Número Especial 2023
Homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz
ISSN: 2386-7191 y 2792-7962– ISSNe: 2387-0370 y 2792-7970

Publicación Comentada: BORRAJO DACRUZ, E.: "La Seguridad Social en la Constitución española: Desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional," *Documentación Laboral*, nº 30, 1990, pp. 11-54.

Sobre la Seguridad Social en la Constitución española, a la altura del año 1990

About Social Security in the Spanish Constitution, as of 1990

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL
Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid
Abogado ejerciente

Cita Sugerida: DE LA VILLA GIL, L.E..: "Sobre la Seguridad Social en la Constitución española, a la altura del año 1990", Revista de *Derecho de la Seguridad Social, Laborum* y *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz (2023): 189-199

Resumen

El presente Estudio se publicó, por el admirado Profesor Efrén Borrajo Dacruz, poco después de aprobada la Constitución Española de 1978. Pese a ello, refleja con detalle la importante doctrina constitucional de esa época, las principales aportaciones de la doctrina científica y los criterios interpretativos del propio autor, tan agudos como ha sido habitual en sus numerosos trabajos. De particular importancia es su opinión sobre la débil cobertura constitucional de la protección social, y sus conclusiones sobre la distribución de competencias, en esa materia, entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Abstract

This Study was published, by the admired Professor Efrén Borrajo Dacruz, shortly after the app. oval of the Spanish Constitution of 1978. Despite this, it reflects in detail the important constitutional doctrine of that time, the main contributions of the scientific doctrine and the interpretative criteria of the author himself, as sharp as has been usual in his numerous works. Of particular importance is his opinion on the weak constitutional coverage of social protection, and his conclusions on the distribution of competences, in this matter, between the State and the Autonomous Communities.

Palabras clave

La Seguridad Social y la Protección Social en el Derecho español; Seguridad Social y Asistencia Social: las tres posibles versiones del artículo 41 de la Constitución Española de 1978; Distribución de competencias en materia de Seguridad Social entre el Estado y las Comunidades Autónomas

Keywords

The Social Security and the Social Protection in the spanish Law; Social Security and the Social Assistence: the three possible versions of the article 41 of the Spanish Constitution of 1978; Distribution of competences; in matter of Social Security; between the State and the Autonomous Communities

I. ESTUDIO COMENTADO: LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. DESARROLLOS LEGALES Y CRITERIOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. El profesor Efrén Borrajo Dacruz explica en la Nota-Asterisco de su estudio [publicado en la revista *Documentación Laboral*, editada por la Asociación de Cajas de Ahorro para las Relaciones Laborales (Acarl), en el núm. 30, correspondiente al año 1990, páginas 11 a 54], que "el estudio base … [se encuentra] … en el libro-homenaje al profesor García de Enterría en la fecha de su jubilación". La fecha de jubilación del citado profesor se produjo en el año 1988, dado que, lo mismo que al

profesor Alonso Olea, le tocó la china de la jubilación obligatoria a los 65 años, es decir, en 1988, puesto que Don Eduardo había nacido en el año 1923. Una norma legal ciertamente estúpida que apartaba de la docencia oficial a genios, artistas y artesanos del Derecho, como los dos eminentes juristas citados. Y en el año 1991, el profesor Borrajo publicó en el volumen II, de los cinco que componían el primer libro homenaje de cuantos se dedicaron a García de Enterría [con el título de *Estudios sobre la Constitución* (Civitas, 1991), coordinado por el profesor Sebastián Martín-Retortillo Báquer], un estudio titulado *La Seguridad social en la Constitución* (páginas 1.485 a 1.520), estudio que, pese a la publicación posterior, ha de considerarse el antecedente inmediato del estudio que ahora nos ocupa. Por consiguiente, esa cronología justifica que el resumen y comentario que aquí se realiza se refiera únicamente a este estudio, redactado en fecha posterior.

II. CONTENIDO Y SIGNIFICACIÓN DEL ESTUDIO

2. Como todos los estudios del Profesor Borrajo, en cualesquiera de las variadas disciplinas que trató en su larga vida académica, este que ahora se considera muestra alta calidad y significación relevante. El hecho de que no fuera el primero publicado en la doctrina española, tras la promulgación de la Constitución Española –en adelante CE–, ni siquiera el primero de sus propios trabajos, como él mismo ilustró con varias referencias bibliográficas, no merma en absoluto la importancia de sus conclusiones, marca y estilo que el muy querido compañero y maestro tenía acreditados en su larga trayectoria de tratadista estelar, sobre los Seguros Sociales, la Previsión Social y la Seguridad Social.

Por eso se considera relevante resumir sus partes sustanciales, manteniendo sus mismas palabras, entrecomilladas en los siguientes apartados, a), b), c) y d). De no existir las limitaciones de espacio impuestas por el editor de la Revista, habría sido de mucho interés la reproducción literal de todo el trabajo, facilitando así su lectura a quienes encontrasen dificultades de localizar la añeja Revista en la que se publicó inicialmente, hace exactamente treinta y dos años.

II.1. Ambigüedad de las bases constitucionales

"La Constitución española de 1978 emplea con frecuencia la expresión 'Seguridad Social', tal y como puede verse en sus artículos 25.2, 41 y 149.1.17; sin embargo, es ya un tópico doctrinal que tal expresión recoge un concepto abierto susceptible de un desarrollo múltiple, de modo que el legislador dispone de una amplia facultad de acción y podrá optar en términos muy amplios en el momento de la decisión política.

Tal libertad de acción arranca, en primer lugar, de la propia naturaleza del derecho a la Seguridad Social, desde el momento en que la mención más directa al tema está en el citado artículo 41, que se sitúa dentro de los 'principios rectores de la política social y económica' (CE, tít. I, cap. III). Por tanto, resulta de plena aplicación el débil régimen de garantías que la propia Constitución fija en su artículo 53.3, con la regla específica de que tal derecho 'sólo podrá(n) ser alegado(s) ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las reglas que lo desarrolle(n)'. Es un derecho que se acerca peligrosamente a la naturaleza de los reconocidos en una norma programática al viejo estilo, de modo que sólo es ejercitable desde el momento y en los términos en que se establezca por una Ley ordinaria. La mejor garantía que se deriva del artículo 25.2 para la Seguridad Social de los condenados a penas de prisión, que realicen un trabajo, ha quedado modelado en sentido restrictivo por los Tribunales Penales, con refrendo del propio Tribunal Constitucional (STC 172/1989, 19 de octubre).

La segunda causa de la enorme flexibilidad de que goza el legislador para configurar el régimen jurídico y económico de la Seguridad Social está en la propia Constitución al establecer ésta una dispersión entre las materias clásicas de la Seguridad Social y tratar por separado la Seguridad Social propiamente dicha en su artículo 41; la protección de la salud y de los servicios preventivos y de las prestaciones correspondientes en su artículo 43; las medidas de previsión, tratamiento, rehabilitación e

integración de los minusválidos en su artículo 49; la protección social y los correspondientes servicios y prestaciones de los ciudadanos de la tercera edad en su artículo 50; la protección social y económica de la familia en su artículo 39; y así sucesivamente.

Esta dispersión temática se corresponde –y es la tercera circunstancia a tener en cuenta– con la dispersión o proliferación institucional con que se presenta el complejo sistema español de Seguridad Social, existente en el momento de entrar en vigor la tan citada Constitución de 1978. El llamado sistema de Seguridad Social convivía, mal que bien, con una pluralidad de medidas de beneficencia pública, asistencia social pública y otras medidas de protección social pública a cargo del Estado, de las Diputaciones provinciales, de los Ayuntamientos, en un entrecruzado tejido político-administrativo que se complicará con la puesta en marcha de las Comunidades Autónomas. Los artículos 148.1.20 y 21, y 149.1.16 y 17 reforzarán esta tendencia descentralizadora y colocarán las bases para que se emancipe un tercer sistema institucional: el sistema sanitario.

En este marco institucional, donde la unidad formal queda negada por la realidad organizativa y funcional, se comprende que el precepto constitucional contenido en el artículo 41 carezca de fuerza configuradora. Las normas legales dictadas desde 1979 más bien contradicen su contenido ... Sin perdernos en la maraña de la normativa legal, es posible decir, en síntesis, que se están cumpliendo las previsiones doctrinales sobre la disgregación del contenido clásico de la Seguridad Social, de modo que se apuntan con firmeza los modelos normativos siguientes:

1º) En primer lugar, la asistencia sanitaria se independiza y al refundirse con los servicios orgánicos y funcionales de la sanidad pública apuntan hacia un Sistema nacional de protección de la salud, sin que falten proyectos de un Servicio nacional de la salud; el artículo 43 de la Constitución y la reciente ampliación del ámbito personal cubierto por las prestaciones sanitarias confirman la tendencia.

2º) En segundo lugar, los servicios sociales se radican en las Comunidades Autónomas; éstas aprovechan al máximo sus competencias exclusivas en materia de 'asistencia social' y dictan (aprueban) sendas leyes sobre la materia, dando así desarrollo a las reglas contenidas en los respectivos estatutos sobre 'bienestar social', 'asistencia social', etc. (País Vasco: Ley 6/1982, de 20 de mayo, sobre servicios forales, BOPV, 2, julio 1982; Navarra: Ley Foral 14/1983, de 30 de marzo, sobre servicios sociales, BON 8, abril 1983; Madrid: Ley 11/1984, de 6 de junio, sobre servicios sociales, BOCM 23, junio 1984; Murcia: Ley 8/1985, de 9 de diciembre, sobre servicios sociales, BORM 19, diciembre 1985; Cataluña: Ley 26/1985, de 27 de diciembre, sobre servicios sociales, DOC 10 enero 1986; etc.). Las experiencias en curso de realización sobre 'salario social', también a cargo de las distintas Comunidades Autonómicas, completarán esta tendencia a la ubicación de los servicios sociales, junto con la asistencia social pública, en un orden paralelo al cada vez más reducido de la Seguridad Social en sentido estricto.

3º) En tercer lugar, y con el fin de salvar esta dispersión tanto institucional como conceptual, cobra cada vez mayor fuerza el propósito de construir un Sistema de protección social pública. Al efecto hay que tener en cuenta la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1986 (Ley 46/1985, de 27 de diciembre), que utilizó la expresión "sistemas o regímenes públicos de protección social … En resumen, aparece un nuevo concepto integrador, cual es el sistema de protección social pública, en el que es posible encuadrar, a la vez, la Seguridad Social pública (reducida a prestaciones de carácter económico y de naturaleza preferentemente contributiva) con la asistencia social pública (con prestaciones económicas preferentemente de carácter no contributivo) , con los servicios sociales (nacionales y territoriales) y, en fin, con un servicio (tanto estatal como territorial) de la salud. El sistema de protección social pública tendría a su favor las reglas contenidas en los artículos 41, 43, 49, 50, 148, 149 y concordantes de la Constitución.

En el nuevo esquema integrador, la Seguridad Social contemplada en el artículo 41 de la CE es una pieza más. El legislador goza de libertad al respecto tanto para mantener las líneas

tradicionales de un sistema de Seguridad Social como para refundir las instituciones heredadas en este nuevo modelo de organización y de acción social. Igualmente, goza de libertad para mantener las competencias estatales en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social como para redistribuirlas entre este Departamento y los Ministerios de Sanidad y Consumo, de Asuntos Sociales, Educación y Ciencia (los maltratados hospitales clínicos); o, en fin, para centrar tales competencias en un Ministerio de Bienestar Social, con la consiguiente desmembración de los departamentos ministeriales citados. Las bases político-jurídicas del sistema de protección social están, es claro, en la Constitución de 1978. Sus posibles límites, más que jurídicos, serán los que imponga la realidad sobre la que se opere … Hoy por hoy, en el desarrollo de la Constitución, las líneas de tendencia firmes parecen ser las que llevan a la configuración de tres sistemas de acción social, a saber:

— El sistema de protección de la salud, que atiende los servicios de carácter sanitario y hace efectivo el derecho a la protección de la salud (CE, art. 43).

— El sistema de Seguridad Social, que atiende a situaciones de necesidad con prestaciones económicas y que en España se bifurcaría, conforme a la propia realidad, en un sistema laboral para trabajadores privados y un sistema administrativo para funcionarios públicos (CE, art. 41).

— Un sistema de servicios sociales fuertemente descentralizado por áreas territoriales en beneficio de determinados grupos sociales (infancia y juventud, tercera edad, minusválidos, etc.), en base a CE, artículos 49, 50, 39, 40.2, etc.

Este diseño tiene a su favor el modelo normativo enunciado en la Carta Social Europea, alineada a su vez con las orientaciones de la Organización Internacional del Trabajo desde su declaración de Filadelfia de 1944 y que dieron lugar a las dos famosas recomendaciones: la número 69 sobre asistencia médica y la número 67 sobre seguridad de los medios de vida".

II.2. Cuestiones centrales en las bases constitucionales de la Seguridad Social

"El artículo 41 CE compromete al régimen público de la Seguridad Social a que garantice la 'asistencia y prestaciones sociales' suficientes en favor de todos los ciudadanos ante situaciones de necesidad. La palabra 'asistencia' se contrapone, pues, a la palabra 'prestaciones', y la dualidad de términos se repite en el propio artículo 41 cuando se refiere a beneficios complementarios libres. La doctrina científica se ha visto así tentada a escudriñar el alcance jurídico-constitucional de la expresión 'asistencia'. La sistematización de tal doctrina permite afirmar que tal palabra tiene al menos tres sentidos, a saber: en unos casos, asistencia vale tanto como acción protectora, como atención o cuidados sin más; en otros casos, asistencia equivale a una fórmula lingüística sincopada de 'asistencia sanitaria'; y en otros casos, asistencia vuelve a ser una fórmula lingüística abreviada sinónima de 'asistencia social pública'. Los tres sentidos son, o pueden ser, complementarios entre sí; pero desde el punto de vista jurídico-constitucional pueden fundamentar distintos desarrollos políticos del texto constitucional. El primer sentido es el vulgar o usual: asistencia es una acción protectora, un cuidado o una atención especial; por tanto, si se toma la palabra asistencia en ese sentido no podrá hacerse diferenciación en el artículo 41 con respecto a la expresión siguiente: ... 'y prestaciones sociales', porque las prestaciones son un modo cualificado, en verdad el modo típico, de la acción protectora de la Seguridad Social. Por esto hay que decir que, desde el punto de vista del constituyente, la palabra asistencia tenía que moverse en alguno de los otros dos sentidos. En efecto, en el análisis de los distintos textos constitucionales, desde aquel anteproyecto que se filtró hacia el 25 de noviembre de 1977, hasta las manifestaciones que se hicieron oficiales a partir del 5 de enero de 1978; cuando, a su vez, se examinan las distintas enmiendas presentadas por los distintos grupos parlamentarios a los textos sucesivos elaborados por la Ponencia, por la Comisión del Congreso, por

el Pleno del Congreso, por la Comisión del Senado y que al final acabaron en la Comisión Mixta del Congreso-Senado, la conclusión es la siguiente: la palabra asistencia, en unos casos, quiere aparecer como sinónima de asistencia social pública; en otros casos quiere aparecer como sinónima de asistencia sanitaria ... En consecuencia, el ambiguo tenor literal del artículo 41 puede dar fundamento a las dos operaciones legislativas siguientes:

1ª) Por un lado, permite mantener dentro del sistema de Seguridad Social los servicios y prestaciones sanitarias al modo tradicional: la asistencia valdría tanto como asistencia sanitaria y prestaciones sociales valdrían tanto como prestaciones económicas; esta dualidad de la acción protectora se reflejaría igualmente en el cuadro de medidas complementarias.

2ª) Por otro lado, permite mantener dentro del régimen público de la Seguridad Social tanto las prestaciones de carácter contributivo como las prestaciones no contributivas o de carácter asistencial. La asistencia social pública dentro de la Seguridad Social genera un problema añadido, y muy grave, de deslinde competencial entre el Estado (poderes centrales) y las Comunidades Autónomas, desde el momento en que éstas tienen, según la CE, artículo 148.1.20, competencias exclusivas en materia de asistencia social, tanto en el plano normativo (leyes y reglamentos) como en el plano de ejecución (reglamentos organizativos, gestión y administración de los distintos servicios)" ...

II.3. Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas

Las cuestiones más complejas que se plantean son las siguientes:

"1ª) Distribución de competencias entre el Estado (poderes centrales) y las Comunidades Autónomas. La doctrina primero, y el Tribunal Constitucional después, han planteado con nitidez los términos del problema; y ha sido dicho Tribunal quien ha ofrecido una solución firme en la muy importante sentencia 124/1989, de 7 de julio (BOE 9 de agosto) … El número de las opiniones disidentes *[dentro del TC]* marca la dificultad del tema promovido como conflicto positivo de competencias por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña. La doctrina que entendemos firme es la siguiente:

1º) Las Comunidades Territoriales Autónomas gozan, entre otras facultades y atribuciones, de las de carácter normativo y ejecutivo. La proyección de estos esquemas en el caso concreto de las relaciones entre el Estado (poder central) y las Comunidades Autónomas en la materia también concreta de Seguridad Social está regulado en la CE, art. 149.1.17 … El Estado tiene atribuida, en exclusiva, la potestad normativa suficiente para establecer la legislación básica. Por tanto, a resultas de la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, sus facultades son las siguientes:

2º) Legislación. La legislación comprende tanto las normas con fuerza de Ley (Ley formal propiamente dicha, Decreto-Ley y Decreto-legislativo) como las normas reglamentarias (o reglamentos de ejecución y reglamentos autónomos en cuanto sean normativos). Las dudas de la primera hora (STC de 5 de noviembre de 1981, FJ 2, *in fine*) han desaparecido en los pronunciamientos posteriores (STC de 4 de mayo de 1982, FJ 3, de máxima expresividad, y FJ 4, seguida de otras muchas).

3º) Normas básicas. Las 'bases' son principios, criterios, directrices, etc., y como tales pueden estar en una 'Ley delegante' dentro del conocido proceso de la delegación legislativa que regula la Constitución (arts. 82 y ss.); pero no es este el sentido de la expresión 'legislación básica' (y de otras expresiones similares: 'bases', 'normas básicas', etc.) que utiliza la misma Ley fundamental al fijar el esquema competencial del Estado y de las Comunidades Autónomas. Las normas básicas son, y pueden ser, normas que contengan principios y directrices; pero también son (y en primer lugar así sucede) reglas completas perfectamente articuladas, con todos sus términos muy concretos, que fijan el orden jurídico de una materia o materias también muy concretas; es decir, la condición de básica apunta a mínimos, a regulación contenida y concentrada, pero con un pronunciamiento taxativo que es el que el Estado quiere que se cumpla. En la legislación básica hay, pues, dos tipos de normas; a

saber: por una parte están los principios, directrices y reglas esenciales de la regulación de la materia de que se trate; sobre ellas podrán operar modalizaciones y desarrollos, las normas adicionales de las Comunidades Autónomas, que por tanto podrán ser diversas de unas Comunidades a otras; por otra parte están las reglas de mayor concreción, normas completas, que las Comunidades Autónomas sólo podrán recoger en sus propios términos. Estas normas básicas completas tienen por objeto primordial 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, tal y como establecía el artículo 2.1 de la LOAPA, que si bien ha sido declarado inconstitucional, la razón de tal juicio no está en que el contenido del precepto fuese rechazable, sino que lo rechazable es la función de intérprete de la Constitución, que con ese y otros artículos de corte similar se arrogaba indebidamente el Parlamento frente al Tribunal Constitucional.

4º) El bloque normativo básico. Las bases de la legislación básica –valga la expresión– exigen formulación por Ley en Cortes o por norma de rango similar. Ahora bien, a tenor de la unidad y de la complementariedad de la Ley y el Reglamento se acepta constitucionalmente que éste precise y desarrolle la 'base' establecida por el poder legislativo. Decretos y Órdenes ministeriales se integran así con ese requisito habilitante de la remisión de una Ley anterior en un bloque normativo que goza, en su totalidad, de la condición de legislación básica respecto de la potestad normativa de la Comunidad Autónoma. El TC es firme ya en esa doctrina (SS. 28 de julio de 1981; 5/1982, de 8 de febrero; 1/1982, de 28 de enero; 58/1982, de 27 de julio; en especial, S. de 16 de noviembre de 1981. Un espléndido resumen en STC 32/1983, de 28 de abril, y en S. 148/1982, de 20 de abril).

2ª) Desarrollos generales reglamentarios. En congruencia con la delimitación competencial anterior, el Estado mantiene la potestad normativa reglamentaria imprescindible para el desarrollo y aplicación de la legislación básica en materia de Seguridad Social. Es decir, cuando se trate de cuestiones de interés general de la nación o que exijan un tratamiento uniforme en todo el territorio nacional el bloque normativo mantendrá en el Gobierno la facultad reglamentaria correspondiente. Una vez más, la LOAPA en su artículo 2.2 repitió la suerte registrada ya: el precepto no era materialmente inconstitucional, pero sobre él no podía pronunciarse el Parlamento; se trataba de una cuestión de distribución de competencias propia de la Constitución y de su Tribunal Constitucional.

3ª) Primacía de la norma básica estatal y facultades ejecutivas estatales. La legislación básica apunta hacia la promulgación de una Ley territorial (normalmente posterior) de desarrollo. Norma básica y Ley territorial de desarrollo guardan entre sí una relación de competencia; ahora bien, si se produjera colisión entre ellas, la primera prevalece sobre la segunda (CE, art. 149.3). En fin, para velar por y para garantizar el mejor y más exacto cumplimiento de su legislación propia, el Estado (poder central) mantiene, entre otras posibles, las siguientes facultades: la organización de los servicios administrativos (mínimos, pero adecuados) de ámbito nacional (en especial la Tesorería General de la Seguridad Social o ente similar); la alta inspección y otras funciones de coordinación intercomunitarias.

4ª) Potestades autonómicas. Las potestades normativas atribuidas a las Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social son la consecuencia de la reserva establecida ya para el Estado. La Comunidad Autónoma aprueba, en el ejercicio de su autonomía, las leyes adicionales que completan y desarrollan la legislación básica estatal. Y dictan sobre todo los reglamentos que requiera la aplicación de tales leyes adicionales, pues el poder reglamentario del Estado queda, como también se ha dicho, reducido a regulaciones muy concretas y específicas ('lo básico' de la legislación básica). La ejecución de los servicios de Seguridad Social, en cuanto esté atribuida a las Comunidades Autónomas (a tenor de sus propios Estatutos y por normas posteriores) comprende la facultad de aprobar reglamentos orgánicos, de eficacia *ad intra*, que formalizan la capacidad autonómica de autoorganización. El deslinde práctico será difícil, pero es posible conceptualmente: hay servicios nacionales (p. ej., tesorería, alta inspección, etc.) y hay servicios territoriales propios.

5ª) Régimen económico de la Seguridad Social. Como se ha visto, el artículo 149.1.17 declara la competencia exclusiva del Estado sobre el 'régimen económico de la Seguridad Social', criterio que resulta perfectamente comprensible desde el momento en que las cuotas de 1a Seguridad Social experimentan una transformación registrada por la doctrina y por el TC, conforme a las pautas propias de los impuestos. Por tanto, en buena medida, se ejercita con ellas 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 del régimen económico de la Seguridad Social, en el ámbito de las competencias exclusivas del Estado es, pues, una posición constitucional consecuente. El Estado tiene en 1a materia facultad normativa plena: dicta las leyes y las normas de ejecución y desarrollo de dichas leyes. Tiene además la gestión del régimen económico. Ahora bien, parece aplicable en la materia la regla constitucional del artículo 156.2, de modo que las Comunidades Autónomas sí pueden 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'. Parece que tal posibilidad también pueda ofrecerse en orden a los recursos económicos de la Seguridad Social ...

La STC 124/1989 … desmenuza y analiza las distintas funciones que es posible comprender cuando se trata de las competencias de ejecución de que habla el artículo 149.1.17. Y entre otros pronunciamientos importantes formula las siguientes precisiones:

1ª) 'del artículo 149.1.17 de la Constitución no puede extraerse la apresurada conclusión de que en materia de régimen económico de Seguridad Social el Estado retenga sólo potestades normativas ... No basta, por tanto, con la reserva de las competencias normativas para, desde las mismas, disponer la solidaridad financiera mediante el establecimiento de reglas para la transferencia de fondos a través de la Tesorería de una a otra de la Comunidad Autónoma en función de las disponibilidades financieras en cada momento ... lo que implica admitir, desde luego, que el Estado ejerce no sólo facultades normativas, sino también facultades de gestión, de ejecución del régimen económico de los fondos de la Seguridad Social destinados a los servicios o a las prestaciones de la Seguridad Social en Cataluña'...

2ª) 'obligan a rechazar la tesis de que, dentro del territorio de Cataluña, la Generalidad puede administrar y disponer de los fondos generados por la Seguridad Social aplicándolos a sus propias obligaciones o cargas, como si se tratara de fondos autonómicos, y no, como con toda evidencia son, fondos estatales cuya disponibilidad por los órganos de la Comunidad Autónoma es siempre de carácter mediato, que presupone la provisión o habilitación previa a cargo de la Caja Única de la Seguridad Social que la Tesorería gestiona sobre todo el territorio nacional' (FJ 3).

Las consecuencias de tan firme posición son, entre otras, que las Comunidades Autónomas pueden ejercitar facultades complementarias y subordinadas en materia de gestión de la Seguridad Social. Así, es competencia exclusiva del Estado la recaudación y aplazamiento o fraccionamiento del pago de las cuotas, pero –y esto es importante– con respecto a lo que venimos sosteniendo desde 1981 … 'ello no excluye la posibilidad de que el Estado pudiera encomendar a la Generalidad de Cataluña funciones delegadas de recaudación de esos ingresos estatales; pero ello sólo será compatible con la Constitución en tanto que quedara asegurado el que los fondos recaudados fluyeran automáticamente a la Caja Única centralizada de la Tesorería General ... sin retenciones de ningún género y sin posibilidad alguna de constituir fondos autonómicos separados del patrimonio único en que tales fondos se integran' (FJ 5, *in fine).*

Con esta matización podemos repetir, al igual que en trabajos anteriores, que sin malicia, pero con prudencia, hay que prever que se cumpla, una vez más, la humana ley de que quien recauda y gestiona tiende a disponer del impuesto como propio y a ordenar el gasto. La tentación a retener dentro del territorio de la Comunidad Autónoma los ingresos que son jurídicamente estatales siempre podrá encontrar una justificación al alegar que el nivel de satisfacción de las necesidades sociales

de la propia población de la Comunidad bloquea esta tentación y exige que el órgano delegado de la recaudación de las cuotas de la Seguridad Social las ponga inmediatamente a disposición de la Tesorería General".

II.4. Conclusiones: alcance del artículo 149.1.1 CE y la Seguridad Social

"El Estado, al aprobar la legislación básica de Seguridad Social, está afectado por los llamados super principios constitucionales, tales los de los artículos 1.1, 14, 138.2, etc. En especial, alcanzan en ella una aplicación directa los recogidos en los artículos siguientes: CE, art. 139.1: 'todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado'. Por su parte, el art. 139.2 CE dispone: 'ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español'. En la Seguridad Social todos los principios enumerados encuentran un supuesto abierto a su plena aplicación. Por tanto, muchas de las normas contenidas en la legislación básica estatal serán de aplicación uniforme, al modo de un derecho necesario absoluto, en todo el territorio nacional (STC 19/ 1982, de 5 de mayo, sobre tendencia a la igualación en la Seguridad Social). Las posibilidades de desarrollo legislativo y reglamentario de las Comunidades Autónomas respecto de dichos puntos concretos serán adjetivas, procedimentales. Esto es cierto; pero tampoco puede concluirse sobre tal dato que son facultades normativas residuales, si es que no vacías de un contenido verdaderamente preceptivo. Es evidente que cualquier pronunciamiento autonómico sobre mejoras en la acción protectora, ampliación de las situaciones de necesidad cubiertas etc., tendrá inevitablemente repercusión en ingresos y gastos y entrará en el capítulo del régimen económico reservado en exclusiva al Estado. Pero también es comprensible que la fijación estatal se concretará en niveles mínimos y máximos de protección y que dentro de ellos caben, al menos, las dos disponibilidades económicas siguientes:

1ª) En primer lugar, la liberación de unos excedentes por mejor gestión, con la consiguiente reinversión en mejoras prestacionales; es una regla admitida hoy día para las empresas auto aseguradas y para las mutuas patronales respecto de sus excedentes.

2ª) En segundo lugar, y es el dato que importa, el Estado impone uniformidad en los mínimos y, acaso, en los máximos; pero la garantía constitucionalmente debida apunta en principio hacia los primeros, hacia los mínimos; la fijación de máximos es previsible exclusivamente para casos que podrían contravenir escandalosamente las exigencias de la solidaridad nacional.

La Constitución ofrece esta pauta de acción política en el muy importante artículo 149.1.1, de proyección general sobre los demás apartados del propio artículo: 'el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 1.2 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'. La unidad no es uniformidad más que en los niveles básicos. La determinación de éstos es cuestión política, a solventar conforme a criterios de ponderación de medias nacionales; por ejemplo, el bienestar social medio nacional; su correlación con el de las Comunidades internacionales afines (CEE, OCDE, etc.), pero marca el límite de la intervención estatal. De ahí que al final las Comunidades Autónomas agoten su responsabilidad en ... 'la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español'.

La CE, en su muy olvidado artículo 158, trata con realismo las consecuencias de la igualdad y de la solidaridad. El Estado fija el nivel prestacional a cargo de los poderes públicos, y hasta ese nivel han de llegar todos y cada uno de los españoles. Al efecto no hay posible admisión de diferencias por razón de territorio. Las Comunidades Autónomas quedan corresponsabilizadas ante ese objetivo, hasta el punto de que, si alguna de ellas no cuenta con los recursos necesarios para alcanzarlo por sí misma, la compensación vendrá con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. Los servicios públicos fundamentales cuentan con esta garantía constitucional. O dicho de un modo más directo:

el Estado fijará el nivel de suficiencia de todas y cada una de las prestaciones que se estimen básicas, y al efecto determinará bases y tipos de cotización obligatoria; podrá fijar igualmente mejoras sobre dicho nivel de suficiencia y, a estos respectos, podrá remitir la determinación concreta de las prestaciones y de las cuotas debidas por los interesados, así como el importe de las subvenciones a las Comunidades Autónomas hasta un determinado punto. Con estas salvedades, la diferencia de trato de cada Comunidad ya no será, sin más, privilegio económico ni social. Se asienta en el principio de autonomía financiera que permite a la Comunidad f ijar sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales (CE, arts. 156, 157, etc.). Máxime si, se insiste, actúa dentro de los máximos que autorice al efecto la legislación general estatal. El derecho a la diferencia es la consecuencia del principio de autonomía diferencial entre las comunidades territoriales, diferencia entre los grupos socio profesionales, diferencias entre los individuos. Todos contarán con un nivel homogéneo, que en la Seguridad Social es el nivel de suficiencia en la protección social, garantizado por el Estado (legislación básica y reglamentos económicos), pero alcanzado ese nivel universal (de suficiencia) cada grupo y cada persona llegarán a su propio nivel, de acuerdo con su capacidad. Esta filosofía de libertad distorsiona, en buena medida, los esquemas actuales de la Seguridad Social. Es –o podrá ser– propicia a desviaciones sociales, a resultas de egoísmos colectivos e individuales. Pero es la filosofía de la Constitución de 1978. Y puede remover estructuras orgánicas ancladas en el pasado, de marcada filiación paternalista, propicias a uniformar por abajo.

El Estado ha de velar para que se eviten y, en todo caso, corrijan las desviaciones sociales territoriales y profesionales. Pero ha de respetar igualmente la capacidad de esfuerzo y de diferenciación de cada grupo social. La Constitución es el motor de este proceso de diferenciación y es, a la vez, el cauce para su correcta canalización. Ahora bien, por encima de este nivel (que deberá ser el más alto posible, es obvio), la acción propia de cada Comunidad podrá encontrar fundamento bastante también en la Constitución. Las diferencias de acción social, y entre ellas de Seguridad Social, parecen, pues, inevitables. La Seguridad Social complementaria, de base territorial, puede ser una realidad siempre y cuando se opere dentro de los márgenes que el Estado haya establecido al regular el régimen económico general. O dicho de un modo más directo: el Estado fijará el nivel de suficiencia de todas y cada una de las prestaciones que se estimen básicas, y al efecto determinará bases y tipos de cotización obligatoria; podrá fijar igualmente mejoras sobre dicho nivel de suficiencia y, a estos respectos, podrá remitir la determinación concreta de las prestaciones y de las cuotas debidas por los interesados, así como el importe de las subvenciones a las Comunidades Autónomas hasta un determinado punto. Con estas salvedades la diferencia de trato de cada Comunidad ya no será, sin más, privilegio económico ni social. Se asienta en el principio de autonomía financiera que permite a la Comunidad fijar sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales (CE, arts. 156, 157, etc.). Máxime si, se insiste, actúa dentro de los máximos que autorice al efecto la legislación general estatal. El derecho a la diferencia es la consecuencia del principio de autonomía: diferencia entre las Comunidades territoriales, diferencia entre los grupos socio profesionales, diferencias entre los individuos. Todos contarán con un nivel homogéneo, que en la Seguridad Social es el nivel de suficiencia en la protección social, garantizado por el Estado (legislación básica y régimen económico), pero alcanzado ese nivel universal (de suficiencia) cada grupo y cada persona llegarán a su propio nivel, de acuerdo con su capacidad" …

III. BREVE COMENTARIO DEL ESTUDIO

3. Debo hacer constar, ante todo que, por el debido respeto al estudio comentado, las consideraciones que siguen se refieren estrictamente a su contenido, sin añadir por consiguiente ninguna otra externa al mismo. La compleja historia de la Seguridad Social española, se inicie donde se inicie –para muchos en los años 1963-1966– permite cortes en cualesquiera de sus hitos, pero es claro que sea cual sea la fecha tomada como final, siempre quedará colgada e incompleta la referencia correspondiente. Sería pues injusto que, con el conocimiento de lo ocurrido hasta hoy, se valorará lo

afirmado treinta años antes o se intentara completar lo que el autor del estudio comentado no pudo seguramente ni imaginarse que tendría lugar en nuestro sufrido ordenamiento de la Seguridad Social. Bajo esta prevención me parece interesante comentar con brevedad los mejores logros del estudio del profesor Efrén Borrajo, expuestos abreviada y esquemáticamente:

1º) La débil protección constitucional del sistema de Seguridad Social y, por extensión, de todo el modelo de protección social es una conclusión que envuelve todo el Estudio. De ese modo, el sistema de Seguridad Social es a la postre lo que el legislador disponga en cada momento histórico concreto.

2º) De las tres interpretaciones que permite el concepto "asistencia" en el artículo 41 CE, hay que optar por un contenido dual, referido a la asistencia sanitaria y a la asistencia social, queden una y otra dentro o fuera del sistema de Seguridad Social.

3º) Precisamente, a partir de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986, el legislador se inclina por lo que denomina 'protección social', para situar fuera, pero junto al sistema de Seguridad Social, los cuidados de la salud y la asistencia y los servicios sociales.

4º) El artículo 149.1 CE, en sus apartados 1 y 17 CE, ha de interpretarse –ya con el firme apoyo del Tribunal Constitucional en la fecha en la que se firma el estudio–, en el sentido de que la cobertura mínima de la Seguridad Social es una función del Estado y, por tanto, una competencia exclusiva del mismo, competencia que se traduce en el dictado de las leyes y de los reglamentos necesarios para garantizar la igualdad y la solidaridad de y entre los españoles, extendiéndose también a las actuaciones gestoras y de control enderezadas a la misma finalidad.

5º) Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social no deben empequeñecerse bajo la denominación de 'residuales', pero sí han de calificarse como 'rigurosamente complementarias' de las estatales. En ningún caso estas Comunidades pueden ostentar y ejercer competencias respecto de la Caja Única de la Seguridad Social, sujeta a un régimen constitucional de derecho necesario indisponible.

6º) El Estado ha de velar para que se eviten y, en todo caso, corrijan las desviaciones sociales territoriales y profesionales. Pero ha de respetar igualmente la capacidad de esfuerzo y de diferenciación de cada grupo social, sean las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de su autonomía financiera, o los individuos con sus propios recursos, superando en su caso los niveles máximos establecidos por el Estado, salvo que acabaran resultando escandalosos y, en tal caso, fuente de las desigualdades de trato proscritas consrtitucionalmente.

Digamos para finalizar que resultaría arbitrario valorar este estudio del Profesor Borrajo al margen de su obra conjunta sobre 'protección social'. Creo no exagerar si calificamos esa obra como uno de los soportes básicos para el ulterior desenvolvimiento de la doctrina española en la materia, a partir de su trascendental libro *Estudios jurídicos de previsión social*, publicado en 1962 por la editorial Aguilar. Sin desconocer, desde luego, la trascendencia de algunos precedentes imprescindibles, como el *Curso de Derecho del Trabajo* de Pérez Botija –cuya sexta edición, en Técnos como las anteriores, es de 1960– y el libro titulado *Previsión y Seguros Sociales* de Mariano Ucelay Repollés –de 1955–, editado por la madrileña Gráficas González. Y, sobre todo, las *Instituciones de Seguridad Social*, de Manuel Alonso Olea, puesto que su primera edición, de 1959, a cargo del Instituto de Estudios Políticos –una gigantesca pequeña obra–, sirvió a todos los jóvenes candidatos empeñados en conocer la disciplina, para saltar de una selva enmarañada de disposiciones legales a la mayor claridad sistemática y conceptual exigibles. Sin ese excelente bagaje doctrinal no habrían seguramente aparecido los principales libros generales de mayor repercusión por su solvencia, en las décadas setenta y ochenta, tales el *Derecho de la Seguridad Social* de José Manuel Almansa Pastor (Técnos, a partir de 1973), el *Manual de Seguridad Social* de Luis Enrique de la Villa Gil y Aurelio Desdentado Bonete (Aranzadi, a partir de 1977) y el *Compendio de Seguridad Social* de Manuel Ramón Alarcón Caracuel y Santiago González Ortega (Técnos, a partir de 1986). E igualmente, son deudoras de los

pioneros las traducciones de las obras de Mattia Persiani y Paul Durand, las múltiples monografías y estudios de toda laya realizados por una doctrina especializada progresivamente más numerosa y los consistentes comentarios a la Ley General de la Seguridad Social, en los que la iniciativa de José Luis Monereo no puede ser olvidada. Pongan los lectores los nombres propios que faltan en esa breve relación y si no supieran hacerlo en verdad no merecerían que alguien se los recordara.