

COMUNIDADES AUTONOMAS Y SEGURIDAD SOCIAL

Este artículo de Efrén Borrajo Dacruz trata de la distribución de competencias entre el poder central y los poderes territoriales en materia de Seguridad Social. A tal efecto, delimita el contenido orgánico y funcional de la Seguridad Social en España, con especial referencia a si se integra en ella o no, según la Constitución, el complejo sanitario o, al menos, la prestación de asistencia sanitaria. Repite la cuestión respecto de los Servicios Sociales. Apunta la tesis de que pueden formarse hasta tres Sistemas (Sanitario, de Seguridad Social económica y de Servicios Sociales) coordinados pero con entidad propia, ante la ambigüedad de la Constitución.

Seguidamente, proyecta sobre tales materias las posibles competencias: legislativa, reglamentaria (con especial diferenciación de los reglamentos orgánicos) y de administración. Se analiza la posición del Tribunal Constitucional sobre el ámbito de las expresiones «legislación básica» y «ejecución», y se hacen referencias sucesivas a las precisiones que quiere aportar el proyecto de LOAPA. Los términos de la difícil cuestión se estudian, igualmente, en los Estatutos de Autonomía de Cataluña, País Vasco, Galicia y Andalucía. Se postula, en el capítulo de conclusiones, un tratamiento político razonable, en el que los distintos poderes territoriales y el poder central no extremen la interpretación literal. La categoría de «razonabilidad» se aplica repetidamente.

La Seguridad Social constituye uno de los ejemplos más significativos para la aplicación de esta metodología. Está mencionada expresamente en el artículo 41: «Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social...», pero no es posible entender, sin más, que el tratamiento constitucional de la materia se agota en dicho precepto, so pena de que se reduzca al máximo su contenido y se distingan los siguientes sistemas de protección social:

- en primer lugar, el Sistema Nacional Sanitario, que encontraría su fundamento en el art. 43;
- en segundo lugar, el Sistema Nacional de Pensiones, que encontraría su fundamento en el art. 50;
- en tercer lugar, el Sistema de Servicios Sociales, que encontraría base en el citado art. 50, completado con el art. 49; acaso, también con los arts. 39.1 y 40.1 y 2, 44, 48, etc.;
- en fin, en cuarto lugar, el Sistema Nacional de Seguridad Social, con fundamento en el citado art. 41.

Esta desagregación de funciones político-sociales conduciría a una interrelación entre unos y otros sistemas, y seguramente en la práctica se descubriría que tiene una realidad más nominal que efectiva. Sería, muy posiblemente, poco operativa. Acaso, en un planteamiento razonable, la única distinción que puede postularse es la relativa a la separación orgánica entre los servicios de índole sanitaria y los servicios de prestaciones económicas. Así, los arts. 41 y 43 pasarían a convertirse en preceptos nucleares, a los que habrá que referir los contenidos de otros

I. CUESTIONES PREVIAS

1. Composición del Sistema de Seguridad Social

LA vigente Constitución española de 1978 es fruto del consenso y éste, a su vez, no se alcanzó de una vez y para siempre, sino que fue, en realidad, un proceso que se mantuvo, con transacciones repetidas, a lo largo de varios años. De ahí que muchas veces

una misma materia aparezca con tratamientos divergentes, y, lo que es más frecuente, reciba denominaciones distintas. El resultado es obvio: el análisis puramente gramatical, la búsqueda del sentido literal del precepto, son o pueden ser útiles pero no son, por sí mismos, concluyentes. La Constitución exige, casi siempre, una interpretación globalizadora, en función de sus antecedentes inmediatos en los trabajos de ponencias, comisiones y plenos, y de su texto completo, con fines sistemáticos.

muchos que tratan *materias conexas*. Pero, en principio, las menciones separadas de la Constitución no pueden erigirse en criterios diferenciadores, sino que se explican, muchas veces, por el afán de producir *citas expresas de grupos sociales muy concretos*, para que cada uno de los colectivos de la vida nacional se encuentre recogido (mencionado) en la superley. De ahí las referencias a la tercera edad, a los minusválidos, a los jóvenes, etc.

Las distinciones operativas, por tanto, pasan a ser las siguientes: *a)* de una parte, servicios sanitarios, en forma de sanidad, higiene pública, salud, productos farmacéuticos, etc.; *b)* de otra parte, prestaciones económicas por desempleo y demás medidas de igual naturaleza generadas por situaciones de necesidad.

Estas expresiones son, precisamente, las que la propia Constitución utiliza en los muy importantes artículos sobre distribución de competencias entre el Estado (poder central) y las Comunidades Autónomas (poderes territoriales de índole política) (1).

En efecto, los arts. 148 y 149 se refieren por separado a la Seguridad Social (149.1.17.º) y a Sanidad e higiene (artículo 148.21.º), Sanidad exterior y productos farmacéuticos (artículo 149.1.16.º).

La nueva terminología no es causal ni caprichosa. Es la que se utilizó en las redacciones de ponencias y comisiones. Así, el Anteproyecto constitucional (*B. O. del Congreso* de 5 de enero de 1978) en su art. 35, cerraba el precepto sobre el pleno empleo, seguridad e higiene, formación y readaptación profe-

sional, jornada máxima, etcétera, con la expresión: «... y proteger y mantener un régimen público de *seguridad social para todos*».

La Seguridad Social recibirá tratamiento normativo independiente a partir del texto de la ponencia constitucional (*B. O. del Congreso* de 17 de abril de 1978), art. 37. Ahora bien, en el citado Anteproyecto de 5 de enero de 1978, el art. 36 ya trató por separado el derecho a la protección de la salud, y concretaba: «Compete a los poderes públicos organizar y tutelar *la sanidad y la higiene...*». Estas expresiones se repiten en la ponencia constitucional y en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso (*B. O. del Congreso* de 1 julio de 1978) y en el Pleno (*B. O. del Congreso* de 24 de julio de 1978) como art. 39. Será la Comisión Constitucional del Senado quien sustituya «sanidad e higiene» por «salud pública» (*B. O. del Congreso* de 6 de octubre de 1978), art. 43.2.

En los mismos textos preconstitucionales, en los artículos previstos para la distribución competencial, se repetían las expresiones de Seguridad Social, Sanidad, Higiene pública, etc., en absoluta correlación terminológica. Sin embargo, los cambios que se introdujeron en los citados artículos del Título I no se trasladaron al Título VIII; de ahí las diferentes semánticas que ahora se aprecian.

Los anteproyectos de Estatutos de Autonomía de Cataluña y el País Vasco, aún repitieron la vieja terminología, precisamente al fijar las atribuciones del Estado y de dichas Comunidades en materia de Sanidad y Seguridad Social. Y sólo en la

redacción final buscaron su adaptación terminológica.

Con todo, hay que concluir que, a efectos de la fijación del orden competencial de uno y otros poderes, la distinción es operativa; es decir, es sustantiva, y puede dar origen a conflictos de límites. Baste pensar que el Estado tiene competencia exclusiva plena en el plano normativo en cuanto al régimen económico de la Seguridad Social; si en ésta se incluyen las prestaciones sanitarias en cuanto tales (y no sólo las indemnizaciones económicas por incapacidad laboral transitoria, etc.), la línea de financiación más importante del sistema sanitario queda dentro del ámbito competencial estatal.

Desde otro punto de vista, también hay que atender a los distintos regímenes jurídicos que reviste la acción protectora social. En principio, se apuntan dos, a saber:

- de una parte, los regímenes contributivos, que presuponen, por parte del beneficiario, el pago previo de unas cuotas individualizadas; es decir, el mantenimiento del viejo esquema *asegurativo*;

- de otra parte, los regímenes asistenciales en su sentido clásico de beneficencia *pública*, que presuponen en el beneficiario simplemente un estado de necesidad insatisfecha con cargo a los recursos propios, de la familia (deuda de alimentos, por ejemplo) o de otras organizaciones sociales (asistencia *privada*).

El sistema de Seguridad Social, en sus formas concretas, viene comprendiendo en su cuadro prestacional acciones de uno y otro signo. Las prestaciones extrarreglamentarias, gra-

ciables, asistenciales sin más, etcétera, reflejan en su misma denominación ese segundo tipo organizativo, que tenía y tiene por objeto colmar los vacíos de protección del régimen puramente contributivo.

La Constitución, en sus artículos 148 y 149, recoge los dos regímenes, y así incluye entre las competencias exclusivas *regionalizables* la «asistencia social», sin mayores precisiones (art. 148.20). Pero este dato puramente terminológico no parece que obligue a concluir que *las prestaciones asistenciales de la Seguridad Social* tengan que pasar, necesariamente, a dicha órbita territorial.

La Seguridad Social, como sistema de protección social, podrá integrar sus servicios presenciales con distintas técnicas jurídicas. Por tanto, dentro de ella pueden mantenerse, o crearse en el futuro, servicios de base contributiva, asistencial, etc. O dicho de otro modo: la técnica jurídica, por sí misma, no afecta a la composición final del sistema, ni a la atribución de competencias.

2. Distribución de competencias

Como es sabido, la Constitución española ha operado conforme al esquema de que hay competencias *exclusivas* del poder central, competencias *exclusivas* de la Comunidad Autónoma y, en fin, un tercer orden de competencias *compartidas*. En el primer momento post-constitucional, a impulsos de las reivindicaciones seculares, el principio de exclusividad se trató de llevar a sus últimas consecuencias. Pero, en realidad, el

texto constitucional no autorizó, ni siquiera en su tenor literal primario o inmediato, tal posición y ha apuntado, más bien, hacia el juego, incómodo pero realista, de las competencias compartidas.

En efecto, el Estado y las Comunidades están obligadas constitucionalmente a concurrir en sus acciones, desde las legislativas a las de simple administración, a resultas de dos principios, a saber:

a) De una parte, en cuanto que la Constitución *no impone*, de un modo directo e inmediato, un cuadro de competencias mínimo a las Comunidades Autónomas, sino que se limita a *enunciar* las que *podrán* ser asumidas en los Estatutos iniciales o a resultas de traspasos posteriores; en consecuencia, el poder central tiene —o *mantiene*, mejor dicho— *todas las competencias que ostenta* a tenor del ordenamiento jurídico vigente; y sobre esa totalidad es sobre la que operará *el recorte* que se fije estatutariamente. Las competencias del famoso art. 148 de la Constitución *son regionalizables per se*, pero no quedan atribuidas *per se* a las Comunidades. El poder territorial *sólo tendrá* las atribuciones que *expresamente* se le asignen. El orden competencial del poder central comprende todas las demás; es un orden *remanente* y no sólo residual. («La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado...»: art. 149.3; en concordancia con el artículo 148.1 y 2; así como el artículo 150.1 y 2.)

b) De otra parte, en cuanto que la Constitución articula la distribución entre los distintos

poderes con el doble juego de referencias a «competencias» y a «materias», con el resultado de que *una misma materia* puede quedar, y suele quedar, sometida a *una pluralidad de competencias* de distintos titulares.

La atribución en exclusiva habría podido garantizarse si la norma constitucional hubiese realizado la asignación por «materias en bloque», de modo que, para cada una de ellas, todas las competencias, desde la legislativa a la judicial, correspondiesen o al poder central o al poder territorial. Pero no ha sido así (afortunadamente, valga el juicio de valor) en razón de la alta complejidad de la vida colectiva en las sociedades industriales e internacionalizadas. La separación de materias en bloque resulta prácticamente imposible, por lo que se han relacionado y distinguido funciones, y éstas se superponen y entrecruzan, dando lugar a la intervención de los distintos titulares de las facultades para regularlas y realizarlas.

La desagregación del orden competencial anterior ha llevado a que se separen: por un lado, las competencias normativas y las ejecutivas; y a que, por otro lado, en la función ejecutiva en sentido estricto, referida, preferentemente, a actos aplicativos, etcétera, se diferencien las funciones de «coordinación general» y «alta inspección», y las acciones administrativas simples ordinarias.

El cuadro resultante de alternativas es enormemente complejo, y de sus combinaciones hemos ofrecido un apunte en otra ocasión (2). Sobre él, conviene insistir ahora en que la separación dentro de cada función resulta polémica en grado

sumo. De ahí las pretendidas precisiones de la LOAPA. Al respecto, baste indicar los siguientes temas:

A. Ejecución y poder reglamentario

En principio, el poder titular del poder legislativo debe de mantener, en sus órganos especializados, el poder reglamentario para dictar las normas de aplicación y desarrollo de la Ley. Así, el Estado aprueba los reglamentos de las Leyes de su competencia exclusiva; y la Comunidad Autónoma, aprueba también los reglamentos de las Leyes de su competencia exclusiva. El problema surge cuando uno y otro poder tienen competencias compartidas para legislar sobre la misma materia. Es decir:

- cuando se trata de que el Estado aprueba la *legislación básica* (art. 149.1, en distintos apartados);
- cuando se trata de una Ley-marco establecida por el Estado (art. 150.1).

De acuerdo con el principio general, el Estado podría dictar los reglamentos necesarios para el desarrollo de su Ley; y la Comunidad Autónoma dictaría los reglamentos necesarios para el desarrollo de su Ley *complementaria*, adicional, etc.

La cuestión, sin embargo, no es tan simple desde el momento mismo en que se discute el propio principio general, al entenderse por algunos sectores que si la Constitución reserva o permite que la Comunidad Autónoma ejecute las Leyes de competencia exclusiva del Estado, entre dichos actos de ejecución también se comprenden los

«actos normativos reglamentarios».

El examen, mínimamente atento, de la discusión parlamentaria sobre el tema, y de un modo especial sobre el tema de la «legislación laboral» que se declaró, al final, de la competencia exclusiva del Estado *sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas* (Constitución, artículo 149.1.7.º), informa, clara y cumplidamente, de que fue muy firme la opinión de que la expresión «legislación» se ciñese exclusivamente a los actos normativos *con forma y con fuerza de Ley*, de modo que el reglamento entraría en el orden competencial de ejecución.

La tesis ha vuelto a reaparecer en la doctrina del Tribunal Constitucional. Concretamente en la sentencia de 5 de noviembre de 1981 (Pleno, Fundamento jurídico 3 en relación con Fundamento jurídico 2, *in fine*): «La expresión "legislación laboral" utilizada en el art. 149.1.7.º de la Constitución ofrece, ciertamente, más de una interpretación, pues, junto a la propugnada por el Gobierno, y que se sintetiza en comprender en el concepto toda norma escrita, *cabe la otra restringida que hace referencia a las Leyes*, en su sentido de norma escrita que emana de quienes ostentan el poder legislativo y también de aquellas que, por excepción o por delegación, tienen fuerza de ley formal...»

El Estatuto de Galicia (artículo 37.2) obtiene, en todo caso, la siguiente consecuencia competencial: «*Las competencias de ejecución en la Comunidad Autónoma llevan implícitas la correspondiente potestad reglamentaria*, la administración y la

inspección». Es un precepto de más largo alcance que el contenido en el Estatuto del País Vasco (art. 20.4, *a sensu contrario*) y en el mismo Estatuto de Cataluña (art. 25.2), pese a la aclaración final del citado art. 37.2 del Estatuto Gallego.

Ahora bien, cualquiera que sea la posición final en tan espinoso tema, es posible sostener que en los casos de *concurrentia legislativa*, cada poder podrá dictar el reglamento correspondiente a su acto legislativo. La Ley básica, si así lo requiere; y la Ley adicional o de desarrollo, en cualquier caso.

El proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA) (*B. O. del Congreso de los Diputados* de 17 de noviembre de 1981), pese a ciertas reticencias, avanza por este camino:

«Las bases que en cada caso establezca la legislación estatal no podrán reservar al Gobierno poderes reglamentarios y de ejecución, *salvo en aquellos aspectos que deban considerarse contenido básico de la regulación legal*, por afectar a intereses generales de la nación o exigir su tratamiento prescripciones uniformes.» (LOAPA, artículo 2.2.)

El precepto anterior se completa en el art. 7.1.:

«La ejecución por las Comunidades Autónomas de la legislación del Estado deberá sujetarse a las normas reglamentarias que las autoridades estatales dicten, en su caso, en desarrollo de aquella, sin perjuicio de la facultad de organizar libremente sus propios servicios.»

La doctrina resultante parece ser, entonces, la siguiente:

a) En el poder normativo se comprenden las funciones legislativas y las reglamentarias propiamente dichas. Los reglamentos de servicios y los actos de aplicación componen la función ejecutiva en sentido estricto.

b) Cuando el Estado tiene facultades legislativas plenas sobre una materia, aprueba tanto las correspondientes Leyes como su desarrollo normativo reglamentario. Y, simétricamente, sucede lo mismo si se trata de Comunidades Autónomas. Ahora bien, para éstas, el Estado (Cortes Generales) podrá establecer un cuadro de armonización, posterior o previo, al ejercicio de dichas potestades autonómicas normativas exclusivas (Constitución, art. 150.3 y LOAPA, art. 5).

c) Cuando concurren Estado y Comunidades Autónomas en la facultad legislativa, el primero establecerá las «bases», las «normas básicas», etc.; y las segundas establecerán las leyes de desarrollo, las leyes adicionales, etc. La acción legislativa del Estado fijará dos tipos de normas; a saber:

1) los principios, directrices y reglas *esenciales* de la regulación de la materia de que se trate;

2) y, en todo caso, los criterios generales y comunes a que habrán de acomodarse *necesariamente* las normas autonómicas de desarrollo para «garantizar la igualdad básica de todos los españoles, la libertad de circulación y establecimiento de personas y bienes en todo el territorio español y la imprescindible solidaridad individual y colectiva» (LOAPA, 2.1).

Las normas estatales del apartado c.2) (*normas básicas dentro de la propia legislación bá-*

sica, valga la expresión) podrán ser mínimas y máximas; es decir, en este punto la legislación básica no contendrá una simple directriz, un principio orientador, etc., sino un precepto completo, de estricta observancia en todo el territorio nacional. La importancia de la materia obliga a su regulación en términos comunes, uniformes. La legislación básica es tal por cuanto regula cuestiones básicas, en las que no se acepta, en principio, tratamientos diferenciados (3).

d) En congruencia con la delimitación entre el Estado y las Comunidades Autónomas de la potestad legislativa, en estas situaciones concurrenciales la potestad reglamentaria tiende a ser de las Comunidades Autónomas; es decir, se prevé para las normas de aplicación y desarrollo de las Leyes adicionales a la Ley básica. Ahora bien, cuando se trate de cuestiones de interés general de la nación o que exijan un tratamiento uniforme, al modo de las materias del apartado c.2) anterior, dicha Ley básica podrá reservar al Gobierno «... poderes reglamentarios y de ejecución» (LOAPA, artículo 2.2).

Se llega así a la situación que expusimos en su día, de que el Estado, que aprueba la Ley básica, aprueba también su reglamento (mínimo, seguramente) de desarrollo, y la Comunidad Autónoma, que apruebe su Ley adicional, aprueba también su reglamento (detallista) de aplicación.

e) La Ley básica prevalece sobre la Ley adicional. Y el reglamento estatal de la primera prevalece sobre el reglamento autonómico de la segunda. Tal vendrá a ser el sentido de la LOAPA, art. 7.1.

f) En fin, no es fácil prever que el Estado se reserve el poder reglamentario para el desarrollo de sus Leyes-marco y Leyes de armonización, al referirse unas y otras a la fijación de principios, directrices, etcétera (Constitución, art. 150.1 y 3).

B. Ejecución de servicios

La transferencia de competencias administrativas es la regla general del Estado de las Autonomías. En principio, la Comunidad Autónoma tiende a la asunción de la prestación de todos los servicios, en su sentido administrativo, respecto de los residentes en su ámbito territorial. Ahora bien, el Estado mantiene, o puede mantener, dichas actividades ejecutivas en los casos siguientes:

- en primer lugar, para la buena atención de sus funciones, cuando se le asignan competencias exclusivas *plenas*, y no sólo normativas, a tenor de la misma Constitución;
- en segundo lugar, cuando las Leyes, completas o básicas, sobre materias de su competencia, efectúen expresamente dichas reservas (LOAPA, art. 2.2).

Por su parte, las Comunidades Autónomas actuarán libremente en el ejercicio de sus competencias propias (exclusivas) de ejecución. En cambio, si se trata de competencias ejecutivas de Leyes estatales y demás normas, *el grado de dependencia* respecto de la Administración estatal será variable y existe siempre, de modo que el Gobierno velará por la observancia de la normativa estatal aplicable y podrá formular requerimientos *vinculantes* a través de su Delegado (LOAPA, artículo 7.2). El control puede

ser mayor si se ejercitan competencias estatales en virtud de una Ley Orgánica de transferencia o delegación (LOAPA, artículo 8, principio). En fin, en cualquier caso, se prevén conferencias sectoriales entre los órganos especializados del Gobierno y de las Comunidades Autónomas para garantizar «... la necesaria coherencia de la actuación de los poderes públicos y la imprescindible coordinación» (LOAPA, art. 9.1).

La «alta inspección» del Estado completará, en muchas materias, el cuadro de garantías de un servicio público solidario y responsable a escala nacional. Los Consejos Superiores (o Nacionales) especializados por sectores (Seguridad Social, Sanidad, Educación, Trabajo, Turismo, etc.) podrán facilitar el logro de estos objetivos.

II. ESQUEMA COMPETENCIAL EN MATERIAS DE SEGURIDAD SOCIAL

La doctrina general del apartado anterior es de aplicación directa e inmediata, desde la propia Constitución, a las materias de Seguridad Social y, con ellas, a las conexas de sanidad, higiene, productos farmacéuticos, asistencia social, etc. Los Estatutos de Autonomía del País Vasco, de Cataluña, de Galicia y de Andalucía, por su parte, han alcanzado prácticamente el techo constitucional en tales cuestiones, y diseñan, por tanto, el nivel que podrán obtener dentro de cinco años las demás Comunidades (Constitución, artículo 148.2 en relación con los

artículos 143 y 147.2, ap. d; artículo 151).

En síntesis, la doctrina constitucional es la siguiente:

1. Seguridad Social

1.1. Legislación y ejecución de servicios

Con referencia expresa a la Seguridad Social, la Constitución distingue tres órdenes o planos de cuestiones, a saber:

a) En primer lugar, se fija que al poder central compete la aprobación de la «legislación básica», con lo que se acepta la acción legislativa complementaria o adicional de las Comunidades, y la articulación entre los posteriores y respectivos reglamentos de unas y otras Leyes, con prevalencia de la norma estatal (legal o reglamentaria) sobre la norma territorial correlativa.

Ahora bien, en las materias de Seguridad Social encuentra el Estado un supuesto específico para desarrollar sus deberes de garantía efectiva del principio de solidaridad, para evitar los privilegios económicos y sociales, para mantener o lograr la igualdad de derechos y obligaciones entre todos los españoles, etc., al servicio de los preceptos de eficacia reforzada (los super-principios) de la Constitución (arts. 137, 138, etc.). Por tanto, muchas de las normas contenidas en la legislación básica estatal serán de aplicación uniforme, al modo de Derecho necesario absoluto, en todo el territorio español. Las posibilidades de desarrollo de las Comunidades Autónomas respecto de dichos puntos concretos, serán meramente adje-

tivas, procedimentales. El supuesto contemplado en la LOAPA (supra, I, 2.A., ap. c.2) encuentra una expresiva ejemplificación en este punto.

b) En segundo lugar, se autoriza expresamente que *la ejecución* de los servicios de la Seguridad Social se asuma por la Comunidad.

c) En fin, se atribuye al Estado *el régimen económico de la Seguridad Social en bloque*, con lo que se mantiene en el poder central todo el poder normativo, posición perfectamente comprensible, pues los dos primeros puntos configuran para la Seguridad Social un régimen jurídico idéntico al de la sanidad interior. Hay una diferencia en cuanto al *régimen económico*, como apuntó sagazmente Barrada Rodríguez. Pero es posible que se trate de una diferencia más aparente que real.

1.2. Régimen económico

En efecto, el criterio constitucional en el punto último es perfectamente comprensible: en el régimen económico de la Seguridad Social se ejercita un poder tributario con el que se garantiza el sostenimiento de un servicio público y, a la vez, y tal es la razón de fondo, un sistema de prestaciones solidarias en beneficio de todos los españoles. El mantenimiento de la regulación en el Estado (poder central) es una posición consecuente.

Ahora bien, se prevé constitucionalmente que las Comunidades Autónomas podrán actuar como delegados o colaboradores del Estado «para la recaudación, la gestión y la liquidación de los recursos tributarios de aquél, de acuerdo con las Leyes

y los Estatutos» (art. 156.2). La misma posibilidad tenía que ofrecerse en orden a los recursos económicos de la Seguridad Social.

Los Estatutos Vasco (artículo 18.2.b), Catalán (art. 17.2.b), Gallego (art. 33.2) y Andaluz (art. 20.2) han apurado tal posibilidad y atribuyen a dichos poderes territoriales «la gestión del régimen económico de la Seguridad Social». El Estatuto Vasco (Disp. Trans. 5.^a) concreta lo siguiente:

«La Comisión Mixta de Transferencias que se crea para la aplicación de este Estatuto establecerá 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 texto tiene interés especial al exponer la razón última de la configuración político-jurídica del régimen económico de la Seguridad Social: *unidad y solidaridad al nivel estatal*. El Estatuto de Galicia, por su parte, habla de «Caja Unica» (art. 33.2, *in fine*).

La misma razón podrá ser operativa en el régimen de protección de la salud, de modo que, tanto si se financia con impuestos como con cuotas o cualesquiera otras aportaciones patrimoniales exigidas coactivamente al particular, su régimen también tendrá que ser fijado por Ley de las Cortes Generales (Constitución, art. 133.1). Con todo, queda abierto el estudio de si las Comunidades podrán

afectar recursos económicos propios para servicios sociales especiales, de salud pública o de asistencia sanitaria. Pero un problema similar puede suscitarse en la Seguridad Social en bloque a tenor del nivel de prestaciones complementarias cuya constitución y organización se declara libre (Constitución, art. 41, final). La *previsión voluntaria*, en principio, pasa a ser de la competencia exclusiva de las Comunidades (Constitución, artículo 149.2, principio; Estatuto de Andalucía, art. 13.20; Estatuto Vasco, art. 8.23; etc.).

En fin, sin malicia pero con prudencia, hay que prever que se cumpla una vez más la humana ley de que «quien recauda y gestiona, dispone del impuesto como propio y ordena el gasto». La tentación a retener dentro del territorio los ingresos que son jurídicamente estatales, encontrará una real justificación: el nivel de satisfacción de las necesidades sociales de la población propia nunca será completo.

2. Asistencia Social

La Constitución declara competencias asumibles por las Comunidades las relativas a la asistencia social (art. 148.1.20). La asunción puede ser total, en bloque, desde la regulación legislativa hasta la acción administrativa simple. El criterio constitucional español puede encontrar, en tal sentido, concordancia en otras constituciones europeas (Italia, por ejemplo). Responde a la idea clásica de que la *asistencia social en régimen público* (pues de esta función se trata), en especial en favor de indigentes, es función típica

de las entidades locales (Ayuntamientos, Diputación provincial; y ahora, de la Comunidad).

Los Estatutos vigentes han apurado la posibilidad, y en tal concepto asumen en bloque las acciones de asistencia social pública (Estatuto Vasco, artículo 10.12; Estatuto de Cataluña, artículo 9.25; Estatuto de Galicia, art. 27.23; Estatuto de Andalucía, art. 13.22).

En consecuencia, las acciones protectoras sanitarias prestadas a los ciudadanos en régimen de asistencia social pública están a cargo, a todos los efectos, de las Comunidades Autónomas (y, con ellas, de las otras Corporaciones Locales, acaso). Se produce así un régimen igual al que se establece para Italia en su Constitución, a resultas de la concordancia entre los artículos 38 y 31 con los arts. 117 y 118 (art. 117: La región aprueba las «normas legislativas... (en) beneficencia pública y asistencia sanitaria y hospitalaria»; artículo 118: «Corresponderán a la región las funciones administrativas para las materias enumeradas en el artículo anterior...»).

El principio está llamado a tener una gran operatividad, al colocar a cargo de tales entidades los costos de la asistencia sanitaria que puedan requerir las personas necesitadas de la misma y carentes de medios propios o de protección dentro del régimen público de la Seguridad Social. Bastará al efecto que la Ley de Sanidad recoja un precepto similar al del artículo 11 de la vigente Ley de Hospitales, 37/1962, de 21 de julio (completado por el art. 13):

«Los gastos ocasionados por la asistencia prestada a

los enfermos en los hospitales correrán a cargo de las entidades... que por razón de disposiciones legales... tengan tal obligación» (art. 11).

La Comunidad, responsable legal de la protección sanitaria en régimen de asistencia social pública, será la entidad obligada a sufragar los costos del servicio.

Ahora bien, las acciones asistenciales, tanto sanitarias como *económicas*, pueden complementar la acción de régimen contributivo debida por la Seguridad Social. En este caso tal, y como se ha anticipado, siguen el mismo régimen competencial de ésta.

3. Otras materias conexas

La Constitución, y con más detalle los Estatutos vigentes, fijan la atribución de competencias en relación con las Fundaciones y Asociaciones benéficas y asistenciales; Deportes y Ocio; Mutualidades no integradas en la Seguridad Social; Juventud; Mujer e Infancia; Tercera Edad; etc. En todos estos supuestos el régimen es la atribución de competencias *exclusivas* a la Comunidad Autónoma (Estatuto Vasco, art. 10, puntos 13, 23, 36, 39; Estatuto de Cataluña, art. 9, puntos 24, 26, 27, 29; Estatuto de Galicia, artículo 27.23; Estatuto de Andalucía, art. 13.20 y 30).

Es más compleja y detallada la regulación de las materias de Sanidad y de sus implicaciones farmacéuticas. Las reglas son las siguientes:

a) *Criterios constitucionales*

La Constitución declara que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de «salud e higiene» (art. 148.1.21) sin formular al respecto ninguna distinción. Pero el art. 149.1.16 declara inmediatamente que el Estado tiene competencia exclusiva en las materias de:

«Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos.»

En la necesaria armonización de uno y otro precepto el cuadro resultante parece ser el siguiente:

b) *Sanidad exterior*

Hay que entender por tal la relativa a las acciones que se resuelvan internacionalmente; es decir, a través de las fronteras del Estado español. Pero también puede comprender las acciones que se realicen por el territorio *de más de una Comunidad Autónoma*.

Se trata con ello de prevenir la adopción de medidas sanitarias que cumplan, *de facto*, funciones aduaneras mediante la exigencia de especiales requisitos de los distintos productos (alimenticios, por ejemplo) objeto de comercio interterritorial (ver: art. 139.2).

La preservación de la unidad del espacio económico y social aconseja aplicar en España, al más alto nivel posible, medidas similares a la *cláusula de libre comercio* (entre Estados) que ha sido decisiva en la configuración de la libertad económica, profesional, sindical, etc., en Estados Unidos.

La distinción entre «ferias interiores», obras públicas, ferrocarriles y transportes terrestres, etc., objeto de doble regulación según se desenvuelvan dentro de una comunidad o afecten al espacio territorial de dos o más, coadyuva a dicha interpretación extensiva.

La sanidad exterior es de competencia plena del Estado. Su regulación legislativa compete, pues, a las Cortes Generales; su regulación reglamentaria, al Poder Ejecutivo Central (Gobierno y Departamentos Ministeriales, cada uno en su orden); y, en fin, lo mismo podría decirse de la acción administrativa correspondiente.

Los Estatutos Vasco y Catalán se atienen a estos criterios, tal y como se aprecia en los artículos 18.1 y 17.1, respectivamente. Al respecto es significativo que en los Proyectos de Estatuto (*B. O. de las Cortes Generales*, Congreso, de 12 de junio de 1979, números 8.I y 8.II, para el Estatuto Vasco y el Estatuto de Cataluña, respectivamente) se admitía que correspondía a las Comunidades «la ejecución de la legislación del Estado sobre sanidad exterior» (arts. 18.2.b y 16.2.b, respectivamente) pero la mención ha desaparecido.

c) *Sanidad interior y/o sanidad general*

Sin embargo, la formulación anterior puede encontrar salvedades, y conducir a un régimen concurrencial de competencias, al menos en orden a la acción de ejecución en sanidad exterior, a resultas del enunciado de la Constitución en la materia, ya que tanto el art. 148.1.21 como el art. 149.1.16 citados, hablan de sanidad general.

Hecha la salvedad, el alcance del precepto es el siguiente:

- En el orden *legislativo*, el poder central establece, a través de las Cortes Generales, la legislación básica, que se completará con Leyes de desarrollo de la Comunidad Autónoma.

- *La acción administrativa de ejecución* de unas y otras leyes podrá asumirse por las Comunidades Autónomas que tendrán, en tal caso, competencias para organizar y administrar los servicios (orgánicos) correspondientes, así como la tutela de las instituciones, entidades y funciones en la materia, reservándose el Estado la «alta inspección». Los arts. 16.1 y 4 del Estatuto Vasco; 17.1 y 4 del Estatuto de Cataluña; 33.1 del Estatuto de Galicia, y 20.21 en relación con 13.21 del Estatuto de Andalucía, están redactados exactamente en los términos transcritos.

- Ofrece mayores problemas la atribución de *la potestad reglamentaria*, pero es éste un supuesto típico en el que puede operar la doctrina, anteriormente establecida, de que al producirse una competencia legislativa compartida con primacía en la norma legal para el Estado, tanto el poder central como el poder territorial ostentan el poder reglamentario correspondiente al desarrollo de sus actos legislativos, *prevaleciendo también la norma reglamentaria estatal sobre la territorial*.

d) *Productos farmacéuticos*

La regulación de los productos farmacéuticos, a nivel legislativo compete *en exclusiva al Estado*. Es, pues, una competencia plena, que debe llevar aparejada la competencia regla-

mentaria también en exclusiva. A los poderes territoriales se podrá atribuir la función de ejecución de dichas normas. Sin embargo, tanto el Estatuto Vasco como el Estatuto de Cataluña asumen «funciones de ordenación», que difícilmente podrán hacerse efectivas sin desarrollos normativos, aunque también es cierto que la «ordenación» puede resolverse en una cadena de actos administrativos. Es, pues, una expresión indeterminada.

El Estatuto Vasco y el Estatuto de Cataluña hablan, por una parte, de «Ordenación farmacéutica» (art. 10.15 y art. 9.19, respectivamente); y por otra, de la «ejecución de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos» (Estatuto Vasco, art. 183; Estatuto de Cataluña, art. 17.3; Estatuto de Galicia, arts. 33.3 y 28.8; Estatuto de Andalucía, art. 20.3).

La acción administrativa ejecutiva se organiza y hace efectiva, con toda seguridad, en los términos vistos para las competencias concurrentes de sanidad (4).

e) *Higiene y medio ambiente*

La distribución de competencias en la dimensión sanitaria de estas dos materias es igual a la fijada para la sanidad interior y para la regulación de las prestaciones y de la administración de la seguridad social (Constitución, art. 148.1.21 y 9 y art. 149.1.23; Estatuto Vasco, arts. 10.15 y art. 18; Estatuto de Cataluña, art. 9.11 y art. 17). En los Proyectos de Estatuto, sin embargo, se pretendió mantener la competencia en bloque sobre «higiene» en la Comunidad Autónoma, como exclusiva y plena (proyecto de Estatuto

Vasco, art. 10.15: «higiene, farmacias e industria farmacéutica»; proyecto de Estatuto de Cataluña, art. 9.12: «higiene, en particular del medio ambiente, alimenticia y veterinaria»). Dicho sea de paso, la pretensión contaba con el apoyo literal de la Constitución (art. 148.1.21). Los Estatutos de Andalucía y de Galicia han repetido la suerte de los dos anteriores.

f) *Personal de los servicios*

En fin, también se producen distribuciones complejas en materia de personal, al clasificarse éste, a resultas de la configuración jurídica de los regímenes de Sanidad Nacional y de la Seguridad Social, en un cuadro polivalente de regímenes jurídicos de empleo; a saber:

- condición de funcionario público del Estado (frecuente en el orden de la Sanidad pública);

- condición de funcionario de la Seguridad Social, en régimen estatutario (ni administrativo ordinario, ni laboral), con acceso en las materias de empleo ante la Jurisdicción Laboral;

- condición laboral estricta.

El traspaso de competencias se acompaña, según se ha visto, del traspaso de servicios, y éstos cuentan con un determinado personal. Problemas delicadísimos, *de adscripción orgánica y dependencia funcional* por una parte; y de mantenimiento de derechos adquiridos por otra, serán el corolario inevitable de dichas operaciones. Ya hay previsiones al respecto. Por ejemplo, el Estatuto de Cataluña, Disposición Transitoria 6.^a, punto 5:

«Los funcionarios adscritos a servicios de titularidad estatal o a otras instituciones

públicas que resulten afectadas por los traspasos a la Generalidad pasarán a *depender* de ésta, siéndoles respetados todos los derechos de cualquier orden y naturaleza que les correspondan en el momento del traspaso, incluso el de participar en los concursos de traslado que convoque el Estado en igualdad de condiciones con los restantes miembros de su cuerpo, pudiendo ejercer de esta manera su derecho permanentemente de opción.»

«Mientras la Generalidad no apruebe el régimen estatutario de *sus* funcionarios, serán de aplicación las disposiciones del Estado vigentes sobre la materia.»

El precepto constitucional base es el art. 103.3 en relación con el art. 149.1.18. La interpretación del alcance de la «dependencia» en el personal de los cuerpos nacionales será muy difícil, en la pugna de intereses políticos y de derechos funcionariales. La durísima negociación del Título VI, de la LOAPA (art. 31 y ss.) demuestra esta enorme complejidad.

III. CONCLUSION

En resumen, la distribución de competencias es altamente compleja, pero perfectamente asimilable si se opera *razonablemente*. Su conocimiento exige, en primer lugar, el estudio o compulsas del Estatuto de cada Comunidad, y con él, de las posibles Leyes orgánicas de delegación o transferencia, previstas unas y otras en el artículo 150.1 y 2 de la propia Constitución.

Una vez aprobados y publicados el Estatuto y dichas Le-

yes integradoras, podrán ser tachadas de inconstitucionales si infringen los mandatos constitucionales, pero mientras no se alcance la declaración de inconstitucionalidad (con la única salvedad que puede producirse al amparo del art. 53.1 y 2 de la Constitución), dichas normas estatutarias y de transferencia son de aplicación preferente sobre las Leyes ordinarias. La Ley ordinaria de Seguridad Social (y en su caso de Sanidad) tendrá que respetar su regulación de acuerdo con el principio de competencia normativa, que lleva a la declaración de ilegal de cualquier Ley ordinaria que invada el campo regulado por una Ley Orgánica, tal y como ha venido a ratificar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Ahora bien, esta prevalencia no alcanza a los Decretos de transferencia, sometidos en bloque a las exigencias del principio de legalidad, incluso respecto de las Leyes ordinarias. Habrá en fin, que cuidar atentamente la regulación del régimen económico, pieza básica de todo el sistema de Seguridad Social pública.

NOTAS

(1) La distinción entre el Estado como organización total, comprensiva, por tanto, de las Comunidades Autónomas, y el Estado como organización del poder central, en Sentencia del Tribunal Constitucional (pleno), de 28 de julio de 1981 (*BOE* de 13 de agosto), Fundamento jurídico 3, pág. 30, col. 1.^a En esta importante sentencia se fija el alcance de la expresión *bases*: «... hay que comenzar por señalar que el ejercicio de la competencia estatal para el establecimiento de las bases o de la legislación básica a que en distintos párrafos de su apartado primero se refiere el artículo 149 no requiere, en modo alguno, la promulgación de leyes de bases o de leyes marco y que, en cuanto parece suponer la necesidad de normas así configuradas desde el punto de vista de la forma, la argumentación de la representación del Gobierno debe ser rechazada. La noción de bases o de normas básicas ha de ser entendida como noción material y, en consecuencia, esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente». Una Ley articulada, completa, del Poder legislativo es, también, una manifestación de la legislación básica, si regula cuestiones «básicas». La LOAPA llegará a hablar de las normas básicas de la legislación básica, tal y como se indicará en el texto.

(2) BORRAJO DACRUZ, E., «Distribución de competencias entre el Poder Central y los Poderes Territoriales en materia sanitaria», en *Revista de Derecho Público*, julio 1980; sobre el tema, en general, bibliografía allí citada. A añadir, el sugestivo ensayo de GARRIDO FALLA, F., «El desarrollo legislativo de las normas básicas y leyes marco estatales por las Comunidades Autónomas», en *Revista de Administración Pública*, 94, 1981, página 13 y ss.

(3) A resultas de esta configuración posibilista de la Constitución, VILLA GIL y DESDENTADO BONETE han podido construir distintos niveles competenciales en las Comunidades Autónomas en su estudio «Delimitación de competencias... en materia de relaciones laborales y seguridad social», en *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, 4, 1980.

(4) Podrán suscitar problemas de delimitación competencial el Real Decreto 2.730/1981, de 19 de octubre, sobre especialidades farmacéuticas; Orden de 25 de noviembre de 1981, y Resolución de 25 de noviembre de 1981.