

LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA CONSTITUCION DE 1978

De las incidencias habidas en el proceso de gestación de los preceptos de la Constitución relativos a la Seguridad Social —y, en particular, de las habidas durante los debates sobre su art. 41— se desprende que fueron aprobados por los dos grupos políticos de mayor representación en las Cortes Constituyentes basándose cada uno en razones de interpretación cabalmente contrarias. **Fernando Suárez González**, cuyas consideraciones reflejan caso a caso las ambigüedades resultantes de la expresada circunstancia, parte de un análisis conjunto de todos aquellos preceptos para tratar de alcanzar alguna precisión interpretativa en una serie de cuestiones que se manifiestan como objeto de polémica doctrinal y científica y de confrontación en el diálogo social y político.

Resalta el autor la peculiaridad de la Constitución española cuando, en lugar de reconocer a los trabajadores y ciudadanos el derecho a la Seguridad Social —característica general en el Derecho constitucional comparado y en las normas de origen supranacional—, se limita a imponer a los poderes públicos la obligación de mantener un régimen de Seguridad Social.

I. LOS PRECEPTOS A CONSIDERAR

LA disposición derogatoria contenida en la Constitución de 1978 dejó sin valor y efecto las normas referentes a la Seguridad Social que figuraban en las Leyes Fundamentales anteriores (1), y que fueron los cimientos sobre los que se levantó el sistema de Seguridad Social aún vigente (2). Al sustituir a aquéllas, la Constitución utiliza la expresión Seguridad Social en cuatro preceptos dispersos, el más importante de los cuales es, sin duda, el artículo 41: «Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y presta-

ciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.»

El segundo precepto de interés es el artículo 149.1.17.º, que incluye la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social entre las materias sobre las que el Estado tiene *competencia exclusiva*, «sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas».

A la luz del tercer precepto contemplado, que es el artículo 129.1, esa legislación que corresponde al Estado debe establecer «las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social».

Una cuarta y última referencia expresa a la Seguridad Social se contiene en el artículo 25.2 cuando, al referirse a los derechos del condenado a pena de prisión, declara que «en todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social».

Tales son, como digo, las cuatro únicas veces que la vigente Constitución española incluye en su articulado esas dos palabras cuya conjunta utilización sugiere la idea de un peculiar sistema de protección frente a las situaciones de necesidad que puede atravesar el trabajador o, más genéricamente, el ciudadano.

Es el caso, sin embargo, que en ninguno de esos artículos está dicho lo que debemos entender por Seguridad Social, ni están enumeradas las «situaciones de necesidad» que pueden generar asistencia y prestaciones sociales suficientes. Paradójicamente, está sólo aludido el desempleo, que es una situación de necesidad que no debería presentarse, supuesto que los poderes públicos deberán realizar «de manera especial»... «una política orientada al pleno empleo» (artículo 40). Ironías aparte, es lo cierto que el catálogo de necesidades que pueden ser objeto de cobertura por la Seguridad Social no sólo no está en la Constitución, sino que —con base en ella— podría sostenerse que las prestaciones familiares, la protección de la salud, el tratamiento y rehabilitación de los disminuidos físicos, o las pensiones de vejez, no están ya contenidas en la Seguridad Social, supuesto que la Constitución las contempla en preceptos separados de los que expresamente se refieren a aquélla.

Algo parecido ocurre en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Su artículo 22 consagra el derecho de «toda persona» a la Seguridad Social, pero el derecho a la salud, a la asistencia médica, a los servicios sociales y a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudedad, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad, están consagrados en el artículo 25.1. La pretensión de construir una Seguridad Social en la línea del artículo 22, sin incluir en ella la protección de las necesidades recogidas en el artículo 25, parece rigurosamente inviable.

Si se examina la Carta Social Europea, se encuentran también asideros formales para separar el derecho a la Seguridad Social, que se reconoce a «todos los trabajadores y sus causahabientes» (Parte I.12), del derecho a la asistencia social y médica, otorgado a «toda persona desprovista de recursos suficientes» (Parte I.13).

Pero las conclusiones a que podría llevar este razonamiento deben ser rechazadas antes de proseguirlo, y parece más razonable atribuir esas singularidades a defectos técnicos de nuestra Constitución que aceptar la oportunidad de un régimen de Seguridad Social en que la vejez, la salud o la familia, no resultaran objeto de protección, únicamente en base a que la Ley Fundamental las ha mencionado en otros artículos.

De hecho, la Carta Social Europea compromete a las partes contratantes «a mantener el régimen de Seguridad Social a un nivel satisfactorio igual, al menos, al necesario para la rati-

ficación del Convenio Internacional de Trabajo n.º 102 relativo a la norma mínima de la Seguridad Social. Indirectamente, pues, España, aun no habiendo ratificado el Convenio número 102, está obligada a mantener su régimen de Seguridad Social al nivel necesario para ratificarlo, precisamente porque sí ratificó la Carta Social Europea de 29 de abril de 1980.

Pero en dicho Convenio 102, las nueve ramas principales de la Seguridad Social son la asistencia médica y las prestaciones monetarias por enfermedad, por accidente de trabajo o enfermedad profesional, por maternidad, por desempleo, por familiares, por vejez, por invalidez y a los supervivientes.

Así las cosas, la contemplación de las líneas maestras de la Seguridad Social trazadas por la Constitución española no puede reducirse a los cuatro artículos aludidos en que tal expresión se utiliza. Hay que examinar también los artículos 39, 43.1 y 2, 49 y 50.

En efecto, la *protección económica de la familia* es internacionalmente considerada como una de las vertientes de la Seguridad Social, como lo son la *protección de la salud*, el *tratamiento y rehabilitación de los disminuidos físicos* y —de manera señalada e indiscutible— la *suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas*.

La doctrina constitucionalista española comparte esta opinión y por ello Alzaga, al referirse a la protección de la salud, escribe que los artículos 41 y 43 debieron haberse refundido (3); al hablar de la protección a la fa-

milia considera que ésta se plasma en prestaciones de la Seguridad Social (4); y al comentar el artículo 50, sobre protección a la vejez, dice que habiéndose dedicado el artículo 41 al régimen público de Seguridad Social, «el dedicar de nuevo el artículo 50 a prometer pensiones adecuadas y servicios sociales idóneos es pura y simplemente albarda sobre albarda, en detrimento de la deseable brevedad de una buena Constitución» (5).

II. CONFIGURACION GENERAL DEL REGIMEN

No es frecuente, en el Derecho Constitucional comparado, ni en las normas de carácter supranacional, que se imponga a los poderes públicos la obligación de mantener un régimen de Seguridad Social, en lugar de reconocer a los trabajadores o a los ciudadanos el derecho a la misma. En efecto, los artículos 22, 23 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la parte I.12 y la parte II, artículo 12 de la Carta Social Europea, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, el artículo 48 de la Constitución turca, el artículo 63 de la Constitución portuguesa o el artículo 38 de la Constitución italiana, consagran el derecho de los ciudadanos o de los trabajadores a la Seguridad Social. La Ley Fundamental española, en cambio, sólo incluye el derecho a la Seguridad Social entre los «Derechos y libertades» (capítulo II del título I), cuando hace referencia a los condenados a penas de prisión (artículo 25) (6). Al resto de los ciuda-

danos, su derecho a la Seguridad Social no les viene originariamente atribuido, sino que es un derecho indirectamente reconocido, como consecuencia de la obligación que impone a los poderes públicos de mantener un régimen de Seguridad Social, obligación —por cierto— recogida al definir los principios rectores de la política social y económica (capítulo III del título I).

La cuestión no carece de importancia, porque constituye un revelador indicio de que el derecho a la Seguridad Social no puede catalogarse entre los derechos individuales clásicos, es decir, entre aquellas libertades para gozar de las cuales basta con la abstención del Estado. En efecto, aquí no se trata de poner límites a los poderes del Estado, acotando un ámbito en el que el individuo realice su libertad sin que puedan los gobernantes atentar contra ella. Se trata, muy al contrario, de un derecho cuya garantía impone al Estado la obligación de crear las condiciones necesarias para su cumplimiento.

Pero esas obligaciones del Estado le conducen a la necesidad de limitar los derechos de otras categorías sociales, de forma que el derecho declarado no es una barrera levantada contra el poder, sino una justificación de sus intervenciones. Cuando Burdeau hace notar que el sujeto del derecho acaba por resultar equívoco y que, en ocasiones, no se sabe si las declaraciones de derechos enuncian los derechos del hombre, o los del poder, está poniendo muy agudamente de relieve que los derechos sociales postulan la intervención del Estado y que los gobernantes deben organizar la vida colectiva de manera

que el individuo pueda beneficiarse realmente de las ventajas que su derecho comporta, aunque para ello deban incidir en las libertades de los demás (7).

Esto puede servir para explicar que la Constitución española no consagre tanto el derecho de los españoles a la Seguridad Social cuanto el deber del Estado de estructurarla. Con la importantísima consecuencia, por lo demás, de que aquel derecho, reconocido sólo indirectamente, no está garantizado por la protección que se ha venido a denominar «máxima» (es decir, la que dispensa el artículo 53.2 de la Constitución a los derechos fundamentales y libertades públicas), ni siquiera por la denominada «media» (la estructurada en el artículo 53.1 para los derechos y deberes de los ciudadanos), sino únicamente por la protección «mínima» del artículo 53.3 (8). Ello supone que los principios rectores de la política social y económica «no pretenden reconocer de modo inmediato derecho alguno, sino que su misión es la de imponer al poder público el deber de adoptar las medidas precisas (legislativas, de gobierno, administrativas) para que, en el futuro, se cumpla el programa constitucional y, por consiguiente, puedan ejercitarse los correspondientes derechos» (9) o —dicho con las palabras de la Constitución— «el reconocimiento, el respeto y la protección» de tales principios, «informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», pero «sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

Por eso, resulta explicable el pronóstico de Alzaga al consi-

derar que las previsiones del artículo 41 de que la Seguridad Social se extienda a todos los ciudadanos, «tardarán mucho tiempo en verse cumplidas» (10).

III. OPCIONES ABIERTAS POR LA CONSTITUCION

Aceptado, pues, que la Seguridad Social comprende la protección frente a todas las situaciones de necesidad, incluyendo las que se mencionan en artículos distintos del 41, y partiendo de la evidencia de que la Constitución no otorga directamente, en esta materia, derechos a los ciudadanos, sino que genera obligaciones para los poderes públicos, se impone ya el análisis pormenorizado de los preceptos.

1. El concepto de poderes públicos y su competencia

Sabemos, desde los días en que escribía el maestro Pérez Serrano, que la parte orgánica de la Constitución está constituida por «la serie de reglas para el establecimiento y función de los diferentes poderes y autoridades, así como el reparto de competencias» (11). Por eso, los tratadistas más recientes afirman que en la Constitución deben estar siempre contenidas «las líneas maestras de la organización de los poderes públicos» (12), y que «ningún sistema político contemporáneo —por muy revolucionario que sea su origen o tiránicas sus intenciones, ni por mucho que respete la libertad del pueblo— puede prescindir

de una descripción oficial y debidamente establecida de los diversos organismos centrales, locales y específicos, encargados de elaborar, aplicar y juzgar las distintas leyes y normas». «De esta manera, mediante el texto constitucional, los funcionarios, y también los ciudadanos, se enteran del nombre, la estructura y los procedimientos de los organismos de gobierno más importantes, a fin de que puedan entenderlos, utilizarlos y obedecerlos» (13).

Definir los poderes públicos y precisar sus respectivas funciones y competencias es así una misión esencial de la Constitución, que Burckhardt ha definido, precisamente, como un «orden» o un «sistema» de competencias, esto es, como la estructura jurídica del poder, en cuanto que asigna a los diversos órganos e instituciones sus funciones, sus poderes para cumplirlas, y los procedimientos para realizarlas (14).

La lectura de la Constitución española permite comprobar que en ella se distingue la Jefatura del Estado (Título II, De la Corona), el Poder Legislativo (Título III, De las Cortes Generales), el Poder ejecutivo (Título IV, Del Gobierno y de la Administración), las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo (Título V, De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales) y el Poder judicial, único, por cierto, al que se designa con ese mismo nombre (Título VI, Del Poder judicial).

Pero al yuxtaponer a esa estructura de los poderes de Estado la organización territorial del mismo (Título VIII) con sus municipios, provincias y Comunidades Autónomas, o Regiones, o Nacionalidades, los cons-

tituyentes han debido considerar que es tarea excesivamente minuciosa la de atribuir a cada uno de los órganos que quedan enumerados sus precisas funciones y atribuciones, y han resuelto enunciar los órganos y su composición, otorgándoles en algunos casos muy específicas competencias, pero atribuyendo muchas otras, de variada índole y significación, a lo que denominan genéricamente *poderes públicos*, cuya definición, sin embargo, no está contenida en el texto constitucional.

Así resulta que, en ocasiones, los poderes públicos pueden identificarse con el Estado, otras con alguno o algunos de sus poderes, otras con los entes territoriales y muy frecuentemente con varios de ellos a la vez.

La cuestión puede tener más importancia de lo que a primera vista parece. Véase, en efecto, que en los artículos 9 (párrafos 1 y 2), 16 (párrafo 3), 27 (párrafos 3, 5, 8 y 9), 38, 39 (párrafos 1 y 2), 40 (párrafos 1 y 2), 41, 43 (párrafos 2 y 3), 44 (párrafos 1 y 2), 45 (párrafo 2), 46, 47, 48, 49, 50, 51 (párrafos 1 y 2), 129 (párrafo 2) y 130 (párrafo 1), se hace expresa referencia a los «poderes públicos», atribuyéndoles funciones y competencias tan variadas como trascendentales. De esa lectura debería deducirse sin esfuerzo la necesidad de precisar con todo rigor y exactitud qué es, para la Constitución española, un *poder público*. Y, sin embargo, es inútil buscar tal precisión en el texto constitucional.

Las competencias y funciones que, a lo largo del texto, van acumulándose en ese cajón de sastre de los poderes públicos son, como puede verse, de

la más variada índole. No se excluye, consiguientemente, la posibilidad de que este hecho provoque innumerables conflictos de interpretación y que sea posible preguntarse, con algún fundamento, si los Ayuntamientos deben mantener un régimen público de Seguridad Social (artículo 41), si el Tribunal de Cuentas debe promover la ciencia y la investigación científica (artículo 44), si corresponde a las fuerzas de seguridad la inspección del sistema educativo (artículo 27), o si los cabildos insulares deben promover las diversas formas de participación en la empresa (artículo 129).

Como Boyer indicó en su momento, «una cuestión previa es... la de definir qué se entiende por poderes públicos, de modo que se incluyan en ellos todas las ramas del ejecutivo, tanto del Estado español como de los órganos territoriales autonómicos, y quedando fuera los órganos del poder judicial, que deben limitarse a aplicar la Ley promulgada. No parece —concluía el autor— que en esto deban existir dificultades de principio» (15).

Es cierto, sin embargo, que la mención de los poderes públicos en la Constitución puede ser una fuente de equívocos e imprecisiones y que, en relación con el concreto tema que nos ocupa, puede polemizarse en torno a cuáles son los poderes que deben mantener un régimen público de Seguridad Social.

Está perfectamente claro, en el artículo 149.1.17.^a, que el Estado tiene «competencia exclusiva» en materia de «*legislación básica y régimen económico*» de la Seguridad Social, sin perjuicio de la *ejecución* de sus

servicios por las Comunidades Autónomas». Pero, como ha explicado Alonso Olea (16), mientras las reglas 6.^a y 7.^a del artículo 149 hablan «a secas» de legislación mercantil, penal, penitenciaria o laboral, la regla 17.^a habla de legislación *básica*, lo que quiere decir que «para la Seguridad Social se está previniendo que el Estado dicte para las Comunidades Autónomas leyes de bases-delegantes-marco», en el sentido del artículo 50 de la Constitución (17). Parece claro, sin embargo, que el contenido de las leyes comunitarias delegadas, dictadas en virtud de aquella delegación, no podría afectar a los derechos y obligaciones de los ciudadanos en materia de Seguridad Social que, de conformidad con el artículo 139.1, deben ser los mismos «en cualquier parte del territorio del Estado» (18).

Como matiza el propio Alonso Olea (19), «legislación debe ser entendida en sentido amplio», comprendiendo «la determinación de beneficios, requisitos e intensidad de acción protectora» y régimen económico, quedando así para la Comunidad la gestión —importantísimo tema en la Seguridad Social— de los servicios y la posibilidad de dictar normas organizativas en cuanto a ésta.

En cuanto a la *ejecución*, está bien claro que aquí no se trata de ejecutar la legislación —con la consiguiente polémica acerca de si incluye, o no, el poder reglamentario—, sino de ejecutar *los servicios de la Seguridad Social*, lo que abre evidentes posibilidades a la descentralización de los mismos.

Opinan De la Villa y Desdentado (20) que el artículo 149.1 «implica, en todo caso, la posi-

ble atribución a las Comunidades de la gestión de la Seguridad Social, incluidas las facultades de autoorganización y el establecimiento de un proceso de descentralización institucional propio». Pero los mismos autores se apresuran a añadir que «la indeterminación del concepto de legislación no básica tiene consecuencias peligrosas y disgregadoras respecto a la unidad del sistema, lo que debe llevar a la interpretación restrictiva de que cualquier regulación, con independencia de su rango formal —legal o reglamentario—, que se considere «fundamental» (acción protectora, campo de aplicación y régimen económico financiero), deba ser de la competencia exclusiva del Estado».

El examen de los Estatutos de Autonomía de Cataluña (21), o de Andalucía (22), produce la impresión de que puede originarse una cierta fragmentación en el sistema, por virtud de las competencias que la Generalidad o la Comunidad Autónoma Andaluza asumen. Sus artículos 17 y 20 disponen que, en materia de Seguridad Social, les corresponde:

«a) El desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la misma.»

«b) La gestión del régimen económico de la Seguridad Social.» «La Generalidad de Cataluña —sigue diciendo el precepto— podrá organizar y administrar a tales fines, y dentro de su territorio, todos los servicios relacionados con las materias antes expresadas y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones en materia de Sanidad y Seguridad Social, reservándose el Estado la alta

inspección, conducente al cumplimiento de las funciones y competencias contenidas en este artículo.»

La misma impresión inicial se produce al leer el Estatuto de Autonomía para el País Vasco (23), cuyo artículo 18 es reproducción literal de los citados artículos 17 del Estatuto Catalán y 20 del Estatuto Andaluz (o a la inversa). Pero, en el caso vasco, la polémica cuestión aparece matizada por la muy precisa referencia al carácter unitario de la Seguridad Social y al principio de solidaridad que debe inspirarla. Su disposición transitoria 5.^a obliga, en efecto, a la Comisión Mixta de Transferencias creada para aplicar el Estatuto, a establecer los oportunos convenios «mediante los cuales la Comunidad Autónoma asumirá la gestión del régimen económico de la Seguridad Social, *dentro de su carácter unitario y del respeto al principio de solidaridad*, según los procedimientos, plazos y compromisos que, para una ordenada gestión, se contengan en tales convenios».

El Estatuto de Autonomía para Galicia (24), cuyo artículo 33 otorga también a aquella Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de Seguridad Social, salvo las normas que configuran el régimen económico de la misma, así como la gestión de dicho régimen económico en Galicia, lo hace *sin perjuicio de la Caja Unica*. El n.º 4 del referido artículo reproduce los artículos 17.4, 18.4 y 20.4 de los Estatutos Catalán, Vasco y Andaluz (25).

En el Estatuto de Autonomía para Asturias (26), las compe-

tencias en materia de Seguridad Social se asumirán mediante ley orgánica en la que se señalarán las que pasan a ser ejercidas por la Comunidad Autónoma y los términos en que deben de llevarse a cabo (artículo 13.2). Esta última previsión no figura en el de Cantabria (27) cuyo artículo 25.2 es, sin embargo, muy parecido al 13.2 del Estatuto Asturiano.

2. Alcance de la expresión «mantendrán»

El diccionario de la Real Academia Española contiene hasta nueve acepciones de la palabra mantener. Prescindiendo de las inaplicables a este supuesto (defender o sustentar una opinión, sostener un torneo, amparar a uno en la posesión o goce de una cosa y fomentarse o alimentarse), hay cuatro acepciones que reflejan la idea de conservar algo que ya existe. Así, «conservar una cosa en su ser, darle vigor y permanencia», o «sostener una cosa para que no caiga o se tuerza», o «proseguir voluntariamente en lo que se está ejecutando», o «perseverar y no variar de estado o resolución», implicarían, aplicadas a la Seguridad Social que los poderes públicos deben *mantener*, la conservación, la permanencia, el sostenimiento, la prosecución, la perseverancia en el sistema de Seguridad Social existente cuando la Constitución se promulga y su vigorización, extendiéndolo a todos los ciudadanos.

Otra acepción, sin embargo, permitiría interpretar el mantenimiento, por analogía con la provisión de los alimentos nece-

sarios, en el sentido de que los poderes públicos deben aportar los medios precisos para que la Seguridad Social proteja a los ciudadanos frente a situaciones de necesidad. Ello comportaría, en una interpretación radical y terminante, la exclusión de un régimen de carácter contributivo y la implantación de un sistema financiado exclusivamente a través de los presupuestos generales del Estado. No está lejos de esta interpretación Belmonte (28) cuando escribe que «mantendrán» implica la idea de ser «a costa de», sin especificar la aportación contributiva al régimen de empresas y trabajadores y, en su caso, la ayuda estatal, y dando la impresión de que la Constitución quiere que el Estado sea el único sostenedor de la Seguridad Social, porque pudiera haber evitado esto con otra palabra como «elaborarán», «dispondrán», «establecerán», etc.

Lo probable, sin embargo, es que la palabra mantener signifique, en el contexto del artículo 41, que los poderes públicos tienen el deber de propiciar la existencia de un régimen público de Seguridad Social, conservando o reformando el anterior, o instaurando uno nuevo, y por supuesto aportando la financiación, total o parcial, que produzca como resultado que el régimen se mantiene. En esta línea de razonamiento, no parece que el legislador ordinario quede muy condicionado por la norma constitucional, pues son muy diversos los procedimientos de cumplir ese mandato y todos ellos tienen cabida en el marco constitucional. Como escriben De la Villa y Desdentado (29) «es posible que los constituyentes empleen el término en una significación indiferen-

ciada, equivalente a otras muchas (organizar, etc.)».

3. Carácter público del régimen de Seguridad Social

No contento con disponer que el régimen de Seguridad Social será mantenido por los poderes *públicos*, el legislador constitucional añade que dicho régimen será *público*. La doctrina es unánime al considerar que ello configura a la Seguridad Social como un servicio público (30), que la Constitución consagra la superación del aseguramiento privado de los riesgos sociales, reconociendo que la protección social del ciudadano es una función típica y exclusivamente estatal (31) y que régimen público se contraponen a régimen privado, de manera que sólo el primero puede ser preceptivo para el ciudadano (32).

A la vista de la clara formulación constitucional y de las autorizadas opiniones doctrinales que han quedado expuestas, ofrece pocas dudas que el régimen de Seguridad Social que deben mantener los poderes públicos debe reunir las siguientes características:

a) No será un régimen libre, sino preceptivo, obligatorio para los ciudadanos, que son sus destinatarios.

b) Deberá ser regulado básicamente por la Ley.

c) Su régimen económico deberá establecerse exclusivamente por el Estado, que tiene plena libertad para articular la forma de financiación.

d) La gestión admite técnicas diversas, pero todas ellas

son las correspondientes a un servicio público, susceptible de descentralización y de concesiones administrativas y ciertos. De la Villa y Desdentado escriben con rotundidad que «la naturaleza pública del régimen de seguridad social (nivel mínimo), de significar algo que añadir a lo que ya deriva de la configuración de aquel como contenido de una función necesariamente estatal, no podría ser más que *el propósito de los constituyentes de vetar la intervención de particulares (mutuas, empresas, etc.) en la gestión o administración del mismo*» (33), y probablemente la observación es certera. Pero, con independencia del propósito de los constituyentes, es lo cierto que el servicio público puede ser gestionado de muy diversas formas, todas las cuales caben, naturalmente, en materia de Seguridad Social. Lo que no cabría es la gestión por iniciativa privada, autónoma, y al margen de los organismos públicos constitucionalmente llamados a desempeñarla.

4. La posibilidad de niveles dentro del régimen obligatorio

La expresión del artículo 41, según el cual el régimen público de Seguridad Social se extiende a *todos* los ciudadanos, ha conducido a algún sector de la opinión y de la doctrina a la conclusión de que ese régimen ha de ser *único e igual* para todos los españoles (34). Borrero ha escrito, por ejemplo, que la Constitución acepta el principio de universalidad y rechaza los viejos principios, hasta ahora clásicos, de laboralidad y profesionalidad. «El ámbito

personal o subjetivo, el círculo de personas protegidas, se configura de acuerdo con el principio de universalidad: Todos los ciudadanos, absolutamente todos» (35).

Estas afirmaciones se prestan, desde luego, a discusión. Aceptado que todos los ciudadanos deben estar protegidos frente a algunas situaciones de necesidad, no está demostrado que la Constitución excluya absolutamente la posibilidad de que algunos sectores ciudadanos, y en concreto quienes trabajan por cuenta propia o ajena, gocen de una protección diversa, especializada, frente a otro tipo de riesgos diversos de los que cubre el régimen universal.

Ello permitiría diferenciar, dentro del régimen público y obligatorio, un nivel general, para todos los ciudadanos, y un nivel profesional, de extensión limitada a la población activa. Se cumpliría, por supuesto, la exigencia de igualdad ante la ley, en cuanto que *todos* los que estuvieran en la misma situación tendrían idéntica protección, pero ello supone alejarse, claro es, de cualquier gruesa interpretación «igualitarista».

Como sostuvieron en su día los expertos del Círculo de Empresarios (36), «la extensión a todos los ciudadanos del derecho a la Seguridad Social no ha de comportar necesariamente una intensidad protectora idéntica, pues ni todos los colectivos han de tener derecho a todas las prestaciones, ni, incluso respecto a las de extensión universal, la intensidad tiene que ser idéntica».

El tema está lógicamente relacionado con el problema de la financiación, pues el nivel general o universal habría de estar

íntegramente a cargo de los Presupuestos del Estado, en tanto que el nivel profesional debería basarse en un sistema fundamentalmente contributivo, sin perjuicio de las oportunas subvenciones estatales. Cualquier solución cabe, sin duda, en el marco de la Constitución.

Puede incluso darse un paso más y sostener que el nivel profesional, no sólo no está excluido en la Constitución, sino que hasta viene exigido por la misma. Basta para ello leer el artículo 25, al que ya aludimos, que garantiza los beneficios de la Seguridad Social al condenado a pena de prisión. El precepto dice precisamente que tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios *correspondientes* de la Seguridad Social. No parece dudoso que la palabra correspondiente se refiere justamente al trabajo remunerado. Dicho de otro modo, el condenado tiene derecho a los beneficios de la Seguridad Social *que corresponden* a un trabajo remunerado. De tal suerte, nuestra Constitución ofrece un asidero, indirecto pero firme, para sostener la existencia de un nivel profesional en el régimen público de la Seguridad Social.

5. La posibilidad de especialidades dentro del nivel profesional

Cuestión distinta es la de que tal nivel profesional sea, a su vez, único, o pueda diversificarse sectorialmente, a la manera en que el sistema hoy vigente se divide en régimen general y varios regímenes especiales.

No existe en la Constitución impedimento alguno para la continuidad de los regímenes especiales actualmente en vigor, como no lo existió durante la vigencia de la Ley de Principios Fundamentales del Movimiento de 17 de mayo de 1958, que reconoció el derecho a los beneficios de la Seguridad Social a «todos los españoles». Si ello no fue obstáculo para articular, en cumplimiento de ese mandato, especialidades en la protección, si bien tendiendo a la «máxima homogeneidad», no se ve hoy que un mecanismo semejante pueda ser tachado de inconstitucional. Que el régimen sea *para todos*, no implica que haya de ser necesariamente *igual para todos*. Justamente para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, la Constitución impone a los poderes públicos, en su conocido artículo 9, el deber de remover obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Si se estructura un nivel de Seguridad Social profesional, de carácter contributivo (lo que, como queda dicho, es rigurosamente posible en el marco de la Constitución), resulta tarea sencilla justificar que a situaciones desiguales (agricultura e industria, por ejemplo) corresponden tratamientos desiguales, precisamente para obtener resultados iguales.

6. La extensión y suficiencia de la acción protectora

Justamente, al decidir, al principio de nuestro análisis, los preceptos que debían ser examinados para abordar la configuración de la Seguridad Social

en la Constitución española, hemos abordado de manera indirecta la extensión que cabe suponer alcance su acción protectora. La Constitución habla genéricamente de «prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad», y sólo alude *especialmente* al desempleo. Pero a ello hay que añadir —permítase la reiteración— la asistencia sanitaria, la protección de la familia, el tratamiento y rehabilitación de los disminuidos físicos y las pensiones de vejez.

Aun hecha esta ampliación del inicial contenido del artículo 41, la enumeración de prestaciones (y de necesidades que las generan) no resulta agotada, pues el legislador ordinario tiene el más ancho campo para arbitrar *prestaciones sociales ante situaciones de necesidad*.

Singular importancia reviste el dato de que tales prestaciones sociales deben ser *suficientes*. Ha hecho notar agudamente Borrajo (37) que la palabra suficiente debe significar lo mismo en el artículo 35.1, referido al salario, que en el artículo 41, referido a las prestaciones sociales ante situaciones de necesidad. «No puede hablarse de una suficiencia para el trabajador en activo... y de otra suficiencia para el trabajador inactivo pensionista.»

De esta conceptualización hay que partir para determinar algo de tanta transcendencia como es el nivel de protección, a partir del cual comienza la libertad de las prestaciones complementarias. En efecto, aun aceptando que el modelo constitucional exija un nivel público y obligatorio y otro nivel «libre» (que, como veremos en seguida, puede ser indistintamente público o

privado), la cuestión básica se centra entonces en la determinación de la frontera entre ambos o —dicho de otro modo— en el nivel que hay que alcanzar en el régimen público para poder estimarlo suficientemente y, en consecuencia, dar vía libre al régimen complementario. La tentación de mantener dicho régimen público en niveles de pura subsistencia, con objeto de que la iniciativa privada pueda moverse con mayor holgura en el terreno de lo complementario, constituye seguramente el mayor riesgo de la actual encrucijada de la Seguridad Social, y puede ser el eje en torno al cual se produzca un auténtico vuelco en el sistema. Por eso no ha dejado de preocupar a la doctrina (38).

IV. EL REGIMEN COMPLEMENTARIO

El artículo 41, en su inciso final, prevé la existencia de asistencia y prestaciones de carácter libre, que configuran así un régimen complementario del público y obligatorio a que nos hemos venido refiriendo.

La Constitución no ha empleado la palabra «privado», para contraponerlo al régimen público que la misma establece. Quiere ello, con toda seguridad, decir que el régimen de Seguridad Social obligatorio habrá de tener en España carácter público, mientras que el régimen voluntario —complementario del primero— será libre y podrán concertarlo los interesados con entidades y organismos de la más variada naturaleza, privados desde luego, pero también profesionales o sindicales, mutualistas, e incluso públicos.

Insisto en que lo decisivo en esta materia es la determinación de la *suficiencia*, sólo a partir de la cual puede hablarse de complementariedad.

Por lo demás, cometerá un error quien identifique lo privado con la libre iniciativa movida por el ánimo de lucro. En este punto no se pueden siquiera realizar predicciones sin conocer los propósitos de los sindicatos legalmente constituidos, cuya libertad para acudir al campo de la Seguridad Social complementaria es absolutamente manifiesta. Los sindicatos contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios y su actividad es libre dentro del respeto a la Constitución y a la Ley (artículo 7 de la Constitución). El resurgimiento de un amplio movimiento mutualista de estirpe sindical es un fenómeno que a los observadores de la vida laboral española no habría de causar la menor sorpresa.

V. LA PARTICIPACION DE LOS INTERESADOS

Como hemos indicado en su momento, el artículo 129.1 de la Constitución dispone que «la ley establecerá las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social». No se piense que el precepto se refiere a la participación como sinónimo de «aportación». Sin excluir —como hemos dicho— la posibilidad de un nivel contributivo, interpretar este artículo en esa dirección sería sacarlo de su contexto. Aquí se habla de participación en *organismos*, es decir, se consagra el derecho

de los interesados a participar, en la forma que establezca la Ley ordinaria, en las entidades gestoras de la Seguridad Social.

Es claro que la palabra *interesados* no puede reducirse en su alcance. Si la Seguridad Social protege a *todos*, todos resultan interesados en la gestión de la misma, sin que sea lícito efectuar un planteamiento universalista en cuanto a la concepción del sistema y reducirlo a modelo laboral cuando se trata de participar en la gestión. Borrajo ha escrito, con harta razón (39), que, cuando se considera que la participación tiene que reducirse a los trabajadores y a los empresarios, y que tiene que articularse a través de los sindicatos y asociaciones empresariales, se está «bajo la ley de la inercia».

En aplicación del principio constitucional, los artículos 17.5 del Estatuto de Cataluña, 18.5 del Estatuto Vasco y 20.5 del Estatuto de Andalucía disponen que la Generalidad, los poderes públicos vascos y la Comunidad Autónoma de Andalucía ajustarán el ejercicio de las competencias que asuman en materia de Seguridad Social a criterios de participación democrática de todos los interesados, *así como* de los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales, en los términos que la ley establezca.

BIBLIOGRAFIA

- ALONSO OLEA, *Instituciones de Seguridad Social*, 8.ª ed., Civitas, Madrid, 1982, páginas 34-35.
- ALZAGA VILLAAMIL, *La Constitución española de 1978, Comentario sistemático*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978).
- BARRADA RODRIGUEZ, «Los derechos de Seguridad Social en la Constitución española de 1978», en *Revista de Seguridad Social*, n.º 2, abril-junio 1979, págs. 29 a 83.
- BELMONTE, *La Constitución, Texto y contexto*, Prensa Española, Madrid, 1979.
- BORRAJO DACRUZ, «Modelos normativos de la Seguridad Social en la Constitución», en *Acción Empresarial*, n.º 106-107, II, septiembre-diciembre 1981, págs. 58-62.
- CIRCULO DE EMPRESARIOS, *Documento base para el estudio de un modelo de Seguridad Social para España*, Madrid, 1979.
- DE LA VILLA GIL y DESDENTADO BONETE, *Manual de Seguridad Social*, 2.ª edición, Aranzadi, Pamplona, 1979, págs. 224 a 234.

NOTAS

(1) Ley de Principios Fundamentales del Movimiento de 17 de mayo de 1958, IX («todos los españoles tienen derecho... a los beneficios de la asistencia y seguridad sociales»). Fuero de los españoles de 17 de julio de 1945, artículo 28 («el Estado español garantiza a los trabajadores la seguridad de amparo en el infortunio y les reconoce el derecho a la asistencia en los casos de vejez, muerte, enfermedad, maternidad, accidentes del trabajo, invalidez, paro forzoso y demás riesgos que puedan ser objeto de seguro social»). Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1938, III.2 («se establecerá el subsidio familiar por medio de organismos adecuados»); X.1. («la previsión proporcionará al trabajador la seguridad de su amparo en el infortunio»); X.2 («se incrementarán los seguros sociales de vejez, invalidez, maternidad, accidentes del trabajo, enfermedades profesionales, tuberculosis y paro forzoso, tendiéndose a la implantación de un seguro total. De modo primordial se atenderá a dotar a los trabajadores ancianos de un retiro suficiente») y XIII.6 («los sindicatos podrán crear y mantener organismos de... previsión, auxilio y demás de carácter social que interesen a los partícipes de la producción»). Ley constitutiva de las Cortes de 17 de julio de 1942, artículo 10 («las Cortes conocerán, en Pleno, de los actos o leyes que tengan por objeto alguno de las materias siguientes: ... i) Las bases del Derecho... Social»).

(2) En efecto, el artículo 1.º de la Ley General de Seguridad Social invoca expresamente las declaraciones III y X del Fuero del Trabajo, el artículo 28 del Fuero de los Españoles y el Principio IX del Movimiento Nacional.

(3) *La Constitución*, cit. en la bibliografía, pág. 318.

(4) *Ibidem*, pág. 311.

(5) *Ibidem*, pág. 338.

(6) Cfr. ALZAGA, *La Constitución española*, cit., pág. 245.

(7) *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 17 edit., París, L.G.D.J., 1976, pág. 71.

(8) Los tres niveles de protección han sido muy cuidadosamente elaborados y expuestos por Montoya Melgar en «Ejercicio y garantías de los derechos fundamen-

tales en materia laboral», *Revista de Política Social*, n.º 121, enero-marzo 1979, pág. 315 y ss.

(9) MONTROYA, *loc. cit.*, pág. 343.

(10) *Loc. cit.*, pág. 316.

(11) *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1976, pág. 457.

(12) ESTEBAN, JORGE DE, «La Constitución en el mundo actual». Estudio preliminar a la obra *Constituciones españolas y extranjeras*, Taurus, Madrid, 1977, vol. I, página 30.

(13) DUCHACEK, *Derechos y libertades en el mundo actual*, Inst. Est. Pol., Madrid, 1976, pág. 67.

(14) GARCIA PELAYO, *Derecho Constitucional comparado*, Rev. de Occidente, Madrid, pág. 100.

(15) «El sistema económico en la futura Constitución española», en *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, página 267.

(16) «El sistema normativo del Estado y de las Comunidades Autónomas», en *Revista de Política Social*, n.º 121, enero-marzo 1979, pág. 73.

(17) Vid. VILLARROYA, TOMÁS, «Las Fuentes del Derecho en las Comunidades Autónomas», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Dirección General de lo Contencioso-Instituto de Estudios fiscales, Madrid, 1979, I, pág. 156 y ss.; ARGULLOL MURGADAS, «Los límites de la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas», en la misma obra, pág. 229 y ss.; ENTRENA CUESTA, RAFAEL, «La potestad legislativa de las Comunidades Autónomas», en la misma obra, pág. 671 y ss.; CASAS BAAMONDE, «Sistema de fuentes jurídico-laborales y Comunidades Autónomas», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, n.º 1, abril-junio 1980, pág. 38 y ss.

(18) A tenor del artículo 148.1.20.^a y 21.^a, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de asistencia social, sanidad e higiene. Si el planteamiento tiene alguna coherencia, ni la asistencia social es la misma asistencia que debe garantizar el régimen público de Seguridad Social en el sentido del artículo 41, ni la sanidad equivale a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

(19) *Loc. cit.*, pág. 35.

(20) *Manual...*, cit., págs. 223-224.

(21) Ley orgánica 4/1979, de 18 de diciembre (BOE del 22).

(22) Ley orgánica 6/1981, de 30 de diciembre (BOE del 11 de enero de 1982).

(23) Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre (BOE del 22).

(24) Ley orgánica 1/1981, de 6 de abril (BOE del 28 de abril).

(25) La práctica de copiar preceptos de Estatutos anteriores o simultáneos produce a veces erratas pintorescas. En estos artículos, la Comunidad Autónoma del País Vasco tutela las *fundaciones*, mientras Cataluña tutela las *funciones* (por evidente error material). En Galicia se ha copiado la fórmula vasca, y el artículo 33.4 dice también *fundaciones*, en tanto que en Andalucía se utilizó la fórmula catalana y se reproduce, en el artículo 20.4, la palabra *funciones*.

(26) Ley orgánica 7/1981, de 30 de diciembre (BOE del 11 de enero de 1982).

(27) Ley orgánica 8/1981, de 30 de diciembre (BOE del 11 de enero de 1982).

(28) *Op. cit.* en la bibliografía, pág. 172.

(29) *Manual...*, cit., pág. 228.

(30) BORRAJO, *loc. cit.*, pág. 60.

(31) DE LA VILLA Y DESDENTADO, *Manual...*, cit., pág. 226.

(32) BARRADA, *loc. cit.*, págs. 65-66.

(33) *Manual...*, cit., pág. 228.

(34) Prescindimos aquí de la cuestión de si la palabra *ciudadanos* utilizada por la Constitución incluye a los extranjeros. En realidad, la Constitución habla de los *ciudadanos* españoles y el problema de los extranjeros hay que resolverlo por el camino del artículo 13, que se atiene a los términos que establezcan los tratados y la ley.

(35) *Loc. cit.*, pág. 59.

(36) *Op. cit.* en la bibliografía, páginas 49-50.

(37) *Op. cit.*, págs. 59-60.

(38) Cfr. DE LA VILLA-DESDENTADO, *Manual...*, cit., págs. 230-231: «Si el Estado (o poderes públicos) asegura un nivel mínimo, puede éste ser de muy pobre contenido, potenciando así los, por otra parte legales, resortes privados de cobertura y llegando, por esta vía, a un resultado fuertemente insolidario.»

(39) *Loc. cit.*, pág. 61.