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.: "El derecho a la asistencia sanitaria en la Seguridad Social", *Revista de Seguridad Social*, núm. 8, 1980, pp. 7-56.

El derecho a la asistencia sanitaria en la Seguridad Social

The right to healthcare in Social Security

Juan Antonio Maldonado Molina
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Director del Máster en Derecho de la Seguridad Social. Univ. de Granada
https://orcid.org/0000-0002-5673-3620

Cita Sugerida: MALDONADO MOLINA, J.A..: "El derecho a la asistencia sanitaria en la Seguridad Social", 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): 229-235

Resumen

Se glosa un artículo emblemático en la producción científica del profesor Borrajo, dado que no solo fue el primero que dedicó específicamente a la asistencia sanitaria (materia que retomaría en sucesivas obras), sino que recogía la Ponencia que realizó en el I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Málaga del 23 al 26 de septiembre de 1980.

Palabras clave

Asistencia sanitaria; salud; seguridad social

Abstract

An emblematic article in the scientific production of Professor Borrajo is glossed, given that he was not only the first to dedicate specifically to health care (a subject he would return to in successive works) but also included the Paper he made at the I National Congress on Labour Law and Social Security, held in Malaga from 23 to 26 September 1980.

Keywords

Healthcare; Health; social security

I. INTRODUCCIÓN

Los que tuvimos la suerte y el honor de conocer al Profesor Borrajo siempre hemos sido conscientes de que no era un académico más. Su Magisterio era omnipresente e intenso, cualquiera fuese el formato con el que transmitiera sus conocimientos y la materia sobre la que versara. Era un Maestro con mayúsculas, cuya docta opinión se sigue con convicción, que siempre tenía la palabra precisa y el mejor consejo para con quienes coincidimos con él en la vida universitaria. En mi caso, tuve la fortuna de que presidiera mi tribunal de Tesis Doctoral en el año 2000, y sus exhaustivas apreciaciones y consejos siempre quedaron en mi recuerdo. Descanse en paz.

Una de las disciplinas en las que más destacó fue el de la Seguridad Social, donde una de sus aportaciones fue la del concepto de "protección social", institución que –en sus palabras– expresa unitariamente toda la variedad de instituciones destinadas a satisfacer las necesidades de servicios esenciales y la cobertura de riesgos sociales más allá de la Seguridad Social, siendo una construcción en la que «sí tendrán cabida las formas públicas y las formas privadas, tanto de carácter contributivo como de carácter asistencial»[1]. Y dentro de este concepto se incluía, lógicamente, la atención sanitaria, más allá del debate de si forma parte o no de la noción "Seguridad Social".

[1] Borrajo Dacruz, E., «De la Previsión Social a la Protección Social en España: Bases Histórico-Constitucionales hasta la Constitución», *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 3, 1989, pág. 13.

Ya en 1980 se estaba produciendo el proceso de desgajamiento de las prestaciones sanitarias respecto del Sistema de Seguridad Social, aunque sería más evidente a partir de 1986, fecha tras la cual la uniformidad de las prestaciones sanitarias y su extensión a nuevos sectores de la población configurarían un Sistema de Asistencia Sanitaria cada vez más cercano al modelo asistencial público. En este sentido, ya en este artículo afirmaba el profesor Borrajo que el derecho a la protección del bien individual de la salud "podrá instrumentarse tanto dentro de un sistema sanitario unitario, en conexión con los servicios de salud pública, como dentro del sistema de Seguridad Social, en conexión con las prestaciones económicas. La Constitución asume una posición neutra en la cuestión"[2].

Este trabajo es fiel reflejo igualmente de la época, en la que reciente Texto Constitucional preside el análisis de todas las instituciones, y ante la duda de si abordar la Ponencia desde el plano del Derecho positivo, o de lo que "debería ser", opta por lo que llama "una vía sintetizadora de una y otra posición", que la sitúa "en el estudio del tema en la Constitución, pues ésta, como Ley Fundamental, es base y es cauce del Derecho actual y del Derecho del futuro, respectivamente". Precisamente, la perspectiva constitucional del Derecho de la Seguridad Social[3] y del Derecho a la Asistencia sanitaria[4] fueron objeto de posteriores publicaciones del profesor Borrajo.

II. COMENTARIO

La Ponencia (y en consecuencia el artículo), se estructuró en tres grandes bloques, a los que añadió un Anexo dedicado a Texto Internacionales y un quinto a la Bibliografía. Los tres epígrafes principales versaban, respectivamente, sobre la posible escisión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social (cuestión aún controvertida científicamente pese al transcurso de cuatro décadas); el desarrollo positivo de la Constitución en la materia (incluyendo sus conexiones con fuentes internacionales); y la distribución de competencias entre Estado y CC.AA. en materia sanitaria (tema éste que sigue generando debates y pronunciamientos del Tribunal Constitucional). Por tanto, pese a datarse de 1980, las reflexiones realizadas por el profesor Borrajo en este artículo siguen siendo referencia obligada. Por ello, y conscientes de que el acceso a esta publicación no es fácil, considero de interés reproducir su Sumario:

I. DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA Y SEGURIDAD SOCIAL

1. Delimitación temática
2. Protección de la salud y materias conexas
3. Protección de la salud, asistencia sanitaria y Seguridad Social
    - 3.1. Planteamiento
    - 3.2. Alternativas
    - 3.3. La separación entre Salud y Seguridad Social
    - 3.4. La interrelación entre Salud y Seguridad Social
    - 3.5. La posición española
    - 3.6. Contenido de los artículos 43 y 41 de la Constitución

II. DESARROLLO LEGISLATIVO DE LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES

[2] *Cfr.* Borrajo Dacruz, E., "EI derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social", *Revista de Seguridad Social* núm. 8, 1980, pág. 27.

[3] Borrajo Dacruz, E.: "El modelo constitucional de Seguridad Social en España". *Revista de Trabajo*, núm. 65, 1982; "La Seguridad Social en el marco jurídico constitucional". En AA.VV. *La Reforma de la Seguridad Social*, Fundación F. Ebert, Madrid, 1982; "La Seguridad Social en la Constitución española: desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional". *Documentación Laboral*, núm. 30, 1990; "La Seguridad Social en la Constitución española", en AA.VV.: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor García de Enterría*, t. II.: Ed. Civitas, Madrid, 1991.

[4] Borrajo Dacruz, E.: "Artículo 43 Protección de la Salud", en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, en AA.VV. (Dir. Alzaga Villasmil, O.), Tomo IV.

1. Los términos de la cuestión
2. Función interpretativa de las normas internacionales
3. Vinculación estatal por las normas internacionales
4. Indeterminación o inefectividad en las normas internacionales
    4.1. Contenido y estructura de las normas
    4.2. La Carta Social Europea y el Convenio 102 de la OIT
5. Limitaciones y efectividad de los principios rectores de la política social y económica (Cap. 3 del Título I de la Constitución)
6. Rango de la norma de desarrollo

III. DISTRIBUCIÓN DE LAS COMPETENCIAS SANITARIAS ENTRE EL PODER CENTRAL Y LOS PODERES TERRITORIALES

1. Los términos de la cuestión
    I. Competencias propias del Estado (Poder Central)
    II. Competencias de las Comunidades Autónomas
2. La distribución de competencias en materias sanitarias y conexas
    2.1. Sanidad
    2.2. Seguridad Social
    2.3. Higiene y medio ambiente
    2.4. Asistencia Social
    2.5. Otras materias conexas
    2.6. Personal de los servicios sanitarios
    2.7. Conclusión

IV. ANEXO. TEXTOS INTERNACIONALES

V. BIBLIOGRAFÍA

Analicemos su contenido. Tras aclarar que su Ponencia giraría preferentemente sobre el marco constitucional, en el epígrafe "Protección de la salud y materias conexas" procede a enumerar los preceptos que de modo implícito o explícito «afectan también a los derechos y deberes de índole sanitaria», con una enumeración exhaustiva y en la que se apoya en ocasiones en la doctrina italiana, que precisamente es a la que se remite respecto del alcance «de un nuevo Derecho: EL DERECHO SANITARIO que, como todo Derecho nuevo, emerge de entre y sobre los Derechos ya consolidados (Penal, Civil, Administrativo, Laboral, de la Seguridad Social, etc.)». Repárese cómo en 1980 ya consideraba consolidada la disciplina Derecho de la Seguridad Social con plena autonomía del Derecho laboral.

En esta enumeración inicial, deliberadamente el profesor Borrajo dejó fuera el artículo 41 CE, ya que en el apartado siguiente (Protección de la salud, asistencia sanitaria y Seguridad Social), aborda la espinosa cuestión de si la Seguridad Social comprende o no a la asistencia sanitaria. De las páginas 11 a 28 plantea los términos del debate, y tres alternativas:

— La CE, con sus arts. 41 y 43, habría aceptado la separación entre los dos sistemas

— Se rompe el sistema sanitario en un orden institucional, integrado por la Salud Pública que presta servicios colectivos sanitarios al ciudadano en cuento miembro de la Comunidad; y servicios individuales que se prestan dentro del cuadro de acción protectora de la Seguridad Social

— Que la Seguridad Social englobe en su totalidad las prestaciones económicas y las distintas medidas de protección a la salud, tanto las individuales como las colectivas

Pues bien, cuestiona que sea admisible sin más considerar que la Seguridad Social integra los Servicios de Salud, y de modo vehemente rechaza los que asimilan Seguridad Social y acciones sanitarias, opinión "por generalizada no menos errónea", asimilación errónea que atribuye a un prestigioso constitucionalista, cuya identidad omitimos, remitiendo al lector a la página 12 del artículo donde podrá encontrar una cita literal de la opinión duramente criticada por Don Efrén, que concluye que «(p)ueden absorberse una y otra materia en un concepto amplísimo de Seguridad Social, pero no al revés».

Tras un análisis de la normativa internacional y española, y de los artículos 41 y 43 CE, Borrajo entiende que "(l)a conclusión final parece que tiene que abrazar las tres hipótesis que ya apuntó Barrada[5], al correlacionar el artículo 43 con el artículo 41: «¿Constituye un simple desarrollo del programa de Seguridad Social enunciado en el artículo 41?¿Separa la protección de la salud del campo de la Seguridad Social?¿Concibe los campos de la protección de la salud y de la Seguridad Social como campos en intersección, de modo que parte de la protección de la salud quede comprendida dentro de la acción protectora de la Seguridad Social y parte no?»". Y partiendo de esas tres hipótesis (considerando posibles las tres), apunta cuatro «líneas de tendencia de la Constitución», y que por ser una de las principales aportaciones que Borrajo hace en este artículo pasamos a transcribir:

> «*Primera*.- Se reconoce el derecho a la protección de la salud en su sentido integral, como bien individual y como bien colectivo (art. 43.1.).
> *Segunda*.- El artículo 43.2. sienta las bases constitucionales de la protección del derecho a la *salud pública*, organizada y tutelada por los poderes públicos para dar satisfacción a dicho bien colectivo. Al respecto los particulares quedarán sometidos a unas obligaciones por Ley, pero también gozarán de unos derechos subjetivos reaccionales o indirectos a resultas de la regulación por Ley de dicho bien colectivo. La reserva legal es completa; se excluye la imposición de deberes por vía administrativa, sin perjuicio de la instrumentación en detalle que pueda requerir la materia.
> *Tercera*.- El derecho a la protección del bien individual de la salud podrá instrumentarse tanto dentro de un sistema sanitario *unitario*, en conexión con los servicios de salud pública, como dentro del sistema de Seguridad Social, en conexión de las prestaciones económicas. La Constitución asume una posición neutral en la cuestión,
> *Cuarta*.- Los derechos a la protección del bien individual de la salud deberán configurarse *ex lege*, como derechos subjetivos perfectos, ejercitables por tanto, en último término, a través de las acciones pertinentes ante Tribunales Judiciales. Ahora bien, el régimen jurídico correspondiente a establecer en la Ley, podrá ser tanto el de tipo *previsional*, en base al principio mutualista, como el de tipo de *asistencia social pública*, en base al principio de solidaridad nacional. El concepto de «asistencia» en el artículo 41 autoriza esta doble posibilidad».

Como cierre de estas líneas de tendencia, aporta unas conclusiones a modo de resumen de esta debatida cuestión, indicando:

> «la Constitución, con sus interrelacionados y equívocos artículos 41 y 43, abre nuestro actual Derecho positivo a una revisión, que avance por las líneas, igualmente dualistas, de los Convenios y Recomendaciones de la OIT».

La segunda gran cuestión que aborda Don Efrén es la vinculación estatal por las normas internacionales, también de la mano del Texto Constitucional, subrayando la estratégica función

[5] Barrada Rodríguez, A.: "Los derechos de la Seguridad Social en la Constitución española de 1978", *Revista de Seguridad Social*, núm. 2, 1979.

interpretativa de las normas internacionales, repasando y enunciando los instrumentos internacionales a los que debe ajustarse la interpretación del ordenamiento interno, lo que lo lleva a la Carta Social Europea y el Convenio 102 de la OIT, textos de especial relevancia sobre todo habida cuenta la ubicación de los artículos 41 y 43 (debilidad que también trata el profesor Borrajo en el siguiente epígrafe, bajo la rúbrica "Limitaciones y efectividad de los principios rectores de la política social y económica", cuestión clave a solo dos años de la aprobación de la Constitución.

Como reflexiones de la futura regulación de la normativa que recoja este derecho a la salud constitucionalmente reconocido, aborda el profesor Borrajo un epígrafe titulado "Rango de la norma de desarrollo", que hoy pudiera parecer que evoca más el ámbito de la Historia del Derecho, pero que al contrario, el tiempo lo ha ido poniendo de actualidad, por el uso constante de la figura del Real Decreto Ley. Basta recordar que la crisis económica de 2010 motivó una batería de reformas restrictivas, impulsadas por los Ejecutivos, no por el Parlamento, de modo que en el plano de la técnica normativa se ha recurrido a un sistemático uso del Real Decreto-Ley[6] como instrumento legislativo para realizar reformas no sólo coyunturales, sino también de carácter eminentemente estructural y permanente. En España, esta forma de legislar fue legitimada con gran permisibilidad causal por nuestro Tribunal Constitucional. Estas reformas no sólo han disminuido el garantismo jurídico-social, sino que han reforzado el protagonismo de lo económico, y han subrayado el papel del Gobierno como gestor de lo público, en detrimento del Parlamento (fenómeno de la "gubernamentalización"). Ello ha supuesto una cierta ruptura de la distribución de poderes, con una distorsión de los mecanismos naturales de creación de normas, con el argumento de que había que tomar medidas extraordinarias de forma urgente e inaplazable (pero que en muchos casos ha rebasado los límites causales que impone el artículo 86 de la Constitución). En todo caso, las leyes de urgencia han protagonizado las reformas del sistema a cuenta de la crisis económica.

La siguiente cuestión que aborda el profesor Borrajo será protagonista en las décadas siguientes, y es la llamada "descentralización territorial del Estado del Bienestar", y lo hace en el Apartado III bajo la rúbrica "Distribución de las competencias sanitarias entre el poder central y los poderes territoriales". Apuesta no por la "exclusividad competencial" sino por la "compartición", en tanto que considera que «el Poder Central y el Poder Territorial están obligados constitucionalmente a concurrir en sus acciones, desde las legislativas a las más simples administrativas». No oculta su juicio de valor, celebrando que la Constitución no hubiese realizado una atribución de "materias en bloque", señalando que «el riesgo de la vida política-jurídica diaria será inicialmente la tendencia a las máximas transferencias, en un movimiento, fácilmente comprensible, de centrifugación, con la dispersión competencial hacia la periferia del Estado, al identificarse en el slogan partidista el mantenimiento de competencias en el Poder Central como supervivencia del régimen anterior, a su vez calificado, a todo lo largo de su cuadro institucional, como totalitario o antidemocrático».

Para aclarar la distribución de competencias entre el Estado y Comunidades Autónomas, recoge desde la página 42 a 52 un cuadro con el esquema constitucional de reparto de materias sanitarias y conexas, aunque advierte que el cuadro de "alternativas es enormemente complejo". El tiempo le dará la razón. Baste recordar que han sido frecuentes los choques entre las pretensiones autonómicas de legislar sobre determinadas materias y la posición del Gobierno central que las consideraba "legislación básica", lo que las excluiría en consecuencia del ámbito autonómico. Existe ya una prolija jurisprudencia constitucional en la materia, que no procede recordar, en la que se han sentado los límites del diálogo entre normas estatales y autonómicas, que podría condensarse en la idea de que la norma básica actúa como un mínimo común mejorable por la normativa autonómica. Sin embargo, esta doctrina quebró con varias Sentencias de diciembre de 2017 del TC, que tienen en común el mismo detonante: una reacción autonómica frente a una previa reforma restrictiva estatal

[6] Real Decreto-ley 16/2012, de 24 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de las prestaciones.

en el ámbito sanitario. Y ante ese desarrollo normativo con el que algunas Comunidades[7] han tratado de restituir los derechos previos a la reforma, el Gobierno presenta conflicto positivo de competencia, que fue resuelto en los tres casos en sentido favorable al mismo. En todos los supuestos, el TC se ha limitado a analizar la distribución competencial, sin entrar a valorar si el derecho material a la asistencia sanitaria se veía o no conculcado. Pero la gran novedad reside en la interpretación dada a qué debe considerarse como legislación básica, al impedir desarrollos autonómicos que mejoren el mínimo estatal si lo que se quiere mejorar es la titularidad del derecho, diferenciando en consecuencia el ámbito subjetivo (que no sería mejorable), respecto del objetivo (que sí es mejorable).

Concluye este epígrafe el profesor Borrajo con la siguiente síntesis:

> «En fin, la regulación general del sistema sanitario tendrá que atender a los siguientes criterios de distribución de competencias:
> en primer lugar, fijará «las bases», así como los «principios» del sistema, conformando la «legislación básica» prevista en la Constitución sobre la que se moldearán las Leyes *adicionales* de las Comunidades;
> a) en segundo lugar, preservará las competencias de la Administración Central para la aprobación de las normas reglamentarias de dicha «legislación básica», normas que también podrán ser *adicionadas* por las aprobadas por la Administración Territorial;
> b) en tercer lugar, concretará las acciones administrativas de ejecución, con la previsión de que *puedan ser asumidas* estatutariamente o por traspaso en forma (incluso, por convenio) por la Administración Territorial, con la salvedad de las funciones de «alta inspección» (y, en su caso, de «tutela») y de «coordinación general» administrativa.
> Las Leyes orgánicas de delegación y transferencia podrán afectar al contenido del punto *b)* y, acaso, del punto *a)* anteriores. Pero estas previsiones no deben disminuir el contenido de la regulación legislativa, pues mientras no se traspasen a la Entidad Autonómica sus concretas competencias, el Estado *mantiene todas* sus responsabilidades y debe estar en condiciones jurídicas y orgánicas de atenderlas. Las competencias estatales son «*remanentes*» y, por tanto, se mantienen hasta que se transfieran (hasta que *se resten*, valga la expresión) en beneficio y para la responsabilidad de las Comunidades Autónomas.».

El artículo se completa, además de con la correspondiente Bibliografía, con un sucinto Anexo en el que enumera los Textos Internacionales en la materia, listando 22 instrumentos.

[7] País Vasco (STC 134/2017, de 16 de noviembre de 2017); Navarra (STC 140/2017, de 30 de noviembre); y Comunidad Valenciana (STC 145/2017, de 14 de diciembre). La línea argumental que usa el TC se centra vetar la mejora del ámbito subjetivo, pero también podría dar pie limitar mejoras autonómicas en el ámbito objetivo de la prestación sanitaria. Y es que, como literalmente señala, "el reconocimiento a las Comunidades Autónomas de desarrollar para mejorar el ámbito prestacional fijado por el Estado se halla en función, precisamente, de los límites y del alcance que las propias bases del Estado fijen, con fundamento en los intereses generales que aquél justifique". Para el TC, los principios rectores (concretados en la norma por el Legislativo) "son decisiones axiológicas jurídico-objetivas que determinan que, a la hora de interpretar el modelo de distribución de competencias", se les deba dotar de la mayor fuerza normativa posible, determinando hasta dónde pueden llegar las mejoras autonómicas. El límite ya no será el mínimo estatal, sino qué buscaba el legislador con ese mínimo común denominador. Esta interpretación, en última instancia, lo que hace es supeditar la efectiva promoción del derecho a la salud a los intereses generales, pero considerando que los intereses generales son los que el legislador estatal estime convenientes en cada momento. Así, un marco normativo autonómico que lograra implementar de forma efectiva el artículo 43 de la Constitución, correría el riesgo de devenir inconstitucional si la mejora que hiciese de la normativa básica fuera contradictoria con las directrices políticas del Gobierno central…lo que además de vaciar de contenido al Estado Autonómico, vacía de sentido la declaración de Estado Social y Democrático de Derecho, ya que primaría la distribución competencial al máximo desarrollo de los derechos sociales.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Nos encontramos ante una obra cargada de simbolismo. Recoge la Ponencia defendida en septiembre de 1980 por el profesor Borrajo en el Primer Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, versa sobre una materia que volvería a visitar nuestro homenajeado en varias ocasiones, y que además es fiel reflejo de su momento, centrando el debate en la Constitución de 1978, y en esta publicación se recogen las dudas e inquietudes sobre el desarrollo legislativo; el papel que las Comunidades Autónomas jugarían en la implementación de las políticas sanitarias en el nuevo escenario de descentralización territorial del Estado del Bienestar; así como la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Constitucional.

Pero a la par que una publicación propia de la transición, con una Carta Magna recién aprobada, en este artículo encontramos reflexiones que la hacen intemporal. Dentro de esta categoría se encuentran claramente las reflexiones sobre la autonomía científica entre Derecho de la Seguridad Social y Derecho Sanitario, planteando diferentes alternativas sobre las consecuencias del desgajamiento de las prestaciones sanitarias del Sistema de Seguridad Social.

Del mismo modo, detecta y adelanta algunas de las cuestiones problemáticas en torno a la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en materia sanitaria, que pone de manifiesto la enorme intuición jurídica que poseía el profesor Borrajo, de modo que –como cierre– podemos decir que este artículo es plenamente actual pese a tener ya más de cuarenta años. Una obra clásica, como buena parte de las publicaciones que comprende la extensa y sobre todo influyente producción científica de Don Efrén, Maestro de Maestros en la doctrina española.