

DIRECTOR: MANUEL M. ZORRILLA RUIZ

TOMO II

LA DISTRIBUCION DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y
LAS COMUNIDADES AUTONOMAS EN MATERIA DE S. SOCIAL

F. MARRIQUE



CAPITULO CUARTO

DELIMITACION DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

1.- Legislación Constitucional y autonómica. 2.- El concepto de Seguridad, su tratamiento Constitucional. 3.- Sistema normativo. 4.- Distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en Seguridad Social. 5.- Competencia estatal en materia de Seguridad Social. / 6.- Distribución de materias. 7.- Gestión autonómica. 8.- Efectos de la relación economía-Seguridad Social en el marco autonómico. 9.- Perspectiva Constitucional de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades / Autónomas en materia de Seguridad Social. 10.- Aplicación en el espacio de las normas propias de la Seguridad Social y su incidencia autonómica. 11.- Seguridad Social y Comunidades Autónomas. 12.- La incidencia autonómica en la Gestión de la Seguridad Social. 13.- Ambito autonómico de la participación de los interesados en la gestión de la Seguridad Social. a) La participación de los interesados en la gestión de la Seguridad Social. b) Ambito Subjetivo de la participación, c) prospección constitucional. d) Sujetos. Participación individual. Participación colectiva. f) El / procedimiento. g) Derecho Comparado. h) Estado actual de la normativa vigente.

D.- DELIMITACION DE COMPETENCIAS EN MATERIA LABORAL Y
DE SEGURIDAD SOCIAL.

1.- Legislación Constitucional y Autonómica.

a.- Artículo Preferencial.

El artículo fundamental para la Seguridad Social en España, es el 41 de la Constitución. Dice así: "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 caso de / desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres".

-Comentario a su sistematización.-

Este artículo está situado en el Capítulo 3^a / del Título I, denominado "De los principios rectores de la política social y económica". Este capítulo, en cuanto a su garantía, tiene una protección menor que la que se otorga a los derechos reconocidos en ~~la~~ sección primera del mismo capítulo segundo (junto con el art. 14, / culmen de protección posible). Siguiendo lo dicho, la /

garantía del artículo 41 vendrá recogida en el artículo 53.3, en principio, que dice reconocer una mera "información" de la legislación positiva, práctica judicial y actuación de los poderes públicos. Lo dicho se plasma / en que "...sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria, de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen". (cfre. Título III, capítulo 2º de la / Constitución). Pero esta idea será matizada más adelante, cuando se exponga la posibilidad de defender este derecho en su espíritu, según el art. 53.2.

Garrido Falla ("Comentarios a la Constitución"; Ed. Civitas, Madrid, 1980) habla de la relación existente entre los arts. 41 y 43 (derecho a la protección de / la salud), preguntándose si debieron de aparecer juntos, reunidos en un mismo artículo.

En cuanto al artículo en sí, podemos entresacar los siguientes rasgos:

-- Es una obligación de los poderes públicos. Es imperativo el mandato, al decir "mantendrán".

-- Se exige que se dé la existencia de "un" régimen / concreto de la Seguridad Social: el público. Las disposiciones reguladoras de su organización son, entre otras, el Decreto 3302/78, de 22 de diciembre; y 933/79, de 27

de abril.

-- Serán todos los ciudadanos los beneficiarios.

-- La materialización del fin se llevará a cabo por /
"asistencia y prestaciones sociales"

-- Las prestaciones habrán de ser suficientes.

-- El punto de arranque de esta asistencia será una /
situación de necesidad.

-- Se tipifica la existencia concreta de un caso de /
necesidad: el desempleo. Sin duda, el Decreto, es produc-
to de la coyuntura del momento constituyente y también /
del actual. No obstante, refleja quizás poca proyección
futura del texto constitucional.

-- "La asistencia y prestaciones complementarias se-
rán libres". Esta frase es, para Ramón Tamames ("Introducción a la Constitución Española", Ed. Alianza, Ma- /
drid, 1980), una puerta que queda abierta para cualquier
eventual ampliación más allá de las prestaciones previs-
tas en la Seguridad Social preconstitucional. Entre es-
tas posibles nombra las, ya echadas en falta en numero-
sas ocasiones, de atenciones de clínica dental o de psi-
quiatria. El problema que se suscita es saber si es con-
tradictorio el propio art. 41 en este punto, al haber ga-
rantizado, previamente, las prestaciones sociales "sufi-

cientes", o si lo realmente contradictorio es la aplicación que hoy se hace de este artículo, al no encontrarse dentro de las situaciones de necesidad las prestaciones susodichas y, consecuentemente, el requerirse pagos de / primas adicionales para cubrir tales riesgos.

-Anteproyecto Constitucional.- (Boletín Oficial de las / Cortes Españolas, 5 de enero de 1978).

Artículo 35: "Los poderes públicos asumen la / obligación prioritaria de fomentar unapolítica que asegure el pleno empleo y la formación y readaptación profesional; velar por la seguridad e higiene en el trabajo; garantizar el descanso necesario mediante la limitación de la jornada laboral, vacaciones periódicas retribuidas y la programación de centros adecuados y proteger y mantener un régimen público de Seguridad Social para todos".

La ponencia constitucional (B.O. de las C. 17/ IV/78), por medio de las variaciones producidas, posibilitó el desdoblamiento en tres del artículo precitado.

-Antecedentes españoles del actual art. 41.-

En la Constitución de 1931, de la II República,

se dice: art. 46.2: "La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de / enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes, y especialmente la protección a la maternidad; la jornada de trabajo y el salario mínimo familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en / el extranjero; las instituciones de cooperación; la relación económico-jurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, administración y los beneficios de las empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores".

En las leyes Fundamentales encontramos los siguientes preceptos: art. 28 del Fuero de los Españoles / (1.945): "El Estado Español garantiza a los trabajadores la Seguridad Social de amparo en el infortunio y reconoce el derecho a la asistencia en los casos de vejez, / muerte, enfermedad, maternidad, accidentes de trabajo, invalidez, paro forzoso y demás riesgos que puedan ser objeto de seguro social".

El Fuero del Trabajo (1.938) dice: III.6: "El Estado velará por la seguridad y continuidad en el tra-

bajo". X.I: "La previsión proporcionará al trabajador la seguridad de su amparo en el infortunio"; y 2: "Se incrementarán los seguros sociales de vejez, invalidez, maternidad, paro forzoso, tendiéndose a la implantación de un seguro total. De modo primordial se atenderá a dotar a / los trabajadores ancianos de un retiro suficiente".

-Conclusiones del análisis histórico.-

En el fondo de la problemática suscitada, con la última frase del art. 41. vigente, subyace un problema de precariedad terminológica de nuestro texto constitucional, al no precisarse qué es lo suficiente y que lo complementario a esa suficiencia. Quizá, con respecto a ello, haga un buen papel la primera frase del art. 46 de la Constitución de 1931, precitado, al proponerse el baremo de las "condiciones necesarias de una existencia / digna. Ni que decir tiene que el actual texto constitucional recoge preceptos en los que va inserto el mismo / espíritu, como los arts. 35, 39, 40, 42, 43, 49 y 50; y si nos retrotraemos más a principios generales, el 9.2, el 17 y el 15, al hablar de integridad física y moral"; y, como corolario, el art. 40 habla de la "dignidad de /

la persona" como fundamento del orden político y de la / paz social. Pero la disquisición anterior viene a cuento de la corrección, a modo de pista interpretativa, de la apreciación del artículo de la Constitución republicana. Por último, digamos, respecto a este punto, que hay que destacar la incidencia que esta última frase tiene en / la libertad de empresa, ya que, aunque ésta ya viene de limitada por su propio artículo que la constitucionaliza (el 38), aquí, en el campo de la medicina, se le da un carácter meramente restrictivo.

Comparando los artículos reseñados como antecedentes, observamos que el actual es escueto. No pretende tratar temas concretos al modo del art. republicano, ya que se relegan al ámbito legislativo (como es el caso de que algunas materias ahí nombradas, hoy se recojan en el Estatuto de los Trabajadores de 1980, mediante el art. 35 de la Constitución). Ahora bien, recordemos que en la actual Constitución sí se destaca el punto del desempleo, frente a otras realidades.

El término "situaciones de necesidad" actual se contrapone al de "regulación de casos de seguro de / enfermedad,...." de la República. La redacción de la / Dictadura es menos jurídica: "amparo en el infortunio"

(cayendo en la retórica).

Un tema destacable del art. 41. actual es que el régimen público de Seguridad Social se dirige a todos los ciudadanos. Es la primera vez en este país que, a nivel de Ley fundamental, se deja patente este principio. Sin lugar a dudas, se sigue aquí la filosofía del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales y Culturales (Nueva York, 1966), firmado y ratificado por España en 1977 (B.O.E. 30/IV/1977), que en su art. 9 dice: "Los Estados parte en el presente Pacto reconocen / el derecho de toda persona a la Seguridad Social, incluso al seguro social". Por otra parte, esta filosofía no queda en tal, al ser exigible la interpretación de las leyes según el sentido del susodicho Pacto(entre otros), gracias al art. 10.2 de la Constitución que encabeza el Título I (Derechos fundamentales).

Los artículos citados como antecedentes del / vigente art. 41 se referían al trabajador en concreto, o al pensionista, en su caso. Hoy se habla de "todos / los ciudadanos". Jorge de Esteban y Luis López Guerra: ("El régimen constitucional español" (dos vol.), Ed. Labor, Barcelona, 1980-81) al respecto, dicen que la realización de tal objetivo, elevado a la categoría de pre

cepto constitucional, dependerá, tanto de la voluntad / de los órganos del Estado competentes (Gobierno y Cor^{te}s, fundamentalmente), como de las condiciones económicas (necesidad de amplios medios económicos, humanos, / etc.).

-Garantía del derecho a la Seguridad Social.-

Aquí nos remitíamos en un principio. Según / reza el art. 53.3, el reconocimiento y protección de l/ los artículos del Capítulo 3º de la Constitución, donde se sitúa el art. 41, tan sólo informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Con ello, parece como si la interpretación de la Constitución con respecto a estas materias / se hubieseentransportado desde el Tribunal Constitucional a los diferentes poderes existentes. Lo antedicho parece reforzarse con la frase última del artículo: "...sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria, de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen". Sin embargo, la esencia del art. 41 es susceptible de ser recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional, según el art. 161,b) de la Constitución y el

2,b) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del ~~T~~ Tribunal Constitucional, ya que se puede encontrar en / los arts. 14 y 24 de la sección primera del Capítulo 2º del Título I de aquélla (que hacen un poco el papel del "saco sin fondo" de protección de los derechos) y que / por tanto se acogen al sistema de garantías dictado por el art. 53.2.

Parece ser, que cabría, asimismo, el recurso de amparo siguiendo los pasos al art. 17, al ser éste / también perteneciente a los especialmente garantizados en el art. 53.2. La explicación de lo anterior vendría dada por el hecho de que este artículo, en su párrafo / primero, habla del derecho a la libertad y a la seguri-dad; y es en este último concepto donde le sería aplicable. El problema vuelve a surgir al no volver a mencionar la seguridad en el resto de los párrafos del artículo, por losmenos en el sentido en que a la Seguridad atañe. Ahora bien, y quizás, *mutatis mutandi*, cabría el doble sentido apuntado, tomando como referencia el propio art. 41.

-Derecho comparado europeo occidental.-

He escogido aquí los artículos emparentados /
-a mi entender- con el 41 español.

El art. 38 de la Constitución italiana de 1947 dice: "Todo ciudadano incapacitado para el trabajo y / desprovisto de los medios necesarios para vivir tiene / derecho al mantenimiento y a la asistencia social. Los trabajadores tienen derecho ~~alquensen~~prévean y aseguren los medios necesarios a sus exigencias de vida en casos de accidente, enfermedad, invalidez, vejez y paro forzoso. Los incapaces y los mutilados tienen derecho a la educación y a la capacitación profesional. Las obligaciones previstas en este art. se proveerán por los organismos e instituciones existentes o que establezca el Estado. La asistencia privada es libre".

El nuevo art. 63 de la Constitución portuguesa de 1976, reformado en verano de 1982 (publicación en el B.O. ~~portugués~~ con fecha 27/VIII/1982) dice: "Todos tendrán derecho a la Seguridad Social; 2. Corresponde / al Estado asegurar, coordinar y subvencionar un sistema de Seguridad Social unificado y descentralizado, de acuerdo con las asociaciones sindicales y otras organizado

ciones representativas de los trabajadores y de asociaciones representativas de los demás beneficiarios (reformado); 3. La organización del sistema de Seguridad Social no prejuzga la existencia instituciones particulares de Seguridad con vista a la prosecución de los objetivos de Seguridad Social consignados en este artículo, en la línea b) del nº 2 del art. 67, en el art. 69, en la línea d) del nº 1 del art. 60 y en los arts. 71 y / 72, las cuales son permitidas y reglamentadas por la / ley y sujetas a fiscalización del Estado (reformado); 4. El sistema de Seguridad Social protegerá a los ciudadanos en la enfermedad, en la vejez, invalidez, viudedad y orfandad, así como en el desempleo y en las otras situaciones de falta o disminución de medios de subsistencia o de capacidad para el trabajo". La materia a que / se refiere el art. 67 a que nos remite versa sobre la / creación de una red nacional de asistencia materno-infantil y una infraestructura de apoyo a la familia y a la tercera edad. En el art. 69 se hace referencia a la infancia. En el 70, a la juventud. En el 71, a los deficientes. En el 72, a la tercera edad y su seguridad / económica.

b.- Artículo 25.2 de la Constitución

"Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma, gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como el acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

-Comentario.-

Este es uno de los artículos situados del capítulo 2º, sección primera del Título I, lo que le da un carácter preeminente y una garantía total mediante el art. 53.2, con su doble procedimiento.

Ahora bien, sería ridículo considerar que un preso, por el mero hecho de serlo, tendrá mayor garantía de su derecho a los beneficios de la Seguridad So-

cial mediante su trabajo, que el que no lo es. Es francamente, por ello, absurdo, que sea ésta la primera vez que aparece la Seguridad Social, como institución, en / la Constitución, mucho antes que sea contemplada en el art. 41. La doctrina suele opinar que este art. 25.2 es extremadamente exhaustivo, ya que no requería tanta especificación, después de haber dejado clara su intención inicial (muy loable y necesaria por otra parte). Esta / última idea es sustentada porque tal referencia concreta a la Seguridad Social no aparece en el texto de la / ponencia, que con gran acierto terminológico, a mi entender, decía: "...Gozará de todos los derechos fundamentales garantizados en este capítulo..."; sin especificar más; pues se da por supuesto lo subsiguiente.

El antecedente espiritual de este artículo / puede ser el art. 10.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966) que dice: "Toda persona / privada de libertad será tratada humanamente y con el / respeto debido a la dignidad inherente al ser humano". Este Pacto fue firmado y ratificado por España en 1977 (B.O.E. 30 de abril de 1977).

Para el Profesor Beristain, el derecho al / trabajo remunerado, al acceso a la cultura y a los beneu

ficios de la Seguridad Social son los elementos del condenado, que según Serrano Alberca ("Comentarios a la / Constitución", Ed. Civitas, Madrid, 1980.), aparecen ya como tales en la Ley General Penitenciaria.

c.- Artículo 129.1 de la Constitución.

"La Ley establecerá las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general".

-Comentario.-

Este artículo, situado en el Título VII (Economía y Hacienda), tiene vital importancia para la organización de la Seguridad Social ya que establece uno de sus principios rectores: la participación de los interesados en la Seguridad Social. Interesados somos todos, según el art. 41, luego esta participación en potencia existe para todo ciudadano.

El sustrato de este artículo reside en el 23, de la importante sección primera, Capítulo 2º, Título I,

que regula el principio general del derecho a la participación en los asuntos públicos; y lo que es evidente es que el art. 41 deja sentado que la Seguridad Social es un asunto público. Por otra parte, la conexión de este precepto con el 9.2 parece clara también al dictar / este artículo: "Corresponde a los poderes públicos... / facilitar la participación de todos los ciudadanos en / la vida política, económica, cultural y social". Ello / tiene su importancia si recordamos la difícil reforma / que tiene el Título Preliminar, al que pertenece el artículo 9.2, según el art. 168.

El anteproyecto constitucional rezaba así, en su art. 119: "La ley establecerá la forma de participación de los interesados en la actividad de todos los organismos públicos, cuya función afecte a la calidad de la vida o al bienestar social". Como se ve, la diferencia no es grande con respecto al artículo definitivo. / La concreción que este último hace para con la Seguridad Social no se recogía antes, pero hubiere cabido ésta en el artículo del anteproyecto también. La remisión a la Ley es, como vemos, constante.

d.- Artículo 149.1.17 de la Constitución.

"1.- El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) 17: Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas".

-Comentario.-

El anteproyecto de constitución decía en el / art. 138: "A los efectos de lo prevenido en el precedente artículo, se entienden como de la exclusiva competencía del Estado las siguientes materias: (...) 19: Legislación básica y régimen económico de la Seguridad So- / cial, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios / por los Territorios Autónomos". Como se aprecia, la permanencia de la redacción de este precepto ha sido casi total durante el proceso constituyente. Con ello, se demuestra el acuerdo ya inicial sobre muchas de las competencias que habrían de tener las Comunidades autónomas.

La razón última de este precepto radica en la voluntad del constituyente de crear una Seguridad So- / cial legislativamente centralizada en cuanto a sus prin

cipios básicos y descentralizada en cuanto a la ejecución de sus servicios. Respecto a esto último, tiene / que quedar bien claro que la competencia de gestión y ejecución de servicios es directamente asumible (y, de / hecho, asumidas) por los Estatutos que siguen la vía / del art. 151, mientras que los que siguen la vía del / 143 requerirán de un periodo de tiempo de cinco años para poder asumirla (art. 148.2, ya que esta materia no / está recogida en el 148.1).

La interpretación que sobre este precepto / constitucional han dado las Leyes Orgánicas que sellan los procesos estatutarios vía art. 151 es amplia. Estos Estatutos se arrogan competencia sobre el desarro- o llo de esta legislación básica, recogida en el art. / / 149.1. Es evidente, por otra parte, que una de las materias básicas para que el Estatuto de una Comunidad Autónoma no resulte vacío de contenido es la que nos ocupa.

La comparación del art. 149.1¹⁷ con su antecedente de la Constitución de 1931 se hace sumamente difícil, debido al sistema diferenciado establecido en la actual Constitución; tampoco había en la Constitución / republicana en las formas de acceder a la autonomía.

Como corolario, podemos fijarnos en lo que el

art. 149.1.17 ha significado en los Estatutos de Autonomía hoy aprobados.

-País Vasco.-

Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre.

Título I (De las competencias del País Vasco),
art. 18: "1. Corresponde al País Vasco el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior. 2. En materia de Seguridad Social, corresponderá al País Vasco: el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la Seguridad Social. 3. Corresponderá también al País Vasco la ejecución de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos. 4. La Comunidad Autónoma podrá organizar y administrar a tales fines, y dentro de su territorio, todos los servicios relacionados con las materias antes expresadas y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones en materia de sanidad y de seguridad social, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de las funciones y competencias contenidas en este artículo. 5. Los poderes públicos vascos ajustarán /

el ejercicio de las competencias que asuman en materia de sanidad y de seguridad social a criterios de participación democrática de todos los interesados ('), así como de los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales en los términos que la Ley establezca."

Disposición Transitoria quinta: "La Comisión mixta de transferencias que se crea para aplicación de este Estatuto establecerá los oportunos convenios, mediante los cuales la Comunidad asumirá la gestión del / régimen económico de la Seguridad Social, dentro de su carácter unitario y del respeto al principio de solidaridad, según procedimientos, plazos y compromisos que, para una ordenada gestión se contengan en tales convenios". Normas de traspaso de servicios del Estado y funcionamiento de la Comisión mixta de traspasos Estado-Comunidad Autónoma del País Vasco; R.D. 2339/1980, de 26 de septiembre, art. 8: "1. Los funcionarios de carrera de la Administración civil del Estado, de su Administración institucional y de las Entidades Gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social adscritos a servicios transferidos a la Comunidad Autónoma pasarán a depender funcional y jerárquicamente de la misma con las siguientes peculiaridades....".

-Cataluña.-

Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre.

Título I (De las competencias de la Generalidad), art. 17: Literalmente idéntico, en su redacción / al art. 18 del Estatuto de Guernica, en todos sus extremos.

Normas de traspasos de servicios del Estado / y funcionamiento de la Comisión mixta de traspasos Estado-Generalidad de Cataluña; R.D. 1666/1980, de 31 de julio. art. 11: literalmente idéntico al correspondiente del R.D. que regula el traspaso de competencias a la Comunidad Autónoma Vasca.

-Galicia.-

Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril.

Título II (De las competencias de Galicia), / art. 33: literalmente igual que los anteriores, con las siguientes salvedades: "2. En materia de Seguridad So-icial corresponderá a la Comunidad el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado salvo las normas que configuran el régimen económico de la misma. Corresponde también a la Comunidad la gestión

del régimen económico de la Seguridad Social en Galicia, sin perjuicio de la Caja Unica".

Asimismo, es de destacar que no se contempla en este Estatuto la necesidad de ajustar el ejercicio / de tales competencias a los criterios de participación democrática de los sujetos interesados. A este respecto recordemos que, en el País Vasco, a diferencia de la regulación gallega, se ha constituido un ámbito laboral / territorial vasco, por medio de la creación del Consejo de Relaciones Laborales (Ley Aut. 9/1981, de 30 de septiembre).

Normas de traspasos de servicios del Estado y funcionamiento de la Comisión mixta de transferencias / Estado-Comunidad Autónoma Gallega; R.D. 581/1982, de 26 de febrero; art. 11: literalmente idéntico a los precedentes.

-Andalucía.-

Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre.

Título I (Competencias de la Comunidad Autónoma), art. 20: literalmente idéntico, en todos sus puntos, a los Estatutos vascos y catalán.

-Asturias.-

Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre.

Título I (De las competencias del Principado de Asturias), art. 13.1: "El Principado de Asturias ejercerá también competencias, en los términos que el apartado segundo de este artículo señala, en las siguientes materias: ...h) Seguridad Social.(...) 2. La asunción de las competencias previstas en el apartado anterior de este artículo, se realizará por uno de los siguientes procedimientos: a) transcurridos los cinco años previstos en el artículo 148.2 de la Constitución, previo acuerdo de la Junta General del Principado, adoptado por mayoría absoluta y previa Ley Orgánica aprobada por las Cortes Generales, según lo previsto en el / art. 147.3 de la Constitución (!). b) Mediante Leyes Orgánicas de delegación o transferencia siguiendo el procedimiento del art. 150.2 de la Constitución (''), bien a iniciativa de la Junta General del Principado, del Gobierno de la Nación, del Congreso de los Diputados o / del Senado.- Tanto en uno como en otro procedimiento, / la Ley Orgánica señalará las competencias que pasan a / ser ejercidas por la Comunidad Autónoma y los términos

en que deben llevarse a cabo".

(') La Constitución, extremadamente respetuosa con el /
procedimiento establecido en los respectivos estatutos
para la reforma de los mismos.

('') Posibilidad de delegar competencias de titularidad
estatal a las CC.AA., por medio de Ley Orgánica.

-Cantabria.-

Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre.

Título II (De las competencias de Cantabria),
art. 25.1: idéntica redacción (k) Seguridad Social). No
se especifica, sin embargo, la necesidad de que la Ley
Orgánica especifique las competencias que pasan a ser /
ejercidas por la Comunidad Autónoma, ni los términos en
que deben llevarse a cabo.

-La Rioja.-

Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio.

Título I (De las competencia de la Comunidad
Autónoma), Capítulo IV (de la asunción de otras compe-
tencias), art. 11.1: "La Comunidad Autónoma de la Rioja

ejercherà también competencias en los términos que a continuación se señalan, en las siguientes meterias, u o-
tras que excedan de lo previsto en el art. 148.1 de la
Constitución: (...) g) Trabajo y Seguridad Social...".
La redacción subsiguiente es idéntica al Estatuto Astu-
riano.

-Murcia.-

Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio.

Título I (De las competencias de la Comunidad
Autónoma de la Región de Murcia), art. 13: igual reda-
cción al modelo astur, pero recoge un punto tercero que
dice lo siguiente: "Sin perjuicio de lo establecido en
este artículo, y en los anteriores, la Región de Murcia,
de acuerdo con las correspondientes Leyes del Estado, /
podrá asumir otras facultadeestatal.En cualquier caso,
la Comunidad podrá asumir las demás competencias que la
legislación del Estado reserve a las Comunidades Autóno-
mas".

-Comunidad Valenciana.-

Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio.

Título III (Las competencias), art. 38: redacción idéntica al Estatuto de Guernica, en su art. 18.

-Aragón.-

Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto.

Título II (Competencias de la Comunidad Autónoma), art. 37: redacción idéntica al modelo asturiano.

-Castilla-La Mancha.-

Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto.

Título IV (De las competencias de la Junta de Comunidades), Capítulo único (De las competencias en general), art. 35: redacción idéntica al Estatuto cántabro.

-Canarias.-

Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto.

Título II (De las competencias de la Comunidad Autónoma de Canarias), art. 34: "La Comunidad Auto-

noma de Canarias ejercerá también competencias en los /
términos que en el art. siguiente se señalan, en las si
guientes materias: (...) b) Competencias de ejecución:
(...) 3. Ejecución de los servicios de la Seguridad So-
cial".

En régimen de coordinación, es de destacar /
también, dentro de este Estatuto, su art. 32: "En el /
marco de la legislación básica del Estado y, en su caso,
en los términos que la misma establezca, corresponde a
la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la e-
jecución en las siguientes materias: (...) 9. Coordina-
ción hospitalaria en general, incluida la de la Seguri-
dad Social".

-Navarra.-

Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto. ("Rein-
tegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra").

Título II (Facultades y competencias de Nava-
rra), Capítulo 2º (Delimitación de facultades y compe-/
tencias), art. 54: similar en la redacción, y casi idén
tico en el contenido, al Estatuto Vasco, en su art. 18;
si bien no recoge los criterios a que se habrá de ajus
tar el ejercicio de las competencias en materia de sa-

nidad y seguridad social.

NOTA: A la hora de la redacción del presente trabajo, estaban pendientes de publicación en el B.O.E. los Estatutos que restan para completar el mapa autonómico español: Castilla-León, Extremadura, Baleares y Madrid.

-Coordinación y planificación sanitaria de las Comunidades Autónomas.-

R.D. 2824/1981, de 27 de noviembre.

Art. 4.2: "Son actividades propias de la alta inspección (del Estado): (...) d) Supervisar el uso, / destino y utilización de las subvenciones del Estado o de la Seguridad Social que tengan un destino o finalidad determinada".

-Ley del Gobierno Vasco, aprobada por el Parlamento Vasco el 30/VI/81.-

Art. 34: "El Gobierno procederá a concertar con la correspondiente entidad, el régimen preciso para / los Consejeros, Vice-Consejeros y Directores que en el mo
mento de su nombramiento no estuviesen dados de alta en /

la Seguridad Social, así como para aquellos otros que han dejado de prestar el servicio que motivaba su afiliación o pertenencia a aquellos, a fin de que puedan continuar / afiliados a la Seguridad Social y a la Mutualidad respectiva".

2.- El concepto de Seguridad, su tratamiento Constitucional.

Es frecuente proceder a cualquier examen de toda cuestión respecto a la Seguridad Social sobre la insculación del tema sometido a debate, partiendo de una estructura jurídica no sujeta a discusión. Por lo demás, en la actualidad están de moda los estudios económicos, sociológicos y de política legislativa sobre la materia.

La Seguridad Social tiene en su seno una fuerza interna de permanente vitalidad que hace olvidar con harta frecuencia el examen de las cuestiones básicas.

Es de destacar cómo en modo alguno se logra un sostén estable de las ideas financieras, póngase por caso hoy reinantes, sin examinar ahora con más detenimiento / que nunca cuestiones como la naturaleza de la relación jurídica básica o de las instrumentales, análisis del inte-

rés jurídico protegido, o del juego del elemento sinalagmático originario o derivado por imperativo de la extensión del principio de automaticidad de prestaciones.

De la posición que se adopte dependerá directamente la validez de la elección de un régimen financiero fiscal o contributivo, el nivel de protección constitucional reconocido y la separación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, o el espectro de actuación a través de una gestión privada para la consolidación de un régimen de prestaciones voluntarias equívocamente denominadas complementarias en el art. 41 de la Constitución.

Curiosamente según se desprende de los estudios llevados a cabo, bajo los auspicios de la Asociación Internacional de Seguridad Social, recientemente en Nuremberg bajo el título de problemas generales relacionados con la función de los regímenes de protección contra el desempleo en la aplicación de una política de empleo, tan sólo un país de los allí presentes, Yugoslavia, hizo uso de un apuntamiento destacando la importancia de las cuestiones de fondo. El resto, y en especial Francia, Italia, Finlandia, Suecia, Grecia, Los Países Bajos, y el propio Consejo de Europa pasan directamente a la búsqueda de /

soluciones para un problema acuciante que según la O.I.T. constituye la causa más próxima de conflagración mundial desde la última guerra.

Es preciso en nuestro orden jurídico insistir// en que sea la Seguridad Social como parte de la Seguridad simple.

A tal efecto se indicó en tal Congreso que la / seguridad económica, social y personal constituye la base inviolable del estatuto y la función del hombre en la sociedad socialista autogestora yugoeslava.

Es preciso coincidir con tal planteamiento inicial. La Seguridad Social es la más importante manifestación de un derecho protegido para toda persona considerada como ser libre y que tiende a lograr la seguridad.

No es por ello momento oportuno para atacar el problema por otros flancos. Existen numerosos estudios / del empleo suficientemente casuísticos como para no ser / preciso detenerse ahora en ellos.

O se profundiza en las cuestiones capitales básicas que afecten a la Seguridad Social y la hacen perdurable o por imperativos incluso de orden económico podría atentarse contra la consolidación de uno de los derechos humanos fundamentales facilitando inclusive su desapari-/

ción o al menos su transfiguración. Esto más que ningún otro tema inquieta a quien se dedique a estos estudios / con más fuerza que a las cuestiones particulares que afectan a una y otra contingencia.

La asistencia anárquica distribución de la materia relativa a la Seguridad Social en el seno de la Constitución da origen a una enorme dificultad metodológica / en las investigaciones de las nuevas orientaciones que vengán a ser buscadas por la Carta Suprema en un área que / tiene por origen la libertad y por meta la Seguridad.

Es fácil caer en la línea habitual de un examen pormenorizado del detalle reglamentario en función del posible reconocimiento de un pretendido derecho a la satisfacción de un daño patrimonial, o a lo sumo proceder al sumergimiento de la labor analítica en difíciles, y no por ello poco importantes, entramados interdisciplinarios en donde la sociología y en especial la economía tienen tanto que decir.

La interrelación permanente entre la economía / general y los efectos de ella en la Seguridad Social están hoy más que nunca en primer plano de toda tarea política, social e incluso científica. Del mismo modo el volumen macroeconómico alcanzado por la propia protección so-

cial incide tan rápida y directamente en aquel marco que su desconocimiento o su tratamiento superficial traerá / consecuencias de imposible o difícil reparación.

Tal acoso de una realidad no soslayable ni por un instante, nunca podrá tener efectos positivos si se / profundiza únicamente en tales vivencias sociopolíticas. La Seguridad Social no es el resultado de una estructura económica. La real cimentación de la Seguridad Social se funda en un soporte jurídico en evolución permanente desde su origen y quizá, por ello de difícil aprehensión más no menos trascendente en su dinámica originaria ni de menor exigencia por sus fulminantes efectos ante un trato / de segundo orden.

Hoy más que nunca los resultados en este área del derecho pueden ser de difícil reparación no sólo en la intensidad del daño producido sino también en su generalización si en los centros del saber que deben de ser las Universidades no se asume por todos la responsabilidad de espigar el verdadero contexto de un sistema basado en una / relación jurídica básica que de ordinario se considera suficientemente construida o no merecedora de un mayor determinamiento diseccional

La Seguridad Social parece en todo el mundo ne-

cesitada de penosas intervenciones. En algún grupo incluso se procura un diagnóstico. Los más atrevidos ofrecen / un tratamiento y los no aventureros proponen su rehabilitación.

Problemas capitales se plantean para con la configuración de la relación jurídica de protección en la / búsqueda de una mejor protección en un tratamiento uniforme y no discriminado de todas las contingencias cualquiera que sea el riesgo del que deriven, extendiendo no tanto el nivel de cobertura como la tecnificación por medio de la automaticidad de prestaciones a todas las situaciones de necesidad.

De no menor interés resultan las líneas marcadas en el seno de la política de Seguridad Social frente a la deslaborización, la publicación de la gestión, o / la armonización supranacional de los diversos sistemas.

El fenómeno financiero deberá inclinarse hacia el logro de un régimen asistencial o hacia la mejora del propiamente contribuido que sirve de base en prácticamente todos los ordenamientos a excepción del neozelandés.

Pero con todo, tales cuestiones de capital importancia no por ello deben supervalorarse o ser consideradas como las únicas o las de mayor alcance en el momen-

to presente.

La Seguridad Social está en plena época de cambio desde la sustitución de los regímenes de protección / indiferenciada por fórmulas públicas de previsión que darían origen a los seguros sociales propiamente dichos.

En esta fuerza evolutiva no es posible la detención. No es en el origen mismo donde surgirá la luz de la actual coyuntura sino en el mismo estado de la cuestión.

No examinar éste podrá sin duda dar por finalizada la labor inacabada de fijar definitivamente un anclaje correcto de los modernos sistemas de protección frente a los estados de necesidad.

O se fijan con precisión las verdaderas identidades de las relaciones jurídicas nacidas y de los correspondientes derechos subjetivos en el logro de conceptuar incluso que sea la misma Seguridad Social, o se dará una baza a la clase política en el poder de incalculable alcance. La misma extinción del sistema está en juego.

Nuestro ordenamiento constitucional ha aterrizado en el campo de la Seguridad Social lleno de un bagaje repleto de vaguedades y de imprecisiones. Tal situación / puede ser aprovechada para toda una labor de poda, recor-

te o acomodo electoralista, propia de dignos horticultores o de mequetrefes pseudo-políticos pero no de verdaderos hombres públicos.

Es por esto por lo que resulta ineludible la tarea apuntada, y en esta función la Seguridad Social presenta unos caracteres apasionantes para quien desee proceder a su estudio.

La Seguridad Social no se puede permitir el lujo de su redifinición o de su replanteamiento pues en ello se jugaría su propio futuro.

La crisis generalizada del sistema es real y / palpable, más no por ello puede olvidarse de donde se parte. Tal situación no hace sino demostrar que ante los grandes remedios que se pretenden utilizar, es posible fijar / unas líneas de infranqueable traspaso por él a la sazón / terapeuta de los grandes males.

La crisis no puede justificar el desmantelamiento y aunque así fuese, esto ahora no sería jurídicamente posible.

Es claro que todos apuntan, y en algunas ocasiones con certera mira, a la clarificación de una situación financiera enmarañada y compleja. Ahora bien, si los temas relativos a la tributación y al gasto público ofrecen

hoy cierta madurez científica, no ocurre lo mismo con los relativos a la financiación y gastos de la Seguridad Social, donde se intuye más que se sabe, se anhela más que se espera, se exige más que se coopera, y se critica más que se ofrecen soluciones.

Pero además el jurista no podrá nunca perder su sentido jerárquico de los valores a examinar. Una solución económica puede romper el progreso social y desasirse del proceso jurídico, incluso constitucional, con lo que pese a sus grandes ventajas será siempre para aquél inaceptable.

Si el conocimiento la pasión no quita, se hace preciso conocer apasionadamente ese difícil camino que / lleva a la consecución de una de las seguridades básicas del ciudadano: la social.

Aquí necesariamente deberá de confluir toda la problemática expuesta y como cuestión de previo pronunciamiento aunque no incidental deberá de precisarse que / se entienda incluso por seguridad sin más atributos.

La libertad y la seguridad fueron curiosamente los dos pilares del famoso discurso de Simón Bolívar en donde se acuñaría la idea de Seguridad Social. En idéntica faceta de curiosidad, en la libertad y la seguridad /

se basaron los trascendentales informes de William Beveridge. En la libertad como único camino hacia la Seguridad Social en el horizonte de la O.I.T.

Y en la libertad y seguridad se sanciona el derecho fundamental de toda persona según el dictado del / art. 17 de nuestra Constitución.

Bien es verdad que dicha Carta Suprema, coyuntural en tantas de sus proclamas, no lo es menos en ésta, aludiendo acto seguido a la salvaguardia de las cautelas que para privar de libertad de movimientos a un sujeto / deberá de observarse, sin ninguna otra referencia para / con la sagrada condición de ser libre atribuida a la persona lo que no puede empecer a una idea general de aceptación de tal, por mor de una simplista interpretación / sistemática.

Por idéntico motivo no puede entenderse que el precepto tenga una visión tan raquíctica de la conceptualización de la seguridad para la persona como la que pudiera inferirse de una mera lectura del resto de la norma.

La Seguridad en nuestro ordenamiento jurídico ha tenido un arraigo tal que a la luz del examen comparativo del contexto con el art. 9.3 en donde se garantiza ahora la seguridad jurídica es obvio que no está refiriendo

do el artífice constitucional en el art. 17 a ésta sino / al propio derecho de la persona como tal en una de cuyas variantes se encuentra basada esta seguridad básica del / individuo: la social.

La referencia por otro lado al art. 22 de la Declaración de los derechos humanos tampoco resaltará en apoyo de esta tesis no baladí según dispone ~~el~~ art. 10.2.

Así las cosas será preciso desmenuzar la misma ya que de su validez dependerá no sólo la protección y al cance del derecho subjetivo individualmente considerado / sino también la garantía del propio derecho a la Seguridad Social, su vinculación a todos los poderes públicos y su tutela a través incluso del recurso de inconstitucionalidad.

Por lo demás y si se quisiera hacer ~~uso~~ en exclusividad de un método sistemático para la búsqueda de una salida a la parquedad del art. 17, sería obligado llegar a similar conclusión.

Por imperativo de tal consigna metodológica es necesario recalcar en el contenido del art. 25 de la propia Constitución y observar el reconocimiento, no menos / coyuntural, del derecho del condenado a lo que impropia-mente llama beneficios correspondientes de la Seguridad /

Social. El encaje de tal proyecto en la Sección primera / del capítulo segundo bajo el epígrafe "de los derechos / fundamentales, y de las libertades públicas" no representa una novedad o un hecho insólito. Se trata simplemente de una redundante atribución para un colectivo, casualmente hoy ostentador de no poco poder, en función de un derecho previo que se reconoce detenta toda persona cual es / la seguridad, una de cuyas manifestaciones más general sigue siendo la social.

La Seguridad Social aparece así en buena lógica consagrada en el seno del capítulo de más alcance del Título primero. No podía ser de otro modo puesto que en el respeto que se deriva del punto 2 del art. 10 al reconocer una fuerza expansiva informadora a la declaración de los derechos humanos y a los acuerdos internacionales late la consagración universal de un derecho subjetivo propio a tal Seguridad Social.

La mención espolvoreada a través de la más irracional de las metodologías, por todo lo ancho de la norma suprema, del peculiar énfasis que el tratamiento legal habrá de tener para cada contingencia permite establecer / cual sea el campo de aplicación del sistema elegido que / tendrá como cauce de nutrición el contenido de los princi

prios que el capítulo III considera como rectores de la política social y económica.

No será por tanto ya el art. 41 el centro de / gravitación de nuestro sistema constitucional de Seguridad Social, sino el art. 17, merced al cual será posible a través de una labor teológica encontrar el sostén filosófico del mismo. Ha sido necesario siempre, pese a su / frecuente olvido, conocer cuáles sean los principios fundamentales de dicho sistema y no por un afán puramente erudito sino por razones eminentemente prácticas. La disposición transitoria séptima de la vigente Ley de la Seguridad Social lo recuerda al dar por terminada la redacción del texto legal cuando dice que las situaciones nacidas / durante la aplicación transitoria de la norma deberán resolverse con arreglo a los principios inspiradores del / sistema creado.

Ahora la función de tales principios no será puramente hermenéutica. El examen de los mismos se hace inevitable para precisamente formar con ellas las líneas infranqueables para la acción política en evitación de nuevos espíritus aventureros. Su correcta especificación / atraerá la atención de todo estudio minimamente serio. / Por lo demás, entendidos como principios básicos generales

del Derecho parece correcto el encaje que de ellos se deriva a la luz del art. 53.3 cuando se establece que sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

Su proclamación no es un mero desideratum constitucional, sino que deberá con ellos informarse la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

Así las cosas aparece un derecho supremo de la máxima protección según se desprende del art.17 en relación con el 53.1 y 161.1.a, y en un segundo plano toda una serie de principios informadores que con el espíritu indicado vienen a ser puestos de relieve principalmente desde el prisma del art.41 fijando el nivel de protección el propio sistema.

El punto de unión vendrá dado por art. 35 ya que frente a una remuneración suficiente deberá de existir una prestación suficiente por vía de una cotización que logre el equilibrio.

En este contexto resulta sumamente práctica la lectura de los trabajos parlamentarios de la Comisión el 19 de mayo 78, del Pleno el 7 de julio y del Senado el 24 agosto. Los asamblearios mostraron una doble inquietud

coincidente en ambas cámaras. Por un lado la meramente es tilística de redacción y por otra, una suerte de comenzón significativo ya que todos se manifestaban ciertamente / preocupados por la inviolabilidad del domicilio y no par ticipación de ningún género de ensayo sobre la sagrada li bertad y la seguridad. El Sr. Xirinachs sparecía especialmente alertado quizá ante el desagradable recuerdo, posiblemente no próximo, de ser llamado a maitines por los agentes de la autoridad y no por el conducto natural.

No puede oponerse a la tesis mantenida la consa gración escueta del derecho de toda persona a la segurida dad pues si bien el art. 17 resulta en sí parco en su / formulación, ello resulta doblemente ventajoso, por una / parte se logra un rayo de elasticidad en la norma suprema y por otro se aparta de la tradición ibérica para la cual del mismo modo que para prevenir incendios no era sufi- / ciente prohibir fumar sino que también el texto debía de extenderse a llevar el cigarro encendido, el derecho a la vida no impediría la especial referencia a la abolición / de la pena de muerte por el convencimiento de las pocas garantías ofrecidas a aquélla.

La Seguridad así entendida aparecía por lo demás recogida en la Constitución Yugoslava de 1946. El dere-

cho al trabajo en ella, no excluye en efecto la posibilidad del desempleo que puede ser el resultado de la acción natural de las leyes económicas en el seno del sistema socialista, en un nivel dado de las fuerzas de producción y de su distribución interior. Pero se exige que los obreros que se encuentren provisionalmente desempleados estén protegidos y seguros.

De la misma manera que no existe una teoría unitaria de la libertad, tampoco la hay para la seguridad. / Se puede inducir, no obstante, un principio general, si / bien poco preciso, válido para ambos valores, consistente en que toda libertad y seguridad constituye un bien en sí mismo y es merecedora de tutela jurídica.

La Seguridad en su aspecto social además debe / de reconocerse y procurarse no ya tanto aún en contra de la voluntad del sujeto, sino más bien al margen de la misma base al mismo principio de igualdad entre los individuos que en este aspecto afecta de forma esencial a una igualdad de Derecho Público.

Como señalaba Goldschmidt la seguridad jurídica debe de examinarse por separado de la simple seguridad. / La seguridad jurídica es el resultado del fraccionamiento con que la justicia humana se lleva a cabo La seguridad /

jurídica es un valor invariable e inherente a la justicia humana que siempre y sin excepción justicia fraccionada.

Para este autor la seguridad en el área social es por el contrario el objeto mediano de la propia norma como exigencia de la justicia misma ya que mientras el trabajo siga constituyendo la base económica de la existencia del individuo debe de disfrutar al menos de seguridad.

Siguiendo a Ihering es posible entender que en materia de protección social el Estado se encontró y se encuentra hoy día también en presencia de ciertos hechos y actos que aparte de otras distintas repercusiones (morales, religiosas, éticas, etc.), tenían y tienen una social en cuanto que a la vista de su propio fin se vio obligado a recogerlas en un concepto jurídico y referirlas a dicha idea teológica si quería cumplir su misión.

Ese momento de captación, de conversión del bien es bien jurídico por las repercusiones sociales, transformándolo, es hoy irreversible.

Se elevó a tal categoría el concepto de seguridad para el área social, se construyó el derecho positivo y necesariamente se transformó en el reconocimiento de un derecho sustancial de la persona.

La seguridad como bien jurídico, tal y como ex-

pone Von liszt es un interés jurídicamente protegido, como vital de la comunidad ya antes de que las Constituciones lo reconociesen y las leyes lo sancionaran. Ello resulta de las relaciones de la vida entre los mismos individuos o entre los particulares y el Estado o viceversa.

Si el Derecho tiene como misión principal el amparo de los intereses de la vida humana, el derecho de la Seguridad Social tiene como misión peculiar la defensa más enérgica de los intereses especialmente dignos y necesitados de protección para la colectividad a través de la Seguridad misma, cuyo objeto próximo es la satisfacción de las situaciones de necesidad causadas por las diversas / contingencias.

¿En qué medida el ciudadano se encuentra sin / embargo seguro en función de la protección ofrecida? Y, / especialmente, con el desempleo, ¿cuál es el nivel de satisfacción?

En una reciente encuesta sobre el particular / desde la propia administración los resultados fueron suficientemente claros.

- El grado de protección sentido por el cabeza de familia es negativo; sólo un 17% se creen suficientemente protegidos en caso de pérdida de su puesto de traba

jo frente a un 37% que no están nada protegidos.

- El grado de inseguridad ante ese riesgo es el mayor de todos los considerados.

- Las prestaciones de desempleo son valoradas como las peores entre las distintas prestaciones sociales y por todas las categorías de los entrevistados.

- El paro ha venido incidiendo discriminadamente sobre los más jóvenes, los de menores ingresos y más bajo nivel de conocimientos.

Por otra parte los partidos políticos no han ofrecido soluciones practicables, propugnando desde una financiación sucesiva y paulativa a través del Estado hasta una simple reconsideración del Desempleo.

Esto choca con cuestiones doctrinales y financieras básicas. La Conferencia de los Ministros responsables de la Seguridad Social defendieron en el Consejo de Europa recientemente y coincidieron en la autonomía financiera de la Seguridad Social desde posiciones propias de los modelos contributivos por entender que la excesiva dosis de presencia de organización estatal elimina la presencia real de los interlocutores válidos principalmente afectados.

En el aspecto financiero aquellos planes son /

sencillamente utópicos. El establecimiento hipotético de un nivel básico de desempleo de carácter asistencial que se correspondiese con el salario mínimo interprofesional calculado en 800.000 personas los desempleados que no perciben ninguna prestación procedente del actual seguro de desempleo significaría una previsión próxima a los 200.000 millones de pesetas, cantidad que si fuese objeto de financiación directa por el Estado exigiría aumentar la presión tributaria en un punto y medio.

En cuanto a la protección del segundo nivel y tomando como punto de partida el sueldo bruto medio de / 645.160, resultado de la misma encuesta sobre un colectivo de 258 empresas y 26 sectores con convenios de diferentes ámbitos territoriales que engloba a 1.751.525 trabajadores, un millón de personas acogidas al seguro de desempleo sin el incremento en concepto de cotización a la Seguridad Social significaría 508.870 millones de pesetas, con lo que habría que aumentar en un 59,15% aproximadamente la recaudación de los impuestos directos.

Resulta conveniente recoger las conclusiones / de la reunión de expertos celebrada recientemente en Jerusalén: Debe concederse prioridad a la eliminación de toda contradicción que pueda surgir entre ambos sistemas -de /

Seguridad Social y fiscal- en vez de encontrar la forma / de integrarlos y combatirlos.

La mecánica de protección social constituye un instrumento primordial de la solidaridad y la justicia. / Todo problema de redistribución de ingresos debe incumbir al sistema fiscal. Aquel mecanismo de previsión tiene un fin esencial: La Seguridad.

3.- Sistema normativo

La fijación de la delineación del Sistema normativo entre el Estado y las Comunidades Autónomas exige la previa determinación de las declaraciones de derechos que a este / respecto se recogen en la Constitución en lo que respecta a la Seguridad Social en el bien entendido sentido de que esta toma para buena parte de sus instituciones, su savia del Derecho del Trabajo, por lo que podría fijarse la siguiente división:

a.- principios de máximo rango y protección.-

El principio de igualdad recogido en el art. 14 en el sentido de que los españoles son iguales ante la Ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por circunstancias personales o sociales de cualquier índole, comprende di-

rectamente las relaciones de Seguridad Social que con sus tantividad propia se apoyan en las relaciones de trabajo de modo tal que el alcance protector de aquellos principios sobre estas, derivará en un tratamiento unitario de unas y otras en este ámbito de primera magnitud, de modo y manera que en tanto se parta de tales relaciones jurídicas laborales habrá de tomarse la no discriminación como propia del deber de trabajar y el derecho al trabajo a que alude el art. 35;debiendo quedar configurada la relación jurídica básica de Seguridad Social,al igual que la de cotización y protección,en sus aspectos esenciales o fundamentales,o en los de desenvolvimiento, sin que ninguna autoridad pueda adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y libre circulación de personas o bienes en todo el territorio español, lo cual impide desde sus propios orígenes la posible tentativa de creación de núcleos o burbujas de superprotección social en una determinada demarcación territorial,a las / que sólo puedan acceder ciertos colectivos o grupos unidos por vínculos de vecindad, o autonomismo, en tanto que estamos ante libertades y derechos que llevan aparejados los propios de Seguridad Social,de modo tan esencialmente entremezclado,que la no toma en consideración de tal cir-

cunstancia, llevando a cabo una política de taifas en / punto a la protección Social básica unificada para los / trabajadores, provocaría una cierta y comprobable diferenciación discriminante, que no posibilitaría la libre circulación e instauraría una estructura insolidaria a través de oportunidades de Trabajo o de "paraísos sociales".

Se trata en suma, de libertades y derechos, que se superponen a los poderes públicos, de modo que cualquier ciudadano podría sentirse en inferioridad de condiciones / hasta el punto de que por esta vía sería arbitrable la / pretensión tendente a recabar la tutela de tales libertades y derechos ante los Tribunales ordinarios, y en su caso a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, si bien el derecho y el deber de Trabajar como comprendido en el Título II capítulo 2º, fuera de la sección primera, se protegen exclusivamente a través del recurso de inconstitucionalidad conforme a los art. 53.1 y 161.a.

b.- La protección de la Seguridad Social a que se refiere el art. 41 en relación con el concepto de Seguridad a que alude el art. 17 en relación con su propio / preambulo tendrá el tratamiento y la cobertura a que nos hemos referido en el epígrafe anterior.

c.- El derecho a la protección de la salud a /
través de medidas preventivas y de las prestaciones y serv
vicios necesarios, al igual que el derecho a la previsión
tratamiento, rehabilitación e integración de los ciudadan
nos que sean disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos,
o a los servicios sociales y pensiones propias de los ~~los~~ jjug
bilados, son, a todos los efectos, principios rectores de la
política social y económica, que tan sólo en lo que no quen
den absorbidos por el Sistema de la Seguridad Social, inf
formarán la práctica judicial y la actuación de los poder
res públicos sin vigencia directa, aunque sin duda podrá
quedar abierto al recurso de inconstitucionalidad a contra
cualesquiera clase de leyes, y disposiciones normativas /
con rango de ley que violen tales principios.

En relación con esto, habrá de ser entendida, la
distribución de competencias entre el Estado y las Comunid
dades Autónomas en materia ~~de~~ Seguridad Social, pues de est
te modo adquiere plena virtualidad la atribución operada
por el nº 1 del art. 149 de la Constitución, al decir, 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 e
cumplimiento de los deberes constitucionales, entre los /

que merecen lugar destacado los propios de la Seguridad / Social, con el añadido de que los aspectos procesales de / esta, ~~ent~~ tanto que especie del género legislación procesal a que alude el nº 6 del art. 149 quedan en el seno de la competencia exclusiva del Estado, que deberá llegar a normar integralmente esta materia, salvo en lo que resulte peculiar de la norma sustantiva autonómica que exija naturalmente un tratamiento adjetivo singular, lo que en materia de Seguridad Social afectase a lo no básico o fundamental por definición a la luz del nº 17 del propio art. 149.

Como señala Alonso Olea es importante añadir / que el art. 139 tras establecer la igualdad de derechos / y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio nacional, reitera la regla positiva del art. 19, al prohibir toda medida que directa o indirectamente / obstaculice la libertad de circulación y establecimiento de personas en todo el territorio nacional, consagrando / así una libertad que es ingrediente esencial del derecho a trabajar y de la libertad de Trabajo (Alonso Olea. El Sistema normativo del Estado y de las Comunidades Autónomas pag 41 y ss.)

En verdad, esto es, en Seguridad Social el sopor

te necesario de la igualdad formal de los españoles ante la ley, que proclama el art. 14 de la Constitución y de la igualdad real y efectiva que preconiza el art. 9.2, al decir, que corresponde a los poderes públicos promover las / condiciones para que la igualdad del individuo sea real y efectiva, en concordancia con el art. 1.1, que señala que / el Estado social y democrático en que se constituye España propugna la igualdad como valor superior de su ordenamiento jurídico.

Ahora bien, conforme al art. 150, las Cortes Generales en materia de legislación básica, régimen económico y legislación procesal de la Seguridad Social, podrán atribuir a todas o a alguna de las Comunidades Autónomas / la facultad de dictar para si mismas normas legislativas en el marco de los principios bases y directrices fijados por una ley estatal, configurada a través de la técnica / de la ley marco, merced a lo cual una competencia antes / exclusiva pasa a ser compartida, cediendo en favor de la Comunidad Autónoma, y en vía de una delegación legislativa propia, una parcela de potestad estatal, que se reserva, / no obstante, la fijación de los principios bases y directrices, que como criterios de los que no podrá apartarse / vigilarán toda la técnica de desarrollo practicada por la

Comunidad Autónoma, en cuyo favor se practicó la delegación, de modo que no puede confundirse la naturaleza de la ley/ marco con las normas básicas o legislación básica, que apa- recen en los apartados 8, 17, 18, 23, 25, y 27 del nº 1 del art. 149 de la Constitución, pues en ellos se emplea el / término básico no como configurador de principios sino co- mo consustancial, fundamental, vertebral o esencial a la propia materia objeto de normación, si bien las normas / que con esta técnica emanarán de las Comunidades Autónomas no serán objeto de control legislativo en torno a su lega- lidad por el Tribunal Constitucional, que solo conoce de / la constitucionalidad, sino por los tribunales a que se a- lude en el art. 150.1 y 82.6, frente al art. 153.a, bas- tando para la promulgación de tales disposiciones la in- tervención del consejo de gobierno u órgano titular con / funciones ejecutivas y administrativas de las que recoge el art. 152.1 de la misma Constitución.

En el supuesto contemplado por el art. 150.2, / que como cláusula general, ampara y autoriza, la transferen- cia de poderes de ejecución, se transfieren facultades que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferen- cia, con exclusión de la posibilidad de que sobre la mate- ria transferida se dicen por la Comunidad Autónoma normas

legislativas, ni autónomas ni delegadas, aunque no es incompatible con la aparición de instrucciones o normas reglamentarias de ejecución. (Bassols Coma. Las relaciones entre la Administración periférica del Estado y las Comunidades Autónomas en la Constitución VII. Congreso hispano italiano de profesores de Derecho Administrativo.)

Con certeza, la Seguridad Social, publica, mínima, del primer nivel, profesional del segundo nivel, y complementaria obligatoria del tercer nivel que para todos los ciudadanos pide el art. 41 de la Constitución ha de ser / igual para todos los españoles.

Es claro, por tanto, que al aludir a la asistencia y prestaciones complementarias libres se cierra la posibilidad de normas estatales o autonómicas, que incurrirían en vicio de inconstitucionalidad si hicieran algo / distinto de proporcionar un cauce a las mejoras voluntarias y a la protección social que como superestructura aparece en el cuarto nivel protector, en la idea de que la asistencia social como materia asumible directamente por la Comunidad Autónoma será aquella, que no forme parte de la Seguridad Social confiada a instituciones de beneficencia pública y privada, a la llevada a cabo a través del / Fondo Nacional de Asistencia Social según Alonso Olea.

4.- Distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social

El presente estudio tiene un triple objetivo.

1º Por un lado examinar cuál es el carácter y / la naturaleza jurídica de la atribución de competencias / que el Estado tiene en materia de Seguridad Social y que la Constitución española reconoce.

2º En segundo lugar examinar igualmente cuál sea el marco de distribución de potestades que la misma Carta Suprema fija entre el propio Estado y los entes autonómicos.

3º Por último y en tercer lugar, vistos los dos primeros apartados profundizar en la idea de si los ámbitos competenciales que quedan en manos de las Comunidades Autónomas pueden ser protagonizados respecto de la Seguridad Social por Entidades no públicas.

5.- Competencia estatal en materia de Seguridad Social

El tema de la distribución de competencias entre

el Estado y las Comunidades Autónomas carece ciertamente de un cuerpo de doctrina cuantitativamente importante / pues sólo excepcionalmente ha despertado entre la misma / un verdadero debate que derivará en un tratamiento especializado.

En este terreno las manifestaciones oportunistas y ambiguas de los políticos no clarifican nada, e incluso el pomposo documento gubernamental sobre la Construcción del Estado democrático y de las autonomías no pasa / de afirmar que la política autonómica se extenderá "en lo que sea legal y materialmente posible" a los entes autonómicos "sobre los principios de igualdad, generosidad y solidaridad interterritorial".

Sin embargo, en el plano técnico, al margen de las bases para una racionalización en la distribución del poder del Estado y las Comunidades, que en síntesis podría quedar recogido en la idea de que el sentido evidente del art. 149. párrafo tercero de la Constitución es / que cuando el Estado dispone de competencias exclusivas / sobre una materia o son sus competencias legislativas concurrentes (casos ambos del ordenamiento jurídico de la Seguridad Social) las normas que emane priman sobre las de las Comunidades Autónomas.

Se entiende hoy que la interpretación correcta del precepto exige conceder la primacía de la legislación estatal que recaiga sobre la materia de Seguridad Social a que se refiere el punto 17 del art. 149 de la Carta Suprema.

La articulación competencial se realiza, pues, y no podría ser de otra manera sobre la base de normas / del Estado que enmarcan y limitan las competencias de / las normas territoriales puesto que cualquier contradicción de éstas con aquéllas impedirían que las primeras / pudieran tener efectos. (G. de Enterría).

En materia de Seguridad Social, las residuales potestades de ejecución no incluyen, como es obvio, la / capacidad para innovar el ordenamiento jurídico por vía legislativa.

La Seguridad Social aparece en la Constitución como materia propia de la competencia exclusiva del Estado en cuanto a su legislación básica sin perjuicio de / que "la ejecución de los servicios" pueda ser llevada a / cabo por las Comunidades Autónomas en el marco de sus correspondientes estatutos.

Pues bien, si la competencia exclusiva del Estado aparece directamente en la Constitución es en el /

texto de ésta donde hay que dilucidar el alcance concreto de dichas competencias.

Los Estatutos de Autonomía no son normas aptas para esa función, sin perjuicio de que la cláusula residual que se formula en el art. 149.3 obligue a consultar los mismos para comprobar si han asumido y en qué medida, algunas de las competencias asumibles por la esfera autonómica y si ha de jugar o no, en consecuencia, la reserva supletoria de la titularidad última del Estado.

Si en esa delimitación los Estatutos rozasen o contradijesen las competencias exclusivas del art. 149.1 que tiene el Estado, careciendo de fuerza para alterar / la constitución devendrían en nulos en ese punto (art. / 27.2.a de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) / y así lo ha sancionado el citado Tribunal en sentencia / de 4 de mayo de 1982, al señalar que los Estatutos de autonomía al igual que el resto del ordenamiento jurídico debe de ser interpretado siempre conforme a la Constitución.

Este aserto parece difícilmente objetable y / así deberá de entenderse el presente estudio. Por lo demás está ello corroborado por la circunstancia de que la Seguridad Social como materia exclusiva del Estado sólo

podría transferirse o delegarse a las Comunidades Autónomas en virtud de una ley orgánica unilateral (y por ende revocable ad nutum) del Estado (art. 150.2), vía ésta, / que no resulta suplible por los Estatutos, y ellos si la Seguridad Social resultara "naturalmente transferible" lo que según veremos no es así. (G. de Enterría)

La Constitución reconoce como competencia exclusiva del Estado la legislación de Seguridad Social, pero no hay razón, y así lo entiende unánimemente la doctrina, / para interpretar que por legislación haya de entenderse / normación precisada a través de Leyes formales sino que / el régimen de la legislación propia del Estado vendrá dada en tanto sea básica o fundamental por la Ley y el Reglamento.

Con toda seguridad evidenciada por el propio / contexto constitucional en el art. 149.1 no se formula ni directa ni indirectamente ninguna reserva constitucional en favor de la Ley como se hace sin embargo con toda explicitud en otros lugares de la Constitución.

No se trata pues, de efectuar un simple reparto o distribución de materias entre los distintos niveles territoriales de poder, por un principio organizativo de / simple conveniencia o de la máxima eficiencia.

Se trata de definir el ámbito general dentro / del cual y sólo dentro del cual, y no frente a él o a su margen las autonomías podrán tener su espacio y su función propia para con respecto a la Seguridad Social. (G. Enterría).

Se trata en último extremo de asegurar la construcción conjunta de un sistema que engloba la instancia del poder central y la de los poderes territoriales edificándolo sobre el principio de reserva de la soberanía.

Siguiendo a G. Enterría a este respecto convenirá traer a colación la polémica alemana sobre la identificación de dos o tres niveles en la construcción jurídica del Estado federal.

La teoría de los tres niveles, que pretendía / distinguir entre el Estado miembro, el Estado superior y el Estado conjunto, está hoy abandonada.

Prevalece la tesis de los dos niveles, según la cual, el Estado superior o central y el Estado conjunto se identifican, sin perjuicio de la superioridad que sobre / todas las instancias políticas corresponde a la Constitución en su función de ordenamiento fundamental de todos / los poderes, como "competencia de las competencias".

Análogo es el caso norteamericano, una vez que

la jurisprudencia del Tribunal Constitucional superó la / tesis que pretendía reducir la Constitución a un pacto en tre los Estados y la federación a una creación artificiosa de los Estados (Faulkner).

Desde esta perspectiva puede afirmarse que las competencias del art. 149.1 que el Estado tiene, poseen / todas ellas una connotación de superiores en el sentido / de ser correspectivas con la soberanía. El Tribunal Constitucional así lo ha recogido en su sentencia de 28 Julio 1981.

La Seguridad Social, por lo demás, es una de / las competencias aludidas de cualificación preferente ya que además de los atributos que en tanto que parte de la enumeración del art. 149 le corresponde, posee un soporte económico financiero de trascendental importancia, por / cuanto que por ello el sistema de Seguridad Social debe / de edificarse sobre intereses o estructuras inter o supra regionales intentando asegurar una homogeneidad social básica, impidiendo la fragmentación del espacio económico / en microeconomías asegurando los beneficios de escala y / la superior potencialidad de desarrollo global de un mercado nacional. (G.Enterría).

Como señala este autor, el término de ordena- /

miento jurídico básico arguye por de pronto en cuanto a / Seguridad Social se refiere a una estructura general que ordena el conjunto y que desde esa supraordenación encuadra globalmente el sistema autonómico.

La expresión constitucional "bases", no es en / modo alguno identificablén con las Leyes de Bases del art. 82.2, según se desprende del contenido del art. 150.1 por exclusión.

La utilización del término inespecífico legisla- ción básica de Seguridad Social (punto 17) parece intencionalmente utilizada para evitar la expresión ley en el sentido de que la materia de Seguridad Social de exclusi- va competencia del Estado no es tan sólo aquella respecto de la cual exista una reserva de ley (alta-cotizaciones, / etc.) sino que de acuerdo con la jurisprudencia del Tribu- nal Constitucional de 4 de mayo de 1982, 14 y 30 de junio y 27 de julio del mismo año, el concepto de legislación / básica de Seguridad Social debería de entenderse como a- glutinadas de la facultad de emanar normas con rango de / ley o Reglamentos con la sola exclusión de los Reglamen- tos organizativos que quedarán en el ámbito de la potes- tad del ente autonómico.

El sentido de esta tesis emana de la propia //

doctrina del Tribunal Constitucional, que, en sentencia / de 28 de julio de 1981 ha dicho que el ejercicio de la / competencia estatal para el establecimiento de la legislación básica no requiere en modo alguno la promulgación de leyes de bases o leyes marco.

Igualmente, en su sentencia de 28 de enero de / 1982 precisa que unas normas no son básicas por el mero / hecho de estar contenidas en una ley sino que lo esencial del concepto de bases es su contenido.

En este contexto no puede desconocerse el carácter que la moderna doctrina atribuye a la potestad reglamentaria como una técnica de colaboración de la Administración con el poder legislativo, como un instrumento de participación de la Administración, y más en materia de / Seguridad Social, en la ordenación de la Sociedad.

Existe en nuestro derecho una tradición jurídica que dentro de los reglamentos como disposiciones generales de la Administración con rango inferior a una Ley y aun reconociendo que en todos ellos se actúa el ejercicio de la función ejecutiva en sentido amplio, destaca como / "reglamentos ejecutivos" aquellos que están directa y concretamente ligados a una ley, a un artículo o unos artículos de la ley o un conjunto de leyes de manera que dicha

ley es completada, desarrollada, pormenorizada, aplicada o ejecutada por el reglamento...Este es el caso de nuestro sistema de Seguridad Social en donde la asistencia sanitaria, la vejez la viudedad, la orfandad, la invalidez, la enfermedad profesional, la protección a la familia, la recuperación profesional, o la rehabilitación son mate- / rias de desarrollo reglamentario preferente y, en tanto / tal, pertenecen en su conjunto a la esfera exclusiva de / competencia estatal.

Pero junto a éstas existen los reglamentos de / organización que todo lo más alcanzan a normar las relaciones de la Administración con los administrados en la / medida en que ello es instrumentalmente necesario por integrarse éstos de manera formal en la organización administrativa. A esta parcela corresponderá tan sólo la potestad de normación de los entes autonómicos. (G.Enterría).

Los derechos y obligaciones de los beneficia- / rios no podrán venir dados por disposiciones autonómicas.

El alcance de la relación jurídica básica de Seguridad Social así como el de las relaciones instrumentales de afiliación, cotización y prestaciones será el que se desprende de la norma del Estado tanto en su aspecto / estático de sujeto objeto y contenido como en su aspecto

dinámico de nacimiento, desarrollo y extinción respecto / de lo cual la potestad normativa del ente autonómico tan sólo podrá extenderse a la fijación del área subjetiva / del ente gestor en tanto ejecutor de servicios.

Cuando se trata de indagar el significado con / que el vocablo legislación utiliza para la Seguridad Social en el art. 149/17 no puede sino reservarse al Estado toda la legislación prevaleciendo el concepto material y no formal constreñido a las leyes.

Cuando la Constitución emplea el término legislación de Seguridad Social atribuyendo la competencia al Estado incluye en el término los reglamentos tradicionalmente llamados ejecutivos, es decir, aquéllos que aparecen en esta parcela del ordenamiento jurídico de la Seguridad Social como desarrollo de la ley y por ende como / complementario de la misma, pues si ello no fuera así, se frustraría la finalidad del precepto constitucional de / mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la Seguridad Social.

Fuera del concepto de legislación básica de Seguridad Social aparecerán los reglamentos que por referirse a aspectos organizativos carecen de la significación / antes aludida, así como los que afectan a la mera estruc-

turación interna de la organización administrativa.

Parece claro que la Constitución ha pretendido asegurar la existencia de un núcleo irreductible e inderogable de competencias en orden a la Seguridad Social, asignadas a nivel central con carácter de exclusividad lo que supone el carácter necesario, permanente e intangible de la titularidad de la misma en el Estado.

En este punto se destaca la opinión del profesor Fleiner cuando señala que "en el hecho de que el Estado federal pasó a ser el garante de la unidad nacional y el Derecho federal apareció frente a la legislación de / los Estados miembros como una ordenación de rango superior reside el origen de la afirmación de la primacía incondicionada del Derecho federal en el Estado federal".

En los que a la Seguridad Social respecta, parece obvio que de la norma suprema se desprende un status / jurídico=constitucional unitario para todos los ciudadanos, cumpliendo el cometido de asegurar esa unificación / al Estado, según reza la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 julio 1981, al objeto de mantener una homogeneidad social básica, lo cual se presenta en la generalidad de los Estados federales más estrictos como una c// constante.

Así en los Estados Unidos con las cláusulas recogidas en el art. IV, sección 2a) de la Constitución y / de la enmienda XIV. En el caso alemán a la vista de lo / que dispone el art. 72, párrafo 2 de la Grundgesetz. En / Suiza hacen propia esta tesis los arts. 43.4 y el art. 60, según ha puesto de manifiesto el mismo profesor.

Con arreglo a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16.11.81, los imperativos del art. 149 excluyen que las Comunidades Autónomas puedan regular las condiciones básicas del ejercicio de los derechos o posiciones jurídicas fundamentales que quedan reservadas a la legislación del Estado.

El hecho de que el punto 17 del art. 149 aluda a que la ejecución de los servicios referentes al ordenamiento jurídico económico de la Seguridad Social pueda corrresponder a las Comunidades Autónomas no hace perder el carácter de competencia exclusiva a la titularidad del Estado en el nivel básico fundamental aunque ello no suponga un agotamiento de la materia, por referencia a la extensión total de dicha materia, hablarse de competencia / compartida o participada lo cual se entiende sin mengua / de que en esa actuación conjunta el Estado mantenga la exclusividad en el grado de su participación que es además,

el grado superior respecto al cual la participación autonómica es necesariamente subordinada y derivativa.

Ahora bien, la potestad más significativa del / Derecho del Estado y de la Administración es la denominada Potestad Organizativa que implica un haz de facultades distintas del puro derecho en el sentido de que atribuyen a la Administración dentro del sistema constitucional vigente de las Comunidades Autónomas todo un conjunto de potestades que no se consumen con su ejercicio sino que se transfieren como tales de modo indefinido.

La consideración de la potestad organizativa / como algo autónomo que no afecta de modo directo, a los / derechos e intereses legítimos de particulares configura a esta potestad como algo sustantivo con consecuencias / trascendentales. No pueden alegarse derechos subjetivos o intereses legítimos personales y derechos frente a disposiciones generales organizativas según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por lo que esta faceta de poder no es trivial.

Ahora bien, si a través de la potestad organizativa se ve afectada la esfera de los derechos de los particulares y del funcionario, la potestad organizativa puede incluso provocar desviación de poder en disposiciones

de carácter general. (Villar Palasi).

6.- Distribución de competencias.

Para G.Enterría, el modelo autonómico en la / Constitución en el ámbito de la Seguridad Social opera / a través de tres niveles: el nivel mínimo de descentrali- zación a que se refiere el art. 148.1 susceptible de afec- tar a la totalidad de las competencias relativas a cada una de las materias enumeradas, el nivel medio para las competencias residuales del art. 149.3 y para las compe- tencias concurrentes del art. 149.1 y el nivel máximo de descentralización que opera a través de los cauces del / art. 148/1, 20 y 2/150 y 2.

- En el nivel mínimo de descentralización (art. 148.1) se incluyen materias que hoy se consideran ajenas al sistema de la Seguridad Social como la asistencia so- cial (art. 148.1,20) y la sanidad e higiene (art. 148.1. 21).

La asistencia social coincide con la asisten- cia pública benéfica o de beneficencia en los términos / D.L.16.11.78, entrando de lleno en el seno de las mate-

ria

rias de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma // (art. 10,12 del Estatuto del País Vasco).

A análogo resultado ha de llegarse respecto de / la materia de sanidad e higiene que coinciden siempre con mecanismos públicos ajenos al sistema de Seguridad Social no confundiendo nunca con las prestaciones médico-farmacéuticas de aquél.

Esta interpretación está además confirmada por / las disposiciones que han operado transferencias en este / terreno, (así Reales Decretos 1949 y 2768/80).

- En el nivel medio, aparece lo que ya se ha expuesto suficientemente en el presente estudio, esto es, legislación básica como legislación sustantiva o fundamental como identificación del núcleo esencial de la normación en un determinado campo de la realidad, que queda en manos exclusivamente del Estado.

- Legislación básica de Seguridad Social es toda regulación legal o reglamentaria referida a los aspectos / sustantivos o fundamentales del sistema tales como: campo de aplicación, acción protectora, nivel cobertura, y régimen económico.

Esta opinión viene avalada, aparte de lo hasta / aquí expuesto, por las siguientes consideraciones:

a) Por los propios límites que para la descentralización autonómica derivan de los principios generales de solidaridad, prohibición de privilegios, igualdad, libre / circulación de personas y bienes, y prevalencia del interés general (arts. 138-139) puesto que la Seguridad Social genera derechos públicos subjetivos para los ciudadanos, que excluyen discriminaciones por razón del territorio.

b) Por la coherencia del propio texto constitucional ya que si exige uniformidad en los relativo al régimen económico no puede ampararse que tal uniformidad quiebre en el plano de la acción protectora a través de regulaciones territoriales diversas, las cuales, a la vista de / la situación desigual de las distintas regiones, llevarían sin duda, a una mayor injusticia en la redistribución de / las rentas, distorsionando de ese modo una de las principales funciones de la Seguridad Social.

c) En la interpretación histórica, tampoco, pues bajo la Constitución de 1931 no incumbía a las regiones / otra competencia, en materia de previsión social que la estrictamente ejecutiva.

Por lo tanto, sólo es posible que quede en manos de las Comunidades Autónomas las siguientes competencias:

1º Competencia normativa en materias de organizaci

ción, gestión, procedimientos, etc. 2º Competencia en materia de asistencia y prestaciones complementarias voluntarias, libres o privadas. 3º La mera gestión patrimonial, / ya que el régimen económico-financiero y el régimen económico-administrativo queda como competencia exclusiva del / Estado. Dado el principio de Caja única y en base a la creación de la Tesorería los convenios a que alude la disposición transitoria del Estatuto del País Vasco, únicamente / puede afectar a la gestión material patrimonial con posibles vías de automejoras gestor por estímulos en la / obtención de resultados óptimos.

7.- Gestión Autonómica.

La Comunidad Autónoma puede crear órganos a nivel de su Administración Central que asuman respecto de / los organismos gestores estatales o respecto de los organismos gestores autonómicos las facultades de dirección, / vigilancia y tutela que en el ámbito estatal corresponden al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o al Ministerio de Sanidad.

Las Comunidades autónomas pueden establecer una

descentralización institucional propia en materia de Seguridad Social mediante la creación de entes gestores con / los límites que derivarían de la fijación estatal de los gastos de administración y de primer establecimiento, reservándose el Estado la alta inspección, con respecto a / la participación de los interesados en la gestión.

En todo caso, no obstante, es preciso plantearse dos cuestiones: 1º en el seno de qué marco se moverá / esta potestad organizativa y 2º es posible sustituir la / tendencia general de publicación gestonaria por una / privatización pura y simple.

La primera cuestión debe ser resuelta en el sentido de que ciertos límites en la gestión de la Seguridad Social no es posible olvidarlos. El primero lo constituye la naturaleza de las entidades gestoras, regímenes especiales, servicios comunes, colaboraciones en la gestión y / entes autonómicos del Estado con acción en materias propias del sistema, lo cual, no puede ser modificado con alteración del esquema organizativo general.

La segunda de las cuestiones planteadas debe de resolverse atendiendo a las coordenadas que marca el art. 41 de la Constitución española y al examen de la relación jurídica básica de Seguridad Social.

En base a lo primero es preciso señalar que por imperativo de dicho artículo es preciso detallar los siguientes niveles de protección:

a) Un nivel mínimo de renta garantizada equivalente al mínimo vital que puede ser impuesto a través del aglutinamiento de las medidas de beneficencia pública y con fórmulas tributarias como el impuesto negativo sobre la renta. Este primer paso sería el umbral de la Seguridad Social en sentido propio, correspondería en exclusiva a la administración pública general o autonómica su establecimiento y no es objeto de este estudio.

b) Un segundo nivel que debería coincidir con / el actual espectro del sistema vigente de Seguridad Social. En él encajaría la protección que se refiere el art. 20 de la Ley de la Seguridad Social a través de un régimen público presidido por el principio de irreversibilidad de las normas. (Persiani).

c) Un tercer nivel al que no se alude de forma explícita en el Texto Constitucional y que recogería la / asistencia y prestaciones complementarias obligatorias / dentro del mismo régimen público de Seguridad Social de / ámbito general y estatal.

d) Un cuarto nivel relativo a la asistencia y /

prestaciones complementarias voluntarias, privadas o libres.

Pues bien, las asociaciones, empresas, fundaciones y entidades privadas, no tendrán posibilidad de intervención en el primer nivel en ningún caso, en el segundo y tercer nivel a través de una simple colaboración en la gestión y en el cuarto nivel gozarán de amplias facultades para concertar todo tipo de negocios jurídicos con arreglo a la ley, a la luz de lo dispuesto en el art. 2.3 del D.L de 16-XI-78.

Por lo tanto y dado que la asistencia sanitaria en el seno de nuestro sistema cae dentro del segundo nivel salvo aspectos residuales que lo hacen en el tercer nivel, las limitaciones impuestas por el art. 199 y ss. / de la Ley de la Seguridad Social vigente girarían en torno de toda pretendida instalación organizativa en el terreno autonómico.

No será posible por lo demás en el seno de las relaciones jurídicas instrumentales de afiliación, cotización y protección, introducir ninguna variante en su estructura dinámica relativa al nacimiento, desarrollo o / extinción de las mismas. En su estructura estática permanecerá invariable el objeto y el contenido produciéndose

una mera situación en el ente asegurador que como ente privado encargado de autonomía e iniciativa sujetándose en / todo al control, vigilancia y tutela del Estado, sin cuya autorización no podrían tener entrada excepto en la ejecución simple de los servicios.

Por lo demás ~~se~~ existirá un encorsetamiento previo e indefinido para tales entes como resultado del principio de Caja única y de sujeción al control del Tribunal de / Cuentas que imposibilitará toda mecánica sustitutoria.

Lo primero como consecuencia obligada de la creación de la Tesorería General de la Seguridad Social, vistas sus funciones y competencias. Lo segundo por exigencia del art. 4º. de la Ley Orgánica 2/82 del Tribunal de Cuentas toda vez que la incorrecta expresión del art. 4º 1,D, de la citada Ley Orgánica, debe ser interpretada más correctamente como ha señalado la doctrina en un sentido objetivo y no meramente subjetivo organicista, de acuerdo con el art. 136 de la Constitución.

En ningún caso sería posible ni por colectivos ni por parcelas del ámbito de cobertura del actual sistema de la Seguridad Social, desgajar ramas del tronco único ni fijar un régimen jurídico sustitutorio de la Seguridad Social ni por el propio Estado ni por las Comunidades

Autónomas.

Examinado el rejido y el contexto de la relación jurídica básica de la Seguridad Social se llega a idénticas conclusiones. En ella, si bien se dan las características de onerosidad, aleatoriedad y tracto sucesivo, no / aparece ya hoy el elemento sinalagmático ~~ni en su aspecto~~ originario ni en el funcional por efecto de la aceptación del principio de automaticidad de prestaciones y alta de pleno derecho.

Con ello la obligación de prestación cumple una función asistencial y se configura como cumplimiento de / un servicio público. En materia de asistencia sanitaria / el Estado a través de la Seguridad Social se constituye / en gestor simple de un servicio público que no podrá ser negado a quien no cumplió con sus obligaciones de integración en el sistema o de pago de sus cuotas y en esta misma línea debería de actuar la gestora colaboradora lo que en sí mismo constituye una dificultad jurídica insoslayable y económica infranqueable.

El art. 1124 del Código Civil recoge un principio aplicable a las obligaciones recíprocas en las que 1/ las obligaciones y derechos de los sujetos activos y pasivos aparecen interdependientes. La consecuencia es fatal,

el perjudicado podrá optar por exigir el cumplimiento a / la resolución y en ambos casos la indemnización de daños y perjuicios para el caso de que el contrario no cumpliera con lo que le incumbe.

Ello cae ya en otro mundo. La relación jurídica pública de aseguramiento no admite y menos en el área sanitaria tal criterio que para un moderno sistema de Seguridad Social aparece como extravagante. En todo caso si existe en este terreno colaboración gestionaria será siempre sin quiebra del principio de automaticidad de prestaciones respecto de los riesgos o contingencias en que siga de acuerdo con el ordenamiento general.

8. Efectos de la relación Economía-Seguridad Social en el marco autonómico.

La Seguridad Social aparece hoy, por primera / vez en la historia de nuestro sistema, por vía de la norma constitucional, frente a las Comunidades Autónomas, como un reto decisivo a la hora de que estas asuman unas / funciones que sólo un elevado mecanismo técnico les permitirá soportar y que salvo una miope mirada de quienes desconocen intensamente el sistema se pudiera llegar a que /

se abandone al "dejar hacer" de Adam Smith toda una estructura que no sólo no funciona por si sola sino que puede y debe ser objeto de trascendentales modificaciones que permitan a través de reformas de organización y administración una gestión más eficaz y amplia extendiendo los actuales principios jurídicos informadores a un mayor campo de acción de cobertura vigilando por su real cumplimiento.

A tales efectos un examen de las normas constitucionales y Estatutarias permiten poner de relieve como a través de la "ceremonia de la confusión" que fue el consenso previo a la labor constituyente se consiguió insertar en la norma suprema del Estado un sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que no satisface a nadie, ni responde a ninguna / estructura conocida al no partir de las coordenadas del / Estado federal ni del Estado regional y que por su obscurantismo ya desde el primer momento se mostraba insuficiente para evitar unas interferencias racionales entre / los diversos núcleos del Estado entre sí, y frente al bloque común.

La importancia cuantitativa y cualitativa de / los problemas políticos que se pretendían salvar en la labor de los constituyentes no puede ser razón suficiente /

como para considerar presentables en el mundo jurídicos / unos artículos como el 148, 149 y 150 de la Constitución, calificados por la doctrina como prolijos, confusos y faltos de las más elementales virtudes técnicas máxime más / si no se olvida que toda la cuestión se encuentra ambien-tada por un juego infantil de desconfianzas y acaparamien-to en el que lo que no se tome, autonómicamente se dejará en manos del poder Central, aún cuando la propia norma / constitucional reconoce que existan materias, y competen-cias que por su naturaleza deben quedar encomendadas a / las Comunidades Autónomas, de donde resulta incompensi-ble el juego de resorte usado en la norma como si se trata se de la conocida caja con sorpresa de muelle ofrecida a las regiones en su vuelta a la luz pública. Todo ello a- parte de que estas por vía legislativa se esforzarán sist-temáticamente en intentar romper el denominado techo a / las autonomías, olvidando los principios rectores que de- ben servir de pauta para que en coordinación y colaboración con todos los núcleos de poder del Estado se inicie, armó-nicamente en pro de intereses comunes, esta nueva singladu-ra.

Intentar analizar el tema de la nueva configura- ción que habrá de tomar la Seguridad Social tras la puesta

en marcha de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sólo puede llevarse a cabo a través de un método descriptivo que permita desen- trañar el desorden y la confusión que caracteriza el con- junto normativo aludido.

A la vista del art. 147.2d y 149.3 en materia / de Seguridad Social los Estatutos acotarán definitivamen- te el campo de acción de las correspondientes comunidades, lo que provoca, para los ya aprobados, que los olvidos o la escasa imaginación de sus redactores, implique una / reintegración de facultades en aquello no configurado, y así las fórmulas de participación en conjuntos interregio- nales, o la presencia de los intereses de cada comunidad en los centros de decisión económica, son a modo de ejem- plo dos temas trascendentales no atisbados por las corres- pondientes leyes orgánicas, y sin embargo punto de apoyo central en la actuación, que en esta materia, pueda co- / rresponder en derecho comparado a los correspondientes Es- tados Federados o regionales.

Otro habría sido el resultado, si los correspon- dientes artículos de los Estatutos aprobados, hubiesen / utilizado expresiones como "Todas las competencias en ma- teria de Seguridad Social, a excepción de las expresamente

reservadas en favor del Estado, en virtud de la naturaleza de las mismas".

Además, en principio, podría entenderse, que el reparto de competencias no llevaría a un sistema de competencias compartidas, hoy tan deseado y extendido en todos los ordenamientos de corte federal para esta materia especial.

Esta tesis, mantenida en el deseo de encontrar / un consenso básico, ha traído la entremezcla de elementos de muy distinta procedencia, superponiendo la lógica de / una institución a la de otra, lo que habrá dejado muy tranquilos a los políticos en su ya conducta habitual de aplazar la solución de los problemas, pero que resulta inaceptable para el rigor con que debe de actuar el jurista.

Con ello al Estado le va a corresponder no solamente lo no citado en los Estatutos, sino también todos / los nuevos sectores competenciales, y áreas de responsabilidad pública que la vida social repare para el futuro, lo que no resulta nada despreciable en el seno de la Seguridad Social, en la cual sólo el examen de las nuevas prestaciones tecnificadas y no individualizadas ponen de relieve la mirada alicorta de los Estatutos, si se efectúa un mero análisis de los denominados presupuestos sociales, francés,

alemán o el aprobado por el Parlamento Europeo para toda / la C.E.E.

Cabría pensar por tanto, que en cuanto a la Seguridad Social, no existen competencias en el sentido típico recogido por los ordenamientos de corte federal pluralista o regional, que distingue frente a las competencias del Estado y las de las Comunidades infraestatales, unas competencias concurrentes, visto el art. 149.1 y 149.3. Ello / significaría la imposibilidad de conflicto normativo en el sentido que recoge dicho art. 149.3, atribuyendo en tal caso la prevalencia al Derecho Estatal. Mas esto no será así, si se admite que precisamente en materias como las laborales de Seguridad Social, existen precisamente las denominadas zonas concurrentes, al enumerarse como exclusiva del Estado la competencia en las líneas básicas, más al resultar ello de deducción y no de manifestación normativa expresa, los problemas se acrecentarán, en especial, dada la falta de principios genéricos que sirvan para ordenar tal concurrencia en forma similar o la recogida en el art. 117 de la Constitución Italiana o el 72 de la Ley Fundamental de Bon, lo que provocará la necesidad de que desde el primer momento salte a la palestra la intervención del Tribunal Constitucional, y en especial a nivel de jurisprudencia

de los diferentes Tribunales de garantías constitucionales, las líneas maestras que deberán embrar esta importantísima función compartida.

En este orden de cosas no conviene olvidar la interconexión e interdependencia existente entre todo el sistema financiero moderno de Seguridad Social y la actividad económica general del país, puesto que si esta última es / una competencia exclusiva del Estado, por obra del punto / 13 del art. 149, se intentará, en todo caso, englobar la / planificación financiera della Seguridad Social en el seno de aquélla, ya que lo cierto es que el punto 17 del mismo art. no atribuye tal planificación de la Seguridad Social al Estado sino tan sólo su régimen económico, siendo en todo caso más lógico y propicio, a los intereses generales, que se procure la planificación conjunta y compartida, a / través de todos los intereses regionales, frente al esfuerzo baldía de las Comunidades autónomas de avocar la planificación en Seguridad Social en exclusividad, como oposi-ición a aquellos intentos del Estado Central de englobar / una en otra, pues con ello estaremos no sólo de acuerdo / con las más recientes recomendaciones de la OIT Y CEE.

Con ello, entraremos en un buen hacer de inmejorables resultados, pues piénsese, que no siendo posible, /

por no inclusión en la norma, según la tesis, acudir al / art. 131, las Comunidades autónomas no limitarán su acción a suministrar al Estado las necesarias previsiones, que en el campo de la Seguridad Social, permita al gobierno elaborar los correspondientes proyectos, que sirvan para la ulterior aprobación por ley de la planificación financiera / del sistema, sino que muy al contrario la fórmula de compartir obligaciones y responsabilidades se extenderá a la de fijar aportaciones presupuestarias de las Comunidades / Autónomas en favor de la Seguridad Social, configurar los presupuestos de gastos e ingresos, intervenir en las decisiones inversoras, en la política de gasto, en el control de los recursos y en la financiación de las revalorizaciones siendo a tales efectos de gran utilidad el que se crea se un consejo económico de la Seguridad Social, con representación de las diversas comunidades y de ámbito estatal en donde sí diese juego a una más eficaz acción de la política financiera en este campo.

Pudiera argumentarse que ésta es una de las tantas cuestiones no tipificadas por vía directa en los Estatutos, más lo cierto es que siendo ésta la forma genérica de solución de tensiones en la generalidad de los Estados que nos puedan servir de molde no debe de existir inconve-

niente práctico en su puesta en marcha al no darse por lo expuesto, dificultad normativa.

Por otro lado, el que se aceptase la interpretación contraria, originaria por vía del art. 149.1.17 de la Constitución un recortamiento drástico de la acción autonómica en materia de Seguridad Social dada la "vis expansiva" que lo económico, encierra dentro de sí.

Idéntico juicio debe merecer el tema de la contratación en el seno de la Seguridad Social en lo relativo a obras, servicios o suministros de tan íntima importancia / en el área sanitaria y olvidado de todo punto en los Estatutos hoy aprobados. El contenido del art. 149.1.18 "in / fine", interpretado a la luz del mismo art. en su nº 3, / conllevará necesariamente a que ésta sea una materia más / de las que por vía del resorte normativo queden en manos / del Estado, lo cual además se verá apoyado a través de una interpretación extensiva del alcance del sentido atribuido al concepto de régimen económico. (G.de Enterría).

Y ello pese a que sería una fórmula contraria al deseo de poner fin a la situación actual de inexistencia / de normas de rango legislativo o reglamentario, directamente reguladoras de esta materia contractual, que se ha salvado recientemente, por vía de la función jurisprudencial

y aplicación supletoria de la legislación estatal, al haberse dejado inaplicado de hecho el contenido del art. 43. 5 de la Ley de la Seguridad Social, laguna suplida por vía de las habituales circulares.

Ahora bien debe indicarse, que parece lógico, / que en ningún caso debe aceptarse, que el principio de prevalencia del derecho estatal, permita un juego de liquidación o aniquilamiento de la competencia compartida, sino / que tal consagración habra de ser utilizada como "última / ratio" en la labor interpretativa siendo lícito, en caso / contrario acudir a la famosa doctrina de la Escuela de Bari para evitar desafueros.

En lo demás será indispensable acudir al art. / 150 con la todavía más compleja cuestión de determinar qué pueda ser aquello, que por su propia naturaleza, sea susceptible de transferencia, ya que dejar, en manos del ejecutivo la decisión final sobre el particular, significaría / implantar la arbitrariedad en un tema que presupone, por / la dicción del texto, el que pueda darse el caso de que materias que por su naturaleza hubieran podido quedar en el seno de los correspondientes Estatutos no lo hicieron por error y olvido, y por tanto aunque por fuerza del resorte se reintegrasen en el seno de la titularidad Estatal, no /

sería justo ni lógico que no pudieran ser transferidas o / delegadas posteriormente a las comunidades o que fuese el arbitrio del ejecutivo quien decidiese la oportunidad o / conveniencia de reenviar al ente autonómico aquéllas, entendiendo que la dificultad máxima estriba en especificar qué factores provoquen, que la propia naturaleza de las cosas las hagan más susceptibles de titularidad autonómica / que estatal, y no existiendo antecedentes históricos, que en materia de Seguridad Social permitan una satisfactoria aclaración, dada la rústica situación que en el campo de / la Seguridad Social se había alcanzado ~~en la década de los~~ treinta, resultará indispensable atender a la labor del / Tribunal de Garantías Constitucionales, que en base a las líneas generales del sistema deberá delimitar este confuso campo de acción, de cuya clarificación dependerá en gran / medida una política autonómica de Seguridad Social a medio plazo.

A corto plazo, la principal labor del ente autonómico será de carácter organicista, más lo cierto es que con la promulgación de un texto constitucional ambiguo como el nuestro, en ésta y en otras tantas materias no se ha puesto final a problemas anteriores, antes bien la problemática comienza a incrementarse geométricamente a partir /

de ese momento.

En este orden organicista, surge una capital c / cuestión motivada por el espíritu copista de nuestros constituyentes, que con una insistencia poco común pero muy lograda, no de profundizar en los estudios sino en aras de / de una labor copista que los ha transformado en extraordinarios emuladores de la labor monacal del Medievo, no han/parado en examinar la problemática, que los preceptos objeto de la técnica del sobremontaje pudieran haber planteado/ / frente a los tribunales ordinarios o consitucionales de cada país, cuyo ordenamiento venía a ser fusilado literalmente.

Así y como si fuera totalmente aproblemático el uso del término "materia" utilizado, en cuanto a la Seguridad Social, en la constitución, siete veces en tres arts, y en el Estatuto vasco, cuatro veces en un sólo precepto / se hace caso omiso de que a través de tal concepto, cuya / difinición positiva no existe se ha llevado a cabo por la Corte Constitucional Italiana una labor restrictiva de la autonomía de las regiones en base a una corriente jurisprudencial, 8 años anterior a nuestra Constitución y contenida en las famosas sentencias 138/72, 141/72 y 220/72 entre otras muchas, no aceptándose en términos generales una //

interpretación teleológica del precepto, de acuerdo con la definición que sentó Gizz al respecto.

En este sentido, y de aceptarse tal corriente, / en nuestro país la importantísima misión organicista a que está llamada la Comunidad Autónoma, de inmediato y a corto plazo se vería abortada en este plano, como a medio plazo puede quedar estéril por razonamientos antes expuestos.

Hay pues, que ser conscientes como señala la doctrina más autorizada de que la transformación de un Estatuto unitario y centralizado en un Estado Regional para con respecto a lo que se refiere a la Seguridad Social, no es una labor de hoy para mañana, sino que constituye una tarea sobrada para una generación entera.

Conocer las dificultades es sin embargo presu- / puesto imprescindible para poder superarlas un día, aunque hoy por hoy se carezca de una respuesta adecuada.

La forma más vengonzante de la Constitución viene dada sin duda por el Título VIII, al introducir al Estado regional, sirviendo al confusionismo más radical, en un aspecto que en el campo de la Seguridad Social va a resultar trascendental.

El art. 152.1 alude indirectamente al reconocimiento de la potestad legislativa en este orden de cosas /

para con respecto a las comunidades especiales al aceptar la existencia en las mismas de Asambleas Legislativas, pero sin reconocer explícitamente a éstas la potestad legislativa plena o primaria a diferencia de la que les permita operar para desarrollar las bases o principios fijados por una ley estatal a que se refiere el art. 150.

Ahora bien, siendo esta potestad primaria indispensable para la puesta en funcionamiento del contenido / del art. 18 del Estatuto Vasco en cuanto a la Ley de la Seguridad Social, no puede aceptarse una interpretación restrictiva en la materia pues ello significaría el decapitar a la Comunidad, en un campo como el de la Seguridad Social en el que temas tan trascendentales como la gestión, asistencia social y servicios sociales, prestaciones recuperadoras, mejoras voluntarias o Seguridad e higiene pueden y deben de hecho ser objeto inmediato de plasmación legislativa en el seno de aquella comunidad.

En todo caso es indispensable para con respecto a lo que la Seguridad Social significa poner de relieve la necesidad de superar la fórmula de un Estado burocrático / centralizado que ha cumplido ya su tiempo, y por otro asentar como motivo de confianza suficiente el dato de que los Estados más relevantes en todo el mundo han precedido a /

nuestra constitución en fórmulas de configuración pluralista del mismo lo que significa que un estudio pormenorizado de su trayectoria nos hará introducirnos en vías perfectamente identificadas y conocidas.

Ahora bien, la Seguridad Social no admite ni por un momento so pena de provocar su tambaleo, el que se haga uso de un historicismo convencional, propugnado por la torticolis habitual de grandes colectivos, que se empeñan en no mirar hacia el futuro, y ello por cuanto que aquél sólo servirá para arriesgarse en construcciones artificiosas o inventadas, ya que en el pasado institucional no existía / nada parangonable con lo que hoy representa nuestro sistema de Seguridad Social, que no admite la caída en el vacío motivado por la improvisación o el oportunismo del afán / protagonista de élites locales o la intención oculta de la experimentación y la ruptura, y ello por cuanto que la propia esencia que constituye el objeto de la relación jurídica de la Seguridad Social mira hacia el futuro a través de / del riesgo y la contingencia, causa secundaria y primaria respectivamente de la situación de necesidad, frente a lo cual no existen títulos históricos, propios del Derecho / preconstitucional al decir de Max Weber. En todo caso, el ámbito de cobertura de nuestro sistema y su campo de apli-

cación, son valores demasiado serios de los que dependen / tantos intereses humanos como para poder dejar que se entre en el seno de la Seguridad Social a través de la aventura o de la experimentación.

El país se juega el futuro de la Seguridad Social sobre la opción autonomista en la Constitución, por lo que las legítimas motivaciones que fundamentan esta opción sólo podrán anclarse evitando la más mínima ligereza o frivolidad, careciendo de toda justificación cualquier mediación que impidiese que el sistema de autonomías funcionase de / forma que rinda en lo que a la Seguridad Social se refiere los servicios positivos que la sociedad española puede esperar legítimamente.

La interconexión existente entre economía y Seguridad Social vuelve a poner de relieve la necesidad de combinar en este punto las experiencias extrañas en el contenido de nuestra normativa constitucional.

En esta línea, es de destacar, como sobre un estudio de uno de los máximos expertos en temas federales el suizo schwartz, se observa la necesidad de que la política coyuntural en la que incide directamente un sistema contributivo de Seguridad Social, como el nuestro, se va reservando paulatinamente al Estado Central, ya que la experien

cia germana, suiza y de los Estados Unidos ponen de relieve que los estados miembros al encontrarse en esta materia en situación concurrencial, no practican una política coyuntural programada en el ámbito de la Seguridad Social, / en el que la totalidad de los países federales por profunda que sea la autonomía que garanticen han resuelto el problema decididamente reconociendo en los poderes centrales las competencias precisas para evitar, que un desgajamiento del régimen financiero de la Seguridad Social a través de las diversas instancias infraestatales, provoquen un / fraccionamiento del sostén financiero del sistema a través de unas microeconomías, avocadas directamente en ciertos / sectores, piénsese en todos los regímenes especiales, al / estancamiento y a la pobreza, fórmulas éstas hoy también / exportadas a Italia e Inglaterra y que podría tener una importancia creciente en áreas regionales de nuestro país, / hasta no hace mucho suficientemente acaparadoras de la mayor parte de los recursos de cotización y generadoras por ello de recursos para otras zonas menos favorecidas, pero que hoy en un rodaje de sus estatutos especiales ven aproximarse una situación de mero equilibrio entre ingresos y gastos con una perspectiva de introducirse entre las regiones deficitarias en breve, dada entre otros factores la /

mayor incidencia en estas zonas de la crisis económica.

La previsión por otro lado contenida en el artículo 93 de la Constitución de integración en un futuro en el seno de las Comunidades Europeas no debe tampoco hacer olvidar que lo expuesto en cuanto a la Seguridad Social no es ninguna excepción para el Mercado Común Europeo.

Las coordenadas en las que habrá de desenvolverse del desarrollo autonómico para con la Seguridad Social vendrán dadas por el federalismo de nuevo estilo que resalta la interdependencia y participación de funciones dada / la mutua influencia que cada nivel puede ejercer en el / otro. Si en Seguridad Social no se acepta una relación entre esos dos niveles polifacética y de acción concertada, no se obtendrán resultados diferentes a los conseguidos / hasta ahora, mostrando como única diferencia el habitual / cambio de rótulos en los organismos y dependencias, lo // cual no soluciona ningún problema de la vida ciudadana.

Así pues y pese a lo que formalmente pueda deducirse del formalismo de distribución de competencias elegido por nuestra Constitución, deberá seguirse a toda costa la corriente marcada por las líneas definidas en las corrientes federales de todo el mundo, lo que en absoluto / puede ser dañoso para la autonomía según han puesto de re-

lieve Schwartz, Stern o Imboden, para los federalismos ame
ricanos, alemán y suizo respectivamente, lo cual en todo /
caso se procurará sin duda implantar en nuestro país por /
vía de la armonización europeizadora de la Seguridad Social
a través del art. 149.1.3 o como consecuencia de la salva-
guarda de los principios rectores a través del art. 139.2.

De forma inmediata se debería en el área de la /
Seguridad Social poner en marcha las modificaciones que per
mitieran devolver seriedad y consistencia a la Seguridad /
Social, que de otra forma tenderá a degenerar a través de
mecanismos varios que incluyen la beneficiencia entendida
erráticamente en el ámbito de acción de la Seguridad Social.

Igualmente habrá de implantarse una política fun-
cional eficiente que en el seno de unos núcleos de gestión
simplificados den un servicio de integración al colectivo
de beneficiarios.

Y por último se trata de economizar en el gasto
a través de una mayor pureza de las vías de responsabili-
dad económica, lo cual junto al logro de una máxima celeri-
dad extensiva e intensiva en la reglamentación de las pres
taciones funde los cimientos de un aparato modélico de pre
visión social.

Siguiendo las inspiraciones del Código de Lovaina

dentro de la indispensable programación planificada en la/-
acción conjunta a trazar para el futuro deberá procurarse
la descarga del sistema del coste financiero de las contin-
gencias de Desempleo, Protección a la Familia, y Asisten-
cia sanitaria, las cuales deberán ser soportadas directamen-
te por la comunidad autónoma y Estado en forma participada,
pues el hecho de que la Seguridad Social pase a formar par-
te de la titularidad de la Comunidad Autónoma no va a ser-
vir para desnaturalizar dicho sistema como paraestatal en /
todos los órdenes.

El techo autonómico en materia de Seguridad So-
cial puede ser muy elevado y los resultados finales obteni-
dos altamente gratificantes para el Estado y la propia co-
munidad autónoma.

El primer aspecto a analizar bien puede ser el /
de la gestión.

Para con respecto a esta se podrían asumir las /
siguientes líneas en forma parangonable a lo acaecido en /
otros Estados que nos pueden servir de ejemplo práctico.

El Decreto Ley de 16 de Noviembre de 1978 por el
que se daba un nuevo enfoque a la Seguridad Social para /
con respecto a las entidades gestoras no tenía más razones
de urgencia para su aprobación que la de eludir la Consti-

tución y el régimen de autonomías, pues a estas alturas aquella reforma continúa en gestación.

Por estas y otras múltiples razones entre las / que destacan muy especialmente las de eficacia y economía no debe de aceptarse la configuración orgánica que en aquella norma se contiene ya que el Instituto de Servicios Sociales no tiene razón de ser en un régimen respecto del / cual la asistencia social es competencia exclusiva de la / Comunidad Vasca, por vía del punto 12 del artículo 10, resultando inverosímil que para un contingente de funcionarios tan escaso se cree un aparato burocrático tan complejo. El Instituto Nacional de la Salud carecía inicialmente de personalidad jurídica en forma explícita y por tanto se rá indispensable la reconsideración de la organización de este sector sin acudir a pomposas denominaciones que no / oculten tras el cambio de nombre la no solución del verdadero peso del sector y por tanto sin poner fin definitivamente a los conciertos económicos con las Clínicas privadas y al despilfarro en las prestaciones farmacéuticas a / través de un eficaz control y vigilancia de todos los aspectos sanitarios y en especial el relativo al de la competencia mercantil entre laboratorios, lo cual junto a una / mejora de las retribuciones y una decidida exigencia de /

cumplimiento de funciones, al personal afectado, reparte / de hecho unos inmediatos ahorros que vengán a engrosar los fondos de nivelación autónomos que deberán constituirse de inmediato.

La supresión de la colaboración en la gestión y de los convenios en materias de accidentes de trabajo, traerá como resultado un saneamiento financiero cuyos aspectos positivos deberán quedar en el seno de la comunidad autónoma.

El establecimiento de un único ente gestor en toda la acción no sanitaria incluida la recaudatoria, similar al INPS Italiano reportará de inmediato una mejora en los servicios ofertados como señala el profesor Dillemans, ya que la complejidad contemporánea de los órganos gestores tiene una explicación histórica más que racional por lo que dicha complejidad debe de hacerse desaparecer en el seno de la Comunidad Autónoma, para lograr unos resultados positivos. Y todo ello no tan sólo con el objetivo de reducir costos y mostrar una administración ejemplar sino también y sobre todo porque la dispersión y multiplicidad de órganos gestores dirigidos por personas diferentes o idénticas pero a las que les resulta abrumador el juego organizativo hará que los órganos superiores se automarginen en

una función de relaciones públicas, y que las prestaciones a gestionar se anquilosen haciéndose inmunes a los intentos de homogeneización ante los criterios dispares de las varias gestoras sobre los requisitos para su concesión y / el distinto nivel de exigencia.

A tal efecto es de tener en cuenta las dos fórmulas elegidas en la mayoría de los Estados Europeos para lograr unos actos de gestión rápidos sobre las prestaciones como son una amplia desconcentración en las delegaciones / locales y un sistema de anticipo virtualmente inmediato de prestaciones en cuanto aparezca un indicio racional de que son debidas sin perjuicio de su regularización posterior.

Dicho organismo deberá quedar configurado como / una entidad de Derecho Público con personalidad jurídica y de carácter autónomo en cuyo seno se arbitren fórmulas de participación de los interesados, ostentando además facultades consultivas y de estudio.

Particular importancia deberá de darse al deber de información de la Administración de la Seguridad Social, ya que no hay administración eficaz sin control, ni control real sin información y de esta forma el deber de información se extenderá a la posibilidad de que los beneficiarios obtengan dictamen sobre sus derechos y obligaciones,

pues en Seguridad Social la ignorancia de la ley no excusará de su cumplimiento, pero sin embargo tal ignorancia / será harto frecuente.

La Seguridad Social debe de ser como señala Van Laugendonk más segura y más social no pudiendo consentirse que unos emmarañados y laberínticos organigramas hagan que el tener contacto con aquélla signifique volver más mi nusválido a quien no lo era o lo era en menor grado.

Habrà que irse aún más lejos, la organización / tendrá la obligación de detectar derechohabientes. No es / lógico que el Estado detecte perfectamente a los "quintos" o a los contribuyentes y no siga igual criterio con quien habiendo alcanzado la edad de jubilación podría tener dere cho a una pensión cuyo otorgamiento hoy dependerá de una / solicitud.

Deberá de exigirse también una mayor colaboración a los ciudadanos de la Comunidad autónoma no sólo a través del control, sino también por la vía de la obligatoriedad de efectuar en cada ejercicio económico una declaración de datos sobre ingresos y situación personal o laboral que al modo de la declaración sobre la renta permitiera contrastarlos con los presentados por las empresas y desconocidos por el trabajador a quien además a la vista del resultado

final de la declaración podría aplicársele el contenido de la teoría del crédito impositivo, o la de los mínimos exentos vigentes en Noruega.

Para conseguir estos logros sería indispensable seguir una política en el área funcional que eliminase todo ambagage aldeano. Una sociedad moderna no tiene por / qué crearse más grupos de adictos que los que por múltiples circunstancias tenga que soportar como los dependientes de la droga o el alcohol. El funcionario deberá de tener un / sentido instrumental de su función y enseñarse el Derecho de la Seguridad Social en las Facultades de Leyes, como en Bélgica desde 1961, en Francia desde 1957, en Luxemburgo / desde 1961 y en Alemania desde 1960.

Igualmente se imparten enseñanzas de Seguridad / Social en los mismos países Italia, Países Bajos, desde idénticas fechas y en las facultades de Medicina o escuelas de enfermería, existiendo escuelas públicas de Seguridad / Social para funcionarios, empresas y beneficiarios desde / la década de los 60.

En el campo de la cotización las reformas sustanciales deberán encauzarse a través del Consejo Económico / de la Seguridad Social, para todo el país y tender hacia / la extensión del principio de automaticidad de prestaciones

en un mes tras el reconocimiento, eliminación de topes máximos, e introducción del juego de los mínimos exentos e / impuesto negativo sobre la renta, a través de la presencia de las Comunidades, en la gestión.

Capital importancia a nivel de comunidades autónomas tendrá la recaudación respecto de la cual bien podría fijarse porcentajes de retención por estímulo, así como el tema del cobro en vía ejecutiva de las deudas. En cuanto a esto último será indispensable la organización en el seno de la entidad gestora al modo de la Hacienda Pública un aparato de cuyo funcionamiento no puede avocarse en / una situación insostenible como la actual.

La base de los fondos de nivelación podrán atender un nivel complementario de Seguridad Social que no tendrá por qué ser considerado inconstitucional a la vista / del art. 41 de la Constitución.

En materia de accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales sería prudente y deseable poner en práctica la idea en germen ya existente desde 1972 de asumir / por completo, en forma publicada, en el seno de la Comunidad Autónoma las funciones encomendadas a las denominadas entidades colaboradoras que verían reducida su misión en principio a tareas propiamente burocráticas sin asunción

de papel alguno en el plano económico por vía de la fuerza expansiva de la entidad gestora autonómica que incluso podrá contar con una sección del Fondo de Garantía y del Fondo de Pensiones general.

En materia de empleo debería asumirse la gestión administrativa y económica del Fondo de Garantía Salarial, Fondo de Protección al Trabajo y Fondo de Asistencia Social sin perjuicio de la representatividad del poder central a través de un delegado general. Habrá de asumirse integralmente la administración y control de la prestación básica de donde resultará la posibilidad de incrementar los fondos de nivelación, sin perjuicio de las competencias que a nivel central se mantuviesen en áreas presupuestarias o de ordenación normativa básica.

Las Comisiones administrativas de las oficinas / regionales y locales gozarían de plena autonomía dentro de su demarcación en todo lo referente a las materias específicas del ente gestor, así como a las que de alguna manera se relacionasen con él en actividades tales cuales colocación, orientación profesional, promoción profesional, reforma regional de la estructura, colaboración directa en / la preparación de su presupuesto económico, información y asesoramiento en materia de personal, o participación por-

centual en las decisiones financieras de la protección del riesgo. Obviamente ello exigiría además la puesta en marcha de una serie de oficinas especiales para funciones centrales e interregionales situadas en zonas geográficas útiles.

En punto a la invalidez será ineludible tomar como primera medida la asunción de funciones en torno a las Comisiones Técnicas Calificadoras Centrales, cuya sede deberá radicar en la Comunidad, a título provincial y comunitario, sin optar por su desaparición pues ello significaría una novedad a título de Derecho comparado, y tal mantenimiento tiene su razón de ser y peso específico pese a que las Comisiones Técnicas Calificadoras hayan constituido / uno de los fracasos más patentes de la organización de la protección de las contingencias de invalidez. Habrá que sanear sus grandes defectos estructurales provocando la implantación de criterios técnicos de selección de sus miembros que eviten toda composición burocrática que no permita las resoluciones de relleno sobre modelos normalizados, el distanciamiento de la realidad socio-profesional y la / aplicación mecánica de criterios puramente fisiológicos sino que atribuyéndoles iniciativa y agilidad impida que se repita su consideración como penoso, ineficaz y torpe //

instrumento que perturba el normal funcionamiento de la ju
risdicción laboral por obra del art. 120 in fine de la Ley
de Procedimiento Laboral.

En todo caso deberá unificarse la cuantificación
de las fórmulas para obtener las bases reguladoras de esas
prestaciones de invalidez en todos sus grados hoy halladas
según mecánica poco menos que de alquimistas.

La creación por último de órganos judiciales espe
cializados en materia de Seguridad Social en forma similar
al existente al régimen alemán podrá crear un ambiente pro
picio a que en la Comunidad autónoma se posea un sistema /
de Seguridad Social ejemplar en el que el punto neurálgico
esté cifrado en la justicia de su financiación y la efica
cia en la satisfacción de los derechos de los beneficiarios.

Finalmente no olvidar cuáles hayan sido los cri
terios seguidos en los Tribunales Constitucionales para re
solver conflictos y así indicar cómo en Alemania la Seguri
dad Social se considera en múltiples sentencias como sec
tor íntimamente relacionado con el derecho de la economía,
y de forma similar se ha pronunciado al Tribunal Estadouni
dense previamente a la décima enmienda a la Constitución /
así como en los famosos casos de Braun y Boarel en 1958, /
Cooper V Aaron en la misma fecha, la conocida sentencia /

Passenger Cases o la que incidiendo expresamente sobre las relaciones laborales y de Seguridad Social que resolvía el caso Boarel V Jones. En Canadá se ha pronunciado de idéntica forma el más alto Tribunal recientemente en sentencia / de 19 de enero de 1978; en Austria en sentencia de 219/51 y 4006/62 se llega a idéntica conclusión.

No creemos que el Tribunal Constitucional de nuestro país vaya a seguir otros derroteros en ningún caso. El futuro está por hacer en materia de Seguridad Social y las posibilidades son ingentes si se conoce lo que se tiene entre manos para en ningún caso llegar a la defraudación ciudadana, al socaire de dificultades políticas como puede / ser el caso Italiano donde las regiones especiales de Sicilia, Venecia, Ciulia, Cerdeña, Trentino, Alto-Adagio y el Valle de Aosta tienen hoy en Seguridad Social una titularidad raquítica.

9.- Perspectiva Constitucional de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social.

Bajo genéricos principios de generosidad e igual

dad como equivalentes a solidaridad, entendida bajo prismas ciertamente aldeanos y de poca fortuna técnica se han venido sucediendo oportunidades y antiguas declaraciones de la clase política en torno al tema de la distribución/ de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pasando de ser precio o merced de un intercambio de intereses entre políticas pasadas a mejor época, a freno/ en ocasiones no justificado al desarrollo constitucional configurando las reconducciones del Tribunal Constitucional como varapalos al gobierno en el poder, lo que no es exacto según se desprende de la propia Sentencia de 5 de agosto de 1983 sobre el proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico, puesto que en su Fundamento jurídico tercero queda clara la posibilidad y la exigencia de desarrollar en este punto la norma suprema incluso por vía armonizadora siempre y cuando esto se haga con / técnicas jurídicamente correctas y no se reserven los poderes competentes la autodefinición de armonización o de competencias exclusivas.

En el plano técnico sin embargo se han puesto / las bases para una racionalización en la distribución del poder del Estado y las Comunidades Autónomas.

Así, con arreglo al art. 149 párrafo tercero de

la Constitución, debe de entenderse que cuando el Estado dispone de competencias exclusivas sobre una materia como en el supuesto de la legislación básica sobre Seguridad / Social por imperativo del principio de jerarquía impuesto por la Constitución, sus normas primarán sobre las de las Comunidades Autónomas, inclusive en el caso de competencia legislativa concurrentes, de modo que para la interpretación en este punto del nº 17 del art. 149 de la Carta Suprema ha de entenderse que contiene fuerza de primacía la legislación sobre Seguridad Social que emana del / Estado en todo caso.

De conformidad con la redacción reservada en este punto por la Constitución a la Seguridad Social, ésta aparece como propia de las materias de competencia exclusiva del Estado sin perjuicio de quedar la llamada "ejecución de los servicios" en manos de las Comunidades Autónomas si lo reclaman en los Estatutos. Por ello será en el ámbito sistemático de la norma suprema en donde el intérprete deberá de indagar el verdadero sentido de la ley / acudiendo, en su caso, al correspondiente Estatuto en una acción derivativa de segundo grado, pues estas reciben / aquí su virtualidad deviviéndose directamente de aquéllas.

De conformidad con lo expuesto entiende la doc^{ta}

trina más cualificada que los Estatutos no son normas aptas para la función hermenéutica de primer grado, sin perjuicio de que por imperativo de lo dispuesto en el art. / 149.3 sea obligada su consulta para comprobar si han asumido y en que medida algunas de las competencias asumibles por la respectiva Comunidad y en tal caso con que alcance. A posteriori será preciso determinar en un orden correcto cuál sea el sentido del ámbito asumido en razón de criterios sistemáticos gramaticales lógicos, históricos y teológicos.

Es evidente por lo demás, y así viene determinado por exigencia del art. 27.2.a de la Ley Orgánica del / Tribunal Constitucional, que si la norma Estatutaria, de segundo grado según lo expuesto, contraviniese lo dispuesto en la Constitución respecto de las competencias exclusivas del Estado, serían en tal extremo nulos de pleno derecho en sí y en sus normas de desarrollo. En este sentido se ha manifestado ya el Tribunal Constitucional en Sentencias de 4 de mayo de 1982 indicando que los citados Estatutos deben de ser interpretados al igual que todo el / ordenamiento jurídico conforme a la Constitución, lo que a la vista de nuestra pirámide normativa resulta lógico / y coherente máxime más si se piensa que todo el conjunto

y la propia norma suprema ha de obedecer por exigencia del art. 1 de la Carta Magna a una interpretación conforme a la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Por lo demás, y dado que cuando la Constitución desea hacer reservas en favor de ley de una materia concreta y determinada así lo especifica textualmente, debe de entenderse que al no formularse tal reserva en el art. 149.1 no debe de practicarse ninguna interpretación que / no sea, en este punto la de entender que el concepto legislación básica, es sinónima a fundamental esencial o / vertebral, pues no sería posible entender por legislación aquella normación verificada a través de Leyes formales / de modo que como competencia exclusiva del Estado resultaría aquella que enttanto que básica, en el sentido antes expuesto, sea consustancial al Sistema de Seguridad Social ya está contenida en Leyes ya en Reglamentos.

No estamos en presencia del problema inicial, / que permitió a los políticos distribuir, a modo de reparto del ayer a través de algún complicado juego de naipes al que tan aficionados eran algunos de los protagonistas, la materia de Seguridad Social entre los distintos niveles territoriales de competencias, merced a un principio

de organización estrictamente política o de la máxima efi
cacia. Se trata de fijar cuál es el campo de acción del /
Estado dentro del cual, no frente a él o a su margen, las
Autonomías podrán tener su espacio adyacente en una misión
de cóplementación, no de oposición o de reivindicación /
frente al Estado. Se juega por ende el mantenimiento cla-
ridente del principio de soberanía.

Tal y como lo ha precisado el profesor García /
de Enterría conviene traer a colación la polémica alemana
sobre la identificación de dos o tres niveles en la cons-
trucción jurídica del Estado Federal.

Sirva de pauta que en dicha construcción a dife
rencia de la del llamado pomposamente "Estado de las Auto-
nimís" sin parangón en Derecho Constitucional comparado y
en donde Italia está por ver si desarrollará después de /
40 años algún día su modelo, se busca la consecución de /
un objetivo común, para lo cual se impone como condición
"sine qua non" el ayuntamiento de esfuerzos desperdigados.
Por el contrario, en el original Estado a instaurar para
los Iberos rige como principio capital el de la división
con objetivos enfrentados hacia diversas fuentes o inclu-
so frente al propia Estado, en donde la acción reivindica-
tiva es sólo un primer paso, que impedirán la forja de /

una tarea nacional común de interés.

En el Estado Federal la teoría de los tres niveles que pretendía distinguir entre Estado miembro, Estado superior y Estado conjunto, como apunta la citada doctrina, a diferencia de lo que acaece en el Estado autonómico, está hoy abandonada. No puede sino prevalecer en todo caso la tesis de los dos niveles, según la cual el Estado / central o superior y el Estado conjunto se identifican sin perjuicio de la superioridad que sobre todas las instancias corresponde a la Constitución en su ordenación fundamental de todos los poderes como "competencia de competencias"(mismo autor).

Análogo es el caso norteamericano, una vez que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional superó la / tesis que pretendía reducir la Constitución a un pacto entre Estados y la federación a una creación artificiosa de los Estados(Faulkner).

Por ello, y de acuerdo con el art. 1 de la Constitución, en relación con el 10 del mismo cuerpo suprallegal y de conformidad con la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28-11-81, debe de entenderse que las competencias exclusivas del Estado en cuanto a la Seguridad Social son de carácter superior como coincidentes con la /

soberanía de la Nación española que procurando establecer la Seguridad y promover el bien en el seno de la justicia y la libertad se ha dado la vigente Constitución.

La Seguridad Social es una de las competencias consideradas por la doctrina en la enumeración del art. / 149 como de cualificación preferente, lo que viene avalado por múltiples factores, a saber.

- Se trata de uno de los derechos humanos fundamentales recogido en el art. 22 de la declaración de los derechos del hombre que por exigencia del art. 10 nº2 de la Constitución tiene un valor informador e impulsor fundamental de los derechos fundamentales y libertades que / la Constitución reconoce.

- La Seguridad como sustancia que recibe el atributo social propio del sistema vigente de protección / de colectivos generales frente a los riesgos sociales se encuentra consagrada en el art. 17 de la Carta Suprema, / de donde se deriva la protección del primer grado que la Seguridad Social merece al insertarse en el capítulo segundo del primer título de la norma suprallegal.

Lo social fue desde los orígenes de la previ- / sión Social un atributo de la Seguridad, la cual está / hoy reconocida como una de las metas de la Nación : / /

Española, en paralelo con la justicia y la libertad a lograr merced a la propia Constitución.

Así, y no de otra manera tiene correcto encaje el art. 25 de la misma Constitución, que reconoce el derecho a la Seguridad Social a los presos que no pueden ser de mejor trato que los restantes ciudadanos, que en caso contrario tendrían sólo una protección de segundo grado / por exigencia de la incardinación del art. 41. en el capítulo tercero, según se desprende del contenido del art. / 53 en relación con el 161.

- La Seguridad Social ha quedado organizada en nuestro ordenamiento jurídico al margen de la Hacienda Pública, según se desprende de la Ley General Presupuestaria con órganos de representación y defensa en juicio separados (los prestigiosos Cuerpos de Abogados del Estado y Letrados de la Seguridad Social), por imperativo del origen de su propio presupuesto y de la flexibilidad que / debe de tener el mismo para su correcto funcionamiento / sin que pueda ser considerado en sentido propio como un / acto de autorización de gastos e ingresos.

- La Seguridad Social posee un soporte económico financiero de transcendental importancia de niveles paragoneables para lograr un espectro homogéneo social, //

asegurando la distribución de la riqueza entre regiones e impidiendo la fragmentación en focos de paraísos privilegiados fiscal o socialmente considerados.

El ordenamiento de la Seguridad Social, así las cosas, tiene un sustrato básico o fundamental de amplio / espectro con posibilidades de movimiento adyacente o colateral, para lo que respecta al área autonómica de acción no básica.

La atribución de básica al sustantivo legislación no puede querer referirse a las llamadas Leyes marco o de bases de tanto abolengo en nuestra historia legislativa ya que así se desprende de una simple y gramatical / comparación entre los arts. 82.2 y 150.1.

Ha de concluirse en que la utilización del término legislación parece voluntario e intencionado, sin duda para evitar todo constreñimiento a las materias en las que rige el principio de reserva de ley (cotizaciones-alta, etc.) y así poder entender tal y como lo ha recogido el Tribunal Constitucional en sentencias de 4 de mayo de 1982, 14 y 30 de junio y 27 de julio del mismo año, que / el concepto de legislación básica, en este caso de Seguridad Social debe de entenderse como aglutinadora de la / facultad de emanar normas con rango de ley o reglamentos

con la sola exclusión de los Reglamentos organizativos / que quedarían en el ámbito de la potestad del ente autonómico.

Con más contundencia si cabe se ha manifestado el mismo Tribunal en Sentencia de 28 de julio de 1981 al decir que el ejercicio de la Competencia Estatal para el establecimiento de la legislación básica no requiere en / modo alguno la promulgación de leyes de bases o leyes marco.

Igualmente puede sentarse la conclusión de que una norma no es básica por el mero hecho de estar contenida en una ley, sino que lo esencial del concepto de bases es su contenido, según reza la sentencia de 28 de enero / 1982, que consagra esta opinión expuesta igualmente en su día por los profesores Serrano de Triana y Olliet Palau.

Ciertamente ante esto se ha manifestado en alguna ocasión por sectores técnicamente poco afortunados que en tal caso los Estatutos eran objeto de un descenso en / el techo de desarrollo autonómico, más aquí conviene dejar claro el desconocimiento del problema gestor que subyace en el fondo.

Siguiendo al profesor Villar Palasies posible destacar cómo no puede desconocerse el carácter que la /

moderna doctrina atribuye a la potestad reglamentaria como una técnica de colaboración de la Administración con / el poder legislativo muy en especial en materia de Seguridad Social.

Destaca esta opinión doctrinal la tradición jurídica que existe en nuestro derecho en el cual dentro de los reglamentos ejecutivos que permiten la complementa- / ción, el desarrollo o la pormenorización de la Ley. Viene a ser el caso de la Seguridad Social, en donde los diversos riesgos y contingencias incluidos en el campo de la / acción protectora exigen un desarrollo reglamentario preferente que permanecería en su conjunto en el seno de la esfera exclusiva de competencia estatal por cuanto que lo contrario significaría posibilitar acciones discriminatorias que romperían el principio de igualdad. Ahora bien, junto a éstas están los reglamentos organizativos que normativizarán las relaciones de la Administración y los Administrados en la medida que venga a ser necesario para / lograr una verdadera eficacia basada en principios de rapidez, inmediación, economía y participación de los interesados. A esta parcela de fenomenal importancia tendiendo hacia una máxima efectividad corresponderá la potestad de normación de los entes autonómicos.

Así pues parece evidente que cuando la Constitución se refiere a legislación de Seguridad Social, de cuya parcela básica corresponde la competencia exclusiva / del Estado, ha de entenderse que se incluye en la denominación la referencia a la ley y a los reglamentos ejecutivos que sirven de desarrollo de la ley complementando a / la misma, con lo que se verifica una interpretación que / coadyuve a la finalidad del precepto de rango constitucional de mantener la uniformidad, que no uniformización, / del sistema jurídico-económico de la Seguridad Social.

Los reglamentos organizativos y los que afectan a la nueva estructuración interna de la organización administrativa, cuya importancia es palpable y cuya negación sólo hace destacar una supina ignorancia del funcionamiento de la máquina administrativa, aparecerán por ende fuera del concepto de legislación básica.

La Seguridad Social debe de quedar tal y como / se desprende del análisis de su propia estructura y del / mandato constitucional como un núcleo irreductible e inderogable de competencias asignadas a nivel central al Estado con carácter de exclusividad en lo básico o fundamental. Así lo ha recogido la doctrina extranjera, señalando que al pasar el Estado Federal a ser el garante de la unidad/

nacional, su legislación apareció frente a la de los Estados miembros como una ordenación de rango superior.

Por ello y de conformidad con la doctrina del / Tribunal Constitucional en torno a la extensión alcanzada por el art. 149, según dispone la sentencia de 16-XI-81, queda excluido el que las Comunidades Autónomas puedan regular las condiciones básicas del ejercicio de los derechos que en materia de Seguridad Social pasan a ser reserva exclusiva del Estado en su esfera legislativa.

La participación autonómica en las áreas de competencia compartida ha de entenderse por lo demás como subordinada y derivativa de la que representa en grado superior asumida por el Estado y en este sentido debe de entenderse el punto 17 del art. 149 en cuanto a la ejecución de los servicios referentes al ordenamiento jurídico económico.

Las restantes potestades que quedan en el seno de la acción autonómica son de especial interés. La potestad organizativa representa sin duda la principal de las facetas del poder autonómico. En este punto merece la pena detenerse para pormenorizar y destacar el análisis que de ella hace el profesor Villar Palasi. Se trata de la potestad más significativa de la Administración, en este caso

la autonómica, investida de todo un conjunto de potestades que no se consumen con su ejercicio, sino que son / transferidas como tales de modo indefinido. Se trata de / una potestad autónoma que no afecta de modo directo a los derechos e intereses legítimos de particulares, resultando su carácter de índole sustantivo con consecuencias / transcendentales, pues piénsese que siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo no pueden alegarse derechos / subjetivos o intereses legítimos personales frente a las disposiciones generales organizativas.

Por último, y tal como ha señalado el profesor Villar Palasí, si a través de la potestad organizativa se afectan los derechos de los funcionarios o de los particulares en el campo de acción que corresponde a las Comunidades Autónomas, se podrá pensar en que la referida potestad organizativa provoca una desviación de poder que puede llegar a tocar incluso a las disposiciones de carácter general.

II.- Distribución de competencias.

Para la mayor parte de la doctrina, de mayor abolengo jurídico, la Seguridad Social opera a través de / tres niveles: el nivel mínimo de descentralización a que se refiere el art. 148.1 susceptible de afectar a la tota

lidad de las competencias relativas a cada una de las materias enumeradas el nivel medio para las competencias residuales del art. 149.3 y para las competencias concurrentes del art. 149.1, y el nivel máximo de descentraliza- / ción que opera a través de los cauces del art. 150. y 2.

-En el nivel mínimo de descentralización (art. 148.1) se incluyen materias que hoy se consideran ajenas al sistema de la Seguridad Social como la asistencia social (art. 148,20) y la sanidad e higiene (art. 148.1,2i).

La asistencia social coincide con la asistencia pública benéfica o de beneficencia en los términos del D. L 16-11-78, entrando de lleno en el seno de las materias de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma (art. / 10,12 del Estatuto del País Vasco).

A análogo resultado ha de llegarse respecto de la materia de sanidad e higiene que coinciden siempre con mecanismos públicos ajenos al sistema de Seguridad Social no confundiéndose nunca con las prestaciones médico-farmacéuticas de aquél.

Esta interpretación está además confirmada por las disposiciones que han operado transferencias en este terreno (así Reales Decretos 1949y2768/80).

-En el nivel medio aparece lo que ya se ha / /

expuesto suficientemente en el presente estudio, esto es, legislación sustantiva o fundamental como identificación del núcleo esencial de la normación en un determinado campo de la realidad, que queda en manos exclusivamente del Estado.

Toda la regulación consustancial legal o reglamentaria referida a los aspectos sustantivos o fundamentales del sistema como los expuestos a continuación será legislación básica de Seguridad Social: así, campo de aplicación, acción protectora, nivel de cobertura y régimen / económico.

Siguiendo al profesor García de Enterría puede observarse que esta opinión viene avalada por las siguientes consideraciones:

a.- Por los principios generales impuestos por el orden constitucional como límites a la descentralización autonómica, a saber: solidaridad, prohibición de privilegios, igualdad, libre circulación de bienes y personas, y prevalencia del interés general (arts. 138-139), puesto que la Seguridad Social no permite para con los derechos generales en favor de de los ciudadanos, discriminaciones.

b.- Por cuanto que la uniformidad del régimen /

protector viene necesariamente dado por la unidad del régimen económico que impone como derecho imperativo el Texto constitucional, no siendo posible en aquél regulaciones territoriales diversas, salvo que fuera posible instaurar la injusticia en la distribución de las rentas consagrando principios de desequilibrio que nunca podrían / ser salvadas por una vía secundaria a través de fondos especiales.

c.- Piénsese por lo demás que en el antecedente más próximo aunque lejano en el tiempo, representado por la Constitución de 1981, no se atribuye a las regiones / otra competencia en materia de previsión social que la meramente ejecutiva.

Por lo tanto sólo es posible que quede en manos de las Comunidades Autónomas las siguientes competencias:

1º Competencia normativa en materias de organización, gestión, procedimientos, et.

2º Competencia en materia de asistencia y prestaciones complementarias voluntarias, libres o privadas.

3º Queda como competencia exclusiva del Estado el régimen económico-financiero y el régimen económico-administrativo, por lo que en el seno del poder autonómico aparecerá la gestión patrimonial. Con la creación de la Tesorere

ría y la subsiguiente Caja única los convenios a que se / aluden en la disposición transitoria del Estatuto del País Vasco unicamente puede afectar a la mera gestión patrimonial con posibles vías de automejora por estímulos en la obtención de resultados óptimos.

CONCLUSIONES

I. Cuando el Estado dispone de competencias exclusivas sobre una materia, cual ocurre con la legislación esencial o fundamental de la Seguridad Social, las / normas que emana priman sobre las de las Comunidades Autónomas.

II. Cualquier contradicción en esto por extralimimitarse la Comunidad Autónoma en el uso de sus potestades devendría en la nulidad de la norma autonómica.

III. La legislación básica de Seguridad Social de competencia estatal aglutina la Ley y el Reglamento.

IV. A través de la Seguridad Social debe el Estado lograr una homogeneidad social básica fundamental.

V. La potestad organizativa de normación queda en el seno de las Comunidades Autónomas sin que pueda con ello quedar afectada la relación jurídica básica de Segu-

ridad Social ni las instrumentales de afiliación, cotización o protección.

VI. Sólo es posible que quede en el seno de la potestad normativa de la Comunidad Autónoma para la Seguridad Social, la asistencia social y la Sanidad e higiene en general.

VII. Las restantes competencias compartidas afectarán tan solo a las materias de organización, gestión y procedimiento.

VIII. Existe la posibilidad de que a través de entes públicos o privados se fije una superestructura de protección social que nunca podrá ser sustitutoria del actual sistema de Seguridad Social y que en su génesis y / formación deberá de ser voluntaria o libre.

IX. La mera gestión patrimonial puede quedar en manos de la autoridad del ente autonómico siempre y cuando no se incida con ello el régimen económico financiero o económico-administrativo que queda como competencia exclusiva del Estado.

X. Con la fijación del principio de Caja única tras la creación de la Tesorería General de la Seguridad Social cualquier convenio en el aspecto económico afectará en exclusiva al factor gestión del patrimonio.

XI. La administración autonómica no puede incrementar la hegemonía del aparato político sobre la Seguridad Social, debiendo crear a nivel de su administración / Central, órganos de vigilancia y tutela respecto de la administración de la Seguridad Social autonómica o estatal.

XII. La acción gestinaria de colaboración a / través de entes privados sólo es posible en el régimen público de Seguridad Social que santifica el art. 41 de la Constitución en el segundo nivel (equivalente al actual / ámbito cobertor) y en el tercer nivel (de prestaciones / complementarias obligatorias). Tal colaboración en la gestión no podría nunca dar lugar a mecanismos sustitutorios del actual sistema de protección.

XIII. Tanto en el aspecto estático como en el / aspecto dinámico de las relaciones jurídicas básicas e instrumentales de Seguridad Social ninguno de sus elementos puede ser objeto de variación en el ámbito autonómico / tras la asunción de competencias en el área de la ejecución de los servicios.

XIV. Las entidades públicas o privadas que en el ámbito autonómico asumieran la ejecución de los servicios vendrían constreñidas por las consecuencias del principio de Caja única bajo control del Tribunal de Cuentas del /

Reino.

XV. Los citados entes deberían asumir sus responsabilidades incluso manteniendo los efectos derivados del principio de automaticidad de prestaciones para ciertos riesgos y contingencias.

XVI. En caso de disolución, por cualquier causa, de las asociaciones o entes no públicos autorizados a colaborar en la gestión, la Administración Pública estatal o autonómica no se responsabilizará frente a ellas en mayor medida de lo que resulta como consecuencia del ordenamiento jurídico general.

XVII. En tanto que colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social no se podrá arbitrar una compensación económica por los servicios que presten dentro de / los niveles antes aludidos que consistan en la entrega / de un porcentaje de las cuotas del Régimen General de la Seguridad Social, de sus sistemas especiales o de sus regímenes especiales.

XVIII. Tampoco podrá su intervención entrañar en forma alguna sustitución en la función gestora encomendada a las entidades gestoras de la Seguridad Social.

Legislar sobre la materia esencial de Seguridad Social solo puede ser llevado a cabo por las Cortes Generales y por el ejecutivo como titular de la potestad reglamentaria, con arreglo a la Constitución, tal y como lo han entendido los propios Estatutos de Autonomía, pues la asunción de competencias en ellos se extiende con amplitud a la ejecución, si bien a diferencia de lo que ocurre en el orden laboral en donde las Comunidades Autónomas tienen la imposibilidad de aprobar una ley o reglamento de contenido plenamente laboral, que se extiende a cualquier norma o precepto que incluso aparentemente no laboral se incorpore a este bloque normativo, en Seguridad Social pueden llevar a cabo tal operativa, en lo no / exencial o fundamental, pues ~~mm~~ mientras que el art. 149.1.7 reserva en exclusiva al Estado la legislación laboral por el contrario el punto 17 del art. 149.1 reserva sólo a / aquél la legislación básica en materia de Seguridad Social y su régimen económico.

Aparte de lo antes expuesto en cuanto al alcan del ~~del~~ concepto de básico o fundamental debe admitirse, / que el mismo está referido no sólo a la legislación o / normación de futuro sino también a la vigente de la que pueda inferirse tal ámbito de esencialidad lo que queda

sancionado por la doctrina del Tribunal Constitucional / en Sentencia de 28 de julio 1981 que señala que el ejercicio de la competencia estatal para el establecimiento de las bases o legislación básica a que en distintos párrafos del nº 1 del art. 149 se refiere la Constitución no requiere la producción o promulgación de una nueva ~~n~~/ normativa ni la estructuración de un nuevo modelo a través de leyes de bases o de leyes marco, pues lo esencial es predicable de estas y del ordenamiento jurídico vigente a la entrada en vigor de la Constitución y no derogado por ella. La noción de bases, añade, o de normas básicas ha de ~~ser~~ entendida en su sentido material y en consecuencia esos principios o criterios básicos, estén o no / formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente en cada momento, sin que / quepa pensar que con esto sólo lo básico correspondería al Estado, pues aparte de ello asumirá todas las competencias de las respectivas Comunidades Autónomas, debiendo, por lo demás, las comunidades contituidas por la vía valentizada del art. 143 el transcurso de las plazas previstas en el nº 2 del art. 148, esto es cinco años, salvo que se acuda al procedimiento del art. 150 para las / Cortes Generales y el Estado en favor de las Comunidades

Autónomas receptoras de tal iniciativa.

10.- Aplicación en el espacio de las normas propias de la Seguridad Social y su incidencia autonómica.

El art. 145.2 de la Constitución señala que: los Estatutos podrán prever los supuestos, requisitos y/ términos en que las Comunidades Autónomas podrán celebrar convenios entre sí para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas, así como el carácter y efectos de la correspondiente comunicación a las Cortes Generales. En los demás supuestos, los acuerdos de cooperación entre las Comunidades Autónomas necesitarán la autorización de las Cortes Generales.

Se expresa con ello el factor característico / de las normas autonómicas cuya eficacia se extiende tan sólo al territorio que configura su propia demarcación / como ha recogido Garau entendido en el sentido de que / transitivamente se aplica a supuesto localizadas en el / territorio de las Comunidades Autónomas. (Garau. Comunidades Autónomas y Derecho interregional. Santiago de Compostela. pag 156.).

En punto a la Seguridad esta afirmación tiene una transcendencia fundamental, para lo que respecta a / la protección social de modo que al margen de los principios de igualdad a que antes nos hemos referido como de obligado respeto para el desarrollo normativo de las Comunidades Autónomas, no será posible articular un régimen de Seguridad Social que preponderadamente se fundamenta/ en el criterio de la personalidad sin originar un que- / branto irreparable en el desenvolvimiento ordinario de / la protección social anquilosando su vertebración.

Es esencial al principio de potestad normativa autonómica el concepto de Territorio, al igual que es / consustancial a la actuación de los poderes públicos de cada Comunidad Autónoma. En tal sentido se pronuncian, / en todo caso, los respectivos Estatutos en forma similar a como lo hacen los Estatutos catalán y vasco en sus arts. 25.1 y 20.6 respectivamente al decir " las normas y disposiciones de la Generalidad tendrán eficacia territorial sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia. Todas las competencias mencionadas en los artículos anteriores y en los demás del presente Estatuto se entienden referidos al Territorio de / Cataluña"; de igual modo se señala "salvo disposición expresa

presa en contrario todas las competencias mencionadas en los artículos anteriores y otras del presente Estatuto / se entienden referidos al ámbito territorial del País / Vasco".

Cardona Torres entiende que esto no supone una excesiva carga conflictual y considera que para la Seguridad Social no se observa en general que puedan surgir demasiados conflictos por cuanto que la gestión y ejecución del régimen de la Seguridad Social deberá encuadrarse en el término de los territorios de cada Comunidad Autónoma.

No obstante debe de fijarse con precaución cual sea el criterio de aplicación de las normas en materia / de Seguridad Social pues ello permitirá entender que al margen de los principios generales rectores de la distribución de competencias no sería posible establecer ningún microcosmos de protección diferenciada por zonas, / pues al ser la Seguridad Social un derecho de todos los españoles, ello lo es en lo básico y en lo suplementario, de modo y manera que si se fijase un espacio de privilegio, a él, podría acceder no sólo el sujeto, que según criterios de personalidad perteneciera a una Comunidad determinada, sino cualquier otro, y viceversa, el ciudadano /

de una zona autonómica no podría reclamar ese plus de / más de protección por el hecho de pertenecer a una Autonomía al margen de la vigencia territorial de las normas de éstas, por lo que se hace en todo caso establecer por separado la regulación autonómica de la vecindad civil, regionalidad y condición política en sus aspectos interregionales, y por otro lado el régimen de aplicación en el espacio que impera en el ordenamiento jurídico de Seguridad Social, para finalmente extraer la conclusión / que ratifique o se separe de lo anteriormente sentado.

Comenzando por la exposición de lo recogido en los diversos Estatutos pueden señalarse lo siguiente:

De los Estatutos de autonomía que resultaron / aprobados en la etapa final de 1982, algunos no supusieron mayores innovaciones con respecto a otros anteriores, ya comentados. Así el Estatuto de la Rioja, aprobado por Ley Orgánica 3/1982 de 9 de junio (B.O.E. 146 de 19 de / junio), indica, en los términos ya habituales, en su art. 6, que, "A los efectos del presente Estatuto, gozan de / la condición de riojanos los españoles que según las leyes del Estado tengan residencia administrativa en cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma de La Rioja. Como riojanos gozan de los derechos políticos //

definidos en este Estatuto los ciudadanos españoles resi-
dentes en el extranjero que hayan tenido su última vecin-
dad administrativa en la Rioja y acrediten esta condición
en el correspondiente Consulado de España. Gozarán tam-
bién de estos derechos sus descendientes inscritos como
españoles, si así lo solicitan, en la forma que determi-
ne la legislación del Estado". Por su parte, el Estatuto
de Autonomía para la Región de Murcia, contenido en la /
Ley Orgánica 4/1982 de 9 de junio (publicado en el mismo
"Boletín Oficial" antes apuntado), señala paralelamente
en su art. 6 que "A los efectos del presente Estatuto go-
zan de la condición política de murcianos los españoles
que de acuerdo con las leyes del Estado tengan vecindad
administrativa en cualquiera de los municipios de la Re-
gión de Murcia. Los españoles residentes en el extranje-
ro gozarán de la misma condición si hubiesen tenido su /
última vecindad en la Región y acrediten esta condición
en el correspondiente Consulado de España. De igual con-
dición gozarán sus descendientes inscritos como españo-
les, si así lo solicitan, en la forma que determine la /
legislación del Estado.

Sólo son pues registrables ciertas pequeñas di-
ferencias terminológicas, que no suponen matizaciones de

fondo.

En el mismo sentido, cabe señalar la Ley Orgánica 9/1982 de 10 de agosto (B.O.E. 195 de 16 de agosto) por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, cuyo art. 3 señala que "A los efectos del presente Estatuto gozan de la condición política de ciudadanos de Castilla-La Mancha los que de acuerdo con las leyes generales de Estado tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de la Región. Gozarán / también de los derechos políticos definidos en este Estatuto los españoles residentes en el extranjero que hayan tenido la última vecindad administrativa en cualquiera / de los municipios de la Región y acrediten esta condición en el correspondiente Consulado de España. Igualmente gozarán de tales derechos sus descendientes, si así lo solicitan, siempre que figuren inscritos como españoles en la forma que determine la ley del Estado". E igualmente la Ley Orgánica 10/1982 de 10 de agosto (inserta en el / mencionado "Boletín" del 16), del Estatuto de Autonomía de Canarias, cuyo art. 4 dice: "A los efectos del presente Estatuto, gozan de la condición política de canarios los ciudadanos españoles que de acuerdo con las leyes gerales del Estado tengan vecindad administrativa en cual-

quiera de los municipios de Canarias. Como canarios gozan de los derechos políticos definidos en este Estatuto los ciudadanos españoles residentes en el extranjero que hayan tenido la última vecindad administrativa en Canarias y acrediten esta condición en el correspondiente Consulado de España. Gozarán también de estos derechos sus descendientes, inscritos como españoles, si así lo solicitan, en forma que determine la ley del Estado".

Otros Estatutos comportan sin embargo rasgos / más sobresalientes. Así, el de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 8/1982 de 10 de agosto (asimismo en "B.O.E. del 16 del mismo mes), que comienza indicando (Art.4): A los efectos del presente Estatuto, gozan de la condición política de aragoneses los ciudadanos españoles que de acuerdo con las leyes generales del Estado tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Aragón. Gozan también de derechos políticos contemplados en este Estatuto los españoles residentes en el extranjero que hayna tenido su última vecindad administrativa en Aragón y acrediten esta condición en el correspondiente Consulado de España. Los mismos derechos corresponderán a sus descendientes, si así lo solicitan, siempre que os tenten la nacionalidad española". Y después agrega, como

precepto llamativo, por cuanto recuerda (aunque sin el / carácter perturbador que en otros lugares hemos censura- do) el famoso art. 7- 2º del Estatuto de Cataluña de / 1979: "Las normas y disposiciones de la Comunidad Autóno- ma de Aragón tendrá eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada mate- ria, y de las situaciones que hayan de regirse por el es tatuto personal y otras reglas de extraterritorialidad. Las normas que integran el Derecho Civil de Aragón tenen drán eficacia personal, y serán de aplicación a todos los que ostenten la vecindad civil aragonesa independiente / del lugar de su residencia, y excepción hecha de aquel / llas disposiciones a las que legalmentese les atribuya eficacia territorial"(Art. 9, nº 1 y 2). Para terminar / concluyendo (Art. 42) que "En aquellas materias de compe tencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, el Derecho / propio de Aragón será aplicable en su territorio con pre ferencia a cualauier otro, en los términos previstos en este Estatuto. En defecto de Derecho propio será de apli- cación como supletorio el Derecho general del Estado". / También resulta de un cierto interés para nuestro estu- dio la "Disposición Adicional Quinta": Laaceptación del presente Estatuto no implica la renuncia del pueblo ara-

gonés a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su Historia, los que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establece la Disposición Adicional Primera de la Constitución".

Dentro de lo difícilmente enjuiciables que resultan los aludidos preceptos más políticos que jurídicos, y que ante todo denotan una clara vocación expansiva del propio Derecho, territorialista incluso, parece / haber en ello un cierto atisbo de una técnica ya arcaica, "cuasi-estatutaria": de un "estatuto territorial" junto a un "estatuto personal". No parece aventurado incluso / el poder detectar una cierta dicotomía "Derecho Público-Derecho Privado" (integrado este último por el tradicional Derecho foral o especial); de aplicación territorial el primero y sometido a la ley personal determinada por la vecindad civil el segundo (al modo de los Arts. 8 y 9 y 14-16 del Código Civil). Pero las imperfecciones técnicas y terminológicas resultan evidentes, aunque no arrastren los aludidos tan graves inconvenientes del Estatuto catalán de 1979. (Ferrer Sanchis. Aspectos A.interregional).

Lo expuesto con anterioridad nos sirve de necesario antecedente para poder comprender en parte lo rela

tivo al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana," aprobado por Ley Orgánica 5/1982 de 1 de julio ("B.O.E" 164 del día 10). No ofrece singularidades la disposición del Art. 4, que repite términos ya muy conocidos: "A los efectos del presente Estatuto, tienen la condición política de valencianos ~~todos~~ ~~los~~ ~~ciudadanos~~ españoles que / tengan o adquirieran vecindad administrativa en cualquier municipio de la Comunidad autónoma. Los ciudadanos españoles residentes en el extranjero que hayan tenido su última vecindad administrativa en la Comunidad Autónoma Valenciana y acrediten dicha condición en el correspondiente Consulado de España, tendrán derechos políticos definidos en el presente Estatuto; el mismo régimen se aplicará a sus descendientes inscritos como españoles, si / así lo solicitan, en la forma que determine la ley del / Estado".

Y después aparece (Art.8), con un claro eco de lo aparecido en los Estatutos de Cataluña y Aragón: "Las normas y disposiciones de la Comunidad Autónoma valencia na tendrán eficacia territorial, con las excepciones que puedan establecerse y en los casos en que sean de aplica ción el estatuto personal y otras normas de extraterrito rialidad".

¿Supondrá lo transcrito que pueda aparecer un "estatuto personal" peculiar valenciano, o, dicho con mayor precisión y técnica, una "ley personal determinada / por una vecindad civil" nueva?. Pues es bien notorio que el régimen precedente se esfumó históricamente al desaparecer el Derecho tradicional y foral valenciano tras los "Decretos de Nueva Planta" de Felipe V. No han faltado / quienes se han apresurado a saludarlo de este modo en / los medios de comunicación, afirmando que lo que se perdió con el primer Rey borbónico se recuperaba algo más de dos siglos y medio después. Lo cierto es que nada concluyente resulta de los términos del Estatuto. Desde luego, se alude repetidamente en su texto al "Derecho valenciano" (art. 23), que es aplicable en el territorio en / materia de competencia exclusiva con preferencia a cualquier otro, y del cual será de aplicación supletoria el Derecho estatal (Art. 27); y entre tales competencias exclusivas de la Generalidad Valenciana figura "la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano" (Art. 31-2º), con sus correspondientes peculiaridades procesales, llegando incluso en dicho ámbito a / los recursos de casación y revisión (Art. 40-1ºb). Pero no se indica nada más, por lo que en tal caso hubiera /

sido altamente deseable alguna disposición del tipo de / la aparecida en el Estatuto asturiano, que prevé la posible compilación de su Derecho propio (lo cual comporta / automáticamente la aparición de la correspondiente vecindad civil especial). Al no haber sido así, toda esta materia se presenta en términos inciertos y nebulosos, lo cual resulta perturbador para el entero sistema español de Derecho privado e interregional.

Y aunque propiamente no constituya una Comunidad Autónoma forzosamente hay que referirse ahora al caso de Navarra, que bajo el calificativo de "Comunidad Foral" resulta a todas luces parangonable a éstas. En efecto, el papel de "Estatuto de Autonomía" viene aquí a representarlo la llamada "Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra" (Nº 13/1982, de 10 de agosto, "B.O.E." 195 del día 16 y 204 del día / 26). Su art. 5 nos indica: "A los efectos de la presente Ley Orgánica ostentarán la condición política de nava- / rros los españoles que de acuerdo con las leyes genera- les del Estado tengan la vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Navarra. Los españoles residentes en el extranjero que hayan tenido en Navarra su / última vecindad administrativa tendrán idénticos derechos

políticos que los residentes en Navarra. Gozarán asimismo de estos derechos sus descendientes inscritos como españoles que lo soliciten en la forma que determine la legislación del Estado".

Y después se añade en el último párrafo del Artículo: "La adquisición, conservación, pérdida y recuperación de la condición civil foral de navarro, se regirá por lo / establecido en la Compilación de Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra". (Recordemos que en ésta --aprobada / por Ley 1/1973 de 1 de marzo-- también se prefiere esa denominación de "condición foral" a la habitual de "vecindad civil").

Por su parte, el Art. 40 se encarga de establecer que "El Derecho navarro, en las materias de competencia exclusiva de la Comunidad Foral, y en los términos previstos en apartados anteriores, será aplicable con preferencia a cualquier otro. En defecto de Derecho propio, será aplicable supletoriamente el Derecho del Estado. En materia de / Derecho Civil Foral se estará a lo dispuesto en el Art. 48 de la presente Ley Orgánica". La aludida competencia exclusiva se encuentra prefijada en los Arts. 44 y ss., y en lo que nos importa, en el aludido Art. 48: "Navarra tiene competencia exclusiva en materia de Derecho Civil Foral. La /

conservación, modificación y desarrollo de la vigente Compilación o Fuero Nuevo de Navarra se llevará a cabo en su caso mediante ley foral". Y en cuanto al Tribunal Superior de Justicia, su competencia se extenderá (Art. 61) en el / orden civil a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y revisión de Derecho Civil Foral de Navarra.

Se trata pues de una regulación que parece más / ajustada y apropiada en su terminología y tratamiento de / los aspectos jurídicoprivados interregionales o interterri- toriales que la de los Estatutos anteriormente considerados aragones y valenciano.

Por lo que respecta a los Estatutos de Autonomía últimamente aprobados por ambas Cámaras, la Ley Orgánica / 1/1983 de 25 de febrero, referente a Extremadura (B.O.E. / 49 del día 26) vuelve a incidir en términos ya habituales en su Art. 3, cuando atribuye la condición política de ex- tremeños a los ciudadanos españoles que tengan vecindad ad- ministrativa en cualquiera de los municipios de la región, y a los residentes en el extranjero que en ella hayan teni- do su última vecindad administrativa, y a sus descendientes si así lo solicitan, inscritos como españoles, en la forma que determine una ley del Estado. También se hace mención

al reconocimiento de las comunidades extremeñas asentadas fuera de España, en sus aspectos social y cultural, sin / que en ningún caso implique concesión de derechos políticos. Por otra parte (Art. 12) se encomienda a la Comunidad autónoma la defensa y protección de las peculiaridades de su derecho consuetudinario, con respecto a las variantes locales y comarcales; e incluso en el Art. 45-1 / se va bastante más lejos, pues se llega a hablar (en punto a competencia jurisdiccional civil) del "Derecho foral extremeño" (que puede llegar a ser considerado incluso en casación y revisión, como sucede en otros territorios con / Derecho propio histórico o foral). La posibilidad innovadora que aquí aparece abierta es pues extraordinaria, a / no ser, a lo sumo, que se esté implícitamente contemplando el supuesto de ciertas comarcas en las que tradicionalmente se ha venido aceptando la vigencia del histórico / "Fuero del Baylío".

Con todo, mucha más trascendencia reviste la Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero (B.O.E. 51 de 1 de marzo), por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares. Resulta muy importante el Art. 6, precepto articulado en dos párrafos:

"1. A los efectos del presente Estatuto, osten-

tan la condición política ciudadana de la Comunidad Autónoma los españoles que de acuerdo con las Leyes generales del Estado tengan vecindad administrativa en cualquiera / de los municipios de las Islas Baleares".

"2. Los extranjeros que teniendo vecindad en / cualquiera de los municipios de las Islas Baleares, adquieran la nacionalidad española, quedarán sujetos al Derecho civil especial de las Islas Baleares mientras mantengan esta vecindad y salvo en el caso de que manifiesten / su voluntad en sentido contrario".

Con lo dicho se observa. que, como en el caso de Cataluña, nuevamente se vuelve a involucrar la vecindad / administrativa en el régimen de la vecindad civil como / punto de conexión con el ordenamiento jurídico-privado especial, alterándose gravemente el régimen general del Art 15 del Código civil en los supuestos de naturalizaciones de extranjeros.

Igualmente se manifiesta la tendencia territo- rialista y expansiva del Derecho propia en el siguiente / Artículo, el 7: "Las normas y disposiciones de los Pode- res públicos de la Comunidad Autónoma de las Islas Balea- res y su Derecho civil especial tendrán eficacia territo- rial, sin perjuicio de las excepciones que puedan estable

cerse en cada materia y de las situaciones que se hayan / de regir por el Estatuto personal o por otras normas extra territoriales". Tendencia por otra parte de afirmación a ultranza de los propio que por ejemplo también preside el tenor del Art. 9: "Las instituciones de autogobierno.... inspiran también su función de poder público en el sentido de consolidar y desarrollar las comunes características de nacionalidad de los pueblos de Mallorca, Menorca, / Ibiza y Formentera, así como las peculiaridades de cada / una de ellas...".

Por lo demás, es de competencia exclusiva de la Comunidad la conservación, modificación y desarrollo de / los Derechos civiles especiales de la misma (Art. 10^{no} / 22), respetándose en la determinación de sus fuentes las normas que en ello se establezcan (Art. 47-2º); y extendiéndose en materia de competencia jurisdiccional civil / los correspondientes recursos de casación y revisión / (Art. 49).

En lo que respecta al Estatuto de Autonomía de Castilla y León (Ley Orgánica 4/1983 de febrero, completa da por la 5 de 1 de marzo (B.O.E. 52 del día 2) la primera novedad--terminológica-- que cabe apuntar es la contenida en el Art. 5 que fija el "ámbito personal": "A los /

efectos del presente Estatuto, tienen la condición políti
ca de castellano-leoneses todos los ciudadanos españoles
que de acuerdo con las leyes generales del Estado tengan
vecindad administrativa en cualquiera de los municipios /
integrados en el territorio de la Comunidad. Gozarán de /
los derechos políticos definidos en este Estatuto como /
castellano-leoneses los ciudadanos españoles residentes /
en el extranjero que hayan tenido la última vecindad admi
nistrativa en Castilla y León y acrediten esta condición
en el correspondiente consulado de España,...y sus descen-
dientes si así lo solicitaren en la forma que determine /
la Ley del Estado".

E igualmente en el caso del Estatuto de Autono-
mía de la Comunidad de Madrid (Ley Orgánica 3/1983 de 25
de febrero, BOE.51 de 1 de marzo 83), el art. 7-2º habla
de la condición política de ciudadano de la Comunidad, a-
tribuída a los españoles que de acuerdo con las leyes ge-
nerales del Estado tengan vecindad administrativa en cual-
quiera de sus municipios; y también (nº3) a los españoles
residentes en el Extranjero que hayan tenido su última ve
cindad administrativa en la Comunidad y acrediten esta /
condición en el Consulado, así como a sus descendientes /
inscritos como españoles en la forma que determine la //

legislación del Estado". Y finalmente, el Art. 34 también indica que el Derecho propio se aplicará con preferencia a cualquier otro en el territorio de Madrid, teniendo en su caso carácter supletorio el Derecho estatal.

Se acude según hemos visto a los criterios ~~de~~ de residencia o vecindad para la integración de los ciudadanos dentro del ámbito de aplicación de las normas estatutarias, lo que significa, de autorizarse el aludido microcosmos orgánico de protección diferenciada en las diferentes Comunidades Autónomas, que los beneficiarios de la Seguridad Social verían ampliados o disminuidos sus derechos se gún cual fuera en cada momento su residencia, que acudirían en el momento del hecho causante a adquirir la residencia en el globo o bolsa territorial autonómica que ~~of~~ ofreciera mayor cobertura, que a la vista de que los derechos se correlacionan con cotizaciones y que aquellos en la mayor parte de las ocasiones son de lenta y prolongada gestación (vejez, viudedad etc), se originaría la relación jurídica de protección, en ocasiones múltiples, en núcleos autonómicos diferentes a aquéllos en los que se fue ingre sando con periodicidad la cotización, de modo que dada la regular movilidad geográfica de la mano de obra, no sería posible imputar gastos a quien previamente no pudo calcu-

lar previsoramente las mismas en su mecánica actuarial, y por último no sería posible practicar previsión o planificación alguna por cada núcleo autonómico propio en la multicolor sinfonía que se refleja el mapa autonómico, pues sin planificación no hay previsión, sin esto no es posible articular la solidaridad, y ante ello la Seguridad Social se disuelve pues sin previsión y solidaridad no hay Seguridad Social.

Y ello en todo caso sin embargo conviene recoger sinteticamente cual es la regulación que en cuanto a la / Constitución de la relación jurídica de protección y de / cotización, se encuentra en el ordenamiento jurídico español:

Toda vez que los arts. 7 y ss de la Ley de la / Seguridad Social establecen dos tipos de criterios para / determinar el campo de aplicación de nuestro sistema que se proyectarán en el Régimen General así como en los regímenes especiales. Tales criterios obedecen a principios / personales y profesionales.

Si bien las normas de la Seguridad Social en / cuanto que afectan al orden público social se basan en el principio de la territorialidad nacional, según se desprende de los arts. 8.1 y 10.6 del Código Civil lo cierto que es que además el ordenamiento jurídico opta por una /

combinación de los principios de territorialidad y nacionalidad buscado en aras de una tendencia armonizadora legislativa internacional.

De ahí, que aunque se preconice una Seguridad Social como derecho de todos los ciudadanos, según reza el / art. 41 de la Constitución, en consonancia con la proclamación del art. 7 de la Ley de la Seguridad Social, comprendiendo a todos los españoles, lo cierto es que se protege a los españoles residentes y a los extranjeros que siendo igualmente residentes cumplan los requisitos que marca la ley.

Respecto de los españoles no residentes, la dicción del art. 7.3, al señalar, que quedarán comprendidos en el campo de aplicación de la Seguridad Social española / cuando así resulte de las disposiciones especiales, que supeditan su protección al contenido propio de las mismas. Debe distinguirse por tal motivo entre emigrantes, trabajadores trasladados por sus empresas fuera del territorio nacional con pervivencia de su vínculo laboral de origen y los españoles enrolados en buques o aeronaves de abanderamiento o matrícula extranjera.

En definitiva, por tanto, se observa que priva el factor de la personalidad y que incluso en sus reflejos

de alcance territorial, este, está demarcado por el atributo nacional del espacio español, que pone en conexión siempre elementos, que no pueden fugazmente ser adquiridos por un individuo, ya que la nacionalidad, preferentemente, se adquiere por ius sanguinis salvo excepciones de lenta gestación burocrática de reconocimiento especial y la configuración geográfica del Estado hacen posible una aplicación ordenada de la protección social pública basada en una calculada previsión planificada.

Por el contrario respecto del régimen autonómico, la residencia o la vecindad, se adquieren de modo rápido y por lo demás la exigencia de una ordenada articulación del régimen aplicable al trabajador por cuenta ajena en el seno de la mayor parte de las empresas que rebasaran en su actividad los límites locales, comarcales, regionales o autonómicos, impiden que pueda hacerse funcionar/ un régimen de protección pública social diferenciado./ / Piensese en la imposible respuesta que tendría cuestiones tan frecuentes como las planteadas por la emigración interior, los trabajadores trasladados fuera de aquélla "frontera social", el personal de actividad laboral itinerante, o las consecuencias derivadas del hecho de poder ejercitar acciones y derechos propios de la Seguridad Social en

cualquier punto del territorio nacional, ante unas jurisdicciones de competencia unificada.

Cualquier intento de disgregar el nivel de cobertura homogéneamente planificado para todas chocaría de base con las dificultades expuestas que justificarían por sí sólo, de no existir los principios rectores de la distribución de competencias, el predicamento de ilegal de aquélla tentativa por no tener encaje posible en la estructura de un sistema contemporáneo de Seguridad Social como el nuestro, en donde la "competencia clientelística" estaría asegurada.

11.- Seguridad Social y Comunidades Autónomas

El profesor Borrajo viene a reconducir todas /
las referencias constitucionales a la acción protectora /
de la Seguridad Social, que se contiene en el art. 20 de
la Ley de la Seguridad Social a los servicios de índole /
sanitaria y los servicios de prestaciones económicas.

A tal efecto conviene recordar que el citado /
art. 20 dice que:

1.- La acción protectora del Sistema de la Seguridad Social comprenderá:

a.- La asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de nefermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo.

b.-La recuperación profesional, cuya procedencia se aprecie en cualquiera de los casos que se mencionan en el apartado anterior.

c.- Prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad laboral transitoria, invalidez, jubilación, desempleo, muerte y supervivencia, así como las que se otorguen en las contingencias y situaciones especiales que reglamentariamente se determinen por Decreto, a propuesta de Ministro de Trabajo.

d.- Prestaciones económicas de protección a la familia, así como premios nacionales y provinciales de natalidad, que se concederán anualmente.

e.- Los Sevicios Sociales a que la presente Ley se refiere, así como los que en el futuro puedan establecerse de acuerdo con la misma, en materia de asistencia, medicina preventiva, higiene y seguridad en el trabajo, / reeducación y rehabilitación de inválidos, empleo o colocación y promoción social y en aquellas otras materias en

que se considere conveniente. En las cuestiones relacionadas con las materias de empleo o colocación y promoción / social se establecerán las conexiones oportunas con la Organización Sindical.

2.- Igualmente, y como complemento de las prestaciones comprendidas en el número anterior, podrán otorgarse los beneficios de la Asistencia Social.

3.- La acción protectora comprendida en los números anteriores establece y limita el ámbito de extensión posible del Régimen General y de los Especiales de la Seguridad Social.

Por otro lado la Constitución establece un primer mecanismo de protección consagrado en el art. 41 al / decir: Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones asociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.

Pero junto a esto aparecen otros sistemas de / protección social como el especificado para la protección de la salud del art. 43 que dice: 1. Se reconoce el derecho

a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de / medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de to dos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.

Igualmente otra fórmula para las pensiones como medio genérico de garantía de ciudadano frente a las situaciones de necesidad se expone en el art.50 al decir: Los / poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económi ca a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y / con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.

Y por último un sistema de Servicios Sociales / que en tanto que recogido por el apartado e) del nº 1 del art. 20, separado de la asistencia social que completará / la protección básica inicial, ha de considerarse integrante del sistema de Seguridad Social y ha de ser tenido en / cuenta en base al propio art. 50 en consonancia con el /

art. 49 que alude a los minusválidos y con el 40.2 respecto a la formación y la Seguridad e higiene en el trabajo.

Dicho autor entiende que ello se explica, muchas veces, por el afán de producir citas expresas de grupos muy concretos para que cada uno de los colectivos de la vida económica nacional se encuentre mencionado en la superley (Borrajo. Papeles economía española, nº12-13 pag. 188).

Con esto cabe articular la distribución de competencias que a la ley del art. 149 opera en cuanto a la Seguridad Social se refiere recogiendo por separado la Seguridad Social, la Sanidad e higiene, la Sanidad exterior y los productos farmacéuticos, lo que parece una importancia capital toda vez que ello lleva no solo a la fijación de la extensión de nuestro sistema de la Seguridad Social, cuya normación básica corresponde al Estado, sino que permite fijar la amplitud del régimen económico de la Seguridad Social misma, que variará según que se atribuya a aquel campo de aplicación, y a su acción protectora uno u otro contenido, que se transformará en su aspecto económico en mayor o en menor la potestad financiera del Estado en un área de capital importancia, ya estemos ante prestaciones que tengan su fundamento económico en una mecánica contri

butiva, ya estemos ante las que se apoyan en fórmulas asis-
tenciales, que ambas tienen cabida en nuestro sistema de /
Seguridad Social.

Fuera de aquel Sistema considerado como un todo
compacto queda la asistencia social que aparecía como com-
plemento de las prestaciones básicas y que se lograba a /
través de los beneficios que la misma otorgaba, de modo /
que tal bolsa aparece por imperio del art. 148.20, como re-
gionalizable en exclusividad al decirse que las Comunida-
des Autónomas podrán asumir competencias en materia de /
asistencia social, en el bien entendido sentido, de que si
bien es cierto, que tal competencia es de las regionaliza-
bles, pese al estar contenida en art. 148, no es de atri-
bución autonómica a las Comunidades Autónomas, salvo que /
asuman la misma en sus respectivos Estatutos.

En lo demás, ha de pensarse, como señala Sala /
Franco, que la protección de las situaciones de necesidad
aparentemente excindidas del bloque de la Seguridad Social
del art. 41 de la Constitución, en la medida en que tengan
una concreción individual se integrarán, como hoy lo ha-
cen en la Seguridad Social. (T. Sala. Jornadas Técnicas /
de Letrados de la Seguridad Social, pag. 57).

Para con respecto a la Asistencia Sanitaria /

cabría la disgregación con la creación de un Servicio Nacional de la Salud, lo que para algún autor ya va insito / en la propia naturaleza del Instituto Nacional de la Salud como Servicio público sanitario Nacional. (Serrano de Triana. La utilidad de la noción de Servicio Público y la crisis del Estado bienestar I.E.L.S.S. 1983). Y es que / efectivamente en cada momento habrá que examinar cual sea el ámbito y la extensión de la Seguridad Social para el / ordenamiento vigente y hoy aquella contingencia de la alteración de la salud queda integralmente incorporada a la Seguridad Social.

Por último, en cuanto al cuarto nivel complementario o libre, a que se refiere el inciso final del art. 41 de la Constitución, al decir, que la asistencia y prestaciones complementarias serán libres, debe entenderse que tal régimen complementario queda fuera de la Seguridad Social, no siéndole de aplicación el art. 149.1.17 de modo que / con arreglo al art. 149.3 según el cual las materias no / atribuidas expresamente al Estado podrán corresponder a / las Comunidades Autónomas, pudiendo así asumir competencias legislativas sin limitación alguna en el ámbito de / la protección social voluntaria complementaria.

Ahora bien en el caso de que algún Estatuto no

hubiera asumido directamente tal competencia, consideramos que posee idénticas facultades precisamente por el carácter libre de la asistencia y prestaciones complementarias, de modo que al Estado tan solo le correspondería en tal / caso la regulación de las condiciones básicas que garanti cen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales, al igual que las bases y coordinación de la planificación general de la ac tividad económica.

El carácter libre, en sentido de voluntario, expresamente atribuido por la Constitución a este régimen / complementario, hace, que no puedan someterse al mismo a un régimen de distribución de competencias basado en una or denación uniforme tendente a la separación de la esfera / estatal y autonómica por razones de uniformidad, que como señala Sala está reñida ontológicamente con voluntariedad por predicar en todo caso obligatoriedad. (obra citada, / pag. 67).

La autonomía a que nos venimos refiriendo para esta materia no tropezará con la reserva que se hace por el nº 6 del apartado 1 del art. 149 en favor del Estado / para la legislación mercantil como aglutinadora del Seguro privado, en tanto en cuanto no trasvase los límites de

tal normativa o se configure una relación jurídica de protección con terceros, que si bien deberá ajustarse a tales límites no operará de igual modo respecto a la relación / jurídica laboral que le sirve de base de modo que los pactos, cláusulas acuerdos o convenios de trabajadores y empresarios como mejora voluntaria a la protección Social / pública podrán ser objeto de delineación por la normativa autonómica, que no tendrá, por ello mismo, una naturaleza la boral sino propiamente social.

Con referencia a la Constitución, para la Seguridad Social es posible distinguir, entre la competencia del poder central, la ejecución de los servicios en manos de las Comunidades Autónomas, y lo relativo al régimen económico, con lo que el Estado deberá a través de ello articular la garantía de su política general de solidaridad evitando aquellas bolsas de privilegios económicos o sociales para lograr la igualdad efectiva de todos los españoles, de modo que en lo fundamental la Seguridad Social aparecerá a modo de un Derecho necesario absoluto como un todo de Derecho común, de modo que las posibilidades de desarrollo autonómico serán meramente adjetivos según ha destacado el Borrajo. (obra citada, pag. 192).

Para Sala cabe recoger una doble corriente //

doctrinal respecto de lo que deba entenderse por legislación básica. Un primer sector recoge la tesis que sostiene Alonso Olea y Palomeque, frente a la posición adoptada por Entrena Cuesta, De la Villa y Desdentado.

La primera postura equipara ley marco con la mecánica de estructuración de la legislación básica, señalándose que la legislación de la Comunidad Autónomas habrá de ser siempre delegada y no autónoma, debiendo existir previamente una ley marco estatal delegante, para que la Comunidad Autónoma pueda actuar, de modo que una ley / que no sea de ese tipo no pueda contener ni aunque sea orgánica, normas atributivas ni limitativas de las competencias normativas de las Comunidades Autónomas, y las que c/ contenga carecen de toda eficacia, (A.Olea, obra citada, / pag. 158).

De igual modo, se entiende, que básico incluso para los propios autores de la enmienda que originó este inciso en la norma constitucional, grupo socialista Catalán, es equivalente a ley marco susceptible de desarrollo y / complemento normativa por parte de las Comunidades Autónomas (Palomeque. Los derechos a la Seguridad Social en la / Constitución. Centro Estudios Constitucionales. pag.319).

La segunda posición entiende el concepto de //

legislación básica en su acepción material, equiparando lo básico a lo fundamental o sustancial, entendiendo que no hay propiamente una legislación delegada, sino verdaderas leyes, que sólo podrá enjuiciar el Tribunal Constitucional en el caso de que incurriendo en nulidad se contravenga o no se respeten los fundamentos del cuerpo sustantivo que, la ley estatal establece. (Entrena. Comentarios a la Constitución. Civitas, pag. 1618 y ss.).

En esto coinciden, quienes entienden, que en la medida en que la ley de bases, deje, separándose de su propia naturaleza, un margen de actuación a las leyes autonómicas, que permitiera a estas regular, con criterios distintos, facetas sustanciales de la relación jurídica de cotización, protección o integración, estaría asegurada la desintegración del bloque compacto que tiene que significar un moderno sistema de Seguridad Social (De la Villa. Desdentado. Delimitación de competencias, Centro Estudios Constitucionales, pag 434).

El Tribunal Constitucional (Sentencias de 28 de julio de 1981 y 28 de enero de 1982), por su parte, ha sentado ya la siguiente doctrina sobre el particular, sin tetizada por MUÑOZ MACHADO () en los tres siguientes puntos:

1º.- La noción de "bases o de legislación básica" / (Conceptos que identifica como sinónimos), no es un concepto formal sino material: "El ejercicio de la competencia estatal para el establecimiento de las bases o de la legislación básica.... no requiere, en modo alguno, la / promulgación de leyes de bases o de leyes marco... La noción de bases o de normas básicas ha de ser entendida como noción material y, en consecuencia, esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente" (sentencia de 28 de julio de 1981).

2º.- Al no tratarse de una noción formal sino material, a la integración de lo básico puede contribuir no / sólo las leyes sino también las normas reglamentarias."De esta noción material de bases se infiere que unas normas no son básicas por el mero hecho de estar contenidas en / una ley y ser en ella calificadas como tales, sino que lo esencial del concepto de bases es su contenido.. Dado el carácter fundamental y general de las normas básicas, el instrumento para establecerlas con posterioridad a la Constitución es la ley. Sin embargo, puede haber algunos su- / puestos en los que el Gobierno podrá hacer uso de su potestad reglamentaria para regular por Real Decreto y de /

modo complementario, alguno de los aspectos básicos de / una determinada "materia" (sentencia de 28 de enero de 19/ 1982).

3º.- En la definición de lo que sea básico, las Cortes, --y el Gobierno en su caso,-- estarán limitados por el siguiente criterio interpretativo del Tribunal Constitucional: "Lo que la Constitución persigue al conferir a los órganos generales del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de la ordenación de una materia determinada... es que tales bases tengan una regulación / uniforme y de vigencia en toda la Nación, con lo cual se asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo, a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan, dentro del marco de competencias que la Constitución y su Estatuto le hayan atribuido sobre aquella misma materia" (Sentencia de 28 de enero de 1982).

Las consecuencias concretas de esta tesis interpretativa del Tribunal Constitucional para Sala son las / siguientes:

1ª.- Como ha señalado GARCIA DE ENTERRIA, por "legislación básica" no hay que entender "simples principios /

abstractos de una normación de conjunto que corresponde / llevar a su término, mediante las correspondientes normas de desarrollo a las Comunidades Autónomas, sino un sector material perfectamente delimitado, que es el que toca a / los intereses generales nacionales, sector en el cual la normación del Estado, puede llegar a los últimos detalles de precisión".

2ª.- La legislación básica no tiene por qué estar integrada en una sola ley. Puede, por el contrario, haber / varias e, incluso, reglamentos, dentro del general respecto a las reservas constitucionales de la ley (art. 53 de la Constitución).

3ª.- Será posible ejercitar la potestad legislativa por parte de la Comunidad Autónoma aunque no exista una / específica ley básica del Estado donde se recojan los principios que las Comunidades Autónomas deban desarrollar

4ª.- La legislación estatal "no básica" continuará / vigente, pese a la atribución constitucional de competencia normativa a las Comunidades Autónomas en tanto estas no legislen. La cláusula derogatoria de la Constitución / sólo resulta aplicable en términos materiales y no formales, del mismo modo que las reservas de ley o de leyorgánica no operan automáticamente invalidando las normas //

anteriores a la Constitución que no las respetasen.

5ª.- Lo mismo cabe decir de la vigencia de la legislación estatal "no básica" una vez aprobado el correspondiente Estatuto de Autonomía, donde se asumen explícitamente las competencias normativas de las Comunidades Autónomas, en tanto éstas no legislen. La razón justificativa es obvia: Evitar los vacíos normativos.

Al no decirse por nadie, que sea, lo básico, fundamental o sustancial habrá de acudirse siempre a una labor hermenéutica partiendo de la base de que las relaciones jurídicas instrumentales de afiliación y protección, en sus desdoblamientos de sujeto objeto y contenido, para el aspecto estático, y en el nacimiento, duración y / extensión como aspecto dinámico, constituye un núcleo irrreductible que no puede verse recortado por la acción / autonómica, ni incrementar sus niveles unitarios, de modo que se provoque una discriminación, si bien es cierto / que como señala Sala no puede atribuirse al Estado una / patente de corso para legislar básicamente cuanto apetezca impidiendo la acción de las comunidades autonómas.

La cuestión, sin embargo, no es pacífica, por / cuanto que en principio la legislación básica es perfecta en sí misma, y no precisa para cumplir sus efectos y /

y ser aplicada inmediatamente , complementos aportados / por las Comunidades Autónomas. (obra citada, pag. 426).

Sin embargo entender que las normas que el Estado dictara en el ejercicio de sus competencias prevalecerán en todo caso sobre las de las Comunidades autónomas, cualquiera que sea la denominación de las competencias / que a estas atribuyen sus Estatutos, parece que choca con el principio de autonomía, entendiendo un sector doctrinal, que lo más adecuado sería que se tuviera en cuenta / en cada caso el juego de los principios de solidaridad, prohibición de privilegios, igualdad, libre circulación / de personal, y bienes, y prevalencia del interés general, / sin perjuicio de reservar determinados campos como los / antes recogidos en relación con la relación jurídica básica e instrumentales de Seguridad Social como necesitado tratamiento unificado y por tanto propios de la competencia estatal, en lo que coincide Martín Mateo (Revista de la Administración pública, nº 91, pag. 99), de modo / que en principio según han afirmado todos los comentaristas, el campo de actuación normativa de las Comunidades Autónomas ha de ser necesariamente estrecho y marginal.

Alonso Olea entiende que el Sestema público a que se refiere el art. 41 ha de ser único para todos no

siendo posible su disgregación, por lo que la acción protectora y el campo de afiliación subjetivo serían considerados como materia sustancial. (A.Olea, obra citada, / pag. 159).

BORRAJO, por su parte, señala, que este es un supuesto en el que jugarán con gran amplitud los principios en que se basa el Estado de las Autonomías (unidad, solidaridad e igualdad). Por ello, los márgenes de actuación de las Comunidades Autónomas, para legislar territorialmente serán muy reducidos y las posibilidades de desarrollo de las Comunidades Autónomas respecto de dichos / puntos concretos serán meramente adjetivos, procedimentales. Llega a afirmar, en este sentido, que "el supuesto contemplado en el art. 2.1 de la LOAPA encuentra una expresiva ejemplificación en este punto". (Borrajo, obra citada, pag. 192).

Finalmente, DE LA VILLA y DESDENTADO han mantenido reiteradamente que por "legislación básica" hay que entender toda regulación legal o reglamentaria referida a los aspectos sustantivos o fundamentales del sistema, / tales como el campo de aplicación (personas protegidas) y la acción protectora (contingencias protegidas y pres-

taciones). Y ello, por tres razones principales: 1ª- Los límites que para la descentralización autonómica derivan de los principios constitucionales generales de solidaridad, unidad e igualdad, puesto que la Seguridad Social / genera derechos públicos subjetivos de los ciudadanos, / que excluyen discriminaciones a nivel territorial. 2ª-La uniformidad de "régimen económico" exige uniformidad en los demás campos citados por coherencia constitucional. Así, dirán: "No puede sostenerse con seriedad que esa / uniformidad (de las aportaciones contributivas de todo / orden a la financiación del sistema) quiebre en el plano de la acción protectora a través de regulaciones territoriales diversas, las cuales, a la vista de la situación / desigual de las distintas nacionalidades y regiones, llevarían sin duda a una mayor injusticia en la redistribución de las rentas, función asignada a la Seguridad Social como primaria". 3ª- La debilidad de los argumentos contrarios, que no se apoyan ni en los antecedentes históricos (la Constitución de 1931 atribuía a las regiones únicamente la competencia ejecutiva en materia de Seguridad Social), ni en los debates parlamentarios ni en una interpretación teleológica del espíritu y finalidad del precepto constitucional. Por todo ello, entienden estos

autores que "por legislación no básica habría que considerar la relativa a aspectos no referidos ni al campo de aplicación, ni a la acción protectora (ni, por supuesto, / al régimen económico) y, por tanto, referidos sólo a aspectos instrumentales (organización, procedimiento, etc.) (De la Villa-Desdentado, obra citada, pag. 435).

Para Sala siendo todo esto cierto, aceptando el punto de partida señalado de que "la materia de Seguridad Social se acomodaría mejor a un régimen unificado" y considerando por tanto criticable el que la Constitución haya situado las materias no económicas de la Seguridad Social en el nivel 3 de distribución de competencias, el hecho real es que la Constitución atribuye competencia normativa en estos temas a las Comunidades Autónomas y no / hay duda de que las interpretaciones doctrinales anteriores anulan prácticamente la competencia normativa de éstas reconduciéndola a la esfera organizativa y procedimental de la gestión, siendo así que tal potestad normativa la hubieran tenido igual por la vía de la ejecución, como ha señalado el propio Tribunal Constitucional (cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de junio de 1982).

Por esta razón, entiende que cualquier recorte de la competencia normativa de las Comunidades Autónomas

en esta materia habrá de venir fundamentado por una de estas dos vías: 1ª) Por vía de la elaboración de una doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, conociendo de una serie de conflictos de competencia, análoga a / la ya establecida para recortar la competencia ejecutiva de las Comunidades Autónomas "cuando la ejecución de las normas estatales aparece como indisoluble de los intereses generales que las propias normas pretenden hacer valer" (Sentencias del Tribunal Constitucional de 28 de enero, 22 de febrero y 8 de julio de 1982). 2ª) Por vía de / una ley armonizadora de las previstas en el art. 150.3 de la Constitución, "cuando así lo exija el interés general". Cualquiera de estas dos vías posibles para la solución de esta cuestión será presumiblemente conflictiva.

Piénsese que el art. 139 señala: Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte de territorio del Estado. 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.

Siguiendo a Serrano de Triana cabe señalar que este principio general de carácter constitucional está ca
10-10-10

lificado como tal y colocado antecedentemente de la regulación concreta de la organización territorial del Estado; con más sencillas palabras, está advirtiéndole a la regulación autonómica la imposibilidad de tratamiento desigual en los derechos y obligaciones reconocidos e impuestos, así como la proscripción de privilegios sociales y la aceptación paradigmática del principio de solidaridad, que hemos recordado anteriormente para guiar nuestro desarrollo de una posible reforma organizativa de la Administración social.

Evidentemente, tampoco quiere decir el texto / constitucional que los servicios de Seguridad Social conforme el mínimo de eficiencia que cierta Comunidad autónoma pueda padecer, generalizando así una patología de funcionamiento, y evitando la mejor gestión de ciertas contingencias por organizaciones territoriales más diligentes que otras.

Lo que se está ordenando al Estado y a todos / los poderes públicos, por tanto también a los propios territorios autónomos (art. 41 y 43), es que en todos los / sectores regionales existan las mismas contingencias protegidas, la misma cuantía de prestaciones económicas reconocidas, los mismos derechos procesales y procedimentales,

y, desde luego, la misma posibilidad de exigencia de responsabilidad por la mala gestión; ésto realmente solo es factible en virtud de unas correlativas obligaciones impuestas con carácter general: la identidad de cotizaciones para los mismos supuestos fácticos o, en su caso, la/ identidad de impuestos (obviamente estatales) para todos los ciudadanos con independencia de su vecindad, la identidad de caja e intervención que otorgue la correspondiente cohesión financiera a un régimen igualitario, la unidad de organización del sistema de gestión, idéntico para todos los asegurados (sin organismos "especiales" en las/ distintas Comunidades Autónomas) y, por ende, la identidad de las mismas organizaciones gestoras y, en la medida en que se esté buscando un efecto redistributivo de las prestaciones económicas de la Seguridad Social que tiendan a compensar en el territorio nacional la "ciega injusticia de la naturaleza", una supresión generalizada del tope máximo de cotización a configurar como imposición sin techo y con tipos de gravámen directamente crecientes al nivel de renta regional donde se devenguen. Del mismo modo, la/ ayuda social (o, como dice nuestra Ley, la "asistencia social") y los servicios complementarios (p.ej. reeducación de inválidos, desarrollo de la investigación de estudios

sociales, higiene y seguridad en el trabajo, etc) y la decidida configuración de la protección sanitaria como fundamentalmente preventiva deben predicarse por igual de todos los asegurados.

Nada impide sin embargo que en aquellas contingencias cuyo control fáctico sea más viable por los poderes regionales, se establezcan las modalidades de gestión de "ejecución de los servicios" en un sentido estricto, / que resulten más idóneos para los propios poderes regionales. Así en materia de desempleo, las posibilidades de / control de los fraudes (percepción de prestaciones y trabajo simultáneo, connivencia de trabajador y empresario.. ..), pueden resultar más intensivas en la Administración regional que en la institucional, sobre todo cuando se le transfieran otros medios sustantivos (vigilancia de empresas, inspección de las relaciones laborales, investigación sobre los archivos de las propias Entidades Municipales.. ..) que vengan estrechamente relacionados con la relación jurídica de aseguramiento. (Serrano de Triana y Olié Pala Jornadas Técnicas sobre Seguridad Social, pag. 375).

Para De la Villa y Desdentado es posible, en // cuanto a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social

distinguir tres niveles de descentralización o por mejor puntualizar de transferencias. A saber, nivel mínimo, nivel medio y nivel máximo, señalando al efecto:

Nivel mínimo de descentralización.

1.- En este nivel mínimo de descentralización / (art. 148, 1) se incluyen que discutiblemente pueden relacionarse con la "legislación de seguridad social": la materia de "asistencia social" (art. 148, 1,20) y la materia de "materia e higiene" (art. 148, 1,21).

Diffícil decidir hasta que punto la esfera de la "asistencia social" entra en el modelo constitucional de seguridad social, pues se trata de un concepto de muy dudosa delimitación técnica, lo que se agrava por el hecho de que el propio art. 41 de la Constitución alude a "asistencia" sin otra puntualización susceptible de concretar / su alcance. De este modo, la esfera de la "asistencia social" puede entenderse integrada en el modelo de seguridad social --según el análisis precedente, supra, III, B) -- o puede hacerse coincidir exclusivamente con la "asistencia pública" en los términos del R.D.L. 36/1978. Esta ambigüedad no se ha desvelado en los Proyectos de Estatu-

to vasco y catalán, los que en sus arts. 10, 12 y 9,25, / respectivamente, se limitan a enumerar como competencia / exclusiva de las Comunidades esta materia.

Pensamos que una interpretación sistemática de la Constitución II lleva necesariamente a concluir que la "asistencia social" se identifica aquí con los mecanismos de asistencia pública y, en ningún caso, con un posible / mecanismoasistencial integrado en el sistema de seguridad social, por lo que las actuales medidas de "asistencia social" del sistema no podrán quedar comprendidas en la esfera de la materia a que se refiere el art. 148, 1,20,

2.- Conclusión paralela hay que obtener respecto de la materia "sanidad e higiene", aunque en un principio la indeterminación de conceptos, unido al fraccionamiento constitucional en lo relativo al derecho a la salud (art. 43,1), tolerarán dudas semejantes.

De todos modos, hay que tener en cuenta que las competencias de las Comunidades autónomas en esta materia cuentan con el techo que se desprende del art. 149. 1,16 lo que obliga a distinguir entre la esfera de "sanidad exterior" y una esfera de "sanidad interior", de "bases y / coordinación general de la sanidad (Interior)" y las restantes competencias, siendo sólo estas últimas las asumi-

bles por vía estatutaria quedando en todo caso fuera de /
ellas lo relacionado con la "legislación sobre productos
farmacéuticos".

Nivel medio de descentralización.

1.- En esta nivel de descentralización, el art.
149. 1,17. determina como competencia exclusiva del Esta-
do la "legislación básica y régimen económico de la segu-
ridad social", y como competencia concurrente a través de
la cláusula "sin perjuicio", "la ejecución de sus servi-
cios".

Como quiera que por "legislación" ha de enten-
derse Ley más reglamentos, "legislación básica de seguri-
dad social" deberá ser definida como toda regulación le-
gal o reglamentaria referida al "campo de aplicación", a
la "acción protectora" y, por supuesto, al "régimen econó-
mico, afirmación esta última nada problemática dada la ex-
plicitación que en torno a aquél establece el mismo texto
constitucional.

Esta opinión no viene avalada sólo en la inter-
pretación literal del precepto, sino que se apoya:

1) En los propios límites que para la descentraliza-

ción autonómica derivan de los principios generales analizados (art. 138, 139, etc), puesto que tanto en su configuración actual, como en la que derive del modelo constitucional del art. 41, la seguridad social genera derechos públicos subjetivos de los ciudadanos, que excluyen discriminaciones a nivel territorial.

2) Por la coherencia del propio texto constitucional, puesto que si exige uniformidad en el "régimen económico" (lo cual equivale a uniformidad de las aportaciones contribuidas de todo orden a la financiación del sistema) no puede sostenerse con seriedad que esa uniformidad quiebre en el plano de la acción protectora a través de regulaciones territoriales diversas, las cuales, a la vista de la situación desigual de las distintas nacionalidades y regiones, llevarían sin duda a una mayor injusticia en la redistribución de las rentas, función asignada a la seguridad social como primaria.

3) En la debilidad de los argumentos que se utilizan para mantener la interpretación contraria, ya que ni los antecedentes históricos la sustentan en absoluto (por el contrario, en el ámbito de la Constitución republicana de 1931, a las regiones no incumbía en materia de previsión social otra competencia que la ejecutiva).

Nivel máximo de descentralización.

1.- Las mismas consideraciones realizadas, respecto del cauce del art. 150.1 de la Constitución, en orden a la atribución de competencias normativas a las Comunidades en materia laboral, son aplicables, mutatis mutandis, al ámbito de la materia de seguridad social. Tampoco cabe utilizar la vía de este precepto para atribuir a las Comunidades facultades normativas en materia de legislación básica de seguridad social, por tratarse de materia directamente constitucional, que, además, sin perjuicio de la ubicación del precepto que configura el modelo (art. / 41), dentro de los "principios rectores de la política social y económica", se positiviza como un derecho subjetivo de carácter público. La operatividad del art. 150.1, / es pequeña en la atribución de competencias a las Comunidades en materia de seguridad social, puesto que se reduce al ámbito de la seguridad social no integrada en el futuro régimen público de la seguridad social, o al ámbito no básico del actual sistema (mejoras voluntarias por / ejemplo), y sólo para el supuesto de que dicha atribución no se haya obtenido por la vía estatutaria normal, respecto

to de las Comunidades de primer grado, o se trate de Comunidades de segundo grado que sólo podrían asumirlas por la vía del art. 150.1. (De la Villa. Obra citada, pag / 170 a 175).

12.- La incidencia autonómica en la gestión de la Seguridad Social.

Respecto de los Estatutos de las Comunidades Autónomas, en cuanto a la organización constitucional, se sigue, como ha señalado Villar Palasi, un cierto paralelismo al Estado, llegando a las siguientes conclusiones en el / tema de las potestades transferidas de la Administración Central a las Comunidades mediante Decreto, pues en ellas se trata de transferencias de facultades previstas en la Constitución:

Primero: no es factible una elevación de rango de / las potestades transferidas en materia organizativa. Si / un simple Real Decreto transfiere competencias a las Comu nidades Autónomas estas carecen de potestad para regular su propia organización mediante ley aprobada en Asamblea.

Segundo: cuando se trata de competencias propias / del Estado, con exclusividad de segundo rango, el Estado conserva el monopolio de la legislación básica, habiendo aclarado ya el Tribunal Constitucional en sentencia de / 16 de noviembre de 1981 que los términos de ley básica o legislación básica no se refieren pura y exclusivamente al rango de ley, sino también el grupo normativo coherente con la ley y en defecto de la misma ley a la regulación básica del Estado. (Villar Palasí. La distribución Constitucional de competencias en materia de Seguridad / Social. Documentación laboral, nº 5, pag. 23 y 24).

En todo caso ha de pensarse que el régimen organizativo se encuentra delimitado por los principios generales de unidad de mercado, igualdad de trato, igualdad de prestaciones, identidad de cargas, ect. que aparecen como límite o frontera a la libertad organizativa de las Comunidades Autónomas y como exigencia para el correcto funcionamiento del conjunto.

La transferencia de potestades entre el Estado y las Comunidades Autónomas implica un trasvase de potestad diferente a las técnicas tradicionales de traslación de competencias clásicas tales como la descentralización la delegación y la suplencia. No obstante si lo que se /

transfiere es un ente descentralizado no podrá operarse por la Comunidad Autónoma, de modo que se actúe sin tener en cuenta tras la transferencia del criterio de organización anterior fijado en base a técnicas de jerarquía distributiva de competencia entre órganos de una misma organización personificada, siempre y cuando lo básico o esencial quede, como en el caso de la Seguridad Social, como competencia exclusiva del Estado, pues la misma transferencia verificada se pone de relieve como señalaba aquel autor en el examen de tal Decreto, que atribuye fondos / bajo el principio de especialidad de tal suerte que no / cabe el traslado de funciones a un ente distinto o sometido a criterio jerárquico diverso.

La Administración de la Seguridad Social, no es el Estado, no es Hacienda Pública, según se cuida de recoger la Ley General Presupuestaria, y no va a serlo por el hecho de que lo no básico pase a depender de la Comunidad Autónoma, la cual ni tan siquiera podrá modificar ese status de ambas Administraciones Públicas, por lo / que en el ámbito autonómico será ilegal todo intento de confundir o fusionar a las gestoras de la Seguridad Social con la Hacienda Pública general, pues son básicamente diferentes, y lo básico no cae dentro de la acción /

organizativa de las Comunidades Autónomas en punto a la Seguridad Social.

Simplemente opera el trasvase del correspondiente fondo presupuestario, pues en lo esencial o bás--co el Estado conserva la titularidad dominical esencial. La titularidad, como sustancial a la institución gestio--naria, corresponde al Estado, y la gestión de intereses particulares corresponde a la Comunidad Autónoma en la / materia transferida de Seguridad Social. Con ello tendrá lugar como señaló Villar Palasí, la responsabilidad que en materia presupuestaria se limitaba antes a la Adminis--tración Central, a la transferencia del correspondiente fondo transferido, cuya rendición de cuentas ante el Tri--bunal de Cuentas corresponde de modo pormenorizado a la Comunidad Autónoma que recibió en orden a la Seguridad / Social la transferencia de la ejecución gestora de servi--cios.

En último caso, ha de entenderse, visto el / art. 150, a sensu contrario, que son materias intransfe--ribles, por naturaleza, todas aquellas, en lo tocante a la Seguridad Social, en las que se encuentre presente su interés general de ámbito nacional.

Aquel mismo autor entiende que el esquema orga

nizativo de la Seguridad Social, que permite distinguir entre entidades gestoras , entidades gestoras de regimenes especiales, organismos autónomos, servicios comunes y colaboradores en la gestión, no puede ser sustancialmente alterado, aunque se transfiera la gestión, en base a la propia naturaleza de las entidades gestoras, que no / puede ser modificada dentro de un estatuto de Autonomía o como efecto del mismo por alteración del esquema organizativo general, lo que puesto en consonancia con la calidad y cantidad de las competencias ejercidas le permite llegar a idéntica conclusión.

Realmente la Seguridad Social al abordar una / doble competencia en este orden de cosas normativas y ejecutivas evidencia una gran complejidad.

Trenzado Ruiz recoge, como, se han señalado como condicionamientos básicos de la gestión de un sistema de Seguridad Social las siguientes:

- 1) La Seguridad Social es un servicio con un círculo de beneficiarios muy extenso y disperso.

- 2) Los contactos de la administración de la Seguridad Social con los interesados tanto beneficiarios como cotizantes son bastante frecuentes.

- 3) La Seguridad Social es un servicio especialmente

vulnerable a diversos tipos de fraude: simulación de incapacidad, ocultación de situaciones profesionales, defectos de cotización etc.

4) Las relaciones entre las entidades gestoras de / Seguridad Social y las personas protegidas son difíciles y delicadas ya que éstas al tiempo de contactar con aquellas se encuentran por definición en situación de necesidad. (M.Trenzado Ruiz. Jornadas Técnicas de Seguridad Social. pag. 177, Mº de Trabajo.)

La aproximación de la Administración a los beneficiarios ha de ir acompañada con la aproximación de / éstas a aquella de forma eficaz, y aquella podrá lograrse por la vía de la desconcentración administrativa o por la vía de la descentralización.

El sistema español en punto a la gestión, y si guiendo a De la Villa, está caracterizado por una predominante publificación, descentralización, articulación pluralista, y con una limitada participación de los interesados en los órganos de gobierno con la subsistencia de / formas privadas de gestión. (De la Villa. Seguridad Social. Aranzadi. pag. 652).

Pues bien en la esfera de la colaboración en / la gestión y en el área de acción privada las Comunidades

Autónomas son hegemónicas a la hora de fijar su estructura organizativa que deberá ser respetuosa al máximo con las restantes pilastras gestoras.

En este punto conviene recoger la distribución y asunción de competencias que en orden a la gestión se han plasmade en los sucesivos Estatutos, en el entendido sentido de que es principio de general aceptación, el de la unidad de gestión, no perjudicando al mismo la descentralización funcional en una pluralidad de entidades gestoras.

Así aparecen las siguientes disposiciones:

Por Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, / se dictó el Estatuto para el País Vasco, que contiene / una referencia específica a la materia de gestión de la Seguridad Social en su art. 18 y en su Disposición transitoria quinta.

La Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, / contiene el Estatuto para Cataluña, que señala la competencia de la Generalidad en materia de gestión de la Seguridad Social en su art. 17.

La Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, / contiene el Estatuto para Andalucía, que señala la competencia en materia de gestión de la Seguridad Social en /

su art. 20.

La Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, / contiene el Estatuto del Principado de Asturias; una referencia a la materia de gestión de la Seguridad Social, en su art. 13.h.

La Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto para Cantabria, señala la competencia de la Diputación Regional en materia de gestión de la Seguridad Social en su art. 25.k.

La Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Rioja, señala la competencia / de la Comunidad Autónoma en materia de gestión de la Seguridad Social en su art. 11.g.

La Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia, señala la / competencia de la Comunidad Autónoma en materia de Seguridad Social en su art. 13.11.

La Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía para la Comunidad Valenciana, señala / la competencia de la Generalidad Valenciana en materia / de gestión de la Seguridad Social en su art. 38.

La Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, de E/ Estatuto de Autonomía de Aragón, señala la competencia /

de la Comunidad Autónoma en materia de gestión de la Seguridad Social en su art. 37.c.

La Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de / Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, señala la / competencia de la Junta de Comunidades en materia de ges tión de la Seguridad Social en su art. 35.i.

La Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de / Estatuto de Autonomía de Canarias, señala la competencia de la Comunidad Autónoma en materia de gestión de la Seguridad Social en su art. 34.b.3.

La Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de / reintegración y amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, señala la competencia de Navarra en materia de ges tión de la Seguridad Social en su art. 54.

La Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, de / Estatuto de Autonomía de Extremadura, señala la competen cia de la Comunidad Autónoma extremeña en materia de ges tión de la Seguridad Social en su art. 10.k.

La Ley Orgánica 2/1983 de 25 de febrero, de / Estatuto de Baleares, señala la competencia de la Comuni dad Autónoma de las Islas Baleares en materia de gestión de la Seguridad Social en su art. 12.5.

La Ley Orgánica 3/1982, de 25 de febrero, de /

Estatuto de Autonomía para Madrid, no contiene una referencia específica a la competencia en materia de gestión de la Seguridad Social a favor de la referida Comunidad Autónoma, aunque sí implícita en el art. 29.5.

La Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Castilla-León, señala la competencia de la Comunidad Autónoma de Castilla y León en / materia de gestión de la Seguridad Social en su art. / 29.12.

Como recogió Trenzado Ruiz cabe así dejar / constancia de dos fórmulas:

Con arreglo a la primera establecida para el País Vasco, Cataluña, Galicia, Andalucía, Valencia y Navarra, en materia de Seguridad Social corresponderá a la Comunidad Autónoma: a) el desarrollo legislativo y / la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la / misma; b) la gestión del régimen económico de la Seguridad Social.

De conformidad con lo expuesto, la Comunidad Autónoma podrá organizar y administrar todos los servicios relacionados con tales materias y ejercerá la tutela de primer grado sobre las instituciones que en materia

de Seguridad Social le hayan sido transferidas, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de las funciones y competencias atribuidas.

Para la segunda fórmula, establecida para Asturias, Cantabria, La Rioja, Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Canarias, Extremadura, Baleares, Castilla y León y Madrid, transcurridos cinco años y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 148.2 y 147.3 o a través de la vía del art. 150.1 y 2 la Seguridad Social seguirá siendo materia reservada como de titularidad exclusiva del Estado en su vertiente básica y complementaria para su aspecto legislativo y ejecutivo.

Se ha seguido por tanto el diseño constitucional prefijado con absoluta pulcritud, más no deja de llamar la atención a este respecto la disposición transitoria quinta del Estatuto del País Vasco, al establecer, que la Comisión mixta de Transferencias a que crea para la aplicación del mismo, estableciera los oportunos convenios, mediante los cuales la Comunidad Autónoma asumirá la gestión del régimen económico de la Seguridad Social dentro de su carácter unitario y del respeto al principio de solidaridad, según los procedimientos, plazas y compromisos que para una ordenada gestión se contengan

en tales convenios, lo que en una primera lectura podría creerse que supone una excepción al régimen del art. / 149.17 de la Constitución.

En cualquier caso, como ha señalado Alonso Olea, es necesario evitar a toda costa la disgregación de los / entes gestores, y es necesario proseguir por la senda de / su refundición y unificación. Y esto no solo porque de es ta forma se reducen costos, y deja de encarecerse la admi nistración, sino por que la dispersión y multiplicidad de órganos gestores pueden encubrir disparidades en las pres taciones que se anquilosan y se hacen inmunes a los inten tos de homogeinización, y que aún homogeinizados legalmen- te dejan de estarlo de hecho ante los criterios dispares de las varias gestoras sobre los requisitos para su conce- sión y el distinto nivel de exigencia en cuanto a la de- mostración de que en efecto concurren en el caso concreto. (A.Olea. Proyecto del Código de Lovaina. Mº de Trabajo. / Pag. 20-21).

Y es que, no puede olvidarse la concepción de / las autonomías como poderes limitados, ya que cada organi- zación territorial dotada de autonomía es parte de un to- do (Sentencia Tribunal Constitucional, 2 de febrero de / 1981) de donde se deduce que resulta inadmisibile la inter

pretación del concepto de autonomía como separación.

La ejecución de los servicios de la Seguridad Social viene atribuida en exclusiva a las Comunidades Autónomas por el artículo 149.1.17 de la Constitución. Ello quiere decir tanto que la ejecución de la legislación es tatal sobre el régimen económico de la Seguridad Social como la ejecución de la legislación básica estatal y de la legislación adicional autonómica en materia de Seguridad Social serán competencia de las Comunidades Autónomas, si así se establece en sus correspondientes Estatutos de Autonomía.

Como ha señalado GARCIA DE ENTERRIA, una administración propia de la Comunidad Autónoma está "exenta de la cadena jerárquica del Estado y gobernada directamente por los órganos políticos autonómicos", lo que / se concreta, en definitiva, en una potestad organizatoria propia sobre dicha gestión y en una política ejecutiva / propia, y todo ello para hacer eficaz la finalidad de / efectivo acercamiento de la Administración a los administrados y de un mayor control de éstos a través de los órganos políticos de representación autonómica.

Las Comunidades Autónomas podrán dictar normas organizatorias propias de su Administración ejecutiva.

Estas normas podrán ser tanto Reglamentos como leyes territoriales, ya que como ha señalado la Sentencia del / Tribunal Constitucional de 14 de junio de 1982, "los límites competenciales de la Comunidad Autónoma hacen referencia al contenido de las disposiciones, no a su forma."

GARCIA DE ENTERRIA señala los dos siguientes / criterios de solución en los casos dudosos:

1º- En primer lugar, toda regla que afecte a la posición jurídica de los usuarios o destinatarios del servicio, será norma en sentido material y, por tanto, de competencia estatal.

2º- En segundo lugar, atender a la lógica propia de este reparto competencial: "Al Estado corresponde establecer un régimen legal uniforme y común en todo el territorio, de modo que cuanto pueda afectar a esa unidad sustancial pertenece a la competencia estatal; en cambio, lo que el sistema constitucional ha querido asegurar / al nivel autonómico es la titularidad y la responsabilidad propias de la ejecución o aplicación entre su población de ese régimen materialmente uniforme".

Como quiera que la gestión de la Seguridad Social se ha venido realizando en nuestro sistema actual a través de Entidades Gestoras con personalidad jurídica /

propia en régimen de descentralización funcional, se plantea el problema de si cuando se transfieren los Servicios e instituciones de la Seguridad Social a una Comunidad Autónoma se transfiere tan solo la tutela que antes ejercía la Administración del Estado sobre aquellos o la plena libertad para organizar el servicio del modo y manera que / se estime más adecuado, bien en régimen jerarquizado, bien en régimen descentralizado, pudiéndose crear en este último caso, nuevos organismos autónomos en cada Comunidad, / desapareciendo así las Entidades Gestoras existentes actualmente. (T.Sala. Jornadas Técnicas Seguridad Social / Mº Trabajo, pag. 30).

Para DE LA VILLA y DESDENTADO, las transferencias suponen esto último, existiendo la doble posibilidad para las Comunidades Autónomas, bien de crear órganos en su Administración Autonómica que asuman respecto de las Entidades gestoras de la Seguridad Social las facultades de "dirección, vigilancia y tutela" que en el ámbito estatal correspondían al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, bien de crear órganos gestores propios de la Seguridad Social que desplazarían en su territorio a los estatales.

La cuestión dista mucho de estar clara en el /

texto constitucional. VILLAR PALASI, en sentido restrictivo interpreta "ejecución de sus servicios" como la posibilidad limitada de transferir unicamente los servicios actualmente existentes y no la competencia para organizar / estos servicios.

El mayor problema que la gestión autonómica del régimen económico de la Seguridad Social plantea es, como ha apuntado MUÑOZ MACHADO el de "concretar si esta competencia permite que la correspondiente recaudación y aplicación de los ingresos se lleve a cabo autónomamente y cada comunidad Autónoma pueda disponer libremente de los recursos correspondientes o habrá caja única". Ha sido BORRAJO el que ha escrito lo siguiente: " Sin malicia, pero con prudencia, hay que prever que se cumpla una vez más / la humana ley de que "quien recauda y gestiona, dispone / del impuesto como propio y ordena el gasto". La tentación de retener dentro del territorio los ingresos que son jurídicamente estatales encontrará una real justificación: El nivel de satisfacción de las necesidades sociales de / la población propia nunca será completo".

A juicio de Sala, si bien la "equivocidad" del art. 149.1.17 de la Constitución, denunciado por GARCIA / DE ENTERRIA en cuanto a los términos literales empleados

("la ejecución de sus servicios"), no parece que ofrezca suficiente base para restar competencias de gestión a las Comunidades Autónomas en materia de régimen económico, entiende sin embargo, que, con base en la doctrina ya consolidada del Tribunal Constitucional (sentencias de 28 de enero, 22 de febrero y 8 de julio de 1982) de retener competencias ejecutivas en el Estado pese a la atribución / "exclusiva" de las mismas a las Comunidades Autónomas / "cuando la ejecución de las normas estatales aparece como indisociable de los intereses generales que las propias / normas pretenden hacer valer, esto es, cuando la ejecución de determinadas materias afecte inevitablemente a todas / las Comunidades Autónomas o al conjunto nacional", podrían aquellas competencias ejecutivas entenderse retenibles / por la Administración Estatal. El art. 2.2 de la LOAPA / discurre en este sentido al señalar que "las bases que en cada caso establezcan la legislación estatal no podrán reservar al Gobierno poderes reglamentarios y de ejecución, salvo en aquellos aspectos que deban considerarse contenido básico de la regulación legal, por afectar a intereses generales de la Nación o exigir su tratamiento prescripciones uniformes". (T. Sala, obra citada, pag. 32).

Cuando menos, en todo caso, en uso de sus plenas

competencias normativas, el Estado podrá "precisar las ca racterísticas de dicho régimen económico y concretar las alternativas respecto de su organización en el sistema de las Autonomías".

Con carácter general, el art. 155 de la Constitución establece en favor del Estado un instrumento correc tivo de las Comunidades Autónomas que "no cumplieran las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuaren de forma que atente gravemente al interés general de España", pudiendo llegar al requerimiento, ins trucción, inspección, o incluso, a la sustitución de las / autoridades autonómicas.

Con base en este art. 155 de la Constitución es frecuente que los Estatutos de Autonomía reserven al Esta do las funciones de "alta inspección". El Tribunal Consti tucional, en sentencia de 22 de noviembre de 1982, ha ve nido a decir que "el sentido de esa competencia es que el titular de la competencia legislativa sobre una materia, el Estado en este caso, puede comprobar que, efectivamen te, sus productos normativos se aplican o ejecutan por / los entes que tienen las competencias correspondientes".

Naturalmente, existen otros procedimientos pre ventivos de carácter cooperativo que pretenden la misma

finalidad de "excluir la desigualdad y las diferencias / sustanciales en la ejecución descentralizada de la legislación estatal".

Para Sala pese a que los Estatutos de Autonomía hablen de la "exclusiva competencia" de las Comunidades / Autónomas para la ejecución de los Servicios de Seguridad Social, esto no impedirá en buena l^ogica la existencia como mínimo, de una Administración Estatal Central que tenga por finalidad la preparación de proyectos de legislación básica en materias no económicas de Seguridad Social o de legislación total en cuanto al "régimen económico". Esta Administración poseerá, además, una potestad reglamentaria para desarrollar y complementar la legislación / anterior, por lo demás la labor de alta inspección, control y vigilancia tiene también sus propias exigencias organizativas.

En cuanto a la Administración periférica, dado que sólo cumple funciones ejecutivas, la cuestión es muy distinta. En la medida en que las competencias ejecutivas sean transferidas a las Comunidades Autónomas, desaparece su razón de ser. Ahora bien, como ha indicado GARCIA DE / ENTERRIA con carácter general, todo dependerá de las competencias que conserve la Administración del Estado y de

su política organizatoria propia. No hay que olvidar que la Constitución prevé la continuación de una Administración del Estado en cada provincia (art, 141) y en cada / Comunidad autónoma (art. 154).

El profesor Serrano recogía a tal efecto como principios rectores de la Organización de la Administración Social desde una perspectiva solidaria los siguientes:

- Las bases del régimen jurídico de la Administración y sus funcionarios entre lo que hay que considerar a los propios de la Seguridad Social, que garanticen el trato común a los administrados y el procedimiento administrativo común que son competencias indeclinables del Estado, insusceptibles por su propia naturaleza de transmisión o delegación a las Comunidades Autónomas (arts. 149.18 y 150.2 de la Constitución).

- La eficacia, jerárquica, descentralización, desconcentración y coordinación de la actuación de la Administración social (art. 10.3) son formas de acción impuestas a la Administración pública de los que no puede desentenderse y que puede darse ya por cumplido con la actual estructura orgánica, de modo que al no poder operar el mandato Constitucional sobre entes ya descentralizados sólo

cabe que tenga aquel un alcance real sobre los entes por descentralizar, pues aquel otro resulta absurdo en sentido estricto, y sólo cabe admitir que pueda operar en sentido de atenuar la tutela intensiva a que se ven sometidos los mismos por la Administración del Estado, a fin de, descargar competencias a los Estados matrices de quien de penden. (Serrano de Triana. Obra citada. pag, 11).

El Estado para con las Comunidades Autónomas no podrá descentralizar los entes de la Seguridad Social sino simplemente transferirlos y considerar en tal caso cumplido el mandato del art. 103 mencionado, si funcionaban ya en régimen de descentralización, de modo que la Comunidad Autónoma será considerada, manteniendo tal régimen, / fiel cumplidora de aquel precepto, pues la descentralización previa hoy existente en materia de Seguridad Social, esta necesitada tan sólo de una deseable desconcentración, pues ya opera en régimen descentralizado, según reiteraba el art. 2,1 del D.L de gestión de 16-XI-78, aunque no con suficiente claridad, cuando decía que los organismos a / que se refiere el presente Decreto Ley funcionara en régimen descentralizado en los diferentes ámbitos territoriales, pues en un principio parece que la norma quisiera preveer un futuro traspaso de competencias a unos entes

quizás autonómicos indefinidos, pero al no haber frente a estos tal régimen, y si solo el de la transferencia / hay que entender que la norma alude al régimen jurídico al que venían obedeciendo de descentralización de funciones, que a lo sumo admitiría una desconcentración, pues aquéllas carecen de atribuciones para declinar sus irrenunciables competencias, conferidas ex lege en favor de / las comunidades autónomas, que podrán simplemente practicar una política de coordinación respecto de los entes / descentralizados transferidos.

Por tanto, si bien, teóricamente, las Comunidades Autónomas poseen facultades para la creación de personas jurídicas institucionales, lo que nunca podrá verificarse es instaurarse un régimen descentralizador a distintos niveles de administraciones gestoras con conexión a través de la administración del Estado o de la administración autonómica, con intereses peculiares encontrados en un confusionismo que impida una gestora eficaz, pues / la administración de la Seguridad Social habrá de atender al asegurado con un régimen de eficacia que no permita disfunciones por razón de la vecindad, pues el beneficiario deberá poder acudir a cualquier centro territorial en solicitud de la cobertura de su situación de necesidad

con unos canales de reclamación, garantía y procedimiento semejantes en todo el territorio nacional, pues los entes institucionales de la Seguridad Social constituyen una administración paralela a la del Estado, no subordinada por tanto a la misma, que deberá mantener su especial estatus a la hora de ser transferida a la Administración Autonómica, ya que es básico en ella la separación como en aquélla entre la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

La Administración del Estado, ciertamente, no tiene jerarquía o vinculación directa frente a los entes institucionales de la Seguridad Social, y su papel queda reflejado en su acción de vigilancia y tutela, que opera desde el correspondiente Departamento ministerial, por lo que no podrá, tras la transferencia "ad hoc", sobrevenir una línea jerárquica con la administración regional, que resulta imposible por naturaleza, en tanto que la justificación del propio Organismo Autónomo es su propia autarquía, y ésta no puede desaparecer, sin desnaturalizarse su propia esencia, frente a las Comunidades Autónomas, que ni los crea ni tiene atribuida constitucionalmente la posibilidad de su absorción, debiendo entenderse que el mantenimiento de la naturaleza de los Organismos

mos Autónomos transferidos en materia de Seguridad Social, deriva del hecho consistente en que la propia organización de la gestión, es materia de regulación objetiva / por una ley básica, lo que no empece al dato de que los servicios puedan ser ejecutados, protagonizando la acción de aquellas entidades las mismas Comunidades Autónomas, y en tanto que ésto se ponga en funcionamiento nos encontraremos con que los entes institucionales de la Seguridad Social no se ordenan jerárquicamente a la Administración regional, aunque sus actos administrativos / pueden ordenarse a fuentes legislativas compartidas.

Otra cosa sucederá, en cuanto al régimen de protección complementario o libre, sobre cuya materia de / protección social podrán los entes autonómicos recabar / cualquier competencia de gestión pudiendo establecerse / sus propios organismos de gestión, vigilancia e inspección, siendo la solución del constituyente tolerante con la creación de bolsas de mayor protección en unas zonas que en otras, siempre que no se rebase el área de complementariedad a que se refiere el art. 41. de la Constitución en su inciso final al decir que la asistencia y prestaciones complementarias serán libres, partiendo por tanto de una admitida discriminación protectora no atentato

ria del principio de igualdad, a través de una organización autonómica propia en el área prestacional y asistencial de último grado. (Blas Oliet Pala. Obra citada, pag. 19).

13.- Ambito Autónomico de la participación de los interesados en la gestión de la Seguridad Social.

a.- La participación de los interesados en la gestión de la Seguridad Social.

A la vista del art. 129 de la Constitución Española que consagra la participación de los interesados y no de los trabajadores, beneficiarios o ciudadanos, en la Seguridad Social, el contexto de la participación en la gestión de la Administración de la Seguridad Social / debe analizarse en base a los intereses a proteger a través de tales fórmulas.

La pluralidad de intereses tutelados públicamente y la correspondiente pluralidad de los entes públicos exponenciales de tales intereses revelan la paulatina publicación de la vida social y la privatización

de la actividad pública.

Los intereses públicos son finalidades concretas que deben realizar los órganos y entes públicos existiendo en un ordenamiento jurídico pluralista tantos intereses públicos como comunidades existentes en el ámbito del mismo. Lo que importa es determinar cuales sean / esas Comunidades cuyos intereses sean protegibles y fijar cual sea la forma de organizar y estructurar la heterogeneidad de aquellos intereses públicos para hacerlos efectivos recomponiéndoles en acciones operativas.

En la práctica los supuestos de acción popular son relativamente escasos y menor aún su incidencia real, por las propias limitaciones derivadas de una construcción de aquellas basadas en la esfera individual del dominio, que ha llevado a la jurisprudencia a considerar / ejercitables las mismas por quien sea titular de un interés directo, individual, concreto y actuable como fue el caso de la Ley de Urbanismo Italiana de 1967.

Frente a ello, de hecho, el pluralismo social y la tensión dialéctica en que se manifiesta han dado lugar a nuevas formas jurídicas y en consecuencia a nuevas figuras doctrinales, a través de los conceptos del interés difuso o difundido y del interés colectivo.

El primero se estructura como un interés perte neciente a todos y a cada uno de los componentes de la / pluralidad indeterminada en que se incardinan.

Desde el punto de vista de la participación el interés difuso aparece precisamente como concreción o título jurídico bastante que explica determinados supuestos participativos, sirviendo como criterio organizador de los mismos, a través de una tutela que puede establecerse individual o colectivamente.

Sin embargo todo ordenamiento jurídico que extienda sus criterios de participación en una area como / la social, a todos los interesados no podrá luego reducir su ámbito de acción a determinados grupos de acción política o sindical preestablecidos en las reglas del / juego democrático, ya que por la vía del interés difuso los grupos o los individuos marginados de aquel juego / podrían tener acceso a ese nivel de participación social.

El problema fundamental consistirá en en determinar que sujetos pueden considerarse portadores de un interés difuso. El criterio básico está constituido por el fin del ente de que se trate, rigiendo el principio de / la especialidad como configurador de sus facultades jurídicas. Hoy en día sólo las agrupaciones fuertemente orga

nizadas de un gran potencial técnico podrán tener verdadero control de las entidades públicas y privadas de ges
tión en el área social.

La aspiración ideal de una participación priva
da en la dominación social coincide con la necesidad de configurar la ley como instrumento de plasmación garanti
zada de la autonomía de la sociedad, es en definitiva la garantía de la independencia de la sociedad frente al Es
tado.

El fenómeno del crecimiento de las actividades públicas no va acompañada de un incremento proporcional de la capacidad de dirección de los órganos colegiales / de participación democrática.

Por el contrario se diría que la proporción es inversa, aunque este es precisamente uno de los puntos / capitales de la conflictividad política de nuestro siglo en el que recientes ~~sea~~ acontecimientos ponen de manifiesto que puede pasarse de bombero a Gobernador Civil y no pre
cisamente a través de una vía que permita contrastar la capacidad del elegido.

De cualquier forma a pesar de los avances demo
cráticos conseguidos en determinados momentos históricos, la divergencia entre el volumen de la actividad adminis-

trativa y la capacidad de control de las asambleas representativas no ha dejado de aumentar como lo demuestra la misma modernidad de la problemática de la participación en la Administración Pública.

La democracia, como señaló Fonsthoff, se detiene en el umbral de la Administración, y esta ocupa el / puesto relativamente independiente y relativamente auto-legitimado que en su día ocupara el monarca, que ahora / en su caso actúa al dictado de aquella.

Se trata ahora y siempre de garantizar al individuo su esfera de poder personal frente a la injustificada invasión de la misma por el poder público, y de garantizar por lo demás un buen funcionamiento del servicio público.

Tal y como señaló en Italia el profesor Orlando solo cabe mostrarse partidaria del crecimiento y reforzamiento del Estado, en armonía con el desarrollo de las fuerzas individuales, constatando significativamente que el crecimiento de los fines y de la actividad del Estado, no lleva directamente al socialismo, entendido como tutela directa de las clases trabajadoras, puesto que es falso el dilema Estado gendarme o Estado socialista.

Ahora bien una proclamación como la del art. /

129 de la Constitución Española hace pensar que junto al interés personal y directo, junto al interés difuso y al interés colectivo de los grupos o individualidades representadas, caben los intereses asumidos por los propios / entes de la Administración por lo que la participación / deberá de arbitrarse en un doble orden. Por un lado lo / concerniente a lo que se refiere a dichos grupos, por / otro lado la relativa a lo que deberá arbitrarse para / que los entes de la Administración Central intervengan / en la Administración periférica y autonómica y viceversa. La variedad de formulaciones es como se sabe muy extensa pero lo que queda claro es que mientras que el grado de control real por parte del Estado (Parlamento, Gobierno o Administración Central) es variable, el que pudiera / ejercerse por los destinatarios en el área de la Seguridad Social es un principio nulo o muy escaso. Piénsese / por lo demás que un ejecutivo muy dado al control desde el mismo, es habitualmente reacio a cualquier vigilancia sobre si mismo, en especial si goza de una fuerte apoyatura parlamentaria.

En todo caso, por un lado, mas que exigir un abstencionismo o un límite a la actividad del sector público, se requiere en el área de la Seguridad Social un

intervencionismo administrativo, verificado por personas con capacidad y conocimientos técnicos suficientes, que no busquen la información para sus propios intereses, y por otro que las competencias atribuidas sean reales y / de efectividad inmediata no de mera vigilancia en la que la Administración no venga obligada sino a una mera dación de cuenta formal a los órganos de control, de modo que el ciudadano que tenga derecho a exigir prestaciones institucionalizadas públicamente no permanezca ajeno a / la forma de organización y gestión de los servicios sociales que las aseguran.

En todo caso no se puede pecar de optimista, y no reconocer que por un lado los instrumentos de comunicación en manos del Parlamento son en general escasos y por otro que la resistencia del aparato administrativo y del propio Gobierno a ceder su monopolio de la información en el área de la Seguridad Social, solo puede ser / variada a través de una actitud de los grupos sociales / conexiando con las instituciones de mayor capacidad de decisión.

Por el momento y hasta en tanto la participación no sea efectiva el juez seguirá colocado en su papel de corrector de las irregularidades del funcionamien

to de la Administración cumpliendo con ello la doble finalidad de contribuir a la eficacia de la misma y de salvaguardar el área de autodeterminación privada.

En nuestro ordenamiento jurídico deberá además desarrollar una tercera función ya que al quedar el art. 129 de la Constitución, que reconoce las diversas formas de participación de los interesados en la Seguridad Social, no como un derecho subjetivo individual o colectivo sino como una mecánica de la actuación administrativa en el área social, en principio podría pensarse que no / le es otorgable protección cualificada alguna al ciudadano no en este punto más el art. 9.2 hace que en su función juzgadora aquel deba de remover los obstáculos que hoy / existen o en el futuro pretendan fijarse para impedir la participación de todos los ciudadanos en la vida Social, pues si la voluntad arrinconadora de algunos al entroncar el referido precepto en el título VII de la Carta Suprema pudiera dar la ilusión de un olvido de un tema hoy transcendental, el mentado art. 9 eliminará toda duda.

Muy otra sería la situación si el constituyente hubiera sido más expresivo al estilo de lo que señala el art. 228 de la Constitución Portuguesa cuando indica que la Administración Pública se estructurará de modo que

se asegure la participación de los administrados en la ges ti ón efectiva de la misma, en sentido similar a lo que dis po nen los arts. 2 y 5 de las Constituciones Sueca y Griega respectivamente.

Hay, no obstante, una falta de relación precisa / entre las llamadas partes dogmáticas y partes orgánicas de las constituciones occidentales. La Administración sigue / considerándose en las mismas como un aparato subordinado / que actua con métodos jurídicos autoritarios.

Han sido las nuevas realidades sociales y la prá cti ca institucional las que han dado lugar a la recepción / de fenómenos de participación administrativa, en el marco de la normativa secundaria, poniendo de relieve la falta / de correspondencia entre la situación de Derecho Constitu- cional y la realidad administrativa.

Entre los ordenamientos que abordan el tema con carácter general podríamos citar aquí de manera especial / los Estatutos regionales itlalianos que incluyen con carác- ter general y específico el principio de participación de- mocrática, hasta el punto que se ha podido hablar de este proceso como de un nuevo periodo constituyente y de los es ta t u t o s como de la Carta Magna de la participación.

Falta en general en nuestro ordenamiento una in-

interpretación del concepto de participación por lo que éste viene instrumentalizado para encubrir y justificar las mil y una manifestaciones de la voluntad del poder, como en / otro tiempo se utilizaba y aún se sigue utilizando el de / interés general, como se utiliza el de Estado Social u / otros semejantes.

El concepto de participación corre el riesgo de transformarse así en una cláusula general permisiva de escaso contenido real y efectivo.

La participación así concebida queda de hecho estructurada como en nuestro ordenamiento sin facultades reales en los Consejos de ámbito central o provincial, y sin que se observe gracias a la participación una mejora en la muy deficiente acción de la administración en el área de / la invalidez, la incapacidad laboral transitoria o el control de las cotizaciones.

Si los métodos de participación y control son requeridos para que la Administración funcione con mayor corrección, aquel control debe de ser llevado a la práctica por los sujetos más capacitados, de lo contrario la Administración contará con unos órganos de participación simbólicos y fantasmagóricos pero no se habrá logrado un mejor funcionamiento.

La administración actual posiblemente no solo no va a cambiar la herencia recibida en cuya configuración / participó sino que dirigida por personas deshabituadas al control se siente hoy asfixiada por los pocos y mermados mecanismos de control vigentes.

Hoy se considera secundario si la Administración realiza sus funciones sometándose a la voluntad popular. La Administración ha adquirido una autonomía funcional exorbitante que no parece querer ser recortada por los grupos sociales, políticos, o sindicales. Su misión, así las cosas, no es tanto ejecutar la ley como desempeñar un determinado papel en el seno de la colectividad organizada, cual es la de garantizar y prestar determinados servicios públicos.

La Administración se autolegitima en cuanto que por la fuerza de las cosas se ha convertido en un elemento necesario a la sociedad actual sin el cual ésta no podría subsistir.

Hay un interés general en el cumplimiento de tales funciones lo que explica las facultades excepcionales de la Administración respecto de las que ésta no está dispuesta a ceder parcelas de control o vigilancia a los grupos sociales que lleven a una transparencia que hoy no existe.

b.- Ambito subjetivo de la participación.

La relación del art. 129 de la Constitución no ha puesto de acuerdo a la doctrina en torno a la delimitación de quien o quienes sean los sujetos individuales o / colectivos que gocen del derecho subjetivo correspondiente a la situación de poder concreto de conexión de aquellos con la función de poder administrativo desarrollada en el área social de un ordenamiento jurídico determinado como el nuestro.

Si bien es cierto que la ~~l~~mera interpretación / gramatical del precepto ha formado dos bloques doctrinales no es menos cierto que la mayor parte de ésta considere que al utilizarse el término interesados se ha ampliado de forma sustancial el delineamiento subjetivo de las personas individuales o colectivas que podrán formar parte de los órganos de control en sus diversas facetas que aparezcan en el seno de la Administración Social o que / tengan acceso a una mecánica de vigilancia indirecta dentro del procedimiento administrativo ordinario o especial.

En este sentido el profesor De la Villa entiende que la utilización por la norma constitucional del término "interesados" no supone ninguna novedad ni de suyo /

parece suficiente para basar en él propuestas de desindustrialización en la participación social. Por el contrario / el profesor Borrajo entiende que, merced al citado precepto, "se vuelve a estar bajo la ley de la inercia cuando / se considera que a través del art. 129.1 de la Constitución la participación exigida en la Seguridad Social para los interesados tiene que reducirse sin más y tan solo a los trabajadores y a los empresarios, y que a su vez esa participación tiene que articularse a través de sindicatos o asociaciones profesionales. Dicho autor añade "que la palabra interesados tiene que coincidir con el principio de universalidad y por lo tanto todos, absolutamente todos los ciudadanos son interesados y están llamados a / participar, y podrán participar ya sea de modo directo a través de artificios fijados al efecto, ya sea a través / de normas organizativas cualesquiera que estas sean".

En una tercera posición se manifiesta una muy / débil posición excesivamente próxima a los núcleos del decisionismo político de segundo orden, que entiende "que / la publicación plena de las estructuras gestoras de la Seguridad Social contemporánea hace innecesaria, e incluso absurda, la concepción de los representantes de la Administración como representantes del interés de ésta. //

El sentido de su participación es hoy mas bien el de colaboradores o asesores técnicos para garantía de la legalidad y eficacia de los acuerdos colectivos. Consecuentemente el número de sus miembros tiene una importancia muy relativa....."

Esta última posición que no parece tener en cuenta las razones, motivos y justificaciones antes expuestas que explican la participación en la Administración gene=~~r~~al. Olvida las argumentaciones teleológicas o finalistas y se muestra excesivamente complaciente con las fórmulas de tibieza participativa hoy vigentes, desconoce las razones de efectividad y eficacia que son buscadas como fín / último de la teoría de la participación como medio de llegar a resultados positivos que la administración hoy no / podría conseguir por sí sola.

Por el contrario las anteriores exposiciones / doctrinales parecen reavivar la hoy extendida dicotimia / reinante en el mundo del Derecho del Trabajo y traspasada al derecho de la Seguridad Social en base a las actuales tendencias deslaboralizadoras de uno y otro oponiendo situaciones de predominio del derecho privado frente a otras de avance continuado del derecho público.

Ciertamente la posición electiva parece hoy la

más ecuaníme, No existe, para este sector, pugna alguna a raíz de la Constitución en este punto, ya que la exigencia de una participación a través de organizaciones sindicales y asociaciones patronales no empece en nada a la / plasmación en un nivel o niveles diversos de una participación protagonizados por individuos o grupos detentadores de un interés difundido o colectivo, junto a un tercer nivel participativo de orden institucional en donde se conjuguen los intereses regionales o autonómicos respecto de los retenidos en manos de la Administración Central, cualquiera que sea la fórmula organizativa, que para encauzar estos órdenes participativos se adopte ya sea a nivel centralizado o periférico.

c.- Prospección constitucional.

Cuestión de fenomenal importancia enlazada con la anterior es la derivada de la ubicación del repetido / art. 129 en la Constitución en relación con el contenido de la situación de poder atribuida al sujeto respecto del objeto de la acción participativa para poder finalmente / llegar a apoyar alguna de las posiciones reseñadas.

No pocas han sido las críticas que en este orden

de cosas han sido dirigidas por los estudiosos sobre el / particular, llegándose a indicar que la Constitución española entraba en vigor y en el ámbito de la participación en la Seguridad Social lo hacía fuera de contexto y bajo el absurdo enclave sistemático del título VII (Economía y Hacienda) limitándose a remitir a la Ley para el establecimiento de "formas de participación de los interesados en la Seguridad Social" propiciando en su total ambigüedad / cualquier regulación futura, no contrariando, en modo alguno, la regulación precedente y perdiendo la oportunidad para fijar siquiera algún criterio interpretativo y orientador, al máximo nivel jurídico, que posibilitara una participación efectiva (De la Villa).

No obstante el indicador máximo al respecto debe de venir dado por el lugar a que quedan elevados los / valores superiores recogidos en la Constitución española por fuerza de los artículos primero, noveno y décimo al / señalar respectivamente:

"España se constituye en un Estado Social y democrático de derecho que propugna como valores superiores de / su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".

"Corresponde a los poderes públicos promover las /

condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

"La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

La declaración del artículo primero abriendo la Constitución marca el tono de la misma. La comparación / con otros textos es muy instructiva. Las expresiones utilizadas son vagas y más bien neutras y próximas en el / área social a psociones moderadas, frente a los arts. 1 y 2 de la Constitución Portuguesa o en oposición a la declaración inicial de la Constitución española de 1931 que recogió los ecos atenuados de la polémica socialista que se advierte en la correspondiente declaración del texto italiano. Y si bien en los textos franceses de 1947 y 1958 // se reconoce a Francia como una república democrática y social es el art. 20 de la Fundamental de Bonn quien ha resultado ser en esto modelo de nuestra Carta Suprema.

Al igual que alemán es el origen de la expresión

"Estado de Derecho", las constituciones alemanas han sido las que han recogido el concepto de Estado Social (Sozialstaat) que provenía de la doctrina social cristiana de finales de siglo (véase artículo 3 Constitución de Baviera; art. 43 de la Constitución Baden-Wurttemberg; art. 74 / Constitución Rumania-Palatinado).

El art. 1 que recoge como valores superiores la libertad y la igualdad debe en este punto ponerse en conexión con el art. 9 en tanto en cuanto que el valor superior del pluralismo político debe de ser proyectado de forma inmediata en la participación de todos los ciudadanos en la vida.... social de modo que su obstrucción sea removida por los poderes públicos que habrán positivamente de promover las condiciones precisas para que aquellos valores superiores alcancen su plenitud y efectividad fundando la paz social y el orden político en el reflejo de la justicia que implica la protección de la dignidad de la / persona humana, de sus derechos inviolables que le son inherentes y su libre desarrollo en el respeto a la ley y a los derechos de los demás.

Con esto parece claro que la Constitución no da el derecho individual y colectivo a la participación un / tratamiento secundario y desprotegido.

Es posible que en el ánimo de los más, relegando su regulación al título VII se pusiera de relieve su real voluntad de dejar para un futuro no próximo la efectividad de tal derecho, más lo cierto es que los poderes públicos y en este punto en especial el poder judicial deberá facilitar, removiendo en su caso los obstáculos que fuera preciso eliminar, la efectividad y plenitud de este valor que ha de latir en toda delineación del orden político-social sin trasladar la carga y el esfuerzo que resulte preciso a generaciones posteriores "ad calendas grecas".

Por lo demás es preciso tener en consideración la proyección alcanzada en este punto por vía de los tratados internacionales tanto respecto de los ratificados / como de los por ratificar. Los primeros por imperativo de la propia norma Constitucional, los segundos por lo que / significará el hecho de que vengan en su momento a formar parte del ordenamiento jurídico vigente.

Efectivamente el segundo apartado del art. 10 / de la norma suprema dispone "que las normas relativas a / los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratiu

ficadas por España".

En este punto conviene destacar, ya que el apartado 1º del art. 10 aparece como el fundamento ideológico del Estado social, que la declaración de la O.N.U. a la / que se remite se caracteriza por la idea de que la libertad es algo más que la ausencia de imposiciones, consistiendo en la "organización positiva de las condiciones sociales y económicas en base a las cuales los hombres pueden participar al máximo como miembros activos, en la vida de la Comunidad, según reza a este respecto el informe del Comité de la Unesco sobre los fundamentos teóricos de los derechos humanos convocado en Julio de 1947, quedando reconocido el derecho a la participación en los arts. 1 y 21 junto a la libertad de aquella declaración, enunciando el art. 22 los derechos sociales correspondientes.

Piénsese que la década de los años treinta en / este aspecto es de clara importancia al respecto, ratificando España los Convenios de la O.I.T. nº 24 y 25, sobre seguro de enfermedad en la industria y la agricultura en los que queda reflejada una modalidad indirecta de participación, aunque en ese punto resulten mas expresivos los Convenios 35 a 40 de 1933 el 102 de 1952 y los 121 de / 1964, 128 de 1967 y 130 de 1969 no ratificados a pesar de

contener una clara referencia del tema participativo...

En todo caso, tal y como señaló Stein "El edificio del seguro social necesita estar aireado. Ha de estar en constante contacto con el alma y las aspiraciones de los trabajadores a quienes se destinan las funciones / del seguro. La participación de los ~~asegurados~~ asegurados en la vida de las instituciones de seguro, en su penetración en la amplitud de su acción curativa y preventiva, es un factor muy poderoso de educación popular, moral, material, y cívica"

d

d.- Sujetos. Participación individual. Participación colectiva.

A.- El análisis del presente tema debe de llevar a determinar en primer lugar quien participa o debe / de participar en la administración social y secundariamente como se organizará tal participación.

Una primera aproximación pone de relieve las escasas posibilidades que tiene el individuo aislado de incidir en la decisión del poder público resultando su participación estrecha y limitada a excepción de las varias modalidades de audiencia otorgadas por el procedimiento //

administrativo en todo conflicto latente que aparezca al chocar la acción u omisión de la administración con los / intereses jurídicamente tutelables de la persona humana.

Sin embargo, merced a instituciones tales como el plebiscito o el referendum puede lograrse una exten- / sión del campo participativo a título individual aproximando éste a la acción directa del sujeto unipersonal.

Suiza e Italia han establecido esta mecánica / con relación a ciertas decisiones de la llamada área administrativa. En este sentido la mayoría de los Estatutos regionales italianos establecen el referendum consultivo o abrogativo sobre actos legislativos, reglamentarios o / administrativos de carácter general de las regiones, lo / cual no parece que pudiera seguirse en nuestro ordenamiento a través de la misma institución pues el referendum como tal cuenta en nuestra Constitución con una restrictiva utilización, lo que no empece a que através de otros organismos de consulta popular pudieran lograrse idénticos resultados. En estos casos la posición jurídica participativa del individuo no parece que pueda presentar dificultades de orden técnico, puesto que en cualquier caso se / contaría con una base subjetiva determinada o determinable, una vez identificados los sujetos titulares del interes

rés colectivo que se actúa a través del instrumento refren
dario, puesto en marcha a través del ejercicio del derecho
de petición que ostentan los individuos pero que debe de/
suponer la suma de voluntades por encima de una cierta ci
fra como regla general, si bien en ciertas ocasiones las
iniciativas procedimental se reservará a ciertos representen
tantes y organismos públicos.

Se trata del ejercicio de acciones de tipo comu
nitario en las que el individuo toma parte inórgánica jun
to con otros miembros de su misma colectividad aunque no
a través de un grupo socialmente organizado, si bien la /
fuerza lograda por este método puede ser de superior ca-
tegoría que la lograda por estos últimos ya que la adop-
ción de una resolución difícil o imposible y en los casos
de consulta decisoria o abrogatoria las consecuencias se-
rían de plasmación necesaria directa e inmediata.

En la práctica estas acciones son sin embargo /
fácilmente mediatizadas por la clase dirigente en base al
principio de congruencia que debe de seguir la respuesta
a toda cuestión sometida a debate, a iniciativa y siguien
do un procedimiento en última instancia arbitrado desde /
el poder, máxime más a la vista de que el logro de reba-
sar el tope de manifestaciones de voluntad inicialmente /

válido para abrir la vía refrendaria solo en teoría es la suma de una serie de actos libres, siendo de ordinario el resultado de un esfuerzo organizativo llevado a la práctica a través de los grupos de presión de mayor prepotencia financiera. En última instancia solo un partido político, un sindicato, una asociación patronal o un gremio de profesionales de un ramo dominante pueden llevar a cabo tal cometido, fijando en último grado el contenido concreto / de la cuestión que se somete a debate aunque sin dejar eliminada por completo la acción gubernamental en cuanto / al cuando, el cómo e incluso el qué de la propia votación.

Ciertamente la idea de consulta popular en cualquier forma encierra no pocas contradicciones / pues su consideración aislada y su uso indiscriminado puede llevar a situaciones de descomposición del abanico político con graves efectos desestabilizadores aunque bien es verdad que también puede constituir un remedio contra el oligopolismo elitista y burocratizado de la actividad política institucionalizada como señala Sánchez Morán.

Otro tipo genérico de participación en la administración social vendría constituido en el ámbito de los intereses colectivos, no meramente difusos por los supuestos de elección de representantes en el seno de las es- /

estructuras administrativas, mas este método no resulta aco
gible ya que la menor experiencia técnica es directamente
proporcional en estos colectivos de la Administración so-
cial, a las clases mas numerosas, y cuyo acceso a la refe-
rida Administración ofrece menores conocimientos y difi-
cultades, por lo que sería indispensable corregir los e-
fectos que la proporcionalidad meramente aritmética origi-
naría a la vista de las bases de la elección. En todo ca-
so la presente fórmula, con el debido respeto, parece al-
tamente idónea para la obtención en el seno de la propia
clase funcionarial de resultados idóneos considerando a /
tal colectivo como uno de los bloques de interesados a te
ner en cuenta en el seno de la participación social.

Es sabido que si la colectividad referenciada /
alcanza un cierto nivel de generalidad demográfica o terri-
torial, se impondrá la mediación de las organizaciones so
ciales o políticas como normal en coherencia con las ca-/
racterísticas del propio sistema socio-político lo que en
último grado limitará el grado de autonomía perceptible /
en la decisión individual.

Por lo demás podría pensarse que esta fórmula /
no sería la adecuada para la elección de los representan-
tes directos de los interesados en sentido genérico en el

servicio público de Seguridad Social dada la generalidad de este último, estaríamos en presencia de un interés difuso no especificado como interés colectivo.

En último caso ciertamente una participación exclusiva y pluridiferenciada en la que no se aplicasen los correctivos antedichos para con respecto a las colectividades directa o más directamente interesadas en cada tipo de actividad daría lugar sin duda al nacimiento de tendencias corporativistas que no obstante pueden ser tenidas / en cuenta, en la medida en que estas no resultan necesariamente condenables, una vez que determinadas las diferencias y relevancias de los grupos estratificados se proceda a su corrección.

B.- La participación colectiva y la denominada participación institucional vienen hoy a ser sin duda alguna los dos grandes modelos de instrumentalización de esta técnica de control de la Administración. Estos tipos / subjetivos de participación son sin duda en el área de la administración social, sociológicamente más importantes / que el individual por el simple dato derivado del tipo de organización social en el que nos movemos. En el aspecto institucional el hecho de que ésta, siempre integrativa, se realice a través de las fórmulas más libres, claras y

democráticas posibles tiene un interés fundamental.

Es indispensable tener en cuenta las caracterís ticas de la sociedad actual y las posibilidades de actua ción jurídica que dentro de ella se presentan, o de lo / contrario se pasará a la inoperatividad reduciendo al má- ximo las posibilidades de expresión convirtiendo la figu- ra en un concepto moral o utópico.

Tal y como señala Sanchez Morán la toma de posi- ción sobre este tipo de participación va unida muchas ve- ces a la técnica concreta de los bloques políticos en un momento histórico dado. Desde un punto de vista conserva- dor se tenderá a admitir un mayor grado de participación de las organizaciones sociales cuanto mayor sea el grado de integración socio-política de éstas dado el carácter / de racionalización efectiva del juego político que las or- ganizaciones aseguran. En casos de integración virtualmen- te completa la función real integrativa de la participa- ción que se consigue en virtud de la participación colec- tiva supone mayores ventajas que la función fundamental- mente ideológica de la mayor parte de los supuestos de / participación individual en acto, o sea, de la participa- ción individual en el procedimiento. Desde una posición / de alternativa política la estrategia de los grupos que /

la expresan, influyen también decisivamente sobre el tipo de participación. Cuanto más unitario y dirigido se plantea el acceso al poder más se insiste en la participación colectiva en detrimento incluso de los supuestos de participación individual más contrarios al sistema.

Las posibilidades de determinación de la representatividad relativa de un centro de referencia de intereses son muy variadas y se concretan sobre todo a través de la fórmula de la representación de intereses.

Es precisamente aquí donde se plantea el problema de la arbitrariedad o discrecionalidad del legislador y sobre todo de la administración a la hora de seleccionar los interlocutores, pudiendo observarse que en el momento de determinar el grado de representatividad relativa los criterios a utilizar son muy variados y no puramente intrínsecos a la relación real entre organización y base subjetiva comunitaria.

Basándose en criterios de funcionalidad se potencia la representatividad de las grandes organizaciones o de las de aquellas más afines o dependientes de las concepciones dominantes.

Basándose en criterios teológicos se potencia / la representatividad de las organizaciones portadoras de

valores coincidentes con los tenidos como superiores por el ordenamiento y en especial por la norma constitucional, pero lo cierto es que en la realidad diaria en la mayoría de las ocasiones se arguyen tales razones para lograr una cobertura legitimadora a intereses no siempre ajenos al / ejecutivo en el poder.

La institucionalización de la participación del sindicato en el ejercicio de las funciones públicas no es un hecho reciente. En nuestro país cabe destacar la intervención de las organizaciones socialistas ante el Instituto de Reformas Sociales a través del informe lleva como / antecedente más remoto de este dato social. En Inglaterra y Francia aparecen tipos de intervención anteriores. Piénse que la República de Weimar ofrecía ya un modelo avanzado de ello, llegándose hoy a una participación del Sindicato pluridimensional y generalizada ajena a sus propios orígenes que arrancando de las relaciones de trabajo se / fué paulatinamente extendiendo a otros campos.

Ahora bien pese a lo mantenido en múltiples ocasiones el sindicato no es necesariamente representante de sus afiliados y además de toda la categoría o comunidad / de referencia. La no afiliación masiva puede ser de hecho un factor sociológico acreditativo del rechazo generalizada

do a las tesis contrarias, a la vez que una dura crítica a las posturas sindicales más características de nuestros días.

En este sentido resulta significativa la resolución que sobre el particular pronunció el Tribunal de La Haya en cuanto a los sindicatos representados en la Organización Internacional del Trabajo fijándose con tal motivo como criterio prioritario aunque no exclusivo la atención al número de inscritos, coincidiendo con los criterios utilizados por el Code du Travail Francés como el número miembros, la independencia, las cuotas, la experiencia y la antigüedad del sindicato.

Como ha señalado la doctrina, el telón de fondo de todo este problema es el de la participación de los / grupos de presión en cuanto grupos de presión. Ello conlleva a un reparto de áreas de influencia a la burocratización de la vida política con la consiguiente desideologización de las masas.

Incluso los partidos intervienen en este juego a través de su participación en estructuras administrativas de carácter burocrático aunque ~~a~~ menos este tipo de organizaciones cuentan con el regulador específico de las elecciones, que en principio podría suponer un criterio /

de representatividad de más apariencia aunque no de mayor libertad a claridad.

Si la participación se institucionaliza en forma sectorial los participantes pueden ser representantes de grupos de presión mínimos aunque si se operó por vía / del corrector cualificante el resultado será indudablemente aceptable. Si por el contrario se potencia la participación de los grandes grupos como en el caso italiano o / **español** el riesgo que aparece es el del centralismo y el de la baja calificación técnica de los componentes.

Tal y como ha señalado la doctrina la participación administrativa para ser efectiva no puede instrumentarse sino a través de los grupos sociales respecto de / los cuales deberá de fijarse el criterio fundamental de / su representatividad extendiéndose la democracia representativa al área administrativa. No se trata de dirigir las miras hacia un imposible asambleismo político sino de que la información pública extendida a una pluralidad de sujetos aparezca en el círculo de la acción de la administración entremezclándose con la misma sin producir entorpecimiento alguno.

e.- La mecánica procedimental.

Siendo muy extensa la variedad de supuestos que pueden idearse en cuanto a la participación administrativa, máxime más por cuanto que se parte de conceptos distintos de participación, es preciso fijar cuales sean las modalidades jurídicas en que tal mecánica puede arbitrase.

No todo contacto de los administrados con la Administración encierra un supuesto de participación, ni es conveniente, si quieren obtenerse unos resultados prácticos aceptables, que se extiendan en exceso los supuestos participativos.

La doctrina ha distinguido entre participación procedimental y participación orgánica. La primera se caracteriza por la intervención de un sujeto portador de intereses difusos tomando parte de manera más o menos periódica en las tareas administrativas a través de las diversas fases de conformación de la voluntad interna y externa de la Administración. En la participación orgánica el sujeto se introduce establemente en la propia estructura administrativa sin confundirse con ella, a través de una estructura institucional prefijada.

El procedimiento administrativo ha gozado siempre de un carácter garantista en la consideración de que la Administración como burocracia cerrada dominante y autoritaria debe de quedar sometida al imperio de la ley que fija los requisitos y las salvaguardas que han de ser observadas durante el proceso de gestación y exteriorización de esa voluntad, pudiendo el particular afectado recabar la intervención judicial siempre que se vea lesionado en sus bienes y derechos, lo cual no encierra dificultades insalvables a la hora de conciliar tal tesis con las posiciones participativas que dentro de determinados límites pueden incluso alcanzar esa vía procedimental ordinaria.

La actuación administrativa que da lugar a un número ya no escaso de actos de gran envergadura, aparece escasamente regulada jurídicamente gozando cada autoridad de una gran libertad para elegir sus interlocutores, lo que ha llevado a propugnar la reforma del procedimiento administrativo en el sentido de la admisión de sujetos no simples portadores de intereses particulares y de organizaciones sociales.

Esto significaría de un lado, el establecimiento de un complemento al margen de la intervención de los

directamente interesados que conllevará a una mayor eficacia administrativa. Se trataría de conocer y sopesar por la administración el grado de aceptación o rechazo de una futura resolución administrativa, apareciendo los intervinientes en este sentido como colaboradores de la Administración.

De otro lado se modificaría la actual función / del procedimiento administrativo, que permitiría un control real de la Administración, debiéndose para ello rodear a los intervinientes, que dejarían su función de mera colaboración, pasando a sujetos fiscalizadores, de / unas garantías adecuadas a su posición en la marcha procedimental.

Cualquier interesado podrá presentar observaciones, alegaciones, opiniones etc...a los proyectos generales de actuación administrativa, debiendo de especificarse cual sea su posición jurídico-procedimental.

Ahora bien, el hecho de que la Constitución aluda a "los interesados" como sujetos de participación no / significa que haya de arbitrarse una vía de presencia en la administración. Por un lado el simple ciudadano a través de actos aislados, individualizables, sin continuidad de presencia podrá intervenir en el proceso de formación

de voluntad de la administración, y de ordinario lo hará en sus comienzos (instancia, consulta, petición etc...) por lo que que una incidencia tan generalizada no pasará de la simple colaboración que en tanto tal, no exigirá mayores garantías o defensas en aras a su mejor protección.

Pero por otro lado, ciertamente, determinados grupos de componente social burócrático técnico o de mayor responsabilidad deben de tener de forma ininterrumpida una presencia estable en el proceso en aras de evitar la discrecionalidad de la administración, ante los temas de mayor envergadura, de elegir o no interlocutores.

En este orden de cosas ya se han producido algunas innovaciones a través de la legislación regional / italiana sobre la participación ciudadana en el ejercicio de las funciones públicas y merced a la ley federal alemana de procedimiento, al igual que en Gran Bretaña gracias a la Town and Country Planning Act.

En nuestro derecho la introducción vendría dada por el espacio que deja abierto el art. 130 de la / Ley de Procedimiento Administrativo el cual deberá ser objeto de una mas extensa redacción, obviando la iniciativa de la Administración para dar entrada a organizaciones de carácter corporativo, y sustituyendo a estas por

los entes y asociaciones portadoras de intereses colectivos máxime mas a la vista de que nuestra Constitución / distingue frente a la concretizada participación de los trabajadores como sujetos individualizables por imperativo del art. 129 apt. 2, a los interesados como colectivo difuso en el que resulta integrable todo titular de intereses generales para con respecto a la participación en la Seguridad Social a la luz del apartado primero del / mismo artículo.

En cualquier caso y como regla general las Administraciones modernas han forzado la situación hasta / lograr una participación dependiente en la que la naturaleza de las decisiones es consumada con las fuerzas sociales que tienen presencia en tales organismos. De ahí que se haya hablado de participación negociación o de governement by contract.

Será preciso establecer una misma intervención procedimental para proyectos de ley, reglamentarios, y / actos pese a sus diferencias formales constituyen por / igual manifestaciones de la función de indirizzo político-administrativo.

f.- El procedimiento

Los sujetos portadores de intereses difusos en la fase de iniciación, tomando a aquellos como individualidad podrán dirigir peticiones, denuncias, invitaciones a proceder etc... respecto de las cuales la Administración hoy a todo lo más que viene obligada, es a acusar / recibo de su recepción (art. 70 Ley de Procedimiento Administrativo), siendo sus efectos escasos o nulos, por / lo que no cabe atribuir el calificativo de participada a esta fase procedimental. (Sánchez Morán).

Frente a ello cabría suponer otra fórmula como la ofrecida en algún sector del Derecho Comparado a través de la iniciativa popular. Con tales actos se generará la obligación de proceder por parte del órgano correspondiente, pronunciándose inicialmente sobre su admisibilidad a través de un cauce reglado, para posteriormente evacuarse informe por el órgano de participación previamente a la decisión, y continuando el procedimiento por sus trámites reglados.

Se trataría por ello de verdaderos actos de / iniciativa de naturaleza radicalmente distinta a las peticiones ya que en este desde sus orígenes los iniciado-

res tomarían la cualidad de parte.

En la fase instructoria se sitúan la mayor parte de los actos de participación procedimental lo que es natural por cuanto que en el seno del cauce ordinario en esta fase es posible introducir intereses distintos a / los que portan los iniciadores siendo a través del trámite de alegaciones como queda regulada esta participación.

La intervención de los titulares de intereses difusos puede producirse en cualquier momento del procedimiento pero deberá de introducirse necesariamente en / la fase instructoria para llevar a la práctica esta novedad del ordenamiento, un periodo similar al de la información pública que se desarrolle mediante la publicación del proyecto del acto y la subsiguiente apertura de un período durante el cual puedan presentarse observaciones, las cuales, no existiría dificultad en que sea tradujeran en realidad a través de encuestas en las que esté legitimado para intervenir cualquier ciudadano, con lo que se facilitaría la actuación de la administración mediante la adquisición de información suficiente así cemo de elementos técnicos, proporcionándose una previsión de la acogida de la futura decisión en el medio a que va a ir dirigida. Podría incluso pensarse, a semejanza del

modelo anglosajón (Ley de 1958), en una fórmula consustantiva propia en relación con las siguientes fases del proceso.

Igualmente merece la pena destacar que los colectivos con derecho a tomar parte en la participación / deberían no solo tener facultades para exponer alegaciones sino también para proponer y practicar prueba, conocer el estado del expediente en cualquier momento y sobre todo tener acceso al trámite de audiencia, en forma similar a la operada en los Estados Unidos por vía de la Federal Administración Procedure Act.

Finalmente se haría preciso la ordenación jurídica de la representación en el seno de las estructuras administrativas participadas. Para ello se precisaría un estatuto que recogiera las normas electorales y los requisitos del elector. No obstante minuciosa tendría que ser la norma en cuanto a la regulación de la figura del elegido definiendo su función como de decisión política a un determinado nivel en el aparato público dentro de / una independencia lógica respecto de las autoridades administrativas.

Se deberá igualmente fijar con claridad el régimen de responsabilidad que puede afectar al elegido //

por sus actos u omisiones, tema este frecuentemente omitido de las normativas generales, redundando ello en un pésimo servicio a la función que desarrollan.

Finalmente quedarán reguladas las causas por / las que se finalizará en el mandato representativo encomendado, a sabiendas de que no son conocidas por la doctrina casos de órganos decisorios con competencia general en la gestión del servicio, formados únicamente por los que trabajan en el mismo.

Nos aproximaremos más con estas fórmulas a la gestión directa de un servicio por los representantes de los interesados dado que los órganos de decisión se compondrían de forma mayoritaria o en exclusividad por tales representantes, tal y como ocurría, aunque con escasa credibilidad, por los tiempos en que perpetuaron, en el I.N.P. español y en el I.N.P.S. italiano, lo que pone de relieve una vez más la mirada miope de las fuerzas sociales de la llamada transición política tras 1975 por / no haber sabido rellenar y dar vida efectiva de credibilidad a aquellas estructuras perfectamente válidas sin / una presencia fantasmagórica.

g.- Derecho comparado

En los modelos nacionales de Seguridad Social la situación se resuelve de modo muy diverso.

En el sistema francés hasta la reforma de 1967 el autogobierno de las Cajas era en todos sus niveles / (departamental, regional) era considerablemente amplio / de conformidad con los criterios sentados a raíz de 1946.

Los representantes de los trabajadores elegidos mediante elección directa eran mayoritarios en los consejos de administración. En las Cajas de asignaciones familiares la representación de los trabajadores se reducía a la mitad de los vocales dando entrada a los trabajadores autónomos.

Son pues, únicamente, los trabajadores los sujetos a los que junto con los empleadores y personal representante de la propia administración junto a médicos, especialistas y asociaciones familiares, los sujetos a / los que se reconoce interés en la participación como portadores de un interés colectivo.

Esto no es objeto de modificación tras la reforma profunda de 1967 cuyo único objetivo consistía en poner término al control de la Seguridad Social por parte

de las Centrales Sindicales revolucionarias, sustituyendo la representación mayoritaria de los trabajadores por un sistema paritario de representación trabajadores cambiándose la elección directa por la designación sindical en unas Cajas no unitarias sino especializadas (enfermedad, vejez, asignaciones familiares) constituyéndose una Agencia Central de Organismos de la Seguridad Social y / Tesorería Común.

El sistema alemán, por el carácter reformista de la Sindical, no ha sido objeto de tensiones semejantes gracias al más fuerte intervencionismo del Estado. / Se confía la dirección de las Gestoras a los beneficiarios a través de dos órganos de representación escalonada: la asamblea general y el comité de dirección con esquema de composición paritario y elección directa de los representantes excepto en la Oficina Federal de Empleo / que posee composición tripartita y designación sindical de los sujetos participantes.

El sistema italiano concede escaso papel a la espontaneidad de las fuerzas sociales por vía de la descentralización de servicios. La presencia de los beneficiarios se basa en criterios funcionales y juega con una participación selectiva a nivel de órganos centrales con

diferenciación entre las áreas de decisión técnica y de decisión política. En la práctica el sistema funciona / con solidez pues la intervención de las sindicales mas / representativas ha determinado una actuación responsable lejana a toda hiperpolitización.

Según el D.P.R. 639/70 de 30 de abril, dictado en base a la Ley 153/69 del Consejo de Administración del I.N.P.S. toman parte 18 representantes de los trabajadores designados por las confederaciones de carácter nacional representadas en el C.N.E.L. . Es decir, a pesar de que se establece una división de los representantes sindicales por categorías o ramas de producción, la designación de los mismos no corresponde al Sindicato mayoritario en cada rama, cualquiera que sea, sino tan solo a / aquellos pertenecientes a la Confederación.

La corte Constitucional se ha pronunciado en / favor de la constitucionalidad de esta norma, considerando en sentencia de 6-2-75, que la opción del legislador / es razonable y responde a una apreciable exigencia de / carácter social y general, que es la de garantizar en el ámbito del contenido estructural que la ley establece para el consejo de administración del ente asegurador los intereses específicos de las fuerzas laborales, intere-

ses que corresponden no tanto a las distintas organizaciones de categoría como a la entera colectividad de los trabajadores.

La consecuencia de esta tendencia jurídica es el reforzamiento de las confederaciones unitarias que podría atentar contra la libertad sindical, contra los intereses de grupos de alta o mayor responsabilidad y contra las centrales de amplia implantación en una sola de las comunidades autónomas, pero de escasa presencia en / las restantes.

Por último es preciso en este punto destacar / la importancia que merece el tema al Código de Lovaina en su esfuerzo de ser tenido como un nuevo modelo europeo de Seguridad Social.

En dicha obra se proyecta una administración / de la Oficina Nacional de Seguridad Social con una presencia activa de los representantes de los interesados / en línea coincidente con la perspectiva del art. 129 de nuestra Constitución.

Así el art. 71 dice que el Comité de Gestión / llamado Consejo de Seguridad Social se compondrá de un / presidente y representantes de los grupos interesados / siendo nombrados tales miembros por el Gobierno a partir

de las listas dobles presentadas por las organizaciones re
presentates de los grupos interesados.

Dicho Consejo dispone de todos los poderes necesarios para la administración del organismo y su presidente no depende del poder jerárquico de ningún Ministro, pudiéndose someter, a través del propio Consejo, al Ministro competente, las propuestas de modificaciones de las Leyes o restantes normas reglamentarias en vigor, así como opiniones sobre toda proposición de ley, proyecto de ley o en
mienda, que afecte al cuerpo normativo que pertenezca al / mundo jurídico del Derecho de la Seguridad Social.

La participación técnica puede operarse a inicia
tiva del Consejo que posee facultades para solicitar en to
do momento el dictamen de personas, entes, u órganos cuali
ficados de conformidad con las normas de régimen interno / que regulan esta materia.

h.- Estado actual de la normativa vigente.

La cuestión de la participación social en el seno de la Administración de la Seguridad Social nace desde los mismos orígenes de ésta en España, como garantía del /
acierto de funcionamiento y como protección del asegurado.

Efectivamente en 1913 uno de los padres de los Seguros Sociales, Alvaro López Núñez explicaba muy didácticamente que la garantía social del Instituto Nacional de Previsión consistía en la intervención permanente que en las operaciones del mismo tenía la clase obrera y patronal por medio de sus respectivos vocales. En la misma línea González Posada consideraba que al aparato de la administración social se le añadía una superestructura externa como son los mismos interesados en el seguro, para que participen en la propia Seguridad Social. A ello le seguirían los Convenios 24 y 25 de la O.I.T. así como el 39, en los que se institucionaliza un cierto modelo de participación.

Severino Aznar añadía que sin duda serían los técnicos los que tendrían que intervenir, pero no como quieran sino como corresponda y mejor se adapte a las posibilidades y necesidades de los interesados y del país.

Con el nacimiento del mutualismo laboral la participación de los beneficiarios por el cauce sindical del sistema vigente en la década de los años 50, se acentuará de modo rotundo, hasta el punto de que en la víspera de la reforma del 63 la participación se llevaba a cabo a través de la presencia de representantes sindicales en los órganos de gobierno del Instituto Nacional de Previsión y del

Mutualismo Laboral.

La Ley de Bases reforzará la necesidad de la participación de los interesados en los órganos rectores que se consolidará a través de la Ley de 1966 cuyo art. 41 señala que la proporción de los representantes de los trabajadores no podrá ser inferior a tres de ellos por cada representante de los empresarios. El profesor Desdentado ha señalado la concurrencia de tres principios en dicho precepto: El principio de la composición tripartita, el principio de mayoría de los vocales electivos representantes de los/trabajadores y el principio de articulación de las representaciones a través de la organización sindical.

En el Instituto Nacional de Previsión y respecto de los órganos colegiados de gobierno se distinguían dos / esferas de participación, la central y la provincial, con amplias facultades de decisión.

- En la esfera central el Consejo de Administración quedaba integrado por dos Presidentes, dos vicepresidentes, uno empresario y otro trabajador, 12 vocales electivos en representación de los trabajadores del régimen general, 4 de empresarios del mismo régimen, 6 trabajadores del régimen especial agrario y dos empresarios de dicho régimen, dos de la Asamblea General del Mutualismo Laboral,

tres de los Regímenes del mar, estudiantes y empleados de hogar, uno del Consejo General de Colegios de Médicos.

- En la esfera provincial, tanto el Consejo Provincial como la Comisión Permanente tienen Composición similar a los órganos centrales aunque con representación diversa en número.

En el Mutualismo laboral la organización muestra claramente la hegemonía del aparato político de la Administración del Estado a través de sus órganos directivos.

A partir de 1977 la fantasmagórica presencia de la Organización Sindical en el seno de la Seguridad Social se desvanece procurándose desde la Administración el blo-queo de toda acción participativa real bloqueándose la ope-
ratividad de la representación obrera, en base a dos presu-
puestos esenciales: la reforma de los órganos de control /
asegurando en ellos la mayoría de los empresarios y de los
representantes de la Administración, y la reducción del ám-
bito de competencias decisorias de los mismos unido a la /
atribución de la categoría de Servicio Común, para eludir
asi todo control al que quedarán sujetos solo las Gestoras,
a la Tesorería que englobará todas las funciones de obten-
ción y distribución de recursos.

El D. de 11 de julio de 1977 fija el impedimento

legal suficiente, poco contestado por las fuerzas sociales, para impedir su presencia en la dirección del aparato de / gestión.

Dicho Decreto dictado al amparo de Decreto Ley / 3/77, resulta ilegal por desviación de poder ya que este / último solo autorizaba a revisar y no a suprimir que fué / lo que hizo el citado Decreto, las representaciones en los órganos colegiados de las gestoras. El cese de los trabaja- dores y empresarios que fueron vocales electivos en los / órganos consultivos y de gobierno de las entidades de ges- tión queda así consolidado.

En este orden de cosas y con una lamentable inge- nuidad los llamados Pactos de la Moncloa culminarían esta función neutralizadora dirigida desde el gobierno dando lu- gar a la aparición tras la aceptación de la propuesta del Gobierno de una fórmula altamente regresiva de modo que el principio de mayoría de los vocales representativos de los trabajadores se sustituye por el de igualdad numérica y / los antiguos órganos que poseían verdaderas facultades de decisión se convierte en meros órganos de control y vigi- lancia, quedando incumplido el plazo de 4 meses para fijar la plasmación normativa "del Pacto" en base a que el "dies a quo" no había sido reflejado.

La irrelevancia de las funciones del Consejo General se pone de relieve por su propia indeterminación. / Así a la elaboración de los criterios de actuación siendo una actividad reglada la de los Institutos aparece como intranscendente.

En cuanto a la aprobación de la memoria anual su inoperancia igualmente manifiesta al igual que la elaboración del anteproyecto de presupuesto por su propia esencia y por las reservas que quedan en manos del Gobierno en torno a la aprobación del verdadero proyecto.

Se trata, como ha señalado la doctrina, de competencias que no pueden calificarse propiamente como de vigilancia y control.

Las funciones de las Comisiones Ejecutivas no / pueden ser mas triviales: supervisar y controlar la aplicación de los acuerdos del Consejo General y proponer "cuantas medidas estime necesarias para el mejor cumplimiento / de los fines de los Institutos.

Frente a ello los Directores Generales muy expresivamente asumen la dirección, gestión e inspección de los Institutos con una estructura de poder que a la postre remite a la Administración del Estado a través del sistema / de libre nombramiento y revocación de aquellas.

Por lo demás piénsese que el art. 129 de la Constitución alude genéricamente a la participación en la Seguridad Social y que en esta deben de entenderse hoy integra das las Mutuas, Mutualidades y Mutuas Patronales, además / de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes u Organismos autónomos del Estado con funciones en el seno del sistema de la Seguridad Social, para lo que hasta la fecha no solo no se ha arbitrado ninguna fórmula participativa sino que no se atisba que quede en proyecto del ejecutivo abordar / dicha tarea.

Será función ineludible de las Comunidades Autó nomas iniciar urgentemente esta tarea, que deberán exten der su acción a las empresas, asociaciones, fundaciones / etc... que gracias al Decreto Ley de Gestión institucional de la Seguridad Social tienen acceso al nivel gestor nario de nuestro sistema de Seguridad Social.

Igualmente deberán de dictarse las normas que es tablezcan la presencia de las Comunidades Autónomas en el seno de la Administración estatal de Seguridad Social y vi ceversa, pues nadie dudará en atribuir a ambas la califica ción de interesados.

i.- Esquema del actual régimen de control

Deben albergar en su seno, la participación de los administrados para que la sociedad tuviera información suficiente y participasen los administrados en sus decisiones.

El Real Decreto 3064/1978 de 22 de diciembre, ~~/~~ anticipa algunos de los criterios sobre los que, con ~~post~~erioridad, va a regularse la materia participativa en / los tres Reales Decretos constitutivos de los Institutos Gestores de la Seguridad Social. Al establecer que el número de vocales de cada Consejo General está compuesto / por 39 miembros.

- 13 por las Organizaciones Sindicales.
- 13 por las Organizaciones Empresariales.
- 13 por la Administración Pública.

No pudiendo recaer, la designación de los representantes de los sindicatos y de la patronal en personas que, presten servicios en la Administración Pública ni en la Administración de la Seguridad Social.

Los Reales Decretos 1854/1979. 1855/1979. dictados en aplicación y desarrollo del Real decreto-ley mencionado anteriormente nos muestran una reordenación institi

tucional, ya que se procede a una notable simplificación de estructuras, reduciéndose a tres sus entidades gestoras especializadas respectivamente en el servicio de prestaciones de dinero (I.N.S.S.) en el de prestaciones sanitarias (I.N.S.A.L.U.D.) y en el de Servicios Sociales (I.N.S.E.R.S.O.) y otros tantos Servicios Comunes; Tesorería General; Instituto de Estudios de Sanidad y Seguridad Social y Servicio de Reaseguro de Accidentes de Trabajo.

En cuanto, al régimen organizativo y de participación se dispone la existencia en el I.N.S.S., I.N.S.A.L.U.D e I.N.S.E.R.S.O. de dos tipos de órganos directivos:

- a) Dirección (Dirección General y Secretaría General)
- b) Participación en el control y vigilancia de la gestión:

- En la esfera Central, Consejo General, Comisión Ejecutiva.

- En la esfera Provincial, Comisión Ejecutiva Provincial.

Los Consejos Generales, están integrados por los siguientes miembros: trece representantes de los Sindicatos más representativos, en proporción a su representatividad en el ámbito local.

Trece Representantes de la Administración Pública

ca.

La Presidencia en el I.N.S.S. e I.N.S.E.R.S.O corresponde al Subsecretario del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Y en el I.N.S.A.L.U.D., la presidencia corresponde también en cuanto representante de la Administración al Secretario de Estado para la Sanidad.

Sus funciones se centran en:

- la Elaboración de los criterios de actuación del respectivo Instituto.
- Anteproyecto de su Presupuesto.
- Aprobación de la Memoria Anual de actividades de la Entidad.

Funcionamiento:

Sesión Ordinaria: una vez al trimestre.

Sesión extraordinaria: cuando de propia iniciativa o petición del 20% de sus miembros los convoque su / presidente.

Las Comisiones Ejecutivas, estan integradas por los siguientes miembros: tres miembros: tres Representantes de la Administración Pública, uno de ellos es el Director del correspondiente Instituto, que será a su vez / Presidente.

Tres representantes de las organizaciones Empre

sariales, elegidos en la misma forma que se ha mencionado anteriormente.

Sus Funciones se centran en:

- El Control y Supervisión de la ejecución de / los acuerdos del Consejo General.
- Elaboración de Propuestas para el mejor cumplimiento de los fines del Instituto.

Se reunirán una vez al mes o cuando lo decida su Presidente o sea solicitado por un tercio de sus miembros.

Comisiones Ejecutivas Provinciales están previstas en el art. noveno de los mencionados Reales Decretos. Su composición, está integrada por Nueve Vocales representativos:

- Tres por la Administración Pública.
- Tres por las Organizaciones Sindicales.
- Tres por las Organizaciones Empresariales de mayor representatividad.

Funciones. Se resumen:

En la Supervisión y Control en el Ambito de la Provincia de la aplicación de los acuerdos del Consejo / General.

En la propuesta de Planes y Programas para la /

adecuada ejecución de aquellos en el mismo ámbito, que se ha indicado anteriormente.

En el Servicio Común de la "Tesorería General" la participación en el control y vigilancia de la gestión, se desarrollará en el nivel nacional por el Consejo General del I.N.S.S., según se establece en el art. 1º párrafo tercero de la Orden Ministerial de 31 de Enero de 1979 (B.O.E. 10-2-79). Esta Orden no establece los cauces de / participación en el nivel provincial; no obstante, parece que por analogía con el ámbito nacional, son las Comisiones Ejecutivas Provinciales del I.N.S.S. las que sean competentes.

Con posterioridad, se han producido otra serie de normas que han venido a desarrollar el régimen y funcionamiento de estos órganos de gestión. Así, tenemos la Orden de 17 de enero de 1980, que establece el Reglamento de Régimen y funcionamiento de los Consejos Generales y / Comisiones Ejecutivas, se dicta esta norma de conformidad con lo establecido en la disposición final 2ª del R.D. de 30 de Julio de 1979.

En el articulado de esta Orden se establece que los Consejos Generales de los tres Institutos son los Órganos superiores, a través de los cuales, se realiza la /

participación de los trabajadores, empresarios y Administración Pública, en el control y vigilancia de la gestión de los citados Institutos.

Esta Orden vuelve a reafirmar la participación en la Tesorería General de la Seguridad Social, a / través del Consejo General (art. 2º párrafo segundo).

La Orden de 16 de noviembre de 1981 establece / el reglamento del Régimen y funcionamiento de las Comisiones Ejecutivas Provinciales de los Consejos Generales. Es indudable, que responde a una necesidad para regular su / funcionamiento y de una manera especial una mayor participación de las Organizaciones Sindicales y Empresariales / en el Control de la gestión de la Seguridad Social.

Cabe decir, que: "Las Comisiones Ejecutivas provinciales" son los órganos superiores, a nivel provincial a través de los cuales se realiza la participación en el control y vigilancia de la gestión de la Seguridad Social, de los respectivos Institutos.

El Ministerio encargado de la Tutela del Órgano Gestor de la Seguridad Social tiene en sus manos esta competencia, como se puede demostrar a través de las Ordenes Ministeriales, que a continuación se indicarán que regulan el funcionamiento de las Entidades Gestoras:

Orden de 17 de enero de 1980 del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social por la que se aprueba el Reglamento de Régimen y Funcionamiento de los Consejos Generales de los tres Institutos.

Orden de 16 de noviembre de 1981, por la que / se aprueba el Reglamento de Régimen y Funcionamiento de las Comisiones Ejecutivas Provinciales.

Estas normas abordan en su texto dispositivo / el funcionamiento de los órganos participativos del modo siguiente:

Convocatoria, se efectuará por los medios más idóneos, para garantizar adecuadamente, con la debida antelación su recepción que sea de ocho días, como mínimo para las sesiones ordinarias y tres para las extraordinarias.

En la Comisión Ejecutiva y Comisiones Especiales, se efectuarán de la misma forma, garantizando en / principio su recepción con una antelación de 72 horas.

La convocatoria deberá indicar, el día, hora y lugar de la reunión así como el orden del día, e incluir en su caso, la documentación adecuada para el estudio / previo.

Las reuniones del Consejo General pueden ser:

Ordinarias: cada tres meses.

Extraordinarias: cuantas veces lo estime conveniente el Presidente o cuando lo solicite el 20% de sus miembros.

En las Comisiones Ejecutivas Provinciales, el tema es abordado del mismo modo, excepto que las sesiones ordinarias son mensuales.

El Orden del día del Consejo General se encuentra regulado en el art. 11 de la Orden anteriormente mencionada, "las cuestiones extraordinarias podrán ser incluidas en el orden del día cuando así lo acuerden el / 20% de los Consejeros. Mientras que en la Comisión Ejecutiva Provincial se exige un tercio de los vocales".

Constitución. Para que estén válidamente constituidas se requiere: En primera convocatoria $\frac{2}{3}$ de sus miembros. En segunda convocatoria: cualquiera que sea el número de consejeros que asistan.

Adopción de acuerdos. En el Consejo General: / se adoptarán con carácter general por mayoría simple de los miembros presentes, no obstante, para aprobar el anteproyecto de presupuesto, la Memoria Anual y las mociones que pudieran ser presentadas, se requerirá en todo / caso mayoría absoluta de los miembros presentes.

La relegación de la participación en la Seguridad Social de los interesados a una de las últimas partes de la Constitución pone, sin duda, de relieve, desgraciadamente, una voluntad patente y reacia a poner en marcha todo el mecanismo participativo tan esencial si / se desea una eficaz actuación de nuestro sistema en el / área gestonaria.

Todo resta por hacer en un área donde todo deja de estar realizado a no ser por la preponderancia política del aparato del poder directivo superpuesto a la estructura administrativa vigente.

La realidad inmediata de las Comunidades Autónomas debe de dar un impulso nuevo a este trascendental tema sino se desea que se continúe instrumentalizando políticamente según los intereses o dictados del momento, toda la planificación de futuro que en torno a la Seguridad Social debe de existir.

El término interesado que utiliza la carta magna para designar el ámbito subjetivo de esta relación jurídico pública, no debe de constreñirse según lo expuesto a la definición limitada de representantes de los trabajadores o empleadores.

La realidad social con arreglo a la cual debe de seguirse la tendencia evolutiva que la interpretación normativa dá al ordenamiento jurídico deja hoy tras si / un panorama en el que aquellos interlocutores han desarrollado un papel propio de sujetos despreocupados o inconscientes. El calificativo usado por algún sector doctrinal de simple ingenuidad nos parece excesivamente benigno. Quizás sea ingénuo pensar que los errores cometidos desde 1977 hasta la fecha de forma reiterada e incorregible, pese a las certeras críticas de los estudiosos del tema, se han debido a la simplicidad de la conducta de los protagonistas de tales desaciertos.

Los pactos de la Moncloa, el Acuerdo básico interconfederal entre U.G.T. y C.E.O.E. de 10 de julio de 1979, el acuerdo interconfederal entre CC.OO. y CEPYME, el Acuerdo Marco interconfederal entre U.G.T. y C.E.O.E. el Acuerdo Nacional de Empleo pone demasiado significativamente el incalificable descuido en el tratamiento de / este tema por parte de los interlocutores o quizá su manifiesta incompetencia.

Uno tras otro encierran en su seno el contenido de voluntades débiles que se manifiestan de forma increíblemente semejante en expresiones de un deseo más ro

mántico que realista, de adornar la Seguridad Social con un nuevo decorado listo para cuando puedan aquellos sujetos tener tiempo más sosegado para detenerse en normatizar estas cuestiones. Frases de modestas intenciones / como las de "lograr una clarificación de la infraestructura de la Seguridad Social destinada al control y vigilancia en la gestión confiriendo a los correspondientes órganos colectivos capacidad suficiente al efecto", son todo lo que en aquellas figuras negociales de tan dudosa calificación jurídica se contienen denotando a lo menos un enorme contagio de la voluntad del ejecutivo en / alguna medida trasladada a las Constituyentes que confiaron la regulación de la materia al Título VII no sin / cierto alborozo de algunos que olvidando una interpretación sistemática obviaban o no caían en el contenido del art. 9.2 de la norma suprema colocado liegeramente antes de aquel Título.

En cuanto al tema del concepto de interesado / quizá convenga examinar con más detenimiento el ensanchamiento producido en los elementos subjetivos de la relación jurídica básica de Seguridad Social.

Los sistemas de previsión social han asistido y están asistiendo a un paulatino ensanchamiento del /

campo subjetivo de aplicación de la Seguridad Social, / tal y como señaló el profesor Almansa Pastor en las II / Jornadas del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en Lima. En un principio quedaban subordinados los trabajadores por cuenta ajena pero no todos ellos ya / que simultáneamente se establecían criterios selectivos de aplicación eliminando a aquellos que rebasaran determinado nivel de ingresos, o a los que no alcanzaran ciertos mínimos por la excesiva carga y desequilibrio financiero que estos suponían para el ente asegurador.

La evolución de una previsión social montada sobre el criterio de la laboralidad limitada y después sobre el de la profesionalidad se abre paso a un sistema asistencial asentado sobre el principio de universalidad subjetiva, integrando en su seno a todos los ciudadanos de un país.

En los momentos actuales la relación colectiva de trabajo tiende a identificar su ámbito subjetivo con el de la profesionalidad.

Siguiendo a Almansa es posible señalar que / los fenómenos deslaboralizadores y expansivos son aún / más palpables en relación de la Seguridad Social hoy / abierta a unas fronteras profesionales.

Ahora bien, señala el mismo autor, si no se / desea la disolución del Derecho del Trabajo se hace pre / ciso revisar los límites subjetivos de las relaciones / laborales. Y esa revisión ha de hacerse tomando como / criterio delimitativo a la profesionalidad, la cual pue / de actuar endógenamente como vínculo de conexión del / sistema de relaciones laborales y exógenamente en cuan- / to criterio de atracción de ámbito a integrar y crite- / rio de expulsión de relaciones jurídicas que han de que / dar fuera del sistema.

Hacia el futuro la organicidad del sistema de relaciones jurídicas se dará en el momento en que los ámbitos, hoy diferentes, coincidan en la profesionalidad. Para ello / será imprescindible que la relación individual de trabajo culmine su evolución hacia la profesionalidad. Pero también será necesario que la relación colectiva se man / tenga en esos límites profesionales, de tal manera que las relaciones colectivas de sujetos no profesionales o con intereses colectivos distintos a los profesionales queden fuera, acaso referidos a un Derecho colectivo ge / nérico, del que una parcela es la colectiva laboral.

Por lo que respecta a la Seguridad Social, en un derecho social general, extenso a toda la población

de un país, cabe delimitar sus ámbitos profesionales como un Derecho de Seguridad Social laboral o profesional, / pues es posible conjugar en la misma persona las nociones restringidas de trabajador por cuenta ajena y amplia de / profesional.

Parece pues obvio que en el seno de este nuevo ámbito impuesto al futuro orden social el concepto estrecho de trabajador no ha de coincidir necesariamente con / el de interesado en participar en una mecánica de control del sistema de la Seguridad Social y dentro de éste, de / su área subjetiva gestora.

Ciertamente el mandato, constitucional recogido en el art. 129 de la Constitución va dirigido al Estado y a la región, predicándose de todas los servicios ordenados por la Administración Pública relacionadas con la gestión de los intereses generales de la Comunidad, o como mas específicamente precisa el inciso final del párrafo primero del art. 129, respecto de la gestión, que afecte directamente al bienestar general, confirmando la exposición recogida en el art. 9.2, al decir, que corresponde a los poderes públicos remover los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud de la libertad e igualdad real / y efectiva de los individuos, facilitando la participación

de todos los ciudadanos en la vida política, económica, / cultural y social del modo al que varía refiriéndose la doctrina administrativista más señalada (Rivero-Serrano / de Triana) lo que hace que no pueda resultar extraña esta solución dentro de los Estados democráticos, pues la autonomía de la Administración respecto del poder político y el divorcio de su actividad respecto de los fines del interés general ha hecho aconsejable una presencia directa de las administradas en el seno de la gestión de aquella.

Pasado el periodo previo de reparto institucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas debe irse a la configuración jurídica del cauce participativo, del alcance de la participación misma / y del ámbito subjetivo de la participación, admitiendo / pacíficamente que el primer sujeto con carácter de interesado a recoger en la nueva normativa será el Estado en el ámbito autonómico y viceversa las Comunidades Autónomas en el ámbito estatal, ampliando el espectro teórico / recogido en el art. 41 de la Ley de la Seguridad Social, que limitaba la participación a empresarios y trabajadores, lo que hoy debe ser objeto de generosa ampliación / de forma coherente con el sentir constitucional en el / sentido de proveer no ya a una participación profesional

sino a una participación global.

En tal sentido es de destacar la regulación / autonómica practicada por los diferentes Estatutos en esta materia:

El Estatuto Vasco. Ley Orgánica 3/79 de 18 de diciembre (B.O.E. 22-XII) en su art. 18.5 señala que los poderes públicos vascos ajustarán el ejercicio de las competencias que asumen en materia de Seguridad Social y Sanidad a criterios de participación democrática de todos / los interesados, así como de los Sindicatos de Trabajadores y Asociaciones empresariales en los términos que la / Ley establezca.

El Estatuto Catalán. Ley Orgánica 4/79 de 18 de diciembre (B.O.E. 22-XII) en su art. 17.5 dice que la generalidad de Cataluña ajustará el ejercicio de las competencias que asuma en materia de Sanidad y Seguridad Social a criterios de participación democrática de todos / los interesados, así como de los Sindicatos de trabajadores y Asociaciones empresariales en los términos que la / Ley establezca.

El Estatuto Gallego. Ley Orgánica 1/81 de 5 / de abril. B.O.E. 28- IV en su art. 33 silencia este extremo, si bien el art. 4.3 indica que los poderes públicos /

de Galicia facilitarán la participación en la vida Social.

El Estatuto Andaluz. Ley Orgánica 6/81 de 30 del XII. B.O.E 11-5-82 en su art. 20.5 señala que la Comunidad Autónoma de Andalucía ajustará el ejercicio de las competencias que asuma en materia de Sanidad y de Seguridad Social a criterios de participación democrática de todos los interesados así como de los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales en los términos que la ley establezca.

El Estatuto Asturiano. Ley Orgánica 7/81 de / 30 del XII. B.O.E. 11-1-82 recoge en su art.5 la obligación de la Diputación de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida social.

En igual sentido se manifiesta el Estatuto de la Rioja. Ley Orgánica 3/82 de 9 del VI. B.O.E. 19 del VI en su art. 7.2; el Estatuto Murciano Ley Orgánica 4/82 de 9 del VI en su art. 9.2; el Estatuto Valenciano Ley Orgánica 5/82 de 1 del VII. B.O.E, 10 del VII en su art. 2 indicándose en el 38.5 que la Generalidad Valenciana ajustará el ejercicio de las competencias que asuma en materia de Sanidad y Seguridad Social a efectos de participación democrática de todes los interesados, así como de los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales en /

los términos que la ley establezca.

El Estatuto de Aragón. Ley Orgánica 8/82 de / 10 de agosto. B.O.E. 16-VIII recoge la primera convocatoria en el art. 6.2.a ; en idéntico sentido al pronunciamiento del Estatuto de Castilla-La Mancha. Ley Orgánica / 9/82 de 10 de agosto B.O.E. 16-VIII. en su art. 4.2 a diferencia del Estatuto de Canarias. Ley Orgánica 10/82 de 10 de agosto B.O.E. 16-VIII que silencia tal pronunciamiento de modo similar a lo acaecido para con la Ley Orgánica 13/82 de mejoramiento del régimen foral de Navarra de 10 de agosto. B.O.E. 16 y 26 del VIII. según se desprende del contenido del art. 54.

El Estatuto de Extremadura Ley Orgánica 1/83 de 25 de febrero B.O.E. 26. recoge la proclamación inicial en su art. 6.c sin mayores especificaciones ulteriores, / de modo semejante al Estatuto de Castilla-León Ley Orgánica 4/83 de 25-II. B.O.E. 1 en su art. 9 y el Estatuto de Madrid Ley Orgánica 3/83 de 25-II B.O.E. 1-III en su art. 1.3.

Ha de entenderse en todos hechos la referencia a la regulación normativa por Ley propia del Estado en / cuanto que materia esta básica del orden estructural gestionario de la Seguridad Social.

En esta línea sería conveniente la constitución de un órgano de participación como representante y protector de los intereses de las provincias y Comunidades Autónomas,

El elemento jurídico más importante en tal / cuestión sería la determinación de los casos en los cuales una ley estatal requeriría el consentimiento del Consejo a tal fin instituido.

El problema político fundamental sería el papel de los partidos políticos en las relaciones entre el Gobierno Central y el Parlamento de un lado y el Consejo del otro.

En cuanto al primer tema sería preciso la fijación de las disposiciones que exigirían la necesidad / del consentimiento de modo similar a lo que disponen los arts. 74 a 79, 84, 85, 87, 120 a 134 etc., de la Ley Federal de Bon, por entender que se trata de disposiciones en donde el interés administrativo está afectado, lo que en el caso Alemán ha sido interpretado por el Tribunal / Constitucional en el sentido de que cuando una sola disposición de una ley cae bajo la definición de un caso de consentimiento, la ley entera está sujeta a esa condición lo que de ser aceptado en nuestro ordenamiento significaa

ría atribuir al Consejo un poder específico notable en / la política legislativa.

El segundo problema daría origen a una gran variedad de cuestiones a resolver pormenorizadamente. No obstante la experiencia alemana también puede ser de gran interés y en este sentido merece mención aparte la opinión de Bothe que al efecto señala en su obra Federalismo y autonomía regional pag. 86-87 que puesto que los gobiernos de las provincias pertenecen a los mismos tres / partidos políticos que actúan a nivel federal (y en este respecto las situaciones alemana y española se distinguen) es cierto que existe siempre la posibilidad de que el / Consejo Federal se entremezcle en los conflictos de política partidaria federal. En este caso, el hecho de que / un gobierno provincial pertenezca a un cierto partido o a una cierta coalición de partidos puede determinar su / postura dentro del Consejo Federal. En cuanto esta posibilidad se concreta, el Consejo Federal constituye un / elemento centripetal. La política en el seno del Bundesrat orienta a los gobiernos provinciales en el sentido / de la política federal de sus partidos respectivos. Hay casos espectaculares de esta llamada politización del / Bundesrat cuando --y eso ocurre actualmente-- la mayoría

de los gobiernos provinciales pertenecen al partido que /
en la federación constituye la oposición. Entonces, el /
Consejo Federal es un medio muy efectivo de la oposición
para impedir la legislación adoptada por la mayoría guber
nativa en el Bundestag. Esta práctica ha sido criticada /
como inconstitucional porque el rol del Consejo Federal /
estaría limitado a la representación de los intereses de
la provincia. La utilización del Bundesrat a fines de po
lítica partidaria constituirá un abuso. A mi juicio, esta
argumentación comete el error de basar su tesis en una so
la constelación política. La posibilidad de que el Bundes
rat pueda presentar ciertos inconvenientes para el Gobier
no Federal está implícita en el sistema de Checks and ba
lances establecido por la LF. No hay ninguna disposición
constitucional que limite las razones que pueden motivar
un voto negativo del Bundesrat contra una ley adoptada /
por el Bundesrag. Una limitación en este sentido sería a
demás muy difícil en su aplicación práctica. También hay
que preguntarse si esta influencia de la oposición es ne
cesariamente un elemento negativo. Puesto que tampoco la
oposición puede imponer su voluntad, existe la necesidad
para los partidos en conflicto de llegar a un acuerdo. La
legislación debe basarse sobre un consenso más amplio, /

lo que constituye un elemento de estabilidad política. Además, este fenómeno de posturas meramente partidarias en el Bundesrat tiene una importancia limitada. Esta incidencia del Bundesrat en el contexto de la política federal / ocurre más frecuentemente en casos de "gran" política nacional (amenudo exterior) donde intereses específicos de las provincias no estén en cuestión. Cuando importantes / intereses específicos de las provincias son afectados, a veces aun una coalición de los dos grandes partidos a nivel federal no puede superar la resistencia de las provincias en el Bundesrat. Otro elemento modera la influencia / centralizadora de política partidaria en el Bundesrat. parcialmente a causa del poder del Consejo Federal, los gobiernos provinciales tienen un poder político dentro de / los partidos que los líderes federales deben tener en cuenta. Así, existe un equilibrio muy peculiar entre elementos centripetales y centrifugales en el papel del Bundesrat dentro del federalismo alemán.

Hay que añadir que el Consejo Federal no es / el único vehículo de participación de las provincias en / el proceso de toma de decisiones a nivel federal. Existe un número considerable de reuniones, conferencias y consejos, más o menos oficiales, previstos o no por la LF o /

leyes federales, donde los miembros de los gobiernos y administraciones federales y provinciales se reúnen para / los fines de concertación política.

Mencionamos aquí las comisiones creadas por las leyes sobre las llamadas "gemeinshaftsaufgaben" (tareas comunitarias), así como el Consejo de coyuntura y el Consejo de planificación financiera. Estos procedimientos así como las necesidades de cooperación en el seno del / Bundesrat se han traducido en un proceso de mutua influencia política entre federación y provincias que va en dos direcciones, de manera que hoy es difícil hablar de toma de decisiones federales o provinciales como si fueran claramente distintas y separadas. En verdad, políticamente / se ha generado lo que se llama "politikverflechtung", esto es, un enlace político (una interdependencia política).

En España, en este punto, la solución práctica a la dicotimia burocratización-autogestión se ha tratado de poner en práctica por vía autonómica a través de la regulación de la participación democrática de los interesados en la gestión reciente Ley 12/83 de 14 de julio del Parlamento de Cataluña, sobre Administración Institucional de la Sanidad, Asistencia y Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma Catalana, en cuya génesis se ha opera-

do una transformación, ya que en el proyecto de Ley se / mantenía la tesis de que la regulación de la participación democrática de los interesados era una cuestión reservada a la Ley estatal al menos en cuanto a legislación básica remitiéndose a la Ley que al efecto se promulgará, pero / sin embargo en el texto definitivo se contiene una regulación directa que es copia fidedigna del modelo estatal, / lo que no empece a que el Estado mantenga el monopolio de la legislación básica cuyas normas de desarrollo quedarán en manos de la Generalidad, sin perjuicio de entender que el constreñimiento practicado por aquella ley reservando la participación a los servicios de Seguridad Social transferidos, no se ajusta estrictamente al mandato constitu-/ cional, que quiere se extienda esa intervención democráti- ca a todos los entes y organismos cuya función afecte di- rectamente a la calidad de la vida o al bienestar general asumiéndose la regulación que el Estado, con perspectiva preconstitucional fijaba provisionalmente por Decreto, pe se al mandato del art. 129.1 que exigía la consideración de reserva de ley para esta materia.

CAPITULO QUINTO

COMPETENCIAS DEL PODER CENTRAL Y DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS EN MATERIA DE SANIDAD.

E.- COMPETENCIAS DEL PODER CENTRAL Y DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS EN MATERIA DE SANIDAD.

El art. 148.1 señala que las Comunidades / Autónomas podrán asumir competencias en materia de Sanidad e higiene y a su vez el art. 149.16 de la propia Constitución indica que es competencia exclusiva del Estado / la Sanidad Exterior, las bases y coordinación general de la Sanidad y la legislación sobre productos farmacéuticos.

Examinada antes la cuestión relativa a la / conceptualización de la legislación básica conviene ahora pasar a la consideración que la coordinación ha tendido para la doctrina del Tribunal Constitucional recogida sintéticamente en la sentencia de 28 de enero de 1982 al decir:

"No hay duda de que es posible una dualidad de encuadramiento de un hecho en distintos ámbitos competenciales. El problema concreto aquí planteado es si estaba justificada la actuación del Gobernador por razones de orden público. En este aspecto lo primero que hay que advertir es que la asignación de competencias establecida / en la Constitución, el art. 149.1.29 de la misma atribuye con carácter exclusivo al Estado la Seguridad Pública, /

que supone una noción más precisa que la de "Orden Público".

Sin que sea necesario un examen pormenorizado de lo que se entienda por Orden Público, es lo cierto que en él pueden incluirse cuestiones como las referentes a la salubridad, para limitarse a lo que aquí interesa, que no entran en el concepto de seguridad, la cual se centra en la actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas. Afirmar esto no supone negar que una crisis sanitaria pueda amenazar la seguridad pública y justificar, en consecuencia, / una intervención de las autoridades a las que corresponda su custodia. Incluso es de recordar que crisis sanitarias tales como epidemias y situaciones de contaminación graves pueden motivar la declaración del Estado de Alarma / (L.O. 4/1981, de 4 de junio, art. 4.b). Sin llegar a semejante extremo, no cabe excluir la posibilidad de que en / aras de la protección de los ciudadanos la Seguridad Pública requiera tomar medidas para atajar riesgos de la salud pública, cuando estas medidas vengan impuestas por razones de necesidad y urgencia, de forma que no pueda espe

rarse a la actuación de las autoridades normalmente competentes para afrontar tales riesgos. Pero para respetar / el orden normal de las competencias es preciso no sólo / que esas medidas se justifiquen por su urgencia y necesidad, sino que se adopten en forma que no sustituyan más / que en lo indispensable la intervención de las autoridades competentes para la acción sanitaria o ayuden y complementen a la actividad de éstas.

Las partes alegan con bastante extensión / respecto a otros aspectos del reparto de competencias en materia de Sanidad, como son el alcance constitucional / de las expresiones "bases", "alta inspección" y "coordinación general" que se recogen en el art. 149.1.16 de la / Constitución y 17 del Estatuto de Cataluña. No resulta / necesario examinar aquí cuestiones que no son directamente aplicables al conflicto planteado.

Falta por precisar los distintos puntos del fallo en respuesta a las pretensiones de las partes. La Generalidad de Cataluña solicita que se anule la comunicación del Gobernador Civil de Barcelona, así como su / traslado a los Alcaldes y que se declare que la titularidad de la competencia controvertida corresponde a la Generalidad de Cataluña. En realidad, esta última es la pe

tición principal, pues, una declaración de este Tribunal sobre el primer extremo, carecería de toda consecuencia práctica. De todo lo expuesto se deduce que la competencia controvertida, que consiste en la facultad de interceptar e inmovilizar alimentos en mal estado, corresponde a la Generalidad de Cataluña de acuerdo con el art. / 17 de su Estatuto y que procede hacer la correspondiente declaración conforme a lo establecido en el art. 66 de / la L.O.T.C. Ello no supone que no sea posible una intervención en la materia por finalidades de seguridad pública, cuya competencia corresponde al Estado en virtud / del art. 149.1.26 de la Constitución, siempre que esa / intervención esté justificada por razones de necesidad y urgencia y sea proporcionada en su forma y duración a / esa situación de urgente necesidad. Tampoco supone que / no deban respetarse las competencias que los Ayuntamientos tienen en la materia según la legislación vigente, / correspondiendo, por tanto, a la Generalidad las facultades que estaban atribuidas a la Administración del Estado antes de constituirse el régimen autonómico. En cuanto a las tres peticiones que formula la Abogacía del Estado, debe observarse que sobre la primera, es decir, la competencia de comunicar a la Generalidad la existencia

de un riesgo sanitario, no precede hacer pronunciamiento alguno, ya que la posibilidad de informar no constituye / en sí una competencia, sino una simple facultad que evidentemente tiene cualquier autoridad, siempre que no tenga más alcance que el de poner un conocimiento de otra / autoridad unos determinados hechos. Y en cuanto a las / otras peticiones, relativas una a la posibilidad de que / el Estado pueda adoptar decisiones y medidas en la materia por razones de seguridad pública y referente la otra a la competencia de los Ayuntamientos han sido ya contestados al delimitar el ámbito de la competencia de la Generalidad en el conflicto planteado.

En cualquier caso parece que se desprende de la regulación constitucional, obviamente, que la Sanidad no está regulada constitucionalmente de la misma forma / que la materia de Seguridad Social, y que la competencia exclusiva estatal en materia de Sanidad, se constriñe, / a la luz del nº 1 punto 16 del art. 149 a la Sanidad exterior y a las bases y coordinación general de la sanidad, así como a la legislación sobre productos farmacéuticos, lo que significa que pueden ser asumidas por las Comunidades Autónomas las competencias relativas a la //

Sanidad interior en todo caso y las referentes al desarrollo legislativo y ejecución de servicios de la Sanidad en su aspecto de coordinación particular y de los / productos farmaceuticos en cualquier caso, máxime más a la vista de que si bien la sanidad durante el siglo XIX constituyó una competencia predominantemente municipal, en la actualidad la Sanidad debe ser atribuída fundamentalmente a las Comunidades Autónomas sin perjuicio de la coordinación general y alta inspección del Estado, lo / que no puede llevar a una hermeneutica centralizadora para desentrañar el contenido específico de tal concepto / de alta inspección, sino que debe estimarse como una aplicación concreta de los principios de coordinación y solidaridad.

En todo caso, parece, que los mecanismos de sanidad e higiene coinciden con mecanismos públicos ajenos al sistema de Seguridad Social, como ha señalado De la Villa, y aunque en un futuro se configurara un Servicio Nacional de la Salud como aglutinador de aquellos, solo entonces, prestacionalmente, entraría dentro del propio sistema, lo que no impediría que a efectos presupuestarios permaneciera fuera como acaece en los llamados / presupuestos sociales.

Respecto de la asistencia social, a la vista de/ la redacción del art. 148.1.20, las Comunidades Autónomas pueden asumir totalmente, en bloque, la asistencia social desde la regulación legislativa máxima, a la acción administrativa mas simple, en un criterio concordante con la legislación italiana, y con la tradición histórica por / cuanto que esta fue siempre una función social típica de los entes locales.

Los Estatutos vigentes en general han apurado y asumido esta posibilidad y en tal sentido quedan en su favor reservadas las acciones de asistencia social pública.

Se trata por tanto de una asunción unificada y homogénea de la protección benéfica del indigente / que tendrá su máxima cobertura en el otorgamiento de pensiones periodicas mínimas y en el auxilio hospitalario, de forma que los gastos ocasionados por la asistencia p/ prestada a las personas declaradas pobres en los hospitales correrá a cargo de las entidades, que por razón de / las disposiciones vigentes tengan en cada momento tal obligación, este es, el ente y órgano que a tal fin tenga atribuida tal misión dentro de cada Comunidad Autónoma.

Para Borrajo, por sanidad exterior hay que

entender lo relativo a las acciones que se resuelvan internacionalmente, y también las que se realicen a través del territorio de más de una Comunidad Autónoma, tratándose con ello de prevenir la adopción de medidas sanitarias que cumplan de hecho "funciones aduaneras", de forma que se preserve en favor del Estado tanto la regulación legislativa como la regulación reglamentaria y la acción administrativa correspondiente.

En este punto es de resaltar el fenómeno italiano en donde la competencia legislativa en materia de asistencia sanitaria y hospitalaria a tenor del art. 117 de aquella Constitución corresponde a las regiones, no distinguiéndose entre una sanidad pública y otra del Sistema de Seguridad Social, y aún en el caso de que esta distinción quizá para con respecto a la beneficencia pública, esta queda igualmente reservada a los entes regionales.

Por lo expuesto, la creación del servicio nacional de la salud lograría esta integración formal, sin perjuicio de una separación presupuestaria por vía del correspondiente presupuesto social, forjado a semejanza del modelo alemán o francés.

La reforma sanitaria se ha venido haciendo

en Italia por iniciativa de las regiones en la idea de / integrar los servicios sociales y los sanitarios por considerar que no tiene fundamento la separación de las situaciones de necesidad provocadas por la contingencia de la alteración de la salud de otras necesidades sociales de la persona.

La Ley 833/78, entra en vigor, depositando en el poder legislativo regional la capacidad para definir la coordinación particular de los servicios sociales y de los peculiares de la Asistencia Sanitaria a través de las llamadas Unidades Sanitarias Locales, si bien se ha mantenido la separación para Cerdeña y Sicilia, financiándose en todo caso separadamente del Fondo Sanitario Nacional.

