubre, y deben establecerse con arreglo a ley. Durante los últimos años se han establecido nuevas o mayores prestaciones “mediante decretos-leyes en el mejor de los casos, pero también por normas reglamentarias o meras resoluciones, sin naturaleza normativa e incapaces en todo caso

de satisfacer la reserva de ley”, tal como señala LOZANO SERRANO²⁶, relacionando diversas disposiciones y resoluciones que incurren en esa deficiencia. El Decreto-ley, ya no es que regule prestaciones patrimoniales, es que también se utiliza para reducir el nivel de prestación de servicios.

Esta forma de actuar pone en cuestión el alcance y el ámbito de la reserva de ley y el papel que debe representar el Parlamento, pudiendo llegar a pensarse que en ocasiones más que cumplir y respetar el bloque de constitucionalidad, se respeta el tácito “acuerdo o convención” de que se cumple y respeta. En gran medida, sólo a través de acciones individuales o de algunos colectivos que cuestionan, no sin pocos esfuerzos, la acción de los poderes públicos, se llega a reconocer la existencia de incumplimientos de ese bloque de constitucionalidad por dichos poderes públicos.

En relación con los Presupuestos, al margen de los condicionantes comunitarios europeos y de los que me he ocupado en trabajos anteriores²⁷, es una circunstancia habitual, por permitirlo la Ley General Presupuestaria española, la existencia de modificaciones presupuestarias llevadas a cabo por el ejecutivo que inciden en la especialidad cualitativa de los presupuestos, destinando recursos inicialmente previstos para un fin por la Ley de presupuestos, a otro fin más o menos alejado de aquél, o bien se adoptan acuerdos de retención de créditos presupuestarios que también inciden en el presupuesto inicial, en principio para que haya un menor gasto del inicialmente autorizado por el Parlamento²⁸. Salvo en cuanto al máximo de gastos, que requerirá su incremento una modificación con rango de ley, las posibilidades de modificación son verdaderamente amplias, y por la vía del Real Decreto-ley, totales.

La legislación de estabilidad presupuestaria aprobada en España en 2001 creó el denominado Fondo de Contingencia de ejecución presupuestaria, sucesor del precedente más limitado Fondo de Acción coyuntural, con la finalidad de que las modificaciones presupuestarias no incidieran en la especialidad cuantitativa del presupuesto y no se incrementaran los gastos respecto de los inicialmente aprobados, debiéndose atender los gastos imprevistos con cargo a ese Fondo, ya dotado presupuestariamente con su correspondiente consignación. Pues bien, a pesar de las posteriores normativas introducidas en la Ley General Presupuestaria de 2003, y la vigente de estabilidad presupuestaria, entre los 124 Decretos-ley dictados desde 2008, 10 se han aprobado para conceder créditos extraordinarios o suplementos de crédito, esto es, normas gubernamentales con rango de Ley que aprueban mayores gastos de los incluidos en el Presupuesto anual correspondiente que constitucionalmente deben aprobar las Cortes Generales.

Sin duda, el Fondo de Contingencia ha reducido la necesidad de estas modificaciones presupuestarias, pero cuando se acude a ellas por la vía del Real Decreto-ley, se evidencia cada vez el mayor peso del ejecutivo respecto del legislativo en materia presupuestaria, lo que permite reforzar la posición argumental de aquellos que siguen reivindicando el carácter formal y no sustantivo de la ley de presupuestos, quienes pueden encontrar un nuevo asidero en la anteriormente citada sentencia del Tribunal

²⁶ LOZANO SERRANO, “Art. 158. 1 CE...”, cit. Pág. 193.

²⁷ Vid la nota 21 y la bibliografía en esos trabajos citada.

²⁸ Partiendo de que la reserva de ley abarca los momentos de creación, modificación y derogación de la Ley, analizando el régimen presupuestario argentino, CORTI, H.G., *Derecho constitucional presupuestario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, dice que “si el Ejecutivo pudiera modificar libremente lo ya decidido por el Congreso, la intervención de éste sería ficticia, pues la última palabra quedaría en manos del primero, ya que se le asignaría la potestad de decidir qué mantener y qué cambiar de la ley dictada, circunstancia que desvirtuaría el significado político de la reserva legal”, pág. 255.

Constitucional portugués de 5 de abril de 2013, pues al enjuiciar la constitucionalidad de la ley de presupuestos por no incluir la totalidad de obligaciones que derivan de la ley y de los contratos como exige el art. 105 de la Constitución portuguesa, se afirma que la ley de presupuestos es adjetiva y se limita a articular la necesaria consignación presupuestaria para que los gastos puedan ser satisfechos como condición de procedimiento y pago de las obligaciones asumidas por el Estado, pero no rige en la definición de esas obligaciones.

Si el carácter adjetivo de la ley de presupuestos se predicara exclusivamente por la razón de que los gastos que autoriza son una consecuencia de decisiones previas tomadas por el legislador, la cuestión no tendría mayor trascendencia, pero es que ni desde este punto de vista es exactamente así, pues en gran medida se trata de autorizar gastos sobre decisiones previamente tomadas por el ejecutivo, donde de nuevo se aprecia su lugar predominante en materia presupuestaria, a pesar de los principios materiales y formales constitucionalmente establecidos.

Y para concluir citaré un único ejemplo que afecta ya no a la elaboración, aprobación, o modificación del presupuesto. Se trata de una modalidad de control. El art. 153 de la Constitución española establece a quién del Estado le corresponde el control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas, y en su apartado *d*) le atribuye al Tribunal de Cuentas, el control económico y presupuestario. Pues bien, con ocasión de la actual crisis económica y financiera, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la recientemente creada Autoridad Fiscal Independiente, se han atribuido una serie de competencias sobre el control de la actividad financiera de las Comunidades Autónomas que en mi opinión no respetan el citado art. 153, sin perjuicio de que los sujetos implicados sí acepten que cumplen el “acuerdo” no escrito de que se acata la Constitución, pues aquí se establece un control interadministrativo no admitido constitucionalmente. Esta Autoridad “se adscribe al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a través del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas”, el Presidente lo nombra el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, previa comparecencia de la persona propuesta para el cargo ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, que por acuerdo adoptado por mayoría absoluta, aceptará la propuesta, o por mayoría simple de la Comisión si transcurren más de 15 días sin haber alcanzado la primera mayoría. Como se ve, nada que ver con el Tribunal de Cuentas, y sin modificarse la Constitución en este punto.

5. Consideraciones finales.

Hemos podido constatar que sí hay obligaciones a cargo de los poderes públicos de atender, promover y satisfacer aquellos derechos y servicios vinculados a estos, singularmente los relacionados con la educación, sanidad y servicios sociales, que encuentran un mayor nivel de garantía en el bloque de constitucionalidad, y los restantes, también protegidos con el mismo, pueden encontrar un complemento en su protección por la vía de los Tratados y la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuya atención ha de ser tan principal como el pago de la deuda, único supuesto que en el texto constitucional se ve priorizado, pero que no es una obligación asumida internacionalmente, a diferencia de la protección de los derechos básicos y fundamentales.

Reconocida o asumidas políticamente esas obligaciones, lo bien cierto es que nos encontramos ante una situación económica y social que está evidenciando una reducción del nivel de servicios vinculados a derechos sociales comparado con los niveles a los que

se había llegado, reducción que se presenta en unos casos por la exigencia de aportaciones económicas a los usuarios, bien por la reducción o supresión de ayudas o financiación pública, lo que supone la introducción de unos sacrificios, cuya imposición no debe ser arbitraria ni tampoco homogénea. Si el trato diferenciado no puede ser arbitrario, y debe estar fundado, cuando se trata del acceso a servicios públicos fundamentales o de soportar un sacrificio para la satisfacción de intereses públicos básicos, tan arbitrario resulta que sólo lo soporte parte de la población atendiendo a circunstancias que nada tienen que ver con la prestación del servicio, como que se les aplique a toda la población el mismo grado de sacrificio, cuando éste no lo va a ser tal para los ciudadanos de mayor capacidad económica, y como ejemplo valga apuntar que si las tasas judiciales por sí mismas no constituyen una vulneración del acceso a la tutela judicial, la regulación indiscriminada e igualitaria sí puede llegar a serlo.

Muchas de estas medidas se han regulado por ley, si bien los grupos parlamentarios no es frecuente que acudan al Tribunal Constitucional para cuestionar los recortes en derechos sociales, quizá para evitar la acusación de que así se judicializa la política, y cumplir el pacto tácito de que las normas se cumplen, pero lo que sí es innegable es que el principio de reserva de ley, y la legalidad presupuestaria, son reiteradamente forzados. La regulación y cuantificación de nuevas obligaciones para cofinanciar servicios públicos, como la reducción de financiación pública para cubrir gastos sociales, en demasiadas ocasiones son acometidas por normas de rango legal pero extraordinarias, para amparar formalmente el uso del Real Decreto-ley, o incluso por normas de rango inferior a la ley o amparadas por un principio de legalidad que en materia de ejecución presupuestaria es ciertamente laxo. Sin duda que las leyes debieran establecer unos criterios para facilitar la priorización de gastos y necesidades, dado el carácter limitado de los recursos, y no sólo eso, debiera establecerse un régimen de responsabilidades para casos de despilfarro e incumplimiento de las normas reguladoras de la actividad financiera, para así poder llegar a decir que la afirmación que Aristófanes pone en boca de la Pobreza, y que encabeza este escrito, no es cierta, o se le pone remedio.

El marco jurídico, y no sólo el jurídico financiero, de atención, promoción y satisfacción los derechos sociales, bien puede decirse que permanece en un limbo, del que parece que no hay excesivo interés en sacarlo. Hablar de derechos no puede excluir hablar de deberes, no sólo del poder público, también del sujeto activo del derecho, algo que sin embargo no es frecuente en estos casos, pero sí es cierto que las obligaciones que se predicán de los poderes públicos en orden a la satisfacción de ciertos derechos sociales, no se ven acompañadas del establecimiento de un cauce jurídico para la exigencia de su cumplimiento, algo que puede sorprender teniendo en cuenta los niveles alcanzados en la denominada sociedad del bienestar y en un Estado social y de derecho.

No estamos ante intereses meramente individuales, aunque también, pues el interés público está constitucionalmente proclamado, y sin embargo no hay ni siquiera de forma mínimamente aproximada, un esquema semejante al de la obligación de alimentos que el Estado liberal decimonónico reflejó en el Código Civil y que subsiste, y que además tiene reconocimiento internacional²⁹, pues el contenido de muchos de los derechos sociales

²⁹ Por ejemplo, el Convenio de La Haya de 23 de noviembre 2007 sobre Cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia, aprobado por Decisión 2011/432/UE, de 9 de junio, posteriormente modificada.

coincide con el concepto de “alimentos” de Derecho privado, “lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica”, comprendiendo también “la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable” (art. 142 CC). La legislación civil también contempla que la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, así como que variará según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos. En cierto modo, como se dice en la Declaración Universal de Derechos Humanos, “habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado”, pero con la diferencia de la existencia de unos cauces procesales de reivindicación en los que también se debe proceder a valorar la actitud del alimentista, como evidencia la jurisprudencia existente, y que en ocasiones su comportamiento da lugar a la inexigibilidad frente al alimentante.

Como recuerda la Consulta núm. 3/2005, de 2 diciembre, de la Fiscalía General del Estado, “no cabe duda de que los alimentos legales presentan un peculiar régimen jurídico que los distingue del resto de las obligaciones patrimoniales. El derecho a los alimentos legales no es renunciable, compensable, ni transmisible a terceros (art. 151 CC), no puede ser objeto de transacción (art. 1814 CC), ni están sujetos a colación los gastos derivados del mismo (art. 1041 CC). No se trata, por tanto, de un derecho patrimonial puro sino de un derecho familiar de contenido económico afectado por consideraciones de interés público o social, en tanto que persigue una finalidad más trascendental que el interés puramente individual al proteger un interés superior como es el de la vida del alimentista”. Un Estado social y democrático no puede parapetarse tras el pariente legalmente obligado, debe atender, promover y satisfacer los derechos sociales, debe destinar recursos financieros a esas finalidades, y de ello ha quedado buena muestra en las páginas anteriores, pero en el cumplimiento de los deberes que conllevan el reconocimiento de los derechos, no puede quedar al margen la actitud del titular del derecho.

BIBLIOGRAFIA

AÑÓN ROIG, M^a. J., “Derechos humanos y obligaciones positivas”, en *La eficacia de los derechos sociales*, (BERNUZ BENÉITEZ y CALVO GARCÍA, editores) HURI-AGE, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

CALVO GARCÍA, M., “Crisis económica y efectividad de los derechos sociales”, en *La eficacia de los derechos sociales*, (BERNUZ BENÉITEZ y CALVO GARCÍA, editores) HURI-AGE, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

CAYÓN GALIARDO, A., “La reforma fiscal para la crisis: sus formas y su contenido”, en *Fiscalidad en tiempos de crisis*, (MÁLVAREZ PASCUAL y RAMÍREZ GÓMEZ, directores), Aranzadi, 2014.

CORTI, H.G., *Derecho constitucional presupuestario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

CORTINA, A. “Justicia social o federalismo”, *El País*, 5 de agosto de 2014.

DOMINGUES OLIVEIRA, J.M., “Tributación, presupuesto y políticas públicas en Brasil” en *Crónica Tributaria*, nº 143, 2012,

- “El desvío de finalidad de las contribuciones y su control tributario y presupuestario en el derecho brasileño”, *RDF, Revista Derecho Fiscal*, Buenos Aires, Argentina, nº 4, 2008.

FERNÁNDEZ MARUGÁN, F., “La desigualdad arrecia”, en *El País, Negocios*, de 27 de julio de 2014.

GUILLEM CARRAU, J. “El Constitucional Portugués ante las medidas de ajuste: La Sentencia de 5 de abril de 2013”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, nº 5, 2013.

LÓPEZ DÍAZ, A., “Crisis económica y desajuste de las cuentas públicas: la necesidad de un mayor espacio fiscal”, en *Fiscalidad en tiempos de crisis*, (MÁLVAREZ PASCUAL y RAMÍREZ GÓMEZ, directores), Aranzadi, 2014.

LOZANO SERRANO, C., “Art. 158.1 CE: Límites al recorte y copago de Servicios fundamentales”, en *Fiscalidad en tiempos de crisis*, (MÁLVAREZ PASCUAL y RAMÍREZ GÓMEZ, directores), Aranzadi, 2014.

MARTÍN QUERALT, J.B., “La Constitución Española y el Derecho financiero”, *Hacienda Pública Española*, nº. 63, 1980.

ORON MORATAL, G., *La configuración constitucional del gasto público*, Tecnos, Madrid, 1995.

- *La Hacienda estatal ante la Unión Europea: supuestos de devaluación del Derecho*. Universitat Jaume I. Castellón de la Plana. 2010

- “Poder Financiero, Constitución y Unión Europea”, en *La recepción del derecho de la Unión Europea en España. Derechos, mercado único y armonización fiscal en Europa*, Coord. D. ORDÓÑEZ SOLÍS, La ley, Madrid, 2013.

PORRAS NADALES, A.J., “Crisis económica y eficacia de los derechos sociales”, en *Cuestiones claves en el desarrollo del Estatuto de Autonomía de Andalucía*, (SÁNCHEZ PINO y PÉREZ GUERRERO, directores), Universidad de Huelva, 2013

REVENGA SÁNCHEZ, M., “Sobre los derechos sociales y su inconsistente estatuto constitucional”, en *La eficacia de los derechos sociales*, (BERNUZ BENÉITEZ y CALVO GARCÍA, editores) HURI-AGE, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

RODRÍGUEZ BEREIJO, A. *Introducción al estudio del Derecho Financiero*, IEF, Madrid, 1976.

SANCHEZ PINO y DOMÍNGUEZ ZORRENO, “La crisis económica y los Servicios públicos fundamentales”, en *Cuestiones claves en el desarrollo del Estatuto de Autonomía de Andalucía*, (SÁNCHEZ PINO y PÉREZ GUERRERO, directores), Universidad de Huelva, 2013.

VILLALBA LAVA, M., "Comentario a la STC portugués 353/2012 de 5 de julio, que declara inconstitucional, la supresión de las pagas extraordinarias de vacaciones y navidad de los empleados públicos y jubilados durante los años 2012, 2013 y 2014". *Diario La Ley*, Nº 7907, 2012.

VV.AA., *Hacienda y Constitución*, IEF, Madrid, 1979.