

PONENCIA DE SÍNTESIS
ÁMBITO ESPAÑOLSOBRE EL CONCEPTO DE
ASISTENCIA SOCIAL Y EL
PRINCIPIO DE CAJA ÚNICA
EN LA DISTRIBUCIÓN DE
COMPETENCIAS EN MATERIA
DE PROTECCIÓN SOCIAL

52

Antonio OJEDA AVILÉS

*Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.
Universidad de Sevilla***Los ignorados textos
constitucionales**

El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social y de Asistencia Social lleva tiempo generando una de las polémicas más vidriosas del ámbito constitucional, con una buena cantidad de sentencias dictadas por el TC y sonoros enfrentamientos políticos que en los últimos años se concentran en el tema de las pensiones no contributivas.

Aunque lo vetusto del debate debiera haber clarificado hace tiempo los mandatos constitucionales en torno a los cuales se debaten los términos, parece como si lo ocurrido hubiera sido justo lo contrario, el olvido de los preceptos básicos en beneficio de la posición que interesa más a cada uno. Como veremos más adelante, las sentencias principales del TC dan la impresión que no se han leído las normas que interpretan, una grave afirmación que trataré de demostrar a su debido tiempo. De ahí que me parezca oportuno comenzar estas líneas con un repaso a lo que dice la

Constitución en sus arts. 41, 148 y 149.

Dice el art. 41 CE que “los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en el caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres “. De este artículo cabe resaltar la globalidad con que se contempla el Sistema de Seguridad Social en sus diversos vectores, de entre los que ahora interesa resaltar el de los sujetos responsables a quienes la Constitución encomienda dicho mantenimiento: a diferencia de otros preceptos de la misma Norma, algunos de ellos tan cercanos como el siguiente art. 42, este artículo 41 habla de los poderes públicos y no solamente del Estado. Dicho en otras palabras, la Constitución quiere una interacción entre los poderes públicos a la hora de respaldar una red de protección social, y en primer término la actuación combinada de los dos principales núcleos de poder público, el Estado y las Comunidades Autónomas, aunque no exclusivamente ellos. El artículo 41 enuncia rotundamente, aunque de forma algo desvaída, que el mantenimiento del Sistema debe ser protagonizado por el Estado de las Autonomías, lo cual contradice los esfuerzos que se detectan de vez en cuando por unos y otros de neutralizar o restar importancia al papel del otro par. Pues tal parece como si en lugar de esa cooperación positiva asistiéramos a una pugna por prevalecer sobre el contrario, en un campo tan sensible al clientelismo como es la Seguridad Social. Uno de los ejemplos del cainismo lo hallamos sibilinamente en la propia Ley General de Seguridad Social (RD-L 1/1994), la cual dedica su Título I a las normas generales del “Sistema de Seguridad Social”, cuando realmente está haciendo referencia al subsistema estatal, y en su art. 2 declara que es el Estado el que, por medio de la Seguridad Social, garantiza la protección adecuada, sin permitirse otra referencia al papel de las Autonomías que la del art. 6, donde se adscribe al Gobierno del Estado la normativa de coordinación entre ese “Sistema” y otros “afines” de previsión social, sanidad, educación y asistencia social. Visión continuista de cuanto se decía en las anteriores Leyes Generales de 1966 y 1974 a despecho de quedar separada de ellas por la Constitución, y que no se encuentra en cambio en normas referidas a materias de competencia autonómica⁽¹⁾.

Si resulta clara la voluntad de la Constitución en el art. 41, cuando llega el momento de trazar los contornos de la titularidad compuesta, en los arts. 148 y 149, se tiene la sensación como si de un intento fallido se

tratará. De los tres apartados donde se contiene el reparto de competencias, el principal a mi modo de ver es el menos conocido: el art. 149.1.1 ha servido de apoyo firmísimo al TC en sus pronunciamientos salomónicos gracias a lecturas e interpretaciones bastante discutibles. En efecto, el apartado dice que el Estado tiene competencia exclusiva sobre “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”: retengamos por ahora que la competencia exclusiva aquí contemplada solo afecta a la regulación, esto es, a la facultad normativa o legislativa en sentido amplio, sin alusión alguna a facultades ejecutivas de ningún tipo, y que además tal regulación se constriñe a las condiciones básicas de igualdad (en el ejercicio de los derechos constitucionales), lo que de ninguna manera implica la uniformidad o igualdad plena, digamos en las cuantías de las pensiones, sino únicamente en las condiciones mínimas y sustantivas, ámbito en cuya delimitación no es preciso entrar una vez estamos de acuerdo en que no se refiere a todas las condiciones.

Por cuanto hace al reparto en concreto, el art. 148.1.20a autoriza a que las Comunidades Autónomas asuman competencias en materia de Asistencia Social, y la 21a en materia de Sanidad e higiene, mientras que el art. 149.1.17a confiere al Estado la 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. El Sistema público de Seguridad Social que veíamos en el art. 41 como competencia conjunta del Estado de las Autonomías viene así troceado con unas fórmulas insatisfactorias, con demasiados hilos sueltos que los Estatutos de Autonomía no han podido o sabido atar adecuadamente, en los siguientes puntos:

a) La posibilidad de que el Estado retenga alguna competencia en materia de Asistencia Social, si la CE habla escuetamente de que las CCAA “podrán asumir competencias” en dicha materia.

b) La posibilidad de que las Autonomías dispongan de competencia legislativa en Seguridad Social, si al Estado se entrega exclusivamente la legislación básica.

c) El concepto de régimen económico de la Seguridad Social, si la CE elude utilizar el concepto de gestión económica.

⁽¹⁾ Así, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, declara en su art. 4 que tanto el Estado como las CCAA y las demás Administraciones Públicas competentes organizarán y desarrollarán todas las acciones sanitarias a que se refiere este título (denominado “Del sistema de salud”) dentro de una concepción integral del sistema sanitario.

d) El concepto de ejecución de servicios de la Seguridad Social, si la CE omite también aquí el concepto de gestión o de administración de los servicios, y dado que la mera contraposición legislación-ejecución no resuelve todas las incógnitas.

Las distinciones melifluas en torno a los conceptos de Asistencia Social y Seguridad Social

Una buena parte de la confusión sobre el reparto de competencias es debida, como se sabe, a que ni la doctrina científica ni el TC han llegado a clarificar la diferencia entre ambos conceptos de una manera satisfactoria. De esta forma los especialistas defienden hasta cuatro criterios diferenciadores, sistematizados por García Romero en: por la adscripción institucional u orgánica, por el fundamento de la protección, por el ámbito subjetivo, y por el ámbito objetivo⁽²⁾. Cada uno de ellos se aferra a la presencia del elemento defendido en una amplia mayoría de casos, aunque dejan un cierto margen a espacios donde tal elemento no se detecta. El debate se complica desde que el TC admite por vez primera la posibilidad de dos clases de asistencia social, al describir la que denomina asistencia social "externa" al sistema, en su sentencia 76/1986, de 9 de junio⁽³⁾: la sentencia, que en los argumentos principales anuncia la reciente 239/2002, de 11 de diciembre, sobre complementos autonómicos a las pensiones no contributivas estatales, alude a una asistencia social externa al sistema de seguridad social, y no integrada en él, a la que ha de entenderse hecha la remisión contenida en el artículo 148.1.20 CE, y por tanto, competencia posible de las Comuni-

dades Autónomas, la cual aparece como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la seguridad social. En el momento actual, agrega, es característica de la asistencia social su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios⁽⁴⁾. No entra a considerar ni a mencionar la asistencia "interna" al sistema, pero deja abierta una puerta que el Estado utilizará, primero para establecer ayudas asistenciales de ámbito nacional, que la Sa. TC .146/1986, de 25 de noviembre, respalda arguyendo que las competencias exclusivas no pueden entenderse en un sentido estricto de exclusión de actuaciones en el ámbito social de otros entes públicos o privados, por lo que el Estado, en la medida en que existan problemas sociales peculiares que requieran un planteamiento global, puede intervenir al respecto, también mediante medidas de fomento, pero respetando las competencias propias de la Comunidad Autónoma, aunque no pueda exigirse, sin embargo, en todos los casos⁽⁵⁾; y después para dictar la Ley de Prestaciones No Contributivas 26/1990. La aparición de estas ayudas estatales a personas sin recursos, que acaba con otra ayuda estatal plenamente asistencial, la garantía de ingresos mínimos de los minusválidos⁽⁶⁾, plantea un nuevo debate, el de la diferencia entre asistencia social y prestaciones no contributivas, complicando aún más las cosas.

En el momento presente cabe decir que el criterio institucional no sirve, pues una misma institución, el Estado, dispone de prestaciones contributivas y de

⁽²⁾ GARCÍA ROMERO, B., *Rentas mínimas garantizadas en la Unión Europea*, CES, Madrid 1999, págs. 266 ss.

⁽³⁾ *Recurso del Estado contra una ley del Parlamento Vasco sobre pensiones de jubilación, viudedad y orfandad a los antiguos empleados del Gobierno Vasco entre 1936 y 1978. Ponente de la S3, M. Rodríguez-Piñero.*

⁽⁴⁾ *Fundamento jur. 6. La legislación vasca no pretende renovar o modificar en modo alguno el conjunto normativo que integra el ordenamiento de la seguridad social, pues tienen naturaleza excepcional, puntualiza el mismo fundamento. En voto particular, los magistrados Rubio Llorente y Díez Picazo disienten al considerar que la competencia en materia de asistencia social transferida al País Vasco solo permite comprender disposiciones y acciones dirigidas a la tradicionalmente llamada Beneficencia, entendida como satisfacción de necesidades vitales en los casos en que la persona está imposibilitada económicamente para atenderlas por sí sola.*

⁽⁵⁾ *Fundamento jurídico 5. En el 6 puntualiza que la acción social en este campo puede realizarse por el Estado con sus propios fondos y normas, pues no invade el ámbito competencial autonómico, al no concurrir en la realización de los programas generales y normales de Asistencia Social que corresponden en exclusiva a las Comunidades. Ponente, M. Rodríguez-Piñero. En voto particular, el magistrado J. Leguina Villa disiente del argumento, pues no encuentra título competencial para que el Estado pueda intervenir en una materia que ha sido transferida íntegramente a las Comunidades Autónomas por los respectivos Estatutos de Autonomía, y tal ausencia no puede subsanarse apelando al interés general, que deberá lograrse mediante una distribución de fondos del Estado entre las CCAA, o mediante acuerdos o convenios singulares con aquellas CCAA en cuyo territorio haya de desarrollarse la acción social singular.*

⁽⁶⁾ *Regulada por la LISMI 13/1982, se mantiene como derecho adquirido todavía hoy para más de cien mil minusválidos.*

asistencia social⁽⁷⁾; que el fundamento de la protección -ya sea un derecho subjetivo o un interés legítimo- tampoco sirve, pues hay asistencia social otorgada bajo derechos subjetivos; y que el ámbito subjetivo tampoco es determinante, pues puede coincidir en unas mismas personas una prestación de Seguridad Social y otra de Asistencia Social. La doctrina española se muestra mayoritariamente partidaria del criterio objetivo, a cuyo tenor nos hallaríamos ante una prestación de Seguridad Social allí donde se tratara de cobertura de una contingencia típica o catalogada, mientras que la Asistencia Social quedaría relegada a la cobertura del resto de las situaciones de necesidad, extraordinarias, excepcionales o marginales, de donde el criterio de la residualidad trazaría las fronteras temporalmente elásticas entre una y otra⁽⁸⁾. No habría, en consecuencia, diferencia conceptual alguna, sino la circunstancia de corresponder o no al catálogo típico de la Seguridad Social en el momento dado. Un catálogo que se va ampliando paulatinamente, de donde la Asistencia Social va retrocediendo o disminuyendo con el paso del tiempo. Junto a esta diferencia básica habría además diferencias coyunturales, como la de haber cotizado o no el beneficiario, o tener que demostrar la carencia de recursos o no. Por último, entre las dos caras de la misma moneda, es decir, entre las prestaciones asistenciales y las no contributivas, la distinción quedarían marcadas por el distinto ámbito objetivo de protección, en las primeras todos los ciudadanos y en las segundas solo los trabajadores⁽⁹⁾.

El criterio residual parece seguir la postura defendida por el Tribunal de Justicia Europeo⁽¹⁰⁾, a la hora de determinar si una prestación se encuentra coordinada o no a nivel europeo, o si se le aplican o no los principios europeos, principalmente el de igualdad: habrá que ver, dice esa doctrina, si la prestación a debate protege directa y efectivamente alguna de las situaciones de riesgo enumeradas en el catálogo europeo, o ayuda en otro tipo de situaciones al margen de las comunes o típicas europeas. Claro que en el caso europeo se trata de que las normas comunitarias enuncian un catálogo como expresamente coordinado y sujeto a los principios comunitarios, mientras que la asistencia social está excluida expresamente (art. 4.4 del Reglamento 1408/71), por lo que parece

UNA BUENA PARTE DE LA CONFUSIÓN EXISTENTE SOBRE EL REPARTO DE COMPETENCIAS ES DEBIDO A QUE NI LA DOCTRINA CIENTÍFICA NI EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL HAN LLEGADO A CLARIFICAR LOS CONCEPTOS DE ASISTENCIA SOCIAL Y SEGURIDAD SOCIAL

más lógico el analizar la incorporación o no de una prestación nacional al catálogo prescrito.

El criterio residual parece también informar a la ambigua definición, más bien descripción, de la asistencia social en el art. 56 LGSS: las ayudas asistenciales comprenderán entre otras, nos dice, las que se dispensen por tratamientos o intervenciones especiales, en casos de carácter excepcional, por un determinado facultativo o en determinada institución; por pérdida de ingresos como consecuencia de rotura fortuita de aparatos

de prótesis, y cualesquiera otras análogas cuya percepción no esté regulada en esta Ley ni en las normas específicas aplicables a los Regímenes Especiales.

Sin embargo el criterio mayoritario adolece de tres defectos: gira excesivamente en torno a la Seguridad Social, a su catálogo oficial de contingencias, relegando la Asistencia Social al papel de comparsa, de residuo, que no ha tenido históricamente ni va a tener en el futuro. Porque históricamente aparece antes que la Seguridad Social -es la tradicional Beneficencia- y de futuro encarna la filosofía anglosajona o beveridgiana que paulatinamente se instala en todos los países como protección básica. Pero es que además, si el debate jurídico se concentra en torno a la definición de Asistencia Social, como hemos visto en la serie de sentencias a ella dedicada por el TC, mal puede servirnos una definición donde lo único claro es la definición de Seguridad Social. Por último no nos sirve allí

(7) Lo dice expresamente el art. 38.2 LGSS: "como complemento de las prestaciones comprendidas en el apartado anterior, podrán otorgarse los beneficios de la asistencia social", dentro del Sistema de Seguridad Social, asistencia que podrá ser concedida por las entidades gestoras con el límite de recursos consignados a este fin en los Presupuestos correspondientes (art. 55.2 LGSS)

(8) GARCÍA ROMERO, *op. cit.*, pág. 272, y bibliografía *ivi cit.*

(9) GARCÍA ROMERO, *ibidem*, págs. 274-275.

(10) En sentencias como las de 27 de marzo de 1985, Hoeckx C-249/83, y de 16 de julio de 1992, Jackson y Cresswell C-63/91 y C-64/91. Ver su comentario, junto a las de las sentencias Acciardi y Newton, en PENNING, F., *Introduction to European Social Security Law*, Kluwer, Londres 2001, 62 ss.

donde el carácter residual consiste en lo limitado del ámbito subjetivo de la prestación asistencial, que puede bien abarcar a los mismos sujetos que reciben una prestación de seguridad social o confundirse con otras asistenciales de distinto origen, como ha sucedido en las dos sentencias TC más sobresalientes referidas al tema, la de los complementos vascos de jubilación, viudedad y orfandad⁽¹¹⁾, y la de los complementos andaluces a las prestaciones no contributivas de invalidez y vejez⁽¹²⁾.

Otras sentencias del propio TJE siguen un criterio distinto al residual, más en consonancia con el de adscripción de la asistencia a los casos de necesidad difusa o, si se quiere, del "riesgo de indigencia"⁽¹³⁾. La propia Carta Social Europea parece seguir este camino cuando define la asistencia social en su art. 13.1 como la protección a toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlo por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de seguridad social.

Debe intentarse una distinción conceptual más lógica entre Seguridad Social y Asistencia Social, capaz de superar las contradicciones antes mencionadas. Si acabo de decir que la Seguridad Social corresponde a la filosofía bismarckina de protección a los trabajadores, parecería como si ésta pudiera ser la distinción, asignando la primera a la cobertura de la población activa, y la segunda a la de la población necesitada en general⁽¹⁴⁾. Sin embargo los círculos de población activa y de población necesitada son secantes y en una amplia zona quedan superpuestos, dada la gran cantidad de trabajos marginales, de escasos ingresos o a tiempo parcial cuyos ingresos pueden estar por de-

bajo del nivel aceptable. Por otro lado, el hecho de que la financiación de tales prestaciones corresponda a los afectados o a los presupuestos públicos nos permitirá distinguir si se trata de prestaciones contributivas o no contributivas, pero no siempre estas últimas serán de asistencia social, pues hoy día escasamente alguna contributiva se sustenta solo con cotizaciones, además de existir no contributivas de naturaleza discutible⁽¹⁵⁾.

La distinción apropiada debe acudir al fondo de cada una de las dos estructuras en confrontación para extraer de ellas su esencia, y de ahí que haya aludido a la lógica que las mueve. En el caso de la Seguridad Social no es una, sino dos: las contingencias que en el curso de los años se han ido decantando como típicas en nuestro Sistema, pero también en los demás de la Unión Europea y en los textos internacionales, obedecen en primer lugar a la lógica sustitutoria de rentas, cuando las prestaciones tratan de cubrir el vacío dejado por una renta laboral ahora desaparecida, ya sea por razones de jubilación, de paro o de invalidez; y en segundo lugar otras contingencias típicas obedecen a la lógica indemnizatoria para ayudar a personas cuyos ingresos permanecen estables pero han sufrido un aumento de gastos, bien por nacimiento de hijos, por enfermedad, etc. Que indemnización y sustitución "mueven" a las distintas prestaciones de la Seguridad Social en una estructura binaria conduce a que puedan obtener distintos tratamientos dentro de la misma Seguridad Social, como por ejemplo proponen algunos especialistas en materia de ley aplicable en la coordinación europea⁽¹⁶⁾. Frente a ello, la lógica de la Asistencia Social no es otra que la carencial, es decir, la atención a personas que carecen de rentas suficientes, ya sean trabajadores o no, y por ende sin im-

⁽¹¹⁾ Me refiero a la S8. TC. 76/1986, comentada más arriba.

⁽¹²⁾ Es el tema de la reciente Sa. TC. 239/2002, de 11 de noviembre, donde los argumentos para resolver la admisibilidad de dichos complementos, de marginalidad cuantitativa y cualitativa respecto al Sistema como eje fundamental, son muy similares a los de la Sa. TC. 76/1986, y los votos particulares de Jiménez de Parga, Conde Martín de Hijas y García Calvo, también paralelos a los de Rubio Llorente y Díez Picazo en esa misma sentencia, asimismo comentados más arriba.

⁽¹³⁾ Así, la Sa. TJE. de 22 de junio de 1972, Frilli C-I/72, sigue el de la necesidad como criterio esencial y el no estipular periodos de empleo, de afiliación o de cotización; la sentencia considera que la prestación analizada era híbrida por contener requisitos de ambos tipos. Vid. PENNINGGS, op. cit., pág. 60, y COMISIÓN EUROPEA, Recopilación de disposiciones comunitarias sobre Seguridad Social, Luxemburgo 1988, pág. 235.

⁽¹⁴⁾ En parecido sentido, M. CINEILI propone el criterio de considerar asistencia social a las prestaciones a los ciudadanos en general, gestionadas a través de servicios públicos y financiadas enteramente a cargo de los presupuestos del Estado, por contraposición a la seguridad social financiada con las contribuciones de empresarios y trabajadores: *Diritto de/la Previdenza Sociale*, Torino 2001, 43 ed., pág. 16.

⁽¹⁵⁾ El art. 86.2 LGSS indica que las prestaciones contributivas del Sistema se financian básicamente con cotizaciones y recursos propios. En su letra a) considera no contributivas a los complementos a mínimos de las pensiones de Seguridad Social y las asignaciones de Seguridad Social por hijo a cargo. Como se sabe, se trata de ayudas que en el primer caso completan las prestaciones contributivas, y en el segundo caso se dirigen a personas afiliadas y en alta o asimilada del Régimen general cuyos ingresos no superen una cuantía determinada.

portar que coticen o no a la Seguridad Social⁽¹⁷⁾. En este sentido la carencia de rentas suele venir demostrada por la prueba de necesidad, pero entiendo que el "means testing" es un requisito y no una sustancia, por lo que en determinados casos puede no existir, como se ha decidido a nivel europeo⁽¹⁸⁾.

El criterio anterior investiga cuál sea el motivo de la concesión, si indemnizatorio, sustitutorio o carencial, para determinar la naturaleza de la prestación. Si es alguno de los dos primeros, nos hallaremos ante Seguridad Social, bien dentro del (sub) sistema estatal configurado y delimitado en la LGSS, o fuera de él porque indemnice o sustituya las rentas perdidas en otros casos socialmente relevantes. Si es la mera carencia de rentas, tendremos entonces una prestación asistencial, bien dentro del subsistema estatal, bien dentro del autonómico o local. La universa-

ESCASAS HAN SIDO LAS VOCES, COMO NO SEAN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN, QUE HAN PUESTO DE RELIEVE LA "EXTERNALIZACIÓN" DE LOS EXCEDENTES FINANCIEROS DE LA SEGURIDAD SOCIAL POR EL PROPIO ESTADO, DEDICÁNDOLOS A CUBRIR DÉFICITS EN OTROS CAMPOS PRESUPUESTARIOS, HASTA QUE POR CONCERTACIÓN SOCIAL SE HA CREADO EL FONDO DONDE RECONducir PARTE DE ESOS EXCEDENTES

lidad o limitación del ámbito subjetivo no puede ser factor relevante, dado el carácter dinámico de la protección social, que puede comenzar con un ámbito restringido, en función de las disponibilidades presupuestarias.

Visto desde esta perspectiva, la concesión de ayudas de jubilación o muerte por la Comunidad vasca a los antiguos empleados del gobierno autonómico debió calificarse como de Seguridad Social en cuanto rentas sustitutorias, mientras que los complementos andaluces a las no contributivas de vejez e invalidez merecen la calificación de asistenciales, al dedicarse a personas que demostraron su carencia de rentas⁽¹⁹⁾.

Sobre algunos tabúes persistentes en el reparto competencial

Veámos al principio que la Constitución asigna al Estado la competencia exclusiva en la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social, mientras que la ejecución de los servicios puede ser transferida a las Comunidades Autónomas. Desdentado Bonete ha subrayado cómo los Estatutos de Autonomía han diseñado un modelo distinto de reparto en materia de régimen económico, pues han asumido también competencias en dicho aspecto, por lo que en nuestro país coexisten dos modelos institucionales contrastantes⁽²⁰⁾, con independencia de que uno de ellos tenga prevalencia sobre el otro, en caso de colisión. También la doctrina científica ha elaborado hasta tres diversos escenarios competenciales en torno a la gestión económica, verdadero meollo de la Seguridad

⁽¹⁶⁾ Donde actualmente rige el principio de *lex loci laboris*, algunos autores proponen que las prestaciones indemnizatorias se rijan por el principio de *lex loci domicilii*, dado su carácter más vinculado a la residencia que al trabajo.

⁽¹⁷⁾ En parecido sentido, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *Las prestaciones no contributivas y la asistencia social en España*, CES, Madrid 2002, pág. 95, la no contributividad no es el factor definitivo para la Asistencia Social, siéndolo en cambio el que proteja ante probadas situaciones de necesidad económica e inexistencia de recursos. Tampoco para HURTADO GONZÁLEZ, L. "Asistencia Social y Seguridad Social: sus fronteras actuales", AL 25 (1993), 480, la contributividad es un factor indecisorio, pues cabe hablar de prestaciones contributivas de Asistencia Social.

⁽¹⁸⁾ Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes, *Criterios para la determinación de las prestaciones no contributivas*, DOCE 2001 CC 44/33. "La ayuda puede estar sujeta a prueba de medios, aunque debido a su naturaleza general no es siempre necesario examinar las circunstancias específicas de cada caso individual", Cfr. PENNING, op. cit., pág. 68.

⁽¹⁹⁾ Los considera también asistenciales porque se "fundan" con las prestaciones no contributivas a las que se incorporan GARCÍA NUÑEZ, F., "Los complementos autonómicos, ¿Seguridad Social o Asistencia Social?", RMTAS 34 (2002), 158. Las admite por su relación de complementariedad con las no contributivas a las que se adicionan, GONZALO GONZÁLEZ, B., "Reparto competencial y complementariedad de las prestaciones sociales básicas", *Foro de Seguridad Social*/ 1 (2000), 18 ss. Para este último autor, en su obra con ALONSO SECO, *La Asistencia Social y /os Servicios Sociales en España*, BOE, Madrid 2000, pág. 122, estos complementos vulneran el principio de igualdad, postura seguida también por GARCÍA NUÑEZ SERRANO, F., "Los complementos autonómicos", cit., 159.

⁽²⁰⁾ DESDENTADO BONETE, A., "El régimen económico de la Seguridad Social y las Autonomías", REDA 38 (1983), 353 ss.

Social: mientras que autores significados abogan por la no transferibilidad de ella en absoluto⁽²¹⁾, para otros autores la ejecución de los servicios económicos puede ser asumida por las Autonomías⁽²²⁾, mientras que un tercer sector defiende la posibilidad de transferir aquellas competencias no disgregadoras y, en general, que no afecten a los principios generales de la Constitución⁽²³⁾.

La Sa. TC. 124/1989, de 7 de julio, ha sentado en la práctica la línea divisoria en la materia, con criterios que han perdurado hasta nuestros días, por lo que procede analizar en detalle su contenido. Partiendo de unas líneas generales en los fundamentos 2 y 3, hace unas distinciones concretas en cuanto a las diversas funciones que el RD 1314/1984 enumeraba, si bien la parte decisoria de la sentencia mantiene la validez de todos sus trazos, una solución que significó la derrota del ponente y la presentación de tres votos particulares firmados por seis magistrados, es decir, la mitad de la sala en pleno. En su conjunto, la sentencia hace afirmaciones poco sostenibles con el texto constitucional en la mano, y adolece de una notable ausencia de matices al manifestar una visión excesivamente centralizada del Estado de las Autonomías. El examen en su conjunto de las facultades que la Generalidad de Cataluña reivindica para sí -señala- parece indicar que lo que pretende es asumir en el territorio de Cataluña toda la gestión financiera, patrimonial y económica de la Seguridad Social y con ella, la totalidad de los actos de gestión económica inherentes a los servicios relacionados con la Seguridad Social. Los órganos de la Generalidad tendrán de este modo, reflexiona en tono algo apocalíptico el voto mayoritario, la plena disponibilidad directa de los fondos de la Seguridad Social generados y recaudados en Cataluña. Para la sentencia, el resultado de esta tesis sería la consagración de un sistema separado de Seguridad Social con fondos propios, cuya movilización y destino serían acordados por los órganos gestores de la propia Comunidad Autónoma⁽²⁴⁾. Y señala, pasando ya a exponer su postura,

que la Constitución ha establecido e impuesto el carácter unitario del sistema y de su régimen económico, la estatalidad de los fondos financieros de la Seguridad Social y, por ende, la competencia exclusiva del Estado no solo en la normación sino también de disponibilidad directa sobre esos fondos propios. El designio perseguido, para la sentencia, es el mantenimiento de un «régimen público», es decir, único y unitario (art. 41 CE), que garantice al tiempo la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes en materia de Seguridad Social (art. 149.1.17 CE), por lo cual es competencia exclusiva del Estado la gestión de los recursos económicos y la administración financiera del sistema, en aplicación de los principios de solidaridad financiera y caja única, como dice el Real Decreto y la Generalidad no ha cuestionado⁽²⁵⁾.

Con tales presupuestos era difícil una solución donde alguna clase de gestión pudiera corresponder a las Autonomías, aunque de hecho la sentencia se esfuerza por reservarles "algunas actuaciones concretas", sin especificar, en relación con el cumplimiento por los ciudadanos de sus deberes en la materia⁽²⁶⁾, o la posibilidad de que el Estado delegue en las Comunidades Autónomas funciones delegadas de recaudación, o de pago delegado allí donde se hayan transferido. En consecuencia, los actos de encuadramiento pertenecen al Estado, así como la gestión y control de la recaudación y cotización, la ordenación de los pagos y la distribución espacial y temporal de las disponibilidades dinerarias, la apertura de cuentas para financiar fondos de la Seguridad Social, la recaudación de cuotas de desempleo, formación profesional y Fondo de Garantía Salarial, y cuantas otras funciones le sean encomendadas a la Tesorería por el Ministerio de Trabajo.

Por su parte los votos particulares no ponen en discusión el trasfondo de la sentencia, es decir, los fundamentos 2 y 3, sino alguna atribución en concreto.

⁽²¹⁾ MANRIQUE LÓPEZ, F., *Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materias de Seguridad Social*, MTSS, Madrid 1985, 244; ALONSO OLEA, M., *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo, según la Constitución*, Civitas, Madrid 1982, 162; BORRAJO DACRUZ, E., "Comunidades Autónomas y Seguridad Social", *Papeles de Economía Española* 12-13 (1982), 192.

⁽²²⁾ CASAS BAAMONDE, M.E., "Sistema de fuentes jurídico-laborales y Comunidades Autónomas", *REDT* 1 (1980), 39; PALOMEQUE LÓPEZ, C., "Una competencia compartida por el Estado y las Comunidades Autónomas: la regulación de la Seguridad Social", en WAA, *Organización territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*, vol. III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1984, pág. 2492; y SALA FRANCO, T., "La Seguridad Social y las Comunidades Autónomas", en WAA, *Jornadas Técnicas de Seguridad Social*, IELSS, Madrid 1984, 80.

⁽²³⁾ DESDENTADO BONETE, A., *op. cit.*, 360 88.; ver también MARTÍN PUEBLA, E., "Claves para la gestión descentralizada de la Seguridad Social. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 124/1989, de 7 de julio", *AL* 22 (1990), 254-255.

⁽²⁴⁾ Fundamento Jurídico 2.

⁽²⁵⁾ Fundamento Jurídico 3.

⁽²⁶⁾ Fundamento Jurídico 4.

Para dos de ellos, los actos de encuadramiento, la gestión de la recaudación y cotización o la ordenación de pagos, así como la distribución temporal de las disponibilidades financieras, no pertenecen necesariamente al Estado. La atribución de tales competencias a las Autonomías no importaría ninguna tendencia disgregadora porque siempre tendría el Estado la potestad legislativa para reconducir el proceso. No obstante la distribución espacial de los fondos sí es claramente, según ellos, competencia exclusiva estatal. En cambio para el tercero de los votos particulares, firmado por los magistrados Rubio Llorente y Díaz Eimil, considera que la sentencia solo atribuye en exclusiva al Estado cuanto sea necesario para mantener la unidad del sistema, lo cual oscurece el sistema de delimitación competencial, siendo bastante más claro el haber dicho que en materia de gestión económica solo cabe a las Autonomías la competencia en los servicios.

No puede decirse que la postura del TC defendiendo la unidad del sistema en torno a las competencias del Estado se halle únicamente en la Sentencia mencionada. Otras Sentencias anteriores y posteriores a ella, e incluso Autos de inadmisión, han consolidado la doctrina acabada de exponer⁽²⁷⁾.

A mi juicio el concepto de unidad asumido por el TC en tal doctrina ha quedado hace tiempo superado, pues el propio Estado ha evolucionado hacia posiciones donde el reparto antevisto sufre amplias matizaciones. Conviene ahora reflexionar sobre la filosofía que se encuentra detrás de la actual posición del alto Tribunal.

La unidad del sistema tiene su asiento, para el TC, en el principio de unidad de caja y de solidaridad financiera, que según la Sentencia podríamos hallar en el art. 41 CE. Sin embargo el art. 41 solo hace referencia a la garantía de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos mantenido por los poderes públicos, concepto que, según hemos comentado desde el principio, comprende tanto al Estado como a las Autonomías, e incluso a los Entes locales. En realidad el principio de unidad de caja viene enunciado por vez primera mucho antes que en la Constitución, en la Ley de Bases de 1963, desde donde pasa al RD-L 36/1978 y de ahí al RD impugnado por la Generalidad y al art. 57 LGSS. Un principio, por tanto, de pura legalidad ordinaria, difícilmente oponible a unos Estatutos de Autonomía. Sobre todo arranca en un momento en que las Comunidades Au-

LAS COMPETENCIAS RECONOCIDAS A LAS CCAA POR LOS DIVERSOS ESTATUTOS PUEDEN Y DEBEN CUMPLIRSE EN MATERIA DE EJECUCIÓN DE SERVICIOS, INCLUIDO EL FINANCIERO, DONDE LOS ACTOS DE ENCUADRAMIENTO Y ORDENACIÓN DE PAGOS SON FÁCILMENTE DESCENTRALIZABLES. SE TRATA DE UNA GESTIÓN DE SERVICIOS QUE ENTRONCA CON EL LLAMADO "FEDERALISMO DE EJECUCIÓN" PRACTICADO YA EN OTROS PAÍSES COMO ALEMANIA

tónomas y el Estado de las Autonomías se encontraban prohibidos, junto con las libertades democráticas y los derechos fundamentales. El intento de apoyarlo en el arto 41 CE carece de sentido, pues un único régimen público puede organizarse sin la unidad de caja, existiendo entre los escenarios extremos de centralización financiera total y absoluta descentralización autonómica una amplia gama de posibilidades, cualquiera de ellas bastante más defendible que las soluciones radicales.

Quizá por ello quepa advertir un cambio de postura con la sentencia TC 206/1997, de 27 de

noviembre, que, a la hora de dilucidar la naturaleza jurídica de los planes y fondos de pensiones, consideró que el Sistema de Seguridad Social se caracteriza por su publicidad, obligatoriedad, suficiencia de prestaciones y protección ante situaciones de necesidad, pero no menciona el rasgo de la unidad de caja.

El temor a una utilización insolidaria de los fondos en el caso de que su disposición se fragmentara entre las diversas Autonomías se halla muy presente en todas las reflexiones y actuaciones sobre la materia hasta nuestros días. No solo hay un sentimiento difuso de que la pluralidad de órganos competentes en las cuestiones financieras puede llevar a males ignotos, sino que también las Entidades Gestoras manifiestan cierta incomodidad ante semejante perspectiva. Escasas han sido las voces, como no sean los medios de comunicación, que han puesto de relieve la

⁽²⁷⁾ STC 27/1983, interpretación autonómica del RD de cotización de horas extra, válida: muy sorprendente en su conclusión, como señala ALONSO OLEA, M., *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Civitas, Madrid 1984, 164, pues la misma dice que si calificásemos la Circular de interpretación como norma sobre régimen económico, la Generalidad no sería competente, por lo que es obvio (?) que la solución procedente es la de acto jerárquico con valor meramente interno de la Generalidad. También la STC. 46/1985, tasas sanitarias de Asturias; el Auto TC 310/1991, sobre recaudación de recursos; o la STC 195/1996, competencias sancionatorias vascas y LISOS 8/88.

“externalización” de los excedentes financieros de la Seguridad Social por el propio Estado, dedicándolos a cubrir déficits en otros campos presupuestarios, hasta que por obra de la concertación con los agentes sociales se han creado sendos fondos a donde reconducir tales excedentes, o al menos una parte de los mismos⁽²⁸⁾.

La interpretación radical y centralizadora del TC vacía virtualmente de contenido a las normas estatutarias que prevén la transferencia de competencias en esta materia, a pesar de que ciertos autores aceptan cierto grado de descentralización de la gestión económica con base en el art. 149.1.17 CE⁽²⁹⁾.

Las posibilidades de delegar en las Comunidades Autónomas la recaudación, gestión y liquidación que para los “recursos tributarios” admite el art. 156.2 CE no vienen ponderadas suficientemente por el TC en la sentencia comentada, para la cual solo sería posible si los fondos fluyeran automáticamente a la Caja Única centralizada de la TGSS, a pesar de haber sido propuesta por una relevante doctrina laboralista⁽³⁰⁾.

Hacia una distribución realista de las competencias en materia de seguridad social

60

Volvamos ahora al análisis de las competencias sobre el régimen económico de la Seguridad Social, e intentemos compaginar la competencia exclusiva del Estado con la posibilidad de transferir la ejecución de los servicios a las Comunidades Autónomas. Lo que la Constitución desea al hablar de un (único) régimen público de Seguridad Social, artículo 41, es que el Sistema se encuentre coordinado de manera que todos los ciudadanos reciban asistencia y prestaciones sociales suficientes. Es la coordinación lo realmente sustantivo, y esto lo podría lograr el Estado simplemente a través de la legislación básica y la alta inspección. Un Sistema público garantizado por el Estado de las Autonomías significa una dirección no exclusi-

vamente estatal, sino más bien organizada en torno a un consejo donde tomen asiento los representantes estatales y autonómicos, algo similar a lo pretendido por el actual proyecto de Ley de Cohesión del Sistema Sanitario en su ámbito correspondiente⁽³¹⁾. Por otra parte, incluso la recaudación de medios financieros y la distribución de los mismos tienen una faceta ejecutiva o gestora que puede ser transferida, siempre que exista la coordinación a que aludía más arriba, es decir, que tanto en la entrada como en la salida de partidas financieras exista un consenso entre los garantes estatal y autonómicos.

Desde un punto de vista más concreto, incluso la Tesorería General es un servicio -no en balde se le califica como “Servicio Común” del Sistema- cuya ejecución en todo o en parte es susceptible de transferencia. Probablemente al Estado debería corresponder como competencia intransferible, con independencia de que el legislador prefiera asignarle mayores competencias, el control e inspección de esa coordinación de los servicios que estamos comentando, siendo incluso posible que la recaudación y el reparto de los flujos financieros pueda ser llevada a cabo desde las Autonomías. Si ahora recordamos los votos particulares de la Sa. TC. 124/1989, constataremos que eran muy prudentes dentro de su talante avanzado para el momento en que se pronuncian, pues consideraban gestionable autonómicamente los actos de encuadramiento, la gestión de la recaudación, y la ordenación de pagos, así como la distribución temporal; no, en cambio, la distribución espacial de las disponibilidades dinerarias. Pero la Constitución permite incluso la transferencia de esa distribución espacial, siempre que haya sido previamente diseñada en el ámbito coordinado y conjunto que debe ser el cerebro rector del Sistema⁽³²⁾.

Al momento presente, la distribución de competencias se halla en una situación inestable entre lo defendido implícitamente por el TC -un centralismo al noventa por ciento- y las posibilidades de descentralización extrema que permite la Constitución. Si pudiéramos inyectar cierta dosis de racionalidad en esa

⁽²⁸⁾ Me refiero al Fondo de Reserva y al de Estabilización. El primero, contemplado en el art. 91 LGSS, surge con el Acuerdo de Concertación del 2001, nutrido con los excedentes de ingresos, para el futuro. Superó la cantidad prevista de los 6.000.000.000 en diciembre 2002, antes de lo pensado. Respecto al segundo, art. 87 LGSS, surge con los Pactos de Toledo y se pone en marcha en 1999 con 100.000 millones pts. : LÓPEZ GANDÍA, *Las reformas legislativas en materia de Seguridad Social*, Valencia 2002, 36.

⁽²⁹⁾ En tal sentido, MARTÍN PUEBLA, *op.cit.*, pág. 265, para quien el 149.1.17 CE presta suficiente cobertura constitucional para una descentralización de la gestión de las prestaciones económicas

⁽³⁰⁾ Su aplicación a este tema de la gestión de la SS es defendida por BORRAJO DACRUZ, “La SS en la CE”, *Estudios sobre la Constitución Española*, t.II, De los derechos y deberes fundamentales, Civitas, Madrid 1991, 1505.

⁽³¹⁾ A lo que parece, el proyecto de Ley aludido resulta insatisfactorio para las Comunidades Autónomas por la fuerte presencia estatal en el Consejo Interterritorial y otros órganos colegiados que contempla.

evolución incontrolada hacia terrenos más sólidos o más pacíficos, creo que transitoriamente cabría llegar al siguiente status quo inmediato, que está muy próximo a lo que es la realidad actual:

A las Comunidades Autónomas competerían las prestaciones asistenciales externas, pero también las no contributivas y las prestaciones aseguratorias de tipo indemnizatorio (asistencia sanitaria, prestaciones por familia). Así, el legislador, en materia de prestaciones no contributivas, y con base en el RD 357/1991, de 15 de marzo⁽³³⁾, ha transferido a las Autonomías las funciones del IMSERSO en cuestión de gestión de las prestaciones, de los centros, de los servicios y del personal, reservando al Estado la normativa básica, la determinación de los baremos, la regulación del régimen económico "sin perjuicio de su gestión por la Comunidad Autónoma", y la alta inspección⁽³⁴⁾.

En cuanto a las prestaciones aseguratorias de tipo indemnizatorio, su carácter tendencialmente autonómico deriva del hecho constatado de hallarse muy vinculadas a la residencia, a diferencia de las prestacio-

nes de tipo sustitutorio, relacionadas con el trabajo.

Al Estado corresponde en todo caso la legislación básica, la alta inspección y la coordinación de la gestión económica, pero transitoriamente cabe pensar en toda la gestión económica en sus manos, además de las prestaciones aseguratorias de tipo sustitutorio (invalidez, vejez, muerte y desempleo).

Las competencias reconocidas a las Autonomías por los diversos Estatutos pueden y deben cumplirse en materia de ejecución de los servicios, incluido el financiero (Tesorería), donde los actos de encuadramiento y la ordenación de pagos son fácilmente descentralizables. Se trata, como decía Villar Palasí, de una gestión de tales servicios "sin alterarlos"⁽³⁵⁾, y entronca con el llamado "federalismo de ejecución" practicado por países como Alemania, Austria o Suiza⁽³⁶⁾. Pero no hay ninguna prisa en alcanzar de inmediato lo previsto constitucionalmente en una materia tan delicada, donde se hallan en juego los derechos de tantos colectivos en situación de necesidad. ●

⁽³²⁾ La Ley General de Sanidad 14/1986 nos proporciona el modelo de su Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, formado por un representante de cada Comunidad Autónoma e igual número de representantes del Estado, siendo presidido por el Ministro de Sanidad y Consumo y con competencias de coordinación de líneas básicas y de planificación (art. 47). Dicha Ley reserva la alta inspección al Estado y dedica los arts. 70 a 77 a la coordinación general sanitaria, en donde el Estado y las Comunidades Autónomas elaboran planes de salud y el Gobierno redacta con carácter general los criterios de coordinación, de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y organizaciones empresariales. Estado y CCAA podrán establecer planes conjuntos en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Un Plan Integrado de Salud recogerá el conjunto de Planes menores. Por otro lado, la financiación se encuentra asimismo sometida a coordinación (arts. 78 a 83). El Proyecto de Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, actualmente en fase de información por las Comunidades Autónomas en el Congreso (BOC 13 de diciembre de 2002, serie A, Proyecto 121/00126), cercena drásticamente el modelo, al punto de derogar el art. 41 de la Ley General de Sanidad, a cuyo tenor "las decisiones y actuaciones públicas previstas en esta ley que no se hayan reservado expresamente al Estado se entenderán atribuidas a las Comunidades Autónomas". Un órgano igualmente paritario Estado-Autonomías (aunque también con presencia sindical y patronal) en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, dotado además de facultades de coordinación entre las "Administraciones Públicas competentes", es la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (art. 13, Ley de Prevención de Riesgos Laborales 31/1995).

⁽³³⁾ Art. 21 y Disp. Ad. 5a.

⁽³⁴⁾ RD. 75/1998, de 23 de enero, de traspaso de competencias del IMSERSO a la C.A. de La Rioja. Similarmente, RRDD. 649/1995, de 21 de abril, a Murcia; 849/1995, de 30 de mayo, a Asturias; 903/1995, de 2 de junio, a Castilla La Mancha; 938/1995, de 9 de junio, a Madrid; 1386/1996, de 7 de junio, a Cantabria; 2153/1996, de 27 de setiembre, a Baleares; 97/1996, de 26 de enero, y 299/1998, de 27 de febrero, a Aragón; 905/1995, de 2 de junio, 149/1999, de 29 de enero, y 10/2001, de 12 de enero, a Castilla y León; 1866/1995, de 17 de noviembre, y 665/2001, de 22 de junio, a Extremadura; etc. Como indica el RD 238/2002, de 1 de marzo, sobre estructura orgánica y funciones del IMSERSO, en la actualidad el organismo solo mantiene direcciones provinciales en las ciudades de Ceuta y Melilla y los centros de competencia estatal (Exposición de Motivos).

⁽³⁵⁾ VILLAR PALASÍ, J. L., "La distribución constitucional de competencias en materia de Seguridad Social", Documentación Laboral 5 (1982), pág. 35.

⁽³⁶⁾ MANRIQUE LÓPEZ, F., Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materias de Seguridad Social. MTSS. Madrid 1985. pág. 237-238. Significa que el Estado se reserva la legislación, dejando que se aplique o ejecute por los cantones o Lander: "Es por ello una función sustancialmente subordinada a la norma que desarrolla y al propio contexto del Ordenamiento jurídico al que pertenece", explica en pág. 239. Para este autor. tal modelo de federalismo de ejecución lo establece nuestra Constitución en el art. 149.1.17; sin embargo. entiende que la ejecución del régimen económico compete al Estado exclusivamente, dentro de su competencia de planificación general (pág. 244).