TESIS DOCTORAL

LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

José Andrés Álvarez Patallo

Director: Fernando Manrique López

UNIVERSIDAD DE DEUSTO

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS 5

CAPÍTULO PRIMERO.- LA EXPLICACIÓN CIENTÍFICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL 7
I.- EL MÉTODO DE ANÁLISIS DE LA SEGURIDAD SOCIAL 7
II.- EL MATERIALISMO CULTURAL 11

CAPÍTULO SEGUNDO.- CAUSAS Y FINES EN EL NACIMIENTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL 19
I.- LOS ORÍGENES DE LA SEGURIDAD SOCIAL: EJEMPLOS Y MODELOS 19
I.a.- Alemania 19
I.b.- Gran Bretaña 23
I.c.- Estados Unidos 26
II.- LA IMPORTANCIA DE LAS IDEAS 31
III.- LA RAZÓN DE SER DE LA SEGURIDAD SOCIAL 46
IV.- LAS FUNCIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL 59
IV.a.- FUNCIONES PRINCIPALES 59
IV.a.1.- La función de orientación social 60
IV.a.2.- Tratamiento de los conflictos declarados 61
IV.a.3.- La legitimación del poder 62
IV.b.- FUNCIONES SECUNDARIAS 63
IV.b.1.- La función organizativa 64
IV.b.2.- La función educativa 65
IV.b.3.- La función promocional 66
IV.b.4.- La función distributiva 66
IV.b.5.- La función integradora 71

CAPÍTULO TERCERO.- LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA: PRINCIPIOS INFORMADORES 79
I.- TRAYECTORIA HISTÓRICA Y ANTECEDENTES 79
II.- EL MODELO ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL 97
III.- LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE 111

CAPÍTULO CUARTO.- EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD 117
I.- GÉNESIS Y EXPLICACIÓN HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD 117
II.- SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD 121
III.- MANIFESTACIONES MÁS IMPORTANTES DEL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD 125
III.a.- La asistencia sanitaria 125
III.b.- Las prestaciones no contributivas 129
III.c.- La asistencia social 138
III.d.- El principio de universalidad en el área contributiva del sistema español de Seguridad Social 142
IV.- TRAYECTORIA DEL SISTEMA ESPAÑOL 152

CAPÍTULO QUINTO.- EL PRINCIPIO DE UNIDAD 167
I.- EL PRINCIPIO DE UNIDAD TERRITORIAL 170
I.a.- Significado y alcance del principio de unidad territorial 170
I.b.- El reparto de competencias en materia legislativa 174
I.c.- El régimen económico de la seguridad social 184
I.d.- La distribución de competencias en materia de ejecución de los servicios de la Seguridad Social 192
II.- EL PRINCIPIO DE UNIDAD JURÍDICA 196
II.a.- GÉNESIS Y EXPLICACIÓN HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE UNIDAD JURÍDICA 196
II.a.1.- La evolución de la estructura del sistema hasta 1985 201
II.a.2.- La evolución de la estructura del sistema a partir de 1985 209
II.b.- SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE UNIDAD JURÍDICA 216

CAPÍTULO SEXTO.- EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD 227
I.- GÉNESIS Y EXPLICACIÓN HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD 227
II.- SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD 230
III.- EL PRINCIPIO DE NECESIDAD 242
III.a.- Significado y alcance del principio de necesidad 242
III.b.- Técnicas y manifestaciones más importantes del principio de necesidad 247

CAPÍTULO SÉPTIMO.- EL PRINCIPIO DE IGUALDAD 255
I.- MARCO LEGAL 257
II.- SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD 269
II.a.- Naturaleza jurídica 269
II.b.- La cláusula general de igualdad 271
II.c.- La discriminación 280
III.- TÉCNICAS Y MANIFESTACIONES MÁS IMPORTANTES DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD 286

CONCLUSIONES 301

BIBLIOGRAFÍA 307

REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA 335

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

A.	Repertorio de jurisprudencia de Aranzadi
AS	Repertorio de jurisprudencia social de Westlaw Aranzadi
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BIB	Repertorio de bibliografía de Westlaw Aranzadi
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOJA	Boletín Oficial de la Junta de Andalucía
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CD	Repertorio de jurisprudencia de Colex Data
CE	Constitución española de 1978
CP	Código Penal
Cit.	Citado
D.	Decreto
DA	Disposición Adicional
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DT	Disposición Transitoria
ET	Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo
FJ	Fundamento jurídico
Ibid.	Ibídem
INP	Instituto Nacional de Previsión
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
LAT	Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900
LBSS	Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social
LGSS	Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio
LISMI	Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido
LOTC	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional
LPNC	Ley 26/1990, de 20 de diciembre, que establece prestaciones no contributivas en el sistema de la Seguridad Social
MATEPSS	Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social
Nº	Número
Pág.	Página
RD	Real Decreto

RDL	Real Decreto-Ley
REA	Régimen Especial Agrario
Rec.	Recurso
REEH	Régimen Especial de Empleados de Hogar
REMC	Régimen Especial de la Minería del Carbón
RETA	Régimen Especial de Trabajadores Autónomos
RETM	Régimen Especial de Trabajadores del Mar
RGSS	Régimen General de la Seguridad Social
RJ	Repertorio de jurisprudencia de Westlaw Aranzadi
SMI	Salario mínimo interprofesional
SS	Seguridad Social
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STCT	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y repertorio de jurisprudencia de Westlaw Aranzadi
TRLGSS	Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma
Vid.	Véase
V. gr.	Verbigracia
VV. AA.	Varios autores
Vol.	Volumen

CAPÍTULO PRIMERO.- LA EXPLICACIÓN CIENTÍFICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

I.- EL MÉTODO DE ANÁLISIS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El Derecho de la Seguridad Social en España ha estado sujeto tradicionalmente a numerosas reformas legislativas para garantizar su adaptación a las cambiantes circunstancias económicas, políticas y sociales. Este fenómeno contrasta manifiestamente con el mantenimiento simultáneo de abundante normativa reglamentaria preconstitucional. Por otra parte, las reformas legales se han afrontado a menudo al calor de la actualidad política o económica y por ende con escasa reflexión y sistemática. Esta situación de pragmatismo se ha agravado en los últimos años por la propia mecánica reformadora que se ha impuesto, basada en que el Gobierno y los agentes sociales pactan las reformas y éstas son plasmadas en leyes por el Parlamento, que ha quedado despojado así de la iniciativa legislativa en esta materia. Ello ha originado una normativa dispersa y asistemática, así como una abundante doctrina jurisprudencial dictada al rebufo de la casuística que las modificaciones legales ocasionaban[1]. En mi opinión ello ha provocado un cierto empobrecimiento del Derecho de la Seguridad Social, al no darse las circunstancias de estabilidad necesarias para profundizar en las instituciones jurídicas.

El pragmatismo jurídico que ha venido dominando el Derecho de la Seguridad Social ha llevado a la situación descrita por HEGEL de que "cuanto más inconexas y contradictorias son en sí las determinaciones de un derecho, tanto menos son posibles en él definiciones, pues éstas deben contener más bien determinaciones generales y éstas hacen inmediatamente visible en su desnudez lo contradictorio, en este caso, lo injusto"[2]. El objetivo a conseguir por tanto consiste en alejarnos de la disposición normativa particular y adquirir la suficiente perspectiva para llegar a fijar conceptos de aplicación general, que puedan orientarnos en el marasmo de las constantes reformas normativas y de las dispersas decisiones judiciales.

[1] DURÁN LÓPEZ, F. RODRÍGUEZ SAÑUDO, F. y MARTÍN VALVERDE, A. Evolución del Derecho de la Seguridad Social. En *Papeles de Economía Española*, Fundación Fondo para la Investigación Económica y Social-Obra Social de la Confederación Española de Cajas de Ahorros, Madrid, 1982, nº 12-13, pág. 184.

[2] HEGEL, G. *Rasgos fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000, pág. 80.

Y como este trabajo versa sobre los principios informadores de la Seguridad Social, no se trata de analizar cada principio en particular hasta sus últimas consecuencias, pues entonces bien podría escribirse una tesis doctoral acerca de cada principio. Se trata de determinar cuál es el catálogo de los principios informadores de la Seguridad Social y por qué están incluidos en el mismo determinados principios y no otros. Se trata de comprobar cómo interactúan entre sí los principios informadores y qué consecuencias tiene ello para el sistema de la Seguridad Social. En esta labor es necesario realizar una aproximación conceptual a cada principio, pero ello no debe llevarnos a agotar exhaustivamente el contenido del mismo, pues en tal caso perderíamos la perspectiva global o estructural que este estudio pretende tener. En definitiva, lo que se pretende es desarrollar una teoría sistémica de los principios informadores de la Seguridad Social.

Para realizar esta labor es necesario realizar una previa aproximación histórica, jurídica y filosófica a los orígenes de la Seguridad Social. De este modo, si llegamos a tener una conciencia clara de por qué nace la Seguridad Social y para qué nace, a continuación podremos determinar cuáles son los principios informadores de la Seguridad Social y por qué. Para efectuar esa aproximación histórica a los orígenes de la Seguridad Social adoptaré una metodología que huya de consideraciones valorativas, siempre manipulables, para tratar de obtener un lenguaje que sea aceptable comúnmente por cualquier jurista independientemente de sus creencias íntimas. Esa metodología toma como punto de partida el materialismo cultural, una corriente antropológica que parte del materialismo marxista para desarrollar un método científico empírico dirigido a interpretar la realidad existente huyendo de cualquier forma de gnoseología antropocéntrica que sitúe la medida de la realidad en la subjetividad humana. Es decir, no todo es contingente, sino que existe una realidad histórica, sociológica y jurídica que debemos revelar. Comenzaremos por tanto por sentar las bases epistemológicas de nuestra empresa partiendo del materialismo cultural.

Para llegar a descubrir el sentido profundo de la Seguridad Social adoptaremos una perspectiva holística que no se limite exclusivamente al estudio jurídico, sino que tenga en cuenta también los aspectos sociológicos, históricos, económicos y filosóficos, y a la vez trataremos de hallar las similitudes que puedan existir entre distintos sistemas de Seguridad Social de países occidentales que sean representativos de las variadas corrientes evolutivas en materia de protección social. De esta manera podemos conseguir dos objetivos, a saber: intentar averiguar por qué la Seguridad Social, en un estado más o menos embrionario, aparece en países muy alejados geográficamente dentro de una horquilla temporal de

unos cuarenta años, y, en segundo lugar y como consecuencia de lo anterior, con qué fin nació. En definitiva, los orígenes de la Seguridad Social son muy importantes, pues la razón por la que se creó este sistema explicaría cuáles son las funciones que cumple o debe cumplir y cuáles son los principios que lo informan. Pero para llegar a ese conocimiento no basta con describir el devenir histórico de los acontecimientos, sino que debemos averiguar las causas de éstos. Es decir, no debemos centrarnos tanto en el "cómo", sino más bien en el "por qué" de los hechos[3].

El análisis de la Seguridad Social se enriquece desde una perspectiva holística, aunque también se complica enormemente, de manera que podemos adelantar una primera conclusión: las explicaciones sobre el nacimiento de la Seguridad Social no son tan simples como habitualmente se presentan. Ahora bien, esta conclusión no debe desanimarnos, porque supone un punto de partida para seguir indagando dentro de la abigarrada realidad socio-histórica hasta encontrar el punto final en que convergen todos los sistemas de protección social occidentales. Como señala MARVIN HARRIS, "la forma en que se produce el cambio social se parece más al tejido de una telaraña que a la construcción de una cadena. Muchos hilos causales se cruzan y entrecruzan hasta formar intrincados dibujos, en los que cada elemento desempeña, hasta cierto punto, un papel independiente. Pero esto no significa que todos los hilos tengan igual tamaño o el mismo peso; ni tampoco que la telaraña carezca de centro alguno o de estructura global"[4].

Debemos analizar también las funciones del Derecho en general y del Derecho de la Seguridad Social en particular para determinar la manera en que aquéllas se acomodan a los acontecimientos históricos que impulsaron el nacimiento de la Seguridad Social.

Por último, una vez que todo esto se ha hecho, y espero que no se me tache de *neokrausista* por ello, la filosofía será una herramienta imprescindible para extraer conclusiones acerca del significado de los principios y de los fines a los que sirve la Seguridad Social, pues en el

[3] BENJAMÍN RIVAYA ha sido el pionero en adaptar la metodología y las tesis de materialismo cultural al Derecho, creando lo que definió como materialismo jurídico. Como él mismo señala, "si se puede distinguir entre una ciencia social explicativa y otra interpretativa, los presupuestos de esta última serían congruentes con el uso de la expresión ciencia jurídica referida al estudio que del Derecho hacen los juristas, pero para los partidarios de una ciencia social explicativa, en cambio, la verdadera ciencia del Derecho sería la que pusiera en claro cuáles son las causas de que exista el Derecho, y cuáles son las causas de que ordene lo que ordena, y cuáles son las causas de que se aplique como se aplica" (RIVAYA, B. *El materialismo jurídico. La presunta teoría del Derecho de Marvin Harris*, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 206).

[4] HARRIS, M. *La cultura norteamericana contemporánea. Una visión antropológica,* Alianza Editorial, Madrid, 2004, pág. 13.

conocimiento filosófico la necesidad de un concepto es lo principal. Quiero decir con esto que no podemos conformarnos con un planteamiento positivista, de pura dogmática jurídica. Efectivamente, el Derecho vigente ha sido aprobado siguiendo unos procedimientos establecidos legal o constitucionalmente y es vinculante, como no podía ser de otra manera en un Estado de Derecho. Pero este planteamiento es muy pobre para explicar los principios informadores de la Seguridad Social. Por ejemplo, ¿qué es la solidaridad? Numerosos textos legales y no pocas sentencias la mencionan como el pilar básico de todo sistema de Seguridad Social, pero ningún texto legal la define y, como veremos, las definiciones jurisprudenciales resultan muy poco satisfactorias. De ahí la importancia de la filosofía en nuestra tarea, si bien soy consciente de que puede resultar chocante un planteamiento como este. En un marco de empobrecimiento del Derecho de la Seguridad Social, plantearse no ya sólo su importancia dentro de ordenamiento jurídico en general, sino incluso comprometer un enfoque filosófico en su estudio, puede resultar chocante, pero no por ello debemos renunciar a enriquecer con nuevos (en realidad clásicos) planteamientos el estudio del Derecho de la Seguridad Social.

No pretendo realizar afirmaciones apodícticas ni llegar a conclusiones incontestables, pues, aunque me esfuerce en seguir un método científico, las ciencias sociales no son ciencias exactas y el Derecho es la ciencia más opinable de todas. Se trata simplemente de enriquecer modestamente el estudio del Derecho de la Seguridad Social con un nuevo punto de vista y, si al lector le parece suficientemente interesante, aunque no lo comparta en absoluto o lo considere erróneo, me daré por satisfecho.

II.- EL MATERIALISMO CULTURAL

Podría sorprender a primera vista que un trabajo sobre una rama del Derecho como es la Seguridad Social comience hablando de la cultura. Ello sería debido al significado que utilizamos normalmente para referirnos a la cultura, como todo aquello que se relaciona con el saber o con las artes. Sin embargo, desde el punto de vista antropológico el concepto de cultura es algo mucho más amplio. MARVIN HARRIS, uno de los antropólogos más influyentes de los últimos años y creador de la teoría del materialismo cultural, toma de ALFRED KROEBER y CLYDE KLUCKHOHN la siguiente definición de cultura[5]:

> "Un conjunto de atributos y productos de las sociedades humanas, y, en consecuencia, de la humanidad, que son extrasomáticos y transmisibles por mecanismos distintos de la herencia biológica".

De esta manera, el Derecho forma parte claramente de la cultura de las sociedades y, por tanto, está sujeto en su evolución a la influencia de los rasgos definidores de un determinado momento histórico, de forma paralela, aunque no siempre por vías sincrónicas, a la evolución de otros productos culturales, tales como el arte, la filosofía de la ciencia, teoría del conocimiento, literatura, etc.[6]

Desde esta perspectiva, el materialismo cultural pretende ser una teoría sistémica que defina unas pautas de evolución para todo aquello que forme parte del acervo cultural de las sociedades humanas y, por extensión, también para el Derecho. No estoy de acuerdo con la totalidad de los planteamientos de HARRIS, especialmente en su etapa inicial, cuando defendía que era posible obtener una explicación materialista de todos y cada uno de los aspectos, incluso los más nimios, de los rasgos culturales de las sociedades. De hecho él mismo moderó bastante algunas de sus conclusiones en su etapa final. Sin embargo, entiendo que sus teorías son especialmente adecuadas para analizar el nacimiento y evolución de la Seguridad Social. Concretamente, pretendo argumentar que fueron unas determinadas circunstancias tecnológicas, conocidas ordinariamente como "Revolución Industrial", las que generaron la aparición de la Seguridad Social, pero no como consecuencia de la lucha obrera o del incremento de

[5] HARRIS, M. *El desarrollo de la teoría antropológica. Una historia de las teorías de la cultura*, Siglo Veintiuno Editores, S.A., Madrid, 1978, pág. 8.

[6] MOLINA NAVARRETE, C. Algunas reflexiones sobre la ley y los principios generales en el Derecho de la Seguridad Social. En *Relaciones Laborales*, La Ley, Madrid, 1998, vol. I, pág. 325.

los accidentes de trabajo, como se ha defendido tradicionalmente de una manera casi exclusiva. En realidad, éstos fueron problemas concomitantes, pues la verdadera causa del nacimiento de la Seguridad Social fue que la Revolución Industrial generó una situación nueva, cual es que la mayor parte de la población pasó a concentrarse en las ciudades y a depender exclusivamente de un salario para su subsistencia, de modo que, si perdían éste por vejez, invalidez o desempleo, todo el grupo familiar se veía abocado a la indigencia. Ahora bien, el verdadero mérito de la Revolución Industrial estuvo en que generó la riqueza suficiente como para establecer un sistema público de protección social que hiciera frente a dichos problemas. Esta situación nueva provocó la aparición también de nuevas ideas y principios que habrían de informar el Derecho de la Seguridad Social y que, con el tiempo, han enraizado en las sociedades desarrolladas hasta el punto de convertirse por sí mismas en impulsoras de reformas legales. Por ello es muy importante estudiar de un modo entrelazado el origen de la Seguridad Social, sus causas, sus funciones y los principios que informan esta rama del Derecho.

En primer lugar debemos dar unas pinceladas acerca de la teoría del materialismo cultural, sin ánimo de ser prolijos, con objeto de sentar la base metodológica de nuestro enfoque. HARRIS parte del materialismo histórico de MARX, pero lo desarrolla y, sobre todo, pule todo el bagaje ideológico marxista para obtener un método científico que explique la evolución de las sociedades humanas.

Para HARRIS, la explicación de las sociedades humanas se estructura en una pirámide con tres capas, a saber, la infraestructura, la estructura y la superestructura[7]. En la capa inferior, o base de la pirámide, está la infraestructura, que abarca los modos de producción y reproducción. Entre los primeros situaríamos la tecnología de subsistencia, las relaciones tecno-ambientales, los ecosistemas o las pautas de trabajo. Es decir, en la infraestructura, la economía denota las prácticas de producción predominantes, como el forraje, la agricultura de secano o la producción industrial; en otras palabras, el modo de subsistencia[8]. Entre los modos de reproducción situamos la demografía, las pautas de apareamiento, la natalidad-mortalidad, la anticoncepción, aborto, infanticidio, etc.[9].

La capa intermedia de la pirámide es la estructura, que abarca la economía doméstica (estructura familiar, división del trabajo doméstico,

[7] HARRIS, M. *El materialismo cultural*, Alianza Universidad, Madrid, 1985, págs. 68 a 70.

[8] HARRIS, M. *Teorías sobre la cultura en la era posmoderna*, Crítica, Barcelona, 2004, pág. 142.

[9] HARRIS, M. *El materialismo cultural* cit., pág. 82.

roles sexuales y de edad, etc.) y la economía política, que incluye la organización política, la división del trabajo, los esquemas fiscales, etc.

Finalmente, la cúspide de la pirámide está formada por la superestructura, que comprende una parte conductual (arte, música, literatura o ciencia) y una parte mental (ideas políticas y religiosas, por ejemplo).

El Derecho es claramente un producto cultural, es decir, una creación humana destinada a regular el funcionamiento pacífico y ordenado de las sociedades. El Derecho presenta una doble vertiente, pues, por un lado, existe toda una maquinaria legal y burocrática destinada a garantizar su eficacia (tribunales, policía, abogados, procesos judiciales, instituciones penitenciarias, etc.) que se incardinarían en la estructura como parte de la organización política de una sociedad. Sin embargo, el Derecho contiene ideas y principios, que se ubicarían en la superestructura[10]. DWORKIN llama principio "a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad"[11]. Esos principios del Derecho tienen un carácter básico y fundamental en la organización del grupo humano que por él se conduce y revelan de modo espontáneo el sistema de creencias y convicciones en que reposa la organización de tal grupo social, y ello porque si el Derecho es una ordenación organizadora de la comunidad social, no hay que olvidar que descansa en definitiva en un conjunto de creencias o de convicciones del grupo humano a que va destinado[12]. Tales principios, consagrados en el art. 1º del Código Civil (en adelante CC) como fuente del Derecho, tienen un valor fundamental tanto para integrar las lagunas legales como para la determinación del verdadero alcance, sentido o significación que dentro del ordenamiento jurídico posee una determinada disposición legal[13], o, como señala DWORKIN, "cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro Derecho, lo que eso quiere decir es que el principio es tal que los funcionarios deben

[10] RIVAYA, B. *El materialismo jurídico* cit., pág. 127.

[11] DWORKIN, R. *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 1984, pág. 72.

[12] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2005, vol. I, pág. 144. En similares términos MARTÍN VALVERDE, A. La formación del Derecho del Trabajo en España. En VV. AA. *La legislación social en la historia de España. De la Revolución Liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, pág. XV.

[13] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil* cit., pág. 141.

tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido"[14].

Esa doble vertiente del Derecho, estructural y superestructural, es especialmente patente en la Seguridad Social, y es precisamente lo que la convierte en una realidad tan compleja y rica para su estudio, pues la Seguridad Social supone una gran organización administrativa destinada a allegar los fondos necesarios para atender una serie de necesidades, pero tales necesidades son fijadas por las leyes en cada momento concreto y en atención a unos determinados principios o ideas[15]. De la misma manera podemos columbrar la estrecha relación a que hacía referencia en la introducción entre sociedad y Derecho, siendo los principios el cordón umbilical que une ambas realidades, ya que a través de los principios la sociedad fija la estructura básica del ordenamiento por el que se ha de regir, como sustrato perdurable de la legalidad vigente en cada momento. Por esa razón es tan importante analizar las causas históricas y sociológicas del nacimiento de la Seguridad Social, toda vez que así podemos ver con mayor claridad cuáles son los principios que informan el sistema.

Volviendo al materialismo cultural, su eje fundamental es el determinismo infraestructural[16], es decir, la teoría de que las relaciones de producción y reproducción influyen sobre las estructuras familiares y políticas en una determinada dirección, lo que, a su vez, genera una determinada orientación del arte, la ciencia e, incluso, de las ideas (superestructura). La explicación se halla en que, "como todas las bioformas, los seres humanos consumen energía para obtener energía (y otros productos que ayudan a sostener la vida). Y como todas las bioformas, nuestra capacidad para producir niños supera a nuestra capacidad para obtener energía para ellos. La prioridad estratégica de la infraestructura se apoya en el hecho de que los hombres no pueden cambiar estas leyes. Lo más que podemos hacer es buscar un equilibrio entre la reproducción y la producción y consumo de energía. Qué duda cabe que la tecnología nos ha permitido alcanzar una notable capacidad para elevar y disminuir las tasas productiva y reproductora respectivamente. Pero también la tecnología se ve afectada por leyes físicas, químicas, biológicas

[14] DWORKIN, R. *Los derechos en serio* cit., pág. 77.

[15] PIETERS, D. *Social Security: An Introduction to the Basic Principles*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, pág. 15.

[16] Hay que aclarar que el propio HARRIS, ante la avalancha de críticas que provocó el empleo de esta expresión, que parecía dejar la evolución de la historia fuera de toda posibilidad de influencia activa y consciente por parte del hombre, modificó la denominación de "determinismo infraestructural" por la de "primacía de la infraestructura" (HARRIS, M. *Teorías sobre la cultura en la era posmoderna* cit., pág. 142).

y ecológicas que no son alterables y que necesariamente limitan el ritmo y la dirección del cambio tecnológico y, por ende, el grado de control sobre la reproducción que la intervención tecnológica hace posible en un contexto ambiental específico. Por añadidura, toda intervención de esta índole se halla limitada por el nivel de evolución tecnológica –nivel que no puede ser alterado por un acto de voluntad instantáneo- y la capacidad de cada hábitat para absorber diferentes tipos e intensidades de tecnoeconomías sin sufrir cambios irreversibles. La infraestructura, en otras palabras, representa la principal zona interfacial entre naturaleza y cultura, la región fronteriza en la que se produce la interacción de las restricciones ecológicas, químicas y físicas a que está sujeta la acción humana con las principales prácticas socioculturales destinadas a intentar superar o modificar dichas restricciones"[17].

La primacía de la infraestructura no significa sin embargo una visión fatalista de la historia al estilo clásico, como la reflejada, entre otros muchos casos, en la tragedia griega *Antígona*, en la que el coro advierte a Creonte: "pues no pidas nada; que de la suerte que el destino tenga asignada a los mortales, no hay quien pueda evadirse"[18]. El propio HARRIS se rebeló contra quienes pretendían dar esta interpretación a su teoría: "rechazo de plano cualquier pretensión de que se pueda interpretar todo acontecimiento y proceso económicos como mero reflejo de los modos de producción y reproducción"[19]. La primacía de la infraestructura significa por el contrario una tendencia evolutiva de las sociedades, según la cual la probabilidad de que las innovaciones que surgen en el sector infraestructural sean preservadas y propagadas es tanto mayor cuanto más potencian la eficiencia de los procesos productivos y reproductivos que sustentan la salud y el bienestar y que satisfacen necesidades y pulsiones biopsicológicas básicas en el hombre[20]. Y si esas innovaciones potencian el bienestar humano tendrán más posibilidades de consolidarse, aunque colisionen con los valores morales o políticos vigentes en una sociedad, los cuales se modificarán a favor de aquéllas. Por el contrario, si la imposición de ciertos valores morales o de una determinada organización política frena la implantación de innovaciones infraestructurales que potencian el bienestar de los individuos, dicha imposición tiene mayores probabilidades de fracasar, tal como ocurrió en la URSS[21]. En definitiva, el hombre es

[17] HARRIS, M. *El materialismo cultural* cit., pág. 72.

[18] SÓFOCLES. Antígona. En *Tragedias*, Edaf, Madrid, 1999, pág. 345.

[19] HARRIS, M. *El materialismo cultural* cit., pág. 81.

[20] HARRIS, M. *Teorías sobre la cultura en la era posmoderna* cit., pág. 142.

[21] *Ibid.*, págs. 143 y 175 a 183.

quien lleva las riendas de su propio destino, pero no puede moldear el mundo de manera absolutamente libre, pues tiene que aceptar que existen condicionantes que limitan su actuación, en definitiva, que "determinan" su actuación[22].

Finalmente, el planteamiento del materialismo cultural no quiere decir que las ideas no tienen ninguna importancia en la evolución histórica, siendo ésta la crítica más común que se ha hecho de la teoría del materialismo cultural. El propio HARRIS rebate esta crítica cuando puntualiza que "la primacía de la infraestructura no significa que, en el curso de la evolución sociocultural, los factores simbólico-ideacionales sean siempre receptores pasivos de impulsos originados en la infraestructura. Las configuraciones simbólico-ideacionales no son necesariamente el opio barato de Marx, sino que a menudo son estimulantes que dan energía a las personas y movilizan sus recursos en aras de tipos especiales de cambio sociocultural. No obstante, sólo se puede decir que tienen éxito en la medida en que retroalimentan a y son compatibles con unas condiciones infraestructurales cambiantes"[23].

Yo añadiría algo más respecto a la fuerza de las ideas, que es lo que podríamos llamar "efecto retorno de las ideas". Las condiciones infraestructurales pueden contribuir a definir una determinada organización social (familiar y política) y ésta a su vez puede condicionar unas determinadas ideas, pero éstas terminan implantándose en la sociedad y, en su momento, condicionarán por sí mismas la organización estructural. Esto podemos verlo nítidamente en todas las políticas a favor de la igualdad de sexos, que han ido evolucionando desde una política de no discriminación hacia una política que pretende la igualdad efectiva imponiendo incluso en determinadas ocasiones la paridad. Probablemente HARRIS no hubiese aceptado este planteamiento por demasiado idealista, pero considero que mi matización sobre el efecto retorno de las ideas explica determinados aspectos culturales de las sociedades que el determinismo infraestructural no alcanza a explicar satisfactoriamente. Me refiero en concreto a la diferencia entre el grado de estatismo existente entre EEUU y Europa,

[22] "El que este proceso origine patrones de pensamiento y conducta predecibles o inferibles *a posteriori* no se debe a que una misteriosa fuerza o sistema teleológico supraindividual haya impuesto su voluntad sobre los individuos, sino a que los individuos confrontados a restricciones y oportunidades similares tienden a decantarse por opciones semejantes en lo que respecta a su propio interés. La libertad de actuación del hombre, que se manifiesta en su capacidad de negociar en beneficio propio, no se potencia haciendo caso omiso de los aspectos deterministas de la vida social, sino que es el potenciamiento de la libertad el que depende en gran medida del examen consciente de todas las limitaciones y oportunidades materiales, de los costes tanto como de los beneficios, a largo y a corto plazo (…) El enemigo de la actuación humana no es el determinismo histórico, sino la idea frívola de que los hombres son libres de configurar el mundo social como mejor les plazca" (*Ibid.,* pág. 151).

[23] HARRIS, M. *Teorías sobre la cultura en la era posmoderna* cit., pág. 148.

mayor en el viejo continente que en aquél país. Los condicionantes infraestructurales han sido muy similares en uno y otro territorio y sin embargo en Europa, y no digamos en España, siempre existe una mayor tendencia a que sea el Estado quien asuma la implantación de mecanismos de protección social. Ello a mi juicio deriva de que las ideas relacionadas con la protección social obligatoria han enraizado más en Europa que en EEUU Cuando analicemos la evolución de la Seguridad Social desde el punto de vista del materialismo cultural tendremos ocasión de volver sobre este punto.

CAPÍTULO SEGUNDO.- CAUSAS Y FINES EN EL NACIMIENTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

I.- LOS ORÍGENES DE LA SEGURIDAD SOCIAL: EJEMPLOS Y MODELOS

Como señalé en la introducción, resulta llamativo que un sistema tan complejo y de tanta trascendencia social naciese prácticamente a la vez (dentro de un lapso de unos cuarenta años) en países tan alejados geográficamente como Nueva Zelanda o EEUU, España o Dinamarca, y con una situación política tan dispar. Por eso es importante analizar los orígenes de la Seguridad Social en distintos países con objeto de averiguar si existía algún elemento en común que justificase la aparición casi simultánea de la Seguridad Social en todos esos países, lo cual, a su vez, nos permitirá averiguar cuáles son las funciones básicas que este sistema cumple o debe cumplir. Para realizar este análisis comparado, he seleccionado tres supuestos representativos y dispares, como son Alemania, Gran Bretaña y Estados Unidos. Por supuesto no podemos olvidarnos de España, no sólo por ser nuestro país, sino también porque presentaba peculiaridades muy marcadas en el momento en que nació la Seguridad Social que pueden enriquecer mucho el objeto de nuestro estudio. Pero el análisis de las circunstancias históricas que motivaron el nacimiento de la Seguridad Social en España lo dejaremos para más adelante, es decir, para cuando entremos ya en el análisis específico de la Seguridad Social española.

I.a.- ALEMANIA

Es obligado comenzar el análisis de los orígenes históricos de la Seguridad Social recordando las circunstancias políticas, económicas y sociales existentes en Alemania en la segunda mitad del siglo XIX, que determinarían el nacimiento de los primeros seguros sociales obligatorios y, en consecuencia, de la Seguridad Social. No pretendemos realizar un recorrido exhaustivo a través de toda la evolución de la Seguridad Social, pues lo que aquí interesa a los efectos de este trabajo es exclusivamente el

nacimiento del sistema prístino de previsión social, ya que ello nos permitirá indagar en las motivaciones y, por extensión, en las funciones y los principios del sistema de Seguridad Social.

La segunda mitad del siglo XIX en Alemania contempló un crecimiento económico sin precedentes derivado de la Revolución Industrial. En 1850 el desarrollo fue estimulado por la construcción del ferrocarril, cuya red aumentó de 5.856 km en aquella fecha a 11.175 km en 1860. La mejora del transporte arrastró a su vez la producción de hierro y acero. La producción de hierro en el área de Zollverein aumentó de 214.560 toneladas en 1850 a 530.290 en 1860 y la producción de acero creció en la misma zona y periodo de 196.950 a 426.260 toneladas. La producción de carbón también se vio arrastrada y en la cuenca del Ruhr la producción pasó de 1.961.000 toneladas en 1850 a 11.571.000 toneladas en 1870. Proporcionalmente, el número de trabajadores empleados en la minería del carbón pasó en la misma zona y periodo de 12.741 a 50.749 y el número de mineros por pozo de una media de 64 a 236. La propia agricultura vivió una era dorada aumentando la producción agrícola un 76 por ciento entre 1850 y 1875[24].

Consecuentemente con lo anterior, la economía alemana vivió una profunda industrialización durante el último cuarto del siglo XIX. Entre 1870 y 1874 el 33,8 por ciento del producto interior procedía de la industria, minería y transporte, el 37,9 por ciento de la agricultura y el 8,15 por ciento del sector terciario. En el periodo de 1890 a 1894 las cifras son respectivamente 40,6, 32,3 y 8,7 por ciento, y además el sector terciario dependía en su mayor parte de la industria. Del mismo modo, el índice de producción industrial creció del 18,8 en 1870 al 39,9 en 1890. Ello generó importantes cambios sociales. Por citar algunos datos, en 1871 había en Alemania una población de 41 millones de habitantes, que había ascendido a casi 50 millones en 1890. Además del crecimiento demográfico, la emigración de las zonas rurales del este a las ciudades del oeste provocó una creciente urbanización de la sociedad. Por ejemplo, cincuenta ciudades de Alemania occidental reunían una población de 2,63 millones en 1871, cifra que ascendió a 4,11 millones en 1890. Proporcionalmente, el porcentaje de alemanes viviendo en ciudades de más de 100.00 habitantes subió en ese mismo periodo del 4,8 al 12,1 por ciento[25].

La creciente industrialización de Alemania, al igual que en el resto de Europa, generó la aparición de una importante masa de trabajadores

[24] FEUCHTWANGER, E. *Imperial Germany. 1850-1918,* Routledge, Londres, 2001, pág. 7.

[25] *Ibid.,* pág. 99.

asalariados concentrados en las urbes. Aparece así el proletariado, que vivía exclusivamente del jornal. El trabajo se convierte en mercancía y queda sujeto a las fluctuaciones de la oferta y la demanda, por lo que su valor dependía de la mecánica de los precios y, como es natural, se fijaba al tipo más bajo posible. Los salarios llegaron a ser casi insuficientes para atender las necesidades más elementales del trabajador y su familia. Tal inseguridad, con sus consecuencias de miseria, engendró un profundo malestar y un ambiente de protesta[26]. En ese proletariado comienzan a calar las ideas marxistas, creándose en 1863 la Asociación General de Trabajadores Alemanes y en 1867 el Partido Social-democrático Obrero, que tuvo una rápida expansión y que empleaba tácticas violentas[27]. Se había generado así un ambiente prerrevolucionario. Cuando todavía estaba vivo el recuerdo de las jornadas del año 1848, en las que la muchedumbre berlinesa había obligado al rey a descubrirse frente a los cadáveres de algunos insurrectos, en el año 1878 dos atentados contra la vida del emperador, con pocas semanas de diferencia entre ellos, habían resonado siniestramente para los conservadores. Así pues, en Alemania tenía buena razón de ser la idea de reducir la presión de la política socialista y alejar amenazas y peligros satisfaciendo algunas exigencias de las más sentidas por las clases trabajadoras[28].

A esa situación de por sí explosiva hay que añadir que a partir de 1873 se inicia un periodo de depresión, que, aunque no fue muy pronunciada, fue soportada fundamentalmente por los obreros[29]. Actualmente los economistas relativizan bastante esta crisis, que tradicionalmente se había considerado grave y prolongada (hasta 1896), y que ahora es vista más bien como una etapa de desaceleración económica. Entre 1870 y 1873 la red de ferrocarril creció cerca de un 27 por ciento y el tráfico de bienes por encima del 70 por ciento. La producción de carbón creció un 38 por ciento, la de hierro un 61 por ciento y la de acero un 50

[26] POSADA, C. G. Los seguros sociales obligatorios en España. En *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1943, pág. 3. Fue a partir de 1860 cuando este nuevo proletariado alcanzó conciencia de clase: "Trade unions organization was therefore difficult, but during the revolution so-called "workers brotherhoods", a mixture of embryonic union and political party, appeared. In the 1850s the growth of the industrial proletariat raised the question to what extent it should seek its emancipation within the liberal economic order and in collaboration with liberals, or whether it should challenge the market economy from a collectivist or socialist perspective. The latter alternative prevailed, but this did not become clear until the 1860s. The crowding of workers and their families into inadequate housing in the proletarian ghettoes of large cities separated them spatially from the middle classes and was an element in fostering a separate political conciousness" (FEUCHTWANGER, E. *Imperial Germany* cit., pág. 8).

[27] ALMANSA PASTOR, J. M. *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 70.

[28] VENTURI, A. *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1995, pág. 106.

[29] WALLER, B. *Bismarck*, Ariel, Barcelona, 1999, pág. 104.

por ciento. Sin embargo, entre 1873 y 1879 la producción anual de hierro siguió creciendo de 2,22 millones de toneladas a 2,23, la de acero de 1,58 millones de toneladas a 1,72 y la carbón de 36,39 millones de toneladas a 42,03. Los salarios se redujeron sustancialmente (en la empresa Krupp a la mitad entre 1873 y 1878, por ejemplo), pero correlativamente también cayeron los precios. En todo caso, es cierto que la principal repercusión de esta recesión recayó sobre los trabajadores, tanto por el recorte de salarios como de empleos (por ejemplo, la empresa MAN en Nuremberg redujo su plantilla de 3.500 trabajadores en 1872 a 800 en 1879), por lo que hubo una elevación dramática de las tensiones sociales[30].

Bismarck llevó al Parlamento una ley que estipulaba la disolución de todas las asociaciones social-demócratas, socialistas y comunistas, que prohibía todas sus reuniones, sus celebraciones y la impresión de material. La mayoría de los liberales deseaban mantener controlados a los socialistas, pero quedaron divididos cuando Bismarck planteó su persecución abierta. De esta manera, el Canciller anuló a socialistas y liberales. No obstante, con un plan político muy ambicioso, pretendió además ganarse a los trabajadores mediante la organización de un sistema de seguros sociales, implantando en 1883 el seguro de enfermedad, en 1884 el seguro de accidentes de trabajo y en 1889 el seguro de vejez-invalidez[31]. De este modo, siguiendo su característica *realpolitik*, Bismarck pretendía eliminar las causas de descontento de los trabajadores, descontento que comprometía la seguridad del Estado, ligar el proletariado al Estado a través del cordón umbilical de las prestaciones sociales, defender la organización capitalista de la producción y sustraer a los grupos profesionales obreros los elementos de combate que podían llegar a ser en las luchas sociales las sociedades de socorro y previsión anejas a los sindicatos[32]. Aparte de estas motivaciones políticas a corto plazo, ya se venía denunciando por diversos sectores que los sistemas tradicionales de lucha contra la pobreza se habían quedado obsoletos y resultaban insuficientes para afrontar la nueva situación social creada por la industrialización. La Asociación de Política Social, fundada en 1872 (cuyos miembros eran despectivamente llamados socialistas de cátedra por los teóricos más liberales), contaba con destacados economistas como Gustav Schmoller o Lujo Brentano, que defendían la intervención del Estado para corregir los desequilibrios del mercado libre. Del mismo modo, Bismarck contaba con asesores como Hermann Wagener y Theodor Lohman, que perfilaron el modelo de seguros sociales y que defendían la emancipación

[30] FEUCHTWANGER, E. *Imperial Germany* cit., págs. 67 y 68.

[31] WALLER, B. *Bismarck* cit., pág. 106.

[32] POSADA, C. G. Los seguros sociales obligatorios en España cit., pág. 7.

del obrero para que adquiriese conciencia de plena ciudadanía[33]. Estas medidas no obstante no fueron unánimemente aplaudidas en aquella época, sino que sufrieron la incomprensión de numerosos sectores y fueron criticadas no sólo por los teóricos liberales, sino por muchos representantes de los trabajadores, que las compararon con el reparto de pan entre la plebe en la Roma imperial, o con una estafa, por la reducida cuantía de las prestaciones por las que tenían que cotizar (la pensión de jubilación se percibía además a los 70 años, edad que muy pocos trabajadores esperaban alcanzar en aquella época)[34]. En todo caso, aquellas medidas tuvieron una enorme trascendencia histórica, y no sólo para Alemania, pues se había sentado la base de la Seguridad Social en el mundo

I.b.- GRAN BRETAÑA

Al margen del antecedente de la Ley de accidentes de trabajo de 1897 (*Workmen´s Compensation Act*), que se basaba en la responsabilidad objetiva del empresario por los accidentes sufridos por los trabajadores a su servicio, fue en 1911 cuando el primer ministro Lloyd George instituyó a imitación del modelo alemán los seguros obligatorios de enfermedad, invalidez y desempleo mediante la *National Insurance Act*. En principio no se cubrió la vejez porque se consideraba ya protegida a través de la *Old Age Pensions Act* de 1908[35]. A cambio, sí se cubría el desempleo por ser un problema especialmente acuciante en Gran Bretaña para el que la *Poor Law* resultaba notoriamente insuficiente[36], hasta el punto de que constituía un elemento de inestabilidad social tan amenazador que Lloyd George presentó el seguro de desempleo a la opinión pública y a las clases conservadoras como "una prima de seguro contra la revolución"[37]. En los mismos términos, VENTURI recoge la siguiente cita de Lord Snowden: "el sistema de seguro contra el paro ha salvado –en mi opinión- a este país de

[33] FEUCHTWANGER, E. *Imperial Germany* cit., pág. 85.

[34] *Ibid.*, pág. 87.

[35] ALMANSA PASTOR, J. M. *Derecho de la Seguridad Social* cit., pág. 73.

[36] VENTURI, A. *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social* cit., pág. 114.

[37] POSADA, C. G. Los seguros sociales obligatorios en España cit., pág.8.

la revolución con ocasión de la larga depresión económica que tuvimos a partir del año 1929"[38].

Lloyd George actuó como patrocinador de dicha reforma social, pero el verdadero promotor de la misma fue un joven Winston Churchill desde su cargo como Ministro de Comercio[39]. A finales de 1908 Churchill presentó al Gabinete dos medidas inextricablemente unidas entre sí, a saber, el establecimiento de una red de bolsas de trabajo y el seguro de desempleo. Para estos proyectos había reclutado a un joven William Beveridge. La primera de las propuestas prosperó sin problemas, mientras que el seguro de desempleo encontró mayores dificultades en el Gabinete, por lo que no se convirtió en ley hasta diciembre de 1911, cuando Churchill ya había abandonado el Ministerio de Comercio y, tras veinte meses como Ministro de Interior, era Primer Lord del Almirantazgo.

Dicho seguro cubría a un grupo considerable pero limitado de trabajadores, que ascendía a tres millones en las industrias que estaban más expuestas a la fluctuación cíclica: la construcción, la ingeniería y los astilleros, aunque con disposiciones para una futura posible extensión. Las prestaciones serían sufragadas mediante una deducción obligatoria de dos

[38] VENTURI, A. *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social* cit., pág. 115.

[39] Churchill escribía el 29-12-1908 la siguiente carta al primer ministro Asquith: "Durante estos días de tranquilidad he estado dándole vueltas a muchas cosas y me siento impulsado a señalarle la convicción que hace tiempo se ha estado formando en mi mente. Hay una tremenda política de Organización Social. La necesidad es urgente y el momento, oportuno. Alemania, con un clima más duro y con menor riqueza acumulada, ha conseguido crear unas condiciones básicas tolerables para su pueblo. Está organizada no sólo para la guerra, sino para la paz. Nosotros no estamos organizados para nada salvo la política de partidos. El ministro que aplique a este país las experiencias satisfactorias de Alemania en organización social puede o no recibir apoyo en las elecciones, pero al menos habrá dejado un recuerdo de su Administración que el tiempo no borrará (…). Disponemos al menos de dos años. Tenemos las desdichas que este invierno está infligiendo a las clases más pobres [que] nos apoyan. Y, cosa extraña, la clase misma de legislación que se requiere es del tipo al que la Cámara de los Lores no se atreverá a oponerse. El gasto de menos de diez millones al año, no en beneficencia, sino en maquinaria y estímulos a la economía, haría de Inglaterra un país diferente para los pobres. Y creo que en cuanto la nación empiece a sentir el impulso de estos grandes planes, primero tendrá interés y después apoyará sólidamente al Gobierno. He aquí los pasos tal como yo los veo.

1. Bolsa de trabajo y seguro de desempleo.
2. Seguro de enfermedad nacional, etc.
3. Industrias estatales expansivas especiales, repoblación forestal, carreteras.
4. Ley de la pobreza modernizada, es decir, clasificación.
5. Unión de los ferrocarriles con el control estatal y garantía.
6. Educación obligatoria hasta los diecisiete años.

Creo que todas estas cosas pueden ser llevadas a cabo, y con éxito, y que no sólo beneficiarían al Estado sino que fortalecerían al partido. Es mucho mejor fracasar en tan nobles esfuerzos que perecer de lenta parálisis o ventosa agitación. Yo digo: introduce una gran rebanada de bismarckismo en toda la cara interior de nuestro sistema industrial y espera las consecuencias, sean cuales sean, con buena conciencia." (JENKINS, R. *Churchill*, Ediciones Península, Barcelona, 2001, pág. 175).

peniques a la semana del salario, más un penique semanal a cargo del empresario y otro penique a cargo del Tesoro[40].

Entre 1914 y 1920 Gran Bretaña no consiguió llevar adelante ninguna de las reformas sociales proyectadas porque se vio desbordada por el problema del desempleo. En el periodo de entreguerras el número de desempleados nunca bajó de un millón y llegó a superar la cifra de dos millones, mientras que en Francia, por ejemplo, nunca hubo más de 800.000 desempleados en los momentos peores, que además fueron más breves que en Gran Bretaña[41].

Durante la Primera Guerra Mundial se aprobó la Ley de Seguro Nacional, que amplió el seguro de desempleo a los trabajadores de las fábricas de armamento con objeto de pacificar este sector y conducirlos a aceptar una regulación laboral más estricta. Ello supuso añadir otro 1.100.000 trabajadores a la cobertura del seguro por desempleo[42].

La Ley de Desempleo de 1920, con cargo exclusivamente a la financiación por parte del gobierno, amplió la cobertura de desempleo a otros siete millones de trabajadores más con objeto de paliar transitoriamente la repercusión del retorno al mercado de trabajo de los soldados recién licenciados tras el fin de la Primera Guerra Mundial[43].

No obstante, el rápido y constante crecimiento del paro durante los años veinte obligó a aprobar una nueva ley en 1927, que abandonaba ya completamente los criterios actuariales, es decir, que prescindía de supeditar la prestación por desempleo a las cotizaciones previas. Ello se hizo como una medida desesperada para salvar a millones de británicos de la pobreza, de modo que el seguro de desempleo se había convertido en una ley de pobres y el gasto por esta prestación se cuadruplicó entre 1920 y 1936[44]. Por esta razón la Ley de Desempleo de 1934 introdujo un importante recorte que impedía a los no cotizantes percibir la prestación por desempleo sin límite de tiempo[45].

---

[40] *Ibid.*, pág. 181.

[41] ASHFORD, D. E. *La aparición de los Estados de bienestar*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989, pág. 250.

[42] *Ibid.*, pág. 260.

[43] *Ibid.*, pág. 261.

[44] *Ibid.*, págs. 263 y 265.

[45] *Ibid.*, págs. 269 a 274.

Ya con posterioridad a la segunda guerra mundial[46] se dio el paso a un sistema de Seguridad Social propiamente dicho, que tomó como base dos informes elaborados a petición del Gobierno por William Beveridge titulados *Social insurance and allied services* y *Full employment in a free society*. En el segundo informe se definía la Seguridad Social como conjunto de medidas adoptadas por el Estado para proteger a los ciudadanos contra aquellos riesgos de concreción individual que jamás dejarán de presentarse, por óptima que sea la situación de conjunto de la sociedad en que vivan[47]. Se estableció así un sistema de protección social mucho más ambicioso basado en la homogeneidad frente a la dispersión de los seguros sociales (unificación administrativa, unidad de cotizaciones, de prestaciones y de condiciones para el acceso a éstas), la generalización de la protección a todos los ciudadanos y no sólo a los trabajadores, y la cobertura de todas las necesidades pensables.

I.c.- ESTADOS UNIDOS

La teoría más común acerca del nacimiento de la Seguridad Social en Estados Unidos consiste en que este país era a principios del siglo XX el principal reducto del liberalismo económico y social, hasta que la crisis de 1929 estuvo a punto de provocar un colapso social debido precisamente a la inexistencia de mecanismos que pudieran amortiguar su impacto. Considero esta teoría sustancialmente acertada, aunque conviene realizar algunas matizaciones acerca de los cambios sociales que provocó la industrialización y que crearon el escenario para la debacle que tuvo lugar a raíz de la crisis de 1929.

Las situaciones de necesidad a que hace frente la Seguridad Social ya existían anteriormente, aunque en un contexto económico y social bien diferente. Se considera que en 1900 el 12 por ciento de la población en

[46] En opinión de DENIS KESSLER, el sistema de Seguridad Social se implantó en ese preciso momento porque las dos contiendas mundiales tan seguidas y las fuertes migraciones habían diezmado en Gran Bretaña la población de jóvenes que en el seno de cada familia deberían haber atendido a las necesidades de los mayores, incapacitados, etc. de acuerdo con el relevo generacional que hasta entonces había venido cubriendo en gran medida esas contingencias (KESSLER, D. But why is there Social Security?. En VV. AA. *Workers versus pensioners: intergenerational justice in an ageing world* (edited by PAUL JOHNSON, CRISTOPH CONRAD and DAVID THOMSON), Manchester University Press, Manchester, 1989, pág. 85).

[47] ALONSO OLEA, M. La Seguridad Social: presente, pasado y futuro. En VV. AA. *Cien años de Seguridad Social* (directores BERNARDO GONZALO GONZÁLEZ y MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO), Fraternidad-Muprespa y UNED, Madrid, 2000, pág. 159.

EEUU eran pobres. "Incluso las personas que se hallaban ligeramente por encima del umbral de la pobreza establecido por Hunter debían luchar diariamente para mantenerse a flote. Las familias urbanas con tres hijos y unos ingresos de 500 a 800 dólares poseían pocos muebles y ninguna propiedad inmueble. Alquilaban apartamentos de dos o tres habitaciones sin calefacción o incluso sin agua corriente y sin retrete. Subsistían alimentándose de pan y patatas. La enfermedad o la pérdida del empleo acababan pronto con el dinero que habían podido ahorrar. No existía seguro de desempleo, prácticamente no había pensiones para la tercera edad [en aquel entonces sólo las percibían los veteranos de la guerra de secesión] y existía una deficiente asistencia pública. Si todo se venía abajo, la mayoría de los pobres sólo podía recurrir a los políticos y a la beneficencia locales o refugiarse durante la noche en la comisaría de policía. Recurrir a la beneficencia suponía una experiencia frustrante y estigmatizadora y una pérdida de tiempo"[48].

Las causas de la pobreza según los trabajadores sociales de la época eran la enfermedad, la incapacidad, el alcoholismo, la edad avanzada y la muerte del cabeza de familia, es decir, básicamente las situaciones de necesidad típicas que cubren todos los sistemas de Seguridad Social. El 12 por 100 de los hogares pobres lo integraban familias mantenidas por un miembro temporalmente incapacitado o enfermo mental, el 30 por 100 por viudos u hombres permanentemente incapacitados y el 6 por 100 por ancianos. Basándonos en el censo de 1900, 6,4 millones de trabajadores, o sea, el 22 por 100 de la fuerza de trabajo, estuvieron en paro durante algún tiempo en el curso de ese año. Cerca de 2,5 millones de esas personas –la mayoría sin cualificación- estaban en paro durante cinco o seis meses, y 780.000 de siete a doce meses. Ninguno de estos trabajadores recibía seguro de desempleo, algo que por entonces casi nadie recibía en América[49].

La medida que se adoptaba para hacer frente a las situaciones de necesidad descritas consistía en introducir prematuramente a los hijos al trabajo con objeto de sumar salarios y reducir la dependencia respecto del cabeza de familia. No obstante, la Industrialización había traído una novedad social muy importante. En la era preindustrial agraria, el cabeza de familia retenía la titularidad de la tierra, que era el medio de producción y el activo más preciado, lo que mantenía a sus hijos en casa con objeto de heredar la explotación. Sin embargo, esta situación desaparece con la

[48] PATTERSON, J. T. *La lucha contra la pobreza en los Estados Unidos de América. 1900-1985*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993, págs. 21 y 22.

[49] *Ibid.*, pág. 23.

Industrialización, ya que en las ciudades los hijos podían desplazarse a otras ciudades en busca de trabajo y, por supuesto, cuando se casaban abandonaban el hogar familiar. Ello abocaba a que los ancianos solos complementaran sus ingresos ofreciendo habitación a obreros y, de este modo, en 1890 el 30 por ciento de los ancianos de más de 60 años tenían algún alojado en su casa para complementar sus ingresos[50].

No obstante, el panorama descrito requiere dos matizaciones. En primer lugar, la Industrialización no empobreció a los trabajadores en general, sino todo lo contrario. En 1890 la renta media de los norteamericanos de 30 años era de 800 dólares anuales y en 1917 era de casi 1.400. Y para los norteamericanos de más de 60 años en 1890 la renta media se situaba en torno a los 600 dólares anuales, mientras que en 1917 alcanzaba casi los 1000 dólares[51]. Lo que sí es cierto es que la Industrialización, por la razón antedicha, introdujo una tendencia dirigida a la pérdida de ingresos al llegar a la vejez, a lo que hay que sumar que los ancianos eran un grupo más vulnerable a las contingencias que podían causar la pérdida del salario, especialmente por motivos de salud. Los ancianos perdían fuerza y no podían competir con los trabajadores jóvenes y, aunque la introducción del maquinismo redujo los requerimientos físicos para trabajar, también trajo la necesidad de adaptarse a las innovaciones tecnológicas y métodos de producción como el taylorismo, basado en la división minuciosa del trabajo para aumentar la productividad. En definitiva, la presión sobre los trabajadores aumentó muchísimo. Como colofón, cuando se producían despidos, los ancianos tenían muchísima dificultad para reintegrarse al mercado laboral, por lo que la mayoría de las veces debían aceptar los trabajos peor pagados[52]. No obstante, aunque su situación era comparativamente peor que la de los jóvenes, era mucho mejor que treinta años antes.

La segunda matización que conviene hacer es que la situación en el campo, especialmente en el sur, era mucho peor. Los malos tiempos que siguieron a 1860 perpetuaron una clase baja profundamente deprimida de braceros y labradores que en muy alta medida padecieron de anquilostomiasis, pelagra y desnutrición[53]. En 1930 el 54 por 100 de las familias rurales, cerca de 17 millones de personas, ganaban menos de 1000

[50] HABER, C. y GRATTON, B. *Old age and the search for security. An American social history*, Indiana University Press, Indianapolis, 1993, págs. 66 a 76.

[51] *Ibid.*, pág. 73.

[52] *Ibid.*, págs. 98 y 99.

[53] PATTERSON, J. T. *La lucha contra la pobreza en los Estados Unidos de América* cit., pág. 26.

dólares anuales. Éstos eran los más pobres de entre los pobres de Estados Unidos[54]. Se inició así un proceso de emigración hacia las ciudades, donde en general mejoraba su situación.

La American Association for Labor Legislation, fundada en 1906, diseñó un seguro de desempleo que copiaba el sistema inglés de 1911, es decir, que estaba financiado por el empresario, el trabajador y el Tesoro. Incluso contenía la posibilidad de reembolsos a los empresarios que destacasen en el fomento y la conservación del empleo, lo que constituía una novedad respecto al sistema británico. Sin embargo, en 1930 ningún estado había decretado un plan de seguros contra el desempleo y el gasto para la ayuda de las madres con hijos dependientes seguía siendo penosamente pequeño[55]. Las iniciativas sociales chocaban con la mentalidad americana, que seguía anclada en unos valores que ensalzaban el sacrificio y el esfuerzo, por un lado, y por otro lado chocaban con una organización política y administrativa descentralizada que dificultaba la puesta en práctica de medidas generales[56] y que, adicionalmente, promovía los valores del individualismo y el voluntarismo. La Massachussets Special Comisión on Unemployment, Unemployment Compensation, and the Minimum Wage proclamó en 1922 que "el seguro de desempleo da muestras de fomentar la pereza y la imprevisión… para el trabajador estadounidense, independiente y laborioso, el seguro de desempleo parece tener poco atractivo"[57].

La crisis de 1929 cayó como un mazazo sobre la sociedad americana:

> "The great depression of the early 1930´s had brought clearly to light the mounting human problems of dependent old age in an industrial, urban economy. The inherent security of life on the farm had become but a romantic memory for the majority of Americans. Dependence on the earnings of grown children was a partial substitute as long as those earnings continued. With widespread unemployment, even this substitute disappeared for many. With the lay-off of a working son, three generations of family faced increasing poverty. In the cities and industrial towns, there was need to pay rent and buy food and little chance for old people to find work. The loss of savings through bank

[54] *Ibid.,* pág. 35.

[55] *Ibid.,* pág. 54.

[56] ALMANSA PASTOR, J. M., *Derecho de la Seguridad Social* cit., pág. 76.

[57] PATTERSON, J. T. *La lucha contra la pobreza en los Estados Unidos de América* cit., pág. 61.

failures and depreciated investments had reduced many self-reliant old people to dependence on relief"[58].

En 1934 el 20 por ciento de los hogares que vivían de la beneficencia carecía de algún miembro capaz de trabajar. Del resto, el 25 por ciento dependía de salarios por debajo de la cantidad requerida para la subsistencia, y los demás estaban encabezados por parados. De estos últimos, el 14 por ciento había perdido su empleo antes de la primavera de 1929. El desempleo aumentó de 1,6 millones en 1929 a 12,8 millones en 1933, es decir, el 25 por ciento de la fuerza de trabajo, lo que suponía que, por extensión a las familias, un tercio del total de la población estaba afectada por esta situación[59]. A ello se sumaron otros factores coadyuvantes, como el envejecimiento de la población, el colectivo más vulnerable a la recesión, con un aumento del número de personas de más de 65 años de un 4,6 por ciento en 1920 a un 6,9 por ciento en 1940; una crisis agraria provocada por el agotamiento de las tierras que motivó una emigración masiva magníficamente descrita por JOHN STEINBECK en *Las uvas de la ira*; y el aumento de la fuerza de trabajo con medio millón de personas más buscando empleo cada año en una economía en recesión incapaz de absorberlas[60].

Como consecuencia de ello se aprobó en 1935 a instancia del presidente Roosevelt la *Social Security Act*, que, aunque tuvo un alcance limitado[61] (*Old Age and Survivors Insurance*, convertido en 1957 en *Old Age, Survivors and Disability Insurance* cuando se extendió a la invalidez), sentó una estructura preventiva de otro desastre social como el de 1930.

[58] DOUGLAS BROWN, J. *An American philosophy of Social Security*, Princeton University Press, New Jersey, 1973, pág. 6.

[59] Incluso los que tenían trabajo percibían unos ingresos que apenas les alcanzaban para subsistir. La declaración del presidente Roosevelt en 1937 de que "un tercio de la nación malvivía, malvestía y malcomía", era muy conservadora, pues esa cifra bien podía llegar al 40 ó 50 por ciento de la población total (PATTERSON, J. T. *La lucha contra la pobreza en los Estados Unidos de América* cit., pág. 71).

[60] *Ibid.*, págs. 69 a 72.

[61] La ley establecía una serie de subvenciones a los estados por parte del gobierno federal para sufragar ayudas a los ancianos, desempleo, maternidad e infancia, e invidentes. No obstante, su verdadera virtualidad se encontraba en que establecía una pensión de vejez para los mayores de 65 años, calculada porcentualmente en función del salario percibido en activo, y una indemnización de supervivencia, calculada en un 3 por cien de los salarios percibidos por el trabajador después del 31 de diciembre de 1936 o, en caso de ser pensionista de vejez, en la diferencia entre lo percibido en concepto de pensión y el módulo del 3 por cien de los salarios anteriormente señalado.

II.- LA IMPORTANCIA DE LAS IDEAS

Como hemos afirmado anteriormente, en la época en que nació la Seguridad Social predominaba el ideario liberal, que propugnaba el abstencionismo del Estado a favor de la libre contratación de las partes[62], lo que tuvo una notable trascendencia sobre esa situación económica e industrial generada por la Revolución Industrial. La cuestión obrera es producida por la expansión del modo de producir capitalista, que multiplicó considerablemente las formas de trabajo libre asalariado, en condiciones, además, leoninas y opresivas para la clase proletaria. En el contrato libre de trabajo, donde la igualdad civil impedía al empresario toda dominación de tipo jurídico, imperaba, sin embargo, una gran desigualdad de hecho que engendraba un auténtico poder económico del mismo; y en méritos de él se imponían onerosas e infrahumanas condiciones laborales, que habían de ser aceptadas por la parte más débil[63]. Desde el punto de vista del predominio infraestructural, el desarrollo acelerado de la técnica y la superpoblación estaban empujando un proceso de desarrollo económico e industrial vertiginoso y la estructura y la superestructura se adaptaban a dicho proceso. El Derecho, por tanto, sancionaba la situación y coadyuvaba a su impulso, pues la industria necesitaba abundante mano de obra y eso requería que los ciudadanos fuesen libres para emigrar a la ciudad y suscribir un contrato de trabajo. Aunque no comparto la ingenuidad de REHBINDER en sus planteamientos acerca del proceso de evolución del Estado liberal abstencionista hacia el Estado social, sí que me parece muy acertada su descripción de la situación jurídico-social de finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Concretamente, afirma que "este modelo antiguo-liberal fue, al mismo tiempo, resultado y motor de la Revolución Industrial (…) La igualdad burguesa ante el Derecho y la libertad jurídica, por consiguiente, han protegido y fomentado el progreso científico y técnico, especialmente en su aplicación práctica a la economía"[64]. Añade

[62] JOHN STUART MILL definió el principio fundamental del liberalismo de la siguiente manera: "el único fin que justifica que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de cualquiera de sus miembros es la protección del propio género humano. Porque la única finalidad por la que el poder puede ser ejercido, con todas las de la ley, sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, en contra de su voluntad, estriba en evitar que perjudique a los demás, pues su propio bien, físico o moral, no basta como justificación. Nadie puede ser obligado por ley a realizar o no determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque lo hiciera más feliz, o porque, en opinión de los demás, resultase más prudente o justo actuar de esa manera" (MILL, J. S. *Sobre la libertad*, Edaf, Madrid, 2004, pág. 52).

[63] PERPIÑÁ RODRÍGUEZ, A. *Filosofía de la Seguridad Social. Ontología de la previsión actual*, Instituto Nacional de Previsión, Madrid, 1952, pág. 77.

[64] REHBINDER, M. *Sociología del Derecho*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1981, pág. 140.

asimismo que "si una sociedad industrial se encuentra en construcción, el progreso económico y técnico determina la evolución jurídica, de tal modo que el Derecho considera su tarea capital el sancionar el camino del progreso"[65].

El problema aparece cuando la inmensa riqueza generada por el sistema capitalista a partir de la Revolución Industrial no se reparte igualitariamente, de modo que no alcanza a la mayoría de la población. Esa mayoría se halla concentrada en las ciudades, desarraigada y dependiendo exclusivamente del salario para sobrevivir, circunstancias éstas novedosas y que suponen una diferencia importantísima respecto a otras situaciones precedentes de explotación que pudieron darse respecto a los campesinos en la Edad Media, por ejemplo[66]. Y éste fue el peligro inminente que vislumbraron los gobernantes a finales del siglo XIX y principios del XX[67].

Como ya hemos visto, el materialismo cultural no desprecia la importancia de las ideas como coadyuvantes en la evolución histórica y, en el caso que nos ocupa, las ideas tuvieron una importancia muy grande como desencadenante de los cambios jurídicos que habrían de introducirse entre los siglos XIX y XX.

Se han señalado diversos autores que fueron pioneros en defender la protección por el Estado de los más desfavorecidos económicamente. VENTURI cita la idea de un sistema de previsión social obligatorio anticipada por Condorcet en 1793, por Acland en 1786 y por Townsend en 1787[68]. No obstante, debemos aclarar que, antes que todos ellos, fue el español Luis Vives quien defendió que fuera la sociedad civil quien se ocupase de los más pobres, con el mérito añadido de que lo hizo en 1526, cuando era ésta una cuestión de caridad, es decir, competencia exclusivamente de la Iglesia. La pobreza, que era un problema escatológico y religioso en la mentalidad medieval, se convierte en Vives en social, político y económico. Los males de los pobres no son sólo individuales, sino públicos y sociales. El objetivo es solucionar el problema de la convivencia en la tierra y en la sociedad. De aquí que la mirada de Vives se

[65] *Ibid.*, pág. 141.

[66] "Freedom to work so that the bosses can get rich… Opportunity to starve to death if you get fired from your job" (Así de gráficamente lo describió DOS PASSOS, J. *The 42nd parallel*, Mariner Books, New York, 2000, pág. 322).

[67] "Less tangible, but even more important in terms of morale and motivation in a democratic country, was the fear that a steadily increasing proportion of aged people on needs-test assistance would lead to frustration, bitterness, and resultant political repercussions" (DOUGLAS BROWN, J. *An American philosophy of Social Security* cit., pág, 56).

[68] VENTURI, A. *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social* cit., págs. 103 y 104.

vuelva, no hacia la Iglesia, sino hacia el senado, el consulado y el ayuntamiento de las ciudades: por eso fija su atención en el bien de la república civil[69].

También se ha mencionado a Hobbes y Hegel como defensores de que el soberano o la sociedad civil respectivamente provean a los individuos incapaces para mantenerse a sí mismos[70]. El primero afirmaba lo siguiente:

> "Y dado que muchos hombres, por accidente inevitable, quedan incapaces de mantenerse por medio de su trabajo, no debieran ser abandonados a la caridad de personas particulares, sino ser cuidados (en la medida en que lo requieran las necesidades naturales) por las leyes de la República, pues así como es en cualquier hombre falta de caridad negligir al impotente, también lo es, en el soberano de una República, exponerle al azar de caridad tan incierta."[71]

Verdaderamente interesante es el planteamiento filosófico de HEGEL. La cosmogonía de este genial pensador gira en torno a la idea, que es la realización empírica del concepto. En su filosofía del Derecho el concepto es la voluntad o la libertad, pues ambas van indisolublemente unidas como el peso a la materia, de modo que una voluntad que no sea libre no es propiamente voluntad. De este modo, distingue tres momentos en el desarrollo de las ideas, a saber: el Derecho abstracto o formal, la moralidad y la eticidad. En el primero la idea es la propiedad, que es la realización empírica de la libre voluntad. Por tanto, se trataba de un pensamiento claramente liberal, pues HEGEL defendía que todos tienen derecho a la propiedad, lo que no significa que todos deban tener lo mismo. El segundo momento sería la moralidad, en que la idea es la subjetividad, es decir, que la voluntad libre se realiza en lo subjetivo frente a lo universal. El Estado nunca debe penetrar en la moralidad, pues las convicciones subjetivas de cada uno son libres. Ahora bien, en caso de conflicto entre la moral subjetiva y el Derecho del Estado, el ciudadano debe cumplir con éste, pues sólo dentro del Estado puede realizarse la libertad, ya que la inexistencia del Estado significaría la no-libertad. Sólo en casos de corrupción generalizada, puede el individuo apartarse del Derecho y retornar a su

---

[69] CARASA SOTO, P. Juan Luis Vives y la reforma social. Estudio preliminar en JUAN LUIS VIVES. *Tratado del socorro de los pobres*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, pág. 76.

[70] ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L. *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 27.

[71] HOBBES, T. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, Editora Nacional, Madrid, 1979, pág. 417.

moral subjetiva, si bien con el deber de hacerlo para generar nuevamente un Derecho justo. El tercer momento sería el de la eticidad, en que la libertad se eleva por encima de la opinión y del agrado subjetivos para crear las leyes y las instituciones. Aquí es donde encontramos el fundamento filosófico de la Seguridad Social:

> "En el sistema de las necesidades vitales la subsistencia y el bienestar de cada individuo es como una posibilidad cuya realidad está condicionada por su libre arbitrio y particularidad natural, así como por el sistema objetivo de las necesidades vitales: mediante la administración de justicia es eliminada la violación de la propiedad y de la personalidad. Pero el derecho efectivo en la particularidad contiene que las contingencias frente a los fines de unos y otros sean superadas y sea efectiva la imperturbada seguridad de la persona y de la propiedad, y también que la garantía de la subsistencia y del bienestar del individuo, esto es, el bienestar particular, sea tratado y realizado como derecho".[72]

HEGEL fue pionero en que no defendió el deber de la sociedad, la república o el soberano de atender a los necesitados, sino que declaró que la seguridad y el bienestar de los individuos debían ser tratados como un derecho. Además, defendía que ese bienestar debía ser procurado por el poder público para no dejarlo a la contingencia de las limosnas, que forman parte de la moralidad, es decir, de la subjetividad, y para que la libertad de industria no ponga en peligro el bienestar universal de la sociedad[73].

A partir de mediados del siglo XIX surgen ya numerosas líneas de pensamiento que propugnan la intervención del Estado para la protección social de los trabajadores, como Sismondi, Rodbertus y Fitche y, especialmente en Alemania, Schmoller, Wagner y Schaeffle[74], representantes del llamado socialismo científico o de cátedra, que defendían una solidaridad entre los individuos y las clases sociales, utilizando el impuesto como instrumento redistributivo[75]. En este aspecto la posición de la Iglesia católica era más reticente respecto a la labor del Estado, pues, si bien defendía la virtud de la solidaridad desde la Encíclica *Rerum Novarum* (papa León XIII, 1891), entendía que debía

---

[72] HEGEL, G. *Rasgos fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado* cit., pág. 287.

[73] *Ibid.*, págs. 289 a 293.

[74] VENTURI, A. *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social* cit., págs. 105 y 106.

[75] ALMANSA PASTOR, J. M., *Derecho de la Seguridad Social* cit., pág. 70.

complementarse con el principio de subsidiariedad, es decir, que el Estado sólo habría de intervenir de manera supletoria cuando los esfuerzos solidarios de los individuos sean insuficientes para la protección de los más desfavorecidos. La Iglesia, en este sentido, mantenía una desconfianza hacia la deriva totalitaria en que podría incurrir un Estado intervencionista, desconfianza que no superó hasta 1930 en la Encíclica *Casti Connubii*[76]. El Código Social de Malinas ya aceptaba que el sistema de seguros sociales obligatorios debería generalizarse[77] y la Encíclica *Divini Redemptoris* de 19-3-1937 incidía en la misma dirección[78].

Otras corrientes ideológicas muy influyentes en la aparición de la Seguridad Social fueron el socialismo marxista y el anarquismo, que pretendían romper con el orden vigente y que, ante las paupérrimas condiciones de vida de los trabajadores y la inseguridad a que se enfrentaban éstos tanto en materia de siniestralidad laboral como respecto a los medios de subsistencia, por depender exclusivamente del salario, estaban calando profundamente en amplios sectores del proletariado. Y como esta situación afectaba a una masa cada vez más numerosa de la población, y como pronto la masa explotada hubo de reaccionar en forma enérgica y violenta, poniendo en peligro la paz y estabilidad de la sociedad global, se produjo un estado de hecho de clara y manifiesta trascendencia social[79].

Ahora bien, frente al determinismo marxista, el materialismo cultural de HARRIS entiende que "el reconocimiento de la primacía de la infraestructura no implica que se reste importancia a la actuación humana consciente, sino que meramente pone de relieve la trascendencia de contar con teorías sólidas sobre la historia que puedan guiar las opciones humanas conscientes"[80]. Ahí fue donde se puso de manifiesto la capacidad de adaptación del sistema político y económico, reconociendo la realidad de la evolución socioeconómica y tomando medidas reformistas que evitasen la subversión de todo el sistema. Para ello contaban con la sociabilidad humana, conservadora por naturaleza, ya que, como dijo ARISTÓTELES, "todas las comunidades parecen partes de la comunidad política, pues los hombres se asocian siempre con vistas a algo que les conviene y para

[76] GARCÍA ESCUDERO, J. M. *Los principios de solidaridad y de subsidiariedad como postulados de la política social*, Publicaciones Españolas, Madrid, 1960, págs. 39 y 40.

[77] *Ibid.*, pág. 144.

[78] *Ibid.*, pág. 138.

[79] PERPIÑÁ RODRÍGUEZ, A. *Filosofía de la Seguridad Social* cit., pág. 77.

[80] HARRIS, M. *Teorías sobre la cultura en la era posmoderna* cit., pág. 190.

procurarse algo de lo que se requiere para la vida, y la comunidad política parece haberse constituido en un principio, y perdurar, por causa de la conveniencia"[81]. Cuando los trabajadores no obtienen ninguna ventaja del sistema político, económico y social establecido, calarán en ellos las ideas revolucionarias, pero si el sistema les hace participar de las ventajas del mismo, su tendencia será la de conservar el *statu quo*, y ahí es donde Bismarck acertó de pleno, marcando el camino a los demás Estados europeos.

Como explica PERPIÑÁ RODRÍGUEZ, "no cabe duda de que el industrialismo moderno engendró la cuestión social; pero, adviértase bien, no sólo porque la nueva técnica de producción hiciera surgir una nueva clase social en míseras condiciones de vida, sino, además, porque ese fenómeno situacional fue acogido y valorado por el espíritu de la época y por los rectores de la comunidad con un criterio humanista (más utilitario que ético, pero humanitario en sus resultados finales). Sin ese criterio, base de determinadas motivaciones legislativas, no habría habido ninguna "cuestión". La técnica de construcción de las pirámides de Egipto y otros grandes monumentos de la antigüedad y aun de todas las formas de producción creó con la esclavitud una situación incomparablemente peor que la del proletariado moderno. Y, sin embargo, no promovió ninguna cuestión social en los términos del siglo XIX (…) Junto a sentimientos e ideologías más o menos humanitarios, la técnica moderna actuó como factor impulsor de los Seguros sociales". Y concluye: "sin el Cristianismo, la democracia y el socialismo no habría existido ese sistema jurídico"[82].

En idénticos términos se pronuncia VENTURI, para quien en la aparición de la Seguridad Social tuvo un papel importantísimo la influencia de las ideas socialistas: "y ello, no porque tales ideas hubieran conquistado entonces a gobernantes y legisladores, sino porque, con la difusión alcanzada por las mismas entre las masas proletarias, y con las agitaciones y violentas sublevaciones que se produjeron, fue tomando forma la convicción entre gobernantes y legisladores de que resultaba preciso que el

[81] ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pág. 132. De la misma manera HEGEL definió la sociedad civil como "una unión de los miembros como singulares independientes en una así universalidad formal, mediante sus necesidades vitales y mediante la constitución jurídica como medio de seguridad de las personas y de la propiedad y mediante un ordenamiento externo para sus intereses particulares y comunes" (HEGEL, G. *Rasgos fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado* cit. pág. 231).

[82] PERPIÑÁ RODRÍGUEZ, A. *Sociología de la Seguridad Social*, Confederación Española de Cajas de Ahorro, Madrid, 1972, pág. 521.

Estado hiciese algo a favor de las clases trabajadoras para calmar sus inquietudes y combatir la propaganda política, llamada subversiva"[83].

No obstante, me gustaría resaltar en este punto la importancia trascendental que tuvo el humanismo impulsado por la Ilustración. Al fin y al cabo, el Cristianismo llevaba diecinueve siglos sobre la faz de la tierra y el socialismo había aparecido muy recientemente. El que los obreros se hubieran hecho conscientes de sus derechos y que el Estado no hubiera respondido de un modo violento y tiránico ahogando las reivindicaciones proletarias en un baño de sangre, como en episodios anteriores de la historia, debe mucho al espíritu de la Ilustración. No en vano, VOLTAIRE, al criticar en 1766 el ahorcamiento de una chica de dieciocho años porque, avergonzada de haberse quedado encinta, abandonó a su criatura tras el parto causándole la muerte, lamentaba que "la caridad no ha establecido aún en este país ninguna casa de socorros en la que los desamparados sean alimentados. En donde falta la caridad la ley es siempre cruel. Mucho más valdría el impedir estas desgracias, que son bastante comunes, que el castigarlas. La verdadera jurisprudencia es la de impedir los delitos, y no la de dar la muerte a un sexo débil, cuando es evidente el que su culpa no ha sido acompañada de ninguna malicia y que, al contrario, le ha costado bastante caro. Asegurad, lo mejor que podáis, un recurso para los que se conduzcan mal, y tendréis menos que castigar"[84]. Por tanto, aparte de que se hubieran creado unas condiciones infraestructurales aptas para la implantación de un sistema de previsión social, la semilla humanista sembrada con la Ilustración, a la que se sumaron posteriormente el Cristianismo y el socialismo, crearon también un escenario ideológico propicio para dicha implantación.

Siguiendo el modelo del materialismo cultural, unas determinadas condiciones de producción y reproducción (la Revolución Industrial unida al incremento de la población y a la concentración de ésta en las ciudades, dependiendo exclusivamente del salario para vivir) habían empujado a adoptar medidas legales y políticas para evitar la subversión del sistema, es decir, que la infraestructura estaba condicionando claramente a la estructura. En esta labor coadyuvaban ciertas ideas que defendían la protección de los ciudadanos frente a situaciones de necesidad, tal como hemos visto, pues, de no existir, probablemente las clases dominantes hubieran optado por una represión sangrienta y sin contemplaciones al estilo de Graco con Espartaco y sus seguidores sediciosos en Roma. Esas

[83] VENTURI, A. *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social* cit., pág. 100.

[84] VOLTAIRE. *Comentario sobre el libro "De los delitos y de las penas" por un abogado de provincias*, Alianza Editorial, Madrid, 1986, pág. 116.

ideas pudieron implantarse además porque eran compatibles con el entorno infraestructural, tal como quedó explicado anteriormente, ya que la industrialización había generado riqueza suficiente para implantar un sistema de protección social. Ahora bien, tales ideas chocaban con las que hasta entonces habían estado vigentes, es decir, las ideas liberales, por lo que era necesario además dotar a la sociedad de nuevas ideas para validar esas reformas que habían de implantarse.

El Derecho liberal se basaba en que la fuente de obligación de los contratos provenía de la convergencia de la voluntad de los contratantes. En base a ello los trabajadores de las minas, fábricas o ferrocarriles –primeros afectados por las consecuencias de la industrialización en el campo de los accidentes laborales- habían "asumido el riesgo" que conllevaba la actividad contratada, por lo que no podían demandar a sus empleadores en caso de accidentes de trabajo. La teoría de la *assumption of risk* se formuló primero en Gran Bretaña en el caso Priestley v. Fowler (1837), trasladándose a los EE.UU. al ser retomada por el juez Shaw en el famoso caso Farwell v. Boston and Worcester R.R. (1842), que elevó el paradigma del contrato al lugar supremo que ocuparía en el pensamiento jurídico a lo largo de todo el siglo XIX[85]. En 1891 Joaquín López Puigcerver, Presidente de la Academia de Legislación y Jurisprudencia pronunció un discurso en el que entendía que " las "nuevas teorías" que podían extraerse de las normas europeas sobre accidentes de trabajo habían sustituido la fundamentación jurídica por otra "deleznable" que sacrificaba "los principios de derecho"; así, la inversión de la carga de la prueba, los seguros obligatorios o la teoría del riesgo no se sustentaban , según él, en principio jurídico alguno, sino en cuestiones tales como la "caridad" o la "cuestión social", que sin duda alguna rompían el sentido jurídico, negaban la libertad y favorecían la absorción por el Estado de las funciones propias del individuo"[86]. Bien es cierto que el principio de la *assumption of risk*, o su versión latina procedente del Digesto *volenti non fit iniuria*, es decir, que las consecuencias dañosas del accidente deben ser soportadas por el propio trabajador, puesto que suscribió voluntariamente el contrato de trabajo, no fue la solución adoptada en nuestro ordenamiento jurídico, que se decantó por la solución francesa de la responsabilidad por culpa del art. 1902 del CC, en virtud de la cual "el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño

[85] LORENTE, M. y GARRIGA, C. Certeza jurídica vs. Justicia social: la Ley de Accidentes de Trabajo y el liberalismo jurídico español. En VV. AA. *Cien años de Seguridad Social* (directores BERNARDO GONZALO GONZÁLEZ y MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO), Fraternidad-Muprespa y UNED, Madrid, 2000, pág. 62.

[86] *Ibid.*, pág. 64.

causado"[87]. Solución igualmente insuficiente para hacer frente al problema de los accidentes de trabajo en tanto que el trabajador, en una inferioridad manifiesta de condiciones, debía probar la culpa del empresario, quedando además pendiente el problema de una posterior insolvencia de éste.

La solución jurídica adoptada por la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900[88] (LAT) fue la de imputar al empresario la responsabilidad objetiva por los accidentes de trabajo sufridos por los trabajadores a su servicio[89]. El fundamento de esa responsabilidad objetiva se buscó en un principio de gran raigambre en nuestra tradición jurídica, cual es *cuius commodum, eius incommodum*, es decir, aquél que se beneficia de algo, debe soportar también los perjuicios que puedan aparecer como anejos a dichos beneficios. O, trasladado al tema que aquí es objeto de estudio, si el empresario es el que se beneficia de la enorme productividad que aporta el maquinismo, también debe soportar los perjuicios que las máquinas provocan a sus trabajadores[90].

Cuando se comienzan a desarrollar los seguros sociales en España, el referido principio se revela como inadecuado para sustentar la contribución del empresario a la protección de la vejez del trabajador o a la maternidad, por lo que, a juicio de ALARCÓN CARACUEL, se recurre al principio de solidaridad, en virtud del cual los beneficiarios de la protección -los trabajadores- pagarán solamente una pequeña parte del coste de esa protección, mientras que los empresarios pagarán una parte mayor y, finalmente, el propio Estado contribuirá también con una parte, además de encargarse de la gestión del aseguramiento, siendo ésta la típica

[87] *Ibid.*, pág. 77. También en idéntico sentido, BORRAJO DACRUZ, E. Fundamento de la protección por accidente de trabajo: balance y perspectiva (Notas introductorias al estudio de la Ley de 1900). En VV. AA. *Cien años de Seguridad Social* (directores BERNARDO GONZALO GONZÁLEZ y MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO), Fraternidad-Muprespa y UNED, Madrid, 2000, pág. 83.

[88] Gaceta de Madrid de 31 de enero de 1900, número 31.

[89] El dictamen de la comisión del Congreso de los Diputados informaba acerca del proyecto de ley de accidentes de 1900 lo siguiente: "La razón alcanza que cuando en una industria acaece un accidente sea responsable de él aquél que lo cause, pero pugna con los sentimientos de justicia y equidad que cuando a nadie pueda imputarse la culpa de la desgracia sufra sólo el operario que del accidente es víctima y pague con su muerte, o su incapacidad para seguir ganando su sustento, las contingencias únicamente imputables a la moderna maquinaria que hace, según las estadísticas más moderadas y bajas, que más de la mitad de los accidentes que ocurren en la industria se deban a casos fortuitos motivados por la complicación de los mecanismos o por empleo de peligrosas sustancias, y en los que ninguna parte tiene la voluntad ni la negligencia del operario, antes pueden calificarse, como alguien lo ha dicho, de inevitables. De aquí que se haya afirmado por cuantos buscan remedio a las causas de malestar y antagonismo social originante, que debe garantizar los riesgos de la industria la industria misma" (ALARCÓN CARACUEL, M. R. Los orígenes de la Seguridad Social en España. En VV. AA. *Seguridad Social, una perspectiva histórica*, Subdirección General de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pág. 28).

[90] *Ibid.*, pág. 27.

financiación tripartita de los seguros sociales[91]. No vamos a extendernos en este momento en el análisis de este principio, pues más adelante profundizaremos en el estudio del mismo. Baste decir aquí que el principio de solidaridad es considerado unánimemente como la columna vertebral, no ya sólo de los seguros sociales, sino también de los modernos sistemas de Seguridad Social.

Siguiendo con el hilo de nuestra explicación, hemos visto cómo la infraestructura determinó una concreta estructura política y económica y, finalmente, unas ideas o principios superestructurales, informadores de las nuevas normas que se promulgaron para adaptarse al nuevo *statu quo*. Pero a continuación vamos a seguir profundizando para apreciar lo que en el primer capítulo de este trabajo denominé el "efecto retorno de las ideas".

La nueva situación jurídico-política era notoriamente más satisfactoria para los trabajadores, pero también para los intelectuales humanistas, para los cristianos, etc. De este modo, las ideas acerca del deber del Estado de facilitar una protección social calan en todas las capas de la sociedad y son objeto de amplio desarrollo. HELLER desempeña un papel primordial en este aspecto, pues no en vano acuñó la expresión "Estado Social de Derecho"[92], tan popular en nuestros días y plasmada en el art. 1º de la Constitución Española de 1978[93] (CE). HELLER era socialista, pero difería del marxismo en dos aspectos fundamentales, a saber: no compartía el determinismo histórico y, en segundo lugar, defendía el papel fundamental del Estado para alcanzar la justicia social. Respecto a lo primero, HELLER no aceptaba la primacía de la economía sobre la política, pues era un idealista convencido. Para él "todos los hombres deben tener igual posibilidad social de desarrollo"[94], y por tanto el fin de la política "es actualmente la organización de la sociedad referida a la idea de justicia social"[95]. Para ello defendía "la supremacía autoritaria del Estado sobre la sociedad, en particular sobre la economía, mediante el origen democrático de la autoridad política y mediante límites precisos de

[91] *Ibid.*, pág. 34.

[92] HELLER, H. ¿Estado de Derecho o dictadura? En *Escritos políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, pág. 301.

[93] BOE de 29 de diciembre de 1978, número 311.

[94] HELLER, H. El sentido de la política. En *El sentido de la política y otros ensayos*, Pre-textos, Valencia, 1996, pág. 59.

[95] *Ibid.*, pág. 58.

la autoridad estatal"[96]. En definitiva defendía el modelo de Estado intervencionista actualmente vigente: "para nosotros puede tratarse únicamente de someter también el orden del trabajo y de los bienes a la organización del Estado material de derecho, de transformar el Estado liberal en un Estado socialista de derecho, pero no de eliminar el Estado de derecho en general"[97].

Estas ideas pueden considerarse actualmente consustanciales a la Seguridad Social, por cuanto ésta es impuesta coactivamente en aras de un principio de solidaridad o de justicia social. Ya en su momento sentenciaba PERPIÑÁ RODRÍGUEZ que "los seguros sociales, y aun más la Seguridad Social, son un ejemplo de estatificación dentro del sistema jurídico dual de civilización. Se han incorporado al Derecho público, con todas sus consecuencias"[98]. La Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social[99] (LBSS) recoge en su Base preliminar que "a través de la Seguridad Social, el Estado español garantizará a las personas que por razón de sus actividades están comprendidas en su campo de aplicación, y a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, protección adecuada en las contingencias y situaciones que en esta Ley se definen y la progresiva elevación de su nivel de vida en los órdenes sanitario, económico y cultural". Para ello la LBSS se esfuerza en dejar claro que "corresponde al Estado la ordenación, jurisdicción e inspección de la Seguridad Social. Compete al Ministerio de Trabajo el ejercicio de las funciones administrativas y reglamentarias en las materias comprendidas en las bases que fija la presente Ley" y "todos los organismos, Instituciones y Servicios de la Seguridad Social quedan bajo la dirección, vigilancia y tutela del Ministerio de Trabajo para el cumplimiento de los fines señalados en la presente Ley".

Una vez llegada la democracia, pocas variaciones hubo a este respecto. La CE contiene un amplio catálogo de disposiciones que, en aras de la justicia social, consagran el intervencionismo del Estado. Sin ánimo de ser excesivamente prolijo, cabe citar las siguientes.

- El art. 9.2 de la CE establece que "corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la

[96] HELLER, H. Metas y límites de una reforma de la Constitución alemana. En *El sentido de la política y otros ensayos cit.*, pág. 70.

[97] *Ibid.*, pág. 73.

[98] PERPIÑÁ RODRÍGUEZ, A. *Sociología de la Seguridad Social* cit., pág. 428.

[99] BOE de 30 de diciembre de 1963, número 312.

igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; 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".

- El art. 39 declara que "los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia".
- El 41 que "los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo".
- El 43.2 que "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 todos al respecto".
- El 50 que "los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad".

Y no es un fenómeno exclusivo de España, pues la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 establece en su art. 25 lo siguiente:

> 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.
>
> 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

No en vano, se habla de derechos humanos de primera generación para referirse a aquéllos que son propios del Estado liberal, es decir, los derechos relacionados con la libertad, que exigen un no hacer por parte del Estado; después vendrían los derechos de segunda generación, que serían los propios del Estado social, y que son los derechos relacionados con la

igualdad, que plantean la necesidad de que el Estado otorgue prestaciones positivas tales como construir escuelas u hospitales[100].

Aquí ya nos encontramos en una fase en que las ideas se han enraizado en la conciencia colectiva y adquieren virtualidad propia para promover reformas legales, siempre que sean compatibles con las condiciones infraestructurales. Es decir, una economía empobrecida no puede mantener un sistema de protección social ambicioso (las condiciones de producción en la capa infraestructural no lo permitirían) y una sociedad envejecida no puede mantener un sistema de Seguridad Social de reparto (las condiciones de reproducción en la capa infraestructural no lo permitirían). Ahora bien, mientras se mantenga ese equilibrio entre infraestructura y superestructura, las ideas pueden ser un motor de reformas sociales, porque han anidado en los ciudadanos[101]. Esto es así hasta el punto de que, cien años después del nacimiento de la protección social obligatoria, en España el 74 por ciento de la población considera que es responsabilidad del Estado reducir las diferencias entre las personas que tienen altos ingresos y las que tienen bajos ingresos; el 80 por ciento opina que es responsabilidad del Estado ofrecer asistencia sanitaria para todos (un 18 por ciento cree que probablemente debería serlo y sólo un 1 por ciento cree que no); un 79 por ciento cree que es responsabilidad del Estado asegurar pensiones dignas a los ancianos (un 19 por ciento cree que probablemente debería serlo y sólo un 1 por ciento cree que no)[102]; y un 68 por ciento creen que el Estado debe ser el único o principal responsable del cuidado y atención de las personas en situación de dependencia, es decir, ancianos, discapacitados o enfermos que no puedan valerse por sí mismos (un 26 por ciento cree que la principal responsabilidad recae sobre la familia aunque el Estado debe ofrecer recursos de apoyo y sólo un 5 por ciento cree que deben ser las familias las únicas responsables de ese

[100] ATIENZA, M. *El sentido del Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 2004, pág. 220. En idénticos términos RUBIO CARRACEDO, J. Derechos humanos, ética y diálogo intercultural. En *Ciudadanos sin democracia. Nuevos ensayos sobre ciudadanía, ética y democracia*, Comares, Granada, 2005, págs. 151 y 176.

[101] "Es innegable, sin embargo, que una determinada idea de protección social, a la que generalmente se denomina Seguridad Social, al haber alcanzado un amplio grado de consenso en el ámbito de las comunidades internacionales y nacionales, ha pasado a disponer de un verdadero fundamento cultural. Así, por ejemplo, la importancia concedida al cuidado de la salud, la distribución de la vida humana en fases distintas y flexibles de actividad e inactividad, etc., son hoy parte de la civilización contemporánea, enraizada con la vida espiritual de los ciudadanos, en cuanto patrimonio inalienable, a su favor" (DE LA VILLA GIL, L. E. y DESDENTADO BONETE, A. *Manual de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1979, pág. 23).

[102] Datos del Centro de Investigaciones Sociológicas, "Los ciudadanos y el Estado", estudio CIS 2206, enero 1996. http://www.cis.es.

cuidado)[103]. Tal estado de opinión determinó la promulgación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia[104].

A la vista de los anteriores datos, es innegable la tendencia sociológica y política a trasladar las cargas asistenciales hacia el sistema público de Seguridad Social[105]. Incluso la jurisprudencia del TS ha seguido esa misma línea. Por ejemplo, para acceder a las prestaciones en favor de familiares es necesario que el solicitante no tenga familiares con obligación y posibilidad de prestarle alimentos según la legislación civil, requisito que ha sido relativizado por el TS en su sentencia de 16-3-1999 (CD 5342/1999) al entender que "si el obligado a prestar alimentos, bien por tener ingresos inferiores al SMI o bien aun teniéndolos superiores no puede suministrarlos al alimentista en cuantía igual o superior al SMI, tales alimentos, a efectos de la prestación de Seguridad Social discutida, no serían suficientes para entender acreditado que la persona obligada a prestar alimentos tenga la posibilidad de prestarlos, ya que el alimentista, de carecer de otros ingresos, no alcanzaría con los posibles alimentos prestados por el pariente obligado el referido mínimo vital de subsistencia"[106].

Por otra parte, desde el punto de vista del materialismo cultural, hay que decir que la situación anterior al nacimiento de la Seguridad Social era que los trabajadores se mantenían en el mercado de trabajo hasta la muerte o hasta que las fuerzas les fallasen. No existía cultura del retiro porque la escasez de medios les obligaba a seguir trabajando e, incluso, aunque hubiesen ahorrado lo suficiente, la incertidumbre acerca de la longevidad y acerca de si lo ahorrado sería suficiente para afrontar las contingencias de la vejez, convencía a muchos para mantenerse en activo hasta el final de sus vidas. La capa infraestructural, referida en este caso a la industrialización, con todas las matizaciones que ya hemos puesto de manifiesto, permitió establecer un sistema de protección social que, al redundar en un bienestar directo a favor de los trabajadores, modificó

[103] Datos del Centro de Investigaciones Sociológicas, "La opinión en los barómetros de 2004: discapacidad", estudio CIS 2581, noviembre 2004. http://www.cis.es.

[104] BOE de 15 de diciembre de 2006, número 299.

[105] DE SEBASTIÁN, L. *La solidaridad*, Ariel, Barcelona, 1996, pág. 127. Dicho fenómeno ya fue observado en EEUU en 1920 a raíz de la tendencia de los hijos a abandonar el hogar paterno y a tener menos hijos (PATTERSON, J. T. *La lucha contra la pobreza en los Estados Unidos de América* cit., pág. 118; también HABER, C. y GRATTON, B. *Old age and the search for security. An American social history* cit., pág. 44).

[106] Criterio reiterado en las SSTS de 27-3-2000 (CD 7901/2000) y de 8-11-2006 (Rec. Nº 4915/2005).

rápidamente esa cultura del trabajo que estaba situada en la cúspide superestructural, sustituyéndola por una cultura del retiro y del ocio[107].

Con este panorama de opinión no es de extrañar que se considere la protección social pública como un derecho humano. Podríamos decir que el hombre contemporáneo se ha hecho dependiente del Estado. ORTEGA Y GASSET ya anticipó esta posibilidad en 1937 cuando dijo que "imagínese que sobreviene en la vida pública de un país cualquier dificultad, conflicto o problema; el hombre-masa tenderá a exigir que inmediatamente lo asuma el Estado, que se encargue directamente de resolverlo con sus gigantescos e incontrastables medios. Éste es el mayor peligro que hoy amenaza a la civilización: la estatificación de la vida, el intervencionismo del Estado, la absorción de toda espontaneidad social por el Estado"[108]. Discrepo sin embargo de la opinión de ORTEGA Y GASSET de que el hombre se ha visto engullido por el Estado al que había creado para mejorar sus condiciones de vida. Por el contrario, participo de la opinión de VENTURI cuando afirma que "establecer algunas limitaciones a su libre albedrío, para garantizar a cada persona un mínimo de seguridad contra las consecuencias económicas dañosas de las vicisitudes de la vida, no es restringir la libertad del hombre, sino liberarlo de una tiranía, que, por ser impersonal y encontrarse ligada a la incertidumbre de los acontecimientos, no es menos cruel que otra" [109].

[107] PATTERSON, J. T. *La lucha contra la pobreza en los Estados Unidos de América* cit., pág. 117. En similares términos, HABER, C. y GRATTON, B. *Old age and the search for security. An American social history* cit., págs. 181 y 182.

[108] ORTEGA Y GASSET, J. *La rebelión de las masas*, Ediciones Orbis, Barcelona, 1983, pág. 121.

[109] VENTURI, A. *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social* cit., pág. 771. En similares términos se expresa DENIS KESSLER (But why is there Social Security? cit., pág. 81) cuando afirma que "the consequent old-age poverty has undesirable social effects (the so-called social externalities), and the government (or municipalities) will have to intervene to care for the elderly poor".

III.- LA RAZÓN DE SER DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La época en que hemos situado los orígenes de la Seguridad Social está marcada por dos factores, a saber: la Revolución Industrial y el predominio de las ideas liberales. Como ya vimos anteriormente, más que por motivos técnicos, la importancia cobrada por el problema de los accidentes de trabajo deriva de un motivo de naturaleza económica y jurídica: la separación entre el ejercicio de la actividad laboral y la propiedad de los medios de producción, que constituye uno de los aspectos fundamentales de la Revolución Industrial. Conformada la gran masa de trabajadores y verificándose, proporcionalmente a sus dimensiones, un importante número de accidentes, de los cuales una parte considerable eran mortales, tomó proporciones hasta entonces desconocidas el problema de la vida o, al menos, de una responsabilidad hacia el accidentado por parte del empresario, quien había contratado las actividades con finalidad de lucro y era propietario de los medios de producción que pueden considerarse causa del accidente[110], si bien más adelante veremos que los empresarios no llegaron por filantropía a esa conciencia social de que hablamos.

Muchos autores, como VENTURI o ALARCÓN CARACUEL, citados anteriormente, coinciden al atribuir una importancia fundamental al maquinismo en el nacimiento de la Seguridad Social. Sin embargo, si el problema de los accidentes de trabajo hubiera sido tan determinante, no se explica por qué en EEUU la Seguridad Social se creó para atender a la vejez y lo mismo puede decirse de Nueva Zelanda, cuya primera prestación de Seguridad Social se creó mediante la *Old-Age Pensions Act* de 1898[111].

También se ha dado mucha importancia tradicionalmente a la agitación social provocada por las reivindicaciones obreras como elemento determinante para "arrancar" a los poderes públicos y a los empresarios mejoras en las condiciones de vida y trabajo del proletariado, entre las que figuraría el sistema de protección social[112]. Sin perjuicio de que este factor haya sido muy influyente en países como Alemania, por ejemplo[113], no puede tomarse en consideración con carácter general como causa del

[110] VENTURI, A. *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social* cit., pág. 85.

[111] WHYTE, G. Beyond the Statute. Administration of Old-age Pensions to 1938. En VV. AA. *Past Judgement. Social Policy in New Zealand History* (edited by BRONWYN DALLEY and MARGARET TENNANT), University of Otago Press, Dunedin, 2004, pág. 125.

[112] MARTÍN VALVERDE, A. La formación del Derecho del Trabajo en España cit., pág. XXVI.

[113] DE LA VILLA GIL, L. E. y DESDENTADO BONETE, A. *Manual de Seguridad Social* cit., pág. 21.

nacimiento de la Seguridad Social. En EEUU no se dio una agitación social tan grave como en Alemania, ni en Escandinavia tampoco[114].

El mayor consenso entre los autores respecto a la causa del nacimiento de la Seguridad Social se da en torno a la Revolución Industrial. Ahora bien, a este respecto también conviene realizar algunas matizaciones. En primer lugar, la Revolución Industrial no siempre empobreció a los trabajadores, pues ya vimos que la renta media de éstos en general aumentó, es decir, que se beneficiaron de la enorme riqueza generada por el industrialismo, aunque desde luego no en la misma medida que los empresarios. Por otra parte, ya hemos visto también que las condiciones de vida en el campo eran muchísimo peores que en la ciudad.

El industrialismo influyó en el nacimiento de la Seguridad Social porque hizo a los trabajadores (la inmensa mayoría de la población) dependientes de un salario y, por tanto, más vulnerables a los riesgos que siempre habían existido y que constituyen el eje de cualquier sistema de Seguridad Social: accidentes, vejez, enfermedad, muerte y desempleo[115]. Cuando la familia depende de un salario, la interrupción de éste por cualquiera de las contingencias mencionadas puede conducir a situaciones dramáticas si no existe un sistema de protección social, especialmente en un entorno urbano. Y cuando la mayoría de la población depende de un salario, las crisis económicas, como ocurrió en EEUU en 1929, pueden hacer que la situación dramática se extienda a escala nacional[116].

A esa situación se añadieron otros factores coadyuvantes, como el crecimiento de la población y el éxodo desde el campo hacia las ciudades, provocado este último por las crisis agrarias, las penosas condiciones de vida en el campo y el atractivo de conseguir un empleo en la industria. El caso es que ésta no fue capaz de absorber a toda esa masa de trabajadores ofreciendo su fuerza de trabajo y ello generó mucho desempleo y una caída de los salarios. El resultado fue la aparición de grandes bolsas de marginación y pobreza en las ciudades. De una manera muy cruda, pero enormemente clara, JOHN STEINBECK definió esta situación de dependencia

---

[114] BALDWIN, P. *La política de solidaridad social. Bases sociales del Estado de Bienestar europeo 1875-1975*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992, pág. 97.

[115] Así fueron listadas las cinco mayores amenazas contra la seguridad por parte de Walter Nash, primer Ministro de Seguridad Social de Nueva Zelanda (MCCLURE, M. A Badge of Poverty or a Symbol of Citizenship? Needs, Rights and Social Security, 1935-2000. En VV. AA. *Past Judgement. Social Policy in New Zealand History* (edited by BRONWYN DALLEY and MARGARET TENNANT), University of Otago Press, Dunedin, 2004, pág. 143).

[116] "Padecían las plagas ya advertidas por Hunter: la inseguridad y la dependencia típicas de una era industrial. Como dependían totalmente de su salario, se quedaban desamparados en tiempos difíciles" (PATTERSON, J. T. *La lucha contra la pobreza en los Estados Unidos de América* cit., pág. 69).

del salario que demandaba urgentemente un sistema de protección social con estas palabras:

> "No hay trabajo hasta la primavera. No hay trabajo.
> Y si no hay trabajo… no hay dinero ni comida.
> Un hombre que tiene un tiro de caballos, que los usa para arar y cultivar y segar, a él nunca se le ocurriría dejarlos que se murieran de hambre cuando no están trabajando.
> Ésos son caballos… Nosotros somos hombres."[117]

Llegados a este punto, parece incontestable que la dependencia del salario que trajo la industrialización fue la causa de la aparición de la Seguridad Social, pero esta conclusión no es novedosa, de modo que debemos indagar si la metodología del materialismo cultural nos permite llegar un poco más lejos en nuestras conclusiones. Para ello debemos referirnos a un caso particular que nos permitirá llegar hasta el fondo del asunto. Me refiero al supuesto de los países escandinavos, es decir, Dinamarca y Suecia. Estos países eran a finales del s. XIX eminentemente rurales. Concretamente en Dinamarca existía un sistema de beneficencia gestionado a nivel municipal y financiado con impuestos directos sobre las tierras. Los efectos de las malas cosechas eran soportados por los trabajadores del campo de manera uniforme, pues se trataba de pequeños y medianos propietarios y trabajadores por cuenta ajena. Ello generó una cohesión social inexistente en las ciudades y, por extensión, la reivindicación de un sistema de protección social frente a situaciones genéricas de necesidad y de carácter universal. Ahora bien, este sistema de protección social no podía financiarse con cotizaciones sobre el trabajo ni con impuestos directos, pues los agricultores, cuya producción se orientaba fundamentalmente hacia la exportación, no podían permitirse un alza de los precios agrícolas. Para solucionar este problema promovieron que el sistema de protección social se financiara mediante impuestos indirectos y, más concretamente, mediante un impuesto sobre el consumo de cerveza, la bebida preferida de los trabajadores industriales urbanos. De esta manera, en Dinamarca se estableció en 1891 un sistema de Seguridad Social universal, con pensiones no contributivas, y financiado por medio de impuestos, adelantándose más de cincuenta años al sistema inglés[118]. Es decir, la Seguridad Social fue promovida por el influyente sector agrario, pero fue financiada por los trabajadores industriales.

[117] STEINBECK, J. *Las uvas de la ira*, Alianza Editorial, Madrid, 2006, pág. 653.

[118] BALDWIN, P. *La política de solidaridad social* cit., págs. 110 a 129.

Puede considerarse que este supuesto es excepcional, pero en realidad nos da la clave del determinismo infraestructural. Tal como vimos en su momento, el determinismo infraestructural no significa que los modos de producción y reproducción generen constantemente cambios sobre las capas estructural y superestructural, sino que las innovaciones infraestructurales que producen mejoras en el bienestar de los individuos tienden a perpetuarse y, si son incompatibles con una determinada estructura política o social o con un determinado sistema de valores, éstos tenderán a modificarse a favor de las referidas innovaciones infraestructurales. Asimismo, el determinismo infraestructural significa que el hombre no es libre para moldear el mundo a su antojo, como representaba el ideal del romanticismo, sino que encuentra limitaciones derivadas de su entorno y de su propia capacidad de reproducción que su nivel de desarrollo tecnológico en ese momento no será capaz de superar. En sus estudios antropológicos HARRIS observó que los pueblos que viven de la caza y la recolección se organizan en grupos pequeños y nómadas, porque dependen de la flora y la fauna silvestres para subsistir, las cuales se encuentran dispersas y sometidas a factores estacionales. Ello obliga a mantener una baja densidad demográfica, pues los recursos naturales se reproducen siguiendo sus propios ciclos. En este tipo de sociedades no es un tabú el aborto, el infanticidio o el gerontocidio, ya que las condiciones infraestructurales no permiten el crecimiento demográfico[119]. Algo parecido ocurre con las sociedades agrícolas de escaso desarrollo tecnológico, en las que, en ausencia de herbívoros domesticados, la agricultura dependiente de las lluvias requiere periodos de barbecho frecuentes. Esto lleva a diversas formas de cultivo itinerante en las que primero se quema la cubierta de bosque y maleza, y, después, se la deja regenerar durante ciclos de barbecho más o menos prolongados. En las pluvisilvas tropicales, las poblaciones dependientes del cultivo itinerante suelen vivir en aldeas pequeñas –menos de doscientos habitantes- y sus densidades regionales no son muy diferentes de las de los cazadores y recolectores[120]. Esta situación contrasta con las agriculturas desarrolladas y con herbívoros domesticados (ya en Egipto y Mesopotamia), que fueron capaces de desarrollar sistemas de regadío y abono que multiplicaron las cosechas, con el consiguiente aumento de la riqueza, la natalidad y de organizaciones sociales y políticas más complejas.

[119] HARRIS, M. *El materialismo cultural* cit., pág. 97. El propio Platón, que estaría situado en las antípodas intelectuales de Harris, al describir el Estado ideal, señala que sus habitantes "procurarán tener el número de hijos proporcionado al estado de su fortuna, para evitar las incomodidades de la pobreza o de la guerra" (PLATÓN. *La República o el Estado*, Edaf, Madrid, 2003, pág. 86).

[120] HARRIS, M. *El materialismo cultural* cit., pág, 108.

Pues bien, trasladando estos razonamientos al entorno social y económico en que nació la Seguridad Social, el caso escandinavo nos muestra que las necesidades humanas que el sistema de Seguridad Social trata de subvenir han existido siempre, aunque el industrialismo las haya podido incrementar exponencialmente. Lo que verdaderamente ha aportado la industrialización es la capacidad de generar una riqueza extraordinaria nunca conocida anteriormente, que permite destinar fondos económicos ingentes para paliar esas situaciones de necesidad[121]. Por eso, en Dinamarca el sistema de Seguridad Social fue promovido por el sector agrario, pero fue financiado por los habitantes de las ciudades industriales. Por eso, al existir unas necesidades comunes y unas condiciones infraestructurales similares, la solución en los diversos países occidentales industrializados fue la misma, es decir, la creación de un sistema de Seguridad Social, aunque adaptado a las peculiaridades de cada uno de dichos Estados[122].

Existirían así factores causantes, factores desencadenantes y factores determinantes en la aparición del sistema de Seguridad Social. Entre los primeros situaríamos la dependencia respecto del salario, fenómeno típico de la industrialización, junto con el crecimiento demográfico y el éxodo rural, que incrementaron la vulnerabilidad de los trabajadores respecto a los riesgos de vejez, enfermedad, accidente, muerte y desempleo. Entre los segundos situaríamos el maquinismo, que convirtió el fenómeno de los accidentes de trabajo en una "cuestión social", o la agitación social fruto de las reivindicaciones obreras. Pero el verdadero factor determinante fue la industrialización, que generó la riqueza necesaria para construir un sistema complejo de redistribución con el fin de paliar las situaciones de necesidad. En tanto que la industrialización forma parte de la capa infraestructural, podemos apreciar claramente cómo ésta determina o condiciona la organización política y social, e incluso el sistema de valores como más adelante vamos a ver.

Ahora bien, ¿no hubiera bastado con el establecimiento de normas laborales que fijasen un salario mínimo o regulasen la seguridad en los

[121] Volviendo a Platón, éste nos describe cuál era el destino que les era reservado a los enfermos en la Antigüedad, el cual se perpetuó hasta la aparición de la Seguridad Social: "que se ponga enfermo un carpintero, y verás cómo pide al médico que le recete un vomitivo o un purgante, o, si es necesario, que le aplique el hierro o el fuego. Pero si le prescribe un largo régimen y le aplica a la cabeza suaves compresas y lo demás que es consiguiente, dirá bien pronto que no tiene tiempo para estar enfermo, y que le tiene más cuenta morir que renunciar a su trabajo, para sólo ocuparse de su mal. En seguida despedirá al médico, y volviendo a su método ordinario de vida, o recobrará la salud, y se entregará al trabajo; o si el cuerpo no puede resistir al esfuerzo de la enfermedad, vendrá la muerte en su auxilio y le sacará del conflicto (…) En cuanto a los que están sujetos a las enfermedades y a la intemperancia, no creyeron que estaba en su interés ni en el interés público el prolongarles la vida, ni que la medicina estuviera hecha para ellos" (PLATÓN. *La República o el Estado* cit., págs. 134 y 136).

[122] RIVAYA, B. *El materialismo jurídico* cit., págs. 50, 131 y 240.

centros de trabajo? ¿No hubiese bastado con promover la previsión futura por parte de los propios trabajadores?

Se han aportado muchas ideas al respecto, pero la más generalizada es que los trabajadores no ahorraban lo suficiente como para cubrir las contingencias futuras de invalidez, vejez, desempleo, etc. La opinión más común es que el sistema de seguros sociales voluntarios fracasó debido a los trabajadores, pues eran presa de "la natural inercia o indolencia que es característica innata de la mayoría; la escasa educación, que lleva a una gran parte de ellos a sobrevalorar el sacrificio actual y a minusvalorar el beneficio futuro y, por tanto, a no apreciar las ventajas de la previsión; y, finalmente y sobre todo, la escasez y precariedad de los recursos económicos de que disponen, que casi siempre se absorben por las exigencias de la vida cotidiana y que, por sus oscilaciones y las variaciones en las necesidades que deben satisfacer, contradicen una exigencia fundamental de la previsión: la continuidad de la prima o contribución"[123].

No obstante, esta explicación resulta claramente insuficiente a mi entender, pues en EEUU los trabajadores, imbuidos de las ideas liberales, tenían perfectamente claro que debían proveer a su propio futuro y, sin embargo, todas sus provisiones saltaron por los aires con la crisis de 1929. Una quinta parte de los bancos fueron a la quiebra y se perdieron los ahorros de toda una vida de nueve millones de familias americanas. Los bienes inmuebles, el último activo en que aquéllas habían confiado, fueron embargados y subastados ante la incapacidad de los trabajadores de hacer frente a las deudas, conduciendo además a una caída en el valor de dichas propiedades. Y todo ello en un ambiente de desempleo generalizado en el que los ancianos constituían el grupo social más vulnerable: los primeros en ser despedidos y los últimos en ser contratados[124].

---

[123] VENTURI, A. *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social* cit., pág. 91. BALL, con el característico pragmatismo americano, considera fútil la discusión acerca de las causas por las que los trabajadores no allegaban los recursos suficientes para la eficacia de la previsión voluntaria y entiende que sólo la previsión pública impuesta coercitivamente puede garantizar la seguridad económica de los trabajadores: "Most people in a wage economy are dependent on income from a job. Thus when work income is cut off, income insurance prevents what would otherwise be widespread poverty and insecurity (…) That is the only sure way to prevent large-scale economic insecurity. Most people just do not save enough on their own to provide a continuing income when they are no longer able to earn. It is not really an issue of whether people ought to save sufficiently on their own, or even whether theoretically they could; demonstrably most have not done so, and did not do so prior to the establishment of social insurance institutions" (BALL, R. M. *Social Security today and tomorrow*, Columbia University Press, New York, 1978, pág. 5).

[124] HABER, C. y GRATTON, B. *Old age and the search for security. An American social history* cit., pág. 42. "Amid the Depression of the 1930s, the coalition opposed to state relief disintegrated; much of the middle class joined in the demand for government old-age programs. The private sector´s promises of financial security in old age rang hollow for those who had lost homes, jobs, and businesses, whose savings and investments had been wiped out, or who found their private pension reduced or eliminated" (*Ibid.*, pág. 81).

Es decir, aunque los trabajadores hiciesen el esfuerzo de proveer los medios necesarios para garantizar las contingencias futuras, la inseguridad seguiría estando presente, pues intervienen otras variables que están fuera de su control, como se vio claramente en EEUU en 1929, tales como la inseguridad de los mercados financieros (inflación, tipos de interés, valor de los activos inmobiliarios, etc.). Y a ello hay que añadir otro dato esencialmente inseguro, cual es la propia duración de la vida (laboral o biológica), que hace imposible prever exactamente la provisión que será necesaria para asegurar una supervivencia digna durante la vejez. Esta incertidumbre es aun mayor cuando hablamos de la invalidez, que puede presentarse a una edad muy temprana, cuando ha sido materialmente imposible proveer lo necesario para asegurar la supervivencia durante toda la vida restante del trabajador[125]. Ello es lo que hace necesario un sistema público y obligatorio de Seguridad Social.[126]

Finalmente, no podemos despreciar otra importante función que desempeña la Seguridad Social, cual es mitigar los efectos de un mercado de trabajo inestable, de lo que se benefician empresas, trabajadores y el propio Estado. Cuando una empresa ha de hacer frente a una reconversión que implica el despido masivo de trabajadores, las consecuencias de conflictividad social serían muchísimo mayores si no existiese un sistema público de previsión que protegiese a los trabajadores despedidos frente al desempleo, o un sistema de jubilación que permita apartar del mercado de trabajo a los trabajadores de mayor edad, que, por otra parte, como ya hemos visto, son los más vulnerables, pues son los primeros en ser despedidos y los últimos en ser contratados[127]. De hecho, ha sido defendida

[125] *Ibid.*, pág. 86.

[126] "If we assume that basically households behave according to the life cycle hypothesis, two factors could contribute to explaining why it has become necessary in the middle of the twentieth century to implement social insurance schemes. First, one can argue that the very important rise of life durations due to the declining mortality rates throughout the twentieth century helps to explain the increasing need to force people to insure themselves against a risk they systematically underestimate but which the government can know at the aggregate level. Second, the economic and financial environment encountered severe problems in the 1920´s and 1930´s, and the crisis has largely contributed to making the creation of a social security scheme necessary, especially if we consider that it operates on a pay-as-you-go basis. The functioning of capital markets has not allowed individuals to finance their consumption when aged through an anterior saving effort. Therefore another scheme is necessary in which there is an instantaneous transfer between working and non-working populations, and where the value of the transfer does not depend upon erratic movements in capital markets" (KESSLER, D. But why is there Social Security? cit., pág. 84).

[127] "Outside the firms, social security and pensions are considered as major factors of equilibrium of the labour market, since people who retire leave the labour force. There is usually a clause in the acceptance of social security and pension benefits which forbids a retiree from returning to the labour market. From its inception, social security has been a useful tool for reducing the aggregate rate of unemployment (…) But it is also necessary for the firm to be able to get rid of workers when they are too costly (high wages) and less productive (aged). In this case, social security and pension rights available at a certain age induce employees to leave the workforce (without major social problems) (*Ibid.*, pág 89).

de manera bastante consistente la teoría de que la Seguridad Social fue en realidad una creación de un grupo de tecnócratas gubernamentales en EEUU que, al rebufo del *New Deal*, diseñaron este sistema para retirar a los ancianos del mercado de trabajo por considerarlos menos productivos para las empresas y permitir, de paso, la incorporación de los jóvenes al mercado de trabajo[128].

En cualquier caso, lo cierto es que la Seguridad Social aporta esa estabilidad individual, al proteger a los trabajadores y sus familias del desempleo, la enfermedad, la vejez o el fallecimiento, lo que redunda en la estabilidad del grupo social en su conjunto y permite alcanzar cotas más

[128] GRAEBNER, W. *A History of Retirement: The Meaning and Functions of an American Institution, 1885-1978*, Yale University Press, New Haven, 1980. Aunque no comparto esta teoría como causa principal del nacimiento de la Seguridad Social, sí que contiene elementos interesantes. En primer lugar, no olvidemos que la disposición adicional quinta de la Ley 8/1980 de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, establecía la jubilación forzosa e incondicionada a los 69 años, y, aunque fue declarada inconstitucional, el propio TC en su sentencia 22/1981, de 2 de julio (CD 819152/1981), reconocía que "la política de empleo basada en la jubilación forzosa es una política de reparto o redistribución de trabajo, y como tal supone la limitación del derecho al trabajo de un grupo de trabajadores para garantizar el derecho al trabajo de otro grupo. A través de ella se limita temporalmente al primero el ejercicio del derecho individual al trabajo mediante la fijación de un período máximo en que ese derecho puede ejercitarse, con la finalidad de hacer posible al segundo el ejercicio de ese mismo derecho (...) Esta política de empleo supone la limitación de un derecho individual consagrado constitucionalmente en el artículo 35, pero esa limitación resulta justificada, pues tiene como finalidad un límite reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 29.2 -el reconocimiento y respeto a los derechos de los demás-, y se apoya en principios y valores asumidos constitucionalmente, como son la solidaridad, la igualdad real y efectiva y la participación de todos en la vida económica del país (artículo 9 de la Constitución). Por otra parte, dicha limitación puede quedar también justificada por su contribución al bienestar general -otro de los límites reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-, si se tienen en cuenta las consecuencias sociales de carácter negativo que pueden ir unidas al paro juvenil. Como consecuencia de todo lo anterior, puede afirmarse que la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucional siempre que con ella se asegurase la finalidad perseguida por la política de empleo; es decir, en relación con una situación de paro, si se garantizase que con dicha limitación se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo". En definitiva, el TC considera inconstitucional la fijación de una edad general, forzosa e incondicionada para la jubilación, pero acepta la jubilación forzosa en el ámbito de políticas orientadas hacia el pleno empleo, es decir, que impongan una jubilación forzosa a cambio de incorporar al mercado de trabajo a los trabajadores jóvenes en una suerte de relevo generacional. Esto casa perfectamente con la teoría de WILLIAM GRAEBNER y precisamente con esa finalidad existe en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de acceder a la jubilación a los 64 años siempre que el trabajador sea sustituido por otro trabajador desempleado (Real Decreto 1194/1985, de 17 de julio, sobre anticipación de la edad de jubilación como medida de fomento del empleo, BOE de 20 de julio de 1985, número 173). Igualmente, en este contexto se sitúa la jubilación parcial regulada en el art. 166 de la LGSS y desarrollada por el Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre (BOE de 27 de noviembre de 2002, número 284). Esta modalidad de jubilación permite que un trabajador con 60 años que cumpla todos los requisitos para acceder a la jubilación, excepto el de la edad, pueda cesar en su jornada a tiempo completo e iniciar una jornada a tiempo parcial para causar pensión de jubilación en proporción a la reducción de jornada. Si el trabajador es menor de 65 años, para poder acogerse a esta modalidad de jubilación deberá ser sustituido por un trabajador desempleado o que viniera prestando servicios en la empresa con un contrato de duración determinada. En definitiva, se pretende promover el acceso paulatino a la jubilación, el rejuvenecimiento de las plantillas en las empresas, el acceso al trabajo por parte de los desempleados y una mayor estabilidad en el empleo (ÁLVAREZ PATALLO, J. A. La jubilación parcial o el delicado equilibrio entre la voluntad de la Administración y las necesidades del mercado de trabajo. En *Boletín Social Quantor*, Grupo Editorial El Derecho, nº 104, 2009, pág. 12).

altas de prosperidad. Como dijera ALDOUS HUXLEY, "no cabe civilización alguna sin estabilidad social. Y no hay estabilidad social sin estabilidad individual"[129]. Ahora bien, conviene aclarar que la estabilidad no necesariamente tiene por qué plantearse en términos de agitación social. Éste puede ser el caso en épocas convulsas como la que alumbró el orto de la Seguridad Social en Alemania, pero también en un régimen democrático la incapacidad de los mecanismos sociales para hacer frente a las necesidades esenciales del grupo puede canalizarse a través de las elecciones, de modo que el descontento de las clases trabajadoras suponga un coste electoral para el correspondiente gobierno. Quiere con ello decirse que, al margen del deber intrínseco de todo gobernante de procurar el desarrollo económico y social de su país, existe un interés político en conseguir ese desarrollo. Por tanto, la Seguridad Social aporta estabilidad en el más amplio sentido, es decir, laboral, económica, social y política.

Como conclusión de lo razonado hasta este momento podemos decir que el ser humano tiene una capacidad exclusiva para la descripción de las experiencias. Por ello, MARVIN HARRIS toma del filólogo Kenneth Pyke una distinción en la manera en que los fenómenos culturales pueden ser descritos, esto es, desde una perspectiva *emic* (*fonemic*) y desde una perspectiva *etic* (*fonetic*). La primera implica una descripción de sistemas sociales y de pensamiento desde el punto de vista de los participantes en los mismos, mientras que la segunda implica que esa descripción se hace desde el punto de vista de un observador científico. No debe asimilarse *emic* con subjetivo y *etic* con objetivo, pues puede darse el caso de que esa observación *etic* se centre en tratar de explicar las percepciones subjetivas de una determinada comunidad desde un punto de vista absolutamente científico. Tampoco debe asimilarse *emic* con mental y *etic* con comportamental, pues pueden explicarse desde un punto de vista *etic*, es decir, desde el rigor de la observación científica, las motivaciones mentales que impulsan a una determinada comunidad a actuar de una manera concreta, como puede hacer un psicólogo o un criminólogo cuando trata de interpretar la existencia de premeditación en un asesino partiendo de la observación científica de los hechos[130].

Pues bien, desde un punto de vista *emic* (al menos el de los sindicatos y la clase política), se considera muy a menudo que la Seguridad Social fue el fruto de la lucha obrera. Sin embargo, la situación de reivindicación proletaria que acompañó el nacimiento de la Seguridad

[129] HUXLEY, A. *Un mundo feliz*, Ediciones Orbis, Barcelona, 1984, pág. 43.

[130] HARRIS, M. *Teorías sobre la cultura en la era posmoderna* cit., págs. 29 a 47. Prefiero la cita de este volumen, porque en ella HARRIS expone sus teorías después de pasar por el crisol de la crítica de sus colegas y adversarios científicos.

Social en algunos países no debe impedirnos apreciar cuál es la verdadera razón de la implantación de ésta. Esa agitación social, fruto de las reivindicaciones obreras, alentadas por el socialismo y el anarquismo, se produjo como una convulsión ante una situación económica y sociológica absolutamente novedosa y en tanto en cuanto las autoridades políticas tomaban las medidas oportunas para adaptarse a la misma. Esa situación tan novedosa consistió en que, a partir de la Revolución Industrial, la inmensa mayoría de los trabajadores se concentraba en las ciudades como asalariados. Quiere ello decir que, cuando un trabajador pierde su empleo o su capacidad de trabajo por enfermedad, accidente o vejez, o cuando en una familia fallece el progenitor que la sostenía económicamente con su salario, una unidad familiar entera queda condenada a la indigencia.

En Alemania toda esta problemática derivada en último término de la dependencia respecto del salario se hizo patente muy pronto y, siendo tan novedosa, la agitación social fruto de la misma apareció antes que las medidas sociales para atajarla. Sin embargo, la Seguridad Social no es en sí fruto de la agitación social, sino de la situación socioeconómica generada por la Revolución Industrial, que a la vez generó la riqueza necesaria para implantarla. No quiero con ello negar la importancia de la agitación social, a la que anteriormente califiqué como causa desencadenante, al menos en algunos países, de la implantación de la Seguridad Social. Lo que me interesa destacar es que no podemos recurrir a explicaciones reduccionistas sobre las causas de la aparición de la Seguridad Social. Como me he esforzado en argumentar en las páginas anteriores, han influido múltiples factores tales como la agitación social o las corrientes ideológicas humanistas y socialistas, pero las dos causas que se sitúan por encima de todas las demás respecto de la aparición de la Seguridad Social son la dependencia del salario y, como factor infraestructural determinante, la riqueza sin precedentes que generó la Revolución Industrial y que permitió hacer frente a esa novedosa situación. Desde el punto de vista del materialismo cultural "todas las sociedades humanas necesitan dispositivos culturales, tanto conductuales como mentales, para lograr la supervivencia, la reproducción, el trabajo, el comercio de bienes y otros objetivos básicos de la vida social. La normatividad social, el Derecho incluido, no es ajeno a esas exigencias; tiene que someterse a ellas necesariamente y, por tanto, establecer reglas, principios, valores e instituciones que, *prima facie*, protejan la vida, la reproducción dentro de ciertos límites, la integración en el medio, los bienes materiales fundamentales, etc."[131] En consonancia con este razonamiento en una sociedad de trabajadores dependientes de un salario, deviene fundamental asegurar la protección frente a la pérdida de esa fuente de ingresos y el mecanismo idóneo para conseguirlo es el

[131] RIVAYA, B. *El materialismo jurídico* cit., pág. 232.

sistema de la Seguridad Social. Se puede apreciar de este modo cómo los sistemas de producción propios de una economía desarrollada (capa infraestructural) determinan una concreta estructura política y jurídica como es la Seguridad Social (capa estructural).

No obstante, la metodología del materialismo cultural no sólo sirve para explicar el nacimiento de la Seguridad Social, sino también su evolución posterior, aunque sobre la base de unas premisas fácticas totalmente diferentes. La situación descrita que acompañó al nacimiento de la Seguridad Social se hizo patente a finales del siglo XIX, pero se ha agudizado aun más con el paso del tiempo. En primer lugar, se ha mantenido el fenómeno de una creciente concentración de población asalariada en las ciudades. En segundo lugar, el desarrollo de la tecnología, en lugar de beneficiar a los trabajadores de más edad, probablemente les ha perjudicado, pues obliga a un constante reciclaje de los conocimientos; esta evolución acelerada de las técnicas de trabajo hace que las empresas, ante la disyuntiva de reciclar a empleados de edad o contratar a jóvenes, opten por esta última alternativa, más barata no sólo en cuanto al salario, sino también porque los programas de reciclaje son costosos[132]. En definitiva, las personas de edad avanzada son más vulnerables laboralmente que nunca.

Incluso en un entorno rural, la vejez o incapacidad del agricultor le aboca a una situación muy comprometida hoy en día. Los índices de natalidad han caído en picado, ya que la tasa de fecundidad se situaba en 3,53 hijos por mujer en 1900[133], alcanzando los 2,8 hijos en 1975 y los 1,342 en 2005[134]. Quiere ello decir que ya no se puede contar con grupos familiares numerosos que puedan arropar al necesitado, a lo que debe añadirse la tendencia de las mujeres a trabajar fuera del hogar. Finalmente, los avances en la medicina y en la calidad de vida en general han incrementado enormemente la esperanza de vida de las personas y, por consiguiente, el envejecimiento de la población[135]. Es decir, que la situación de necesidad provocada por la vejez o la invalidez se alarga en el

[132] SENNETT, R. *La cultura del nuevo capitalismo*, Anagrama, Barcelona, 2006, págs. 84 a 86.

[133] RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A. La población española en las últimas décadas del siglo XIX. En VV. AA. *España entre dos siglos. XIX-XX* (director JOSÉ GIRÓN), Fundación Hidroeléctrica del Cantábrico, Oviedo, 2000, pág. 209.

[134] http://www.ine.es/inebase2/datos.jsp.

[135] TORRENTE GARI, S. *Los problemas jurídicos de las situaciones de dependencia en casos de discapacidad y minusvalía con causa en el trastorno mental grave. Propuestas hermenéuticas*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2006, pág. 13. En similares términos SENNETT, R. *La cultura del nuevo capitalismo* cit., pág. 164.

tiempo, pues la esperanza de vida en 1900 era de 35 años[136], mientras que en 2005 era de 80,23 años[137]. Y si la situación sociológica descrita resulta delicada para cualquier trabajador, mucho peor será para un hijo discapacitado. Al fin al cabo, el trabajador puede haber previsto sus necesidades futuras, pero si tiene un hijo discapacitado, tiene que proveer para dos generaciones, sin poder contar con núcleos familiares numerosos y cohesionados que contribuyan a esa provisión.

A partir de mediados de los años setenta, concretamente desde la crisis del petróleo de 1973, la economía de los países industrializados entra en una profunda recesión que originó grandes bolsas de desempleo y, sobre todo, el fenómeno del desempleo de larga duración, fenómeno que se intensificó durante la década de los ochenta[138]. Los contratos de trabajo se vuelven más precarios, de modo que, frente a la situación tradicional de prestar servicios para la misma empresa durante toda la vida, aparece el fenómeno de los contratos temporales, y también de los contratos a tiempo parcial, de modo que un trabajador suscribe numerosos contratos para distintas empresas a lo largo de su vida laboral, entremezclados con periodos de desempleo[139]. Asimismo, tal como hemos visto detalladamente, se produjo un envejecimiento de la población debido a la caída de las tasas de natalidad y al aumento de la esperanza de vida[140]. Todo ello provocó la disminución del número de cotizantes a causa de la recesión económica, del desempleo y de la caída de la natalidad, así como el aumento de los costes de las prestaciones por el aumento de la esperanza de vida, pues no sólo aquéllas deben abonarse durante más tiempo, sino que las personas ancianas incrementan geométricamente determinados costes, como los de asistencia sanitaria. Como consecuencia de todo ello la Seguridad Social entra en crisis financiera y los poderes públicos, tal como tendremos ocasión de ver más adelante, reaccionan endureciendo los requisitos para

[136] RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A. La población española en las últimas décadas del siglo XIX cit., pág. 210.

[137] http://www.ine.es.

[138] PANIZO ROBLES, J. A. El marco de las prestaciones no contributivas. En *Revista de Treball*, Conselleria de Treball i Seguretat Social de la Generalitat Valenciana, Valencia, 1991, nº 15, pág. 13.

[139] GONZALO GONZÁLEZ, B. Las pensiones no contributivas en Europa. En *Documentación Laboral*, Asociación de Cajas de Ahorros para Relaciones Laborales, Madrid, 1988-1989, nº 27-28, pág. 18, y ROJO TORRECILLA, E. Protección social y rentas mínimas de inserción (de la cobertura económica al derecho de ciudadanía). En VV.AA. *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad* (Coordinadora JULIA LÓPEZ LÓPEZ), Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 104.

[140] GONZALO GONZÁLEZ, B. Las pensiones no contributivas en Europa cit., pág. 19. En similares términos ROJO TORRECILLA, E. Protección social y rentas mínimas de inserción (de la cobertura económica al derecho de ciudadanía) cit., pág. 99, y O´HIGGINS, M. Necesidades de cambio y medidas de adaptación. Concesión de pensiones en el siglo XXI. En VV. AA. *Pensiones no contributivas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, pág. 99.

acceder a las prestaciones contributivas del sistema, con objeto de asegurar la pervivencia futura de éste. A corto plazo, un importante número de personas, sobre todo parados de larga duración y trabajadores subempleados o con vidas laborales muy fragmentadas, se ven excluidos de la posibilidad de acceder a la protección de la Seguridad Social[141].

Por todo ello, precisamente en 1990, cuando este problema se encuentra en su fase álgida en España, se promulga la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas (LPNC)[142], en consonancia con los países de nuestro entorno[143], que viene a dar respuesta a este problema permitiendo la apertura de la Seguridad Social "a formas de cobertura más adaptadas a un mundo en el que las transformaciones tecnológicas y la evolución del empleo ponen en crisis los criterios de distribución propios de la *sociedad del trabajo*"[144].

Por tanto, algunos factores infraestructurales de los países occidentales se han modificado (fundamentalmente la caída de la natalidad y el envejecimiento de la población), pero otros se mantienen, como es la existencia de unas tecnoeconomías superdesarrolladas que generan la riqueza suficiente como para hacer frente a las nuevas situaciones de necesidad a través del sistema público de protección social, si bien éste no se orientará hacia la sustitución de rentas, sino, como complemento del modelo anterior, al aseguramiento de un mínimo de subsistencia. Así aparecen y se desarrollan los sistemas asistenciales y universales, cuyas diversas variantes tendremos ocasión de estudiar detalladamente con posterioridad.

[141] GONZALO GONZÁLEZ, B. Las pensiones no contributivas en Europa cit., pág. 19, O´HIGGINS, M. Necesidades de cambio y medidas de adaptación. Concesión de pensiones en el siglo XXI cit., pág. 99, y BLASCO LAHOZ, J. F. *La protección asistencial en la Seguridad Social: la Ley de prestaciones no contributivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pág. 182.

[142] BOE de 22 de diciembre de 1990, número 306.

[143] ROJO TORRECILLA, E. Protección social y rentas mínimas de inserción (de la cobertura económica al derecho de ciudadanía) cit., pág. 103.

[144] DESDENTADO BONETE, A. Las pensiones no contributivas en el marco constitucional. En VV. AA. *Pensiones no contributivas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, pág. 276.

IV.- LAS FUNCIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Como ya adelanté en la introducción, para comprender los principios informadores de la Seguridad Social debemos tener claro por qué nació ésta y qué funciones cumple. De este modo llegaremos a entender el nexo de unión entre la Seguridad Social y el sistema de valores de la comunidad que la sustenta. Ya hemos visto cómo y por qué nació la Seguridad Social y a continuación, y de modo coherente con la metodología empleada hasta ahora, vamos a ver las funciones que desempeña.

La Seguridad Social, según hemos venido reiterando a lo largo de este trabajo, es una realidad muy rica y con muchas facetas, de modo que no puede reducirse exclusivamente a su dimensión jurídica. Ahora bien, tampoco podemos olvidar que la Seguridad Social es sobre todo Derecho, pues éste regula la creación y funcionamiento de las entidades gestoras que han de administrar las prestaciones sociales y fija los requisitos de acceso a dichas prestaciones. Por tanto, no podemos hablar de las funciones de la Seguridad Social al margen de las funciones del Derecho en general. Además, creo que es muy conveniente hacerlo, toda vez que el pragmatismo y la constante modificación normativa en el ámbito de la Seguridad Social, junto con ser una rama novedosa del Derecho y con unas instituciones muy particulares, han sido factores que han contribuido a alejar el Derecho de la Seguridad Social del estudio del Derecho en general, con el consiguiente empobrecimiento jurídico para aquél. Veamos pues las funciones de la Seguridad Social dentro del marco de las funciones del Derecho.

IV.a.- FUNCIONES PRINCIPALES

FERRARI distingue tres funciones principales del Derecho, a saber, la orientación social, el tratamiento de conflictos declarados y la legitimación del poder. Básicamente, aunque con otros nombres no muy diferentes, estas funciones las encontramos también en REHBINDER[145], que añade dos más: la configuración de las condiciones de vida y la administración de justicia.

[145] REHBINDER, M. *Sociología del Derecho* cit., pág. 167.

IV.a.1.- La función de orientación social. Consiste en "dirigir a una multitud de personas relativamente interdependientes hacia el cumplimiento de una multitud de modelos relativamente coherentes y universales, es decir, capaces de sugerir decisiones sobre cualquier dilema de conducta que pueda presentarse en la interacción social"[146]. Esta función consiste básicamente en ofrecer a los ciudadanos un código de comportamiento, es decir, una guía de lo que está bien y lo que no para poder vivir pacíficamente en sociedad. Ese código de comportamiento debe ser acorde básicamente con las ideas vigentes en la sociedad si se quiere que subsista, pues ningún ordenamiento jurídico perdurará si los principios que lo informan son totalmente ajenos a la sociedad en que se aplica, ya que el número de ciudadanos que cumple las normas pensando en la sanción que sufrirá en caso contrario es mínimo. Por el contrario, el cumplimiento de las normas se produce en la inmensa mayoría de los casos de modo espontáneo, ya que, como diría ORTEGA Y GASSET, la verdadera eficacia del Derecho se sustenta en la opinión pública[147]. Aunque discrepo del ilustre filósofo en la manera en que se forman los principios del Derecho, que él atribuye al descubrimiento de algunos hombres "especialmente inspirados"[148], sí que comparto su opinión de que cuando esos principios son los que están ínsitos en la sociedad "entonces, y sólo entonces, podemos hablar, en la plenitud del término, de derecho, es decir, de norma *vigente* [en cursiva en el original]. No importa que no haya legislador, no importa que no haya jueces. Si aquellas ideas señorean de verdad las almas, actuarán inevitablemente como instancias para la conducta a las que se puede recurrir"[149]. Es la teoría sostenida igualmente por TALCOTT PARSONS, para quien el individuo concreto y normal es concebido como una "personalidad moralmente disciplinada", lo cual significa que los elementos normativos se han hecho internos, subjetivos para él y que en cierto sentido se identifica con ellos. De este modo, la fuerza sigue operando como un elemento de reserva, esto es, secundario,

[146] FERRARI, V. *Funciones del Derecho*, Editorial Debate, Madrid, 1989, pág. 133.

[147] ORTEGA Y GASSET, J. *La rebelión de las masas* cit., pág. 128.

[148] Me parece mucho más interesante la explicación que aduce Benjamín RIVAYA desde el punto de vista del materialismo jurídico: "A salvo posibles excepciones, el Derecho tiene el contenido que tiene porque así viene determinado (probabilísticamente) por las circunstancias infraestructurales existentes. Esto significa que las leyes no son simplemente el producto de la intuición, la imaginación o la creatividad política de grandes (o no tan grandes) hombres sino, según el materialismo cultural, el producto de circunstancias materiales, infraestructurales, de la vida social. Aplicando a las normas lo que Harris decía de las ideas, resulta que cuando estén maduras las condiciones infraestructurales, surgirán las normas apropiadas, y no una sino muchas veces. Esta convicción hizo que Harris refutara algunas teorías explicativas del Derecho, por lo menos la de la difusión, la del espíritu del pueblo y la de la omnipotencia del legislador" (RIVAYA, B. *El materialismo jurídico* cit., pág. 130).

[149] ORTEGA Y GASSET, J. *La rebelión de las masas* cit., pág. 185.

pero "la principal base de la eficacia de un sistema de reglas, en su conjunto, estriba en la autoridad moral que ejerce"[150].

En definitiva, en esta función el Derecho constituye un código de conducta para la convivencia pacífica en sociedad. Dicho código no puede ser ajeno a la moral imperante en la sociedad a la que se dirige, pues en tal caso no sería acatado de manera espontánea, sino sólo mediante el uso coactivo de la fuerza, el cual debe ser siempre un recurso extremo. Por otra parte, tal como veremos a continuación, el Derecho también dispone de instrumentos para que las reglas de conducta que componen su código de orientación social puedan calar en la sociedad con ese mismo fin de conseguir la convivencia pacífica y ordenada.

Esta función es igualmente importante en la Seguridad Social. La inmensa mayoría de los trabajadores y de los empresarios cotizan a la Seguridad Social de modo espontáneo, constituyendo el recurso a la fuerza una última instancia. Por eso es muy importante determinar cuáles son los principios informadores de la Seguridad Social, toda vez que los mismos deben constituir el código de conducta a seguir por parte de los ciudadanos y, para su eficacia, deben estar fundamentados en la moral de la sociedad a la que se dirige.

IV.a.2.- Tratamiento de los conflictos declarados. Esta función implica "la intervención *ex post factum*, después de que los sujetos interactuantes han experimentado la imposibilidad de establecer un punto de encuentro cualquiera entre los propios intereses contrapuestos"[151]. Ésta sería la función represora propia del Derecho Penal o la función principal de encauzamiento de conflictos del Derecho Procesal. En la Seguridad Social también se manifiesta en las normas sancionadoras, como el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto[152]. Para BOBBIO esta función tradicional del Derecho ha perdido peso debido a la creciente importancia de los medios de socialización o condicionamiento del comportamiento colectivo y al aumento de los medios de prevención social. De este modo, "bien entendido que así como los organismos sociales que deberían desarrollar la función sustitutiva estarían también regulados por el Derecho, sería más propio en este caso hablar de pérdida

[150] CALVO GARCÍA, M. Poder, fuerza e integración social en la teoría sociológica de Talcott Parsons. En VV. AA. *El Derecho en la Teoría Social. Diálogo con catorce propuestas actuales* (Coordinador JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO), Dykinson, Madrid, 2001, pág. 99.

[151] FERRARI, V. *Funciones del Derecho* cit., pág. 114.

[152] BOE de 8 de agosto de 2000, número 189.

no del Derecho *tout court*, sino del Derecho en su función represiva, que no es la única aunque sí la erróneamente considerada exclusiva, a través del paso, por lo demás ya en marcha, desde un Derecho compuesto principalmente por normas de conducta a un Derecho compuesto casi exclusivamente por normas de organización"[153].

En este proceso desarrolla un papel importantísimo la Seguridad Social, en la que se manifiestan, como más adelante se verá con mayor detalle, las principales tendencias de esta evolución, esto es, la integración social y la conversión del Derecho en regulador de organizaciones destinadas a promover dicha integración. Un ejemplo bien claro de la decadencia del Derecho Penal lo tenemos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género[154], en la que, de setenta y dos artículos, sólo diez son normas penales, siendo las demás normas de educación y concienciación social, de organización, de prevención y de protección social y laboral. Es decir, la sociedad no acepta que el Derecho se limite a castigar el delito ya cometido porque éste, sobre todo en determinados casos, se ha vuelto intolerable. Se pretende ir más allá, es decir, evitar la comisión del delito, y en esta labor el Derecho de la Seguridad Social desempeña un papel fundamental frente a la función tradicional de tratamiento de los conflictos declarados.

IV.a.3.- La legitimación del poder. Implica justificar una acción "exhibiendo su adhesión a un modelo normativo reconocible por su interlocutor"[155]. Esta función, que es capital en el Estado de Derecho sometido al imperio de la Ley, despliega toda su virtualidad en el ámbito del Derecho público, incluido el Derecho de la Seguridad Social. Éste se mantuvo hermanado con el Derecho del Trabajo durante buena parte de su existencia, concretamente mientras el sistema de Seguridad Social era exclusivamente de carácter contributivo, o sea, destinado a proteger a los trabajadores y sus familias y financiado mediante cotizaciones satisfechas por aquéllos y por los empresarios empleadores, como más adelante tendremos ocasión de analizar con mayor detalle[156]. Sin embargo, actualmente el Derecho de Seguridad Social ha adquirido autonomía propia, derivada de la universalización subjetiva, que ha incluido dentro de su ámbito de protección a personas que no son trabajadores por cuenta

[153] BOBBIO, N. *Contribución a la teoría del Derecho*, Editorial Debate, Madrid, 1990, pág. 262.

[154] BOE de 29 de diciembre de 2004, número 313.

[155] FERRARI, V. *Funciones del Derecho* cit., pág. 199.

[156] BARREIRO GONZÁLEZ, G. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿del origen común a un futuro separado? En VV. AA. *Análisis de diversas cuestiones sobre los Pactos de Toledo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1997, pág. 18.

ajena o que ni siquiera son trabajadores[157]. De todos modos, aunque sea más discutible que pueda considerarse una rama del Derecho Administrativo, el Derecho de la Seguridad Social es indudablemente Derecho público, entendido éste como aquel que se caracteriza "por la intervención pasiva o activa de los poderes públicos a través de cualquiera de sus agencias, lo cual puede redundar en posiciones jurídicas asimétricas o desiguales derivadas de relaciones institucionales de jerarquía o de la posición de autoridad y subordinación que se produce cuando en la relación se involucran sujetos particulares"[158]. En todo caso, hay que recalcar que lo determinante del Derecho público es que esa intervención administrativa opera como necesaria, a diferencia de las relaciones de Derecho privado en que puede intervenir la Administración[159]. A lo anterior habría que añadir el carácter imperativo del Derecho de la Seguridad Social, manifestado en los arts. 3, 24 y 105 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (LGSS)[160], que lo excluye de cualquier posibilidad de negociación o pacto en su aplicación y lo aleja claramente del Derecho privado[161].

Pues bien, en su actuación las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, e incluso las entidades colaboradoras, deben actuar con el debido respaldo legal, es decir, evitando las actuaciones de hecho o contra Derecho (art. 9.1 CE), lo que legitimará su actuación. De ahí que esta función legitimadora sea tan importante en el Derecho de la Seguridad Social.

IV.b.- FUNCIONES SECUNDARIAS

FERRARI admite su existencia, aunque no las considera propiamente funciones, sino más bien fines u objetivos que debe alcanzar el Derecho. No obstante, la evolución actual del Derecho, en parte explicitada al hablar

[157] RODRÍGUEZ RAMOS, M. J., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M. *Sistema de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2008, pág. 35. En similares términos ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L. *Instituciones de Seguridad Social* cit., pág. 38.

[158] CALVO GARCÍA, M. *Teoría del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 26.

[159] ENTRENA CUESTA, R. *Curso de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 64, y PARADA, R. *Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2008, vol. I, pág. 29.

[160] BOE de 29 de junio de 1994, número 154.

[161] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil* cit., vol. I, pág. 47.

anteriormente de la crisis tradicional del Derecho Penal según BOBBIO, ha fortalecido esas "funciones secundarias", hasta el punto de que constituyen la función principal en algunas ramas del Derecho, como el de la Seguridad Social. Por esa razón me referiré a ellas igualmente como funciones. Serían la función organizativa, la función educativa, la función promocional, la función distributiva y la función integradora.

IV.b.1.- La función organizativa. "Se utiliza de forma regular para describir ambientes y mecanismos de decisión en relación con la formación y aplicación del Derecho. Sin embargo, parece claro el carácter instrumental de las acciones de organización respecto a la realización de las funciones del Derecho, entendidas como tareas u objetivos primarios. Éstas corresponden a necesidades inmediatas atribuibles a los sujetos interagentes. La acción de organización y la propia construcción de estructuras organizativas son a su vez instrumentos dirigidos a coordinar procesos de toma de decisión en los que se resuelve la realización de esas tareas"[162]. Se puede apreciar claramente en FERRARI la concepción tradicional del Derecho como Derecho penal y civil, para los que el Derecho procesal tendría carácter instrumental. Ahora bien, lo uno no puede funcionar sin lo otro, especialmente en un Estado de Derecho en que el procedimiento legal se convierte en garantía de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Todas las ramas del Derecho se componen por igual de normas jurídicas, de modo que entiendo que debe ponerse en tela de juicio esa consideración de la función organizativa como secundaria o meramente instrumental. En el Derecho de la Seguridad Social la función organizativa ocupa un papel importante al regular la organización y competencias de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social[163], así como los diversos procedimientos administrativos (para la evaluación de la invalidez, afiliación, altas y bajas de los trabajadores, inscripción de empresas, recaudación, imposición de sanciones, reintegro de prestaciones indebidas, etc.). Sin esa organización administrativa y sin esos procedimientos de gestión de los servicios encomendados, la Seguridad Social no podría cumplir su función. No en vano, se ha definido el Derecho de la Seguridad Social como "el conjunto de normas jurídicas que definen las necesidades sociales protegibles mediante técnicas específicas de cobertura y el grado de protección frente a tales necesidades, así como los procedimientos ordenados a ese fin"[164]. De acuerdo con la concepción de FERRARI, en un coche lo importante es el motor y las ruedas son

[162] FERRARI, V. *Funciones del Derecho* cit., pág. 121.

[163] Arts. 57 a 95 de la LGSS y sus normas de desarrollo.

[164] VV. AA. *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* (Dirección ANTONIO MARTÍN VALVERDE y JOAQUÍN GARCÍA MURCIA), Thomson Aranzadi, 2005, pág. 1969.

secundarias, pero olvida que, por muy potente que sea el motor, el coche no podrá desplazarse sin ruedas. Es más, una de las causas de la crisis del Derecho en los últimos decenios ha sido la de su ineficacia debido al colapso de la Administración de Justicia. Se comprobó que de nada servía tener buenas leyes si las leyes procesales estaban anticuadas y la Administración de Justicia mal organizada y peor dotada de medios. La mejora del funcionamiento de la Justicia en los últimos años ha sido el fruto de una mejora y modernización de la Administración de Justicia y de la aprobación de leyes procesales más ágiles y modernas.

IV.b.2.- La función educativa. Esta función se desarrolla especialmente con el aumento del intervencionismo estatal y va asociada directamente con el fenómeno de la "inflación legislativa" a que conduce dicho intervencionismo. En este apartado, FERRARI cita a EVAN para señalar que "el Derecho surge no sólo para codificar costumbres inveteradas, reglas morales o costumbres ya existentes", actuando de un modo pasivo, sino que también opera activamente "para modificar el comportamiento y los valores existentes en una determinada sociedad"[165]. También REHBINDER se suma a esta función del Derecho al señalar que "en sociedades dinámicas como la nuestra, con su gran movilidad, hay que añadir que el Derecho también tiene que cuidar de una reorientación o transformación del comportamiento, del surgimiento de nuevas costumbres y de la formación de nuevas expectativas de la conducta, que corresponden a las condiciones cambiantes de la vida del grupo o del individuo"[166].

Personalmente soy escéptico con el empleo del Derecho para esta misión, pues un ordenamiento jurídico apartado de los principios imperantes en una sociedad será un ordenamiento inane que conducirá a la anomia[167]. La reorientación del comportamiento de los ciudadanos debe hacerse fundamentalmente a través de la educación y, con el tiempo, la propia sociedad reclamará la promulgación de la norma acorde con los nuevos principios. Otra cosa distinta y muy saludable es que el legislador sea valiente en un momento determinado y promulgue leyes que rompan con tradiciones inveteradas y reaccionarias que no son acordes con un

[165] FERRARI, V. *Funciones del Derecho* cit., pág. 122.

[166] REHBINDER, M. *Sociología del Derecho* cit., pág. 161.

[167] El propio MARVIN HARRIS ha sido muy escéptico con la eficacia de las normas en este sentido, es decir, que una sociedad no puede explicarse atendiendo a las normas que la regulan, sino al comportamiento de los ciudadanos. De lo contrario, bastaría para explicar una cultura con tomar su ordenamiento jurídico y sustituir donde pone "debe" por "es", lo que resulta a todas luces absurdo. Como muy bien explica Benjamín RIVAYA, que mantiene una posición más moderada que el norteamericano en este punto, "evidentemente, los juristas necesitan mantener cierta fe en el Derecho, pero no han de creer que los problemas sociales se resuelven simplemente legislando" (RIVAYA, B. *El materialismo jurídico* cit., pág. 258).

sector importante de la sociedad o que directamente vulneran sus derechos (en materia de parejas homosexuales o de maltrato de animales, por ejemplo).

IV.b.3.- La función promocional. Esta función está presente en FERRARI, BOBBIO y REHBINDER. Tiene que ver con la decadencia de la función represiva tradicional del Derecho, de manera que "este procedimiento consiste precisamente en una ventaja ofrecida al que observa la norma, mientras que la inobservancia de la norma no tiene ninguna consecuencia jurídica"[168]. Asimismo, es consecuencia del intervencionismo estatal, que sustituye la función tradicional del Estado liberal de "tutelar" o "garantizar", por la función del Estado social de "promover"[169].

La Seguridad Social no es ajena a esta función, como puede apreciarse en las bonificaciones de cuotas por contratar a trabajadores minusválidos y a mujeres de cierta edad, o para que los contratos de trabajo sean indefinidos con objeto de reducir la temporalidad.

IV.b.4.- La función distributiva. Para FERRARI[170] "cualquier relación humana no es más que una proyección, más o menos inmediata, de regulaciones determinadas por la escasez de los recursos disponibles". El Derecho se convierte así en un "mecanismo de cambio y de distribución". Esta función es más que evidente en el Derecho civil o en el Derecho mercantil, que regulan relaciones de intercambio entre personas, ya sean físicas o jurídicas. La peculiaridad actual se encuentra en que, como dice REHBINDER[171], "se trata también de distribuir los resultados del progreso científico y técnico de una manera socialmente más justa", pues "hoy sabemos de lo insuficiente de una igualdad jurídica que se limita a lo formal y sobre la que ya Anatole France había ironizado con razón cuando en su novela *La lila roja* aludió a la «mayestática igualdad de la ley, que prohíbe tanto al rico como al pobre dormir bajo los puentes, pedir en las calles y robar el pan»". Esa necesidad de asegurar los derechos de los ciudadanos no sólo en el plano formal, sino también en el material, es la que tradicionalmente se ha exhibido como causa del nacimiento del Estado Social, caracterizado por su intervencionismo. Como consecuencia de ello,

[168] BOBBIO, N. *Contribución a la teoría del Derecho* cit., pág. 269.

[169] "No sólo penas y prohibiciones, sino también beneficios y la concesión de libertades jurídicamente protegidas pueden ser utilizadas para influir sobre la vida del grupo de manera positiva, subrayando una actividad que está en interés del individuo y del grupo" (REHBINDER, M. *Sociología del Derecho* cit., pág. 167).

[170] FERRARI, V. *Funciones del Derecho* cit., pág. 120.

[171] REHBINDER, M. *Sociología del Derecho* cit., pág. 143.

el Derecho sigue desempeñando una función distributiva, pero con la particularidad de que ahora se lleva a cabo en gran parte con la intermediación del Estado. Así lo recoge igualmente BOBBIO[172] cuando señala que "en el paso del Estado de Derecho al Estado administrativo ha crecido enormemente la función distributiva del Derecho, hasta el punto de que es imposible no darse cuenta de ello. Y ha crecido precisamente en la medida en que ha decaído la no injerencia del Estado en la esfera de las relaciones económicas y en que el reparto de los recursos (y no sólo económicos) se ha sustraído en gran parte al contraste de los intereses privados habiendo sido asumido por los órganos del poder público".

Ya vimos en su momento al hablar de las funciones del Derecho que aquéllas que son consideradas como de carácter secundario por los juristas devienen sin embargo como las más importantes para el Derecho de la Seguridad Social. Ello es fruto de la conceptuación tradicional del Derecho como equivalente al Derecho penal o al Derecho civil, obviando las nuevas ramas del Derecho, que desempeñan una función cada vez más importante en las sociedades desarrolladas[173].

La particularidad de la función de intercambio de bienes en el Derecho de la Seguridad Social radica en que la misma se lleva a cabo a través de un intermediario, que es el Estado, y que, como veremos, no persigue tanto la paridad entre los bienes intercambiados (justicia conmutativa) como la redistribución de la riqueza (justicia distributiva)[174].

Para cumplir esta función la Seguridad Social emplea la técnica mutualista. Ésta consiste en una operación económica con la cual, mediante la contribución de muchos sujetos expuestos a eventos económicamente

[172] BOBBIO, N. *Contribución a la teoría del Derecho* cit., pág. 267.

[173] El olvido, e incluso menosprecio, hacia el Derecho de la Seguridad Social se ha manifestado en todos los órdenes, incluido el académico, en el que ha sido preterido sistemáticamente en los planes de estudio universitarios. Sin embargo, hablar de función secundaria resulta llamativo cuando el presupuesto de gasto de la Seguridad Social para 2010 supera los 109.079 millones de euros (http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Presupuesto_aprobado/Gastos/127509), y cuando absolutamente toda la población es destinataria, no potencialmente, sino realmente, de las normas de la Seguridad Social, bien como cotizantes, bien como beneficiarios.

[174] "Certainly, social security is a transfer system in which workers contribute and beneficiaries get benefits. This is what all insurance is. Some get out less or more than others who pay in the same amount. This is also characteristic of insurance" (BALL, R. M. *Social Security today and tomorrow* cit., pág. 302). En los mismos términos se expresa DOUGLAS BROWN cuando afirma que "in developing a national system of contributory social insurance, the American people and their government embarked upon a complex cooperative endeavor. Unlike most other government functions, the system is not merely another form of taxes to support general services or benefits. Rather it is a closely integrated mechanism for the creation of individual rights related to individual contributions which partakes of the nature of a private transaction of purchase and sale, on the one hand, but involves, on the other, the exercise and implementation of sovereign powers of compulsion and sensitive social criteria of need" (DOUGLAS BROWN, J. *An American philosophy of Social Security* cit., pág. 43).

desfavorables, se junta la riqueza para quedar a disposición de aquellos sujetos a quienes se presenta la necesidad[175]. La Seguridad Social sigue fiel a la técnica mutualista propia de los seguros privados como mecanismo de funcionamiento[176], es decir, que reparte entre todos los miembros de un determinado colectivo, lo más amplio posible, las cargas que supone la protección de los mismos frente a determinadas situaciones de necesidad previamente definidas[177]. Tal como señala VENTURI, "con la Seguridad Social, la mutualidad aseguradora se extiende hasta crear una *Gefahrengemeinschaft* entre todos los miembros de la máxima comunidad jurídica territorial que reparten entre ellos mismos su propia carga: la función del ente mutualístico se asume directamente por el Estado, que proporciona las prestaciones y recibe las cotizaciones"[178]. La diferencia entre cualquier forma de seguro y la comprensiva extensión de la Seguridad Social en el estado de bienestar es de índole menor. Una vez que los riesgos son compartidos el individuo ya no afronta la incertidumbre solo, sino como parte de un grupo más amplio. La novedad que la seguridad social incorporó consistió en extender este modo de enfrentarse colectivamente al riesgo de un pequeño círculo, a veces seleccionado según conveniencia, a veces abandonado a su propia suerte, a un grupo mucho mayor -posiblemente la sociedad en su totalidad- e incluso, por medio de las trasferencias intergeneracionales, a los que aún no han nacido[179].

No obstante, la Seguridad Social presenta algunas particularidades, que, en mi opinión, son intrascendentes a efectos de desvirtuar dicha técnica. La primera de dichas particularidades sería su imposición coactiva, imprescindible como hemos visto para el cumplimiento de su función[180], o,

[175] BORRAJO DACRUZ, E. *Estudios jurídicos de previsión social,* Aguilar, Madrid, 1962, pág. 5.

[176] BALL, R. M. *Social Security today and tomorrow* cit., pág. 11.

[177] *Ibid.*, pág 289: "The essence of insurance is risk sharing. If a group of people are exposed to the possibility of a significant loss, they can take care of the loss that will occur for the few if they each put up an amount of money related to the average likelihood of the loss´ occurring. This eliminates the possibility of a large loss by anyone. Each member of the group exchanges a large possible loss for a smaller but certain payment, the premium. This description fits social insurance as well as private insurance. Risks are pooled and loss is shared among the covered population".

[178] VENTURI, A. *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social* cit., pág. 607.

[179] BALDWIN, P. *La política de solidaridad social* cit., pág. 18. En idénticos términos se expresa DOUGLAS BROWN cuando afirma que "social insurance should be regarded conceptually as a cooperative institution taken over by the state, but still a reflection of the responses of workers who are willing to contribute from their earnings today to protect themselves and their families from the hazards of tomorrow" (DOUGLAS BROWN, J. *An American philosophy of Social Security* cit., pág. 83).

[180] "Some stress the protection of social structure and the stability of government against unrest and dissatisfaction; some, the humanitarian goal of the prevention of suffering; some, the protection of mass purchasing power and economic stability; some, the inequity that in the absence of compulsory insurance results in the thrifty having to pay for the improvident through charity and assistance; and others may

dicho de otro modo, el aseguramiento por parte de la Seguridad Social no nace de un acuerdo de voluntades, sino de la ley, y no sólo en cuanto a la cotización, sino también respecto a las prestaciones, pues éstas son satisfechas por el ente asegurador no en relación a las cuotas satisfechas, sino a las cuotas que debieran haberse satisfecho (art. 126 LGSS). Ahora bien, ello no desdibuja la técnica mutualista, pues las obligaciones no sólo nacen del acuerdo de voluntades, sino también de la ley (art. 1089 CC)[181], sin contar con que nuestro ordenamiento jurídico contempla casos de seguros privados impuestos coactivamente, como el de circulación de vehículos de motor.

La segunda particularidad radica en la disparidad entre cotizaciones y prestaciones, pues se sustituye la *proportio rei ad rem*, propia de los seguros privados, en que rige la justicia conmutativa, por la *proportio rei ad personam*, propia de la Seguridad Social, en que rige el principio de justicia distributiva[182]. Esta disparidad entre cotizaciones y prestaciones no altera el espíritu de la técnica mutualista, entre otras razones porque no es ajena a los seguros privados, en los que, precisamente en atención a dicha técnica, cabe la posibilidad de contribuir durante toda una vida sin recibir nada a cambio porque no se ha actualizado el riesgo cubierto[183]. Esta particularidad es más característica de los sistemas de Seguridad Social asistencial que de los sistemas contributivos, en los que las prestaciones se otorgan en proporción al esfuerzo de cotización que ha hecho el beneficiario. El sistema de Seguridad Social español continúa siendo esencialmente contributivo, pero el propio TC también ha aceptado la aplicabilidad al mismo del principio de la justicia distributiva y de ese modo la sentencia 134/1987, de 21 de julio, afirma que "sin negar que, como ya se dijo en la citada STC 121/1983, el régimen de la Seguridad Social se asienta en alguna medida en el principio contributivo, conviene tener en cuenta que la relación entre cotización y prestación que se da en una relación contractual no puede trasladarse en forma automática al régimen legal de la Seguridad Social. De un lado, porque la conexión inmediata y directa entre la cotización y la pensión propia del régimen contractual no existe en el régimen general de la Seguridad Social, en que las prestaciones a que el asegurado tiene derecho son diversas (por

---

defend the use of government as the most efficient mechanism for a universal insurance that promotes the general welfare. Whatever the basis chosen -and all those mentioned have some merit- just about everyone agrees that the prevention of widespread economic insecurity justifies compulsion" BALL, R. M. *Social Security today and tomorrow* cit., pág. 6).

[181] BORRAJO DACRUZ, E. *Estudios jurídicos de previsión social cit.*, pág. 9.

[182] VENTURI, A. *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social* cit., pág. 610.

[183] BALL, R. M. *Social Security today and tomorrow* cit., pág. 300.

ejemplo, asistencia sanitaria, jubilación, viudedad), sin que de la limitación o reducción de una de ellas pueda concluirse que se haya producido una privación de derechos si el bloque de derechos y prestaciones del asegurado se mantiene en su conjunto. Por otra parte, la relación dual entre el asegurado y la Empresa aseguradora propia del régimen contractual desaparece en el régimen legal de la Seguridad Social, donde las Empresas o Entidades para las que se trabaja y el mismo Estado participan junto a los contratantes con aportaciones que resultan determinantes de la cuantía de la pensión. De todo ello resulta que los afiliados a la Seguridad Social no ostentan un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, es decir, de las pensiones respecto a las cuales no se ha producido el hecho que las causa".

La función distributiva o redistributiva se realiza en la Seguridad Social de manera horizontal y de manera vertical[184]. La redistribución horizontal se da entre individuos que pertenecen a una misma clase o grupo de nivel de rentas, y no entre individuos pertenecientes a clases de rentas de diferentes cuantías. Es la que operaría entre activos y pasivos. De este modo, la obtención de medios se da en relación con cada miembro de la población que posea capacidad contributiva y la distribución, teniendo esencial y fundamentalmente una función indemnizatoria, destina tales medios a reparar, en todo o en parte, las consecuencias dañosas de determinadas contingencias que se verifican en relación con determinados individuos[185].

La redistribución vertical se da entre grupos de diferente nivel de rentas, pues a medida que se asciende en la escala de las rentas, los individuos pagan una cotización cada vez mayor respecto de los beneficios a que tienen derecho, y este excedente va a financiar la distribución de beneficios a quienes pertenecen a grupos de menor renta, que pagan menos de lo que reciben, y a quienes no tienen renta, que no pagan nada. No obstante, debe decirse que, en mi opinión, esta redistribución vertical se mitiga bastante en los sistemas de Seguridad Social contributiva, en los que un mayor esfuerzo de cotización se ve recompensado con una cuantía más elevada para la prestación. No obstante, incluso en este tipo de sistemas, opera la redistribución vertical a través de diversos mecanismos, como pueden ser, en el caso español, la limitación de la cuantía máxima de las

[184] VENTURI, A. *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social* cit., págs. 710 y 711.

[185] Por esa razón para BALL la Seguridad Social nunca puede ser considerada como un programa de gasto: "in a major sense, social security isn´t government spending at all. The program simply transfers money from workers to those who have retired" (BALL, R. M. *Social Security today and tomorrow* cit., pág. 306).

pensiones o los complementos por mínimos[186]. A cambio, en los sistemas contributivos se refuerza lo que podríamos llamar previsión o redistribución temporal, consistente en transferir dinero del periodo en que el trabajador está en activo al periodo en que se interrumpe la percepción salarial[187].

IV.b.5.- La función integradora. Para mí, junto con la función distributiva, es la función más importante del Derecho de la Seguridad Social. Consistiría en lograr la cohesión de los individuos entre sí y en relación al grupo social. Para CALVO GARCÍA "la sumisión de los individuos al todo social no se produce coyunturalmente, sino que se asegura de una vez por todas mediante la integración del individuo en el todo social y su aceptación generalizada de las formas de dominación que aseguran el orden social establecido"[188]. JAVIER DE LUCAS define la integración social como "inserción de un individuo o grupo en una colectividad mayor cuyas cualidades se adquieren, y que podríamos denominar también «socialización» (vs. «marginación») (…) Se trataría de un proceso asegurado por modelos de cultura normativa, y cuyo resultado es la armonía social, la superación del conflicto"[189].

REHBINDER también otorga una gran importancia a esta función cuando afirma que "el Derecho es un instrumento de poder social que por medio del equilibrio de intereses contradictorios debe conseguir y fomentar la solidaridad de la comunidad"[190]. Debe adelantarse aquí que el término solidaridad debe entenderse en este contexto como sinónimo de integración social. Continúa diciendo que "la función social del Derecho consiste, por tanto, en la integración del grupo".

La cuestión estriba en descubrir el modo en que el Derecho puede conseguir esa integración social. Ya vimos que BOBBIO es muy escéptico respecto a la capacidad del Derecho para obtener esa integración, que él fía

[186] GONZÁLEZ ORTEGA, S. La reforma de las pensiones públicas a través de la definición de sus principios organizativos. En *Cuadernos de relaciones laborales*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1998, nº 12, págs. 43 y 47.

[187] "Social security may also be viewed as transferring purchasing power, over time, from the period in an individual´s life cycle when he works to the period during which his earning power has disappeared or been greatly reduced" (BALL, R. M. *Social Security today and tomorrow* cit., pág. 305).

[188] CALVO GARCÍA, M. Poder, fuerza e integración social en la teoría sociológica de Talcott Parsons cit., pág. 119.

[189] DE LUCAS, J. *El concepto de solidaridad*, Distribuciones Fontamara, México DF, 1993, pág. 20.

[190] REHBINDER, M. *Sociología del Derecho* cit., pág. 155.

más bien en "la socialización, es decir, la prosecución de la adhesión a valores establecidos y comunes, y la imposición de comportamientos considerados relevantes para la unidad social con la consiguiente represión de los desviantes", de modo que "una sociedad en la que las ciencias sociales, desde la psicología hasta la pedagogía, hayan conseguido suprimir las causas de los conflictos sería una sociedad sin prisiones"[191]. En esto BOBBIO coincide con PARSONS y BANTON. El primero argumenta que "el principal problema funcional relativo a la relación del sistema social con el de la personalidad implica el aprendizaje, el desarrollo y el mantenimiento a través del ciclo vital de una motivación adecuada para participar en patrones de acción socialmente controlados y evaluados. De manera recíproca, una sociedad debe también satisfacer o recompensar adecuadamente a sus miembros, por medio de esos patrones de acción, para poder aprovecharse continuamente de sus realizaciones con el fin de poder funcionar como sistema. Esta relación constituye la "socialización", o sea, el complejo total de los procesos por medio del que las personas se convierten en miembros de la comunidad societaria y mantienen su posición como tales"[192]. En parecidos términos señala BANTON que "el nivel del control, sea alto o bajo, queda establecido por los tipos de relación social que existen entre los individuos que forman la sociedad y en su eficacia para obtener que la gente acate pautas de conducta prescriptas. El número de personas que obedecen el Derecho y siguen esas pautas sin pensar siquiera una vez en la eficiencia policial constituye un notable testimonio del poder de las normas sociales y de los métodos empleados por la humanidad para educar a los niños en el respeto de las mismas: la mayoría de las personas crecen con un acondicionamiento tal que no pueden sentirse felices si llegan a violar las normas más importantes"[193].

---

[191] BOBBIO, N. *Contribución a la teoría del Derecho* cit., pág. 262.

[192] PARSONS, T. *La sociedad: perspectivas evolutivas y comparativas*, Trillas, México, 1974, pág. 27.

[193] BANTON, M. La aplicación de la ley y el control social. En AUBERT, V. *Sociología del Derecho*, Editorial Tiempo Nuevo, Caracas, 1971, pág. 133. Todas las teorías de la socialización encuentran su piedra angular en FREUD, que afirmaba que "es inexacto que el alma humana no haya realizado progreso alguno desde los tiempos más primitivos y que, en contraposición a los progresos de la ciencia y la técnica, sea hoy la misma que al principio de la Historia. Podemos indicar aquí uno de tales progresos anímicos. Una de las características de nuestra evolución consiste en la transformación paulatina de la coerción externa en coerción interna por la acción de una especial instancia psíquica del hombre, el s*uper-yo*, que va acogiendo la coerción externa entre sus mandamientos. En todo niño podemos observar el proceso de esta transformación, que es la que hace de él un ser moral y social. Este robustecimiento del *super-yo* es uno de los factores culturales psicológicos más valiosos. Aquellos individuos en los cuales ha tenido efecto cesan de ser adversarios de la civilización y se convierten en sus más firmes substratos. Cuanto mayor sea su número en un sector de cultura, más segura se hallará ésta y antes podrá prescindir de los medios externos de coerción" (FREUD, S. *El porvenir de una ilusión*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, pág. 148).

En esta misma dirección conviene traer a colación el pensamiento del filósofo GUSTAVO BUENO, ya que es un insigne representante del materialismo filosófico. Para BUENO la ética se refiere al individuo corpóreo en cuanto hombre o ser humano, mientras que la moral se refiere al individuo en cuanto miembro de una comunidad (tribu, ciudad, Estado), es decir, en cuanto ciudadano[194]. Por esa razón, la ética y la moral pueden entrar en conflicto y, así, Guzmán el Bueno sería un héroe moral, pues sacrifica su deber ético para con su hijo a cambio de cumplir su deber moral para con el reino; por el contrario, Don Quijote sería un héroe ético al liberar a los galeotes, o lo mismo podría decirse de Antígona, que se enfrenta a la pena capital por desobedecer las leyes de Tebas a cambio de cumplir con el deber ético de enterrar a su hermano Polinices. Continúa BUENO argumentando que "el conflicto permanente, actual o virtual, entre ética y moral se resuelve dentro del Estado (en tanto él mantiene integrados a grupos humanos heterogéneos con normas morales propias: familias, clases sociales, profesiones, bandas, iglesias…) a través del ordenamiento jurídico"[195]. Es decir, "en general, habrá que tener en cuenta que la política (el Derecho) coordina no ya sólo la ética con la moral, sino también las diferentes morales de grupos, clases sociales, etc., constitutivas de una sociedad política". Y así llegamos al colofón de este razonamiento, que a la vez sirve de puente entre la posición de REHBINDER por un lado, que fiaba la integración social a la labor del Derecho, y de BOBBIO, PARSONS y BANTON por otro, que la fiaban más bien a la socialización mediante técnicas extrajurídicas:

> "Desde el punto de vista de los conceptos de ética, moral y derecho (al que reducimos la política en un «Estado de Derecho») que venimos utilizando, resultará, desde luego, innegable que es imposible la vida política a espaldas de la vida ética de los ciudadanos, y este es el fundamento que puede tener la apelación, una y otra vez, a la necesidad de reforzar la «educación ética» de los ciudadanos a fin de hacer posible su convivencia política. Ahora bien, lo que desde la política suele entenderse por «educación ética» es, en realidad, el «moldeamiento moral» de los ciudadanos y, en el límite, la conminación legal a comportarse «éticamente», por ejemplo, pagando los impuestos, bajo la amenaza de penas legales, con lo cual, dicho sea de paso, las normas éticas se transforman en realidad en normas morales o en normas jurídicas"[196].

[194] BUENO, G. Ética, moral y derecho. En *El sentido de la vida. Seis lecturas de filosofía moral*, Pentalfa Ediciones, Oviedo, 1996, pág. 58.

[195] *Ibid.*, pág. 85.

[196] *Ibid.*, pág. 86.

En definitiva, estoy totalmente de acuerdo con GUSTAVO BUENO en que el Derecho no puede imponerse al margen de la ética de los individuos a los que se dirige, salvo que se haga de modo autoritario y, aun así, ese régimen tendría serias dificultades para perpetuarse. Por esa razón, cuando se trata de imponer una norma que colisiona con la ética de los individuos en el ejercicio de esa "función educativa del Derecho" a que nos hemos referido anteriormente, a la vez se implanta un programa de educación ética que en realidad es un programa de moldeamiento moral o político para facilitar la aceptación de esas normas por sus destinatarios[197]. Es decir, la socialización no puede llevarse a cabo al margen del Derecho, pues éste contiene el código de conducta que debe orientar dicha socialización, pero por el contrario tampoco el Derecho puede imponerse al margen de la ética de los ciudadanos, ya que, para su viabilidad, debe sustentarse en los principios éticos vigentes en la sociedad a la que se dirige.

En cualquier caso, el escepticismo de BOBBIO acerca de la capacidad del Derecho para servir como instrumento de integración social tiene su origen una vez más en que toma como referencia el Derecho penal, no otorgando la importancia adecuada a otras ramas del Derecho. El Derecho de la Seguridad Social es uno de los instrumentos más importantes a disposición del Estado para conseguir la integración social, pues sirve para mitigar situaciones de necesidad y para garantizar un nivel, siquiera mínimo, de bienestar, hasta el punto de que, como intentaré demostrar a lo largo de este trabajo, la función de integración es la que verdaderamente justifica la existencia de la Seguridad Social[198]. El propio funcionamiento de la técnica mutualista, basado en la autoprotección colectiva, aunque sea impuesta coactivamente, supone de por sí una integración del grupo social[199]. Pero dicha integración se refuerza a través de la función redistributiva, que evita la existencia de bolsas de pobreza por debajo de unos estándares mínimos considerados como socialmente inaceptables. La

[197] MARVIN HARRIS fue enormemente crítico con esos programas de moldeamiento moral llevados a cabo a través del cine, la televisión, la radio o del sistema educativo, mecanismos todos ellos empleados para instilar en la población la ilusión (también la llama ideología y falsa conciencia) del consenso ideológico moral, como "la forma más eficiente de inculcar el deber de obediencia al Derecho sin recurrir a la fuerza" (RIVAYA, B. *El materialismo jurídico* cit., págs. 88 y 160).

[198] "Cada ordenamiento contiene en sí, junto a una mayoría de normas sujetas a tutela por los grupos más aventajados socialmente, un número más o menos amplio de normas destinadas, como diría Rawls, «a beneficiar a los menos aventajados». Estas normas pueden ser fruto de presiones ejercidas con éxito desde la base social hacia el vértice, como el precio que los que están situados en el vértice creen que deben pagar por obtener con mayor facilidad obediencia y consenso sobre los principios que se entienden más esenciales" (FERRARI, V. *Funciones del Derecho* cit., pág. 102).

[199] El Estado es "un gigantesco asegurador", "un gran intermediario que relaciona a los innumerables miembros de la sociedad, que así pueden ser, a la vez, asegurados y aseguradores de esa magna previsión contra la injusticia que es la seguridad colectiva" (GARCÍA ESCUDERO, J. M. *Los principios de solidaridad y de subsidiariedad como postulados de la política social* cit., pág. 32).

pobreza conduce a la exclusión social y a la marginalidad y, en la medida en que el fin de la Seguridad Social es luchar contra la pobreza, la Seguridad Social conduce directamente hacia la integración social.

Tomemos por ejemplo el caso de los EEUU. Tomando cifras de 1980, MARVIN HARRIS nos da los siguientes datos ilustrativos. Teniendo en cuenta solamente los delitos denunciados ante la policía, en EEUU se cometen 5 veces más homicidios, 10 veces más violaciones y 17 veces más robos que en Japón; 7 veces más homicidios, 12 veces más violaciones y 8 veces más robos que en Gran Bretaña. Él atribuye esa elevada tasa de delincuencia a las bolsas de marginalidad y pobreza existentes en EEUU, con lo que es difícil estar en desacuerdo. Ya vimos que las sucesivas crisis agrarias y la industrialización provocaron un éxodo desde el campo hacia las ciudades. En cincuenta años, estos individuos, negros en su mayoría, comenzaron a emigrar masivamente a las ciudades, urbanizaron dramáticamente la pobreza y provocaron una angustiosa polémica sobre la existencia de una "crisis del bienestar" en los Estados Unidos[200]. Durante los años 70, el número de blancos que vivían en condiciones de pobreza en las ciudades de EEUU descendió en un 5 por ciento, mientras que el número de negros que vivían en las mismas condiciones aumentó en un 25 por ciento. En tales fechas más de la mitad de los jóvenes negros estaban desempleados, y en algunos ghettos, como Harlem, el porcentaje llegaba al 86 por ciento. La consecuencia es que el 43 por ciento de los detenidos por delitos violentos eran negros, cuando demográficamente sólo representaban el 11 por ciento de la población. Incluso se realizaron trabajos, como el del profesor Harvey M. Brenner de la Universidad John Hopkins, que relacionaban que un aumento del 1 por ciento en la tasa de desempleo suponía un incremento del 6 por ciento en el número de robos y del 4 por ciento en el número de homicidios[201].

Ya HEGEL señalaba que "el hundimiento de una gran masa por debajo de la medida de un modo de subsistencia cierto, que se regula por sí misma como la necesaria para un miembro de la sociedad -y así a la pérdida del sentimiento del derecho, de la juridicidad y del honor de subsistir por actividad y trabajo propios- produce el engendramiento de la plebe (…) La pobreza en sí no convierte a ninguno en plebe: ésta sólo está determinada por el ánimo que se vincula con la pobreza, por la rebelión interna contra la riqueza, contra la sociedad, el gobierno, etc."[202] En el

[200] PATTERSON, J. T. *La lucha contra la pobreza en los Estados Unidos de América* cit., pág. 35.

[201] HARRIS, M. *La cultura norteamericana contemporánea* cit., págs. 134 a 144.

[202] HEGEL, G. *Rasgos fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado* cit., pág. 294. Anteriormente, Luis Vives, por citar nuevamente al protodefensor

mensaje de Navidad de 1950 el papa Pío XII decía: "nos hemos señalado la lucha contra el paro y el esfuerzo hacia una Seguridad Social bien entendida, como una condición indispensable para unir todos los miembros de un pueblo en un solo cuerpo"[203]. Según vimos anteriormente, en la pérdida de la función tradicional del Derecho de que hablaba BOBBIO, que estaba pensando en el Derecho penal, el Derecho de la Seguridad Social adquiere un papel primordial, pues la exclusión social conduce a la elevación de los índices de delincuencia y una adecuada redistribución de la riqueza es mucho más eficaz para luchar contra dicha delincuencia que la represión penal, máxime cuando aquélla tiene efectos preventivos, que siempre son preferibles a la actuación *ex post*.

En esta función de integración hay que tomar en consideración otro hecho importante que ya fue contemplado por los escandinavos cuando implantaron su sistema universal de bienestar a finales del s. XIX, cual es que la Seguridad Social no es un sistema de protección de una clase social, sino que hunde sus raíces y desarrolla su función transversalmente a todas las clases sociales, lo que potencia su función integradora. El concepto de clase trabajadora se ha relativizado bastante con la aparición de la clase media. A ésta pueden pertenecer oficiales cualificados que trabajan en fábricas y que perciben una remuneración nada desdeñable. Por el contrario, muchos trabajadores de "cuello blanco" perciben retribuciones comparativamente muy inferiores. Por otra parte, los trabajadores pertenecientes a la clase media, aunque lleven una vida acomodada, dependen de un salario para vivir, el elemento causante como vimos de la aparición de la Seguridad Social, y por tanto son tan vulnerables como los miembros del "proletariado" a las contingencias de la vejez, la enfermedad, los accidentes, la muerte y el desempleo. Ese interés de la clase media en acogerse a la protección de la Seguridad Social fue lo que permitió su implantación al margen de las diferentes tendencias políticas, cosa que no

español de la protección social, dijo lo siguiente: "Hasta ahora hemos dicho lo que deve hacer cada particular, en adelante tratarèmos de lo que pertenece al cuerpo de la Republica, y a los que la goviernan, que son en ella lo que el alma y el cuerpo; asi pues como esta no vejeta o vivifica solamente una u otra parte del cuerpo, sino a todo èl, asi tambien el Magistrado de todo ha de cuidar en su Republica, y de nada ha de ser negligente; porque los que solo miran por los ricos despreciando a los pobres, hacen lo mismo que si un Medico juzgase que no se devian socorrer mucho con la medicina las manos y los pies, porque distan mucho del corazon; lo qual asi como no se haria sin grave daño de todo el hombre, asi en la Republica no se desprecian los mas debiles y pobres sin peligro de los poderosos, pues aquellos, estrechados de la necesidad, en parte hurtan, (el Juez no se digna de conocer de ello pero esto sea lo de menos) tienen envidia a los ricos, se indignan e irritan de que a estos les sobre para mantener bufones, perros, mancebas, mulas, caballos, y otros animales, faltandoles a ellos que dar a sus pequeñuelos hijos hambrientos, y de que abusen sobervia e insolentemente de las riquezas que han quitado a ellos y a otros semejantes" (JUAN LUIS VIVES. *Tratado del socorro de los pobres*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, pág. 151).

[203] GARCÍA ESCUDERO, J. M. *Los principios de solidaridad y de subsidiariedad como postulados de la política social* cit., pág. 140.

hubiera ocurrido si se hubiese percibido como una concesión por y para la clase obrera[204]. Por ello, hay que sustituir la perspectiva de "clase" por la de "grupo de riesgo", es decir, las situaciones de necesidad hoy en día no son privativas de la clase obrera, sino que son comunes a todos los asalariados de clase baja y media. Por eso, la Seguridad Social debe incluirlos a todos dentro de su ámbito de protección, lo que refuerza su implantación política y favorece la integración social[205].

Finalmente, respecto a la manera en que la Seguridad Social desarrolla su función integradora, podemos trasladar el esquema de *inputs* y *outputs* de BREDEMEIER[206] a través de tres fases:

1. Existiría un "sistema adaptativo" que suministraría a la Seguridad Social las informaciones necesarias para el cumplimiento de sus fines, tales como tablas actuariales de supervivencia, mapas de pobreza o exclusión social, estadísticas de salud, etc. (*inputs*).
2. La política suministra a la Seguridad Social las metas y los recursos.
3. La Seguridad Social pone en marcha un sistema de prestaciones para la protección de los ciudadanos frente a las situaciones de necesidad (*outputs*).

[204] HABER, C. y GRATTON, B. *Old age and the search for security. An American social history* cit., pág. 180. También BALDWIN, P. *La política de solidaridad social* cit. págs. 188, 189 y 479.

[205] "A medida que los intereses de la burguesía se anclaban con más firmeza en la política social, más fuerte y sólido ha sido su apoyo político. El secreto del éxito de los estados de bienestar escandinavos radicó en su capacidad para proveer a las clases medias tan eficazmente como a los trabajadores. En Gran Bretaña, el nuevo planteamiento universalista e igualitario de la política social de Beveridge descansaba en su atractivo para las clases autodependientes, anteriormente excluidas de las ayudas estatales. En Francia y Alemania, la reforma solidaria posterior a la guerra fue un fracaso porque amenazaba a los afortunados con la redistribución, y en los años setenta tuvo éxito porque el desarrollo que había tenido lugar permitió a muchos miembros de las clases medias darse cuenta de que podían trasladar sus cargas a otros. La Seguridad Social redistribuye directamente en términos de riesgo, y sólo elíptica y mediadamente según criterios de clase" (BALDWIN, P. *La política de solidaridad social* cit., pág. 60). "In its appeal, Social Security cut across class, political affiliations, and generations. In its entitlements, it affected both the young and the old; through its allocations, it has written a new chapter in the history of old age, and in turn, of every age, in the United States" (HABER, C. y GRATTON, B. *Old age and the search for security. An American social history* cit., pág. 185).

[206] BREDEMEIER, H. C. El derecho como mecanismo de integración. En AUBERT, V. *Sociología del Derecho*, Editorial Tiempo Nuevo, Caracas, 1971, págs. 54 a 58.

CAPÍTULO TERCERO.- LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA: PRINCIPIOS INFORMADORES

I.- TRAYECTORIA HISTÓRICA Y ANTECEDENTES

Una vez que hemos analizado con carácter general las causas del nacimiento de la Seguridad Social, así como las funciones que ésta cumple, podemos centrarnos ya en el caso particular de España, que, aunque presenta sus propias peculiaridades, puede explicarse perfectamente utilizando los mismos esquemas de análisis que hemos empleado en el capítulo anterior. Después pasaremos a dilucidar cuál es el modelo de Seguridad Social vigente en España, lo que tiene una gran importancia para determinar cuáles son los principios informadores del mismo y, finalmente, continuando con este procedimiento de ir analizando desde lo general a lo particular, estudiaremos cuáles son los principios informadores del sistema español de Seguridad Social.

Comenzando pues con el análisis histórico de las causas del nacimiento de la Seguridad Social en España, diremos que el comienzo del siglo XX estuvo marcado por una profunda crisis social, económica y política que ya se venía arrastrando de atrás y que se agravó especialmente con el fin de la primera guerra mundial. En primer lugar, desde el punto de vista demográfico, la población española, aunque a un ritmo inferior al del resto de Europa, también experimentó un gran incremento. ORTEGA Y GASSET[207] cita un dato del economista Werner Sombart: desde el siglo VI hasta el año 1800 Europa alcanzó la cifra de población de 180 millones de habitantes, mientras que de 1800 a 1914 la población europea se incrementó hasta los 460 millones de habitantes. Es decir, en poco más de un siglo la población europea aumentó en dos veces y media. En España, la población pasó de 15.673.000 habitantes en 1860 a 18.617.956 en 1900[208]. Esta población, al igual que en el resto de Europa, se orientó hacia las ciudades, adonde llegaban los campesinos expulsados de sus tierras y atraídos por la demanda creciente de mano de obra en las industrias. No obstante, este proceso se produjo de modo mucho más débil en España. En 1877 el 86,5 por ciento de la población española vivía en el campo. En 1887 4.854.472 trabajadores desempeñaban sus funciones en la agricultura,

[207] ORTEGA Y GASSET, J. *La rebelión de las masas* cit., pág. 68.

[208] RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A. La población española en las últimas décadas del siglo XIX cit., pág. 207.

ganadería e industrias derivadas, por 358.867 trabajadores de la industria, la minería y transportes. En 1900 las cifras muestran los avances de la industrialización, aunque España seguía siendo un país predominantemente agrícola, pues los trabajadores del campo habían disminuido a 4.558.251, mientras que los de la industria, minería y transporte habían aumentado a 1.120.235[209]. En el censo de 1915, la población agraria se sitúa en el 48 por ciento, aunque las deficiencias del mismo permiten aventurar un porcentaje más próximo al 60 por ciento[210].

En el campo pervivían unas estructuras arcaicas, con bajo rendimiento del suelo y poca productividad de los trabajadores, lo que se considera a menudo una de las causas del llamado fracaso de la Revolución Industrial en España[211]. La desamortización de Mendizábal no había conseguido crear una clase media agrícola, pues los campesinos no tenían medios para acceder a las subastas de tierras, por lo que siguieron manteniéndose los latifundios, pero ahora en manos de la burguesía urbana, lo que agravó aun más las condiciones de vida de los colonos[212]. La segunda desamortización en 1855 empeoró la situación, pues incluyó también los bienes municipales, lo que privó a los campesinos pobres de amplios terrenos para pastos, caza, leña y carboneo. Las inversiones para mejorar la productividad agraria no se llevaban a cabo porque el latifundista prefería el cultivo extensivo dados los bajos precios de la mano de obra. De este modo, la producción agrícola aumentaba a base de incrementar la superficie cultivada, pero no aumentaba el rendimiento por hectárea[213]. En 1868 se había llegado al límite de roturación de tierras dentro de las posibilidades técnicas y estructurales de la época y el desempleo comienza a manifestarse dramáticamente entre los trabajadores del campo. Respecto a las condiciones de trabajo, entre los obreros agrícolas las jornadas "de sol a sol" eran muy corrientes; por otra parte, en épocas de recolección la retribución solía calcularse a destajo, lo que implicaba un estricto cumplimiento de esa jornada prolongada. Pero también nos encontramos en Andalucía con jornadas de doce horas en el campo (de once o doce en Carmona); los vinicultores de Jerez tenían

[209] TUÑÓN DE LARA, M. *El movimiento obrero en la historia de España*, Sarpe, Madrid, 1985, vol. I, págs. 225 y 263. Similares cifras maneja PALACIO MORENA, J. I. *La institucionalización de la reforma social en España (1883-1924): la Comisión y el Instituto de Reformas Sociales*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1988, pág. 6.

[210] TUÑÓN DE LARA, M. *El movimiento obrero en la historia de España* cit., vol. II, pág. 5.

[211] *Ibid.*, vol. I, pág. 45. En idénticos términos PALACIO MORENA, J. I. *La institucionalización de la reforma social en España (1883-1924): la Comisión y el Instituto de Reformas Sociales* cit., pág. 8.

[212] TUÑÓN DE LARA, M. *El movimiento obrero en la historia de España* cit., vol. I, pág. 46.

[213] *Ibid.*, vol. I, págs. 102 y 103.

jornada de trece horas. Los jornaleros de Córdoba, catorce en verano y doce en invierno[214]. Si las condiciones de trabajo en las fábricas son peores que en otros países más industrializados, la vida de los jornaleros y de los pequeños campesinos se caracteriza por su extrema pobreza. "A los jornaleros de las explotaciones latifundistas más prósperas de ciertas zonas de Andalucía -ligadas a la viticultura y, en segundo término, en orden de importancia, a la producción de aceite- no les habrían de sublevar tan sólo las malas condiciones de trabajo a las que se veían sometidos y su ínfimo nivel de vida, sino la miseria y el expolio que percibían en su entorno, de los que se hacía responsable al gran terrateniente"[215].

La consecuencia de esta dramática situación fue una oleada de explosiones revolucionarias en Castilla, pero sobre todo en Andalucía. La característica fundamental de las mismas es que no pretendían negociar mejores condiciones de trabajo, pues carecían de la más mínima organización sindical, sino que tenían carácter subversivo, orientándose fundamentalmente a reclamar la propiedad de las tierras. Por esa misma razón, las revueltas campesinas fueron reprimidas sin miramientos[216].

En la ciudad no puede decirse que las cosas estuvieran mucho mejor. Las condiciones de trabajo, vivienda, sanidad, etc., eran pésimas. Las jornadas eran de doce y más horas, con el descanso de los lunes. La falta de precauciones tomadas por los patronos era causa de accidentes tan numerosos como graves. Con frecuencia los obreros y obreras, menores de edad, tenían que sufrir amputaciones de dedos e incluso brazos[217]. Las clases trabajadoras vivían en unas condiciones miserables: bajos salarios, déficit casi permanente de los presupuestos obreros -lo que obligaba a recurrir al préstamo usurario-, un trabajo inseguro las más de las veces y realizado sin las más mínimas condiciones de seguridad e higiene, lo que se traducirá en deformaciones físicas y en enfermedades profesionales y en frecuentes accidentes de trabajo. Añádanse las pésimas condiciones en que se desarrollaba la vida cotidiana de los trabajadores, hacinados en barrios carentes de higiene y sin los necesarios servicios de suministro de agua, de

[214] *Ibid.*, vol. I, pág. 173.

[215] PALACIO MORENA, J. I. *La institucionalización de la reforma social en España (1883-1924): la Comisión y el Instituto de Reformas Sociales* cit., pág. 9.

[216] "El carácter de motín popular se observa, por ejemplo, en El Arahal, donde los sublevados, según Guichot, incendiaron los archivos municipales y notariales; la tendencia a incendiar los registros y documentos de la propiedad territorial es característica de las explosiones campesinas. Treinta y cinco de los sublevados fueron juzgados por un consejo de guerra y pasados por las armas. Otra partida que fue sorprendida por la Carolina, en el mismo verano, sufrió análoga suerte." (TUÑÓN DE LARA, M. *El movimiento obrero en la historia de España* cit., vol. I, págs. 142 a 145. *Vid.* también págs. 209 a 210).

[217] *Ibid.*, vol. I, pág. 53.

alcantarillado y de limpieza, con mercados carentes de instalaciones adecuadas y en los que la adulteración de los alimentos era un hecho normal y, como consecuencia de todo ello, una mortalidad que casi duplicará a la de las clases acomodadas[218].

A medida que va avanzando el siglo XIX y durante el siglo XX, esta situación se va agravando. En primer lugar, las sucesivas crisis económicas provocan que muchos artesanos se vean privados de su medio de vida y pasen a engrosar la masa de trabajadores. En segundo lugar, comienza un éxodo masivo de trabajadores del campo hacia la ciudad[219]. Ya vimos algunas cifras anteriormente, pero es aun más ilustrativo observar el crecimiento de las ciudades: en 1857 Madrid tenía 281.170 habitantes, Barcelona 183.787, Sevilla 112.529, Valencia 112.529 y Bilbao apenas llega a 18.000; en 1900 Madrid tiene 593.000 habitantes, Barcelona 580.000, Sevilla 157.000, Valencia 231.000 y Bilbao 92.400. En 1920 Madrid ya alcanza los 750.896 habitantes, Barcelona los 710.335, Sevilla los 200.000 y Valencia los 250.000[220]. Se aprecia claramente el crecimiento exponencial de los núcleos urbanos con mayor peso industrial.

La debilidad de la expansión industrial española dificultaba la absorción de estos trabajadores desplazados, lo que provocó que quedaran condenados al subempleo, cuando no directamente al desempleo[221]. En los núcleos industriales, los inmigrados y parados o subempleados de los barrios periféricos constituyen un importante foco de marginación social[222]. La conflictividad social urbana española durante la segunda mitad del siglo XIX y primer tercio del siglo XX es sobradamente conocida y no es necesario por tanto detenerse más en ella.

El desarraigo de estos trabajadores, la ruptura con el sistema de vida y valores tradicional, y el alejamiento de la Iglesia, alineada con la burguesía urbana, fueron los factores que, entre otros, permitieron que las

[218] MORALES MOYA, A. y DE LUIS MARTÍN, F. La sociedad de la Restauración (1875-1902). En VV. AA. *España entre dos siglos. XIX-XX* (Director JOSÉ GIRÓN), Fundación Hidroeléctrica del Cantábrico, Oviedo, 2000, pág. 226.

[219] BAHAMONDE MAGRO, A. y TORO MÉRIDA, J. *Burguesía, especulación y cuestión social en el Madrid del siglo XIX*, Siglo veintiuno editores, S.A., Madrid, 1978, pág. 42.

[220] TUÑÓN DE LARA, M. *El movimiento obrero en la historia de España* cit., vol. I, págs. 99 y 317 y vol. II, pág. 169.

[221] *Ibid.*, vol. I, pág. 117 y BAHAMONDE MAGRO, A. y TORO MÉRIDA, J. *Burguesía, especulación y cuestión social en el Madrid del siglo XIX* cit., pág. 43.

[222] PALACIO MORENA, J. I. *La institucionalización de la reforma social en España (1883-1924): la Comisión y el Instituto de Reformas Sociales* cit., pág. 9.

ideas socialistas y anarquistas calaran en el proletariado español a finales del siglo XIX y principios del siglo XX.

Se intentaron medidas represoras, como las vistas en las revueltas campesinas. En 1845 las Cortes promulgan una Ley de Vagos y en 1849 el Código Penal tipifica en su articulado la vagancia como delito, siendo reformado nuevamente en 1868 para identificar al parado con el vago[223].

Sin embargo, también se inician otras líneas reformistas: coincidente con el continuo incremento demográfico de Madrid, se publican cada vez más asiduamente artículos y editoriales en la prensa, memorias y libros sobre los fines que ha de cumplir la beneficencia y la necesidad de su desarrollo, para que actúe como dique de contención de la inestabilidad social. Conclusión que aparece envuelta en un ropaje doctrinal religioso: el deber del cristiano de fomentar la caridad evangélica[224]. En 1888 el diario conservador *La Época* decía que "con cargas de caballería y con descargas se podrá prender, herir o matar, pero no se resuelve el problema"[225].

En el discurso de Cánovas del Castillo el 6 de noviembre de 1889 en el Ateneo Científico y Literario de Madrid ya adelantaba que era necesario que las clases trabajadoras se beneficiasen de la riqueza generada por el progreso industrial como medio de atajar la creciente desestabilización social[226], y en similares términos también Antonio Maura hablaba de "la

[223] BAHAMONDE MAGRO, A. y TORO MÉRIDA, J. *Burguesía, especulación y cuestión social en el Madrid del siglo XIX* cit., págs. 45 y 57.

[224] *Ibid.*, pág. 46.

[225] *Ibid.*,pág. 161.

[226] El texto literal del discurso era este: "Para mí los tiempos llegan en que un régimen político sea estimado, sobre todo, por la aptitud que posea para mantener en orden al trabajo y al capital, contribuyendo hasta donde quepa a su concierto necesario. Todos los Gobiernos rinden algún tributo ya, aunque en mayor o menor cuantía, al socialismo de Estado, bien que ninguno haya adelantado sus pasos tanto en esta senda como el alemán. Pero lo más grave es hoy, bien lo sabéis, que la Iglesia Católica en la propia Alemania, en Inglaterra, en Francia, y más que en ninguna parte en los Estados Unidos, rechaza, a título de una de sus principales leyes, la caridad, los excesos de la concurrencia o de la lucha por la vida en la regulación del trabajo. El Papa mismo ha declarado no ha mucho que es lícita la existencia de la formidable asociación titulada de los *Caballeros del Trabajo* en los Estados Unidos, con tal que respete la propiedad individual, y que no incurra en los extravíos del socialismo revolucionario. Por tales caminos ya la mayor fuerza moral que posea el mundo, reparad también que la fuerza material más triunfante en el mismo y más gloriosa, se ha dejado persuadir del socialismo de la cátedra, del llamado inexactamente *socialismo católico*, del socialismo conservador, y hasta de la nueva economía política realista, conformes ya en una cosa, a saber: que las leyes matemáticas de la producción y la demanda ni se deben ni se pueden aplicar a los hombres. No discuto aquí, expongo; no pretendo establecer, según dije ha poco, sino que el Estado del porvenir ha de estar influido, antes que por nada, por el hecho novísimo de que sobre los antiguos problemas políticos claramente prepondera el problema social. El más simple planteamiento de este problema dificilísimo, obligará a prescindir de gobiernos que no sean capaces de pasar irresistiblemente a un tiempo sobre las minorías propietarias o capitalistas, y sobre las mayorías trabajadoras y proletarias, con el fin de que ni las primeras aprovechen las ventajas todas de la

necesidad de efectuar la revolución desde arriba, para evitar que otros (el proletario) la hagan desde abajo"[227].

Por Real Decreto de 23 de abril de 1903[228] se crea el Instituto de Reformas Sociales, cuyos objetivos fundamentales eran "estudiar todas las cuestiones que directamente interesan a la mejora o bienestar de las clases obreras, tanto agrícolas como industriales, y que afectan a las relaciones entre el capital y el trabajo", así como preparar la legislación del trabajo; cuidar de la ejecución de la legislación a través, fundamentalmente, de los servicios de inspección y de estadística; y favorecer la acción social y gubernativa en beneficio de la mejora o bienestar de las clases obreras mediante el asesoramiento, el estudio y la mediación para prevenir y conciliar conflictos[229].

Esta sensibilidad hacia la llamada "cuestión social" se reflejó en muchos otros textos legales. Por ejemplo es significativa la aprobación del Real Decreto de 18 de marzo de 1919[230], relativo al seguro de paro forzoso, cuya cuidada Exposición de Motivos anticipaba cómo las clases trabajadoras son "las que sufren las consecuencias económicas de las transformaciones que va experimentando la organización social con el tránsito de la paz a la guerra y de la guerra a la paz, más los que traen las transformaciones monetarias que aquellos enormes gastos produjeron" [se refiere al final de la Primera Guerra Mundial, que provocó una grave crisis de empleo en España]. Por esa razón, el Real Decreto de 1919 abordaba un sistema de protección contra el paro después de reconocer la vital importancia del pleno empleo para la convivencia ordenada, señalando que

---

concurrencia, ni extiendan las segundas su estricto derecho a vivir trabajando. Si carecen las democracias de organismos proporcionados a la misión primera del Estado, si no aciertan a sobreponerse a los más, cuando haga falta, a pesar de su dependencia absoluta del número, poca duda será permitida respecto a los riesgos que correrá en sus manos el orden social. No olviden las democracias individualistas, enemigos feroces del socialismo a las veces, que está éste dentro precisamente de su propia naturaleza, porque el poder igual de todos, aunque sea un imposible práctico, pide que las consecuencias sociales para todos sean iguales también" (VELARDE FUERTES, J. Reflexión sobre dos circunstancias inseguras: la Seguridad Social Española en 1900 y en el 2000. El entorno económico de Dato y de Pimentel. En VV. AA. *Cien años de Seguridad Social* (directores BERNARDO GONZALO GONZÁLEZ y MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO), Fraternidad-Muprespa y UNED, Madrid, 2000, pág. 400).

[227] PALACIO MORENA, J. I. *La institucionalización de la reforma social en España (1883-1924): la Comisión y el Instituto de Reformas Sociales* cit., pág. 19.

[228] Gaceta de Madrid de 30 de abril de 1903.

[229] PALACIO MORENA, J. I. *La institucionalización de la reforma social en España (1883-1924): la Comisión y el Instituto de Reformas Sociales* cit., pág. 139.

[230] Gaceta de Madrid de 19 de marzo de 1919.

"la prosperidad de una Nación y el que en ella pueda imperar el derecho y el orden, depende, en primer término, del número de los sin trabajo"[231].

Del mismo modo, la Real Orden de 5 de marzo de 1919, relativa a las sociedades de Socorros Mutuos para obreros que trabajasen en fábricas de material de guerra a cargo del cuerpo de artillería, reconocía abiertamente en su exposición de motivos "el malestar que se refleja en el proletariado", ante el cual se movilizaba la acción reformista del gobierno[232].

Normalmente suele citarse la LAT como la primera norma de Seguridad Social en España, con lo cual no puedo estar de acuerdo, toda vez que la misma sólo instituyó la responsabilidad objetiva del empresario por los accidentes sufridos por los trabajadores a su servicio, es decir, que era una norma de responsabilidad contractual. Y ni siquiera en esto fue la primera, ya que catorce años antes el Real Decreto de 11 de junio de 1886[233], sobre condiciones generales en la contratación de las obras públicas, exigió a los contratistas asegurar a sus operarios frente a los riesgos de sufrir accidentes de trabajo, siempre que éstos no fueran debidos a "ignorancia, negligencia o temeridad"[234].

No obstante, la LAT tuvo el mérito de que por primera vez supuso el reconocimiento del accidente de trabajo como un riesgo social, el cual sigue siendo un concepto central después de más de cien años en nuestro sistema de Seguridad Social[235]. Antiguamente, en el sistema de producción preindustrial, los accidentes de trabajo ni siquiera habían nacido como concepto porque tampoco tenían una importancia grande como realidad social. Lo típico precisamente de la Revolución Industrial es la incidencia generalizada del accidente de trabajo sobre la población trabajadora: esto es

---

[231] MONTOYA MELGAR, A. La Seguridad Social española: notas para una aproximación histórica. En *Revista de Trabajo*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, Madrid, 1976, n^{os} 54-55, pág. 15. No obstante, el seguro de paro forzoso no se trataba de un seguro social: otorgaba un subsidio no superior al 60 por ciento del salario y por tiempo no superior a noventa días al año. Era gestionado por las sociedades mutuas obreras y financiado por mitad a través de las primas recaudadas por aquéllas y a través de subvenciones estatales.

[232] *Ibid.*, pág. 13.

[233] Gaceta de Madrid de 14 de junio de 1886.

[234] DE LA VILLA GIL, L. E. La influencia de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 en la construcción del ordenamiento laboral español. En VV. AA. *Cien años de Seguridad Social* (directores BERNARDO GONZALO GONZÁLEZ y MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO), Fraternidad-Muprespa y UNED, Madrid, 2000, pág. 4.

[235] ÁLVAREZ PATALLO, J. A. Guía básica para los cambios de contingencia en la prestación de incapacidad temporal. En *Estudios de Deusto*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, vol. 52/1, pág. 51.

lo que convierte al accidente de trabajo en un "riesgo social". Las razones son bien conocidas: la novedad de los ingenios productivos, la inexperiencia de los trabajadores precisamente con esas nuevas máquinas de vapor, la falta de medidas de seguridad, el agotamiento por las largas jornadas que hacían, por consiguiente, perder la atención, etc.[236]. Este escenario es resumido de manera muy gráfica por PERPIÑÁ RODRÍGUEZ cuando dice que los seguros sociales "han sido hijos de la máquina de vapor y del hierro y el acero". Para este autor "la industria del carbón y del acero (lo primero que unirá en el siglo XX a los Estados de la pequeña Europa) está, pues, en la base de la Previsión moderna. Esto explica que la misma, por diversas razones, se haya extendido menos a la agricultura, a la población agropecuaria (…) Es Vulcano y no Ceres el dios de los Seguros Sociales"[237].

Ahora bien, en España no puede hablarse en propiedad de protección social en materia de accidentes de trabajo hasta la Ley de Bases de 4 de julio de 1932[238], que es cuando se impone el aseguramiento obligatorio de los mismos. Aunque la financiación de dicho seguro va a seguir recayendo en los empresarios, se pasa de una concepción iusprivatista (que nunca ha llegado a perder del todo)[239], en que el asegurado es el empresario, a una

[236] ALARCÓN CARACUEL, M. R. Los orígenes de la Seguridad Social en España cit., pág. 23. "Desde 1828 se habían dictado medidas de seguridad harto insuficientes (cubrir las máquinas con un cajón de madera, luego ponerles tapas con candado, etc., pero ello no evitaba los accidentes en funcionamiento). Los fabricantes incumplían también las disposiciones que prohibían el trabajo en las máquinas *Diablo* de muchachas de menos de veinte años; el hospital de Barcelona comunicaba el ingreso de niños de ocho y diez años heridos por esas máquinas destinadas a la preparación del algodón" (TUÑÓN DE LARA, M. *El movimiento obrero en la historia de España* cit., vol. I, pág. 54).

[237] PERPIÑÁ RODRÍGUEZ, A., *Sociología de la Seguridad Social* cit., pág. 522.

[238] Plasmada en el Decreto-Ley de 8 de octubre de 1932 (Gaceta de Madrid de 12 de octubre de 1932), ambos como consecuencia de la ratificación por España del Convenio nº 17 de la OIT.

[239] La LBSS establecía en su Base primera el principio de la "consideración conjunta de contingencias", en virtud del cual el centro de gravedad del sistema protector se desplaza desde el riesgo a la situación de necesidad; de este modo, tal como expresa el apartado segundo del capítulo segundo del preámbulo de la Ley, ésta "evita deliberadamente la noción de riesgo, que sustituye por las situaciones o contingencias delimitadas en sus bases. De este modo no sólo se marca una línea muy visible entre la Seguridad Social -a la que trata de llegar- y los Seguros Sociales -de donde se parte-, basados en la idea de riesgo, sino que además se favorece, como ya se ha expresado, la conjunta consideración de las situaciones o contingencias protegidas para conseguir en la medida de lo posible la uniformidad de las prestaciones ante un mismo evento". Del mismo modo, la STC 104/1983, de 23 de noviembre, señala que "el art. 41 de la Constitución establece la obligación de los poderes públicos de mantener un régimen de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes en «situaciones de necesidad». La adopción de este término no se opone a la idea de perjuicio. La referencia a una «situación de necesidad» o a un «estado de necesidad» obedece a la voluntad de superar la primitiva perspectiva legal, donde era prioritaria la noción de «riesgo» o «contingencia», que se produjo en la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963". Sin embargo, pese al tiempo transcurrido, la STS de 1-2-2000 (Rec. Nº 200/1999) recuerda que la noción de riesgo y el seguro de accidentes de trabajo siguen subyaciendo en el Derecho de la Seguridad Social español. Concluye dicha sentencia que "en el Sistema español de Seguridad Social la protección de los accidentes de trabajo se establece con una técnica

concepción social, en la que el asegurado es el trabajador. Así lo establecía la base 2ª de la Ley, que señalaba que "todo obrero de tales empresas es considerado de derecho asegurado, aunque no lo estuviera su patrono. En el caso de que éste no indemnizare al obrero o a sus derechohabientes en el plazo que se señale, la indemnización será abonada con cargo al Fondo de Garantía". Se trata en definitiva de los principios de alta presunta o de pleno derecho y de automaticidad en las prestaciones, presentes hoy en día en los arts. 125.3 y 126 de la LGSS. Así, el primero de dichos preceptos establece que "los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen general se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, aunque su empresario hubiere incumplido sus obligaciones. Igual norma se aplicará a los exclusivos efectos de la asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral". Y el art. 126 señala lo siguiente:

> "1. Cuando se haya causado derecho a una prestación por haberse cumplido las condiciones a que se refiere el artículo 124 de la presente ley, la responsabilidad correspondiente se imputará, de acuerdo con sus respectivas competencias, a las entidades gestoras, Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social o empresarios que colaboren en la gestión o, en su caso, a los servicios comunes.
>
> 2. El incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad, en cuanto al pago de las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva.

---

próxima al aseguramiento (artículo 70 de la Ley General de la Seguridad Social), en la que el reaseguro opera como un mecanismo complementario de compensación (artículos 87.3 y 201.2 de Ley de General de la Seguridad Social), que ha de seguir, en virtud de este carácter, la cobertura de aquel aseguramiento. Esta cobertura se organiza a partir de la distinción entre contingencias determinantes (las reguladas en los artículos 115 a 118 de la Ley General de la Seguridad Social), situaciones protegidas y prestaciones (artículo 38 de la Ley General de la Seguridad Social), en forma análoga a la que, en el marco del seguro, se asocia a la distinción entre el riesgo, el daño derivado de la actualización de éste y la reparación. Lo que de forma directa es objeto de seguro o cobertura es el riesgo de que se actualice una contingencia determinante (artículos 68.2.a), 70.1 y 99.1 de la Ley General de la Seguridad Social), con la inclusión en esa cobertura de todas las situaciones de necesidad protegidas derivadas de aquella contingencia. De esta forma, la entidad con la que está vigente la cobertura en el momento del accidente de trabajo responde de todas las consecuencias dañosas que puedan derivarse de éste (artículo 126.1 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con los artículos 5 y 6 de la Orden de 13 de octubre de 1967, 25 de la Orden de 15 de abril de 1969 y artículos 30 y 31 de la Orden de 13 de febrero de 1967)". Más explícitamente aun, la STS de 15-12-2003 (Rec. Nº 12/2003) afirma que "mientras en relación con las contingencias derivadas de riesgos comunes lo que la Seguridad Social asegura o garantiza son unas concretas prestaciones, en relación con los accidentes de trabajo lo que se hace es asegurar la responsabilidad empresarial derivada del accidente desde que ésta se produce".

3. No obstante lo establecido en el apartado anterior, las entidades gestoras, Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales o, en su caso, los servicios comunes procederán, de acuerdo con sus respectivas competencias, al pago de las prestaciones a los beneficiarios en aquellos casos, incluidos en dicho apartado, en los que así se determine reglamentariamente, con la consiguiente subrogación en los derechos y acciones de tales beneficiarios".

La propia subsistencia actual de la mecánica del aseguramiento prevista en la Ley de 1932 es buena muestra de que ahí se encontraba el verdadero embrión de la Seguridad Social en materia de accidentes de trabajo. Por último, dicha Ley contenía una segunda innovación en materia de establecimiento de un sistema de seguros sociales, cual es que la base 8ª creaba la Caja Nacional de Seguro contra accidentes de trabajo en el seno del Instituto Nacional de Previsión, organismo destinado a atraer hacia sí la gestión de dicho aseguramiento[240].

Paralelamente a este proceso se había ido estableciendo un conjunto de seguros sociales siguiendo el modelo alemán. La Ley de 27 de febrero de 1908[241] creó el Instituto Nacional de Previsión, con objeto de "difundir e inculcar la previsión popular, especialmente la realizada en forma de pensiones de retiro". El Real Decreto de 29 de julio de 1917 convocaba en Madrid la celebración de una Conferencia sobre Seguros Sociales que contribuyó a difundir en España la legislación europea sobre la materia. El Real Decreto-Ley de 11 de marzo de 1919[242] instituyó el primer seguro social obligatorio en España para la protección de la vejez (el Retiro Obrero). Este seguro obligaba al empresario a abrir a favor de cada obrero que emplease una libreta de ahorro e ingresar en la misma una cuota periódicamente con objeto de constituir un capital que asegurase en el futuro el pago de una pensión de retiro. Por Real Decreto de 14 de octubre de 1919[243] se creó el seguro obligatorio de accidentes del mar, y por Real Decreto-Ley de 22 de marzo de 1929[244] se instauró el seguro de

[240] ALARCÓN CARACUEL, M. R. Los orígenes de la Seguridad Social en España cit., pág. 33.

[241] Gaceta de Madrid de 29 de febrero y 1 de marzo de 1908, números 60 y 61.

[242] Gaceta de Madrid de 12 de marzo de 1919.

[243] Gaceta de Madrid de 21 de octubre de 1919.

[244] Gaceta de Madrid de 24 de marzo de 1930.

maternidad[245]. En los primeros treinta años del siglo XX se establecieron en España los pilares del sistema de seguros sociales, que a su vez habría de dar paso al sistema de Seguridad Social en la segunda mitad del siglo.

La protección social de los trabajadores del campo merece especial consideración en el caso español, pues ya vimos que empleaba una gran masa de trabajadores por cuenta ajena, en unas condiciones de vida deplorables y sometidos a unas estructuras totalmente arcaicas. El Real Decreto de 5-12-1883[246] creó la Comisión de Reformas Sociales "con objeto de estudiar todas las cuestiones que directamente interesan a la mejora o bienestar de las clases obreras, tanto agrícolas como industriales" siendo la primera norma social española que citó a los trabajadores agrícolas. La LAT también incluyó en su art. 3.7 dentro del ámbito de la responsabilidad patronal objetiva "las faenas agrícolas y forestales donde se hace uso de algún motor que accione por medio de una fuerza distinta a la del hombre". Tal como vimos en su momento, la escasa mecanización del campo español dejaba escaso margen de aplicación a la LAT, quedando los agricultores desamparados respecto de las verdaderas amenazas a su salud, tales como las inclemencias meteorológicas, las interminables jornadas de trabajo, los esfuerzos físicos, el contagio de enfermedades por el ganado, etc.[247]

El Real Decreto de 11-3-1919, sobre régimen de intensificación del retiro obrero, excluía transitoriamente a los trabajadores agrícolas de su ámbito (Base transitoria primera), pero el Real Decreto de 21-1-1921[248], que estableció el reglamento general del régimen obligatorio de retiro obrero, ya incluyó en su art. 4 a los trabajadores agrícolas. No obstante, este seguro social tuvo escasa aplicación entre los trabajadores del campo debido a la resistencia de los patronos para su aplicación, alegando dificultades de afiliación, cotización, etc. Hay que traer a colación una vez más las estructuras arcaicas que regían en el campo español hasta bien entrado el siglo XX, y que ya analizamos en su momento.

---

[245] MARTÍNEZ GIRÓN, J. La etapa de previsión social en España. En VV. AA. *Seguridad Social, una perspectiva histórica*, Subdirección General de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, págs. 45 a 51.

[246] Gaceta de Madrid de 10 de diciembre de 1883.

[247] HIERRO HIERRO, F. J. *El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, Thomson Aranzadi, 2005, págs. 37 a 42.

[248] Gaceta de Madrid de 23 de enero de 1921.

El Real Decreto de 12-6-1919[249] constituyó bolsas de trabajo en las Cámaras Agrícolas para tratar de luchar contra el desempleo y en su art. 11 autorizaba a las bolsas de trabajo a organizar instituciones de socorro mutuo frente al paro que podían acogerse a los beneficios instituidos por el Real Decreto de 18-3-1919, de seguro de paro forzoso.

El Real Decreto de 21-8-1923[250] estableció un régimen de subsidio tutelar para la obrera que dé a luz con el fin de "costear la asistencia adecuada en el alumbramiento y para el sostenimiento de la madre y del hijo durante un mínimo de reposo obligatorio que después del parto proteja la salud" (art. 3). Esta norma incluía a las mujeres empleadas en faenas agrícolas, si bien tuvo escasa aplicación porque para acceder a los beneficios que regulaba era necesario que la trabajadora estuviera afiliada al Retiro Obrero, el cual, como ya hemos visto, alcanzó escasa implantación en el campo. No obstante, el Real Decreto de 29-1-1930[251] que desarrolló el seguro obligatorio de maternidad incluía en su art. 3.1 a las trabajadoras agrícolas dentro de su ámbito de protección[252].

La Ley de Accidentes de Trabajo en la Agricultura y su Reglamento de 25-8-1931[253] establecían la obligación de los patronos de contratar un seguro o asociarse a una Mutua para cubrir su responsabilidad por los accidentes que sufriesen los trabajadores agrícolas a su servicio, si bien no contemplaba el principio de automaticidad en caso de falta de aseguramiento que sí se recogía en la Ley de Accidentes de Trabajo en la Industria de 1932.

Por consiguiente, se puede apreciar que se intentó aplicar el sistema de previsión social a los trabajadores agrícolas a la vez que a los trabajadores industriales, si bien la buena intención legislativa quedó frenada siempre por las estructuras arcaicas del campo español, donde se mantenía un sistema de trabajo escasamente mecanizado y basado en la explotación de los trabajadores por parte de los terratenientes latifundistas, que conservaban una enorme influencia política impermeable a cualquier intento reformista. Ello explica por qué las revueltas en el campo eran mucho más violentas que en las ciudades, si bien no estaban organizadas

[249] Gaceta de Madrid de 13 de junio de 1919.

[250] Gaceta de Madrid de 23 de agosto de 1923.

[251] Gaceta de Madrid de 1 de febrero de 1930.

[252] HIERRO HIERRO, F. J. *El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social* cit., págs. 46 a 53.

[253] Gaceta de Madrid de 30 de agosto de 1931.

sindicalmente, y lo que pretendían fundamentalmente era el reparto de tierras para que los campesinos pudieran salir de su situación de explotación. Ello explica igualmente por qué esas sublevaciones eran reprimidas violentamente sin contemplaciones. Y precisamente esa situación, prolongada hasta bien entrado el siglo XX, se menciona a menudo como una de las causas de la guerra civil de 1936[254]. Ello explica también, finalmente, por qué nada más terminar la guerra civil se procedió a aprobar la ampliación del régimen de seguros sociales a la agricultura mediante la promulgación de la Ley de 10 de febrero de 1943[255], creadora del "Régimen especial de los seguros sociales en la agricultura"[256].

No obstante, al anterior factor de arcaísmo en el campo español hay que añadir otros factores coadyuvantes para explicar su retraso en la aplicación de las medidas de previsión social, como el mimetismo con el resto de Europa, que centró sus medidas de protección social en la industria porque no tenían el problema agrario tan severo que existía en España[257]; la tendencia hacia una creciente urbanización de los centros de poder, que magnifica los problemas de las ciudades, al sentirlos como más próximos, y

[254] PRESTON, P. *La guerra civil española*, Plaza y Janés, Barcelona, 2000, págs. 20 a 22. Aunque mucho más meritorio fue el pronóstico realizado exactamente cien años antes de la guerra civil por FLÓREZ ESTRADA, al criticar la venta en pública subasta de los bienes objeto de la desamortización de Mendizábal. El economista asturiano defendió que el Estado conservase la propiedad de los bienes desamortizados y los entregase en arrendamiento a los campesinos con objeto de sacar a éstos de la miseria y procurar una solución definitiva a los conflictos sociales (VARELA SUANZES-CARPEGNA, J. Retrato de un liberal de izquierda: Álvaro Flórez Estrada. En *Asturianos en la política española. Pensamiento y acción*, KRK Ediciones, Oviedo, 2006, págs. 302-313).

[255] BOE de 2 de marzo de 1943, número 61.

[256] MARTÍNEZ GIRÓN, J. La etapa de previsión social en España cit., pág. 57. Esa utilización política de la Seguridad Social, dicho sea en el mejor sentido de la expresión, es decir, como instrumento para atajar los problemas sociales, se manifiesta aun hoy en relación a la situación de los trabajadores agrícolas fijos discontinuos y eventuales de Andalucía y Extremadura, es decir, los epígonos de aquellos que protagonizaron aquellas revueltas subversivas durante la segunda mitad del s. XIX y la primera mitad del XX. Aunque sus condiciones de vida y trabajo nada tienen que ver con la de sus predecesores, siguen soportando un alto desempleo estacional y por ello tienen reconocido el derecho a subsidio por desempleo, actualmente regulado en el Real Decreto 864/2006, de 14 de julio, para la mejora del sistema de protección por desempleo de los trabajadores agrarios. Este sistema de protección, limitado territorialmente a las comunidades autónomas de Andalucía y Extremadura, ha sido sancionado por el TC en su sentencia 90/1989, de 11 de mayo (CD 828825/1989), en la que afirma que "no cabe excluir, como irrazonable, en las circunstancias del supuesto que se examina, el criterio de la residencia en una u otra Comunidad Autónoma como un elemento diferenciador. Ciertamente, la situación de necesidad derivada del desempleo es común a todo trabajador agrícola eventual, sea cual sea su lugar de residencia. Pero también ha de apreciarse que esa situación de necesidad, y las perspectivas en orden a su remedio o agravación puedan verse afectadas por el contexto territorial en que se produzcan. Pues no serán iguales las perspectivas de empleo de un trabajador agrícola eventual en zonas en que el paro es extenso y continuo, que en aquellas en que, o bien se da un menor índice de paro en el sector agrario o existen otros sectores que puedan absorber a los trabajadores sin empleo en la agricultura".

[257] MARTÍN VALVERDE, A. La formación del Derecho del Trabajo en España cit., pág. CXIII.

por el contrario desprecia los rurales[258]; y, por último, la escasa organización sindical de los trabajadores agrícolas, que dificultaba la estructuración y canalización de sus reivindicaciones[259].

A la vista de los datos históricos relatados se puede apreciar que las conclusiones respecto a las causas del nacimiento de la Seguridad Social en España son básicamente las mismas que para el resto de los países. Si la causa del nacimiento de la Seguridad Social fuese el maquinismo que se implantó con la Revolución Industrial, que creó la cuestión social de los accidentes de trabajo, no se entendería por qué en España nació el seguro de vejez doce años antes que el seguro de accidentes de trabajo.

Si la causa del nacimiento de la Seguridad Social fuese la agitación social provocada por la clase proletaria, imbuida de las ideas socialistas y anarquistas, no se entendería que en el campo español hubo una agitación social muy superior a la de las ciudades y sin embargo los trabajadores agrarios no se beneficiaron de la creación de un sistema de previsión social en la misma medida que los obreros industriales.

Una vez más hay que plantearse que, sin despreciar la importancia coyuntural de los anteriores factores, la verdadera causa hay que buscarla en la dependencia salarial provocada por el industrialismo y la creciente concentración de mano de obra asalariada en las ciudades. Esa circunstancia, en la que todo un grupo familiar dependía de un salario, hizo a las clases trabajadoras especialmente vulnerables a las causas que podían provocar la pérdida de esa fuente de ingresos, como los accidentes, el desempleo, la enfermedad, la vejez o el fallecimiento. Pero, además, como en los grupos sociales se tiende a establecer mecanismos que aseguren la cobertura de las necesidades básicas del ser humano, la propia riqueza sin precedentes generada por la Revolución Industrial permitió establecer un sistema de cobertura social mucho más amplio de lo que había existido hasta entonces.

Llegados a este punto, podemos ilustrar con algunos ejemplos por qué se ha puesto tanto énfasis en este trabajo respecto de las circunstancias históricas en las que nació la Seguridad Social. No es sólo que se trate de una metodología característica del materialismo cultural, que aquí hemos tomado como paradigma para nuestro estudio, sino que, incluso hoy en día,

[258] LÓPEZ PÉREZ, P. M. Mundo rural y subsidio agrario. En VV. AA. *El campo andaluz y extremeño: la protección social agraria* (director JOSÉ MANUEL CANSINO MUÑOZ-REPISO), Consejo Económico y Social, Madrid, 2003, pág. 156.

[259] ESCOBAR JIMÉNEZ, J. *Trabajadores agrícolas y seguridad social agraria*, IBIDEM Ediciones, Madrid, 1996, pág. 35.

se puede apreciar la huella de aquéllas causas históricas que provocaron el nacimiento de la Seguridad Social, de modo que desde esta perspectiva histórica nos será mucho más sencillo entenderlas, aunque actualmente tiendan a difuminarse por la inercia universalista de la Seguridad Social. Para ello vamos a analizar algunos ejemplos.

En primer lugar, durante mucho tiempo, los órganos jurisdiccionales del orden social mantuvieron un concepto más estricto de incapacidad permanente para los trabajadores por cuenta propia que para los trabajadores por cuenta ajena, en tanto que aquéllos no estaban sometidos a la noción de dependencia y, siendo dueños de su propio trabajo, podían seguir desarrollando su profesión aun en inferioridad de condiciones físicas, algo que el empresario no le consentiría al trabajador por cuenta ajena. La STCT de 16-2-1978 (A. 1006) señalaba lo siguiente:

> "Que como el demandante es propietario de un bar, y lo atiende directamente, su actividad profesional no es exclusivamente manual, sino que también tiene una labor de gestión y dirección para la cual no está incapacitado en grado alguno, y en cuanto al trabajo material propio del establecimiento que regenta tampoco puede estimarse que esté inhabilitado de modo total para la ejecución de todas ni de las fundamentales labores".

También respecto a un trabajador autónomo dedicado a la actividad de "tienda de Ultramarinos", la STCT de 15-4-1985 (A. 2476) señalaba lo siguiente:

> "Debiendo concluirse que no obró acertadamente el Juzgador "a quo" pues con esas deficiencias orgánicas puede realizar parte de las funciones esenciales de su profesión habitual y, por supuesto, muchas complementarias, tales como dirección, administración, etc., aparte de otras profesiones distintas de tipo sedentario, por lo que ya obraron con bastante generosidad las Comisiones Técnicas Calificadoras al concederle el grado de total".

El propio TS, en su sentencia de 5-10-1988 (RJ 7537), afirmaba que "los graves trastornos respiratorios que, ciertamente, padece el ahora recurrente, con las limitaciones en tan importante función vital, que se describen en el hecho probado tercero de la sentencia, no anulan, sin embargo, por completo, toda capacidad residual para poder efectuar tareas livianas o sedentarias, máxime cuando, dada su condición de autónomo y titular de una industria, puede encontrar fácil acomodo para ello en el propio ámbito de su negocio sin necesidad de quedar pendiente para

lograrlo de las dificultades propias del empleo en el terreno de las relaciones laborales por cuenta ajena".

En similares términos se manifiesta la STCT de 18-1-1983 (A. 451), cuando señala que "resulta evidente que las secuelas que aquejan a la interesada no le impiden ejecutar las actividades de labradora por cuenta propia, habida cuenta de dicha profesión, con características de autonomía, independencia, sin sujeción a horario, subordinación ni disciplina a voluntad ajena".

Esta línea jurisprudencial fue superada con posterioridad, dada la tendencia expansiva de la Seguridad Social, pero la orientación de ésta hacia la protección principalmente de los trabajadores dependientes de un salario siguió siendo visible en otros preceptos. Por ejemplo, la posibilidad del trabajador autónomo de seguir desempeñando tareas auxiliares en su propio negocio o explotación agraria vedó el acceso de este colectivo al incremento del 20 por ciento de la pensión de incapacidad permanente total creado por la Ley 24/1972, de 21 de junio, sobre Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora del Régimen General de la Seguridad Social[260]. Dicho incremento está regulado actualmente en el art. 139.2, párrafo 2º, de la LGSS, el cual establece que "los declarados afectos de incapacidad permanente total para la profesión habitual percibirán la pensión prevista en el párrafo anterior incrementada en el porcentaje que reglamentariamente se determine, cuando por su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior". Y a la vista de esta redacción, el TS entendió durante años que los trabajadores autónomos de la industria y la agricultura no se veían enfrentados a la dificultad de acceder a otro empleo, pues podían continuar gestionando su propio negocio y realizando tareas auxiliares en el mismo.

Concretamente, la STS de 19-12-1983 (RJ 6246) establecía que "el trabajador agrario por cuenta propia está concebido y configurado en el art. 5 del D. de 23 diciembre 1972, ya citado, como el que asume y ejerce, de modo permanente y directo, las labores inherentes y peculiares de su pequeña explotación -propia, arrendada o en aparcería- consumando las

[260] BOE de 22 de junio de 1972, número149. Actualmente los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial de Trabajadores del Mar, del Régimen Especial Agrario y del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos ya tienen reconocido legalmente el incremento del 20 por ciento de la pensión de incapacidad permanente total en virtud de los arts. 41 y 42 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE de 31 de diciembre de 2002, número 313), para los dos primeros, y del art. 3 del Real Decreto 463/2003, de 25 de abril, para el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (BOE de 26 de abril de 2003, número 100).

actividades necesarias, muchas de las cuales las llevará a cabo como un bracero más y otras, sin duda las menos, dirigiendo y gestionando las tareas de sus familiares y/o de otros jornaleros, nunca de carácter fijo; partiendo de estas singularidades, que distinguen al trabajador agrícola por cuenta propia del que lo es a jornal, centradas en las diferentes expectativas que uno y otro tienen de posible continuidad laboral después del reconocimiento de la incapacidad (más favorables y amplias para el primero que para el segundo), la jurisprudencia ha precisado que no cabe conceder a aquél el 20% complementario de la indemnización correspondiente a la incapacidad permanente total, que con carácter general se atribuye al peón o jornalero asalariado cuando concurren determinadas circunstancias personales y ambientales, pues éstas generalmente -según queda dicho- no influyen en el trabajador agrícola por cuenta propia, al tener posibilidad casi segura de desarrollar una actividad secundaria dentro de su propia explotación, en armonía con la reducida capacidad laboral que todavía le reste". Este planteamiento fue reiterado con posterioridad en numerosas sentencias, citándose por todas la de 5-10-1992 (CD 15005-R/1992). Y exactamente el mismo planteamiento se aplicó a los trabajadores autónomos de la industria (SSTS. 26-7-1993 y 25-6-1998 -CD 12634/1993 y 8040/1998 respectivamente), afirmándose en esta última resolución que "el incremento del veinte por ciento de la pensión correspondiente a la incapacidad permanente total, vigente en el régimen general de la Seguridad Social, no es aplicable en el especial de autónomos al no estar en él expresamente establecido ni deducirse su aplicación, sino todo lo contrario, de la regulación genérica, ya que la referencia a la dificultad de obtener empleo en actividad distinta del habitual anterior no cabe referirla a quien ejerce una actividad por cuenta propia".

Los mismos razonamientos han excluido a los trabajadores por cuenta propia del grado de incapacidad permanente parcial regulado en el art. 137.3 de la LGSS, según el cual "se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma". La reducción de la capacidad de trabajo que no alcanza a inhabilitar totalmente al trabajador para el desempeño de su profesión habitual será tratada de manera distinta para los trabajadores por cuenta ajena, sometidos a la dependencia respecto de un empresario, que para los trabajadores por cuenta propia, dueños de su propio negocio o explotación. A aquéllos se les reconocerá una indemnización por esa pérdida de capacidad funcional calificada como incapacidad permanente parcial, pero no será así en el caso de los trabajadores por cuenta propia (STS 15-2-2005, CD 11328/2005).

Por último, hay que destacar que los trabajadores por cuenta propia carecen todavía hoy de protección por desempleo en nuestro sistema de Seguridad Social, precisamente en base a que no dependen de un empresario que sea el propietario de los medios de producción y que contrate su fuerza de trabajo a cambio de un salario, con el consiguiente riesgo de perderlo y quedar desprovistos de todo medio de subsistencia[261].

A la vista de los ejemplos referidos se puede apreciar cómo la Seguridad Social nació para cubrir el riesgo de pérdida del salario y cómo, cien años después, aún se aprecian los vestigios de sus orígenes en el sentido de que el sistema mantiene una cierta inercia a inclinar su protección preferentemente hacia los trabajadores por cuenta ajena, que dependen de un empresario ante el que están obligados a alcanzar un determinado nivel de eficacia profesional, a riesgo de perder su empleo y, por consiguiente, su única fuente de ingresos, es decir, el salario. No obstante, la huella más importante de los orígenes de la Seguridad Social en España se encuentra en que ésta continúa siendo hoy en día un sistema eminentemente profesional-contributivo, es decir, un sistema cuyo objeto es la protección de los trabajadores y sus familias mediante una prestación calculada en proporción al salario, cuyo objeto es la sustitución de las rentas que el trabajador tenía cuando estaba en activo, tal como veremos a continuación.

[261] Es especialmente elocuente la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo, cuyo art. 23 declara que "de conformidad con el artículo 41 de la Constitución, las personas que ejerzan una actividad profesional o económica por cuenta propia o autónoma tendrán derecho al mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social, que les garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. Las prestaciones complementarias serán libres". Como se puede apreciar, el legislador, al transcribir el art. 41 CE se "olvidó" de la referencia que contiene el mismo al derecho a la protección de la Seguridad Social "especialmente en caso de desempleo".

II.- EL MODELO ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL

Lo único que resta antes de entrar en el análisis individual de los principios informadores del sistema es realizar una aproximación al modelo español de Seguridad Social. Ello es necesario porque el modelo determina los principios informadores del mismo, o al menos algunos de ellos. Además, nuestro sistema se ha venido configurando a lo largo de muchos años, y aún hoy se encuentra en fase de evolución para adaptarse a las cambiantes circunstancias económicas y sociales. Esto da lugar, como veremos, a que convivan dentro de un mismo sistema modelos diferentes, lo que no es privativo de nuestro país. Dicha convivencia genera tensiones entre los mecanismos de funcionamiento y los principios propios de los diferentes modelos, que es necesario analizar con objeto de desarrollar lo que constituye el objeto de este estudio, es decir, una teoría sistémica de los principios informadores de la Seguridad Social.

Habitualmente se clasifican los modelos de Seguridad Social en torno a dos grandes tipos, a saber: el modelo contributivo y el modelo asistencial. El primero de ellos se caracteriza por los siguientes principios básicos[262]:

- Desde el punto de vista financiero el sistema se nutre de las cotizaciones de empresarios y trabajadores.
- Correlativamente con lo anterior, desde el punto de vista subjetivo el sistema protege solamente a los trabajadores.
- Desde el punto de vista objetivo el esquema del seguro privado planea sobre este modelo de protección, de modo que tan sólo se otorga protección si se ha previsto la posibilidad de que se produzca el hecho generador de la situación de necesidad, es decir, si se ha asegurado el riesgo con anterioridad a su actualización. De no ser así, o bien la necesidad no se considera merecedora de protección o bien se imputa la responsabilidad de aquélla al empresario por no haber cumplido con su obligación de aseguramiento. El objeto de la Seguridad Social es la protección del trabajador frente a un déficit o desnivel económico, que puede ser debido tanto a la razón negativa de que se ha disminuido o perdido la capacidad de trabajo, o a motivaciones positivas consistentes en haber aumentado los gastos

[262] ALMANSA PASTOR, J. M. *Derecho de la Seguridad Social* cit., págs. 56, 57, 223 y 224. También DE LA VILLA GIL, L. E. y DESDENTADO BONETE, A. *Manual de Seguridad Social* cit., pág. 279.

del trabajador, que ve de este modo desbordado su presupuesto ordinario[263].

- La protección se otorga en función del esfuerzo contributivo realizado por el trabajador. Es frecuente también, aunque no constituye una *condictio sine qua non*, que se establezca un régimen asegurativo específico para cada riesgo, lo que suele llevar aparejado que existan diferentes grados de protección en función del riesgo del que derive la situación de necesidad.

En el modelo asistencial, que para algunos autores es el único modelo posible de Seguridad Social, como algo separado y diferente de los seguros sociales[264], las características fundamentales son las siguientes[265]:

- El sistema se financia a través de los impuestos, lo que supone distribuir la carga entre todos los miembros de la sociedad según su capacidad económica[266].
- Como justo correlato de lo anterior, subjetivamente el sistema protege a todos los ciudadanos del Estado.
- Desde el punto de vista objetivo, la protección se dispensa frente a cualquier situación de necesidad en que pueda encontrarse el ciudadano, sin que se requiera que exista una previsión particular al respecto e independientemente de la causa de dicha necesidad.
- El sistema se basa en la igualdad protectora, de modo que se otorgan prestaciones de igual cuantía ante idénticas situaciones de necesidad, independientemente de la causa de que éstas deriven. El centro de gravedad se traslada así desde la noción de riesgo a la de situación de necesidad.

Es importante hacer notar que modelo contributivo y modelo profesional suelen ir aparejados, pero no significan exactamente lo mismo, y otro tanto puede decirse del modelo universal y del asistencial.

El mecanismo contributivo significa que las prestaciones se hacen depender de las cotizaciones del causante, bien sea como un requisito para

---

[263] HERNAINZ MÁRQUEZ, M. La Seguridad Social y sus principios informadores. En *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1964, pág. 732.

[264] GONZÁLEZ RABANAL, C. La Seguridad Social en la Constitución. En *Revista de Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1988, nº 92, pág. 43.

[265] ALMANSA PASTOR, J. M. *Derecho de la Seguridad Social* cit., págs. 60, 61 y 225.

[266] MONEREO PÉREZ, J. L. y VIÑAS ARMADA, J. M. En VV. AA. *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social* (Directores MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, Mª. N.), Comares, Granada, 1999, pág. 1165.

acceder a dichas prestaciones, o bien como un baremo que determina su cuantificación. O, dicho de otro modo, las prestaciones se reconocerán al beneficiario en función de un esfuerzo contributivo previo, bien suyo, bien del causante. Es lógico que si el sistema se financia con las cotizaciones de empresarios y trabajadores, su ámbito de protección quede restringido a los trabajadores y las personas de ellos dependientes. De este modo, la situación paradigmática consiste en que el trabajador acceda a la protección de la Seguridad Social en función de su esfuerzo contributivo anterior, coincidiendo así ambos modelos. Sin embargo, puede darse el caso de que a un beneficiario se le reconozca una prestación de la Seguridad Social porque reúne los requisitos de cotización legalmente exigidos, sin que ostente ya la consideración de trabajador; y, por el contrario, puede darse el caso de que un trabajador acceda a la protección de la Seguridad Social, pero que ésta no se haga depender de su esfuerzo de cotización anterior, sino de su situación de necesidad. En el primer caso operaría el mecanismo contributivo pero no el profesional, mientras que en el segundo operaría el mecanismo profesional, pero la prestación no sería contributiva sino asistencial.

El modelo profesional sería el opuesto al modelo universal, pues en el primero la protección de la Seguridad Social se circunscribe a los trabajadores, mientras que en el segundo se extiende a todos los ciudadanos.

Por su parte el modelo contributivo sería el opuesto al modelo asistencial. En el primero se otorga la protección en función del esfuerzo contributivo previo del causante, mientras que en el segundo se otorga independientemente de dicho esfuerzo, tomando como criterio preeminente la situación de necesidad en que se encuentra el beneficiario[267]. Una consecuencia de este diferente planteamiento según la doctrina es que "para causar derecho a una pensión contributiva es suficiente con que se produzca una contingencia previamente determinada (jubilación, incapacidad permanente,…), al margen de que el beneficiario esté realmente o no en situación de necesidad. Si reúne los requisitos exigidos (cotización, edad…) recibirá su pensión, aunque disponga de medios económicos suficientes. En cambio, el derecho a percibir una pensión no contributiva está directamente relacionado con la situación real de necesidad. Es preciso acreditar que no se dispone de los medios económicos mínimos para subsistir para causar derecho a una pensión no

[267] PÉREZ ALONSO, Mª. A. Las novedades en el Régimen General de la Seguridad Social tras la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En *Aranzadi Social*, 2007, nº 3 (BIB 2007\535, pág. 2), y SEMPERE NAVARRO, A. V. Antecedentes y estructura de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, "de dependencia". En *Aranzadi Social*, 2006, nº 17 (BIB 2006\1829, pág. 8).

contributiva"[268]. Ahora bien, esta conclusión debe ser matizada, pues, si tenemos en cuenta que las contingencias (desempleo, incapacidad, vejez…) constituyen de por sí una situación de necesidad para la inmensa mayoría de la población, que depende exclusivamente de su salario para vivir, sería más correcto decir que el modelo contributivo no supone el otorgamiento de prestaciones en base a un esfuerzo de cotización anterior e independientemente de la existencia o no de una situación de necesidad, sino más bien que se otorga una protección frente a una situación de necesidad presunta en que no es necesario acreditar la situación económica del beneficiario[269].

Debido a que dentro de cada uno de los modelos los mecanismos propios del mismo no siempre operan de manera pura o absolutamente coherente, para evitar confusiones terminológicas, en adelante me referiré a cada uno de los modelos como profesional/contributivo y universal/asistencial. De esta manera la denominación abarca la posibilidad alternativa de que el primer modelo, llamado comúnmente contributivo tal como hemos visto hasta ahora, pueda operar a través de mecanismos contributivos o profesionales, o a través de ambos a la vez, lo que constituye su paradigma de funcionamiento. Lo mismo ocurrirá con el modelo universal/asistencial, llamado comúnmente asistencial, que puede operar a través de mecanismos universales o asistenciales, o de ambos a la vez.

La clasificación expuesta de los modelos de Seguridad Social en profesional/contributivo y universal/asistencial encuentra tradicionalmente su reflejo empírico en el sistema alemán o bismarckiano y en el sistema inglés o beveridgeano, respectivamente, si bien es difícil que puedan darse actualmente modelos puros en la realidad, ni siquiera en los países de origen de cada uno de los mismos[270]. Por ejemplo, en Alemania las cotizaciones cubren dos terceras partes del gasto de la Seguridad Social, pero el Estado federal subvenciona el seguro de vejez e invalidez y el seguro de desempleo. Además, el sistema de Seguridad Social se ha ampliado más allá de los seguros sociales, estableciéndose áreas de protección asistencial que son íntegramente financiadas por la Hacienda

[268] CARMONA CUENCA, E. Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital. En *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones públicas*, Junta de Andalucía-Instituto Andaluz de Administración Pública, 2006, nº 2, pág. 193.

[269] LÓPEZ GANDÍA, J. En VV. AA. *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social* (Director ALARCÓN CARACUEL, M. R., Coordinador RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.), Thomson Aranzadi, 2003, pág. 779.

[270] OLARTE ENCABO, S. *El derecho a prestaciones de Seguridad Social*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1997, pág. 10.

pública. En este ámbito se encuentra la *Kindergeld*, o prestación por hijo a cargo, y la *Sozialhilfe*, o asistencia social. Ésta última otorga prestaciones destinadas a paliar situaciones de necesidad, distinguiéndose dentro de éstas las necesidades generales, que derivan inespecíficamente de los costes de la vida, y las necesidades especiales causadas por enfermedad, ceguera, discapacidad, vejez o embarazo. La *Sozialhilfe* se configura así como un sistema de naturaleza subsidiaria cuyas prestaciones se condicionan a la percepción de ingresos limitados por parte del solicitante y de las demás personas que formen parte de la unidad familiar[271].

Por su parte, Gran Bretaña ha seguido una evolución en sentido opuesto, coexistiendo actualmente prestaciones contributivas, supeditadas al cumplimiento de determinadas condiciones de cotización, y no contributivas, para las que en numerosas ocasiones no se exige más requisito que el de residir en Gran Bretaña el día de la solicitud. Las prestaciones se financian con cargo a los impuestos generales, excepto para las prestaciones contributivas, que se financian a través de las cotizaciones de empresarios y trabajadores que se ingresan en el Fondo del Seguro Nacional, el cual no obstante puede recibir fondos procedentes de los impuestos con el fin de poder hacer frente a sus compromisos de gasto sin perjudicar el equilibrio presupuestario[272].

En el marco de esta situación híbrida se encuadra el sistema español de Seguridad Social, fruto de las tensiones entre la inercia histórica y el modelo impuesto por la Constitución de 1978.

La LBSS, si bien introdujo un importante avance en cuanto a la unificación del conjunto de seguros sociales que había existido hasta 1963, transformándolo en un sistema de Seguridad Social, no se desprendió de su carácter contributivo ni profesional, dejándolo restringido a los trabajadores en el ámbito subjetivo, protegiendo determinadas situaciones de necesidad legalmente previstas y en función de los riesgos, comunes o profesionales, de que aquéllas deriven, y manteniendo, en el plano financiero, el soporte del sistema a través de las cuotas de empresarios y trabajadores[273].

---

[271] PIETERS, D. *Los sistemas de Seguridad Social de los estados miembros de la Unión Europea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, págs. 40 a 42.

[272] *Ibid.*, págs. 193 a 208.

[273] ALMANSA PASTOR, J. M. *Derecho de la Seguridad Social* cit., pág. 63, RODRÍGUEZ RAMOS, M. J., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M. *Sistema de Seguridad Social* cit., pág. 77, LÓPEZ GANDÍA, J. En VV. AA. *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social* cit., pág. 801, GÁRATE CASTRO, J. El aseguramiento en el Régimen General de la Seguridad Social. En *Actualidad Laboral*, 1990, nº 43, pág. 531, y MONTOYA MELGAR, A. Limitación de la cuantía de las pensiones en Ley de Presupuestos. En ALONSO OLEA, M. *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, pág. 266.

Alguna vez se ha intentado ver un embrión del principio de universalidad en la base segunda de la LBSS porque se refiere a los españoles al acotar su ámbito de protección, pero no debe olvidarse que, a renglón seguido, añade que quedarán protegidos "cualesquiera que sean su sexo, estado civil y profesión", y que deben estar incluidos en alguno de los apartados enumerados en la misma base segunda, referidos a los distintos colectivos profesionales. Más claro es aun el apartado II de la exposición de motivos cuando señala que "al estructurar un sistema de Seguridad Social, la Ley amplía su campo de aplicación, en el que quedarán encuadrados todos los españoles que reúnan las condiciones previstas en la base segunda, cualquiera que sea su actividad profesional". De este modo, "el campo de aplicación es, por tanto, objeto de una delimitación claramente profesional. Los españoles sólo quedan protegidos si desarrollan algunas de las actividades (profesionales) que la Ley señala como determinantes de la inclusión"[274]. Si a ello unimos que en la base tercera se estructura el sistema español de Seguridad Social en torno a un Régimen General y varios Regímenes Especiales que encuadran a los distintos colectivos profesionales, se aprecia "con claridad que nuestro ordenamiento legal está inspirado en el llamado "modelo profesional" de Seguridad Social"[275]. En ello se aprecia claramente la carga histórica del sistema, que, como vimos, nació para asegurar una protección a los trabajadores y sus familias frente al riesgo de perder el salario y, de hecho, el que la Seguridad Social hubiera adoptado el modelo contributivo además del profesional responde a una voluntad de que sus prestaciones sustituyan las rentas dejadas de percibir por el trabajador.

Para poder cumplir con la función de sustituir las rentas dejadas de percibir por el trabajador es necesario que la prestación de la Seguridad Social se calcule proporcionalmente a las cotizaciones del trabajador y que éstas, a su vez, sean proporcionales al salario. En esa línea, la Ley 24/1972, de 21 de junio, sobre Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora de la Seguridad Social, intensificó el carácter contributivo de nuestro sistema, ya que pretendía terminar con el sistema de bases tarifadas para conseguir de una vez la proporcionalidad entre prestaciones y salarios, y por ello declaraba en su Preámbulo que "en el propósito innovador de la nueva Ley destaca, ante todo, la adaptación de las cotizaciones a las retribuciones reales de los trabajadores, en forma análoga a la que se

[274] VV.AA. *Acción protectora y estructura orgánica de la Seguridad Social* (Director SAGARDOY BENGOECHEA, J. A., Coordinador DE LA VILLA GIL, L. E.), Presidencia del Gobierno-Subsecretaría de Planificación, Madrid, 1977, pág. 138.

[275] MARTÍN VALVERDE, A. En VV. AA. *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social* (Directores MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, Mª. N.), Comares, Granada, 1999, pág. 166, y VV.AA. *Acción protectora y estructura orgánica de la Seguridad Social* cit., pág. 139.

observa en materia de accidentes de trabajo, unificando y simplificando, por tanto, la cotización y sustituyendo el actual sistema de bases tarifadas según categorías profesionales, tan distanciado de la realidad y causa de serias dificultades por las implicaciones entre categorías, salarios y bases de cotización, singularmente agravadas por la progresiva desigualdad entre las retribuciones de cada categoría y la creciente primacía del puesto de trabajo como elemento determinante del salario. Con esta medida se pretende alcanzar, ponderada y gradualmente, la suficiencia de las prestaciones económicas de cuantía variable, sustitutivas del salario, en especial de las pensiones y prestaciones por desempleo".

Pese a las intenciones del legislador, el sistema de cotización por bases tarifadas se mantuvo transitoriamente, aunque complementadas por una base equivalente a la diferencia entre la base tarifada y el salario real, hasta el Real Decreto 82/1979, de 19 de enero[276]. Éste estableció el sistema de cotización en función del salario, si bien manteniendo unas cuantías máximas y mínimas para cada grupo profesional[277].

El principal punto de inflexión en este devenir histórico viene constituido por la CE de 1978, que incorpora los criterios propios de un modelo de protección universal/asistencial[278]. La discusión se produce a partir de entonces en torno a si la CE contiene un modelo de Seguridad Social y cuál sea éste, profesional/contributivo o universal/asistencial. Dicho modelo se hallaría explicitado básicamente en el art. 41 de la Carta Magna, que establece que "los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres". La referencia que en este precepto se contiene a que "los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social" fue interpretado como un mandato de que ésta se financie a través de los impuestos generales en lugar de ser sostenido por las cotizaciones de empresarios y trabajadores; asimismo la referencia a que los sujetos protegidos serían "todos los ciudadanos" se entendió como una universalización subjetiva y, finalmente, la referencia a que la protección se brindaría "ante situaciones de necesidad" permitió también

[276] BOE de 24 de enero de 1979, número 21.

[277] BORRAJO DACRUZ, E. De la previsión social a la protección en España: bases histórico-institucionales hasta la Constitución. En *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989, nº 3, pág. 24.

[278] FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. La Seguridad Social en el XXV Aniversario de la Constitución. En *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, 2004, nº 49, pág. 130.

defender a algunos autores que la CE establecía una universalización objetiva. En definitiva, que la CE impondría un modelo de Seguridad Social asistencial y universalista[279].

Ahora bien, esta posición plantea algunas dificultades. En primer lugar, nuestro sistema de Seguridad Social, según hemos visto anteriormente, se constituyó bajo el modelo profesional/contributivo y sigue siendo esencialmente contributivo y profesional, lo que abocaría a una inconstitucionalidad sobrevenida de todo el bloque legal que regula el sistema de Seguridad Social. Esto provocaría no pocos problemas de aplicación normativa en tanto que se desarrolla legalmente el mandato contenido en la CE.

En el plano legal, no sólo se ha afirmado el carácter profesional y contributivo de nuestro sistema de Seguridad Social, sino que en los últimos años hemos observado una tendencia a reforzar dicho carácter. Así lo han manifestado los sucesivos acuerdos políticos y sociales en materia de Seguridad Social y las subsiguientes reformas legales. En concreto, la Ley 26/1985, de 26 de julio, de Medidas Urgentes para la Racionalización de la Estructura y de la Acción Protectora de la Seguridad Social[280], señalaba en su exposición de motivos que perseguía el "reforzamiento del carácter profesional, contributivo y proporcional de las pensiones de jubilación e invalidez".

El art. 7.1 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, proclama un modelo contributivo y profesional cuando afirma que "estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad [profesional se entiende] en territorio nacional".

[279] BARRADA RODRÍGUEZ, A. Los derechos de Seguridad Social en la Constitución española de 1978. En *Revista de Seguridad Social*, Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, Madrid, 1979, nº 2, pág. 73, ALARCÓN CARACUEL, M. R. La integración de los Servicios Sociales y la Asistencia Social en la Seguridad Social. En *Temas Laborales*, Consejería de Trabajo y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, Sevilla, 1986, nº 7, pág. 11, y GONZÁLEZ ORTEGA, S. Los principios caracterizadores del sistema de Seguridad Social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En VV. AA. *VII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* (Coordinador PRADOS DE REYES, F. J.), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 1991, pág. 336.

[280] BOE de 1 de agosto de 1985, número 183.

La Recomendación IX del Pacto de Toledo suscrito en 1995 en el Congreso de los Diputados proponía el reforzamiento del carácter contributivo del sistema de Seguridad Social, "de manera que, sin perjuicio del criterio de solidaridad y de forma gradual, a partir de 1996 las prestaciones guarden una mayor proporcionalidad con el esfuerzo de cotización realizado y se eviten situaciones de falta de equidad en el reconocimiento de las mismas. Es preciso, por tanto, que las técnicas de cálculo de las pensiones contributivas permitan en el futuro y de forma progresiva que quienes realizan similar esfuerzo de cotización alcancen prestaciones equivalentes". El término "equidad" se emplea así como equivalente a proporcionalidad, considerando que las prestaciones serán más justas o equitativas en la medida en que respondan fielmente a las aportaciones económicas previas[281].

Por esa razón, la exposición de motivos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social[282], afirmaba que nuestra Seguridad Social es eminentemente de tipo contributivo y que "el «Pacto de Toledo» supuso igualmente el compromiso de todas las fuerzas parlamentarias para hacer viable financieramente el actual modelo, enfrentado a requerimientos de creciente magnitud en las próximas décadas. Para ello fue común el propósito de que los incrementos del gasto se armonicen con los incrementos de la economía y los beneficios se atribuyan con mayores cotas de racionalidad y contributividad". Asimismo, la exposición de motivos adelantaba que la Ley 24/1997 procedía a "la introducción de mayores elementos de contribución y proporcionalidad en el acceso y determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación, a fin de que las prestaciones económicas sean reflejo del esfuerzo de cotización realizado previamente, se posibilite una mayor equidad en las pensiones, en el sentido de que quienes hayan realizado unas cotizaciones semejantes obtengan también un nivel de prestaciones similar y se produzca una mayor coordinación entre las prestaciones". Con este fin, se ampliaba el período de determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación a los últimos quince años de

[281] GONZÁLEZ ORTEGA, S. La reforma de las pensiones públicas a través de la definición de sus principios organizativos. En *Cuadernos de relaciones laborales*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1998, nº 12, pág. 46. Para este autor este reforzamiento del principio de contributividad en su grado máximo (es decir, la aplicación de la regla de la proporcionalidad) "hace que el sistema adopte similitudes a la lógica del seguro privado, lo que se confirma cuando se observa que se entiende equidad como proporcionalidad, es decir, abriendo camino a una relación sinalagmática" (*Ibid.*, pág. 35). En idénticos términos se manifiestan MARTÍNEZ BARROSO, Mª. R. Los titubeos legales entre el fomento de la contributividad (tras el pacto de pensiones) y el incremento de la protección asistencial. En *Aranzadi Social*, Pamplona, 2001, nº 8 (BIB 2001\1981, pág. 4), y APARICIO TOVAR, J. La evolución regresiva de la Seguridad Social en el periodo 1996-2002: hacia el seguro y el asistencialismo. En *Revista de Derecho Social*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2002, nº 19, pág. 41.

[282] BOE de 16 de julio de 1997, número 169.

cotización[283], y se procedía a aumentar a quince el número de años necesarios para alcanzar el 50 por cien de la base reguladora de dicha pensión.

El Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social de 9-4-2001 insistía en su apartado V en que "resulta necesario profundizar en los criterios de contributividad, de manera que se logre una mayor proporcionalidad entre el esfuerzo de cotización y el nivel de prestación alcanzado, en aras a lograr una mayor equidad en las pensiones", para lo cual proponía revisar el sistema de cálculo de la base reguladora, "de manera que se tenga en cuenta, de forma progresiva, el esfuerzo realizado por el trabajador a lo largo de su vida laboral".

El Acuerdo sobre Medidas en Materia de Seguridad Social firmado el 13-7-2006 recoge en su Preámbulo que en el mismo "se plantean una serie de iniciativas que afectan, con carácter general, al área de protección contributiva y cuyo objeto es garantizar una mayor proporcionalidad entre el esfuerzo de cotización realizado y los derechos a obtener por parte de la Seguridad Social, así como que las prestaciones resulten acordes con las consecuencias de las contingencias a las que van dirigidas". Entre dichas medidas se encuentra por ejemplo la aplicación a la base reguladora de la incapacidad permanente derivada de enfermedad común del porcentaje en función del número de años cotizados propio de la pensión de jubilación. Esta previsión se ha plasmado legislativamente en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social[284], que entró en vigor el 1 de enero de 2008. Es decir, hasta la fecha la proporcionalidad en la pensión de incapacidad permanente se hacía depender únicamente de la relación entre base reguladora y bases de cotización, pues el porcentaje dependía exclusivamente de la gravedad de la incapacidad del trabajador. A partir de la Ley 40/2007 se refuerza la contributividad del sistema[285], pues la proporcionalidad se aplicará además al porcentaje de la base reguladora, que se fijará parcialmente en función del número de años cotizados por el trabajador, con objeto de que, a través de la incapacidad permanente, no pueda alcanzar una prestación superior a la que le hubiera correspondido en

[283] Para MERCADER UGUINA esta medida es efectivamente más equitativa, pues permite tener la misma base reguladora a quienes han hecho un similar esfuerzo de cotización, bien sea en sentido ascendente o descendente, mientras que el cálculo de la base reguladora sobre breves periodos de cotización perjudica a quienes han tenido peores cotizaciones en los últimos años de vida laboral frente a quienes, habiendo realizado un esfuerzo similar, han tenido cotizaciones más elevadas al final (MERCADER UGUINA, J. R. La reforma de la acción protectora en la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social. En *Relaciones Laborales*, 1997, Vol. II, pág. 1108).

[284] BOE de 5 de diciembre de 2007, número 291.

[285] MARTÍNEZ LUCAS, J. A. Las nuevas medidas en materia de Seguridad Social introducidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre. En *Actualidad Laboral*, nº 5, 2008, pág. 547.

concepto de pensión de jubilación, lo que, de acuerdo con la terminología del Pacto de Toledo, no sería "equitativo". De hecho, la exposición de motivos de la Ley 40/2007 manifiesta que "se intensifica la contributividad del sistema, avanzando en una mayor proporcionalidad entre las cotizaciones realizadas y las prestaciones obtenidas, evitando al mismo tiempo situaciones de falta de equidad en el reconocimiento de estas últimas".

Por tanto, si conviniésemos en que el art. 41 CE establece un modelo de Seguridad Social asistencial, no sólo habría devenido inconstitucional buena parte de la normativa reguladora de nuestro sistema, que es preconstitucional, sino también buena parte de la normativa posterior a 1978.

En segundo lugar, si nuestra CE establece un modelo único universal/asistencial, la Norma Fundamental sería contraria a algunos de los convenios internacionales de Seguridad Social ratificados por España. Me refiero fundamentalmente al Convenio 102 de la OIT, relativo a la Norma Mínima de Seguridad Social, cuyo objeto de protección son los trabajadores, otorgándoles prestaciones proporcionales a las retribuciones que tenían en activo[286], y a la Carta Social Europea, cuyo art. 12 (Parte I) establece que "todos los trabajadores y las personas a su cargo tienen derecho a la Seguridad Social". Dichos convenios fueron ratificados por España con posterioridad a 1978 y no se acudió al mecanismo contemplado en el art. 95 de la CE, que establece que "la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional", pudiendo requerirse al TC "para que declare si existe o no esa contradicción".

En tercer lugar, el art. 41 está incardinado dentro del capítulo III del Título I de la CE, referente a los "Principios rectores de la política social y económica", cuya configuración se realiza por el legislador ordinario con un amplio margen de maniobra.

Por último, la CE contiene diversas referencias a conceptos propios de un modelo profesional/contributivo, como la relación entre derecho al trabajo y a la protección de la Seguridad Social de los reclusos establecida en el art. 25.2, o la referencia específica a la contingencia del desempleo del art. 41. Es más, este precepto no habla de un modo genérico de "protección ante la necesidad", sino de modo específico "ante situaciones de necesidad", lo que podría equipararse a las contingencias características

[286] MONTOYA MELGAR, A. Limitación de la cuantía de las pensiones en Ley de Presupuestos cit., pág. 269.

del modelo contributivo, que son mencionadas en el propio art. 41 (desempleo) y en los arts. 39 (cargas familiares), 43 (enfermedad), 49 (discapacidad) y 50 (vejez)[287].

De ahí que hoy en día el mayor consenso se dé en torno a la idea de que la CE respeta el sistema profesional/contributivo existente y lo complementa con un área universal/asistencial, o, dicho de otro modo, que el sistema constitucional de Seguridad Social es, como en los demás países de nuestro entorno, un sistema mixto, con un área profesional/contributiva, que sigue siendo la de mayor peso por su tradición histórica, y un área universal/asistencial[288].

Por su parte, el TC admite que el sistema español de Seguridad Social continúa respondiendo esencialmente al modelo profesional/contributivo. Concretamente, la STC 70/1991, de 8 de abril (recs. de amparo 1386/1988 y 1545/1989), reitera que "como hemos señalado en la STC 121/1983 (fundamento jurídico 3º) y se constata fácilmente repasando la normativa vigente, nuestro sistema de Seguridad Social continúa conservando rasgos típicamente contributivos en buena parte de sus prestaciones". Pero además, el TC ha reconocido expresamente que, además, dicho modelo profesional/contributivo es perfectamente constitucional, sin perjuicio de que la CE ampare también, e imponga, una protección de carácter universal/asistencial. De este modo, el Auto 573/1986, de 2 de julio (recurso de amparo 154/1986) argumenta que "entiende la doctrina que en una evolución natural del sistema de Seguridad Social hacia sus modelos más avanzados, podría concluirse en una valoración y protección de las situaciones de necesidad por el hecho de que existan, sin contemplar las eventuales causas que las originen. Pero éste es tan sólo un modelo teórico, que no desautoriza a un modelo de la Seguridad Social que descansa aún en buena parte sobre la consideración de las «contingencias», de los eventos dañosos que puedan originar la protección

[287] SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. *Seguridad Social y Constitución*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 44 y 45.

[288] BORRAJO DACRUZ, E. El modelo constitucional de la Seguridad Social en España. En *Revista de Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1982, nº 65, págs. 35 y 37, SUÁREZ GONZÁLEZ, F. La Seguridad Social y la Constitución de 1978. En *Papeles de Economía Española*, Fundación Fondo para la Investigación Económica y Social-Obra Social de la Confederación Española de Cajas de Ahorros, Madrid, 1982, nº 12-13, pág. 125, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. Pensiones contributivas y pensiones complementarias privadas. En *Relaciones Laborales*, La Ley, Madrid, 1988, vol. II, págs. 3 y 4, SAN MARTÍN LARRINOA, B. Seguridad Social y doctrina del Tribunal Constitucional: límites a las pensiones. En *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1994, nº 68, pág. 1009, BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPARLER CARRASCO, M. A. *Curso de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 63, RODRÍGUEZ RAMOS, M. J., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M. *Sistema de Seguridad Social* cit., pág. 59, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. La Seguridad Social en el XXV Aniversario de la Constitución cit., pág. 135, GONZÁLEZ RABANAL, C. La Seguridad Social en la Constitución cit., págs. 46 y 48 y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. *Seguridad Social y Constitución* cit., pág. 96.

que se dispense. Ese es aún el modelo español, y no lo ha ilegitimado la Constitución que, por el contrario, en varios de sus preceptos se refiere a contingencias concretas y determinadas (por ejemplo, el propio art. 41 de la Constitución menciona ya el «desempleo»). Puesto que la propia Constitución autoriza aunque no la imponga la diferente protección por contingencias, no es ilegitimo ni irrazonable que el legislador pueda tomar en consideración estos factores causales para acordar un régimen jurídico diverso de unas prestaciones respecto del que pueda acordar para otras distintas, ocasionadas por contingencias diversas, al ser éstos conceptos técnicos que aún son clave de la protección dispensada por nuestra Seguridad Social. Al centrar su atención sólo en la situación de necesidad, el recurrente ha elegido un elemento arbitrario de comparación, porque ha fragmentado injustificadamente el conjunto de elementos que en nuestro derecho tipifican la mecánica protectora de la Seguridad Social. En la misma línea, los más cualificados Tratados internacionales en la materia se pronuncian aún por una protección que atienda a las contingencias, y ello resulta lógico, si se tienen en cuenta las dificultades financieras con que debe enfrentarse toda aplicación de la acción protectora de un sistema de Seguridad Social (así, Convenio 102 de la Organización Internacional de Trabajo, o los arts. 11, 13, 15 ó 16 de la Carta Social Europea, entre otros)".

En similares términos se pronuncia la STC 38/1995, de 13 de febrero (recurso de amparo nº 1273/1992) cuando señala que "los arts. 41 y 50 de la C.E. no constriñen al establecimiento de un único sistema prestacional fundado en principios idénticos, ni a la regulación de unos mismos requisitos o la previsión de iguales circunstancias determinantes del nacimiento del derecho. (…) La Constitución no ha deslegitimado el modelo preexistente de Seguridad Social que en buena parte descansa aún sobre la consideración de las contingencias, de los eventos dañosos que originan la protección dispensada; así lo patentiza el que varios de sus preceptos aludan a contingencias concretas y determinadas. La Constitución, pues, permite, aunque no impone, una diferente protección en atención a las causas que originan las situaciones de necesidad y, por tanto, no es ilegítimo ni irrazonable que el legislador o el Gobierno puedan tomar en consideración estos factores causales para acordar un régimen jurídico diverso (STC 375/1993 y ATC 573/1986)".

Existiría así una tensión entre un modelo ideal o teórico de Seguridad Social por un lado y un sistema real por otro[289]. El primero sería el descrito en el art. 41 de la Constitución, basado en la universalidad o

[289] GONZÁLEZ ORTEGA, S. Los principios caracterizadores del sistema de Seguridad Social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cit., pág. 336.

protección a todos los ciudadanos en función de las situaciones de necesidad con independencia de la contribución económica al sistema por parte del sujeto protegido. El segundo parte de principios opuestos (protección de los trabajadores en función de su esfuerzo contributivo) y tiende hacia el primero.

En definitiva, aunque más adelante entraremos en el análisis detallado de las diferentes áreas de protección social existentes en España, podemos concluir que nuestro sistema de Seguridad Social responde a un modelo mixto. Existiría un sistema obligatorio (el considerado propiamente como Seguridad Social) formado por un área de protección de base contributiva y profesional, destinado a los trabajadores y financiado por cotizaciones sociales, y otro área de protección de base universal y asistencial, destinado a las personas residentes en territorio nacional, tal como hemos visto[290]. Ambas áreas se complementan con mecanismos de asistencia social internos al propio sistema. Fuera de este sistema existirían prestaciones complementarias de tipo privado y libre (art. 41 CE *in fine*) y de tipo público (la asistencia social externa).

[290] No obstante, más adelante podremos comprobar que la inexistencia de esa área de protección universal/asistencial durante mucho tiempo, incluso con posterioridad a la vigencia de la CE, dio lugar a la introducción de determinadas instituciones y criterios hermenéuticos de orientación universal/asistencial dentro del área profesional/contributiva.

III.- LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE

Al hablar de las funciones de la Seguridad Social, y del Derecho en general, vimos que la que se suele citar por los juristas como primera función es la de orientación social, es decir, ofrecer un código de conducta que permita a los ciudadanos comportarse en sociedad respetando la convivencia pacífica de todos. También vimos que ese código de conducta debe estar informado por unos principios acordes al código moral vigente en la sociedad si se quiere que el ordenamiento jurídico sea eficaz, pues la verdadera vigencia del Derecho descansa en su aceptación espontánea por parte de los ciudadanos, más que en su imposición coactiva, que debe ser en todo caso un recurso extremo. Además, los principios informan, vinculan, determinan la producción normativa y la aplicación de ésta por parte de los órganos administrativos y judiciales. Por eso es tan importante averiguar cuáles son los principios informadores de la Seguridad Social, pues de ello depende directamente su eficacia plena y el éxito en el cumplimiento de su función de integración social.

Aunque el art. 41 CE está incardinado dentro del capítulo III de la Carta Magna y la Seguridad Social es por ello susceptible de configuración legal, el legislador no es totalmente libre para llevar a cabo dicha configuración, pues está sujeto a unos principios constitucionales contenidos en aquel precepto. Tales principios serían el de publificación institucional ("los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social"), el de universalidad subjetiva ("para todos los ciudadanos"), el de suficiencia prestacional ("que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes") y el de generalidad objetiva ("ante situaciones de necesidad")[291]. En este trabajo no abordaremos sin embargo el principio de publificación institucional, pues el mismo se agota prácticamente en la prohibición al legislador de proceder a la privatización de la Seguridad Social. Asimismo, tampoco abordaremos el principio de suficiencia prestacional por su deliberada ambigüedad, ya que la Constitución podría haber establecido un baremo exacto para cuantificar las prestaciones económicas de la Seguridad Social (por ejemplo el SMI), pero "no lo ha hecho así y, por lo tanto, la determinación de la suficiencia queda en manos del legislador ordinario quien actúa sometido, como es obvio, a inevitables condicionamientos financieros del sistema de Seguridad Social,

[291] ALARCÓN CARACUEL, M. R., *La Seguridad Social en España*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 55.

que dependen, primariamente, del desarrollo económico del país"[292]. Es decir, que el legislador tiene una discrecionalidad amplísima para configurar el nivel de protección cuantitativa del sistema de Seguridad Social.

Por otra parte, la CE declara también en su art. 129.1 que "la ley establecerá las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social". Se trata de un principio de gran raigambre en nuestro sistema[293], que incluso se ha transplantado a las MATEPSS[294], y sobre cuyo modelo se

[292] *Ibid.*, pág. 85.

[293] Ya venía recogido en los Convenios de la OIT números 24 y 25 de 1927 sobre el Seguro de Enfermedad, ratificados por España en 1932, y, entre otros, en el Convenio número 102 de 1952 sobre norma mínima de Seguridad Social, ratificado por España en 1988. La razón de ello, como declaraba el experto de la OIT Oswald Stein es que "el edificio del seguro social necesita estar aireado. Ha de estar constantemente en contacto con el alma y las aspiraciones de los trabajadores a quienes se destinan las funciones del seguro. La participación de los 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" (DE LA VILLA GIL, L. E. La participación social en la gestión. En, *Papeles de Economía Española*, Fundación Fondo Para la Investigación Económica y Social-Obra Social de la Confederación Española de Cajas de Ahorros, nº 12-13, 1982, pág. 201). A lo que podríamos añadir de manera más prosaica que los empresarios, principales sostenedores financieros de los sistemas contributivos, algo tendrán que decir respecto a la gestión de la Seguridad Social. En el ámbito de nuestro Derecho interno, ya el art. 35 de la Ley de creación del INP de 27-2-1908 establecía que al frente de dicho organismo estaría un Consejo de Patronato formado por un presidente y catorce consejeros, de los cuales uno representaría a la clase patronal y otro a la clase obrera. Tras la reforma operada por el Decreto de 4-12-1931, el Consejo de Patronato quedó compuesto por cuarenta vocales, de los que ocho representarían a las entidades colaboradoras y cooperadoras, ocho a la patronal y ocho a los trabajadores. También el Reglamento General del Mutualismo Laboral, aprobado por Orden de 10-9-1954, preveía la participación de representantes de empresarios y trabajadores en los órganos de gobierno de las Mutualidades Laborales. La LBSS declaraba en el apartado 3º de la Base primera que "la participación real y efectiva de los trabajadores y empresarios en la gestión de la Seguridad Social se garantizará a través de sus representantes sindicales" y el apartado 75º de la Base decimoséptima establecía que "conforme a lo establecido en la Base primera se garantizará la real y efectiva participación de los trabajadores y empresarios en los órganos de gobierno de las Entidades gestoras de la Seguridad Social (...) Respecto a los órganos de gobierno de las Mutualidades Laborales, la proporción de los representantes de los trabajadores en relación con los empresarios no podrá ser inferior en ningún caso a la establecida con anterioridad a la vigencia de esta Ley". De este modo, el art. 41.3 del Texto Refundido de la LGSS, aprobado por Decreto 2065/1974, de 3 de mayo, recogía que "participarán necesariamente en los Órganos colegiados de gobierno de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social los representantes sindicales de los trabajadores y empresarios". Sin embargo, el Real Decreto Ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo, introducía un importante cambio de rumbo en el régimen de participación de empresarios y trabajadores, pues su art. 3 lo reducía al control y vigilancia, no al gobierno o gestión propiamente dicha. A partir de ahí se aprobarán los Reales Decretos por los que se regula la estructura y competencias de las distintas Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, en los que se distingue entre órganos de dirección, en manos de funcionarios de la Administración pública, y órganos de participación en el control y vigilancia de la gestión (Consejo General y Comisión Ejecutiva a nivel central, y Comisiones Ejecutivas Provinciales), los que tendrán una composición tripartita formada por representantes de la Administración pública, de las organizaciones empresariales y de los sindicatos más representativos. Este modelo se ha mantenido hasta la actualidad y así aparece recogido en el art. 60 de la LGSS de 1994.

[294] Esta representación ya existía en la Comisión de Prestaciones Especiales, formada por representantes de los trabajadores de las empresas asociadas y por representantes de los empresarios asociados. El cometido de esta comisión era el otorgamiento de los beneficios de asistencia social a satisfacer por la Mutua a cargo de los excedentes que pudieran producirse. La Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de

produjo un interesante debate en su momento[295]. Sin embargo, tratándose de un principio propio de la organización administrativa de la Seguridad Social, no de Derecho material, no será tampoco objeto de desarrollo en este trabajo.

Medidas fiscales, Administrativas y del Orden Social introdujo en las Mutuas una fórmula de participación muy similar a la ya existente en las entidades gestoras de la Seguridad Social, si bien con carácter bipartito. Dicha participación se llevó a cabo a través de la Comisión de Control y Seguimiento, formada paritariamente por representantes de los trabajadores protegidos por la Mutua a través de las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito territorial de actuación de la Mutua, y por representantes de los empresarios asociados a ésta, elegidos a través de las organizaciones empresariales de mayor representatividad. La razón de que se haya trasplantado a entidades que no constituyen Administración pública una fórmula de participación social que en principio estaba pensada para las entidades gestoras "se debe a la consideración del sector de las Mutuas como integrante del conglomerado del sistema de la Seguridad Social; dado que sobre una parte de ese sistema -la gestión pública- operaba la participación institucional, también resultaba preciso que la misma se extendiese a todas las entidades que gestionaban la Seguridad Social" (PANIZO ROBLES, J. A. Los órganos del Gobierno y participación de las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social. En *Tribuna Social*, Ciss, Valencia, nº 100, 1999, pág. 59).

[295] SÁNCHEZ NAVARRO critica que no solamente se haya rebajado la participación de los representantes de empresarios y trabajadores a la vigilancia y control de la gestión, despojándoseles de la participación en los órganos de gobierno que anteriormente tenían, sino que además su posición ha quedado subordinada a una colaboración en órganos de composición tripartita (SÁNCHEZ NAVARRO, D. A. *La gestión de la Seguridad Social en España*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2003, pág. 109). DE LA VILLA GIL comparte este diagnóstico en cuanto que el sistema de participación introducido por el RDL 36/1978 "vendrá a sustituir un régimen de participación social activa por otro en el que la presencia popular asume una actividad estática y exterior a la propiamente gestora, estatalizando totalmente el aparato de gestión" (DE LA VILLA GIL, L. E. La participación social en la gestión cit., pág. 203). No obstante, este autor adopta un criterio mucho más realista, aceptando la funcionarización o tecnificación de la gestión de la Seguridad Social como un hecho normal, pues "nada tiene de extraño que, al correr del tiempo, la planificación de la Seguridad Social como servicio público y la sobrevenida complejidad técnica de los ordenamientos positivos, reforzara las líneas de tendencia en torno a las ideas de *publificación*, unificación y profesionalización de las entidades gestoras" (*Ibid.*, pág. 198). Además, aunque en el modelo de participación anterior al RDL 36/1978 existía presencia de los representantes de patronos y trabajadores en los órganos de gobierno del INP y del Mutualismo Laboral, "la participación quedaba canalizada a través de las estructuras de un sindicalismo oficial de conciliación vinculado al aparato del Estado; fragmentada y diluida, además, por su composición paritaria, por la presencia en los órganos de gobierno de un número importante de vocales no electivos y bloqueada por una tutela férrea y por un cuadro de competencias que actuaban sobre materias reguladas heteronómicamente. Todos estos hechos desaconsejarían cualquier ilusión corporativista pues, en realidad, no se trataba tanto de una gestión social controlada por el Estado como de un sistema de gestión estatal descentralizada decorado por una participación simbólica, y perfectamente neutralizada, de los interesados" (*Ibid.*, pág. 202). No es tan comprensivo este autor al criticar no sólo las funciones "irrelevantes" atribuidas a los órganos de vigilancia y control de la gestión, sino también la ausencia de "mecanismos jurídicos" a través de los que se puedan materializar la vigilancia y control (*Ibid.*, págs. 204 y 205; en parecidos MANRIQUE LÓPEZ, F. La participación de los interesados en la gestión de la Seguridad Social. En *La Ley-Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1984, Vol. I, pág. 1187). No faltan autores que consideren este sistema de participación totalmente obsoleto desde unas coordenadas totalmente diferentes. El art. 129.1 CE habla de "interesados", por lo que la participación no tiene por qué reducirse a empresarios y trabajadores en un sistema, al menos parcialmente, universal, en el que interesados son todos los ciudadanos (art. 41 CE). Por tanto, serán "las representaciones surgidas de las elecciones generales, regionales o locales" a quienes "corresponde asumir, de modo natural, la participación ciudadana también en la gestión de la Seguridad Social", como ocurre en Islandia por ejemplo, donde el Instituto Nacional de la Seguridad Social está dirigido por una Junta elegida por el Parlamento (GONZALO GONZÁLEZ, B. y FERRERAS ALONSO, F. La participación de los interesados en la gestión de la Seguridad Social española. En *Revista de Seguridad Social*, Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, Madrid, nº 5, 1980, pág. 17).

Descendiendo a la legislación ordinaria, el art. 2.1 LGSS declara que "el sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad". Será en estos principios y en algún otro no enunciado tan expresamente en los que centraremos nuestra atención.

Ahora bien, cabe plantearse si al margen del mencionado precepto existen otros principios informadores de la Seguridad Social. Me refiero concretamente a lo que se ha denominado en no pocos supuestos como principio de contributividad o principio contributivo. Por ejemplo, la STC 103/1983, de 22 de noviembre (cuestión de inconstitucionalidad 301/1982), señala que "es cierto que nuestro sistema de seguridad social está asentado en alguna medida sobre el principio contributivo y que aún no se ha superado totalmente su relación con el esquema típico del seguro privado, que está en la base de los primitivos seguros sociales que son el antecedente de la actual seguridad social". Asimismo, el apartado A)10 de la Resolución de 2 de octubre de 2003, del Congreso de los Diputados, aprobando la renovación del Pacto de Toledo, recoge que "la Comisión se reafirma en la idea de que es preciso seguir reforzando el principio de contributividad como elemento básico para la preservación del equilibrio financiero del sistema". Finalmente, sin ánimo de ser exhaustivos, el preámbulo del Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social firmado por el Gobierno y los agentes sociales el 13 de julio de 2006 señala igualmente que "se hace hincapié en la garantía de la adecuación entre los ingresos y los gastos del sistema, ratificando el objetivo de culminar el proceso de separación de fuentes de financiación y un mayor equilibrio en materia de cotización que refuerce el principio de contributividad".

Parecería por tanto que existe en nuestra Seguridad Social un principio contributivo o principio de contributividad, aunque no aparezca mencionado en el art. 2 LGSS. Sin embargo, pese a las mencionadas declaraciones, no considero que se pueda hablar en puridad de un principio contributivo. En primer lugar, aparte de que no venga mencionado en el art. 2.1 LGSS, tampoco la CE lo recoge. Una cosa es que la Carta Magna tolere la subsistencia de un área profesional/contributiva dentro del sistema de la Seguridad Social en el que las prestaciones tengan por objeto sustituir las rentas del beneficiario en función de su esfuerzo contributivo anterior, y otra muy distinta que imponga ese modelo. Cuando la Constitución incorpora un principio, éste debe informar el ordenamiento jurídico, tanto en su formación como en su aplicación, de modo que ese supuesto principio contributivo colisionaría con los principios de universalidad y de protección frente a la necesidad contenidos en la CE y en el art. 2.1 LGSS,

los cuales imponen para todo el sistema la protección de todos los ciudadanos no en función de su esfuerzo contributivo anterior, sino en función de su situación de necesidad.

Por tanto, a mi modo de ver, lo que se califica inapropiadamente como principio contributivo o principio de contributividad no es más que un mecanismo de funcionamiento propio de un modelo de Seguridad Social que se halla implantado en un área de nuestro sistema. Por ello, en adelante lo denominaré principio contributivo impropio.

CAPÍTULO CUARTO.- EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD

I.- GÉNESIS Y EXPLICACIÓN HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD

El principio de universalidad suele vincularse al comúnmente denominado modelo de Seguridad Social asistencial, aunque tampoco puede hablarse de una total equiparación, tal como ya adelantamos anteriormente.

La protección asistencial ha sido definida como "cualquier mecanismo colectivo de solidaridad -no necesariamente reglado- cuya protección se otorga independientemente de la existencia de una cotización previa y de la pérdida o reducción de los ingresos profesionales y se destina a los individuos, familias y grupos que se encuentran en situación de necesidad y cuyos recursos (materiales, culturales y sociales) son tan débiles que quedan excluidos de los modos de vida mínimos aceptables en el Estado en que vivan"[296]. En esta definición puede apreciarse la esencia del modelo asistencial, es decir, la preterición de cualquier esfuerzo contributivo previo por parte del causante, trasladándose el centro de gravedad hacia la situación de necesidad del beneficiario, normalmente concretada en la carencia de rentas.

El principio de universalidad, por su parte, consiste en que la protección de la Seguridad Social se extiende a todos los ciudadanos, independientemente de su condición de trabajadores o no, aunque esta primera aproximación deberá matizarse detalladamente más adelante.

El principio de universalidad tuvo sus antecedentes en la Ley de Principios Fundamentales del Movimiento de 1958, cuyo principio IX declaraba el derecho de todos los españoles a los beneficios de la asistencia y Seguridad Social[297]. Ahora bien, en una Seguridad Social eminentemente profesional y contributiva como era la española hasta fechas recientes, el principio de universalidad tuvo tan sólo una tímida entrada en el sistema a

[296] BLASCO LAHOZ, J. F. *La protección asistencial en la Seguridad Social: la Ley de prestaciones no contributivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pág. 19.

[297] BORRAJO DACRUZ, E. De la previsión social a la protección en España: bases histórico-institucionales hasta la Constitución cit., pág. 15, y BLASCO LAHOZ, J. F. *La protección asistencial en la Seguridad Social: la Ley de prestaciones no contributivas* cit., pág. 643.

través de los servicios sociales[298]. La disposición final 4ª, párrafo 2º, del Texto Articulado de la Ley de Seguridad Social, aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril[299], establecía que "se concederá una protección especial a las familias con hijos subnormales". Al amparo de dicha norma se aprobó el Decreto 2421/1968, de 20 de septiembre[300], por el que se creó el Servicio Social de Asistencia a Menores Subnormales, que nació "con carácter de Servicio Común de la Seguridad Social" y que extendía su ámbito de protección a todos los regímenes del sistema, quedando adscrito al Instituto Nacional de Previsión. Ejercía su acción mediante una asignación económica de 1.500 pesetas mensuales "para contribuir al sostenimiento de los gastos que la educación, instrucción y recuperación de los menores subnormales origine a los familiares que los tengan a su cargo". Asimismo, realizaba su labor también mediante "el establecimiento de una red de centros para llevar a cabo la educación, instrucción y recuperación de menores subnormales". Estas prestaciones eran de tipo profesional, pues los beneficiarios tenían que ser trabajadores por cuenta ajena o propia, pensionistas y perceptores de prestaciones periódicas de la Seguridad Social, trabajadores que hubieran causado baja en la Seguridad Social por enfermedad profesional o viudas de las personas comprendidas en alguno de los apartados anteriores. También podía ser beneficiario el propio minusválido si era menor de 18 años, huérfano absoluto e hijo de cualquiera de las personas mencionadas.

Mediante Decreto 2531/1970, de 22 de agosto[301], se creó el Servicio Social de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos, que preveía acciones de rehabilitación médica, de formación profesional, asistencia para encontrar un empleo y medidas de promoción social (como ayudas para establecimiento de cooperativas, de trabajo autónomo, etc.). Este servicio sí que era de carácter universal, pues podían ser beneficiarios del mismo no sólo los afiliados a la Seguridad Social, sino también todos aquellos minusválidos que no estuvieran afiliados, siempre que tuvieran una perspectiva razonable de empleo.

[298] MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M. A. En VV. AA. *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social* (Director ALARCÓN CARACUEL, M. R., Coordinador RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.), Thomson Aranzadi, 2003, pág. 331.

[299] BOE de 22 y 23 de abril de 1966, números 96 y 97.

[300] BOE de 7 de octubre de 1968, número 241.

[301] BOE de 15 de septiembre de 1970, número 221.

Mediante Decreto 731/1974, de 21 de febrero[302], se fusionaron los dos servicios anteriores constituyéndose el Servicio Social de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos Físicos y Psíquicos (SEREM), como servicio de la Seguridad Social adscrito al Instituto Nacional de Previsión y que ejercía las funciones de los servicios fusionados. De este modo puede decirse que a través de un servicio social se introdujo el principio de universalidad en la Seguridad Social[303].

Aunque se ha discutido mucho acerca del concepto de servicio social, me parece muy acertada la configuración doctrinal aportada por ALARCÓN CARACUEL, para quien se trata de "una técnica prestacional" caracterizada "por la organización colectiva de unos determinados servicios que se disfrutan en especie por los individuos que acceden a ellos"[304]. Desde este punto de vista los servicios sociales pueden formar parte de la Seguridad Social contributiva o de la asistencial, o incluso quedar fuera de ambas, puesto que lo característico de los mismos es que se trata de un conjunto de mecanismos o instrumentos de protección complementarios que emplean técnicas en especie o *in natura*[305]. Por tanto, el principio de universalidad no va intrínsecamente unido a los servicios sociales.

Con carácter general y como principio definitorio, el principio de universalidad se incorpora a la Seguridad Social con la CE de 1978[306], cuyo art. 41 declara que el régimen público de la Seguridad Social será "para todos los ciudadanos". Ahora bien, el art. 41 se incardina dentro de los

---

[302] BOE de 20 de marzo de 1974, número 68.

[303] ALONSO GARCÍA, B. *El régimen jurídico de la protección social del minusválido*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 150 a 167.

[304] ALARCÓN CARACUEL, M. R. En VV. AA. *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social* (Director ALARCÓN CARACUEL, M. R., Coordinador RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.), Thomson Aranzadi, 2003, pág. 257.

[305] MOLINA NAVARRETE, C. En VV. AA. *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social* (Directores MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, Mª. N.), Comares, Granada, 1999, págs. 619 y 620.

[306] FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. La Seguridad Social en el XXV Aniversario de la Constitución cit., pág. 147, POLO SÁNCHEZ, M. C. Prestaciones no contributivas y principio de igualdad. En *Relaciones Laborales*, 1995, vol. I, págs. 117 y 118, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y LÓPEZ GANDIA, J. Valores constitucionales y Seguridad Social. En *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1998, nº 13, pág. 199, VALDÉS DAL-RÉ, F. Estado Social y Seguridad Social. En *Relaciones Laborales*, 1994, vol. II, págs. 67 y 74, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas. En VV. AA. *Pensiones no contributivas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, pág. 157, RODRÍGUEZ CARDO, I. A. *Ámbito subjetivo del sistema español de Seguridad Social*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 247, BLASCO LAHOZ, J. F. La «protección asistencial», un concepto inexistente en el ordenamiento jurídico español. En *Actualidad Laboral*, 1992, Vol. III, pág. 645, y GARCÍA ORTEGA, J. y GARCÍA NINET, J. I. La protección por jubilación en la modalidad no contributiva de la Seguridad Social. En *Revista de Treball*, Conselleria de Treball i Seguretat Social de la Generalitat Valenciana, Valencia, 1991, nº 15, pág. 24.

Principios Rectores de la Política Social y Económica del capítulo III del Título I de la CE, respecto de los cuales el art. 53 de la Carta Magna señala que "el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos", y que "sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen". Es decir, que la Seguridad Social aparece configurada en el art. 41 de la Constitución como un "derecho de configuración legal"[307], lo que supuso que el principio de universalidad no se trasladase ni inmediata ni completamente a la legislación de Seguridad Social.

El principio de universalidad se implantó en nuestro ordenamiento jurídico de Seguridad Social a través de la asistencia sanitaria (Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad) y de las prestaciones no contributivas (Ley 26/1990, de 20 de diciembre, que establece prestaciones no contributivas en el sistema de la Seguridad Social), tal como veremos más adelante.

[307] GARCÍA MURCIA, J. El derecho a la Seguridad Social en la jurisprudencia constitucional: una primera aproximación. En VV. AA. *VII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* (Coordinador PRADOS DE REYES, F. J.), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 1991, pág. 346.

II.- SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD

Respecto al concepto de principio de universalidad, conviene distinguir dos planos, el subjetivo y el objetivo, aunque a éste también es frecuente que se le denomine "generalidad objetiva"[308]. La universalidad subjetiva implica que la Seguridad Social protege a todos los ciudadanos, sin tomar en consideración si son trabajadores o no[309]. Dicho de un modo simplificado, pero indudablemente pedagógico, la condición de trabajador se sustituye por la de ciudadano, el periodo de cotización por el de residencia y las rentas de sustitución se convierten ahora en rentas compensatorias ante la carencia de un ingreso mínimo de subsistencia[310].

La universalidad objetiva hace referencia a que la Seguridad Social proteja frente a cualquier situación de necesidad que pueda presentarse[311]. En principio ambas estarían contenidas en el art. 41 CE, que habla de proteger a todos los ciudadanos frente a situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo[312]. No obstante, ya hemos tenido ocasión de comprobar ampliamente que el modelo constitucional de Seguridad Social aún no ha sido completado por el legislador.

Un ejemplo del principio de universalidad objetiva sería el que existe en materia de asistencia social en el denominado ingreso mínimo de inserción, salario social, renta mínima de inserción, etc. Es decir, se trata de un tipo de protección en que todo aquel ciudadano cuyos ingresos se sitúen por debajo de un determinado nivel considerado inaceptable por la

---

[308] FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. La Seguridad Social en el XXV aniversario de la Constitución cit., pág. 148.

[309] *Ibid.*, pág. 149.

[310] SEMPERE NAVARRO, A. V. y BARRIOS BAUDOR, G. L. *Las pensiones no contributivas*, Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 29.

[311] ALARCÓN CARACUEL, M. R. La integración de los Servicios Sociales y la Asistencia Social en la Seguridad Social cit., pág. 13.

[312] GONZALO GONZÁLEZ, B. Reparto competencial y complementariedad de las prestaciones sociales básicas. En *Foro de Seguridad Social*, Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social, 2000, nº 1, pág. 1, ALARCÓN CARACUEL, M. R. En VV. AA. *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social* cit., pág. 259, POLO SÁNCHEZ, M. C. Prestaciones no contributivas y principio de igualdad. En *Relaciones Laborales*, 1995, vol. I, pág. 120, y BLASCO LAHOZ, J. F. La «protección asistencial», un concepto inexistente en el ordenamiento jurídico español cit., pág. 645.

comunidad percibirá una prestación económica[313]. De acuerdo con este principio, la prestación económica será uniforme (*flat rate of benefit* según la expresión del informe Beveridge), pues su finalidad es garantizar un mínimo de subsistencia, no sustituir niveles de renta como ocurre en los sistemas contributivos, en los que se trata de garantizar el *status* de consumo activo[314]. En los sistemas presididos por este principio de universalidad objetiva no se puede prescindir por tanto del requisito de insuficiencia de recursos para otorgar las prestaciones, pues precisamente la insuficiencia de recursos es el elemento que permite determinar de modo genérico y universal la situación de necesidad.

Si el sistema de Seguridad Social prescinde de la universalidad objetiva y otorga protección frente a determinadas contingencias o situaciones de necesidad específicas, como ocurre en el sistema español, en el que, incluso en el área no contributiva, se protege al ciudadano frente a la pérdida de la salud, la vejez, la invalidez o las cargas familiares, el sistema puede a su vez adoptar un principio de universalidad subjetiva plena, protegiendo a todos los ciudadanos que se encuentren en las mencionadas situaciones de necesidad, o puede adoptar un principio de universalidad subjetiva limitada, sumando al requisito de encontrarse en alguna de las mencionadas contingencias el de que el ciudadano carezca de recursos suficientes para hacer frente por sí solo a la misma. Como veremos más detalladamente, éste es precisamente el caso español, salvo en los supuestos de protección por hijo a cargo minusválido, por parto múltiple y de la prestación económica de pago único por nacimiento o adopción de hijo. De este modo, mientras en el área contributiva del sistema la actualización de la contingencia permite presumir *per se* la situación de necesidad porque la protección se hace depender fundamentalmente del esfuerzo contributivo del causante, en el área no contributiva se exige además que el ciudadano carezca de los recursos económicos suficientes para hacer frente a dicha contingencia con sus propios medios[315]. Ello se debe a que el art. 41 CE ordena la protección de "todos los ciudadanos" "ante situaciones de necesidad", por lo que está imponiendo un principio de universalidad subjetiva y un principio que

[313] ESCUDERO, R. Una norma de envergadura: La Ley de prestaciones no contributivas de la Seguridad Social. En *Relaciones Laborales*, 1991, vol. I, pág. 918.

[314] DESDENTADO BONETE, A. La reforma del régimen de pensiones y su conexión con los niveles no contributivos de protección cit., pág. 59.

[315] HURTADO GONZÁLEZ, L. Asistencia social y Seguridad Social: sus fronteras actuales. En *Actualidad Laboral*, 1993, Vol. II, págs. 472-474, GARCÍA ORTEGA, J. y GARCÍA NINET, J. I. La protección por jubilación en la modalidad no contributiva de la Seguridad Social cit., págs. 28 y 53, MORGADO PANADERO, P. y MORENO DE VEGA Y LOMO, F. Las responsabilidades familiares en el nivel no contributivo de Seguridad Social. En *Tribuna Social*, CISS, Valencia, 1998, nº 96, pág. 29.

llamaré de necesidad o de asistencialidad y que analizaremos más detalladamente al estudiar más adelante el principio de solidaridad. Por tanto, en un sistema de recursos limitados, aunque la protección va destinada en principio a todos los ciudadanos que se hallen en determinadas contingencias previstas legalmente, se exige además la prueba de la carencia de medios económicos.

El principio de universalidad no debe ser confundido con la técnica de la asimilación. A través de esta técnica tradicionalmente se ha encauzado la tendencia a ampliar el ámbito de protección subjetiva por parte del propio sistema contributivo de Seguridad Social.

La asimilación puede ser definida como "la técnica específica del ordenamiento de Seguridad Social, prevista y regulada por la propia LGSS, en virtud de la cual se atribuye a los integrantes de un determinado colectivo, cohesionado en torno al ejercicio de una misma actividad, la condición, que anteriormente no tenía, de incluidos en el campo de aplicación del sistema, esto es, de sujetos protegidos"[316]. La asimilación supone incluir dentro del ámbito de protección de la Seguridad Social profesional/contributiva, es decir, sin salirnos del modelo clásico bismarckiano, a personas mediante su asimilación a trabajadores, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia[317]. A modo de ejemplo, y sin ánimo de ser exhaustivos, se utilizó esta técnica con los ministros de culto de las distintas religiones existentes en España[318], con los religiosos[319], con los

[316] HURTADO GONZÁLEZ, L. Las técnicas de extensión del ámbito subjetivo de protección del sistema español de Seguridad Social: la asimilación a trabajador por cuenta ajena. En VV. AA. *VII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* (Coordinador PRADOS DE REYES, F. J.), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 1991, pág. 360.

[317] GONZALO GONZÁLEZ, B. Las pensiones no contributivas en Europa. En *Documentación Laboral*, Asociación de Cajas de Ahorros para Relaciones Laborales, Madrid, 1988-1989, nº 27-28, págs. 15 a 17, y RODRÍGUEZ CARDO, I. A. *Ámbito subjetivo del sistema español de Seguridad Social* cit., págs. 277 y 281.

[318] El RD 2398/1977, de 27 de agosto, regula las condiciones de incorporación al Régimen General de la Seguridad Social de los ministros de culto católicos y de los rabinos de la Federación de Comunidades Israelitas de España, el cual ha sido modificado respecto a los clérigos diocesanos de la Iglesia Católica por el Real Decreto 1613/2007, de 7 de diciembre; el RD 369/1999, de 5 de marzo, hizo lo propio con los ministros de culto de las Iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, modificado a su vez por el Real Decreto 1138/2007, de 31 de agosto; el RD 822/2005, de 8 de julio, incluyó a los clérigos de la Iglesia Ortodoxa Rusa del Patriarcado de Moscú en España; el RD 176/2006, de 10 de febrero, incluyó a los dirigentes religiosos islámicos y a los imanes de las comunidades pertenecientes a la Comisión Islámica de España; y finalmente el Real Decreto 1614/2007, de 7 de diciembre, incluyó en el Régimen General de la Seguridad Social a los miembros de la Orden religiosa de los Testigos de Jehová en España.

[319] En el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos fueron incluidos los religiosos de derecho pontificio mediante el RD 3325/1981, de 29 de diciembre, y los religiosos de derecho diocesano mediante la Orden TAS/820/2004, de 12 de marzo.

políticos que ocupen cargos electivos[320], con los socios trabajadores de las Cooperativas de trabajo asociado[321], o con los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, siempre que no posean el control de éstas en los términos establecidos en el apartado uno de la disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS, cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma[322].

Esta técnica tiene una importante ventaja para el legislador, cual es la de poder modular las condiciones de protección en que los asimilados son integrados en el sistema de Seguridad Social, bien excluyendo las contingencias profesionales, bien excluyendo la protección por desempleo, etc.[323], aunque ello también ha sido criticado por ser contrario a la necesaria homogeneización del sistema, y por crear regímenes especiales *de facto*[324]. Ciertamente, tiene la notable desventaja de que se trata de un método errático y asistemático para llevar a cabo una ampliación del ámbito subjetivo de protección del sistema de Seguridad Social. Además, la técnica de la asimilación no es el instrumento adecuado para la realización del mandato constitucional de universalización de la protección, pues se inserta de lleno en un planteamiento profesionalista, de modo que no permite hablar de transición cualitativa de un modelo de Seguridad Social a otro, esto es, de afirmación y primacía del "por razón de su ciudadanía" frente al "por razón de su actividad"[325].

[320] Los miembros de las corporaciones locales y los miembros de las Juntas Generales de los Territorios Históricos Forales, Cabildos Insulares Canarios y Consejos Insulares Baleares que desempeñen sus cargos con dedicación exclusiva o parcial serán dados de alta en el régimen General de la Seguridad Social, asumiendo la Corporación Local el pago de las cuotas empresariales (art. 75 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local).

[321] DA 4ª.1.a) LGSS.

[322] Art. 97.2.k) LGSS.

[323] RODRÍGUEZ CARDO, I. A. *Ámbito subjetivo del sistema español de Seguridad Social* cit., pág. 279.

[324] HURTADO GONZÁLEZ, L. Las técnicas de extensión del ámbito subjetivo de protección del sistema español de Seguridad Social: la asimilación a trabajador por cuenta ajena cit., pág. 366.

[325] *Ibid.*, pág. 366.

III.- MANIFESTACIONES MÁS IMPORTANTES DEL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD

Vamos a centrar nuestro estudio en aquellas prestaciones en que se ha implantado el principio de universalidad, que son la asistencia sanitaria, las prestaciones no contributivas y la asistencia social, caracterizada igualmente por el principio de universalidad, pero con un peso cada vez menos importante dentro de la Seguridad Social, inversamente proporcional a su creciente importancia en el marco de las competencias de las Comunidades Autónomas. Finalmente analizaremos la incidencia del principio de universalidad dentro del área profesional/contributiva de la Seguridad Social.

III.a.- LA ASISTENCIA SANITARIA

La primera plasmación legal del principio de universalidad tras la Constitución de 1978 se produce para la asistencia sanitaria a través de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad[326], cuyo art. 1.2 declara que "son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional", y su disposición transitoria quinta ordena la expansión progresiva de este derecho a las personas señaladas[327]. Dicha expansión se culminó con el Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes[328], cuyo art. 1º "reconoce el derecho a las prestaciones de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a los españoles que tengan establecida su residencia en territorio nacional y carezcan de recursos económicos suficientes. A estos efectos se entienden comprendidas las personas cuyas rentas, de cualquier naturaleza, sean iguales o inferiores en cómputo anual al Salario Mínimo Interprofesional.

[326] BOE de 29 de abril de 1986, número 102.

[327] BLASCO LAHOZ, J. F. *La protección asistencial en la Seguridad Social: la Ley de prestaciones no contributivas* cit., pág. 81, y ALARCÓN CARACUEL, M. R. En VV. AA. *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social* cit., pág. 252.

[328] BOE de 9 de septiembre de 1988, número 216.

Se reconoce, asimismo, este derecho, aunque se supere dicho límite, si el cociente entre las rentas anuales y el número de menores o incapacitados a su cargo fuera igual o menor a la mitad del Salario Mínimo Interprofesional".

Se sustituye así el concepto de trabajador por el de ciudadano[329] y el de riesgo por el de situación de necesidad, marcada en este caso no sólo por la propia contingencia o situación protegida, es decir, la alteración de la salud, sino también por la carencia de los recursos económicos necesarios para atender a dicha contingencia. Como dijimos anteriormente, ello supone la aplicación de un principio de universalidad limitado subjetiva y objetivamente, pues la protección no se dirige a todos los ciudadanos, sino solamente a los económicamente débiles.

No obstante cabe hacer dos matizaciones. La primera matización debemos hacerla en relación a los extranjeros, para los que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, por la que se regulan los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social[330], va más allá y reconoce el derecho a la protección de la salud a los extranjeros, sin necesidad de que residan legalmente en España. De este modo, el art. 12 establece que "los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles". La inscripción en el padrón municipal, aunque "no es un acto administrativo idóneo para que de él se extraigan consecuencias jurídicas ajenas a su función", supone "un paso más hacia el principio de universalidad de la asistencia sanitaria, al no exigirse, como en el resto de prestaciones, el requisito de la residencia legal"[331]. Asimismo, continúa dicho precepto, "los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica". Por su parte, los menores de edad y las mujeres embarazadas son objeto de protección especial, estableciéndose que "los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles" y que "las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto

[329] MONEREO PÉREZ, J. L. y VIÑAS ARMADA, J. M. En VV. AA. *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social* cit., pág. 486.

[330] BOE de 12 de enero de 2000, número 10.

[331] FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. La protección social de los extranjeros en España. En *Aranzadi Social*, 2001, nº 21 (BIB 2002\51, pág. 9).

y postparto". La expresión en todos estos casos de "encontrarse en España" excluye, no ya sólo la condición de ser residente legal, sino incluso la de estar inscrito en el padrón municipal[332].

La segunda matización que conviene hacer en relación a la asistencia sanitaria es que un importante sector doctrinal considera que hoy en día la asistencia sanitaria no sería apta para representar el principio de universalidad en la Seguridad Social, pues no puede considerarse una prestación de Seguridad Social. Concretamente, para ALONSO OLEA "las prestaciones sanitarias son así el ejemplo insigne de generalización personal paulatinamente conseguida de un sistema de seguridad social, y de su consiguiente desembocadura en un sistema general de salud"[333]. Los argumentos de este autor para defender el sistema nacional de salud como algo distinto de la Seguridad Social se encuentran en que la propia CE trata separadamente la Seguridad Social (art. 41) de la asistencia sanitaria (art. 43); normativamente también se ha producido un alejamiento desde que la asistencia sanitaria se halla regulada en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y en los arts. 98 a 125 del Texto Refundido de la LGSS de 1974, no habiéndose incorporado al Texto Refundido de 1994; asimismo, por la separación administrativa que, a nivel del Estado, supone la existencia de un ministerio, el de Sanidad, distinto del de la Seguridad Social (Ministerio de Trabajo e Inmigración); finalmente, por la financiación de las prestaciones sanitarias, que se realiza íntegramente por el Estado sin cargo a las cotizaciones sociales[334].

En similares términos DE LA VILLA GIL defiende que el Sistema Nacional de Salud debe considerarse algo separado y diferente de la Seguridad Social, aunque integrado con ella dentro de un sistema más amplio de "protección social"[335].

Para ALARCÓN CARACUEL, la asistencia sanitaria, pese a estar transferida a las Comunidades Autónomas en virtud del art. 148.1.21ª CE, sigue siendo una prestación de la Seguridad Social porque el título para acceder a ella aún lo expide el INSS, pero "el día que el acceso a la asistencia sanitaria pública, dispensada por el Sistema Nacional de Salud, sea posible con la mera exhibición del Documento Nacional de Identidad -o

[332] *Ibid.*, pág. 10.

[333] ALONSO OLEA, M. *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 58.

[334] *Ibid.*, págs. 19 a 21.

[335] DE LA VILLA GIL, L. E. El modelo constitucional de protección social. En *Aranzadi Social*, 2004, nº 3 (BIB 2004\426, págs. 2 y 11).

con el permiso de residencia- dejará de tener sentido seguir manteniendo que dicha asistencia es una «prestación de la Seguridad Social»"[336].

Por el contrario, para HURTADO GONZÁLEZ los criterios orgánico-institucionales o de ubicación normativa no son suficientes para la delimitación jurídico-conceptual de la Seguridad Social, de modo que critica la segregación respecto de ésta de la asistencia sanitaria, calificada expresamente como prestación de la Seguridad Social por el art. 38 LGSS y el Convenio 102 de la OIT[337]. A lo que cabría añadir que la recomendación I del Pacto de Toledo, al ordenar la separación de las fuentes de financiación del sistema, no dejó por ello de calificar expresamente la asistencia sanitaria como una prestación de Seguridad Social universal. No en vano, la asistencia sanitaria ha sido definida "como una prestación nuclear del sistema de Seguridad Social (pese a intentos de separarla del sistema)"[338]. Y más recientemente la Orden TAS/2947/2007, de 8 de octubre[339], declaró en su art. 1 que "los botiquines para primeros auxilios en caso de accidente de trabajo a que se refiere el anexo VI.A).3 del Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, constituyen parte del contenido de la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, definido en el artículo 11 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social, y podrán ser facilitados por las entidades gestoras y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social a las empresas respecto de cuyos trabajadores asuman la protección por las contingencias profesionales". Asimismo, el art. 3 añade que "la reposición del material de primeros auxilios contenido en el botiquín, por utilización o caducidad, será asimismo asumida, con cargo al presupuesto de la Seguridad Social, por la entidad gestora o mutua que cubra las contingencias profesionales de los trabajadores al servicio de la empresa".

---

[336] ALARCÓN CARACUEL, M. R. En VV. AA. *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social* cit., pág. 253, y también ALARCÓN CARACUEL, M. R. Hacia el Derecho de la protección social. En VV. AA. *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad* (Coordinadora LÓPEZ LÓPEZ, J.), Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 33.

[337] HURTADO GONZÁLEZ, L. Seguridad Social versus protección social. En *Actualidad Laboral*, 1995, Vol. I, págs. 204 y 206. Criterio compartido por FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. La protección social de los extranjeros en España cit., pág. 8.

[338] MONEREO PÉREZ, J. L. y VIÑAS ARMADA, J. M. En VV. AA. *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, pág. 485.

[339] BOE de 11 de octubre de 2007, número 244.

III.b.- LAS PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS

En todo caso, dada la polémica doctrinal acerca de la naturaleza jurídica de la asistencia sanitaria, para muchos autores la verdadera plasmación legal de principio de universalidad se llevó a cabo a través de la LPNC[340]. Ésta creó una modalidad no contributiva de prestación para las contingencias de jubilación e invalidez, así como las prestaciones familiares, que no requieren la condición de trabajador para acceder a las mismas.

Conviene hacer aquí una aclaración. En su momento vimos que numerosos textos legales y acuerdos políticos sobre la reforma de la Seguridad Social hablan impropiamente de un principio contributivo o principio de contributividad. El principio contributivo impropio significa que las prestaciones se hacen depender de las cotizaciones del trabajador, bien sea como un requisito para acceder a dichas prestaciones, o bien como un baremo que determina su cuantificación. O, dicho de otro modo, las prestaciones se reconocerán al trabajador en función de su esfuerzo contributivo previo. Considero que no se debe confundir el principio contributivo impropio con el sistema de financiación de las prestaciones sociales, que, en virtud del Art. 86 LGSS, podrá hacerse con cargo a las cotizaciones sociales o con cargo a las aportaciones del Estado. En el primer caso, la Ley habla de prestaciones contributivas y en el segundo caso de prestaciones no contributivas. Sin embargo, esta clasificación a efectos de financiación no está basada en el principio contributivo impropio, pues cabe la posibilidad de que una prestación quede eximida del principio contributivo porque no se exige periodo mínimo de cotización para su abono (las prestaciones por accidente, sea o no de trabajo, o por enfermedad profesional del Art. 124.4 LGSS o la prestación de maternidad

[340] FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. La Seguridad Social en el XXV aniversario de la Constitución cit., pág. 150, HURTADO GONZÁLEZ, L. Asistencia social y Seguridad Social: sus fronteras actuales cit., pág. 462, GÁRATE CASTRO, J. Comentarios al régimen vigente de las prestaciones de Seguridad Social por hijo a cargo. En *Documentación Laboral*, Asociación de Cajas de Ahorro para Relaciones Laborales, Madrid, 1991, nº 34, pág. 110, PANIZO ROBLES, J. A. El marco de las prestaciones no contributivas. En *Revista de Treball*, Conselleria de Treball i Seguretat Social de la Generalitat Valenciana, Valencia, 1991, nº 15, pág. 18, GARCÍA ORTEGA, J. y GARCÍA NINET, J. I. La protección por jubilación en la modalidad no contributiva de la Seguridad Social cit., pág. 25, MORGADO PANADERO, P. y MORENO DE VEGA Y LOMO, F. Las responsabilidades familiares en el nivel no contributivo de Seguridad Social cit., pág. 22, BLASCO LAHOZ, J. F. *La protección asistencial en la Seguridad Social: la Ley de prestaciones no contributivas* cit., págs. 106 y 107, PARDELL VEÁ, A. En VV. AA. *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social* (Director ALARCÓN CARACUEL, M. R., Coordinador RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.), Thomson Aranzadi, 2003, pág. 1182, GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, Mª. A. En VV. AA. *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social* (Directores MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, Mª. N.), Comares, Granada, 1999, pág. 1645, y GARCÍA ROMERO, B. La protección familiar en el sistema español de Seguridad Social. En *Aranzadi Social*, 2000, nº 14 (BIB 2000\1594, págs. 4 y 24).

para menores de 21 años del Art. 133 ter), pero que sin embargo sea considerada como contributiva legalmente porque se financia con cargo a las cotizaciones sociales (como ocurre precisamente con las mencionadas). Normalmente ambos conceptos coincidirán, puesto que, si una prestación se financia con cargo a las cotizaciones sociales, lo normal es que se satisfaga en función del esfuerzo contributivo anterior por parte del causante, pero, como acabamos de ver, no siempre es así.

Por otra parte, en las pensiones no contributivas, llamadas así porque no se financian con cargo a cotizaciones sociales, nunca se aplica el principio contributivo impropio, pues no se exige una previa contribución al sistema para su disfrute. Sin embargo, dichas prestaciones no siempre se rigen por el principio de universalidad como se puede comprobar en el supuesto especial de maternidad del art. 133 sexies creado por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres[341], puesto que dicha prestación, aunque es no contributiva (art. 133 septies LGSS), se rige por el principio profesional, pues para acceder a la misma se exige que la beneficiaria sea trabajadora en situación de alta o asimilada[342].

En la pensión de invalidez no contributiva la contingencia vendrá dada por "las deficiencias, previsiblemente permanentes, de carácter físico o psíquico, congénitas o no, que anulen o modifiquen la capacidad física, psíquica o sensorial de quienes las padecen" (art. 136.2 LGSS). Esa invalidez viene concretada en el art. 144.1.c) LGSS como una minusvalía igual o superior al 65 por ciento, de acuerdo con el baremo del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía[343]. Por consiguiente, el sujeto protegido es la persona "que, padeciendo deficiencias de tal entidad, constitutivas de incapacidades, le impiden desarrollarse con normalidad e igualdad con el resto de los individuos, no ya sólo en el ámbito laboral, sino en todos, incluidos los educativos y, en general, los sociales"[344].

Por lo que respecta a la pensión de jubilación, el art. 167 LGSS exige tener más de 65 años, es decir, que el legislador presume que la avanzada

[341] BOE de 23 de marzo de 2007, número 71.

[342] BARCELÓN COBEDO, S. y QUINTERO LIMA, Mª G. El impacto de la Ley para la igualdad en el marco de la normativa de Seguridad Social. En *Temas Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2007, nº 91, págs. 241, 242 y 261.

[343] BOE de 26 de enero de 2000, número 22.

[344] ALONSO GARCÍA, B. *El régimen jurídico de la protección social del minusválido* cit., pág. 56.

edad es causa relevante "de disminución de la capacidad para afrontar determinados sucesos vitales, y por dicho motivo los hace objeto de protección pública"[345].

Por último, las prestaciones familiares nacieron en España con la Ley de 18 de julio de 1938, de Subsidios Familiares[346], si bien como una prestación contributiva[347], y así se mantuvo hasta la LPNC, aunque ya un importante sector de la doctrina venía reclamando su universalización[348]. El fundamento de dicha protección a la familia se ha explicado por la doctrina en el sentido de que "el alumbramiento y educación de los hijos constituye, de hecho, una contribución, una cotización, en especie que «los padres» (esto es, las madres) realizan al sistema de pensiones y que garantiza en última instancia la operatividad del mismo. En ausencia de esta contribución, la Seguridad Social no podría subsistir, ni -claro está- la comunidad nacional. El seguro social de vejez no es, en términos reales, solamente un contrato entre dos generaciones, sino que abarca tres generaciones: jóvenes, adultos (activos) y tercera edad"[349].

Sin entrar en el análisis pormenorizado de los requisitos de acceso a las prestaciones no contributivas, podríamos reducirlos a dos de carácter general, a saber: la residencia y la insuficiencia de recursos. Respecto a la residencia, el art. 7.3 LGSS establece que "estarán comprendidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad no contributiva, todos los españoles residentes en territorio nacional". Respecto de los extranjeros, el art. 7.5 establece que "los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan en territorio español se equiparan a los españoles a efectos de lo dispuesto en el número 3 de este artículo. Con respecto a los nacionales de

[345] FARGAS FERNÁNDEZ, J. En VV. AA. *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social* (Director ALARCÓN CARACUEL, M. R., Coordinador RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.), Thomson Aranzadi, 2003, pág. 1087.

[346] BOE de 19 de julio de 1938.

[347] GARCÍA ROMERO, B. La protección familiar en el sistema español de Seguridad Social cit., pág. 2.

[348] GONZÁLEZ-SANCHO, E. Apuntes sobre la situación de la protección de la familia en España en 1989 y sobre la conveniencia de mejorarla. En *Documentación Laboral*, Asociación de Cajas de Ahorros para Relaciones Laborales, Madrid, 1989, nº 29, pág. 109.

[349] MEIL LANDWERLIN, G. Seguridad Social y familia. En *Revista de Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989, nº 42, pág. 48. En similares términos se pronuncia GARCÍA ROMERO al afirmar que "la protección social brindada a la familia tuvo como objetivos básicos no sólo el de compensar económicamente a los ciudadanos por las mayores cargas que les ocasiona la familia, sino fundamentalmente el de influir sobre la evolución demográfica y especialmente sobre la función social de la familia, como institución social básica a la que incumbe la responsabilidad de criar y educar a los menores y en no pocas ocasiones la de cuidar a ancianos y enfermos" (GARCÍA ROMERO, B. La protección familiar en el sistema español de Seguridad Social cit., pág. 2).

otros países se estará a lo que se disponga en los Tratados, Convenios, Acuerdos o Instrumentos ratificados, suscritos o aprobados al efecto, o cuanto les fuera aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida". Esta limitación en la protección no contributiva para los extranjeros ya fue muy criticada en su día, por el hecho de que "los extranjeros están sujetos a los mismos deberes, obligaciones y cargas que los españoles y por tanto obligados a pagar impuestos, fuente de financiación de las prestaciones no contributivas. La función redistributiva, por otra parte, de este tipo de prestaciones dejaría fuera de su circuito a los extranjeros; incidiendo quizá en la creación de una ciudadanía de segunda clase"[350]. Pese a todo, y dejando a salvo a los ciudadanos comunitarios, que se consideraban equiparados a los españoles en todo caso, la doctrina opinaba que los extranjeros debían hallarse en alguno de los supuestos del art. 7.5 LGSS para tener acceso a las prestaciones no contributivas[351], lo cual fue además ratificado por la jurisprudencia[352]. En el momento actual, sin embargo, la doctrina es unánime al considerar que el art. 14.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, por la que se regulan los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ha derogado el art. 7.5 LGSS, al establecer que "los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles"[353].

El requisito de la residencia se ve reforzado por la normativa reguladora de cada una de las prestaciones no contributivas. De este modo, el art. 144.1.b) LGSS exige para acceder a la pensión de invalidez no contributiva "residir legalmente en territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la pensión". Del mismo modo, el art. 167.1 LGSS exige para acceder a la pensión de jubilación no contributiva residir legalmente en España y haberlo hecho "durante diez años entre la

[350] TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M. La igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en materia de Seguridad Social tras la Ley 13/1996 sobre medidas fiscales, administrativas y del orden social. En *Actualidad Laboral*, 1998, vol. III, pág. 736.

[351] GALLEGO MORALES, A. En VV. AA. *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social* (Directores MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, Mª. N.), Comares, Granada, 1999, pág. 1378, BLASCO LAHOZ, J. F. *Ibid.*, pág. 1537, y GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, Mª. A. *Ibid.*, pág. 1646.

[352] La STS de 1-4-1998 (rec. nº 588/1997) denegó la pensión de invalidez no contributiva a un súbdito marroquí por no estar previsto expresamente este tipo de prestaciones en el Convenio hispano-marroquí de Seguridad Social.

[353] FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. La Seguridad Social en el XXV aniversario de la Constitución cit., pág. 149, y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. La protección social de los extranjeros en España cit., pág. 6, RODRÍGUEZ CARDO, I. A. *Ámbito subjetivo del sistema español de Seguridad Social* cit., págs. 210 y 211, GARCÍA ROMERO, B. La protección familiar en el sistema español de Seguridad Social cit., pág. 8, y SEMPERE NAVARRO, A. V. y BARRIOS BAUDOR, G. L. *Las pensiones no contributivas* cit., pág. 26.

edad de dieciséis años y la edad de devengo de la pensión, de los cuales dos deberán ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la solicitud de la prestación". Por último, el art. 182.1.a) LGSS también exige residir legalmente en España para ser beneficiario de las prestaciones familiares en su modalidad no contributiva[354].

El fundamento de la exigencia de residencia en territorio nacional se encuentra en el principio de territorialidad que rige en el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social, si bien, respecto de las prestaciones no contributivas, se exige además que la residencia sea legal (requisito dirigido exclusivamente a los extranjeros, pues los españoles tienen garantizado su derecho a residir en España en virtud del art. 19 CE)[355] y que se haya prolongado durante un determinado lapso de tiempo. Ello se interpreta como un periodo de carencia, pues "en la modalidad no contributiva -financiada básicamente con aportaciones del Estado- el periodo de carencia es un periodo de pago de tributos: directos, como el IRPF, pero sobre todo indirectos, como el IVA. (…) exigir un periodo largo de residencia previo tiene un contenido económico innegable que puede denominarse como el elemento contributivo de las pensiones no contributivas"[356]. Discrepo de esta interpretación porque introduce una importante confusión en materia de los principios informadores de la Seguridad Social. En tanto que el esfuerzo contributivo previo del beneficiario de las pensiones no contributivas no es cuantificado legalmente como un requisito para acceder a las mismas, no podemos hablar de mecanismo contributivo. La verdadera razón de que se exija un periodo de residencia se halla en que, "con la cláusula de residencia se persigue también impedir la concesión de esta pensión a cualquier persona que no demuestre un cierto arraigo y vinculación con el país con cargo a

[354] El requisito de la residencia legal se exige también a los extranjeros para acceder a las pensiones contributivas, salvo las derivadas de contingencias profesionales respecto de "los trabajadores por cuenta ajena extranjeros de países que hayan ratificado el Convenio número 19 de la Organización Internacional del Trabajo, de 5 de junio de 1925" o cuando sea aplicable el "principio de reciprocidad expresa o tácitamente reconocida", tal como señala el art. 42.2 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, sobre inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores en la Seguridad Social, en la redacción dada por el Real Decreto 1041/2005, de 5 de septiembre. En este mismo sentido, *vid.* FERNÁNDEZ COLLADOS, Mª B. Más doctrina judicial sobre los Derechos de los extranjeros irregulares ante el nivel contributivo de Seguridad Social. En *Aranzadi Social*, (BIB 2007\1354, pág. 4). *Vid.* asimismo la STS de 18-3-2008 (rec. nº 800/2007).

[355] FARGAS FERNÁNDEZ, J. En VV. AA. *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social* cit., pág. 970.

[356] *Ibid.*, pág. 971. En similares términos BLASCO LAHOZ, J. F. La nueva pensión de invalidez en su modalidad no contributiva. En *Revista de Treball*, Conselleria de Treball i Seguretat Social de la Generalitat Valenciana, Valencia, 1991, nº 15, págs. 63 y 64.

cuyos presupuestos se satisfacen las prestaciones"[357], o, dicho de otro modo, "puesto que las pensiones no contributivas son una manifestación típica del principio de solidaridad, el legislador ha considerado necesario el hecho de la pertenencia del sujeto protegido a la comunidad con cuyo esfuerzo económico se va a proporcionar la prestación"[358].

El otro gran requisito que se exige para acceder a las prestaciones no contributivas es el de la insuficiencia de recursos (arts. 144.1.d, 167.1 y 182.1.c de la LGSS), excepto para las prestaciones por hijo a cargo minusválido, en las que "nos encontramos ante una ficción legal al considerar todas las situaciones con hijo minusválido a cargo como situaciones de necesidad"[359] y la prestación por parto múltiple, calificada en este sentido como "prestación auténticamente universal"[360].

La exigencia de un doble requisito para acceder a las prestaciones no contributivas ha generado un debate doctrinal acerca de si nuestro sistema de Seguridad Social puede calificarse como verdaderamente universal. Quienes opinan en sentido negativo lo hacen desde dos perspectivas, bien porque no cumple los criterios del principio de universalidad objetiva, al mantener el juego de las contingencias[361], o bien porque no cumple los criterios del principio de universalidad subjetiva, toda vez que no protege a todos los ciudadanos que se encuentren en las contingencias previstas legalmente, sino tan sólo a los económicamente débiles[362]. No obstante, también existen autores, a los que personalmente me sumo, que defienden esa "universalidad subjetiva limitada", dado que las prestaciones no contributivas constituyen la manifestación genuina del principio de

[357] SALVADOR PÉREZ, F. La nueva pensión no contributiva de jubilación: objeto de protección y régimen jurídico. En *Actualidad Laboral*, 1992, vol. I, pág. 113.

[358] GALLEGO MORALES, A. En VV. AA. *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social* cit., pág. 1377.

[359] PARDELL VEÁ, A. En VV. AA. *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social* cit., pág. 1192.

[360] GARCÍA ROMERO, B. La protección familiar en el sistema español de Seguridad Social cit., pág. 17.

[361] FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. La Seguridad Social en el XXV aniversario de la Constitución cit., págs. 151 y 152, PÉREZ ALONSO, M. A. y MORRO LÓPEZ, J. J. La protección familiar en el ámbito de la Seguridad Social: las prestaciones económicas por hijos a cargo. En *Revista de Treball*, Conselleria de Treball i Seguretat Social de la Generalitat Valenciana, Valencia, 1991, nº 15, pág. 78, POLO SÁNCHEZ, M. C. Prestaciones no contributivas y principio de igualdad cit., pág. 127, y RODRÍGUEZ CARDO, I. A. *Ámbito subjetivo del sistema español de Seguridad Social* cit., pág. 253.

[362] GARCÍA ORTEGA, J. y GARCÍA NINET, J. I. La protección por jubilación en la modalidad no contributiva de la Seguridad Social cit., pág. 25, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y LÓPEZ GANDÍA, J. Valores constitucionales y Seguridad Social cit., pág. 202, SALVADOR PÉREZ, F. La nueva pensión no contributiva de jubilación: objeto de protección y régimen jurídico cit., pág. 112, y ALARCÓN CARACUEL, M. R. La integración de los Servicios Sociales y la Asistencia Social en la Seguridad Social cit., págs. 14 y 25.

solidaridad y, por consiguiente, la situación de necesidad debe ir ligada a la imposibilidad de afrontarla con los propios medios individuales[363]. Dicho de otro modo, anteriormente hemos visto en este trabajo cómo la Seguridad Social contributiva nació ligada a la dependencia salarial que trajo consigo la Revolución Industrial: el trabajador y su familia dependen del salario para subsistir, de modo que, si faltase éste, quedan abocados a la indigencia, lo que se previene a través del sistema de Seguridad Social que, desde este punto de vista, cumple una función de sustitución de rentas. Es posible, pero improbable, que un trabajador pueda subsistir sin su salario, puesto que normalmente se trabaja como medio de subsistencia, razón por la que la pérdida del salario por alguna de las causas previstas legalmente (invalidez, vejez, muerte, desempleo, etc.) constituye en sí una situación de necesidad presunta. Sin embargo, en las prestaciones no contributivas se pretende garantizar un mínimo de subsistencia a quien no contribuyó (o no lo hizo en la medida suficiente) a la mutualidad de trabajadores para autoprotegerse frente a la pérdida del salario. Por tanto, por un principio de solidaridad la comunidad decide proteger a esos miembros que no tienen acceso a las prestaciones contributivas, pero es lógico que en tales circunstancias, junto a las contingencias tradicionales, se sume la exigencia de una situación de necesidad económica real para otorgar dicha protección.

Acorde con este planteamiento de partida, la LPNC aplica el principio de subsidiariedad, al que ya tuvimos ocasión de referirnos al hablar de la doctrina de la Iglesia católica acerca de la protección de la Seguridad Social. Dicho principio significa que los mecanismos públicos de protección social deben entrar en funcionamiento cuando hayan fracasado los mecanismos privados de protección. En concreto, la LPNC, al tomar en consideración para otorgar las prestaciones no contributivas el nivel de renta, no sólo del solicitante, sino de la unidad familiar en que el mismo se integra, está haciendo una aplicación del principio de subsidiariedad en el sentido de que la solidaridad colectiva sólo entra en acción cuando han fallado los mecanismos de solidaridad en el seno de la familia[364]. Es decir, que el grupo familiar debe ocuparse de la protección de sus miembros antes de esperar que el grupo social en que se integra ponga en marcha sus propios mecanismos de protección, pues "el parentesco es el criterio vigente en nuestro Código Civil para establecer la obligación de convivir o de prestarse ayuda mutua, siendo ello respetuoso con el criterio

[363] ESCUDERO, R. Una norma de envergadura: La Ley de prestaciones no contributivas de la Seguridad Social cit., pág. 920.

[364] FARGAS FERNÁNDEZ, J. En VV. AA. *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social* cit., pág. 972, y DURÁN HERAS, A. Personas con recursos escasos y protección social. En *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993, nº 9, pág. 114.

usado en la Constitución, ya que en ella también el parentesco se menciona como fuente de obligaciones (arts. 32, 39.3 y 50 CE)"[365].

En cuanto a la cuantía de las prestaciones, mientras que en el área contributiva de la Seguridad Social rige la regla de la proporcionalidad, es decir, el equilibrio entre la cuantía de la prestación y el nivel de rentas a las que aquélla sustituye (principio contributivo impropio), en el área no contributiva se otorgan rentas mínimas de subsistencia (protección asistencial). La OIT, en su informe "La Seguridad Social en el año 2000" recomienda que las prestaciones garanticen un nivel de renta correspondiente al menos con la mitad de la renta neta media disponible por habitante, con los correspondientes factores de corrección que tengan en cuenta la composición del grupo familiar en que se integra el sujeto. Este criterio sirve como referencia, aunque no como regla directa para la fijación de la cuantía de las prestaciones no contributivas, al existir un desfase temporal hasta que se conoce el dato estadístico de la renta media disponible[366].

La otra gran opción propuesta ha sido la de equiparar la cuantía de estas prestaciones con el SMI, lo cual ha sido bastante criticado por tratarse de un criterio más próximo al área contributiva del sistema. Además debe tenerse en cuenta que debe existir una diferencia cuantitativa de cierta importancia entre las prestaciones mínimas contributivas y las prestaciones no contributivas con objeto de no desincentivar la cotización social[367].

En definitiva, el margen del legislador es muy amplio, pues, como ya hemos referido, los arts. 41 y 50 CE, en los que se exige la suficiencia de las prestaciones de Seguridad Social para hacer frente a las situaciones de necesidad, se hallan encuadrados dentro de los Principios Rectores de la Política Social y Económica del capítulo III del Título I, por lo que su exigibilidad está condicionada a su desarrollo legislativo.

Por último, debemos hacer referencia en este apartado a las pensiones extraordinarias por actos de terrorismo, que son auténticas

[365] FARGAS FERNÁNDEZ, J. En VV. AA. *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social* cit., pág. 974. O, como explican SEMPERE NAVARRO y BARRIOS BAUDOR, "aunque el beneficiario carezca de ingresos, si los tiene la unidad familiar (deseándose implícitamente que sea ésta la que asuma la situación de necesidad) tampoco se entiende cumplido el requisito" (SEMPERE NAVARRO, A. V. y BARRIOS BAUDOR, G. L. *Las pensiones no contributivas* cit., pág. 42).

[366] DURÁN HERAS, A. Personas con recursos escasos y protección social cit., pág. 116, y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. La Seguridad Social en el XXV aniversario de la Constitución cit., pág. 158.

[367] ESCUDERO, R. Una norma de envergadura: La Ley de prestaciones no contributivas de la Seguridad Social cit., pág. 921, y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. La Seguridad Social en el XXV aniversario de la Constitución cit., pág. 157.

pensiones de Seguridad Social, pero con un régimen jurídico muy particular. La habilitación legal para tales pensiones se encuentra en el apartado cuarto del art. 64 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, en la redacción dada por la DA 16ª de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990[368]. Dicho precepto establece que "toda persona que resulte incapacitada permanentemente para el trabajo o servicio, o fallezca como consecuencia de actos de terrorismo, causará pensión extraordinaria en el sistema de previsión que corresponda, en su propio favor o en el de sus familiares, en la cuantía y condiciones que reglamentariamente se determinen, pensión que no estará sujeta a los límites de señalamiento inicial y de la revalorización de pensiones establecidas en esta Ley". El desarrollo reglamentario se produjo a través del Real Decreto 1576/1990, de 7 de diciembre[369].

Se trata por tanto de pensiones por incapacidad permanente y por muerte y supervivencia. El art. 1 del Real Decreto 1576/1990 exige que el causante esté afiliado a la Seguridad Social, aunque no exige estar de alta. Asimismo, no se exige periodo de carencia, pues el art. 2.1 del referido decreto equipara las condiciones para causarlas a las de las pensiones derivadas de accidente de trabajo (*vid*. art. 124.4 LGSS). Por otra parte, respecto a su financiación, el art. 6 del Real Decreto 1576/1990 establece que cuando el beneficiario no hubiera tenido derecho a la correspondiente pensión ordinaria del sistema de la Seguridad Social, el coste íntegro de la pensión extraordinaria será financiado con cargo a los Presupuestos del Estado. Si, por el contrario, el beneficiario de la pensión extraordinaria por actos de terrorismo hubiera tenido derecho a causar la correspondiente pensión ordinaria del sistema de la Seguridad Social, la diferencia entre el importe de la pensión extraordinaria y el de la pensión ordinaria que hubiera podido corresponder será financiada, asimismo, con cargo a los Presupuestos del Estado. A estos efectos, el capital coste correspondiente a la pensión extraordinaria o, en su caso, a la diferencia entre el importe de ésta y de la pensión ordinaria, será ingresado por el Ministerio de Economía y Hacienda en la Tesorería General de la Seguridad Social.

De lo dicho hasta aquí se desprende que se exige el requisito de estar afiliado, por lo que parecería a primera vista que estas prestaciones responden al modelo profesional de Seguridad Social. Sin embargo, debemos recordar que la afiliación es única para toda la vida y que para causar estas prestaciones no se exige estar de alta o en situación asimilada

[368] BOE de 30 de junio de 1990, número 156.

[369] BOE de 8 de diciembre de 1990, número 294.

al alta, que es el requisito que verdaderamente acredita la condición de trabajador por parte del causante. Sin embargo, no podemos decir que las prestaciones por actos de terrorismo estén informadas por el principio de universalidad en tanto que se hallan restringidas a las personas que tengan la condición de afiliados. Constituyen así un supuesto singularísimo de prestación regida por un criterio profesional suave. Tampoco se exige haber completado un periodo mínimo de cotización, por lo que claramente no se rigen por el principio contributivo impropio. Finalmente, debe añadirse el importantísimo dato de que se financian con cargo a los presupuestos del Estado, por lo que se trata de prestaciones no contributivas[370], aunque no aparezcan enumeradas como tales en el art. 86 LGSS.

III.c.- LA ASISTENCIA SOCIAL

La asistencia social tuvo una enorme importancia desde el punto de vista de la universalización de la protección social. Sin embargo, como veremos a continuación, existen muchas discrepancias respecto a si puede considerarse hoy en día una prestación de la Seguridad Social y, de hecho, la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia la sitúan fuera de ella.

La definición de la asistencia social es muy difícil, pues la misma no se encuentra en la CE ni en la Ley[371]. No obstante, como punto de partida para este estudio, podemos definirla como un medio de protección social que tiene por objeto "cumplir una función compensatoria, con independencia de la situación laboral o profesional del beneficiario y que, fundamentalmente, consiste en otorgar rentas que permitan la subsistencia a aquellos que se encuentren en una situación de necesidad y carezcan de los recursos necesarios para aquélla"[372].

La doctrina habla de una asistencia social interna a la Seguridad Social y otra externa. La primera está enunciada en el apartado segundo del art. 38 LGSS como una prestación de la Seguridad Social de carácter

[370] HURTADO GONZÁLEZ, L. Asistencia social y Seguridad Social: sus fronteras actuales cit., pág. 479.

[371] DE LA VILLA GIL, L. E. El modelo constitucional de protección social cit., pág. 3, y ALONSO SECO, J. M. y GONZALO GONZÁLEZ, B. *La asistencia social y los servicios sociales en España*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000, pág. 107.

[372] BLASCO LAHOZ, J. F. La «protección asistencial», un concepto inexistente en el ordenamiento jurídico español cit., pág. 641.

complementario. Esta previsión se encuentra desarrollada en los arts. 55 y 56 del mismo Texto Legal[373]. El primero de estos preceptos establece que "la Seguridad Social, con cargo a los fondos que a tal efecto se determinen, podrá dispensar a las personas incluidas en su campo de aplicación y a los familiares o asimilados que de ellas dependan los servicios y auxilios económicos que, en atención a estados y situaciones de necesidad, se consideren precisos, previa demostración, salvo en casos de urgencia, de que el interesado carece de los recursos indispensables para hacer frente a tales estados o situaciones". Asimismo, el art. 56 establece que "las ayudas asistenciales comprenderán, entre otras, las que se dispensen por tratamientos o intervenciones especiales, en casos de carácter excepcional, por un determinado facultativo o en determinada institución; por pérdida de ingresos como consecuencia de la rotura fortuita de aparatos de prótesis, y cualesquiera otras análogas cuya percepción no esté regulada en esta Ley ni en las normas específicas aplicables a los Regímenes Especiales".

La asistencia social interna procede de la antigua beneficencia pública y aún conserva algunos de sus rasgos característicos, pues no olvidemos que ya *prima facie* el Art. 38.2 de la LGSS la llama beneficio y no prestación. Por ejemplo, en el Art. 55 LGSS se afirma que la Seguridad Social "podrá" dispensar estas ayudas, lo que significa que no existe un mandato taxativo al legislador para desarrollar estas ayudas o dotarlas presupuestariamente; es decir, se excluye la existencia de un derecho subjetivo a obtener las mismas[374]. No obstante, ese carácter discrecional se ha suavizado en el Texto Refundido de 1994 al suprimir el inciso final del Art. 36.2 de la LGSS de 1974, aprobada por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo[375], según el cual "las decisiones de los órganos de gobierno en materia de asistencia social no podrán ser objeto de recurso alguno en vía administrativa ni jurisdiccional". Asimismo, el apartado segundo del Art. 55 LGSS añade que "la asistencia social podrá ser concedida por las entidades gestoras con el límite de los recursos consignados a este fin en los Presupuestos correspondientes, sin que los servicios o auxilios económicos otorgados puedan comprometer recursos del ejercicio económico siguiente a aquel en que tenga lugar la concesión". Es decir, que se trata de una prestación limitada a la consignación presupuestaria correspondiente, lo que abunda más en su carácter discrecional. Finalmente, tal como vimos anteriormente, el otorgamiento de las ayudas

[373] MONEREO PÉREZ, J. L. y VIÑAS ARMADA, J. Mª. En VV. AA. *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social* cit., págs. 488 y 489.

[374] ALARCÓN CARACUEL, M. R. En VV. AA. *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social* cit., pág. 258.

[375] BOE de 20 y 22 de julio de 1974, números 173 y 174.

de asistencia social se encuentra supeditado a la demostración de la situación de necesidad por parte del beneficiario, sin concretarse legislativamente en qué consistirá ésta ni cómo ha de acreditarse[376].

Por esa razón, la asistencia social interna de la Seguridad Social ha sido definida "como un régimen discrecional de prestaciones (elemento objetivo), complementario de las básicas del sistema, que tiene por posibles beneficiarios a los trabajadores del Art. 7.1 LGSS así como sus familiares y asimilados (elemento subjetivo), que demuestren su situación de necesidad (elemento condicional)"[377]. De esta definición se extrae claramente que la asistencia social interna es una prestación de carácter profesional y asistencial.

Las previsiones de los arts. 55 y 56 LGSS se encuentran bastante obsoletas, pues la última norma que las desarrollaba es del año 1976 y establecía una serie de ayudas que ya no se dotan presupuestariamente[378]. No obstante, aún se aprueban algunas ayudas asistenciales dentro del ámbito de la Seguridad Social, como las reguladas por el Real Decreto 869/2007, de 2 de julio[379], que otorga ayudas asistenciales a los trabajadores del Régimen Especial de Trabajadores del Mar y a sus familiares o asimilados en los supuestos de pérdida de equipaje individual a consecuencia de naufragio o accidente de mar, fallecimiento a bordo o desaparición y traslado de cadáveres. De todos modos, no es ésta la asistencia social que nos interesa, pues la misma se encuentra limitada a los trabajadores y sus familias ya desde la LBSS, cuya Base decimosexta circunscribía la aplicación de los beneficios de la asistencia social a "las personas incluidas en el campo de aplicación de esta Ley"[380].

También hay que tomar en consideración el subsidio asistencial por desempleo, el cual opera en la mayoría de los supuestos a través de los mecanismos profesional, contributivo, ya que para su percepción se exigen unas cotizaciones previas, y asistencial. Sin embargo, puede considerarse

---

[376] HURTADO GONZÁLEZ, L. Asistencia social y Seguridad Social: sus fronteras actuales cit., pág. 467.

[377] MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M. A. En VV. AA. *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social* cit., pág. 340.

[378] *Ibid.*, pág. 338, y MOLINA NAVARRETE, C. En VV. AA. *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social* cit., pág. 651.

[379] BOE de 14 de julio de 2007, número168.

[380] MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M. A. En VV. AA. *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social* cit., pág. 337, y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas. En *Revista de Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, nº 34, pág. 64.

prestación universal y asistencial el supuesto contemplado en el art. 215.1.1).d) LGSS, es decir, "haber sido liberado de prisión y no tener derecho a la prestación por desempleo, siempre que la privación de libertad haya sido por tiempo superior a seis meses. Se entenderán comprendidos en dicha situación los menores liberados de un centro de internamiento en el que hubieran sido ingresados como consecuencia de la comisión de hechos tipificados como delito, siempre que, además de haber permanecido privados de libertad por el tiempo antes indicado, en el momento de la liberación sean mayores de dieciséis años. Asimismo, se entenderán comprendidas en dicha situación las personas que hubiesen concluido un tratamiento de deshabituación de su drogodependencia, siempre que el mismo hubiera durado un período superior a seis meses y hayan visto remitida su pena privativa de libertad en aplicación de lo previsto en el artículo 87 del Código Penal".

Lo mismo puede decirse del supuesto del art. 215.1.1).c), es decir, el "trabajador español emigrante que habiendo retornado de países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo, o con los que no exista convenio sobre protección por desempleo, acredite haber trabajado como mínimo doce meses en los últimos seis años en dichos países desde su última salida de España, y no tenga derecho a la prestación por desempleo".

En ambos casos se trata de personas a las que no se exige estar de alta en la Seguridad Social (criterio profesional) ni haber cubierto un periodo mínimo de cotización (principio contributivo impropio). Es cierto que respecto a los emigrantes retornados se exige la condición de trabajador, pero en el extranjero, lo que jurídicamente no tiene ninguna virtualidad respecto a la Seguridad Social española, de modo que ello constituye solamente una manera de determinar la situación de necesidad[381]. Lo que sí se exige es la carencia de recursos para hacer frente a su situación, pues concretamente deben carecer de rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. Por tanto se trata de prestaciones de Seguridad Social universales desde el punto de vista subjetivo (aunque una universalidad limitada por el requisito de la carencia de rentas, como en las demás prestaciones de este tipo de nuestro sistema de Seguridad Social). Cumplen una función asistencial, cual es la protección de quienes se encuentran en situación de necesidad por haber salido de prisión o haber retornado a

[381] HURTADO GONZÁLEZ, L. Asistencia social y Seguridad Social: sus fronteras actuales cit., pág. 478, y ALARCÓN CARACUEL, M. R. La integración de los Servicios Sociales y la Asistencia Social en la Seguridad Social cit., pág. 16.

España y carecer de empleo y de recursos económicos para subsistir. Por esa razón considero que se trata de prestaciones de asistencia social interna, si bien determinadas por una contingencia específica (el desempleo), que es precisamente la característica propia de las prestaciones de Seguridad Social y que permite diferenciarlas de las prestaciones de asistencia social externa, tal como veremos más adelante.

III.d.- EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD EN EL ÁREA CONTRIBUTIVA DEL SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL

Anteriormente vimos que el modelo español de Seguridad Social es de carácter mixto, con un área profesional/contributiva y un área universal/asistencial. Conviene plantearse la relación entre esas dos áreas de protección del sistema, ya que ello tiene trascendencia sobre la operatividad de los principios informadores de la Seguridad Social. En mi opinión no son dos áreas separadas sino concéntricas. El círculo interior estaría formado por el área profesional/contributiva y el círculo exterior, que engloba al primero, estaría formado por el área universal/asistencial.

La razón se encuentra en que ni la CE ni la LGSS mencionan entre sus principios informadores el profesional ni el contributivo, que ya vimos se trata más bien de mecanismos de funcionamiento propios de un determinado modelo teórico de Seguridad Social. Sin embargo, la CE sí menciona el principio de universalidad al referirse en el art. 41 a "todos los ciudadanos", y la LGSS, en su art. 2, lo recoge expresamente, enunciándolo el primero entre los principios que han de regir el sistema. Es más, el art. 2.1 LGSS afirma que "el sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad", lo que quiere decir que el principio de universalidad informa la totalidad del sistema de Seguridad Social, tanto en el área contributiva como en el área no contributiva o asistencial. Respecto a la asistencialidad, el art. 41 CE impone que el sistema deberá proteger a los ciudadanos "ante situaciones de necesidad". Ello significa que, cuando fallen los mecanismos de protección en el área contributiva porque, por ejemplo, el trabajador no reúna el periodo mínimo de cotización exigido para causar una prestación de vejez o invalidez, el sistema no le puede dejar desamparado y entrarán en funcionamiento los mecanismos de protección universal/asistencial.

Además, en tanto que los principios del área universal/asistencial informan también el área profesional/contributiva, se han relativizado algunos de los mecanismos de funcionamiento de ésta con objeto de "universalizar" sus prestaciones, es decir, de permitir la protección de personas que no reúnen los requisitos para beneficiarse de la protección contributiva sin tener que enviarlos al área universal/asistencial, bien porque se considere una solución demasiado rigurosa, dada la debilidad protectora del área universal/asistencial, o bien porque ésta no ofrece una solución para la situación de necesidad concreta de que se trate. Veamos algunos ejemplos.

Tal como hemos visto, en el área profesional/contributiva de la Seguridad Social el sistema se financia mediante las cotizaciones de empresarios y trabajadores y, correlativamente, éstos últimos son los destinatarios de la protección. Por esa razón se impone un aseguramiento previo al acaecimiento de la contingencia, que se manifiesta a través de los requisitos formales de afiliación y alta, lo que a la vez permite conocer al ente gestor quiénes son los obligados a cotizar y quiénes los potenciales beneficiarios de las prestaciones[382]. Por esa razón el art. 124.1 de la LGSS señala que "las personas incluidas en el campo de aplicación de este Régimen General causarán derecho a las prestaciones del mismo cuando, además de los particulares exigidos para la respectiva prestación, reúnan el requisito general de estar afiliadas y en alta en este Régimen o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario".

El art. 100 LGSS establece que "los empresarios estarán obligados a solicitar la afiliación al sistema de la Seguridad Social de los trabajadores que ingresen a su servicio". La afiliación constituye, pues, el acto administrativo a través del cual se promueve, normalmente por el empresario, el inicio de la relación con la Seguridad Social de un sujeto incluido en su campo de aplicación[383]. O, dicho de otro modo, es el acto administrativo en virtud del cual, de una parte, se reconoce a una persona la condición de sujeto incluido en el campo de aplicación del sistema de la

[382] MARTÍNEZ LUCAS, J. A. La baja en el Régimen General de la Seguridad Social. En *Actualidad Laboral*, 1991, Vol. II, pág. 241, MERCADER UGUINA, J. R. y PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J. El Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales: un paso importante en la solución de un problema pendiente. El Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas. En *Relaciones Laborales*, 1996, Vol. I, pág. 1114, LÓPEZ GANDÍA, J. En VV. AA. *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social* (Director ALARCÓN CARACUEL, M. R., Coordinador RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.), Thomson Aranzadi, 2003, pág. 801, RODRÍGUEZ RAMOS, M. J., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M. *Sistema de Seguridad Social* cit., pág. 84, y MONEREO PÉREZ, J. L. y VIÑAS ARMADA, J. Mª. En VV. AA. *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social* cit., pág. 1.166.

[383] GÁRATE CASTRO, J. El aseguramiento en el Régimen General de la Seguridad Social cit., pág. 536.

Seguridad Social con carácter vitalicio, general y exclusivo y, de otra, nace o declara nacida la obligación de cotizar respecto de los sujetos obligados[384]. Por esa razón el art. 6.2 del Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 de enero[385], establece que "la afiliación al sistema de la Seguridad Social, por sí sola o en unión de otros requisitos o presupuestos, constituirá título jurídico para la adquisición de derechos y el nacimiento de obligaciones y condicionará la aplicación de las normas que regulan dicho sistema".

Por su parte, las altas y las bajas son los actos administrativos mediante los que se comunican y aceptan los ingresos y ceses en una empresa (art. 100.1 LGSS).

Como se puede colegir fácilmente, los requisitos de afiliación y alta son característicos de un modelo de Seguridad Social de base profesional, al ir íntimamente ligados al ejercicio de una actividad laboral (de hecho deben solicitarse con carácter previo al comienzo de la misma según los arts. 27 y 32 del Real Decreto 84/1996). Ya en menor medida pueden considerarse también mecanismos propios de un modelo contributivo, pues los requisitos de afiliación y alta determinan quiénes son los obligados a cotizar y, por consiguiente, los potenciales beneficiarios de la protección del sistema, pues ésta se hace depender del esfuerzo contributivo previo.

Pues bien, en ciertos casos el modelo profesional se flexibiliza dando cierta cabida al principio de universalidad. Una reforma que operó en este sentido vino dada por la Ley 26/1985, de 31 de julio, de Medidas Urgentes para la Racionalización de la Estructura y de la Acción Protectora de la Seguridad Social, cuyo art. 1 estableció que las pensiones de jubilación e invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez derivada de contingencias comunes, podrán causarse, aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta siempre que, además de los restantes requisitos generales exigibles, reúnan el período mínimo de cotización de quince años. La segunda excepción al requisito del alta vino de la mano del art. 32 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales,

[384] MARTÍNEZ LUCAS, J. A. La afiliación de trabajadores a la Seguridad Social. En *Aranzadi Social*, Editorial Aranzadi, 1996, Vol. III (BIB 1996\108, pág. 2).

[385] BOE de 27 de febrero de 1996, número 50.

Administrativas y del Orden Social[386], que estableció que podría accederse a las pensiones de viudedad y orfandad "aunque el causante, a la fecha del fallecimiento, no se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, siempre que el mismo hubiera completado un periodo mínimo de cotización de quince años".

Esta exoneración del requisito del alta supone introducir una atenuación de los mecanismos propios del área profesional/contributiva de la Seguridad Social, pues ya no se exige estar trabajando para acceder a algunas pensiones. Ello responde en mi opinión a la necesidad de introducir ciertos criterios de universalidad dentro del área profesional del sistema. Hay que tener en cuenta que, cuando se exoneró del requisito del alta para acceder a la pensión de jubilación y a la de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez, no existían las pensiones de jubilación e invalidez no contributivas. Asimismo, hay que tomar en consideración que la LPNC no contempla prestaciones por muerte y supervivencia. Por tanto, la exigencia estricta del requisito de estar de alta en la Seguridad Social de manera coherente con el área profesional/contributiva de nuestro sistema abocaría a que los trabajadores apartados del ámbito laboral o sus derechohabientes quedarían desprotegidos ante las contingencias de jubilación, invalidez o fallecimiento. Esto sería contrario al principio de universalidad y de protección frente a la necesidad impuestos por el art. 41 CE, que también informan el área profesional/contributiva de la Seguridad Social, razón por la que en ésta se suprime el requisito del alta en los supuestos mencionados.

Otro supuesto de flexibilización del mecanismo profesional en aras del principio de universalidad se recoge en el art. 124.1 LGSS cuando menciona las "situaciones asimiladas al alta" junto a la afiliación y al alta propiamente dicha. La razón de ello está en que "presupuesto del alta es que el trabajador se encuentre prestando servicios de los que dan lugar a la inclusión en el campo de aplicación de la Seguridad Social, por lo que la inexistencia previa de la realización de esos servicios, o una suspensión o extinción de la relación laboral, deberían, en buena lógica, impedir y poner término, respectivamente, a la situación que aquélla define. Sin embargo, a fin de que pueda subsistir o surgir la protección frente a determinadas contingencias, nuestro ordenamiento jurídico configura una serie de supuestos en los que se considera que concurre tal situación de alta aun presentándose esas u otras vicisitudes determinantes, sin una declaración en contrario, de la ausencia de alta o de la baja en la Seguridad Social, o a

[386] BOE de 31 de diciembre de 1998, número 313.

pesar de la existencia formal de esta última"[387]. Dicho de otro modo, la situación asimilada al alta abarca una serie de supuestos heterogéneos cuyo denominador común es que, "aun no existiendo una efectiva prestación de servicios o una formal constatación del alta, el legislador da por cumplido dicho requisito en orden al acceso a las distintas prestaciones del sistema español de Seguridad Social"[388].

El art. 125 LGSS establece al respecto que "la situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia será asimilada a la de alta. Asimismo, tendrá la consideración de situación asimilada a la de alta, con cotización, salvo en lo que respecta a los subsidios por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural, la situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por el mismo con anterioridad a la finalización del contrato". El apartado 2º del mencionado precepto añade que "los casos de excedencia forzosa, suspensión de contrato de trabajo por servicio militar o prestación social sustitutoria, traslado por la empresa fuera del territorio nacional, convenio especial con la Administración de la Seguridad Social y los demás que señale el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, podrán ser asimilados a la situación de alta para determinadas contingencias, con el alcance y condiciones que reglamentariamente se establezcan". El art. 125 LGSS se halla desarrollado en el art. 36 del RD 84/1996, que enumera otros quince supuestos de situaciones asimiladas al alta. No obstante, no se trata de una enumeración exhaustiva, pues dicho precepto concluye indicando que también tendrán tal consideración aquéllas otras situaciones que se señalen por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. A tal efecto, se han contabilizado más de cuarenta situaciones que en nuestro ordenamiento jurídico son calificadas como situaciones asimiladas al alta a lo largo de numerosísimos preceptos del más diverso rango normativo[389], a los que cabe añadir otros supuestos añadidos por la jurisprudencia[390].

De todos los casos de situación asimilada al alta[391], a los efectos del presente trabajo, nos interesa el primero de los enumerados por el art. 36

[387] GÁRATE CASTRO, J. El aseguramiento en el Régimen General de la Seguridad Social cit., pág. 541.

[388] BARRIOS BAUDOR, G. L. *Las situaciones asimiladas al alta en el sistema español de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 54.

[389] SEMPERE NAVARRO, A. V. y BARRIOS BAUDOR, G. L. La situación de alta o asimilada y el acceso a las prestaciones de Seguridad Social. En *Aranzadi Social*, Pamplona, 1998, Vol. V (BIB 1998\1330, pág. 2).

[390] *Ibid.*, pág. 3.

[391] No podemos detenernos en su enumeración, pues no sólo son muy numerosos, sino además enormemente heterogéneos y carentes de claros principios generales (*Ibid.*, pág. 4, y BARRIOS BAUDOR, G. L. *Las situaciones asimiladas al alta en el sistema español de Seguridad Social* cit., pág. 54).

del RD 84/1996, según el cual, tendrá tal consideración "la situación legal de desempleo, total y subsidiado, y la de paro involuntario una vez agotada la prestación, contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo". Se trata de un supuesto en que el trabajador se ve apartado temporalmente de la actividad laboral, pero persiste su voluntad de reincorporación manifestada a través de la inscripción como demandante de empleo[392]. Esta voluntad de reincorporación ha sido bautizada por el TS como *animus laborandi* y es la que justifica que, durante ese interregno en que el trabajador se ve apartado del mercado laboral, se mantenga la protección hacia él del sistema de Seguridad Social, lo que en principio resultaría contradictorio con la aplicación estricta de los mecanismos propios del área profesional/contributiva, los cuales de este modo se ven flexibilizados[393].

La doctrina del *animus laborandi* ha servido además de asidero al TS para, con un fin cuasiuniversalista, flexibilizar la mencionada situación asimilada al alta, que de por sí ya supone una flexibilización legal del requisito del alta para acceder a las prestaciones de la Seguridad Social. Me refiero a aquellos supuestos en que el trabajador cesó en una empresa y no se inscribió como demandante de empleo o no renovó oportunamente su inscripción. Tal situación abocaba a que, sobrevenida una situación de invalidez o el fallecimiento, faltase el requisito del alta o situación asimilada para causar las prestaciones de incapacidad permanente o de muerte y supervivencia. Para evitar la desprotección de estos trabajadores o de sus deudos, el TS desarrolló una interpretación "flexible y humanizadora" del requisito de permanecer inscrito como demandante de empleo[394]. Las líneas de flexibilización del requisito del alta seguidas por

---

[392] GARCÍA MURCIA, J. EL requisito de alta en la Seguridad Social y su interpretación flexible por parte de la jurisprudencia. En *Actualidad Laboral*, 2002, nº 2, pág. 16.

[393] La STC 119/1987, de 9 de julio (recurso de amparo nº 967/1985), establece en este sentido que "no cabe apreciar discriminación entre las personas que no perciben las prestaciones de desempleo por haber incumplido algún requisito establecido en la Ley para ello, y las que las obtienen precisamente por cumplir todos los requisitos legales; no cabe apreciar discriminación, concretamente, entre la demandante, que no se inscribió en la Oficina de Empleo dentro del plazo de quince días que estipulaba la normativa de aplicación al caso, y aquellas personas que, acreditando un período de cotización igual, cumplieron debidamente esa exigencia legal. Frente a lo que parece entender la demandante, no es la acreditación de un período mínimo de cotización previa el único requisito exigido por la Ley para causar derecho a las prestaciones de desempleo; es necesario cumplir también otra serie de condiciones, entre las que se encontraba en aquel momento la inscripción dentro de plazo en la Oficina de Empleo correspondiente, lo que se consideraba como una manifestación más de la «voluntad sostenida» de trabajar que debía mostrar el trabajador desempleado. El incumplimiento de esta condición origina una diferencia innegable entre la situación de la demandante y la de aquellas personas que hubieran satisfecho esa exigencia legal, y justifica debidamente el desigual trato otorgado a una y otras".

[394] GARCÍA MURCIA, J. EL requisito de alta en la Seguridad Social y su interpretación flexible por parte de la jurisprudencia cit., pág. 17.

el TS se orientaron en dos direcciones, a saber: considerar al trabajador en situación asimilada al alta cuando la interrupción de la inscripción como demandante de empleo hubiera tenido una corta duración dentro de la carrera laboral del trabajador, y en segundo lugar considerarle igualmente en situación asimilada al alta cuando, una vez perdido el empleo, no se hubiese inscrito como demandante de empleo o no hubiese renovado la oportuna inscripción por padecer enfermedades graves que minusvalorasen la importancia relativa de cumplimentar el aludido requisito formal, o bien porque se tratase de enfermedades que afectasen a la capacidad cognoscitiva del trabajador, tales como enfermedades psiquiátricas o drogodependencias[395]. Más recientemente el TS ha precisado que tener reconocida una invalidez permanente no contributiva debe considerarse

[395] Es especialmente ilustrativa la STS de 14-4-2000 (rec. 1721/1999), que contiene un resumen pormenorizado de la exigibilidad de la permanencia ininterrumpida como demandante de empleo una vez extinguida la relación laboral como medio de acreditar el *animus laborandi* del trabajador a efectos de considerar a éste en situación asimilada al alta, así como de los supuestos en que cabe exonerar al causante de prestaciones, ya sean de incapacidad permanente o de muerte y supervivencia, de dicho requisito. Sin ánimo de ser exhaustivos, podemos citar tres ejemplos concretos de cada uno de los supuestos en que el TS admite la flexibilización del requisito de permanecer ininterrumpidamente inscrito como demandante de empleo para ser considerado en situación asimilada al alta. La STS de 26-1-1998 (rec. nº 1385/1997) considera que no queda desacreditado el *animus laborandi* del trabajador por el hecho de que haya mediado una breve interrupción en la inscripción como demandante de empleo en comparación con la carrera de cotización del mismo:

"La aplicación de esta doctrina al supuesto ahora enjuiciado comporta la estimación del recurso, como propugna también el Ministerio Fiscal en su informe, debiendo entenderse que concurre el presupuesto de encontrarse el ahora recurrente en situación de asimilado al alta a los efectos de acceder a la prestación de invalidez permanente reclamada, puesto que es fundadamente explicable que pudiera haber dilatado su inscripción formal como demandante de empleo durante un breve período de tiempo que ni siquiera alcanza los noventa días tras la declaración de alta médica."

La STS de 9-12-1999 (rec. nº 781/1999) se refiere a los trastornos psíquicos que alteran la capacidad cognoscitiva del trabajador para entender la importancia de cumplimentar el requisito formal de renovar la demanda de empleo:

"Tampoco parece lógico que el estado «desfalleciente» del causante, en la doble vertiente que se expone en los hechos probados: «enolismo y alcoholismo crónico con restos de morfina» y «síndrome depresivo», determinante, quizá, del olvido y apartamiento del mismo del sistema protector de Seguridad Social, deba repercutir negativamente sobre su esposa, una vez que está acreditado que el marido cotizó durante el período de carencia suficiente para que el cónyuge sobreviviente tuviera acceso a la prestación."

Finalmente, la STS de 17-7-2000 (rec. Nº 4308/1999) exonera del requisito de la inscripción ininterrumpida como demandante de empleo a quien padecía una enfermedad tan grave que permite relativizar la importancia del cumplimiento del mencionado requisito formal:

"Todo ello permite concluir, desde la aplicación flexible y humanizadora del requisito de alta en Seguridad Social que las circunstancias del caso aconseja, que queda acreditado dicho requisito en la fecha en que surgió la enfermedad que impidió a la actora mantener su actividad laboral hasta que falleció meses más tarde. Cierto que la causante descuidó sus obligaciones de Seguridad Social, pero ello es explicable en quien, durante el período en que se produce la baja, permanecía internada en un centro hospitalario y aquejada de una gravísima enfermedad que le condujo rápidamente a la muerte. Y ello no debe perjudicar el derecho del marido a obtener la pensión de viudedad."

situación asimilada al alta, pues "la propia concesión de una invalidez de tal clase autoriza, por sí misma y sin más exigencias, a tener por plenamente acreditada la situación de grave enfermedad, su condición incapacitante y el justificado apartamiento del mundo del trabajo del que la percibe, con la consiguiente imposibilidad de cotizar" (SSTS de 20-12-2005, rec. nº 2398/2004, y de 6-6-2007, rec. nº 835/2006).

Esta doctrina jurisprudencial es especialmente relevante en el sentido de que la situación asimilada al alta supone de por sí una flexibilización de los mecanismos propios del área profesional/contributiva, pues permite que el sistema mantenga bajo su manto protector a personas que no están trabajando si se dan ciertas circunstancias prefijadas legalmente que permitan deducir su voluntad de reincorporación al mercado laboral[396]. El hecho de que se flexibilice por vía jurisprudencial el propio concepto de situación asimilada al alta responde a la voluntad, paladinamente confesada por el TS, de no dejar sin protección al trabajador incapacitado o a los beneficiarios de las prestaciones por muerte y supervivencia, es decir, a una voluntad de introducir un elemento de universalidad dentro del área profesional/contributiva de la Seguridad Social. Esta voluntad responde a que el área universal/asistencialista de la Seguridad Social aún no da respuestas satisfactorias a determinadas situaciones de necesidad, como las relativas al cónyuge supérstite y huérfanos, pero también a que el principio de universalidad, tal como reza el art. 2.1 LGSS, informa el sistema de la Seguridad Social, tanto en su modalidad contributiva como no contributiva.

No obstante, en los supuestos de incapacidad permanente, sí que existe esa respuesta del sistema a través de la pensión de invalidez no contributiva, y sin embargo el TS no deriva a quienes no renovaron la inscripción como demandantes de empleo hacia esa prestación. En definitiva, el TS se resiste a tratar por igual a quienes no han cotizado a la Seguridad Social frente a quienes sí lo hicieron pero les falta el requisito formal del alta. No es que ello suponga una quiebra de los mecanismos propios del área profesional/contributiva, pues el TS en todo momento justifica la protección amparándose, si no en la condición de trabajador del causante, sí en el *animus laborandi*, pero es lo cierto que esta manera de proceder supone la introducción de un sesgo universalista dentro del área profesional/contributiva de la Seguridad Social.

Ahora bien, la flexibilización de los mecanismos propios del área profesional/contributiva, como el requisito del alta, en aras del principio de universalidad, debe hacerse con mucha precaución, ya que no deja de

[396] BARRIOS BAUDOR, G. L. *Las situaciones asimiladas al alta en el sistema español de Seguridad Social* cit., págs. 54 y 84, OLARTE ENCABO, S. *El derecho a prestaciones de Seguridad Social* cit., pág. 181.

violentar los mecanismos de funcionamiento propios de un determinado área del sistema de Seguridad Social. Me refiero en concreto a que, en mi opinión, esa doctrina del TS sobre la interpretación humana y flexibilizadora del requisito del alta, al igual que la supresión legal del requisito del alta para acceder a las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez, supone una introducción de criterios de capitalización en un sistema de reparto. Quiero decir que, si el trabajador ha cotizado sobradamente para tener derecho a una prestación para sí o para sus causahabientes, cuando entra en una situación de necesidad para sí o para quienes dependían económicamente de él, debe permitírsele recuperar sus cotizaciones en forma de pensión en lugar de derivarle hacia el área no contributiva de la Seguridad Social, cuyo nivel de protección es mucho más débil[397]. Este modo de razonar no está mal si se acreditase que el trabajador o sus derechohabientes se encuentran efectivamente en una situación de necesidad, pues en ese caso se estaría dando cumplimiento al mandato del art. 41 CE de proteger a los ciudadanos frente a la necesidad, pero, al no estar contemplada legalmente una comprobación de la situación económica del beneficiario, podría estar otorgándose una prestación a quien no cumple los requisitos desde un punto de vista profesional ni desde un punto de vista asistencial, pues no se halla en una situación de necesidad[398]. En tal caso, estaríamos equiparando la Seguridad Social con un contrato de seguro sinalagmático, lo que se considera totalmente excluido de nuestro sistema por el TC[399].

Para muchos autores la solución a esta problemática consiste simple y llanamente en la supresión del requisito del alta en el momento de causarse

[397] No debemos olvidar que, si bien nuestro sistema de Seguridad Social es mixto, la parte no contributiva adolece de un nivel de subdesarrollo muy marcado respecto a la parte contributiva. Baste recordar que para el ejercicio 2010 el gasto presupuestado en pensiones contributivas asciende a 95.320 millones de euros, mientras que el gasto presupuestado en pensiones no contributivas se queda en 1.995 millones de euros (http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Presupuesto_aprobado/Gastos/127509).

[398] DESDENTADO BONETE define perfectamente esta situación cuando afirma que "por otra parte, la experiencia actual muestra los inconvenientes de realizar "fisuras asistenciales" dentro de un sistema contributivo. Esas fisuras acaban minando la función de sustitución sin lograr una eficaz asignación de recursos a los más necesitados, y facilitan, por el contrario, el acceso a la protección por parte de aquellos grupos que sin encontrarse en una situación de necesidad comprobada y sin realizar una aportación económica equivalente a los beneficios conseguidos, logran tratamientos especiales privilegiados" (DESDENTADO BONETE, A. La reforma del régimen de pensiones y su conexión con los niveles no contributivos de protección. En *Relaciones Laborales*, 1985, vol. II, pág. 66). En similares términos MEIL LANDWERLIN, G. Seguridad Social y familia cit., pág. 56.

[399] STC 65/1987, de 21 de mayo (rec. de inconstitucionalidad nº 222/1984), STC 30/1988, de 29 de febrero (rec. de amparo 863/1986), STC 65/1990, de 5 de abril (cuestión de inconstitucionalidad nº 1166/1986), y STC 39/1992, de 30 de marzo (rec. de amparo nº 981/1989).

la prestación[400]. La finalidad que cumple este requisito es la de "evidenciar la profesionalidad del beneficiario en el momento del hecho causante"[401], por lo que es una característica propia de un sistema profesional. Ahora bien, según el mencionado sector doctrinal, la pervivencia financiera de un sistema contributivo no depende del mencionado requisito, sino del cumplimiento de unas cotizaciones previas, por lo que bien pudiera suprimirse aquél, tal como han hecho la mayoría de los países de nuestro entorno, sin mermar por ello el sentido del mecanismo contributivo. No obstante, personalmente opino que, siendo el requisito del alta opuesto al principio de universalidad, la supresión del mismo para acceder a las prestaciones debe plantearse con mucha cautela e insisto en el razonamiento que hice anteriormente a propósito de la jurisprudencia del TS que flexibiliza dicho requisito: la supresión del alta en el momento del hecho causante como condición necesaria para causar prestaciones supone la introducción de un criterio de capitalización en un sistema de reparto y puede mermar el principio de solidaridad, pues el requisito del alta no deja de ser una manera de obligar a los trabajadores a permanecer en activo aunque reúnan el periodo mínimo de cotización para causar una prestación o ya tengan derecho a la cuantía máxima de la pensión de que se trate, lo que redunda a la postre en beneficio de otros trabajadores que hayan cotizado insuficientemente.

[400] BARRIOS BAUDOR, G. L. *Las situaciones asimiladas al alta en el sistema español de Seguridad Social* cit., pág. 46, SEMPERE NAVARRO, A. V. y BARRIOS BAUDOR, G. L. La situación de alta o asimilada y el acceso a las prestaciones de Seguridad Social cit., pág. 5.

[401] BARRIOS BAUDOR, G. L. *Las situaciones asimiladas al alta en el sistema español de Seguridad Social* cit., pág. 64.

IV.- TRAYECTORIA DEL SISTEMA ESPAÑOL

A continuación debemos referirnos a la asistencia social externa, la cual en todo caso siempre ha estado informada por el principio de universalidad. Aunque no forme parte de la Seguridad Social, tiene una enorme trascendencia para fijar el perímetro externo de la Seguridad Social, y además es imprescindible su estudio para determinar cuál puede ser la trayectoria futura tanto de la asistencia social como del propio sistema de Seguridad Social, pues ambos sistemas están informados por el principio de universalidad y pueden colisionar entre sí.

Dentro de este apartado podemos situar las pensiones asistenciales del extinguido Fondo Nacional de Asistencia Social. Fueron creadas por la Ley 45/1960, de 21 de julio, que concedía auxilios a ancianos y enfermos en situación de necesidad[402]. Fueron suprimidas por el art. 7 del Real Decreto Ley 5/1992, de 21 de julio, de Medidas Presupuestarias Urgentes[403], que no obstante permitió que quienes con anterioridad a su entrada en vigor tuvieran ya reconocido el derecho a las pensiones citadas en el mismo, continuasen en el percibo de aquéllas en los términos y condiciones que se preveían en la legislación específica que las regulaba. Su último reglamento de desarrollo fue aprobado por Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio[404].

En un principio se trataba de "auxilios asistenciales" propios de la beneficencia, pero fueron evolucionando hasta que llegaron a estar lo suficientemente reglados como para que no hubiese discrecionalidad en su concesión y sus resoluciones eran además plenamente revisables en la vía contencioso-administrativa[405]. Mediante la DA 7ª de la Ley 44/1983, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1984[406], pasaron a denominarse pensiones asistenciales, y la Ley 21/1986, de 23 de diciembre,

[402] BOE de 23 de julio de 1960, número 176.

[403] BOE de 23 de julio de 1992, número 176. Con toda lógica por otra parte, pues su espacio dentro de la protección social había sido ocupado por las pensiones de jubilación e invalidez no contributivas.

[404] BOE de 6 de noviembre de 1981, número 266.

[405] MOLINA NAVARRETE, C. En VV. AA. *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social* cit., pág. 667.

[406] BOE de 30 de diciembre de 1983, número 312.

de Presupuestos Generales del Estado para 1987[407], las incluye en el catálogo de pensiones públicas.

Los beneficiarios de estas pensiones eran los ancianos mayores de 66 años (la edad se fue reduciendo paulatinamente desde los 69 años) y los enfermos e inválidos que se encuentren incapacitados para todo trabajo. En cualquier caso, como viene siendo común en materia asistencial, se exigía la carencia de medios de subsistencia y no tener familiares con obligación y posibilidad de prestar alimentos de acuerdo con la legislación civil. En definitiva, como puede verse el principio de universalidad estuvo presente en el ámbito de la asistencia social mucho antes que en el de la Seguridad Social.

El otro gran hito en la asistencia social externa del Estado vino dado por la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido[408] (LISMI). En dicha Ley se plantea la protección del minusválido en términos de universalidad, es decir, no por su vinculación al trabajo, sino por padecer deficiencias que le impiden desarrollarse con normalidad ya sea en el ámbito laboral, educativo o social[409]. La LISMI contemplaba tres tipos de prestación económica: el subsidio de garantía de ingresos mínimos, el subsidio por ayuda de tercera persona y el subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte. Las dos primeras fueron derogadas por la LPNC, aunque se mantienen vigentes para quienes ya las viniesen percibiendo con anterioridad (DA 9ª de la LPNC en relación con la DT 1ª). Así se dio cumplimiento a la previsión del art. 12.1 de la LISMI, que establecía que las prestaciones económicas por ella reguladas tenían en cierta medida carácter transitorio "en tanto no se desarrollen las previsiones contenidas en el art. 41 de la Constitución", es decir, la creación de un sistema de prestaciones de Seguridad Social de carácter universal[410].

Ahora bien, el verdadero grueso de la asistencia social en la actualidad se encuentra dentro del ámbito de competencias de las Comunidades Autónomas, ya que el art. 148.1.20ª CE les atribuye la posibilidad de asumir como competencia exclusiva la de "asistencia

[407] BOE de 24 de diciembre de 1986, número 307.

[408] BOE de 30 de abril de 1982, número 103.

[409] MOLINA NAVARRETE, C. En VV. AA. *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social* cit., pág. 669, y ALONSO GARCÍA, B. *El régimen jurídico de la protección social del minusválido* cit., pág. 56.

[410] ALONSO GARCÍA, B. *El régimen jurídico de la protección social del minusválido* cit., pág. 173.

social"[411]. No vamos a analizar aquí las prestaciones de asistencia social que han aprobado cada una de las Comunidades Autónomas, pues ello excedería con creces del objeto de este trabajo. Baste plantearnos tres cuestiones: si la competencia autonómica en materia de asistencia social impide que el Estado pueda tomar alguna iniciativa en este ámbito, al menos en lo que se refiere a la asistencia social externa a la Seguridad Social; en segundo lugar, si la asistencia social puede considerarse parte de la Seguridad Social y, en caso contrario, si el mandato de universalidad contenido en el art. 41 CE para la Seguridad Social puede vaciar de contenido a la asistencia social de las Comunidades Autónomas.

Respecto a la primera pregunta, conviene recordar que España se constituye en un Estado social (art. 1.1 CE), lo que implica que "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 efectivas; 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" (art. 9.2 CE). Más concretamente "los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo" (art. 40.1 CE).

Con este marco constitucional no parece que deba limitarse ninguna iniciativa en el ámbito social que vaya destinada a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos, ya venga del Estado o de las Comunidades Autónomas. La asistencia social podría constituir perfectamente una franja común en la que concurran los esfuerzos de ambas administraciones[412]. De hecho, ésta ha sido la posición del TC, que en la sentencia nº 146/1986, de 25 de noviembre, afirma que "en una materia compleja, como la acción y protección social, tan central además en un Estado Social (a la vista de los principios rectores de política social incluidos en el Capítulo tercero del Título I de la Constitución), las competencias exclusivas no pueden entenderse en un sentido estricto de

[411] BLASCO LAHOZ, J. F. La "protección asistencial", un concepto inexistente en el ordenamiento jurídico español cit., pág. 647, y MOLINA NAVARRETE, C. En VV. AA. *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social* cit., pág. 655.

[412] ALARCÓN CARACUEL, M. R. En VV. AA. *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social* cit., pág. 259, LÓPEZ LÓPEZ, J. El artículo 149.1.17 CE como título de legitimación competencial para las Comunidades Autónomas en materia de renta mínima. En *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1991, nº 48, pág. 535, ESCUDERO, R. Una norma de envergadura: La Ley de prestaciones no contributivas de la Seguridad Social cit., pág. 926, y MOLINA NAVARRETE, C. En VV. AA. *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social* cit., pág. 661.

exclusión de actuación en el campo de lo social, ni de otros entes públicos tal como sucede en particular con los entes locales, ni por parte de entidades privadas, que gozan además al respecto de una esfera específica de libertad que consagra el inciso final del art. 41 de la Constitución, ni tampoco por parte del Estado, respecto de aquellos problemas específicos que requieran para su adecuado estudio y tratamiento un ámbito más amplio que el de la Comunidad Autónoma y que presupongan en su concepción, e incluso en su gestión, un ámbito supracomunitario, que puede corresponder al Estado". No obstante, a continuación añade la citada sentencia que "una vez detectado un particular problema social que requiera intervenciones de Asistencia Social a nivel suprautonómico, el Estado podría intervenir, pero debería tratar de respetar para ello, en lo posible, las competencias de las Comunidades afectadas, cuya participación, además, convendría tener en cuenta para precisar los términos en que ha de realizarse tal actividad (y existen instrumentos adecuados para conseguir una actividad cooperativa en la materia)".

Así ocurre con determinadas prestaciones gestionadas por el Estado y que entran de lleno en la asistencia social, como las pensiones asistenciales por ancianidad en favor de los emigrantes españoles reguladas en el Real Decreto 728/1993, de 14 de mayo[413], las cuales fueron establecidas para garantizar un mínimo de subsistencia para los españoles de origen residentes en el extranjero, que emigraron y que, habiendo alcanzado la edad de jubilación, carezcan de recursos para atender sus necesidades básicas, problema que se planteó principalmente por la deteriorada situación económica de muchos de los países de acogida[414].

También están las ayudas destinadas a atender las situaciones de extraordinaria necesidad de los españoles retornados, reguladas por el Real Decreto 1493/2007, de 12 de noviembre[415].

Prácticamente lo mismo puede decirse de la prestación económica regulada en la Ley 3/2005, de 18 de marzo[416], para los ciudadanos de origen español desplazados durante su minoría de edad al extranjero

[413] BOE de 21 de mayo de 1993, número 121.

[414] BLASCO LAHOZ, J. F. Las pensiones asistenciales por ancianidad a favor de españoles no residentes en España. En *Actualidad Laboral*, 2000, vol. II, pág. 452.

[415] BOE de 26 de noviembre de 2007, número 283.

[416] BOE de 21 de marzo de 2005, número 68.

durante el periodo comprendido entre el 18 de julio de 1936 y el 31 de diciembre de 1939, como consecuencia de la guerra civil española, y que hayan desarrollado la mayor parte de su vida fuera del territorio nacional.

Respecto a la segunda pregunta, es decir, si la asistencia social puede considerarse parte de la Seguridad Social, se ha defendido que, en tanto que el Art. 41 CE habla de que la Seguridad Social garantizará "la asistencia y prestaciones sociales" para todos los ciudadanos, en el término "asistencia" se encuentra incluida la asistencia social universal[417]. Y de hecho algunos autores defendieron en su momento (aunque no mantienen dicha posición en la actualidad como más adelante veremos) que el sistema de Seguridad Social se estructuraba en tres grandes bloques: la asistencia sanitaria, las prestaciones económicas (tanto contributivas como no contributivas), y las prestaciones complementarias (servicios sociales y asistencia social)[418].

Sin embargo, en la actualidad, la posición doctrinal mayoritaria, sustentada por la jurisprudencia del TC y por diversos textos internacionales, es que la asistencia social se halla fuera del sistema de Seguridad Social, es decir, que es cosa distinta y que cumple una función complementaria de aquél. ALARCÓN CARACUEL defiende por ejemplo un sistema de protección social en el que existirían dos grandes apartados: la protección social pública y obligatoria y la protección social privada o libre a la que hace referencia el Art. 41 CE *in fine*. Dentro de la primera existirían tres grandes mecanismos de protección social pública: la asistencia sanitaria, la Seguridad Social y, finalmente, la asistencia social[419].

La Recomendación R067 de 12 de mayo de 1944 de la OIT, sobre la seguridad de los medios de vida, recoge en su Base tercera que "las necesidades que no estén cubiertas por el seguro social obligatorio deberían estarlo por la asistencia social". Asimismo, la Carta Social Europea, en su Art. 13, recoge que las partes contratantes se comprometen a garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social para toda aquella persona "que no disponga de los recursos suficientes y no esté en

[417] ALONSO SECO, J. M. y GONZALO GONZÁLEZ, B. *La asistencia social y los servicios sociales en España* cit., págs. 105 y 106.

[418] ALARCÓN CARACUEL, M. R. La integración de los Servicios Sociales y la Asistencia Social en la Seguridad Social cit., pág. 25, y LÓPEZ LÓPEZ, J. El artículo149.1.17 CE como título de legitimación competencial para las Comunidades Autónomas en materia de renta mínima cit., pág. 539.

[419] ALARCÓN CARACUEL, M. R. Hacia el Derecho de la protección social cit., pág. 33. En similares términos se estructura la taxonomía de DE LA VILLA GIL, L. E. El modelo constitucional de protección social cit., págs. 2 y 5.

condiciones de conseguirlos con su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de Seguridad Social". Finalmente, la propia Introducción del Pacto de Toledo (apartado III) afirma que "la Constitución diseña, a su vez, un Estado de estructura compleja que rompió con el esquema de organización centralista del poder que mantuvo el régimen anterior. Son destacables, por su incidencia en el ámbito de la protección social, las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas en la materia de asistencia social y Mutualidades no integradas en la Seguridad Social que configuran su acción protectora como subsidiaria y complementaria de la Seguridad Social que se presenta como un instrumento de protección principal".

Por su parte, el TC ha sustentado esta misma posición en diversas sentencias. Por ejemplo, en la sentencia nº 76/1986, de 9 de junio (recs. de inconstitucionalidad 189/1986 y 666/1983), declara que "la noción de asistencia social no está precisada en el texto constitucional, por lo que ha de entenderse remitida a conceptos elaborados en el plano de la legislación general, que no han dejado de ser tenidos en cuenta por el constituyente. De la legislación vigente se deduce la existencia de una asistencia social externa al sistema de Seguridad Social, y no integrada en él, a la que ha de entenderse hecha la remisión contenida en el art. 148.1.20 de la C.E. y, por tanto, competencia posible de las Comunidades Autónomas (…) Esta asistencia social aparece como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social. En el momento actual -con independencia de que la evolución del sistema de Seguridad Social pueda ir en la misma dirección-, es característica de la asistencia social su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios".

Asimismo, en la sentencia nº 146/1986, de 25 de noviembre (conflictos positivos de competencia 465/1985 y 50/1984), el TC afirma que "nuestro constituyente maneja un concepto consagrado por la práctica nacional e internacional, de ahí que deba atraerse a la interpretación del Texto constitucional los criterios materiales que pueden deducirse de la legislación vigente. Siguiendo la pauta de algunos instrumentos internacionales como la Carta Social Europea, lo que deba entenderse por Asistencia Social, en sentido abstracto, abarca a una técnica de protección fuera del sistema de la Seguridad Social, con caracteres propios, que la separan de otras afines o próximas a ella. Uno de estos caracteres típicos es su dispensación por entes públicos o por organismos dependientes de entes públicos, cualesquiera que éstos sean. La Asistencia Social viene

conformada como una técnica pública de protección, lo que la distingue de la clásica beneficencia, en la que históricamente halla sus raíces".

A la vista de lo anterior, DE LA VILLA GIL propone tres características definitorias de la asistencia social: la suplementariedad, la universalidad y la generalidad[420].

La suplementariedad de la asistencia social significa su integración en un modelo de protección social global en el que, sin pérdida de su autonomía o propia entidad, cubre las necesidades sociales no atendidas por otros sistemas protectores, concretamente los de seguridad social y nacional de salud[421].

La universalidad de la asistencia social apunta a la extensión de las ayudas asistenciales a cualquier persona necesitada, abstracción hecha de su nacionalidad y de su situación ante la ley. Quedan, por tanto, protegidos los españoles y los extranjeros, estén o no los primeros incluidos en el sistema de seguridad social y tengan o no los segundos regularizada su situación. Sin embargo, protección para todos no significa necesariamente la misma protección para todos, porque universalidad no es igual a uniformidad.

La generalidad de la asistencia social, finalmente, se refiere a un doble aspecto, primero a la cobertura de cualquier estado de necesidad, objeto de determinación no tanto a priori cuanto a posteriori; y, segundo, a la amplitud de las ayudas o prestaciones establecidas para afrontar dichos

[420] DE LA VILLA GIL, L. E. El modelo constitucional de protección social cit., págs. 14 y 15.

[421] RODRÍGUEZ CARDO habla de complementariedad, aunque se refiere básicamente a lo mismo, pues "la Asistencia Social cuenta con un ámbito de actuación -subjetivo y objetivo- supeditado al Sistema de Seguridad Social, como fórmula para integrar sus lagunas, y reduce su radio de acción a la atención de auténticas situaciones de necesidad caracterizadas, bien por la debilidad económica extrema, bien por la protección a colectivos cuya necesidad es cualificada por diversas circunstancias (minusvalía, maltrato, desempleo de larga duración). En unas ocasiones la Asistencia Social ocupa un espacio donde no llega la acción protectora de la Seguridad Social, y en otras releva al propio Sistema en la protección de una contingencia cuyas consecuencias no han podido ser completamente superadas pese a la dispensación de la acción protectora propia de la Seguridad Social. En consecuencia, la Asistencia Social se dirige primariamente a personas no comprendidas en el campo de aplicación del Sistema respecto de riesgos no cubiertos por éste" (RODRÍGUEZ CARDO, I. A. *Ámbito subjetivo del sistema español de Seguridad Social* cit., pág. 286). En similares términos LÓPEZ LÓPEZ, J. El artículo149.1.17 CE como título de legitimación competencial para las Comunidades Autónomas en materia de renta mínima cit., pág. 536, GARCÉS SANAGUSTÍN, A. *Las prestaciones económicas en el ámbito de la protección asistencial*, CEDECS, Barcelona, 1996, págs. 29 y 30, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas. En VV. AA. *Pensiones no contributivas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, pág. 166, y GONZALO GONZÁLEZ, B. Reparto competencial y complementariedad de las prestaciones sociales básicas cit., págs. 2 y 8.

estados, comprendiendo por tanto prestaciones en especie y prestaciones económicas.

Respecto a la relación entre la asistencia social y la Seguridad Social ALARCÓN CARACUEL plantea que la asistencia social "es un modo de protección social complementario de la que otorga la Seguridad Social", lo que debe entenderse en un triple sentido: subjetivo, objetivo y modal[422].

En sentido subjetivo, pese al teórico principio de universalidad subjetiva de la Seguridad Social, es evidente que ello es más una aspiración constitucionalmente programada que una realidad, pues quedan muchos individuos fuera del paraguas protector de la Seguridad Social. Para ellos, cuando se encuentren en ciertas situaciones de necesidad, la asistencia social ofrece unas determinadas prestaciones.

En sentido objetivo, pese al teórico principio de generalidad objetiva de la Seguridad Social, lo cierto es que su acción protectora se despliega sobre la base de un cerrado catálogo de prestaciones que responde a una serie de contingencias previamente tipificadas por el legislador. Ese catálogo se ha estabilizado desde hace tiempo en torno a un cierto "ideal de cobertura" que cristalizó en el Convenio 102 de la OIT, de 1952. Pero desde entonces las circunstancias socieconómicas han cambiado bastante, como hemos tenido ocasión de explicar anteriormente, lo que ha hecho necesaria una ampliación del abanico de prestaciones de protección social. "Pues bien, esa ampliación del catálogo prestacional puede hacerse por la propia Seguridad Social o, como ha ocurrido entre nosotros, por la Asistencia Social dispensada por las Comunidades Autónomas".

En sentido modal, pese al teórico principio de suficiencia de las prestaciones de Seguridad Social, lo cierto es que éstas pueden no ser suficientes: porque se agota su duración, porque su cuantía no está prevista para situaciones excepcionales, porque no alcanza a ciertos detalles ("por ejemplo, la asistencia sanitaria de la Seguridad Social no dispensa gafas"), etc. Pues bien, la Asistencia Social puede subsanar esa insuficiencia prestacional en determinados supuestos.

Pues bien, una vez que hemos determinado que la asistencia social es algo distinto y complementario de la Seguridad Social, que se ha visto desde siempre informada por los principios de universalidad subjetiva y generalidad objetiva, cabe plantearse la tercera pregunta que formulábamos

[422] ALARCÓN CARACUEL, M. R. Hacia el Derecho de la protección social cit., págs. 30 y 31.

anteriormente, es decir, si la Seguridad Social puede llegar a invadir su territorio vaciándola de contenido.

La tendencia a la universalidad de la Seguridad Social es una característica generalizada de los países de nuestro entorno. En España constituye un mandato del art. 41 CE, tal como vimos anteriormente[423]. Ello podría abocar a que, si se alcanzase el ideal de cobertura, es decir, la universalidad subjetiva y la generalidad objetiva, la asistencia social no tendría sentido, lo que no dejaría de ser un objetivo deseable si no fuera porque en España plantearía un conflicto constitucional al dejar sin contenido una competencia atribuida por el art. 148.1.20ª a las Comunidades Autónomas.

En general la doctrina opina que no existe diferencia material o conceptual entre la Seguridad Social y la asistencia social[424], salvo quizá que la primera tiende a una protección de necesidades individuales, mientras que la segunda se orienta hacia la protección de colectivos desfavorecidos[425]. Lo cierto es que la Seguridad Social ha ido incorporando prestaciones de contenido asistencial y universal, es decir, que ponen el acento en la protección frente a la situación de necesidad en que pueda encontrarse el ciudadano, independientemente de su condición de trabajador y de su contribución previa, lo que ha supuesto la invasión del espacio tradicional de la asistencia social en un país como el nuestro en que la Seguridad Social era exclusivamente de tipo profesional/contributivo hasta fechas muy recientes[426]. Por su parte, la asistencia social ha venido superando el lastre de la beneficencia en la que hunde sus raíces[427] para

[423] RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas. En VV. AA. *Pensiones no contributivas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, pág. 165.

[424] BORRAJO DACRUZ, E. Comunidades Autónomas y Seguridad Social. En *Papeles de Economía Española*, Fundación Fondo para la Investigación Económica y Social-Obra Social de la Confederación Española de Cajas de Ahorros, Madrid, 1982, nº 12-13, pág. 189, GONZALO GONZÁLEZ, B. Las pensiones no contributivas en Europa cit., pág. 30, ALARCÓN CARACUEL, M. R. Hacia el Derecho de la protección social cit., pág. 32, y ESCUDERO, R. Una norma de envergadura: La Ley de prestaciones no contributivas de la Seguridad Social cit., pág. 926.

[425] MOLINA NAVARRETE, C. En VV. AA. *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social* cit., pág. 660.

[426] RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas. En *Revista de Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, nº 34, pág. 64, y ALONSO GARCÍA, B. *El régimen jurídico de la protección social del minusválido* cit., pág. 94.

[427] RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. Pensiones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social. En *Relaciones Laborales*, 1988, vol. II, pág. 11, y ALARCÓN CARACUEL, M. R. La integración de los Servicios Sociales y la Asistencia Social en la Seguridad Social cit., pág. 19.

introducir mayores dosis de seguridad jurídica y reducir el margen de discrecionalidad por parte de la Administración para reconocer las correspondientes prestaciones[428]. Por ello es verdaderamente difícil en nuestros días diferenciar entre la Seguridad Social y la asistencia social, de modo que algunos autores se decantan por una diferencia puramente contingente, es decir, será Seguridad Social lo que la legislación señale en cada momento como tal[429], dejando un papel complementario a la asistencia social[430]; otros autores se decantan por considerar que la Seguridad Social, aunque alcance la universalidad subjetiva, no alcanzará nunca la universalidad (o generalidad) objetiva, en el sentido de que su protección ha de girar siempre en torno a contingencias previamente determinadas y para las que tradicionalmente ha venido otorgando su protección, y eso es precisamente lo que la distingue de la asistencia social[431]; por último, otros autores cifran la diferencia en el aspecto competencial, es decir, que "serán pensiones no contributivas, en todo caso, las de creación estatal; y serán Asistencia Social las pensiones que, con las mismas características, y si es que existen, dependan de la iniciativa de los Parlamentos y los Gobiernos autonómicos. Aunque la racionalidad impone evitar solapamientos y duplicidades de protección entre ambas instituciones"[432].

En todo caso, se trata de un debate que se mantendrá abierto permanentemente, ya que además descansa sobre una zona especialmente abonada para la polémica, que es el reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas. La opinión más generalizada es que no puede trazarse una línea inequívoca y permanente entre Seguridad Social y asistencia social, pues ambas encuentran áreas de actuación comunes. En todo caso, es cierto que, según todos los textos internacionales y según la propia doctrina del TC, la asistencia social cumple una función complementaria de la Seguridad Social, que debe ser el pilar fundamental

[428] HURTADO GONZÁLEZ, L. Asistencia social y Seguridad Social: sus fronteras actuales cit., pág. 469.

[429] *Ibid*., pág. 475, MOLINA NAVARRETE, C. En VV. AA. *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social* cit., pág. 658, ALONSO SECO, J. M. y GONZALO GONZÁLEZ, B. *La asistencia social y los servicios sociales en España* cit., pág. 120, y SEMPERE NAVARRO, A. V. y BARRIOS BAUDOR, G. L. *Las pensiones no contributivas* cit., pág. 15.

[430] ALARCÓN CARACUEL, M. R. *La Seguridad Social en España* cit., pág. 54.

[431] RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas. En *Revista de Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, nº 34, pág. 67, y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas. En VV. AA. *Pensiones no contributivas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, pág. 167.

[432] GONZALO GONZÁLEZ, B. Las pensiones no contributivas en Europa cit., pág. 30.

de la protección social. Ello abocará a que periódicamente, como ya ocurrió con las prestaciones no contributivas[433], el sistema de Seguridad Social aborde una nueva expansión dentro de su tendencia hacia la universalidad, con la consiguiente invasión de los espacios cubiertos hasta entonces por la asistencia social. Esta situación se dará al menos mientras el área no contributiva de la Seguridad Social siga poco desarrollado, lo que provocará que las fronteras entre Seguridad Social y asistencia social sean "temporalmente elásticas"[434] o que respondan a la teoría de los "vasos comunicantes"[435], es decir, que una modificación en el ámbito de protección de la Seguridad Social provocará inmediatamente un reajuste en el ámbito de protección de la asistencia social[436].

En cualquier caso, probablemente se alcanzará un punto en el que los ámbitos de actuación de ambos sistemas de protección social se estabilicen. Lo que no parece que vaya a ocurrir es que la Seguridad Social pueda vaciar de contenido la asistencia social, pues siempre quedarán huecos en la protección que será necesario cubrir o complementar, tanto en el aspecto subjetivo como en el objetivo[437]. No olvidemos que la Seguridad Social otorga una protección basada en las contingencias, es decir, que no es objetivamente universal, por lo que existirán personas en situación de necesidad que no incurran sin embargo en ninguna de las contingencias cubiertas por la Seguridad Social. Igualmente, respecto de los extranjeros, hemos visto que la legislación de Seguridad Social exige su residencia legal en España y es mucho más restrictiva para otorgar protección a los extranjeros que se encuentren ilegalmente en España, salvo casos muy determinados de urgencia, maternidad y protección de menores. La asistencia social, por el contrario, sin prestar atención a si se trata de

[433] Según algunos autores se empleó precisamente la denominación "no contributivas" en lugar de "asistenciales" para evitar un conflicto de competencias con las Comunidades Autónomas (HURTADO GONZÁLEZ, L. Asistencia social y Seguridad Social: sus fronteras actuales cit., pág. 466, y ESCUDERO, R. Una norma de envergadura: La Ley de prestaciones no contributivas de la Seguridad Social cit., pág. 925).

[434] RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. Pensiones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social cit., pág. 16.

[435] ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. La competencia de las Comunidades Autónomas en materia de protección social. En *Temas Laborales*, Consejería de Trabajo e Industria de la Junta de Andalucía, Sevilla, 1999, nº 51, pág. 218.

[436] HURTADO GONZÁLEZ, L. Asistencia social y Seguridad Social: sus fronteras actuales cit., pág. 462.

[437] RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas. En *Revista de Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, nº 34, pág. 65, GONZALO GONZÁLEZ, B. Las pensiones no contributivas en Europa cit., pág. 26, y ALARCÓN CARACUEL, M. R. Hacia el Derecho de la protección social cit., pág. 32.

extranjeros que se encuentran ilegalmente en España, debe atender a que existen colectivos de personas en situación de marginalidad, lo que de por sí constituye una situación de necesidad suficiente para que se pongan en marcha sus mecanismos de protección. Otro posible modo de complementariedad se encuentra en que la protección que otorga la Seguridad Social en determinados casos puede ser sustancialmente mejorable, de modo que puede ser suplementada por la asistencia social[438], cosa que ya ocurrió con los Decretos de la Junta de Andalucía 284/1998, de 29 de diciembre[439], y 62/1999, de 9 de marzo[440], que suplementaban las pensiones de jubilación e invalidez no contributivas y que fueron ratificados por el TC en su sentencia nº 239/2002, de 11 de diciembre (conflictos positivos de competencia 1207/1999 y 1208/1999). En dicha sentencia, el TC afirma que "la ampliación de las contingencias protegidas por el sistema de la Seguridad Social no excluye de antemano que diversos colectivos de sus beneficiarios precisen de apoyos complementarios para atender necesidades no cubiertas por dicho sistema, de modo que no puede resultar extravagante desde la perspectiva del Estado social de Derecho, consagrado en nuestra Constitución (art. 1 CE), que se atiendan dichas necesidades, en aras del valor de la justicia al que se refiere este precepto constitucional, desde las diversas habilitaciones previstas, las cuales, por decisión del propio texto constitucional, enlazan con específicos títulos competenciales del Estado en el sentido estricto («Seguridad Social») o de las Comunidades Autónomas («asistencia social»), siempre, naturalmente, que ello se realice legítimamente, esto es, de acuerdo con las reglas de deslinde y delimitación de ambas materias. (…) Podemos afirmar que nada impediría desde la perspectiva de la legitimidad constitucional que las Comunidades Autónomas con competencia en materia de «asistencia social» otorgasen ayudas de esta naturaleza a colectivos de personas que, aun percibiendo prestaciones asistenciales del sistema de Seguridad Social, se encontraran en situación de necesidad, siempre que con dicho otorgamiento no se produzca una modificación o perturbación de dicho sistema o de su régimen económico. En definitiva, es una exigencia del Estado social de Derecho (art. 1 CE) que quienes no tengan cubiertas sus necesidades mínimas por la modalidad no contributiva del sistema de la Seguridad Social puedan acceder a otros beneficios o ayudas de carácter o

[438] ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. La competencia de las Comunidades Autónomas en materia de protección social cit., pág. 220, y MALDONADO MOLINA, J. A. La descentralización territorial y las pensiones no contributivas. A propósito del Decreto 284/1998, de 29 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía. En *Actualidad Laboral*, 1999, Vol. II, pág. 524.

[439] BOJA de 31 de diciembre de 1998, número 149.

[440] BOJA de 11 de marzo de 1999, número 30.

naturaleza diferente, habida cuenta de que esta zona asistencial interna al sistema coincide con el título competencial del art. 148.1.20 CE. Esta confluencia no puede impedir a las Comunidades Autónomas que actúen en esta franja común cuando ostentan título competencial suficiente, máxime si se considera que, en determinadas coyunturas económicas, el ámbito de protección de la Seguridad Social pudiera conllevar limitaciones asistenciales y prestacionales que, por ello, precisen de complementación con otras fuentes para asegurar el principio de suficiencia al que alude el art. 41 CE. Ahora bien, tal posibilidad de actuación por parte de las Comunidades Autónomas, referida a esta zona asistencial, exige que la Comunidad Autónoma aprecie una situación real de necesidad en la población beneficiaria de las ayudas asistenciales de la Seguridad Social y, además, encuentra su límite en que la actividad prestacional no interfiera ni en el régimen jurídico básico de la Seguridad Social, ni en la de su régimen económico (art. 149.1.17 CE)".

Además, queda otra cuestión pendiente, cual es que las Comunidades Autónomas tienen atribuida la competencia en materia de asistencia social por la propia CE, de modo que tienen un ámbito de competencias que en ningún caso puede ser vaciado de contenido por la legislación expansiva del Estado[441]. Así lo ha declarado el TC en su sentencia nº 146/1986, de 25 de noviembre, al afirmar que "la acción estatal es claro que debe desplegarse teniendo en cuenta las peculiaridades de un sistema de autonomías territoriales. En un caso de atribución en exclusiva de competencias, como sucede en éste [se refiere a la asistencia social], el Estado tiene que actuar teniendo en cuenta que hay competencias de otros entes que han de respetarse, actuando desde el exterior, coordinando, fomentando o potenciando la actividad autonómica, usando las técnicas que para este fin habilita la Constitución, pero es claro que no se respeta este esquema cuando el problema se trata de resolver mediante la creación de competencias concurrentes o "paralelas", al amparo, además de un precepto tan genérico como el art. 9.2 de la Constitución que, entendido como una habilitación para que el Estado pueda actuar en razón del interés general, podría terminar por vaciar de contenido el diseño constitucional del estado de las Autonomías".

Asimismo, la STC 239/2002, a la que hemos aludido anteriormente, afirma que "resulta legítimo constitucionalmente que la Seguridad Social, en cuanto función de Estado destinada a cubrir las situaciones de necesidad que puedan generarse, incluya en su seno

[441] GONZALO GONZÁLEZ, B. Reparto competencial y complementariedad de las prestaciones sociales básicas cit., págs. 6 y 7.

prestaciones de naturaleza no contributiva. Pero ello no abona que tal expansión sobre el alcance que dicha materia tenía al aprobarse la Constitución merme o restrinja el ámbito propio de la «asistencia social», pues esta tendencia, que, de profundizarse, incluso podría determinar el vaciamiento de esta última materia, con el consiguiente menoscabo de las competencias autonómicas, no ha sido querida por el constituyente, en la medida en que atribuye el apoyo a las situaciones de necesidad a todos los poderes públicos, de manera que cada cual actúe en su respectivo ámbito de competencias". Concluye dicha sentencia afirmando que "en suma, la tendencia a la universalización de las medidas de protección social, como finalidad constitucional consagrada en el art. 41 CE, no se compadecería con la paulatina reducción de otros ámbitos de protección distintos al de la Seguridad Social por el hecho de la extensión o ampliación de la cobertura de este último sistema a colectivos no protegidos por él con anterioridad, ya que ello significaría, como acabamos de decir, un correlativo vaciamiento de competencias autonómicas que no ha sido querido así por el texto constitucional".

En conclusión, aun tratándose de prestaciones externas a la Seguridad Social, la asistencia social debe ser objeto de especial atención por su función complementaria de aquélla, lo que une a ambos sistemas en un destino común, que es la protección de las personas en situación de necesidad, de acuerdo con el principio de universalidad subjetiva y generalidad objetiva. Además, ese destino común se ve reforzado por el reparto de competencias que efectúa nuestra Constitución, de manera que ni el Estado puede ser despojado de la posibilidad de actuar para atajar situaciones de necesidad, ya por la vía de la Seguridad Social, ya por la de la asistencia social, ni tampoco esta competencia del Estado puede llegar a vaciar de contenido la competencia constitucional que a su vez tienen las Comunidades Autónomas en materia de asistencia social. En definitiva, que aunque la asistencia social es externa y complementaria de la Seguridad Social, existe una franja común en que ambas convergen animadas por el principio de universalidad, lo que debería redundar en beneficio de los ciudadanos y no en conflictos constitucionales de competencias.

CAPÍTULO QUINTO.- EL PRINCIPIO DE UNIDAD

Este principio también admite diversas acepciones y todas ellas de enorme trascendencia. Por seguir un orden lógico, la primera acepción sería la que se refiere a la unidad de la Seguridad Social como sistema. Se podría calificar como un principio de carácter territorial, fruto de las tensiones propias del reparto de competencias entre el Estado y las CCAA. La Constitución de 1978 instituyó el Estado autonómico, configurando un sistema en el que en la mayoría de los casos no existe una división tajante entre competencias estatales y autonómicas, sino un sistema de competencias compartidas que admite diversas variantes. Este es el caso también de la Seguridad Social y ello ha generado, como en tantas otras materias, numerosos conflictos que han tenido que ser resueltos por el TC, así como una gran producción doctrinal encaminada a arrojar luz sobre este asunto tan complejo y de tanta trascendencia política, pues en el mismo puede estar en juego la propia pervivencia del Estado tal como lo conocemos actualmente y, desde luego, de la Seguridad Social como sistema unitario.

Dejaremos de lado las prestaciones sanitarias, que en virtud del art. 148.1.21ª CE corresponden clara e indubitadamente a las CCAA, salvo en lo relativo, lógicamente, a la sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos (art. 149.1.16ª CE). En este ámbito, en el que las dudas doctrinales sobre su inclusión en el sistema de Seguridad Social son cada vez mayores tal como ya hemos estudiado anteriormente, el proceso de transferencia de la competencia a las CCAA ya se ha completado. Por ello nos centraremos en el precepto constitucional que se refiere específicamente a la Seguridad Social y que aún está pendiente de aplicación.

La segunda acepción del principio de unidad es de orden interno, es decir, relativa al régimen jurídico de los actos de encuadramiento, afiliación, altas, bajas, cotización, recaudación y, sobre todo, de prestaciones. Esta acepción del principio de unidad deriva de que, hasta la LBSS de 1963, existía una pluralidad de seguros sociales, cada uno con su propio régimen jurídico y su propia entidad organizativa. Pese al intento unificador emprendido en 1963, el principio de unidad, desde este punto de vista interno, sigue siendo objeto de debate, pues el sistema se halla estructurado en un régimen general y diversos regímenes especiales que, según la LBSS, debieran haber tenido carácter transitorio.

Finalmente, podemos encontrar una tercera acepción del principio de unidad, referida a la unidad de gestión. Respecto a ésta, algún autor considera que la misma se alcanzó con la estatalización de la Seguridad Social que culminó en la reforma de 1963-1966, al suprimirse las entidades privadas que venían operando en la gestión de las prestaciones de los seguros sociales. Para este autor la unidad gestora se identifica con la exclusividad estatal de la titularidad del sistema de Seguridad Social, a lo que añade que "este principio de unidad gestora estatal no queda menoscabado por el de descentralización territorial, toda vez que la única titularidad de la gestión corresponde al Estado en su organización territorial descentralizada, bajo los postulados constitucionales de unidad estatal, autonomía de nacionalidades y regiones y de solidaridad. E igualmente ese principio de unidad gestora no perjudica la descentralización funcional, en pluralidad de entidades gestoras y servicios comunes, de naturaleza jurídico-pública"[442].

Ahora bien, siendo cierto que la titularidad del servicio público en que se constituye la Seguridad Social es estatal, ello no quiere decir a mi juicio que por ese simple hecho la gestión sea unitaria, pues las distintas entidades gestoras tienen áreas de actuación (o de gestión) independientes, y el art. 149.1.17ª CE atribuye como competencia exclusiva a las CCAA, si deciden asumirla en sus estatutos de autonomía, la ejecución de los servicios de la Seguridad Social, con las más amplias potestades de auto-organización, de modo que difícilmente puede hablarse de unidad de gestión. Y, si consideramos las prestaciones sanitarias como prestaciones de Seguridad Social, el art. 148.1.21ª CE atribuye la competencia sobre las mismas a las CCAA, de modo que habría una titularidad pública pero no estatal, sino de cada una de las diecisiete CCAA existentes en España.

No en vano, el RDL 36/1978, de 16 de noviembre, de gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo[443], afirmaba en su exposición de motivos que "la creación del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, por Real Decreto de 4 de julio de 1977, facilitó el camino de las insoslayables reformas al unificar competencias dispersas, faltas de coordinación y exentas de planificación conjunta. Ahora bien, esa unidad de dirección política y administrativa resultaría insuficiente si no se perfeccionase en función de la experiencia adquirida y se completase con la estructura institucional suficiente". Y esa necesidad de profundizar en la unidad de gestión para mejorar la eficiencia de la Seguridad Social ha sido

[442] ALMANSA PASTOR, J. M. Gestión pública e iniciativa privada. En *Papeles de Economía Española*, Fundación Fondo para la Investigación Económica y Social-Obra Social de la Confederación Española de Cajas de Ahorros, Madrid, nº 12-13, 1982, pág. 170.

[443] BOE de 18 de noviembre de 1978, número 276.

posteriormente defendida por la doctrina[444] y plasmada en el Pacto de Toledo, cuya Recomendación VII, titulada "Integración de la gestión", se refiere a la necesidad de "reafirmar la eficacia gestora del sistema a través de una mayor integración orgánica de las funciones de afiliación, recaudación y de gestión de prestaciones que facilite nuevos avances en este ámbito". Dicha integración de la gestión a nivel estatal ha sido defendida por la doctrina como "la ocasión para articular un sistema de cooperación interterritorial en el que sea posible establecer un marco de gestión respetuoso con las respectivas competencias del Estado y las Comunidades Autónomas"[445].

Sin embargo, la esperada y demandada creación de la Agencia Estatal de la Seguridad Social aun no ha llegado a materializarse, de modo que en mi opinión la unidad de gestión es un principio que no ha llegado a concretarse, si es que alguna vez existió, y que no podrá concretarse normativamente en el futuro dado que la dinámica del Estado Autonómico se mueve en la dirección contraria. Si a ello añadimos que en todo caso se trataría de un principio de la gestión, no del Derecho de la Seguridad Social, igual que en su momento vimos para el principio de participación de los interesados en la gestión, es por lo que no vamos a profundizar en el estudio del mismo.

[444] PALOMAR OLMEDA, A. El modelo de la Seguridad Social en el seno del Estado Autonómico: las consecuencias de la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de noviembre de 1996. En *Relaciones Laborales*, 1997, Vol. II, pág. 580.

[445] *Ibid.*, pág. 585.

I.- EL PRINCIPIO DE UNIDAD TERRITORIAL

I.a.- SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE UNIDAD TERRITORIAL

Sin perjuicio de que a continuación analizaremos el reparto de competencias entre Estado y CCAA en materia de Seguridad Social, conviene aclarar previamente por qué esta problemática está relacionada con el principio de unidad, aparte de lo ya dicho en la introducción a este capítulo.

Para entender qué debemos interpretar por principio de unidad debemos llevar a cabo un breve análisis de la génesis del precepto en que se recoge. El apartado primero del art. 2 de la LGSS, que enuncia como principios informadores del sistema de Seguridad Social los de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad, fue introducido por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, sobre disposiciones específicas en materia de Seguridad Social[446]. Dicha Ley fue promulgada como una reacción a la STC 239/2002, de 11 de diciembre (conflictos positivos de competencia núms. 1207/1999 y 1208/1999), que sancionó los Decretos de la Junta de Andalucía 284/1998, de 28 de diciembre, por el que se establecían ayudas económicas complementarias, de carácter extraordinario, a favor de los pensionistas por jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas, y 62/1999, de 9 de marzo, de modificación del anterior. Ante el temor a que se generalizase una práctica autonómica consistente en suplementar las prestaciones de la Seguridad Social en sus respectivos territorios en atención a las específicas necesidades de los beneficiarios residentes en los mismos, se promulgó la referida Ley 52/2003, cuya exposición de motivos declaraba que "como de manera reiterada ha establecido la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el artículo 149.1.17ª de la Constitución, corresponde al Estado dentro de su competencia exclusiva preservar la unidad del sistema español de Seguridad Social y el mantenimiento de un régimen público, es decir, único y unitario de Seguridad Social para todos los ciudadanos (artículo 41 CE), que garantice al tiempo la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes en materia de Seguridad Social (artículo 149.1.1ª CE) y haga efectivos los principios de solidaridad

[446] BOE de 11 de diciembre de 2003, número 296.

interterritorial y financiera y de unidad de caja, impidiendo la existencia de políticas diferenciadas de Seguridad Social en cada una de las Comunidades Autónomas". Por tanto, aunque siempre se había relacionado el principio de unidad con la unidad interna o de régimen jurídico, dicho principio se plasma legalmente como reacción a un proceso centrífugo de las competencias en materia de Seguridad Social desde el Estado a las CCAA, es decir, que se plasma tomando como primera motivación el deseo de imponer la unidad del sistema a nivel estatal, lo que hasta esa fecha no constituía la acepción más común del principio de unidad.

Lo más frecuente es que se cite el principio de solidaridad o el de igualdad como aquellos que pueden verse quebrados si se admite la desmembración autonómica del sistema de Seguridad Social[447]. A primera vista esto parece evidente, pues puede dificultarse el trasvase de los fondos necesarios de unos territorios a otros para atender las situaciones de necesidad que en cada uno puedan presentarse, especialmente entre aquellas CCAA con mayores tasas de afiliación respecto de las que las tengan más bajas. Esto es especialmente grave cuando arrancamos de una situación de partida en que algunas CCAA experimentaron fuertes tasas de inmigración interior en la etapa del desarrollismo económico de los años sesenta y que actualmente, como consecuencia de la reconversión industrial, sufren altos índices de desempleo y de envejecimiento de la población. Respecto a la igualdad el problema se plantea en relación a la posibilidad de que las CCAA más ricas puedan otorgar prestaciones más elevadas o nuevas prestaciones no contempladas en otras CCAA, de manera que, en función del lugar de residencia, los ciudadanos estarán mejor o peor protegidos frente a las situaciones de necesidad.

Sin embargo, la verdadera clave de la situación, en mi opinión, no se encuentra en los principios de igualdad y solidaridad, sino en el principio de unidad, que a su vez debe contemplarse en dos planos diferentes: la unidad como principio de la Seguridad Social, y la unidad como principio político constitucional del Estado. La solidaridad, tal como veremos en su momento, es la columna vertebral de cualquier sistema de Seguridad Social

[447] BORRAJO DACRUZ, E. Comunidades Autónomas y Seguridad Social. En *Papeles de Economía Española*, Fundación Fondo para la Investigación Económica y Social-Obra Social de la Confederación Española de Cajas de Ahorros, Madrid, nº 12-13, 1982, pág. 192, y BORRAJO DACRUZ, E. La Seguridad Social en la Constitución española. En VV. AA. *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, Vol. II, pág. 1503, OLIET PALÁ, B. y SERRANO TRIANA, A. Seguridad Social y Comunidades Autónomas. En VV. AA. *Jornadas Técnicas sobre Seguridad Social*, IELSS, Madrid, 1984, pág. 381, FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M. La Seguridad Social y el Estado de las Autonomías. En *Documentación Administrativa*, INAP, Madrid, nº 197-198, 1983, pág. 97, ALONSO GARCÍA, B. *El régimen jurídico de la protección social del minusválido* cit., págs. 105 y 106, y GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, Mª A. Pensiones de Seguridad Social y Comunidades Autónomas: datos para un estudio. En *Parlamento y Constitución, Anuario*, nº 4, 2000, págs. 96 y 97.

y siempre estará presente en el mismo. Y la igualdad se mantendrá perfectamente incólume entre los ciudadanos dentro de cada Comunidad Autónoma. El problema se plantea porque se quiere mantener un sistema de Seguridad Social unitario para todo el territorio del Estado y para ello es necesario que los principios de solidaridad e igualdad se amplíen a todo el territorio del Estado con objeto de garantizar la unidad política del mismo.

El precepto clave para entender este planteamiento es el art. 2 CE, que declara que "la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas". Por tanto, cuando defendemos el principio de solidaridad entre CCAA lo hacemos para salvaguardar otro principio al que sirve de fundamento, que es el de unidad política del Estado. Si España no fuera una nación no tendría sentido hablar de solidaridad entre CCAA. La solidaridad seguiría existiendo, pues es algo ontológicamente intrínseco a la propia idea de Seguridad Social, pero se daría no a nivel de Estado, sino a nivel de Comunidad Autónoma.

Por tanto, con objeto de contribuir a preservar la unidad de España (política, económica y social), la Seguridad Social debe mantenerse como un sistema unitario en todo el territorio del Estado, pues es un instrumento de gran capacidad para mantener la cohesión, tal como vimos en su momento al analizar las funciones distributiva e integradora, sin duda las más importantes de la Seguridad Social. A tal fin se orientan diversos preceptos de la CE, entre los que cabe destacar los siguientes:

> Art. 40.1: "Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica."
>
> Art. 131.1: "El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución."
>
> Art. 138.1: "El Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad, consagrado en el art. 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado

y justo, entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular."

Es lo que un sector de la doctrina, con fundamento en la jurisprudencia del TC, ha denominado principio constitucional de "unidad del orden económico nacional", "que no deja de ser a fin de cuentas sino una proyección en la esfera económica del fundamento de la «indisoluble unidad» nacional"[448].

En definitiva, cuando analizamos el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las CCAA en materia de Seguridad Social, el *iter* del razonamiento debe seguir el siguiente orden: el principio de unidad de la Seguridad Social garantiza la aplicación de los principios de solidaridad e igualdad entre las diversas regiones de España, lo que a su vez garantiza el principio constitucional de unidad política de la nación. Se puede apreciar que este *iter* comienza y termina en la unidad, aunque en dos planos diferentes, razón por la que creo que el problema de la distribución de competencias entre Estado y CCAA en materia de Seguridad Social debe analizarse desde la perspectiva del principio de unidad, ya que los principios de solidaridad e igualdad tienen aquí un papel meramente instrumental.

Entrando ya en el análisis acerca de la competencia en materia de Seguridad Social, la cuestión viene regulada en el art. 149.1.17ª CE, que establece que será competencia del Estado la "legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas". Como se puede apreciar, dicho precepto distingue entre competencia normativa, básica y de desarrollo, y ejecutiva, lo que genera una especial complejidad en el análisis del reparto de competencias entre el Estado y las CCAA[449].

---

[448] PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. El principio constitucional de «unidad del orden económico nacional» y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materias de trabajo y seguridad social. En *Actualidad Laboral*, nº 47, 1999, pág. 904. En la misma dirección MANRIQUE LÓPEZ ha afirmado que "el sistema de protección social debe de edificarse sobre intereses o estructuras inter o suprarregionales intentando asegurar una homogeneidad social básica, impidiendo la fragmentación del espacio económico en microeconomías y asegurando la atención futura eficaz y real respecto del contenido de cada uno de los riesgos y contingencias protegidas allí donde se den y cualquiera que sea la vida laboral del beneficiario respecto de su mayor o menor permanencia en una parte del territorio nacional" (MANRIQUE LÓPEZ, F. Perspectiva constitucional de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social. En *La Ley-Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 1984, Vol. I, pág. 1066). En similares términos FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. El complejo reparto de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social, a propósito de las Pensiones No Contributivas. En *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 54, 2004, pág. 90.

[449] TRENZADO RUIZ, M. La incidencia autonómica en la gestión de la Seguridad Social. En VV. AA. *Jornadas Técnicas sobre Seguridad Social*, IELSS, Madrid, 1984, pág. 177.

El esquema de reparto consiste someramente en que corresponde al Estado la competencia en materia de legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, mientras que a las CCAA corresponde la competencia exclusiva, si la asumen en sus respectivos estatutos de autonomía, sobre legislación no básica y ejecución de los servicios de la Seguridad Social.

I.b.- EL REPARTO DE COMPETENCIAS EN MATERIA LEGISLATIVA

Al comienzo de la andadura constitucional existió una polarización respecto a lo que debiera entenderse por legislación básica, entendiendo ésta bien en un sentido formal, como leyes de bases o leyes marco, o en un sentido material. Esta última acepción pronto se impuso por decisión del TC, cuya sentencia 32/1981, de 28 de julio (rec. de inconstitucionalidad nº 40/1981) resolvió que "el ejercicio de la competencia estatal para el establecimiento de las bases o de la legislación básica a que en distintos párrafos de su apartado primero se refiere el art. 149 no requiere, en modo alguno, la promulgación de leyes de bases o de leyes marco y que, en cuanto parece suponer la necesidad de normas así configuradas desde el punto de vista de la forma, la argumentación de la representación del Gobierno debe ser rechazada. La noción de bases o de normas básicas ha de ser entendida como noción material y, en consecuencia, esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente"[450]. Este criterio material de determinación de la legislación básica es evidentemente más inseguro desde el punto de vista jurídico, a lo que no es ajeno el propio TC, que, en la sentencia mencionada, afirma que "ciertamente no será siempre fácil la determinación de qué es lo que haya de entenderse por regulación de las condiciones básicas o establecimiento de las bases del régimen jurídico, y parece imposible la definición precisa y apriorística de ese concepto. Las Cortes deberán establecer qué es lo que haya de entenderse por básico, y en caso necesario será este Tribunal el competente para decirlo, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de la LOTC)".

[450] Criterio reiterado en la STC 1/1982, de 28 de enero (conflictos positivos de competencia núms.. 191/1981 y 63/1981).

La doctrina ha hecho un importante esfuerzo para determinar el concepto de legislación básica. BORRAJO distingue dos tipos de normas que pueden incluirse bajo este epígrafe[451]:

1. Por una parte están los principios, directrices y reglas esenciales de la regulación de la materia de que se trate; sobre ellas podrán operar modalidades y desarrollos las normas adicionales de las CCAA que, por tanto, podrán ser diversas de unas Comunidades a otras[452].
2. Por otra parte, están las reglas de mayor concreción, "normas completas", que fijan la regla estatal en materia central o importante y que las CCAA sólo podrán recoger en sus propios términos.

Este segundo grupo de normas básicas constituye "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"[453]. Esta legislación básica no tiene por qué estar integrada en una sola ley, e incluso puede adoptar la forma de reglamentos[454], pues su objeto es dejar establecida una regulación general y uniforme para todo el territorio del Estado[455]. Es pues esta legislación básica la que tiene encomendada la tarea principal de garantizar el principio de unidad del sistema de Seguridad Social[456]. Como advierte DE LA VILLA GIL, "en la medida en que la "ley de bases" deje, de acuerdo con su propia naturaleza un margen suficiente de actuación a las leyes regionales para que éstas, en los límites establecidos, puedan regular, con criterios sustancialmente distintos, entre sí y con relación a la ley delegada estatal, las mismas materias (por ejemplo lo relativo a los requisitos para causar derecho a las prestaciones, cuantía de éstas, etc., ejemplos que se comprenden perfectamente imaginando la diversidad de desarrollos normativos que hubiera permitido un texto legal como la Ley de Bases de

[451] BORRAJO DACRUZ, E. La Seguridad Social en la Constitución Española cit., pág. 1503.

[452] En parecidos términos PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social. En *Relaciones Laborales*, 1996, vol. I, pág. 411, y GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, Mª A. Pensiones de Seguridad Social y Comunidades Autónomas: datos para un estudio cit., págs. 56 y 57.

[453] SALA FRANCO, T. La Seguridad Social y las Comunidades Autónomas. En VV. AA. *Jornadas Técnicas sobre Seguridad Social*, IELSS, Madrid, 1984, pág. 71.

[454] STC 1/1982 cit., SALA FRANCO, T. La Seguridad Social y las Comunidades Autónomas cit., pág. 71.

[455] ALONSO GARCÍA, B. *El régimen jurídico de la protección social del minusválido* cit., pág. 109, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. El complejo reparto de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social, a propósito de las Pensiones No Contributivas cit., págs. 91 y 92.

[456] MANRIQUE LÓPEZ, F. Perspectiva constitucional de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social cit., pág. 1067.

Seguridad Social de 1963), es indiscutible la consecuencia última de disolución del sistema de Seguridad Social"[457].

Debemos determinar ahora qué ámbitos del régimen jurídico de la Seguridad Social puedan considerarse incluidos dentro del apartado de legislación básica y, por tanto, de titularidad exclusivamente estatal. Tal como quedó dicho por el propio TC, es muy difícil establecer esa determinación *a priori*, por lo que será el Parlamento quien habrá de fijarlo en cada caso, correspondiendo la decisión última en caso de discrepancia al TC. Por tanto, hay que advertir que toda enumeración de materias que se propongan como parte de la legislación básica tendrá carácter meramente orientativo.

En general se considera por la doctrina que entrará dentro de la legislación básica toda aquella regulación, legal o reglamentaria, referida a la delimitación del campo de aplicación del sistema, la determinación de la acción protectora (en sus niveles contributivo y no contributivo), y la fijación de las prestaciones (tipología, cuantía y requisitos de acceso y mantenimiento), así como los principios de gestión del sistema, tales como los relativos a la colaboración obligatoria y voluntaria[458]. Respecto al campo de aplicación y a la composición del sistema, si la justificación de la legislación básica es asegurar la igualdad de tratamiento de todos los españoles, es evidente que una misma actividad no puede dar lugar a la inclusión en el sistema en unos territorios y no en otros, ni tampoco puede darse esa diferencia de tratamiento respecto al régimen de inclusión ni a la propia estructura interna del sistema, con regímenes de Seguridad Social diferenciados por CCAA[459]. De la misma manera, son normas básicas las que regulan el acceso al sistema y la permanencia en el mismo, como la inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y cotización[460], y también serían normas básicas las que regulan la acción protectora y el régimen

[457] DE LA VILLA GIL, L. E. Potestades normativas de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social. En *Documentación Laboral*, Asociación de Cajas de Ahorros para Relaciones Laborales, Madrid, nº 1, 1981, pág. 20.

[458] GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, Mª A. Pensiones de Seguridad Social y Comunidades Autónomas: datos para un estudio cit., págs. 56 y 57. La taxonomía es coincidente con la de DE LA VILLA GIL, L. E. Potestades normativas de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social cit., pág. 20, MANRIQUE LÓPEZ, F. Perspectiva constitucional de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social cit., pág. 1067, y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. El complejo reparto de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social, a propósito de las Pensiones No Contributivas cit., pág. 91.

[459] PALOMAR OLMEDA, A. y ZATARAÍN DEL VALLE, R. La distribución de competencias en materia de Seguridad Social y la sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de julio de 1989. En *Revista de Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, nº 99, 1990, pág. 28.

[460] *Ibid.*, págs. 32 a 35.

jurídico de las prestaciones, las cuales deben ser idénticas en todo el territorio del Estado y estar sometidas a un único "régimen de concesión, revocación, suspensión, incompatibilidades, etc."[461].

Sin embargo, a pesar de la aparente unanimidad doctrinal, en cuanto descendemos a los casos concretos, aparecen numerosas discrepancias. De acuerdo con el art. 149.1.17ª CE, "la Comunidad Autónoma aprueba, en el ejercicio de su autonomía, las Leyes adicionales que completan y desarrollan la legislación básica estatal", y dictan "los reglamentos que requiera la aplicación de tales Leyes adicionales"[462]. Interpretando la jurisprudencia constitucional, pueden extraerse tres requisitos que la legislación autonómica debe cumplir[463]:

1. El criterio de cobertura competencial, de modo que la regulación autonómica en cuestión ha de producirse dentro del ámbito (constitucional y estatutario) de las competencias propias de la correspondiente Comunidad Autónoma.
2. El criterio de la intensidad y la proporcionalidad de la diversidad, de manera que la regulación autonómica, en cuanto introductora de un régimen diverso de los existentes en el resto de la nación, ha de resultar proporcionada al objeto legítimo que se persigue, de manera que las diferencias y peculiaridades en ella previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin.
3. El criterio de la garantía de la igualdad básica de todos los españoles, ya que es competencia exclusiva del Estado la "regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales" (art. 149.1.1ª CE). Por no hablar de que el art. 139 CE establece que "todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado".

Pues bien, si aplicamos un concepto muy estricto del principio de igualdad, no quedará prácticamente margen para la legislación complementaria de las CCAA, la cual quedará reducida a la regulación, tanto legal como reglamentaria, de aspectos instrumentales de la Seguridad Social dentro de su ámbito territorial, es decir, organización, gestión,

[461] *Ibid.*, pág. 36.

[462] BORRAJO DACRUZ, E. La Seguridad Social en la Constitución Española cit., pág. 1505.

[463] PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. El principio constitucional de «unidad del orden económico nacional» y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materias de trabajo y seguridad social cit., pág. 907.

procedimientos, etc.[464]. Por ello existe un importante sector de la doctrina que entiende que dicha interpretación supone "ahogar las competencias autonómicas subvirtiendo el sistema constitucional y haciendo de una opción legislativa dual una opción materialmente unilateral"[465]. En definitiva, reducir la competencia legislativa de las CCAA a la esfera puramente organizativa o instrumental supone *de facto* despojarlas de aquélla, ya que la potestad de auto-organización ya la tendrían del modo más amplio a través de la competencia para ejecutar los servicios de la Seguridad Social[466]. Para este sector doctrinal el principio de igualdad no

[464] DE LA VILLA GIL, L. E. Potestades normativas de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social, pág. 20, MANRIQUE LÓPEZ, F. Perspectiva constitucional de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social cit., pág. 1066, BLASCO LAHOZ, J. F. La nueva pensión de invalidez, en su modalidad no contributiva cit., pág. 74, y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. El complejo reparto de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social, a propósito de las Pensiones No Contributivas cit., pág. 95.

[465] PALOMAR OLMEDA, A. El modelo de la Seguridad Social en el seno del Estado Autonómico: las consecuencias de la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de noviembre de 1996 cit., pág. 560.

[466] SALA FRANCO, T. La Seguridad Social y las Comunidades Autónomas cit., pág. 75. Este parece ser también el criterio manifestado por la STC 1/1982 cuando afirma que "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 normativa 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". Añade asimismo esta sentencia que "todo esto es compatible con la atribución a una Comunidad determinada por medio de su Estatuto del «desarrollo legislativo» de esas bases cuya fijación es competencia del Estado (…) En tales supuestos es necesario tener en cuenta que el establecimiento por parte del Estado de las bases de la ordenación no puede llegar a tal grado de desarrollo que deje vacía de contenido la correlativa competencia de la Comunidad". Desde otra perspectiva, pero en la misma dirección, se pronuncia la STC 319/1993, de 27 de octubre, cuando argumenta que "uno es, en efecto, el ámbito propio del principio constitucional de igualdad ex art. 14 (principio que impide, en lo que aquí interesa, que las normas establezcan diferenciaciones no razonables o arbitrarias entre los sujetos a un mismo legislador) y otro, sin duda alguna, el alcance de las reglas constitucionales que confieren competencias exclusivas al Estado o que limitan las divergencias resultantes del ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias propias. Estos últimos preceptos (y, entre ellos, los arts. 139.1, 149.1.1. y 149.1.18., invocados en la presente cuestión) aseguran, con técnicas diversas, una determinada uniformidad normativa en todo el territorio nacional y preservan también, de este modo, una posición igual o común de todos los españoles, más allá de las diferencias de régimen jurídico que resultan, inexcusablemente, del legítimo ejercicio de la autonomía (por todas, STC 122/1988, fundamento jurídico 5.). Pero ni la igualdad así procurada por la Constitución -igualdad integradora de la autonomía- puede identificarse con la afirmada por el art. 14 (precepto que no es medida de validez, por razón de competencia, de las normas autonómicas) ni cabe tampoco sostener que esta última -igualdad en la ley y ante ley- resulte menoscabada a resultas de cualquier conculcación autonómica del orden, constitucional y estatutario, de articulación y distribución de competencias. Como dijimos ya en la STC 76/1986 (fundamento jurídico 3.), la divergencia entre normas que emanan de poderes legislativos distintos no puede dar lugar a una pretensión de igualdad (aunque sí, claro está, a otro tipo de controversia constitucional). La hipotética conculcación por una Comunidad Autónoma de las competencias exclusivas del Estado no entraña por sí misma la discriminación prohibida por el art. 14, precepto que impone un tipo específico de juicio de constitucionalidad -juicio de igualdad- cuya verificación no puede hacerse depender de la previa determinación de si se ha vulnerado o no el orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pues bien claro está que, si así fuera, se perdería la identidad propia de este principio y se daría lugar a un enjuiciamiento de la

puede esgrimirse como argumento, "pues no puede ignorarse que la Constitución también consagra como principio fundamental el de autonomía política"[467] y financiera[468], y que igualdad no es equiparable a uniformidad[469]. Desde este punto de vista, la diferencia de trato entre los ciudadanos de distintas CCAA no constituye un privilegio económico ni social, "pues el derecho a la diferencia es la consecuencia del principio de autonomía"[470]. Para este sector doctrinal la igualdad que debe garantizar el Estado es una igualdad de mínimos, tal como se deduce de la interpretación conjunta de los arts. 149.1.1ª y 158.1 CE, es decir, que el Estado debe asegurar una protección social básica idéntica en todo el territorio español y a este fin estaría consagrada la competencia exclusiva en materia de legislación básica de Seguridad Social. A través de ese nivel mínimo y uniforme de protección se garantizarían los principios de igualdad y de solidaridad[471]. Ahora bien, las distintas CCAA, como consecuencia de una mejor gestión de sus recursos o de sus propias prioridades políticas y sociales, podrían, con cargo a su propio presupuesto, complementar las prestaciones de Seguridad Social con otras no contempladas en este sistema, o incluso suplementar las prestaciones de la Seguridad Social cuando las consideren insuficientes para atender dignamente las correspondientes situaciones de necesidad en función de las específicas circunstancias de cada Comunidad Autónoma, tales como la carestía de la vida, la despoblación, etc.[472]. Es evidente que un margen tan amplio de legislación en materia de Seguridad Social en manos de las CCAA puede

---

diversidad normativa propia al Estado de las autonomías con arreglo a criterios inconciliables con esa misma diversidad".

[467] SUÁREZ CORUJO, B. La consagración estatutaria de una política social autonómica: ¿una oportunidad perdida?. En *Aranzadi Social*, nº 13, 2006 (BIB 2006\1362, pág. 2).

[468] BORRAJO DACRUZ, E. La Seguridad Social en la Constitución Española cit., pág. 1509.

[469] FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M. La Seguridad Social y el Estado de las Autonomías cit., pág. 97.

[470] BORRAJO DACRUZ, E. La Seguridad Social en la Constitución Española cit., pág. 1509.

[471] MALDONADO MOLINA, J. A. La descentralización territorial y las pensiones no contributivas. A propósito del Decreto 284/1998, de 29 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía. En *Actualidad Laboral*, nº 28, 1999, pág. 523, OLIET PALÁ, B., y SERRANO TRIANA, A. Seguridad Social y Comunidades Autónomas cit., pág. 381, SUÁREZ CORUJO, B. La consagración estatutaria de una política social autonómica: ¿una oportunidad perdida? cit., pág. 2, y FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M. La Seguridad Social y el Estado de las Autonomías cit., pág. 97.

[472] MALDONADO MOLINA, J. A. La descentralización territorial y las pensiones no contributivas. A propósito del Decreto 284/1998, de 29 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía cit., pág. 524, MORENO REBATO, M. ¿Pueden las Comunidades Autónomas complementar las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social? Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 239/2002, de 11 de diciembre. En *Revista Española de Derecho Administrativo*, Thomson-Civitas, Madrid, nº 118, 2003, págs. 239 y 247, FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M. La Seguridad Social y el Estado de las Autonomías cit., pág. 97, y SUÁREZ CORUJO, B. La consagración estatutaria de una política social autonómica: ¿una oportunidad perdida? cit., pág. 2.

conducir a importantes disparidades territoriales, pero para el sector doctrinal que lo defiende no cabe otro modo de corregir dichas disparidades que el recurso al conflicto de competencias ante el TC cuando se considere que se ha producido una extralimitación legislativa por parte de la Comunidad Autónoma que perjudique los principios de igualdad o solidaridad, o la aprobación por parte del Estado de una ley de armonización en el marco del art. 150.3 CE[473].

Un caso concreto relativo a esta discusión doctrinal se planteó cuando la Junta de Andalucía aprobó los Decretos 284/1998, de 29 de diciembre, y 62/1999, de 9 de marzo, cuyo objeto era establecer ayudas económicas complementarias de carácter extraordinario a favor de los pensionistas por jubilación e incapacidad permanente en sus modalidades no contributivas residentes en la Comunidad Autónoma andaluza. En general, la doctrina se manifestó unánimemente en que, aunque las ayudas fuesen abonadas con cargo al propio presupuesto de la Comunidad y tuviesen carácter extraordinario, es decir, no consolidable, si se llegaba a la conclusión de que implicaban una modificación de la cuantía de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social, la Junta de Andalucía estaría invadiendo competencias que corresponderían con carácter exclusivo al Estado, ya que la cuantía de las prestaciones entraría dentro del ámbito de la legislación básica de Seguridad Social con objeto de asegurar una igualdad de protección de los beneficiarios en el territorio del Estado[474]. Ahora bien, si dichos complementos tuvieran la consideración de asistencia social, las CCAA estarían actuando dentro de sus competencias[475]. En tal caso, "esa referencia expresa del legislador autonómico a los titulares de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social es sólo un método de identificación automática de los necesitados sociales ancianos y minusválidos residentes en la Comunidad Autónoma respectiva", de manera que asegura "menores costes de gestión (ya que las condiciones de atribución del derecho -edad, incapacidad y medios de vida

[473] SALA FRANCO, T. La Seguridad Social y las Comunidades Autónomas cit., pág. 76, y FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M. La Seguridad Social y el Estado de las Autonomías cit., pág. 118.

[474] RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. Incremento de las pensiones no contributivas por las Comunidades Autónomas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 239/2002, de 11 de diciembre. En *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Thomson-Civitas, Madrid, nº 117, 2003, pág. 485, PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. El principio constitucional de «unidad del orden económico nacional» y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materias de trabajo y seguridad social cit., pág. 911, y GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, Mª A. Pensiones de Seguridad Social y Comunidades Autónomas: datos para un estudio cit., págs. 96 y 97.

[475] RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. Incremento de las pensiones no contributivas por las Comunidades Autónomas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 239/2002, de 11 de diciembre cit., pág. 485, y PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. El principio constitucional de «unidad del orden económico nacional» y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materias de trabajo y seguridad social cit., pág. 911.

insuficientes- ya han sido constatados por quienes gozan de las prestaciones no contributivas) y menos molestias burocráticas para los solicitantes (que no se ven forzados a repetir pruebas y documentos acreditativos de su estado de necesidad social)"[476].

Esta segunda posición fue la adoptada por el TC en su sentencia 239/2002, de 11 de diciembre, que entendió por tanto que dichos complementos podían calificarse como prestaciones de asistencia social, de modo que la Junta de Andalucía habría actuado dentro de sus propias competencias (art. 148.1.20ª CE) y sin perturbar las competencias propias del Estado en materia de Seguridad Social, pues, aunque dichos complementos operasen sobre una situación de necesidad ya cubierta por el sistema de Seguridad Social, "esta confluencia no puede impedir a las Comunidades Autónomas que actúen en esta franja común cuando ostentan título competencial suficiente, máxime si se considera que, en determinadas coyunturas económicas, el ámbito de protección de la Seguridad Social pudiera conllevar limitaciones asistenciales y prestacionales que, por ello, precisen de complementación con otras fuentes para asegurar el principio de suficiencia al que alude el art. 41 CE" (fundamento jurídico 7º *in fine*).

En definitiva, al trasladarse el objeto de la discusión hacia la naturaleza jurídica de los complementos, se perdió una excelente ocasión para que el TC mediase en la polémica doctrinal acerca del margen de maniobra de las CCAA para aprobar su propia legislación complementaria de Seguridad Social.

En todo caso, el problema no terminó con la aludida STC. El Gobierno central reaccionó a la misma, tal como ya adelantamos anteriormente, promoviendo la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, la cual, además de introducir el principio de unidad en el art. 2.1 LGSS, añadió un apartado cuarto al art. 38 del mismo Texto Legal, por el que pretendía atajar la posibilidad de que las CCAA pudieran aprobar complementos de pensión en un futuro. Decía dicho apartado que "cualquier prestación de carácter público que tenga por finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones económicas de la Seguridad Social, tanto en sus modalidades contributiva como no contributiva, forma parte del sistema de la Seguridad Social y está sujeta a los principios regulados en el artículo 2 de esta ley".

[476] GONZALO GONZÁLEZ, B. y SUÁREZ CORUJO, B. La Seguridad Social y su ajuste al marco del Estado autonómico: notas sobre dos de los problemas de mayor actualidad. En *Relaciones Laborales*, 2004, vol. II, pág. 476.

La vida de este precepto no fue muy larga, pues, con el cambio de gobierno tras las elecciones generales de marzo de 2004, se promulgó la Ley 4/2005, de 22 de abril, sobre los efectos en las pensiones no contributivas de los complementos otorgados por las Comunidades Autónomas[477], que modificó el apartado cuarto del art. 38 LGSS, dejándolo como sigue:

> "Cualquier prestación de carácter público que tenga como finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, forma parte del sistema de la Seguridad Social y está sujeto a los principios regulados en el artículo 2 de esta Ley.
> Lo previsto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de las ayudas de otra naturaleza que, en el ejercicio de sus competencias, puedan establecer las Comunidades Autónomas en beneficio de los pensionistas residentes en ellas."

Asimismo, como las pensiones no contributivas están sujetas a límites de rentas, para evitar que los complementos de las CCAA minorasen la cuantía de las propias pensiones no contributivas, se modificó el apartado segundo del art. 145 LGSS para establecer que "Las cuantías resultantes de lo establecido en el apartado anterior de este artículo, calculadas en cómputo anual, son compatibles con las rentas o ingresos anuales de que, en su caso, disponga cada beneficiario, siempre que los mismos no excedan del 25 por 100 del importe, en cómputo anual, de la pensión no contributiva. En caso contrario, se deducirá del importe de la pensión no contributiva la cuantía de las rentas o ingresos que excedan de dicho porcentaje"[478].

[477] BOE de 23 de abril de 2005, número 97.

[478] Este precepto, fue sorprendentemente modificado de un modo prácticamente inmediato por la Ley 8/2005, de 6 de junio, de compatibilización de las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva con el trabajo remunerado, que lo dejó redactado del siguiente modo: "Las cuantías resultantes de la aplicación de lo establecido en el apartado anterior de este artículo, calculadas en cómputo anual, se reducirán en un importe igual al de las rentas o ingresos anuales de que, en su caso, disponga cada beneficiario, salvo lo dispuesto en el artículo 147". Es decir, que los complementos aprobados por las CCAA, al tener carácter externo al sistema de Seguridad Social, se compensarían con una reducción de igual cantidad en la pensión no contributiva, neutralizándose de este modo el efecto positivo para la mejora de la calidad de vida del pensionista que dichos complementos pretendían obtener. Finalmente, se puso fin a este rocambolesco *iter* legislativo a través de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, que volvió a modificar el art. 145.2 LGSS para dejarlo del siguiente modo: "Las cuantías resultantes de lo establecido en el apartado anterior de este artículo, calculadas en cómputo anual, son compatibles con las rentas o ingresos anuales de que, en su caso, disponga cada beneficiario, siempre que los mismos no excedan del 25 por 100 del importe, en cómputo anual, de la pensión no contributiva. En caso contrario, se deducirá del importe de la pensión no contributiva la cuantía de las rentas o ingresos que excedan de dicho porcentaje, salvo lo dispuesto en el artículo 147".

En definitiva, desde el punto de vista legislativo, *a sensu contrario*, las CCAA pueden "complementar, ampliar o modificar" las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez permanente de modo libre sin mayor sujeción que el límite cuantitativo de que dichos complementos no superen el 25 por cien del importe, en cómputo anual, de tales pensiones. Este límite, por otra parte, no menoscaba la competencia de la Comunidad Autónoma, sino que, por encima del mismo, el efecto de mejora del complemento se anula al ser absorbido por una disminución equivalente de la pensión. En cambio, las pensiones contributivas sólo podrán ser complementadas por las CCAA cuando se trate de "ayudas de otra naturaleza", lo que parece conducir a prestaciones de asistencia social[479]. De este modo, parece que la discusión doctrinal a que anteriormente hicimos referencia se ha saldado con un primer paso a favor de admitir un importante margen para la legislación complementaria de las CCAA, pues éstas podrán "complementar, ampliar o modificar" las pensiones no contributivas dentro de su propio territorio y, se entiende, con cargo a su propio presupuesto.

Ante la pregunta de si la mencionada solución legislativa atenta contra los principios de igualdad y solidaridad, habría que contestar que no, pues, a los argumentos ya mencionados anteriormente, habría que añadir que la propia STC 239/2002, analizando su propia jurisprudencia anterior, recuerda que "las Comunidades Autónomas disponen de autonomía financiera para poder elegir sus «objetivos políticos, administrativos, sociales y económicos» (STC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 7), lo que les permite «ejercer sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las competencias propias, en especial las que figuran como exclusivas» (STC 201/1998, de 14 de octubre, FJ 4), pues dicha autonomía financiera «no entraña sólo la libertad de sus órganos de gobierno en cuanto a la fijación del destino y orientación del gasto público, sino también para la cuantificación y distribución del mismo dentro del marco de sus competencias» (STC 127/1999, de 1 de julio, FJ 8, con cita de la STC 13/1992, de 6 de febrero)". Asimismo, la STC 239/2002 recuerda que "en relación con el alcance del art. 149.1.1 CE hemos declarado que «sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos que la Constitución reconoce. De lo contrario quedaría desbordado el ámbito y sentido del art. 149.1.1 CE, que no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento». Sobre este presupuesto, el art. 149.1.1 CE «permite al Estado una regulación, aunque

[479] MOLINA NAVARRETE, C. Del «mal» e «inútil» uso del «poder legislativo» en materia de seguridad social: la Ley 4/2005, sobre efectos en las pensiones no contributivas de los complementos autonómicos. En *Aranzadi Social*, nº 12, 2005 (BIB 2005\1962, págs. 5 y 10).

limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico», lo que conlleva que dicho título competencial «no debe ser entendido como una prohibición de divergencia autonómica» [STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7 b)]".

Por tanto, como conclusión a lo dicho hasta el momento, la igualdad y solidaridad entre los diferentes territorios españoles se conforma con la existencia de un nivel de protección social básico y uniforme, que sería otorgado a través de la Seguridad Social. Por tanto, admitir que las CCAA puedan legislar en esta materia, mejorando en sus respectivos territorios y con cargo a su propio presupuesto el nivel de protección otorgado por la Seguridad Social es consecuente con su autonomía política y financiera y no perjudica los principios de igualdad y de solidaridad. Si esto es así, tampoco perjudica el principio de unidad al que aquellos otros sirven instrumentalmente. En definitiva, el principio de unidad no implica uniformidad monolítica del sistema de Seguridad Social, sino la existencia de un mínimo común denominador que, a la vista de la doctrina, la jurisprudencia y la legislación, parece estar garantizado con la retención en poder del Estado de la competencia en materia de legislación básica de Seguridad Social. Lo que deba entenderse por legislación básica tendrá un campo de actuación más amplio en el área contributiva de la Seguridad Social, donde la actuación de las CCAA sólo puede instrumentarse a través de complementos de acción social y a través de legislación organizativa y procedimental relativa a la ejecución de los servicios de Seguridad Social. Sin embargo, en el área no contributiva el campo de actuación de la legislación básica del Estado se contrae y aflora la autonomía política y financiera de las CCAA, las cuales podrán complementar, ampliar e incluso modificar las prestaciones de Seguridad Social con cargo a sus propios presupuestos.

I.c.- EL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Lo que, desde el punto de vista del art. 149.1.17ª CE, debe entenderse por régimen económico de la Seguridad Social es lo enumerado en el capítulo VIII del Título I de la LGSS, en definitiva: patrimonio (cuotas, bienes, derechos, acciones y recursos de cualquier otro género), recursos y fuentes de financiación (aportaciones presupuestarias del Estado, cotizaciones de las personas obligadas, frutos, rentas e intereses y cualquier otro producto de sus recursos patrimoniales y cualesquiera otros ingresos),

sistema financiero e inversiones, presupuesto, intervención y contabilidad y el régimen de contratación de las entidades gestoras y servicios comunes de la SS[480]. Más escuetamente, el régimen económico de la Seguridad Social también ha sido definido como "la determinación de los recursos del sistema y su distribución territorial y funcional"[481].

El régimen económico de la Seguridad Social, a diferencia de lo que ocurre con la legislación, no constituye una competencia compartida entre el Estado y las CCAA, sino que pertenece exclusivamente a aquél[482]. Si tenemos en cuenta que la expresión *régimen* tiene un alcance semántico más amplio que el de *legislación*, ello significa que el Estado tiene competencia exclusiva no sólo en materia de legislación sobre régimen económico, sino también para tomar decisiones y llevar a cabo actuaciones administrativas típicas de la ejecución de dicha legislación[483]. Así lo determinó el TC en su sentencia 124/1989, de 7 de julio (conflicto positivo de competencia nº 792/1984), en la que afirmó que "en su dimensión o expresión jurídica, el principio de unidad presupuestaria de la Seguridad Social significa la unidad de titularidad y por lo mismo la titularidad estatal de todos los fondos de la Seguridad Social, puesto que si faltara un único titular de los recursos financieros del sistema público de aseguramiento social, tanto para operaciones presupuestarias como extrapresupuestarias, no podría preservarse la vigencia efectiva de los principios de caja única y de solidaridad financiera, ni consecuentemente la unidad del sistema. No basta, por tanto, con la reserva de las competencias normativas para, desde las mismas, disponer la solidaridad financiera, mediante el establecimiento de reglas para la transferencia de fondos, a través de la Tesorería, de una a otra Comunidad Autónoma, en función de las disponibilidades financieras de cada momento. La Constitución no se ha limitado a establecer esa solidaridad interterritorial, sino que, partiendo de la misma, ha establecido e impuesto el carácter unitario del sistema y de su régimen económico, la

[480] PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social cit., pág. 412.

[481] DE LA VILLA GIL, L. E. Potestades normativas de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social cit., pág. 21.

[482] SSTC 27/1983, de 20 de abril (conflicto positivo de competencia nº 148/1982) y 46/1985, de 26 de marzo (recurso de inconstitucionalidad nº 152/1984). Desde el punto de vista doctrinal véase DESDENTADO BONETE, A. El régimen económico de la Seguridad Social y las Autonomías. En *Revista Española de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, nº 38, 1983, pág. 354, DE LA VILLA GIL, L. E. Potestades normativas de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social cit., pág. 21, y ALONSO GARCÍA, B. *El régimen jurídico de la protección social del minusválido* cit., pág. 125.

[483] DESDENTADO BONETE, A. El régimen económico de la Seguridad Social y las Autonomías cit., pág. 354, MALDONADO MOLINA, J. A. La descentralización territorial y las pensiones no contributivas. A propósito del Decreto 284/1998, de 29 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía cit., pág. 522, y BORRAJO DACRUZ, E. La Seguridad Social en la Constitución Española cit., pág. 1505.

estatalidad de los fondos financieros de la Seguridad Social y, por ende, la competencia exclusiva del Estado no sólo de normación sino también de disponibilidad directa sobre esos fondos propios, que en este momento se articula a través y por medio de la Tesorería General de la Seguridad Social. Por ello es competencia exclusiva del Estado, ejercida a través de la Tesorería General de la Seguridad Social, «la gestión de los recursos económicos y la administración financiera del sistema, en aplicación de los principios de solidaridad financiera y caja única», como se dice en el art. 1 del Real Decreto 1.314/1984 y que la Generalidad de Cataluña no ha cuestionado, lo que implica admitir, desde luego, que el Estado ejerce no sólo facultades normativas sino también facultades de gestión o ejecución del régimen económico de los fondos de la Seguridad Social destinados a los servicios o a las prestaciones de la Seguridad Social en Cataluña".

En parecidos términos se expresa la STC 195/1996, de 28 de noviembre (recurso de inconstitucionalidad nº 1279/1988), al afirmar que "ha de distinguirse, consiguientemente, entre la Seguridad Social y su régimen económico como materias competencialmente distintas. Respecto a la primera es evidente que, ostentando el País Vasco competencias ejecutivas, le corresponde ejercitar las potestades sancionadoras que garanticen el cumplimiento de la legislación básica estatal y de la autonómica que la desarrolle (STC 102/1995, fundamento jurídico 32). En cuanto a la segunda, la delimitación del ámbito de actuación de la Comunidad Autónoma requiere mayores precisiones, pues la atribución al Estado o a las Comunidades Autónomas del «régimen» en una determinada materia comprende, desde luego, la totalidad de las competencias normativas sobre la misma (SSTC 84/1982, fundamento jurídico 4., y 38/1983, fundamento jurídico 3.); pero implica también un «plus»: Además de la legislación, puede comportar la atribución de las competencias de ejecución necesarias para configurar un sistema materialmente unitario. Eso es lo que sucede en el caso del régimen económico de la Seguridad Social".

La razón de que el régimen económico de la Seguridad Social se residencie con carácter exclusivo dentro del ámbito de competencias del Estado y con una atribución tan amplia se encuentra en que a través del mismo "se ejercita un poder tributario con el que se garantiza el sostenimiento de un servicio público y, a la vez, y tal es la razón de fondo, un sistema de prestaciones solidarias en beneficio de todos los españoles"[484]. Así lo declara la mencionada STC 124/1989, al afirmar que

[484] BORRAJO DACRUZ, E. Comunidades Autónomas y Seguridad Social cit., pág. 192, y GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, Mª A. Pensiones de Seguridad Social y Comunidades Autónomas: datos para un estudio cit., pág. 58.

"el designio perseguido con el acantonamiento del «régimen económico» dentro de la competencia exclusiva del Estado no ha sido otro, con toda claridad, que el de preservar la unidad del sistema español de Seguridad Social y el mantenimiento de «un régimen público», es decir, único y unitario de Seguridad Social para todos los ciudadanos (art. 41 de la Constitución), que garantice al tiempo la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes en materia de Seguridad Social (art. 149.1.1.ª de la Constitución). Debe tenerse en cuenta a este propósito que en el momento de aprobarse la Constitución había sido ya creada la Tesorería General de la Seguridad Social para hacer efectivos los principios de solidaridad financiera y de unidad de caja, y este dato resulta relevante para la correcta interpretación del art. 149.1.17.ª, en la medida en que, como cabe deducir de los antecedentes y de los debates parlamentarios que culminaron en la aprobación del texto del citado precepto constitucional, la mención separada del «régimen económico» como función exclusiva del Estado trataba de garantizar la unidad del sistema de la Seguridad Social, y no sólo la unidad de su regulación jurídica, impidiendo diversas políticas territoriales de Seguridad Social en cada una de las Comunidades Autónomas".

Por tanto, a diferencia de lo que ocurre con el ámbito normativo, en que se considera que el principio de unidad queda salvaguardado con la retención en manos del Estado de la competencia sobre legislación básica que garantice un régimen jurídico uniforme en lo esencial, por el contrario el legislador constituyente y el propio TC fueron perfectamente conscientes de que, en lo relativo al régimen económico, la competencia debe permanecer completa y exclusivamente en poder del Estado para salvaguardar la solidaridad entre las distintas CCAA y, de este modo, el principio de unidad del sistema.

Es obligado por tanto hacerse la pregunta de si la actuación de las CCAA está totalmente vedada en el campo del régimen económico de la Seguridad Social. Para un cierto sector de la doctrina no sería así y lo razonan argumentando acerca de la confusión en que, a su juicio, incurre el TC en la mencionada sentencia 124/1989 entre "principio de unidad de caja" y "principio de unidad de régimen económico" de la Seguridad Social. Para este sector doctrinal, el principio de unidad de caja al que hace referencia el TC para mantener dentro del ámbito de competencias del Estado tanto la legislación como la ejecución del régimen económico de la Seguridad Social no constituye un concepto sustantivo ni, mucho menos, un principio de la Seguridad Social, sino un simple concepto contable. Además, aun en el supuesto de que pudiera hablarse de un principio de unidad de caja, tendría carácter preconstitucional, por lo que sería más que

dudosa su vigencia actual teniendo en cuenta que colisiona directamente con el reparto de competencias que, en materia de Seguridad Social, realiza el art. 149.1.17ª CE.

Este supuesto principio de unidad de caja aparece con rango legal en los arts. 57.1 y 63.1 LGSS. El primero de ellos establece que "la gestión y administración de la Seguridad Social se efectuará, bajo la dirección y tutela de los respectivos Departamentos ministeriales, con sujeción a principios de simplificación, racionalización, economía de costes, solidaridad financiera y unidad de caja, eficacia social y descentralización"; y el art. 63.1, al referirse al Servicio común que tiene encomendada la titularidad del patrimonio de la Seguridad Social y su gestión financiera, señala que "la Tesorería General de la Seguridad Social es un Servicio común con personalidad jurídica propia, en el que, por aplicación de los principios de solidaridad financiera y caja única, se unifican todos los recursos financieros, tanto por operaciones presupuestarias como extrapresupuestarias. Tendrá a su cargo la custodia de los fondos, valores y créditos y las atenciones generales y de los servicios de recaudación de derechos y pagos de las obligaciones del sistema de la Seguridad Social". Ahora bien, estos preceptos se incorporaron a la LGSS en 1994 como consecuencia de la refundición del Real Decreto Ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo, que, además de mencionar el principio de caja única en la exposición de motivos, lo recogía como principio inspirador de la gestión de la Seguridad Social en el art. 1.1 y en la disposición adicional segunda. Por tanto, se trataría de un principio preconstitucional.

Además, para este sector doctrinal el supuesto principio de unidad de caja no sería más que un concepto contable a través del que "se pretendería evitar la existencia de cajas diferentes en función de las prestaciones, los colectivos o el territorio"[485]. Se trataría de un aspecto secundario y parcial del régimen económico de la Seguridad Social. Para estos autores, lo verdaderamente determinante para garantizar la unidad del régimen económico de la Seguridad Social viene dado por la unidad patrimonial, unidad presupuestaria, titularidad única del patrimonio radicada en la organización gestora administrativa especializada, la dirección unitaria de las múltiples tareas necesarias para su administración, y la solidaridad financiera[486].

[485] GONZALO GONZÁLEZ, B. y SUÁREZ CORUJO, B. La Seguridad Social y su ajuste al marco del Estado autonómico: notas sobre dos de los problemas de mayor actualidad cit., pág. 465.

[486] *Ibid.*

De hecho, para este sector doctrinal no es cierto que exista una caja única, pues el art. 68.4 LGSS prevé que "los ingresos que las mutuas obtengan como consecuencia de las primas de accidentes de trabajo aportadas a las mismas por los empresarios a ellas asociados, así como los bienes muebles o inmuebles en que puedan invertirse dichos ingresos, forman parte del patrimonio de la Seguridad Social y están afectados al cumplimiento de los fines de ésta", siendo aun más explícito el art. 3.1 del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales en la gestión de la Seguridad Social[487], el cual añade que "asimismo, forman parte del patrimonio de la Seguridad Social las rentas y rendimientos de los bienes señalados y, en general, los derechos, acciones y recursos relacionados con los mismos". Asimismo, el art. 77.1.d), párrafo segundo de la LGSS prevé que "las empresas que se acojan a esta forma de colaboración [el pago a su cargo de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes] tendrán derecho a reducir la cuota a la Seguridad Social, mediante la aplicación del coeficiente que, a tal efecto, fije el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social". De la lectura de estos preceptos se deduce claramente que la recaudación de las cuotas u otros recursos de la Seguridad Social no siempre se lleva a cabo por la TGSS, pues en el caso de las empresas colaboradoras ellas mismas retienen una fracción de cuota para asumir el pago de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, y las MATEPSS pueden obtener recursos a través de la inversión de las cuotas de la Seguridad Social. Además, tanto las empresas colaboradoras como las MATEPSS realizan por sí mismas y con cargo a sus fondos pagos de prestaciones de Seguridad Social. En ambos casos, para este sector doctrinal, quebraría el principio de caja única, pero lo importante, pues éste tiene un carácter meramente secundario y contable, es que se mantiene la unidad del régimen económico de la Seguridad Social, pues se mantiene la unidad patrimonial, así como su titularidad única y, en fin, la solidaridad financiera del sistema[488].

En conclusión, "el valor adjetivo, y la variedad y adaptabilidad técnicas del concepto administrativo-contable de "caja única" no deberían intervenir, por su misma naturaleza secundaria, y como ya se ha dicho, para impedir el cumplimiento de las previsiones constitucionales sobre participación autonómica intensiva en la gestión económica de la Seguridad Social (art. 149.1.17ª), ni las estatutarias sobre genérica transferibilidad de

[487] BOE de 12 de diciembre de 1995, número 296.

[488] GONZALO GONZÁLEZ, B. y SUÁREZ CORUJO, B. La Seguridad Social y su ajuste al marco del Estado autonómico: notas sobre dos de los problemas de mayor actualidad cit., págs. 466 a 469.

los cometidos de esa gestión a las correspondientes Comunidades Autónomas"[489].

Sin embargo, existe otro sector doctrinal para quien el mandato del art. 149.1.17ª de la CE es claro, en el sentido de que la titularidad de la competencia en materia de régimen económico de la Seguridad Social exige la ejecución efectiva de la misma por parte del Estado, pues de otro modo no quedarían salvaguardados los principios de unidad y solidaridad. Esta posición doctrinal cuenta además con el apoyo de la STC 124/1989, la cual señala expresamente que "las concretas facultades que integran la competencia estatutaria de gestión del régimen económico de la Seguridad Social serán sólo aquellas que no puedan comprometer la unidad del sistema o perturbar su funcionamiento económico uniforme, ni cuestionar la titularidad estatal de todos los recursos de la Seguridad Social o engendrar directa o indirectamente desigualdades entre los ciudadanos en lo que atañe a la satisfacción de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones de seguridad social. Tales facultades autonómicas deben, en suma, conciliarse con las competencias exclusivas que sobre la gestión del régimen económico la Constitución ha reservado al Estado, en garantía de la unidad y solidaridad del sistema público de Seguridad Social".

Desde este punto de vista, BORRAJO DACRUZ ha defendido, a través de la aplicación analógica del art. 156.2 CE, que las CCAA puedan actuar como delegados o colaboradores del Estado para el desempeño de algunas funciones complementarias y subordinadas en materia de gestión del régimen económico de la Seguridad Social, posición que ha sido asumida por otros autores[490]. En todo caso permanecería en manos del Estado[491]:

[489] *Ibid.*, pág. 465. Desde otro punto de vista, pero llegando a idéntica conclusión, PALOMAR OLMEDA y ZATARAÍN DEL VALLE critican la STC 124/1989, pues a su juicio "aporta una perspectiva bastante más amplia que la formulación legal que hemos analizado y referida a la gestión patrimonial, financiación y recursos del sistema, para entender incluido en dicho epígrafe cualquier actuación administrativa que pueda suponer alguna repercusión en la economía de la Seguridad Social, olvidando, a nuestro juicio, que es la naturaleza de las cosas la que debe tenerse en cuenta a la hora de verificar su encuadramiento y no sus efectos indirectos". Para estos autores la ejecución del régimen económico de la Seguridad Social por parte de las CCAA "no compromete, por sí misma, la integridad del sistema ni su funcionamiento en régimen de caja única, siempre, claro está, que el producto de ambas [cotización y recaudación] sea inmediatamente integrado en las cuentas generales sin posibilidad de retención ni compensación alguna" (PALOMAR OLMEDA, A. y ZATARAÍN DEL VALLE, R. La distribución de competencias en materia de Seguridad Social y la sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de julio de 1989 cit., págs. 53 y 56).

[490] BORRAJO DACRUZ, E. Comunidades Autónomas y Seguridad Social cit., pág.192, BORRAJO DACRUZ, E. La Seguridad Social en la Constitución Española cit., pág.1505, y DESDENTADO BONETE, A. El régimen económico de la Seguridad Social y las Autonomías cit., pág. 355.

[491] DESDENTADO BONETE, A. El régimen económico de la Seguridad Social y las Autonomías cit., pág. 361.

- La recaudación de cuotas, considerada como una exigencia ineludible para garantizar la libre movilidad de la fuerza de trabajo en el mercado nacional;
- La realización de actos de disposición patrimonial, puesto que ello implica el ejercicio de la titularidad dominical;
- La realización de pagos, lo que permite la distribución solidaria de los recursos, tanto territorial como funcionalmente.

Por el contrario, las CCAA podrían asumir[492]:

- La realización de actos de gestión patrimonial, es decir, de defensa, conservación y custodia de los bienes;
- La ordenación de pagos dentro de los límites de las consignaciones presupuestarias, lo que ya se está haciendo respecto a las pensiones no contributivas y podría extenderse al resto de las prestaciones[493].

Aunque parezca una obviedad, no está de más recordar que la competencia de las CCAA para aprobar una legislación complementaria de la Seguridad Social que contemple prestaciones inexistentes en el sistema nacional o que suplemente las ya existentes debería ejercitarse siempre con cargo a los presupuestos de la propia Comunidad Autónoma, pues de lo contrario se estaría vulnerando la competencia exclusiva del Estado en materia de régimen económico de la Seguridad Social. No en vano, se estarían comprometiendo recursos ajenos y, de este modo, comprometiendo los principios de unidad y de solidaridad.

[492] *Ibid.*, pág. 362, ALONSO GARCÍA, B. *El régimen jurídico de la protección social del minusválido* cit., pág. 126, MANRIQUE LÓPEZ, F. Perspectiva constitucional de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social cit., pág. 1068, y DE LA VILLA GIL, L. E. Potestades normativas de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social cit., pág. 21.

[493] Aunque la STC 124/1989 considera competencia exclusiva del Estado "la ordenación de pagos a cargo de los fondos de la Seguridad Social" (fundamento jurídico 6º, párrafo primero), entiendo que se trata de una confusión con "la realización de pagos". Ésta es competencia exclusiva del Estado por las razones ya explicadas, pero no ocurre lo mismo con aquélla, pues de otro modo quedaría vacía de contenido la competencia atribuida constitucionalmente a las CCAA para ejecutar los servicios de la Seguridad Social. De hecho, la misma sentencia, en el mismo fundamento jurídico, pero en el párrafo segundo, admite que los "pagos derivados de la gestión de los servicios de la Seguridad Social asumidos por la Generalidad de Cataluña han de ser ordenados por y corresponden a los órganos de la propia Comunidad Autónoma previa la correspondiente habilitación de fondos precisos por la Tesorería General de la Seguridad Social de acuerdo con el régimen establecido por la legislación del Estado".

I.d.- LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE EJECUCIÓN DE LOS SERVICIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

A la vista de todo lo dicho hasta el momento las CCAA pueden asumir la ejecución de todos los servicios de la Seguridad Social, salvo en lo referido al régimen económico, en que existen condicionantes muy importantes y, en ocasiones, insalvables[494]. Las CCAA podrían asumir de este modo la gestión de las prestaciones de Seguridad Social, lo que implica, adicionalmente, la más amplia potestad de auto-organización de los órganos administrativos encargados de dicha gestión en la Comunidad Autónoma. Ésta ostentaría en materia organizativa y de gestión la competencia legislativa y reglamentaria y los órganos administrativos gestores estarían sujetos al control político de los órganos representativos autonómicos[495].

Por el contrario, permanecerían en manos del Estado[496]:

- La organización de los servicios administrativos de ámbito nacional;
- Las funciones de gestión de ámbito supra-autonómico, así como las de coordinación inter-autonómica;
- La alta inspección, lo cual no implica en ningún caso una dependencia jerárquica de los órganos administrativos autonómicos respecto del Estado[497], ya que aquélla no supone una duplicación de la ordinaria "inspección de servicios", que sería de competencia exclusivamente autonómica, sino que "aparece así revestida de un carácter jurídico, no sólo en lo que concierne a su ejercicio, sino en cuanto a su contenido, pues recae sobre la correcta interpretación de las normas estatales, así como de las que emanan de las asambleas comunitarias, en su indispensable interrelación", para lo cual "requiere y debe aceptar una colaboración con la Administración Autonómica, compatible con el respeto de las funciones legislativas,

[494] STC 195/1996, de 28 de noviembre.

[495] PALOMAR OLMEDA, A. y ZATARAÍN DEL VALLE, R. La distribución de competencias en materia de Seguridad Social y la sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de julio de 1989 cit., pág. 16, y PALOMAR OLMEDA, A. El modelo de la Seguridad Social en el seno del Estado Autonómico: las consecuencias de la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de noviembre de 1996 cit., pág. 563.

[496] BORRAJO DACRUZ, E. La Seguridad Social en la Constitución Española cit., pág. 1504.

[497] PALOMAR OLMEDA, A. y ZATARAÍN DEL VALLE, R. La distribución de competencias en materia de Seguridad Social y la sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de julio de 1989 cit., pág. 16.

ejecutivas y de garantía del propio ordenamiento autonómico" (STC 6/1982, de 22 de febrero).

Finalmente, considero necesario realizar un somero repaso de las funciones administrativas que las CCAA no pueden asumir por haber sido catalogadas por el TC como pertenecientes al régimen económico de la Seguridad Social.

Es competencia exclusiva del Estado la recaudación y aplazamiento o fraccionamiento de las cuotas y demás ingresos o recursos de financiación de la caja única de Seguridad Social. Ello no excluye, tal como vimos anteriormente, la posibilidad de que el Estado pudiera encomendar a las CCAA funciones delegadas de recaudación de esos ingresos estatales, pero siempre que "quedara asegurado el que los fondos recaudados fluyeran automáticamente a la caja única centralizada de la Tesorería General de la Seguridad Social, sin retenciones de ningún género y sin posibilidad alguna de constituir fondos autonómicos separados del patrimonio único en que tales fondos se integran"[498].

También es competencia exclusiva del Estado "la disponibilidad directa" de los fondos de la Seguridad Social. Ello implica además que deba permanecer en el Estado la titularidad de las cuentas en entidades financieras en que se depositen los fondos de la Seguridad Social, así como la competencia para autorizar la apertura y, en su caso, la cancelación de esas cuentas, sin perjuicio de que las CCAA dispongan la apertura de cuentas en instituciones financieras para situar los fondos que la TGSS ponga a su directa disposición[499].

Las CCAA podrían asumir la competencia en materia de inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de los trabajadores, pero "dentro de las normas básicas y uniformes que establezca el Estado en la materia" y "respetando la facultad ejecutiva del Estado que asegure la comunicación inmediata de esos actos para que tengan efectos dentro del sistema de la Seguridad Social, así como el control del cumplimiento de los correspondientes deberes en tanto que afecten al cumplimiento de obligaciones recaudatorias"[500]. Por tanto, las CCAA pueden asumir la realización de los actos de inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas, siempre que los mismos sean comunicados inmediatamente al Estado, el cual podrá además supervisar el cumplimiento de dichos deberes por parte

[498] STC 124/1989 (fundamento jurídico 5º).

[499] STC 124/1989 (fundamentos jurídicos 6º y 7º).

[500] STC 124/1989 (fundamento jurídico 4º).

de los obligados[501]. La razón de un reparto competencial tan confuso se encuentra en que para el TC "la inscripción de empresas, la afiliación, las altas y las bajas de los trabajadores son actos instrumentales respecto al mantenimiento de la obligación de contribuir, pero también respecto a la obtención del derecho a la correspondiente protección por el sistema de la Seguridad Social". Por consiguiente, desde este último punto de vista dichas competencias podrían ser asumidas por las CCAA, pero por otro lado, en cuanto actos instrumentales de la obligación de contribuir, no son ajenos al régimen económico de la Seguridad Social, por lo que el Estado debe conservar ciertas competencias sobre los mismos. De este modo, el TC es consciente de que la unidad del sistema de Seguridad Social "supone también la relevancia nacional de la inscripción de la Empresa, que determina además el régimen de Seguridad Social aplicable, el carácter único de la afiliación, y el que las altas y bajas de los trabajadores tengan efectos en todo el territorio nacional sea cual sea el lugar en que se produzcan, y como incidencias de una única «carrera» dentro de aquel sistema. Se trata de actos que inciden muy directamente en la obligación de cotizar, y por ello no pueden entenderse totalmente ajenos al régimen económico de la Seguridad Social, en cuanto son instrumento imprescindible para la posibilidad de obtención de ingresos y también como medios de información y control necesarios para el funcionamiento de la caja única".

Por último, respecto a la potestad sancionadora, el TC considera que corresponde a quien tiene la competencia sobre la materia en la que se ejerce. Ello significa que las CCAA podrán ostentar la potestad sancionadora en materia de Seguridad Social, excepto cuando se trate de infracciones que afecten al régimen económico[502].

En definitiva, como resumen de lo dicho hasta aquí, el Estado se reserva la competencia sobre legislación básica de Seguridad Social. Ello garantiza un régimen jurídico uniforme en todo el Estado en lo esencial del sistema, lo que a su vez garantiza el respeto al principio de unidad del mismo. Asimismo, se garantiza el principio de igualdad, aunque sea una igualdad de mínimos, respetando por otro lado la autonomía política y financiera de las CCAA para establecer su propia legislación de Seguridad Social, que sea complementaria y mejore la del Estado.

Finalmente, la competencia sobre el régimen económico de la Seguridad Social se mantiene exclusivamente en poder del Estado, tanto a

[501] STC 195/1996 (fundamento jurídico 7º).

[502] STC 195/1996 (fundamento jurídico 8º).

nivel legislativo como ejecutivo. De este modo se garantiza el principio de solidaridad entre los diferentes territorios del Estado y, consiguientemente, el principio de unidad, pues será el Estado quien recaudará los fondos de la Seguridad Social y se ocupará de distribuirlos territorial y funcionalmente de acuerdo con las situaciones de necesidad. Así la Seguridad Social cumple con sus funciones principales de redistribución de rentas y de integración, y consiguientemente contribuye meritoriamente a la cohesión, o unidad, del Estado.

II.- EL PRINCIPIO DE UNIDAD JURÍDICA

II.a.- GÉNESIS Y EXPLICACIÓN HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE UNIDAD JURÍDICA

La LBSS incluyó el principio de unidad desde la perspectiva que se adopta en este apartado ya desde la misma exposición de motivos, en la que se afirma que "parece llegado el momento de operar el tránsito de un conjunto de seguros sociales a un sistema de Seguridad Social". Sobre esta piedra angular se explica que "al generalizar la protección a la población activa en su conjunto y al contemplar armónicamente las situaciones de necesidad social que la experiencia ha demostrado que son susceptibles de cobertura, se reacciona contra la insuficiencia de nuestro sistema actual, en parte nacida del largo y complejo proceso de expansión operado, y muy particularmente de la aparición sucesiva y no coordinada de los sistemas parciales de aseguramiento".

Sin embargo, tras este prometedor comienzo, la LBSS da un paso atrás a continuación al consagrar como una de las "principales directrices" del nuevo sistema "la tendencia a la unidad". Es decir, no consagra el principio de unidad, sino el principio de tendencia a la unidad. De este modo, explica que "la tendencia a la unidad se manifiesta, primeramente, en que, no obstante la existencia de Regímenes Especiales junto al Régimen General de la Seguridad Social, responden todos ellos a una misma concepción y a principios homogéneos; pero muy en especial se traduce en la adopción de medidas encaminadas a poner término a la complejidad de que adolece nuestro actual sistema de Previsión Social que se manifiesta en una incesante proliferación de disposiciones, causa y efecto, a la vez, de la diversidad de Organismos y Entidades cuyas actividades se entrecruzan e interfieren, cuando no aparecen superpuestas en atención a un mismo sujeto y a idéntico estado de infortunio, con la inevitable duplicidad y consiguiente despilfarro de esfuerzo".

En aplicación de lo anteriormente expuesto, la base tercera de la Ley señala que "en aquellas actividades profesionales que por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos se hiciere preciso, se establecerán Regímenes Especiales para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social". La relación entre régimen general y régimen especial sería la propia de la

"regla general" y la "regla especial", o sea, la regla que resulta del reconocimiento de la necesidad de adaptar las disposiciones comunes a las peculiaridades de cada realidad, en este caso, de cada grupo de población o sector de actividad socio-profesional, sin que ello suponga imperfección o una suerte de "mal inevitable", sino expresión de la complejidad de la realidad a normar, que requiere fórmulas plurales y articuladas, no uniformes o rígidamente homogéneas, de regulación[503]. En general, existe acuerdo entre la doctrina acerca de que los regímenes especiales implican "una regulación propia y distinta para colectivos específicos en la acción protectora, en las prestaciones, organización y financiación separada"[504], mientras que los sistemas especiales son "peculiaridades que se establecen respecto a algunos regímenes y que no afectan a aspectos sustantivos o de contenido básico del régimen jurídico, sino a aspectos meramente formales como actos de encuadramiento, afiliación, forma de cotización o recaudación"[505]. La razón de ser de los sistemas especiales por tanto se orienta a "diferencias de procedimiento administrativo", es decir, "no responde a las necesidades protegibles de sus afiliados"[506].

La base tercera de la LBSS cita como Regímenes Especiales los siguientes:

- Funcionarios públicos, civiles y militares.
- Personal al servicio de los Organismos del Movimiento.
- Funcionarios de Entidades estatales autónomas.
- Socios trabajadores de Cooperativas de producción.
- Servidores domésticos.
- Trabajadores por cuenta propia o autónomos.

---

[503] RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. La necesaria reestructuración y simplificación de los Regímenes Especiales. Nuevas perspectivas tras la firma del Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del Sistema de Protección Social. En *Tribuna Social*, CISS, Valencia, nº 131, 2001, pág. 38.

[504] BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPARLER CARRASCO, Mª. A. *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 28, y TEJERINA ALONSO, J. I. La racionalización de la estructura de la Seguridad Social: la integración de los Regímenes Especiales de Trabajadores Ferroviarios, de Artistas, de Toreros, de Representantes de Comercio, de Escritores de Libros y de Futbolistas. En *Revista de Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, nº 31, 1986, pág. 70. En similares términos, aunque más escuetamente, se manifiesta BAYÓN CHACÓN al afirmar que "régimen especial es aquel en el cual las prestaciones de los trabajadores incluidos en él son diferentes de las previstas para el Régimen General de la Seguridad Social" (BAYÓN CHACÓN, G. El elemento de pluralidad en la Seguridad Social española: Régimen General y Regímenes Especiales. En VV. AA. *Diecisiete lecciones sobre Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Universidad Complutense, Madrid, 1972, pág. 10).

[505] BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPARLER CARRASCO, Mª. A. *Regímenes Especiales de la Seguridad Social* cit., pág. 28.

[506] CONCEPCIÓN SEVILLANO, J. L. *Los Sistemas Especiales del Régimen General de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1995, pág. 51.

- Estudiantes.
- Personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares.
- Representantes de comercio.

También cita como Regímenes Especiales el de los trabajadores del mar, así como la Seguridad Social Agraria, que encuadrará a los trabajadores dedicados a las actividades agrícolas, forestales y pecuarias y a los empresarios de pequeñas explotaciones que cultiven, directa y personalmente, sus fincas. Respecto de estos regímenes, la LBSS insiste en que "se tenderá a la paridad de derechos y prestaciones con el Régimen General".

No obstante, la anterior lista era meramente enunciativa, pues la misma base autorizaba al Ministerio de Trabajo a crear otros regímenes especiales cuando se considerase necesario.

Finalmente, la base tercera de la LBSS concluía con una norma de cierre que apuntalaba el carácter del Régimen General como Derecho común, al afirmar que a las personas no comprendidas en los regímenes especiales les serían de aplicación las disposiciones del Régimen General de la Seguridad Social, sin perjuicio de las normas que se dicten estableciendo sistemas especiales en materia de encuadramiento, afiliación y cotización. *Lato sensu*, el Régimen General se configuraba como el régimen de los trabajadores por cuenta ajena de la industria y los servicios, en definitiva, aquellos trabajadores dependientes de un salario que constituyeron el embrión del sistema de protección social, tal como vimos en la introducción histórica de este trabajo.

Hay por tanto un régimen, el general, que se configura como núcleo esencial o fundamental del sistema de Seguridad Social, frente a un conjunto de regímenes que actúan como especialidades respecto de ese núcleo básico. Si a ello se une la tendencia impuesta por la LBSS de lograr una homogeneización de los distintos regímenes tomando el general como modelo o punto de referencia, se aprecia claramente ese carácter de Derecho común que ostenta el Régimen General de la Seguridad Social[507].

La estructuración del sistema de Seguridad Social en un Régimen General y en varios Regímenes Especiales fue considerada en su día no una "creación de la Ley de Bases de 1963, sino imposibilidad de la misma para

[507] RODRÍGUEZ RAMOS, M. J., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M. *Sistema de Seguridad Social* cit., pág. 62.

superar las diferencias existentes antes de ella"[508]. Es decir, frente a la pluralidad de los seguros sociales y de las mutualidades laborales, el legislador fue incapaz de imponer un sistema unitario, de manera que dicha fragmentación previa pervivió a través de los regímenes especiales, pero con el agravante de que además se permitía el nacimiento de otros nuevos[509].

Esta estructuración del sistema de Seguridad Social se ha mantenido a través de los distintos textos refundidos de la Ley General de Seguridad Social hasta nuestros días. Concretamente, el art. 9 LGSS establece que el sistema de Seguridad Social está integrado por el Régimen General y los Regímenes Especiales. Respecto a éstos, el art. 10 afirma que "se establecerán Regímenes especiales en aquellas actividades profesionales en las que, por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos se hiciere preciso tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social". Según dicho precepto, se considerarán Regímenes especiales los que encuadren a los grupos siguientes:

a) Trabajadores dedicados a las actividades agrícolas, forestales y pecuarias, así como los titulares de pequeñas explotaciones que las cultiven directa y personalmente.

b) Trabajadores del mar.

c) Trabajadores por cuenta propia o autónomos.

d) Funcionarios públicos, civiles y militares.

e) Empleados de hogar.

f) Estudiantes.

g) Los demás grupos que determine el Ministerio de Trabajo.

---

[508] BAYÓN CHACÓN, G. El elemento de pluralidad en la Seguridad Social española: Régimen General y Regímenes Especiales cit., pág. 11, VIDA SORIA, J. Los regímenes especiales. En *Papeles de Economía Española*, Fundación Fondo para la Investigación Económica y Social-Obra Social de la Confederación Española de Cajas de Ahorros, Madrid, nº 12-13, 1982, pág. 160, TEJERINA ALONSO, J. I. La racionalización de la estructura de la Seguridad Social: la integración de los Regímenes Especiales de Trabajadores Ferroviarios, de Artistas, de Toreros, de Representantes de Comercio, de Escritores de Libros y de Futbolistas cit., pág. 61, y CUBAS MORALES, A. El campo de aplicación y la «estructura» del sistema en la nueva Ley General de la Seguridad Social. Presente y futuro de los Regímenes Especiales. En *Tribuna Social*, CISS, Valencia, nº 56-57, 1995, pág. 31.

[509] FERRERAS ALONSO, F. Desigualdades de la protección social de los diferentes grupos de población protegidos por la Seguridad Social: sus causas y remedios. Incidencias de la «Ley de Pensiones» del 85. En *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, nº 25, 1986, pág. 59.

Se regirán por ley los regímenes especiales agrario, de trabajadores del mar y de funcionarios públicos. Además, en los dos primeros deberá tenderse en su regulación a la homogeneidad con el Régimen general.

Los demás regímenes especiales podrán regirse por normas reglamentarias y también deberán tender a la máxima homogeneidad con el Régimen general, en la medida que permitan las disponibilidades financieras del sistema y las características de los distintos grupos afectados por dichos Regímenes.

El apartado quinto del art. 10 LGSS establece que, de conformidad con la tendencia a la unidad que debe presidir la ordenación del sistema de la Seguridad Social, el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, podrá disponer la integración en el Régimen general de cualquiera de los Regímenes especiales, a excepción de los que han de regirse por leyes específicas, siempre que ello sea posible teniendo en cuenta las peculiares características de los grupos afectados y el grado de homogeneidad con el Régimen general alcanzado en la regulación del Régimen especial de que se trate. De igual forma, podrá disponerse que dicha integración tenga lugar en otro Régimen especial cuando así lo aconsejen las características de ambos Regímenes y se logre con ello una mayor homogeneidad con el Régimen general.

De la base tercera de la LBSS y de su plasmación legislativa posterior se deduce el carácter transitorio de los regímenes especiales de la Seguridad Social. Sobre los mismos recae un criterio de excepcionalidad: el recurso a los regímenes especiales sólo es posible cuando obstáculos insalvables de carácter técnico hagan inevitable, para una adecuada y eficaz protección, un tratamiento normativo diferenciado y, en todo caso, con carácter transitorio; es decir, para la LGSS la existencia de regímenes especiales no sólo es una situación excepcional justificable exclusivamente por razones de índole estrictamente técnica sino que, además, dicha excepcionalidad no debe considerarse como algo definitivo[510].

La superación por tanto de la estructuración del sistema en diversos regímenes especiales debe lograrse siguiendo una doble tendencia, a saber:

[510] RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. La necesaria reestructuración y simplificación de los Regímenes Especiales. Nuevas perspectivas tras la firma del Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del Sistema de Protección Social cit., pág. 35, VALDÉS DAL-RÉ, F. Estructura del sistema de Seguridad Social y protección de los trabajadores autónomos. En *Relaciones Laborales*, 1995, Vol. II, pág. 34, TEJERINA ALONSO, J. I. La racionalización de la estructura de la Seguridad Social: la integración de los Regímenes Especiales de Trabajadores Ferroviarios, de Artistas, de Toreros, de Representantes de Comercio, de Escritores de Libros y de Futbolistas cit., pág. 61, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. La necesaria reforma estructural del Sistema de Seguridad Social. En *Tribuna Social*, CISS, Valencia, nº 116-117, 2000, pág. 14, y ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L. *Instituciones de Seguridad Social* cit., pág. 540.

la homogeneización o uniformidad normativa de los distintos regímenes respecto del régimen general, y la racionalización o integración, en la medida en que sea posible, de los distintos regímenes especiales en el régimen general o en otros regímenes especiales[511]. No obstante, esta doble tendencia no comenzó a materializarse decididamente a nivel normativo hasta 1985, siendo bien distinta la evolución de la estructura del sistema previa a esa fecha, ya que el gobierno hizo uso frecuente de la habilitación legal para crear por vía reglamentaria regímenes especiales y, como veremos a continuación, no siempre por razones técnicas justificadas, sino amparando otro tipo de razones metajurídicas, ya fueran de tipo político, económico, social o corporativo[512]. Veamos pues cuál fue la tendencia inicial hasta 1985 y cuál ha sido a partir de entonces.

II.a.1.- La evolución de la estructura del sistema hasta 1985.- El mayor daño que se causó al principio de unidad no vino dado por la consagración por parte de la LBSS de los regímenes especiales, sino por la habilitación al Ministerio de Trabajo para que, por vía reglamentaria, pudiese crear nuevos regímenes especiales además de los ya existentes, "sin ningún límite objetivo y sin ninguna garantía de fondo, salvo una vaga e imprecisa referencia a una tendencia a la homogeneidad con el régimen general"[513]. De esta manera, los primeros años de vigencia de la LSS de 1966 estuvieron presididos por una intensa creación de regímenes especiales por vía reglamentaria, además de los ya previstos en la propia LBSS[514]. Ello condujo a una dispersión y a un fragmentismo dentro de la estructura del sistema aun mayor que la que se contemplaba como solución transitoria y excepcional en la LBSS. Con frecuencia se ha aducido que ello fue en realidad la consecuencia de un proceso continuado de formación de la Seguridad Social, que, al igual que en otros países de nuestro entorno, no nace con la amplitud actual, sino que a lo largo de un dilatado periodo de

[511] RODRÍGUEZ RAMOS, M. J., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M. *Sistema de Seguridad Social* cit., pág. 77.

[512] RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. La necesaria reestructuración y simplificación de los Regímenes Especiales. Nuevas perspectivas tras la firma del Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del Sistema de Protección Social cit., pág. 35, TEJERINA ALONSO, J. I. La racionalización de la estructura de la Seguridad Social: la integración de los Regímenes Especiales de Trabajadores Ferroviarios, de Artistas, de Toreros, de Representantes de Comercio, de Escritores de Libros y de Futbolistas cit., pág. 61, FERRERAS ALONSO, F. Desigualdades de la protección social de los diferentes grupos de población protegidos por la Seguridad Social: sus causas y remedios. Incidencias de la «Ley de Pensiones» del 85 cit., pág. 63, MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. En VV. AA. *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social* (Directores MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, Mª. N.), Comares, Granada, 1999, pág. 190, MONTOYA MELGAR, A. La fragmentación de la Seguridad Social y sus razones. En *Revista de Política Social*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, nº 98, 1973, pág. 6.

[513] VV. AA. *Acción protectora y estructura orgánica de la Seguridad Social* cit., pág. 139.

[514] BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPARLER CARRASCO, Mª. A. *Regímenes Especiales de la Seguridad Social* cit., pág. 29.

tiempo va incorporando nuevos colectivos a la protección del sistema en función de múltiples factores (capacidad financiera, reivindicaciones sociales, conveniencia política, etc.)[515]. Incluso se llegó a decir que los regímenes especiales fueron el vehículo a través del que operó el proceso de universalización de la Seguridad Social[516].

En el repaso histórico que a continuación vamos a hacer dejaremos de lado a los funcionarios públicos por considerarse un "régimen externo" o "periférico", por cuanto está regulado por leyes propias, e incluido en los presupuestos generales del Estado y no en los propios de la Seguridad Social[517]. Su existencia, al igual que en numerosos sistemas comparados, se debe exclusivamente a razones históricas[518], sin que existan razones propiamente jurídicas de peso que justifiquen su pervivencia. Probablemente por ello, aunque se evita hablar de una posible integración, durante los últimos años se ha hecho un esfuerzo de homogeneización del régimen de protección de este régimen especial con el Régimen General de la Seguridad Social, que habrá de continuar en el futuro como ordena la disposición adicional 62ª de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009[519], al señalar que "el Gobierno, previa negociación con las Organizaciones Sindicales en la Mesa del Diálogo Social existente para el seguimiento y desarrollo del Pacto de Toledo, propondrá en el plazo de seis meses las medidas legales necesarias en orden a continuar el proceso de armonización del Régimen de Clases Pasivas del Estado con el Régimen General de la Seguridad Social".

Cumpliendo con el mandato contenido en la base tercera de la LBSS, mediante Ley 38/1966, de 31 de mayo[520], se establece el Régimen Especial

[515] FERRERAS ALONSO, F. Desigualdades de la protección social de los diferentes grupos de población protegidos por la Seguridad Social: sus causas y remedios. Incidencias de la «Ley de Pensiones» del 85 cit., pág. 59, VIDA SORIA, J. Los regímenes especiales cit., pág. 157, y CUBAS MORALES, A. El campo de aplicación y la «estructura» del sistema en la nueva Ley General de la Seguridad Social. Presente y futuro de los Regímenes Especiales cit., pág. 40.

[516] ALONSO OLEA, M. Características comunes y clasificación de los regímenes especiales. En VV. AA. *Diecisiete lecciones sobre Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Universidad Complutense, Madrid, 1972, págs. 31 y 32.

[517] MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. En VV. AA. *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social* cit., pág. 232, y BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPARLER CARRASCO, Mª. A. *Regímenes Especiales de la Seguridad Social* cit., pág. 31.

[518] FERRERAS ALONSO, F. Desigualdades de la protección social de los diferentes grupos de población protegidos por la Seguridad Social: sus causas y remedios. Incidencias de la «Ley de Pensiones» del 85 cit., pág. 60.

[519] BOE de 24 de diciembre de 2008, número 309.

[520] BOE de 2 de junio de 1966, número 131.

Agrario de la Seguridad Social, que comprende a trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia que "en forma habitual y como medio fundamental de vida realicen labores agrarias, sean propiamente agrícolas, forestales o pecuarias, dentro del territorio nacional". De este modo el Régimen Especial Agrario se convierte en el heredero "de los viejos Seguros Sociales Agrarios derivados de la Mutualidad Nacional Agraria de 1959", respondiendo, "más que a razones técnico-jurídicas, a manifiestas razones prejurídicas y «metajurídicas» -v. gr. económicas, políticas, sociales"-, estrechamente vinculadas a la singularidad de nuestra agricultura[521]. Posteriormente la Ley 41/1970, de 22 de diciembre, por la que se perfecciona la acción protectora y se modifica la financiación del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social[522], insistía en la homogeneización de regímenes al establecer en su art. 2.5 que "en ningún caso, el nivel de protección de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario será inferior al establecido para los trabajadores por cuenta propia de la industria y de los servicios", precepto que actualmente figura incorporado al art. 25.3 del texto refundido de la Ley 38/1966 y de la Ley 41/1970, aprobado por Decreto 2123/1971, de 23 de julio[523].

Mediante Decreto 1495/1967, de 6 de julio, se establece el Régimen Especial de Trabajadores Ferroviarios[524], en el que las peculiaridades en materia de acción protectora se circunscriben a favorecer la jubilación anticipada de los trabajadores del sector. Ello no se ha considerado por la doctrina como causa suficiente para justificar el establecimiento de un régimen especial, pues la penosidad del trabajo puede demandar el establecimiento de sistemas flexibles de jubilación pero ello se puede cubrir dentro del propio régimen general, razón por la que la causa verdadera del establecimiento de este régimen especial se ha buscado en el intento de privilegiar a este sector en el sentido de que venía disfrutando de un régimen de protección social bastante desarrollado por comparación con el resto de los trabajadores ya antes de 1967, por lo que se resistía a integrarse en el Régimen General[525].

---

[521] MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. En VV. AA. *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social* cit., pág. 204.

[522] BOE de 31 de diciembre de 1970, número 313.

[523] BOE de 21 de septiembre de 1971, número 226.

[524] BOE de 14 de julio de 1967, número 167.

[525] VV. AA. *Acción protectora y estructura orgánica de la Seguridad Social* cit., pág. 153, y FERRERAS ALONSO, F. Desigualdades de la protección social de los diferentes grupos de población protegidos por la Seguridad Social: sus causas y remedios. Incidencias de la «Ley de Pensiones» del 85 cit., págs. 60 y 64.

Por Decreto 2180/1967, de 19 de agosto, se establece el Régimen Especial de los Representantes de Comercio[526]. Dicha norma justificaba su creación por las características que concurren en la actividad laboral de los representantes de comercio, así como en que se incorporaban *ex novo* a la Seguridad Social, con una protección limitada (según se acordó con los propios interesados) a la invalidez permanente, vejez, muerte y supervivencia, lesiones no invalidantes derivadas de accidente de trabajo, asistencia social y servicios sociales. Consecuentemente, esa protección limitada se tuvo en cuenta para fijar una cuota acorde con la misma y con el hecho de que el régimen comenzaba su andadura "sin la existencia de pensionistas cuya carga financiera tenga que asumir". Aunque estaba contemplado en la propia LBSS, este régimen especial fue criticado por la doctrina desde un principio, pues el representante de comercio se consideraba un trabajador por cuenta ajena de la industria y de los servicios, perfectamente incardinable en el Régimen General, con las necesarias peculiaridades en materia de afiliación y cotización derivadas de las características de la profesión (debilitamiento de la noción de dependencia, remuneración mediante comisiones, etc.)[527]. O incluso los representantes de comercio que prestan servicio para varios empresarios bien podrían haberse incardinado en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos[528].

Mediante Decreto 384/1969, de 17 de marzo[529], se crea el Régimen Especial de la Minería del Carbón. Fue la primera vez, y bastante temprana por cierto, en que el gobierno utilizó la habilitación legislativa para crear un régimen especial no contemplado en la LBSS. Para justificar la existencia de este Régimen siempre se han aducido razones relativas a la penosidad, toxicidad, insalubridad y peligrosidad de la profesión, pero todo ello podía haberse contemplado dentro del Régimen General, como se hizo con posterioridad para los trabajadores de la minería no energética. En definitiva, por razones de conveniencia política se creó un régimen especial para un colectivo de trabajadores por cuenta ajena, perpetuando de este modo, al igual que para los trabajadores ferroviarios, un régimen de

---

[526] BOE de 18 de septiembre de 1967, número 223.

[527] VV. AA. *Acción protectora y estructura orgánica de la Seguridad Social* cit., pág. 157.

[528] RUBIO RUIZ, A. Régimen Especial de los Representantes de Comercio. En VV. AA. *Diecisiete lecciones sobre Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Universidad Complutense, Madrid, 1972, pág. 360.

[529] BOE de 18 de marzo de 1969, número 66.

protección que venía siendo ya antes de 1967 más privilegiado que el del Régimen General[530].

A través del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre[531], se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico. Las peculiaridades en materia de afiliación y cotización son evidentes, pues el empresario es un cabeza de familia a quien no se pueden exigir complejos trámites burocráticos para cumplir con sus obligaciones con el sistema. Tampoco se le puede someter a una excesiva presión en la cotización, por tratarse de una economía familiar, especialmente en nuestros días: debe tomarse en consideración que tener un empleado de hogar ya no es un lujo reservado para las clases pudientes, sino que esta práctica se ha extendido enormemente como consecuencia de la incorporación de la mujer al mercado de trabajo. Por consiguiente, el sistema responde a una financiación débil otorgando un nivel de protección débil, a lo que contribuye un cierto temor al fraude derivado de que el centro de trabajo es un domicilio particular protegido constitucionalmente.

Mediante Ley 116/1969, de 30 de diciembre, se regula el Régimen Especial de Trabajadores del Mar[532], que incluía tanto trabajadores por cuenta ajena como por cuenta propia. En la exposición de motivos de la Ley se justificaba el establecimiento de este régimen especial por las circunstancias especiales que concurren en el trabajo marítimo y pesquero, que se realiza en las condiciones más duras y en constantes situaciones de peligro, donde por razón de la actividad, tanto el marino mercante como el propio pescador, se ven obligados a permanecer fuera de su hogar y aun de su patria durante largas temporadas. También se tomaba en cuenta la dispersión de la población pescadora en pequeños núcleos situados a lo largo del litoral español, así como la existencia de explotaciones carentes de una organización empresarial adecuada y el carácter intermitente del trabajo, que en muchos sectores está vinculado a determinadas costeras y a temporadas de abundancias y escasez de capturas.

---

[530] MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. En VV. AA. *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social* cit., pág. 247, FERRERAS ALONSO, F. Desigualdades de la protección social de los diferentes grupos de población protegidos por la Seguridad Social: sus causas y remedios. Incidencias de la «Ley de Pensiones» del 85 cit., pág. 60, VV. AA. *Acción protectora y estructura orgánica de la Seguridad Social* cit., pág. 153, y MONTOYA MELGAR, A. La fragmentación de la Seguridad Social y sus razones cit., pág. 11.

[531] BOE de 15 de octubre de 1969, número 247.

[532] BOE de 31 de diciembre de 1969, número 313.

El año 1970 fue especialmente fructífero en materia de regímenes especiales. Mediante Decreto 635/1970, de 12 de marzo[533], se creó el Régimen Especial de Artistas, no previsto en la LBSS. En la exposición de motivos se justificaba la creación de este régimen por "las excepcionales circunstancias laborales que concurren en los artistas", de manera que se puedan "aplicar a este sector los beneficios que ésta [la Seguridad Social] lleva consigo y que de otra forma quedarían mermados en su eficacia". Asimismo, se añadía que el régimen especial "viene a dar satisfacción a una antigua aspiración tanto del Consejo Nacional de Trabajadores como de los órganos de gobierno de la Mutualidad Laboral de Artistas". La única justificación que la doctrina encontraba en este régimen especial era la discontinuidad en el trabajo[534].

Por Decreto 2530/1970, de 20 de agosto[535], se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, quizá el único que ha sido aceptado unánimemente por la doctrina debido a la característica especialísima de que estamos ante un trabajador-empresario. Por ello ha sido calificado, al igual que el Régimen General para los trabajadores por cuenta ajena, como un Régimen de base o como el otro gran eje vertebrador de la estructura del sistema, en el que deberían integrarse los trabajadores autónomos del mar y la agricultura[536].

Para terminar con el año 1970, por Decreto 3262/1970, de 9 de octubre[537], se crea el Régimen Especial de Escritores de Libros, cuya exposición de motivos lo justificaba con el argumento de que "los escritores de libros cumplen una relevante función en la comunidad del país". En base a ello, y no sin cierta ironía, la doctrina entendió que "así tenemos que, según la apreciación del Gobierno, la necesidad para la comunidad de la función social desempeñada por los escritores determina su inclusión en un Régimen Especial, con lo que (…) podemos afirmar que en alguna medida se está alumbrando la desaparición del fuerte carácter individualista del escritor abandonado a su suerte, para pasar a otra en la

[533] BOE de 13 de marzo de 1970, número 62.

[534] HERNÁNDEZ MARTÍN, D. Régimen Especial de los Artistas. En VV.AA. *Diecisiete lecciones sobre Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Universidad Complutense, Madrid, 1972, págs. 451 y 459.

[535] BOE de 15 de septiembre de 1970, número 221.

[536] VV. AA. *Acción protectora y estructura orgánica de la Seguridad Social* cit., pág. 160, BAYÓN CHACÓN, G. El elemento de pluralidad en la Seguridad Social española: Régimen General y Regímenes Especiales cit., pág. 16, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. La necesaria reforma estructural del Sistema de Seguridad Social cit., pág. 15, y MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. En VV. AA. *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social* cit., pág. 222.

[537] BOE de 17 de noviembre de 1070, número 275.

que de alguna forma la colectividad asume sus riesgos sociales"[538]. En todo caso, el régimen estaba pensado para "auténticos profesionales", es decir, "para escritores consagrados y para actividades puramente artísticas o literarias, referidas a la publicación de obras de carácter imaginativo de los géneros de novela, ensayo, poesía o teatro editado"; en definitiva para "un colectivo realmente minoritario que no justifica en modo alguno la creación de todo un Régimen Especial *ad hoc*"[539].

Mediante Decreto 1600/1972, de 8 de junio[540], se crea el Régimen Especial de Toreros, cuya protección incluye también a los mozos de estoques y rejones y a los puntilleros, por la vinculación tan estrecha que tienen con la actividad taurina. Como única argumentación para la creación de este régimen especial, la exposición de motivos del referido decreto alude a que el colectivo de los toreros ya venía siendo objeto de protección social a través del Montepío de la Asociación Benéfica de Toreros, de modo que era preciso adaptar dicha protección al nuevo sistema de Seguridad Social.

Finalmente, para concluir, mediante Real Decreto 2806/1979, de 7 de diciembre[541], se crea el Régimen Especial de Jugadores Profesionales de Fútbol.

Toda esta proliferación de regímenes especiales profundizó en el fragmentismo y la dispersión del sistema de Seguridad Social, dando lugar a efectos de "insolidaridad y discriminación", de "irracionalidad asistencial" y de "pluralidad y dispersión normativa" y, consecuentemente, de "ininteligibilidad" para los beneficiarios[542]. Como reacción a esta proliferación de regímenes especiales por la vía reglamentaria se iniciaron una serie de estudios destinados a dar cumplimiento a las previsiones de la LBSS, es decir, a materializar la directriz de "tendencia a la unidad" del sistema a través de la homogeneización de regímenes y de la integración de los mismos.

---

[538] CABEZALI GARCÍA, M. y APARICIO TOVAR, J. Régimen Especial de Escritores de Libros. En VV. AA. *Diecisiete lecciones sobre Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Universidad Complutense, Madrid, 1972, pág. 492.

[539] VV. AA. *Acción protectora y estructura orgánica de la Seguridad Social* cit., pág. 162.

[540] BOE de 26 de junio de 1972, número 152.

[541] BOE de 15 de diciembre de 1979, número 300.

[542] TEJERINA ALONSO, J. I. La racionalización de la estructura de la Seguridad Social: la integración de los Regímenes Especiales de Trabajadores Ferroviarios, de Artistas, de Toreros, de Representantes de Comercio, de Escritores de Libros y de Futbolistas cit., pág. 62.

El *Libro Blanco de la Seguridad Social* (Ministerio de Trabajo, 1977) se hacía eco de las críticas doctrinales y denunciaba una excesiva flexibilidad en cuanto a la constitución de regímenes especiales que había llevado no sólo a una multiplicidad no prevista en la LBSS, sino además a la consolidación de grandes desequilibrios en la protección de los distintos colectivos. Criticaba además la práctica de constituir regímenes especiales de dudosa viabilidad financiera por la insuficiencia actuarial de los colectivos a que se destinaban, que no los hacía aptos para ser protegidos a través de una organización independiente. Finalmente criticaba la práctica de que cualquier particularidad de un colectivo profesional se estimase suficiente para establecer un régimen especial. Para superar esta situación proponía una racionalización consistente en estructurar el sistema en torno a cuatro regímenes:

1. Régimen General de los trabajadores dependientes.
2. Régimen Especial de la función pública.
3. Régimen Especial de los trabajadores dependientes de la agricultura (integrable a largo plazo en el Régimen General).
4. Régimen Especial de autónomos.

Posteriormente se elaboró el documento *Criterios para la racionalización y mejora de la Seguridad Social* (septiembre de 1981), conocido vulgarmente como *Libro Rojo,* en el que se insistía más o menos en las mismas críticas que el *Libro Blanco*, pero proponía como solución una reducción de la estructura del sistema a dos o tres regímenes:

1. De trabajadores por cuenta ajena (con o sin funcionarios públicos).
2. De autónomos.
3. Eventualmente podría existir un régimen de no trabajadores.

En diciembre de 1981 se publica el documento *Propuesta de medidas de racionalización y mejora de la Seguridad Social*, conocido como *Libro Verde*. Preconizaba una simplificación sustancial del sistema en torno a dos únicos regímenes: el Régimen General para trabajadores por cuenta ajena, y el Régimen de Autónomos para trabajadores por cuenta propia. A la vez en dichos regímenes se constituirían tantos sistemas especiales como fueran necesarios para los colectivos específicos cuyas peculiaridades lo demandasen.

Ninguna novedad sustancial aportó el *Programa de mejora y racionalización de la Seguridad Social* (1982), conocido como *Libro Amarillo*.

Finalmente se elaboró el *Documento base sobre la reforma de la Seguridad Social para la Comisión Tripartita del Acuerdo Económico y Social* (1985), conocido como *Libro Naranja*, que abogaba por realizar una tarea sistematizadora que redujese la estructura de la Seguridad Social a los regímenes característicos de los sistemas comparados, esto es, de autónomos, de trabajadores por cuenta ajena, de funcionarios públicos y de trabajadores agropecuarios, con la constitución en cada uno de ellos de los sistemas especiales que fuesen necesarios.

II.a.2.- La evolución de la estructura del sistema a partir de 1985.- Fue a partir de esta fecha cuando, con veinte años de retraso y tras un periodo de expansión de los regímenes especiales, se dio cumplimiento a la directriz impuesta por la LBSS de tender hacia la unidad del sistema[543]. El año 1985 marca el punto de inflexión en este proceso debido a que durante el mismo se promulgó la Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social. Pese al título, la Ley no abordó en su articulado la racionalización de la estructura de la Seguridad Social, sino que se limitó a ordenar en la disposición adicional 2ª que el Gobierno, en el plazo de seis meses, debería proceder "a ingresar en el Régimen General, o en otros Regímenes Especiales, los Regímenes de Trabajadores Ferroviarios, de Artistas, de Toreros, de Representantes de Comercio, de Escritores de Libros y de Futbolistas, fijando las formas y condiciones de la respectiva integración". Ahora bien, en lo que sí incidió decisivamente la Ley 26/1985 fue en la homogeneización de los regímenes especiales en relación al régimen general, pues el sistema de cálculo que estableció para la base reguladora de la jubilación y de la incapacidad permanente total y absoluta derivadas de enfermedad común se impuso con carácter común a los distintos regímenes especiales, lo que se convirtió en una práctica constante desde entonces, pues todas las prestaciones nuevas que se han creado son comunes a todos los regímenes (riesgo por embarazo y durante la lactancia natural, maternidad y paternidad) y todas las leyes de reforma de la Seguridad Social promulgadas desde entonces han sido leyes del sistema[544].

La racionalización ordenada por la Ley 26/1985 se llevó a cabo a través del Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre[545], en virtud del cual se integraron en el Régimen General de la Seguridad Social los

[543] CAVAS MARTÍNEZ, F. y GARCÍA ROMERO, B. La reforma del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social. En *Temas Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, nº 94, 2008, pág. 205.

[544] MARTÍN VALVERDE, A., En VV. AA. *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social* (Directores MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, Mª. N.), Comares, Granada, 1999, págs. 169 y 170.

[545] BOE de 30 de diciembre de 1986, número 312.

Regímenes Especiales de Trabajadores Ferroviarios, de Jugadores de Fútbol, de Representantes de Comercio, de Artistas y de Toreros, y en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos se integró el Régimen Especial de Escritores de Libros. En la exposición de motivos del citado decreto se aclaraba que se habían tomado en cuenta para llevar a cabo la integración dos tipos de consideraciones, a saber: la naturaleza jurídica de la relación profesional de cada uno de los colectivos afectados, que se juzgaba como netamente laboral en los regímenes que se integraron en el Régimen General, y en segundo lugar las peculiares características que concurren en el ejercicio de su respectiva profesión.

Estos argumentos son válidos para los representantes de comercio, unánimemente considerados por la doctrina trabajadores por cuenta ajena de la industria y los servicios, tal como hemos visto. No obstante, la doctrina ha destacado otros factores que también debieron ser tomados en consideración al llevar a cabo la integración, como que alguno de los regímenes integrados mantenía una gran homogeneidad con el Régimen General (ferroviarios) y que otros carecían de suficiente consistencia y justificación ya desde su origen (escritores de libros, toreros, artistas y futbolistas)[546]. Además, debieron influir factores políticos para justificar que no se hubieran integrado regímenes que estaban en la misma situación que el régimen de los ferroviarios, como el de la minería del carbón[547].

Así como hasta 1985 se sucedieron los estudios y documentos que proponían la racionalización de los regímenes de la Seguridad Social mientras que la actividad legislativa marchaba en la dirección contraria, a partir de esa fecha se sucedieron las declaraciones políticas insistiendo en la necesidad de racionalizar los regímenes de la Seguridad Social. Esta proliferación de declaraciones políticas se vio acompañada de una actividad legislativa en virtud de la cual la homogeneización de los regímenes especiales con el Régimen General marchaba a bastante buen ritmo, mientras que, por el contrario, la integración de regímenes ha tenido un balance bastante más pobre.

Respecto a las declaraciones políticas, el hito más destacado lo marcó el Pacto de Toledo (1995), cuya recomendación cuarta advertía que la homologación de los Regímenes Especiales respecto del Régimen General

[546] FERRERAS ALONSO, F. Desigualdades de la protección social de los diferentes grupos de población protegidos por la Seguridad Social: sus causas y remedios. Incidencias de la "Ley de Pensiones" del 85 cit., pág. 85.

[547] TEJERINA ALONSO lo expresó gráficamente como "son todos los que están, pero no están todos los que son" (TEJERINA ALONSO, J. I. La racionalización de la estructura de la Seguridad Social: la integración de los Regímenes Especiales de Trabajadores Ferroviarios, de Artistas, de Toreros, de Representantes de Comercio, de Escritores de Libros y de Futbolistas cit., págs. 66 y 67).

no puede circunscribirse a la protección, sino que "a igualdad de acción protectora debe ser también semejante la aportación contributiva". La razón de esta recomendación se encuentra en que en no pocos casos los regímenes especiales se han constituido para dar protección a sectores productivos deprimidos económicamente (régimen agrario, del mar). La presión de la cotización sobre estos sectores no puede ser elevada y, consiguientemente, en un sistema contributivo como el español, regido por la regla de la proporcionalidad, la protección que otorgan estos regímenes especiales ha venido siendo netamente inferior a la del Régimen General[548]. Aun así, la evolución demográfica de estos regímenes ha causado que los mismos sean incapaces de soportar financieramente el coste de las prestaciones que otorgan, por lo que ese déficit ha tenido que compensarse con transferencias del Régimen General y aportaciones del Estado[549]. Ello ha provocado diversas críticas por considerar, por ejemplo, que "se está produciendo también un tratamiento privilegiado del sector agrícola especialmente a través de una presión contributiva comparativamente baja con respecto a la que se aplica en el Régimen General"[550]. Por esa razón, el Acuerdo entre el Gobierno y los Agentes Sociales de 9 de octubre de 1996 ahondaba en la recomendación del Pacto de Toledo al afirmar que "las condiciones que disfrutan algunos Regímenes Especiales rompen parcialmente el grado de solidaridad y la equidad dentro del sistema de Seguridad Social, obligando al resto a un esfuerzo superior".

Asimismo, la recomendación sexta del Pacto de Toledo proponía la reducción de manera gradual del número de los regímenes especiales, así como la plena homogeneización del sistema público de pensiones. El objetivo era que "a medio o largo plazo todos los trabajadores y empleados queden encuadrados o bien en el régimen de trabajadores por cuenta ajena o bien en el de trabajadores por cuenta propia, contemplando, no obstante,

[548] VV. AA. *Acción protectora y estructura orgánica de la Seguridad Social* cit., pág. 272, CUBAS MORALES, A. El campo de aplicación y la «estructura» del sistema en la nueva Ley General de la Seguridad Social. Presente y futuro de los Regímenes Especiales cit., pág. 31, FERRERAS ALONSO, F. Desigualdades de la protección social de los diferentes grupos de población protegidos por la Seguridad Social: sus causas y remedios. Incidencias de la «Ley de Pensiones» del 85 cit., págs. 58 y 59, MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. En VV. AA. *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social* cit., pág. 185, VIDA SORIA, J. Los regímenes especiales cit., pág. 157, y MONTOYA MELGAR, A. La fragmentación de la Seguridad Social y sus razones cit., págs. 9 a 11.

[549] BAYÓN CHACÓN, G. El elemento de pluralidad en la Seguridad Social española: Régimen General y Regímenes Especiales cit., pág. 15, FERRERAS ALONSO, F. Desigualdades de la protección social de los diferentes grupos de población protegidos por la Seguridad Social: sus causas y remedios. Incidencias de la «Ley de Pensiones» del 85 cit., págs. 60 y 61.

[550] DESDENTADO BONETE, A. El futuro del Régimen Especial Agrario: un largo adiós. En *Actualidad Laboral*, nº 1, 2008, pág. 29. Este autor incluso ha hablado de "un elemento parasitario en la financiación", si bien no mencionó expresamente al Régimen Agrario (DESDENTADO BONETE, A. La estructura del sistema español de Seguridad Social entre el clientelismo y la irracionalidad. En *Revista de Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, nº 14, 1982, pág. 238).

las peculiaridades específicas y objetivas de los colectivos encuadrados en los sectores marítimo-pesquero y de la minería del carbón, así como de los trabajadores eventuales del campo".

El Acuerdo para la mejora y el desarrollo del Sistema de Protección Social, firmado el 9 de abril de 2001 entre el Gobierno, CEOE, CEPYME y CCOO, insistía en su apartado séptimo en las dos líneas de evolución ya apuntadas desde el comienzo de este capítulo. Por un lado existía un compromiso de avanzar en la homogeneización de los regímenes especiales tomando como modelo el Régimen General, y para ello proponía dos medidas concretas:

1. La introducción en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, y también para los trabajadores por cuenta propia de los Regímenes Especiales de Trabajadores del Mar y de Trabajadores Agrarios, del incremento del 20 por ciento en la pensión de incapacidad permanente total para los mayores de cincuenta y cinco años.
2. La introducción en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la cobertura de los riesgos profesionales, introduciendo también las correspondientes cotizaciones.

La primera de estas medidas fue implantada legislativamente a través del art. 3 del Real Decreto 463/2003, de 25 de abril[551], para el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, y a través de los arts. 41 y 42 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social[552], para los otros dos regímenes especiales.

La segunda medida, esto es, la cobertura de los riesgos profesionales en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, se introdujo en el art. 40.cuatro de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y fue desarrollada por el Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre[553], si bien no se llevó a cabo una equiparación plena con el Régimen General de la Seguridad Social[554].

[551] BOE de 26 de abril de 2003, número 100.

[552] BOE de 31 de diciembre de 2002, número 313.

[553] BOE de 10 de octubre de 2003, número 253.

[554] Sin entrar en un análisis exhaustivo, el concepto de accidente de trabajo se configura en torno a una relación de causalidad directa e inmediata con la actividad laboral, de manera que sólo tendrán tal consideración los accidentes sufridos "como consecuencia directa e inmediata del trabajo" (art. 3.2 del RD 1273/2003), excluyéndose así del concepto de accidente de trabajo los que guarden una relación de causalidad indirecta o mediata con el trabajo, es decir, los que tengan lugar "con ocasión del trabajo" (art.

En segundo lugar, el mencionado Acuerdo insistía en la racionalización de los regímenes de la Seguridad Social ya recomendada por el Pacto de Toledo, pero fijando objetivos concretos que consistían en integrar a los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y, a continuación, se haría lo mismo con los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial de Trabajadores del Mar, "sin perjuicio de mantener las especialidades que procedan y, en definitiva, de instituir el sistema o los sistemas especiales que se consideren procedentes en materia de afiliación, altas, bajas, cotización o incluso recaudación".

La integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial de Trabajadores del Mar nunca se llevó a cabo. Sin embargo, la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, constituyéndose en sistema especial dentro de éste, se llevó a cabo mediante la Ley 18/2007, de 4 de julio[555], y con efectos al 1 de enero de 2008[556]. De esta manera se dio culminación a un proceso de equiparación en el esfuerzo contributivo que se había iniciado con la introducción de una disposición adicional trigésimo sexta en la LGSS por la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica[557]. Por el contrario, en el ámbito de la protección los trabajadores agrarios por cuenta propia sufrieron un retroceso, pues pasaron de tener cobertura obligatoria por contingencias profesionales (art. 63 del Decreto 3772/1972, de 23 de

115.1 LGSS). Además, por la propia naturaleza del trabajo autónomo, se excluyen del concepto de accidente de trabajo los que el trabajador sufra en el ejercicio de funciones sindicales. También se excluyen los accidentes *in itinere* o los que el trabajador sufra en el desempeño de labores ajenas a su categoría profesional o al trabajo que dio lugar a su inclusión en el RETA. Por último, en el ámbito de las prestaciones, para acceder a la prestación de incapacidad permanente parcial derivada de accidente de trabajo, en el RETA se exige que la pérdida de capacidad funcional sea del 50 por cien, en lugar del 33 por cien del Régimen General de la Seguridad Social (art. 4.2 RD 1273/2003).

[555] BOE de 5 de julio de 2007, número 160.

[556] El retraso en el cumplimiento del compromiso de integración motivó que el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, y las organizaciones agrarias ASAJA, COAG y UPA, firmasen un acuerdo el 20 de octubre de 2005 para integrar a los trabajadores agrarios por cuenta propia en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Un año más tarde el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, firmado el 13 de julio de 2006 entre el Gobierno, CEOE, CEPYME, UGT y CCOO, todavía seguía comprometiendo la integración "en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos a los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario, estableciéndose un sistema especial de cotización en favor de estos trabajadores agrarios por cuenta propia, titulares de explotaciones familiares o que trabajen en las mismas". Finalmente, como hemos visto, la integración se llevó a cabo un año y medio más tarde.

[557] BOE de 12 de noviembre de 2003, número 271. Al respecto *vid.* HIERRO HIERRO, J. y CARDENAL CARRO, M. Una primera aproximación a la Ley 18/2007, de 4 de julio: hacia la definitiva racionalización y simplificación del Sistema de la Seguridad Social. En *Aranzadi Social*, nº 9, 2007, (BIB 2007\1230, pág. 2).

diciembre[558]) a tenerla en régimen opcional y con el consiguiente incremento en la cotización, tal como había sido introducida esta protección en el RETA (art. 1.dos del RD 1273/2003). Ello ha supuesto un aumento del esfuerzo contributivo para los trabajadores agrarios por cuenta propia que ataja las críticas de insolidaridad que tiempo ha venían recibiendo.

Por último, el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, firmado el 13 de julio de 2006 entre el Gobierno, CEOE, CEPYME, UGT y CCOO, aparte de declaraciones de intenciones de carácter puramente programático o político, contiene compromisos muy concretos en el ámbito de la racionalización de la estructura de la Seguridad Social en su apartado quinto. Específicamente, reconociendo que la actual configuración del Régimen Especial Agrario, respecto a los trabajadores por cuenta ajena, se ha quedado anticuada tras cuarenta años de existencia, se acuerda que el Régimen Especial Agrario, trabajadores por cuenta ajena, se integre el 1 de enero de 2009 (*sic*) en el Régimen General, "mediante la articulación de un sistema especial que permita avanzar en la efectiva equiparación de las prestaciones para los trabajadores y que evite un incremento de costes perjudicial para la competitividad y el empleo de las explotaciones agrarias. A tal fin, se establece un período transitorio de entre 15 y 20 años. El sistema especial partirá de los actuales tipos de cotización. Se incorporarán a la cotización agraria bonificaciones y reducciones que incentiven la estabilidad en el empleo y la mayor duración de los contratos, con el objetivo de hacer compatible la mejora de las prestaciones de los trabajadores y la contención de los costes empresariales".

También señala este Acuerdo en relación con el Régimen Especial de Empleados de Hogar que "con el objetivo de convergencia de prestaciones con el Régimen General (especialmente, en la cobertura de contingencias profesionales y de la fecha de inicio del percibo de la prestación de incapacidad temporal) se analizará el establecimiento de medidas de aplicación paulatina que permitan la convergencia de tipos de cotización entre ambos regímenes, en el horizonte de que el Régimen Especial de Empleados de Hogar confluya en el Régimen General cuando la identidad de tipos de cotización sea plena".

Una vez vistas las declaraciones políticas al respecto, tal como ya se apuntó con anterioridad, la equiparación entre regímenes se ha desarrollado de manera constante, ya que todas las grandes leyes de reforma de la Seguridad Social desde la Ley 26/1985 han sido leyes del sistema, y todas

[558] BOE de 19 de febrero de 1973, número 43.

las prestaciones que se han creado se han establecido para todos los regímenes de la Seguridad Social, tal como se puede apreciar en un estudio detallado de la disposición adicional octava de la LGSS. Además se han realizado modificaciones legales tendentes expresamente a esa equiparación, como la mencionada anteriormente en relación al incremento del 20 por ciento de la pensión de incapacidad permanente total o que el subsidio de incapacidad temporal se perciba desde el cuarto día para los trabajadores autónomos. Merece especial atención, por su importancia estructural, la modificación del art. 2 LGSS operada por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, sobre disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, que introdujo en el articulado de la LGSS el principio de unidad como principio informador del sistema.

Sin embargo, la equiparación en la protección aún no es completa, pues, a grandes rasgos y a título meramente ilustrativo, el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos carece de protección por desempleo, carece de la prestación por lesiones permanentes no invalidantes y de la incapacidad permanente parcial, salvo por contingencias profesionales (y en este caso se exige un grado de incapacitación del 50 por cien, frente al 33 por cien del Régimen General), y no permite la jubilación anticipada ni parcial. Los trabajadores por cuenta propia del régimen Especial de Trabajadores del Mar tampoco tienen protección por desempleo y, finalmente, los trabajadores del Régimen Especial de Empleados de Hogar carecen de protección por desempleo, de protección por contingencias profesionales, el subsidio de incapacidad temporal se abona desde el vigésimo noveno día de la baja y se exige periodo de carencia para la incapacidad permanente derivada de accidente no laboral. Es decir, que siguen existiendo algunas diferencias importantes en materia de protección aunque se haya avanzado mucho en la equiparación entre regímenes.

Por último, como anteriormente señalábamos, respecto a la integración de regímenes el balance ha sido mucho más pobre, pues, pese a las reiteradas declaraciones políticas al respecto, sólo se ha operado la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

II.b.- SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE UNIDAD JURÍDICA

Llegados a este punto debemos plantearnos si existe realmente un principio de unidad jurídica en el sistema español de la Seguridad Social, como reza el art. 2 LGSS, o si, por el contrario, no existe tal principio, sino solamente una simple directriz de tendencia a la unidad de los diferentes regímenes de nuestro sistema impuesta en la LBSS. Si aquélla es la respuesta, habrá que plantearse si el principio de unidad quiebra por la existencia de regímenes especiales.

Respecto a la primera cuestión, en mi opinión puede sostenerse que el sistema español de Seguridad Social está realmente informado por un principio de unidad y que éste no es solamente un objetivo programático, es decir, que no cabe sostener que, como se defiende por algún sector doctrinal, *de lege data* lo único que existe es una directriz ya impuesta en la LBSS de que la evolución normativa de la Seguridad Social debe tender hacia la unidad[559].

Además de que el conjunto del sistema se halla estructurado en torno a las mismas instituciones y que los regímenes especiales sólo contienen algunas especialidades, mientras que el grueso de su regulación se fija por remisión al Régimen General de la Seguridad Social, el sistema está dotado de un mecanismo de operatividad del principio de unidad que se denomina cómputo recíproco de cotizaciones[560]. Éste se establece actualmente en el apartado segundo del art. 9 LGSS, que ordena "la conservación de los derechos en curso de adquisición de las personas que pasen de unos a otros Regímenes mediante la totalización de los periodos de permanencia en cada uno de dicho Regímenes siempre que no se superpongan". El cómputo recíproco de cotizaciones está regulado por el Decreto 2957/1973, de 16 de noviembre[561], sobre cómputo recíproco de cotizaciones en el sistema de la Seguridad Social, si bien cada una de las normas que regulan los diferentes

[559] ALARCÓN CARACUEL, M. R. *La Seguridad Social en España* cit., pág. 39.

[560] PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J. El cómputo recíproco de cotizaciones dentro del sistema español de Seguridad Social. En *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, nº 8, 1992, pág. 190, y MARTÍN VALVERDE, A. En VV. AA. *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social* cit., pág. 167.

[561] BOE de 27 de noviembre de 1973, número 284.

regímenes especiales establece su propia regulación al respecto[562]. No obstante, las reglas son siempre las mismas:

a) Cuando un trabajador tenga acreditados, sucesiva o alternativamente, períodos de cotización en diversos regímenes de la Seguridad Social, dichos períodos o los que sean asimilados a ellos que hubieran sido cumplidos en virtud de las normas que los regulen serán totalizados, siempre que no se superpongan, para la adquisición, mantenimiento o recuperación del derecho a la prestación.
b) Para que el trabajador cause derecho a la pensión en el régimen a que se estuviese cotizando en el momento de solicitar la prestación, será inexcusable que reúna los requisitos de edad, de períodos de carencia y cualesquiera otros que en el mismo se exijan, computando a tal efecto solamente las cotizaciones efectuadas en dicho régimen.
c) Cuando el trabajador no reuniese tales requisitos en el régimen a que se refiere el apartado anterior, causará derecho a la pensión en el que se hubiese cotizado anteriormente, siempre que en el mismo reúna los requisitos a que se refiere dicho apartado. Igual norma se aplicará, en su caso, respecto de los restantes regímenes.
d) Cuando el trabajador no hubiese reunido en ninguno de los regímenes, computadas separadamente las cotizaciones a ellos efectuadas, los períodos de carencia precisos para causar derecho a la pensión, podrán sumarse a tal efecto las cotizaciones efectuadas a todos. En tal caso, la pensión se otorgará por el régimen en que tenga acreditado mayor número de cotizaciones.
e) Las prestaciones se reconocerán en los términos y condiciones previstos para el régimen en que finalmente se hubiesen causado las mismas.

[562] El Real Decreto 691/1991, de 12 de abril, sobre cómputo recíproco de cuotas entre Regímenes de Seguridad Social, reguló este mecanismo entre el Régimen de Seguridad Social de los funcionarios públicos y los distintos regímenes integrados en el Sistema de la Seguridad Social, y también se regula este mecanismo para cada uno de los distintos regímenes especiales en el art. 35 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, que regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, el art. 59 del Decreto 1867/1970, de 9 de julio, que aprueba el Reglamento General de la Ley 116/1969, de 30 de diciembre, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social para los Trabajadores del Mar, el art. 35 del Decreto 2123/1971, de 23 de julio, que aprueba el texto refundido de las leyes 38/1966, de 31 de mayo, y 41/1970, de 22 de diciembre, por las que se establece y regula el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, y el art. 26 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, regulador del Régimen Especial de la Seguridad Social para los Empleados de Hogar. No obstante, también se contienen normas sobre cómputo recíproco de cotizaciones específicamente para acceder a la jubilación anticipada en la Ley 47/1998, de 23 de diciembre, por la que se dictan reglas para el reconocimiento de la jubilación anticipada del sistema de la Seguridad Social en determinados casos especiales, y, para regular el requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas por parte de quienes sean o hayan sido trabajadores por cuenta propia, en la disposición adicional trigésimo novena de la LGSS.

De este modo, el mecanismo del cómputo recíproco de cotizaciones garantiza que la estructuración del sistema de Seguridad Social en diversos regímenes no perjudique los derechos en curso de adquisición por pasar de un sector profesional a otro, salvaguardando así la unidad operativa del sistema en su conjunto.

En cuanto a la segunda pregunta, es decir, si el principio de unidad se ve perjudicado por la división del sistema español de Seguridad Social en un Régimen General y en diversos regímenes especiales, debemos comenzar destacando que dicha división, así como las diferencias de protección entre sectores profesionales que ello implica, ha sido validada reiteradamente por el TC. La doctrina del TC al respecto puede condensarse en tres argumentos: *prima facie* la diferencia de tratamiento entre los colectivos afiliados a los diferentes regímenes no atenta contra el principio de igualdad porque se están comparando realidades diferentes[563]; en segundo lugar, debe comprobarse que, no obstante lo anterior, la diferencia de trato sea objetiva, razonable y proporcionada[564]; y, finalmente, es deseable la tendencia a la unidad entre regímenes, pero ello constituye un proceso legislativo en el que el TC no debe interferir con resoluciones individualizadas.

Respecto al primero de los argumentos, aunque existieron pronunciamientos anteriores, es la STC 39/1992, de 30 de marzo (rec. de amparo 981/1989), la que lo aplica por primera vez a una diferencia de tratamiento entre trabajadores afiliados a diferentes regímenes. Aduce el TC que "la diferencia de trato vendría justificada en razones objetivas, derivadas, por un lado, del hecho que los supuestos comparados vengan sometidos a regímenes jurídicos distintos y, de otro, de la mayor protección que confiere el régimen jurídico que rige la situación del demandante en relación con el que es utilizado como término de comparación. Las diferencias de trato que se producen por aplicación de regímenes jurídicos distintos encuentran justificación en el distinto ámbito objetivo y subjetivo que cada uno de ellos regulan (STC 137/1987) y, por tanto, también, en principio, la pertenencia a órdenes normativas distintas constituye, por sí misma, causa justificativa de la diferencia de trato".

[563] Para el TC sólo pueden ser objeto de comparación "situaciones en las que convergen ciertos elementos comunes, es decir, si pueden ser objeto de equiparación" (BLÁZQUEZ AGUDO, E. Mª. Igualdad de trato y regímenes especiales en la jurisprudencia constitucional. En *Temas Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, nº 68, 2003, pág. 81).

[564] Una medida no es desproporcionada "si no existe otra medida más moderada para conseguir el mismo fin, es decir, una decisión que sea menos dañosa para los que han sido tratados desigualmente. Hay que valorar los beneficios y ventajas para el interés público y los perjuicios causados para los sujetos" (BLÁZQUEZ AGUDO, E. Mª. Igualdad de trato y regímenes especiales en la jurisprudencia constitucional cit., pág. 84).

La misma sentencia matiza a continuación que "sin embargo, esta doctrina no puede aplicarse de manera automática y sin más reflexión a todos los supuestos de confluencia o concurrencia de regímenes jurídicos distintos, pues ello sería tanto como dejar al arbitrio del legislador la eficacia del principio de igualdad cuya aplicación podría verse excluida por el simple procedimiento de crear sistemas legales diferentes que actuarían como justificación de tratamientos diferentes, aunque no concurriesen razones sustantivas que legitimaran su diferencia. Por consiguiente, en tales supuestos debe irse más allá del dato puramente formal de la diversidad de ordenamientos jurídicos y comprobar si, efectivamente y desde una perspectiva material, esa diversidad responde a diferencias reales que, por ser objetivas, razonables y congruentes, constituyan suficiente justificación del tratamiento desigual".

Pues bien, en el caso enjuiciado por la sentencia comentada, el TC entiende que las "peculiaridades socio-económicas, laborales, productivas y de otra índole diferenciadora" justifican sobradamente la diferencia de tratamiento entre los trabajadores del Régimen General y del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, para terminar concluyendo con el tercero de los argumentos ya adelantados, esto es, que "siendo cierto que existe tendencia a la unificación de los distintos regímenes de la Seguridad Social, olvida que la culminación de ese proceso, en la actualidad aún no consumado, es misión que corresponde realizar al legislador, dado que «el carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de Seguridad Social supone que éste se configure como un régimen legal con el que, tanto las aportaciones de los afiliados, como las prestaciones a dispensar, sus niveles y condiciones, vienen determinadas, no por un acuerdo de voluntades sino por reglas que se integran en el ordenamiento jurídico» (STC 65/1987) y que el legislador establezca en atención al más eficaz y adecuado funcionamiento del sistema; función legislativa en la que este Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas que, careciendo de justificación constitucional, puedan alterar sustancialmente el sistema legal con grave peligro de producir perniciosos desequilibrios en la ordenación de ese complejo sector".

Abundando en los mismos argumentos, la STC 184/1993, de 31 de mayo (rec. de amparo 2082/1990), afirma que "la presencia de una misma situación de necesidad derivada de una contingencia invalidante no basta para estimar lesionado el principio de igualdad. Ciertamente, el art. 41 CE convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, pero tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias

económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento (STC 65/87). Los arts. 41 y 50 CE no constriñen al establecimiento de un único sistema prestacional fundado en principios idénticos, ni a la regulación de unos mismos requisitos o la previsión de iguales circunstancias determinantes del nacimiento del derecho (STC 114/87). La identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico (STC 103/84 y 27/88)". El TC concluye afirmando que "aunque existe una tendencia a la equiparación de los distintos Regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, corresponde a los poderes legislativo y ejecutivo llevar a cabo la culminación de este proceso (aquí materializada a través de la disp. adic. 13 del RD 9/91, de 11 de enero), en el que el TC no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable"[565].

Por último, merece especial mención la STC 268/1993, de 20 de septiembre (rec. de amparo 1165/1990), que insiste en legitimar la diferencia de trato entre regímenes cuando éstos responden a situaciones socio-laborales diversas. Concretamente, el TC sanciona que no exista protección por riesgos profesionales y que se exija periodo de carencia para causar pensión de incapacidad permanente derivada de accidente no laboral en el Régimen Especial de Empleados de Hogar, aduciendo que "la justificación de la diversidad de tratamiento normativo puede encontrarse, en primer lugar, en la incuestionable singularidad del trabajo al servicio del hogar familiar (STC 26/84), que explica su consideración como relación laboral de carácter especial con régimen jurídico peculiar en el RD 1.424/85, de 1 de agosto. Esa caracterización explica la opción normativa de inaplicación de las reglas en materia de accidentes de trabajo establecidas en otros Regímenes de Seguridad Social, otorgando protección a esta contingencia en iguales condiciones que otras contingencias no profesionales. Así, el RD 1.424/85, al introducir una regulación de la jornada, los períodos de presencia y los descansos, reconoció la especial configuración del tiempo y lugar del trabajo, criterios de enorme relevancia

[565] Argumentación reiterada en la STC 231/1993, de 12 de julio (rec. de amparo 1839/1990).

en la propia apreciación de un suceso como accidente laboral, conforme al art. 84.1 LGSS [actual 115.1]; aunque ello sólo plantee hipótesis de difícil solución jurídica, sí es indicativo de la expresa opción posconstitucional por una configuración distinta de tales elementos respecto a la relación laboral ordinaria y de la existencia de un sustrato material diverso en los supuestos comparados. Desde esta perspectiva se entiende la alegación del INSS de la extrema dificultad para calificar la eventual lesión como accidente laboral o no, por la complejidad y difusa determinación de los factores de tiempo y lugar del trabajo"[566].

Pues bien, de lo dicho hasta aquí se desprende que la actual configuración de la estructura del sistema de Seguridad Social se acomoda a la CE, o, dicho de otro modo, que el principio de unidad, desde la perspectiva jurídica que aquí se analiza, no es un principio impuesto por la Constitución, pues, como señala la mencionada STC 184/1993, "los arts. 41 y 50 CE no constriñen al establecimiento de un único sistema prestacional fundado en principios idénticos, ni a la regulación de unos mismos requisitos o la previsión de iguales circunstancias determinantes del nacimiento del derecho". Ahora bien, aun no siendo un principio enunciado constitucionalmente, el principio de unidad no deja de ser un principio informador de la Seguridad Social en virtud del art. 2 LGSS. Por tanto cabe plantearse si la estructuración del sistema de Seguridad Social en diversos regímenes es contraria al principio de unidad, existiendo básicamente dos posiciones doctrinales al respecto. Por un lado se hallan quienes consideran que la estructuración del sistema en diversos regímenes especiales es contraria al principio de unidad, y por consiguiente al de solidaridad, y de otro lado se hallan quienes, aceptando que debe mantenerse la tendencia hacia la homogeneización y la equiparación de derechos, consideran que el principio de unidad no depende de una uniformación absoluta del sistema.

Dentro del primer grupo se utiliza como argumento que, al configurarse los regímenes especiales como autofinanciados, aquéllos que se corresponden con los sectores más deprimidos siempre accederán a un nivel de protección inferior, mientras que los que agrupan a sectores económicamente fuertes podrán acceder a una protección privilegiada, lo que es contrario al principio de solidaridad. De hecho, respecto al principio de unidad, si la Seguridad Social se ha convertido en una función del Estado, el ciudadano ostenta un derecho subjetivo frente a él que no puede implicar diferenciaciones en su expresión concreta en función del sector

[566] Argumentación reiterada en la STC 377/1993, de 20 de diciembre (rec. de amparo 592/1991).

económico de que proceda el beneficiario, pues la protección debe otorgarse en función de necesidades singulares objetivas[567].

Dentro del segundo grupo doctrinal se encuentran quienes matizan su rechazo a la pluralidad de regímenes especiales, pues consideran que la existencia de colectivos muy distintos entre sí puede significar la existencia de importantes peculiaridades que justifiquen una cierta diferenciación del régimen jurídico protector. El problema se plantea cuando el legislador hace un uso desordenado o excesivo de esta posibilidad, que aparece configurada como de carácter excepcional en la LBSS, extendiendo la figura de los Regímenes Especiales como un mecanismo de organización ordinario del sistema de Seguridad Social y no siempre por razones precisamente jurídicas[568]. En este sentido, no se puede consagrar como algo inevitable la estructuración del sistema en diversos regímenes especiales, pero tampoco se puede pretender una unificación absoluta: los regímenes especiales deben tender hacia la equiparación, pero siempre que la capacidad económica del sistema lo permita[569]. Es cierto que la estructuración del sistema en una pluralidad de regímenes especiales relativiza bastante el principio de solidaridad, por cuanto consagra la existencia de diferentes niveles de protección según el sector económico en que se incardine el beneficiario[570], pero no por ello se quiebra el principio de unidad[571].

---

[567] BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPARLER CARRASCO, Mª A. *Regímenes Especiales de la Seguridad Social* cit., pág. 28, VIDA SORIA, J. Los regímenes especiales cit., pág. 160, y MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. En VV. AA. *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social* cit., págs. 184, 191 y 195. Ya en la obra de VV. AA. *Acción protectora y estructura orgánica de la Seguridad Social* cit. se afirmaba que la situación de infraprotección de determinados regímenes especiales debida a "la escasa capacidad contributiva de los sectores económicos deprimidos, como el campo y el mar", cuando las situaciones de necesidad son las mismas, constituía "una discriminación injustificada (…) que, por lo demás, es inconstitucional por contraria al art. 3º del Fuero de los Españoles" (pág. 272).

[568] RODRÍGUEZ RAMOS, Mª J., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M. *Sistema de Seguridad Social* cit., pág. 63.

[569] MONTOYA MELGAR, A. La fragmentación de la Seguridad Social y sus razones cit., pág. 13, CUBAS MORALES, A. El campo de aplicación y la «estructura» del sistema en la nueva Ley General de la Seguridad Social. Presente y futuro de los Regímenes Especiales cit., pág. 49.

[570] RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. La necesaria reestructuración y simplificación de los Regímenes Especiales. Nuevas perspectivas tras la firma del Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del Sistema de Protección Social cit., pág. 37, BAYÓN CHACÓN, G. El elemento de pluralidad en la Seguridad Social española: Régimen General y Regímenes Especiales cit., pág. 14, y FERRERAS ALONSO, F. Desigualdades de la protección social de los diferentes grupos de población protegidos por la Seguridad Social: sus causas y remedios. Incidencias de la "Ley de Pensiones" del 85 cit., pág. 59.

[571] RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. La necesaria reestructuración y simplificación de los Regímenes Especiales. Nuevas perspectivas tras la firma del Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del Sistema de Protección Social cit., pág. 38.

Desde mi punto de vista, ni el principio de solidaridad ni el de unidad se ven perjudicados por el hecho de que el sistema de Seguridad Social se estructure en diversos regímenes, pues ello, tal como ya se ha dicho anteriormente, es una manifestación de la necesidad de adaptar la regulación jurídica a las particulares condiciones de cada colectivo profesional. Por ejemplo, el que los trabajadores autónomos carezcan de protección por desempleo es consecuencia de que no existe un empresario que sea responsable de la extinción de la relación laboral, sino que es el propio trabajador autónomo quien puede poner fin a su propia actividad profesional. Evidentemente esa extinción puede ser consecuencia de las circunstancias del mercado, pero puede ser muy difícil conocer si realmente es ésa la razón o se trata de un cese voluntario de actividad. De hecho, cuando el TC sancionó que los trabajadores del Régimen especial de Empleados de Hogar careciesen de protección frente a los riesgos profesionales, lo hizo en parte por la dificultad de verificar si el accidente había ocurrido realmente durante la jornada y en el centro de trabajo o no, añadiendo que "la prevención de conductas con riesgo de fraude es una de las legítimas finalidades del legislador de Seguridad Social (STC 189/87), si tal sentido fuera el de la norma cuestionada" (STC 268/1993, de 20 de septiembre).

Por tanto, el principio de unidad no quiebra porque existan varios regímenes de Seguridad Social con sus propias peculiaridades en materia de protección si las mismas responden a circunstancias específicas objetivadas de la actividad profesional de que se trate. De hecho, si tomamos más perspectiva para analizar el sistema, veremos que en realidad lo que se estructura en diversos regímenes es el área profesional/contributiva del sistema de Seguridad Social, es decir, que el propio sistema se halla a su vez dividido en dos áreas de protección configuradas con arreglo a regímenes jurídicos completamente distintos y unidas solamente por unos principios informadores comunes y por un fin común, a saber: la protección de los ciudadanos frente a situaciones de necesidad. Por consiguiente, si hacemos abstracción de las peculiaridades de los diferentes colectivos protegidos por el sistema, igualmente podría considerarse quebrado el principio de unidad porque las prestaciones del área universal/asistencial son inferiores o están sujetas a un régimen jurídico totalmente diferente a las del área profesional/contributiva.

La amplia perspectiva histórico-legislativa con que hemos ilustrado el comienzo de este capítulo sirve para encuadrar adecuadamente el contenido del principio de unidad. Éste exige la existencia de un único sistema, frente a la pluralidad de seguros sociales preexistentes, y, desde el punto de vista constitucional, dicho sistema está sujeto a unos principios

comunes, como son el principio de universalidad y el de protección frente a las situaciones de necesidad (el de solidaridad es intrínseco al propio sistema como veremos en el siguiente capítulo). A partir de ahí no se exige que el régimen jurídico sea el mismo para todas las situaciones ni para todos los colectivos, profesionales o no, protegidos por el sistema, pues éste necesita adaptarse a las particulares circunstancias de cada uno, siempre que sean objetivas y razonables. En definitiva, no debe confundirse principio de unidad con uniformidad.

Por lo que respecta al principio de solidaridad, difícilmente puede sostenerse que éste se ve perjudicado dada la actual estructura de nuestro sistema de Seguridad Social si atendemos a las cifras[572]. En febrero de 2008 la relación entre el número de afiliados y de pensionistas, que nos da idea de la salud financiera de los distintos regímenes, era la siguiente:

	Afiliados	Pensionistas	Relación cotizante/pensionista
RGSS	14.764.299	4.810.636	3,07
RETA	3.398.446	1.805.021	1,88
REA	741.898	648.718	1,14
RETM	68.631	131.041	0,52
REMC	8.001	69.970	0,11
REEH	270.852	188.756	1,43
TOTAL	19.252.125	7.654.142	2,51

No obstante, hay que tener en cuenta que el 1 de enero de 2008 los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario se integraron en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, por lo que, si queremos hacernos una idea más ajustada de la salud financiera del sector agrario a efectos de Seguridad Social, deberíamos tomar los datos de diciembre de 2007, que son los siguientes:

	Afiliados	Pensionistas	Relación cotizante/pensionista
RETA	3.157.930	1.039.364	3,04
REA	974.027	1.414.375	0,69

Lo que se deduce de las anteriores cifras es que nuestro sistema está bastante saneado en general, pero que pivota prácticamente sobre dos regímenes, el general y el de trabajadores autónomos. De hecho, este último tenía una relación cotizante/pensionista prácticamente igual a la del Régimen General hasta la integración de los trabajadores autónomos del

[572] Fuente http://www.seg-social.es

Régimen Especial Agrario. Por su parte, éste ha mejorado su situación financiera tras la integración, con una relación cotizante/pensionista de 1,14, frente al ruinoso 0,69 de diciembre de 2007, que suponía que había más pensionistas que cotizantes. El Régimen Especial de Empleados de Hogar mantiene una relación de 1,43, aunque probablemente la relación sea mucho más favorable en la realidad, ya que se trata de un sector profundamente marcado por la economía sumergida. Finalmente, cuentan también con más pensionistas que cotizantes el Régimen Especial de Trabajadores del Mar y el Régimen Especial de la Minería del Carbón, éste último en estado absolutamente ruinoso y a punto de quedarse sin afiliados.

Pues bien, solidaria ha sido la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos, y solidario es el sostenimiento con cargo al Régimen General de los regímenes deficitarios (que son todos los demás). Es cierto que la presión contributiva sobre los regímenes agrario y del mar ha aumentado con miras a su integración, y, según el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social firmado el 13 de julio de 2006, también aumentará en el Régimen Especial de Empleados de Hogar, pero en un sistema de reparto la salud financiera de los diferentes regímenes no depende sólo de lo que cotizan individualmente sus afiliados, sino también de la relación entre afiliados y beneficiarios y, en esto, los regímenes especiales mencionados son claramente deficitarios.

También es cierto que algunas prestaciones no se reconocen en los regímenes especiales, pero ello es debido a las dificultades de encastrarlas en ellos, como por ejemplo la jubilación parcial para los trabajadores autónomos, o a la dificultad para establecer un adecuado control sobre las mismas, como el desempleo para los trabajadores autónomos o el accidente de trabajo para los empleados de hogar, cuyo centro de trabajo se encuentra protegido constitucionalmente por la inviolabilidad del domicilio. Y en cuanto a la intensidad protectora, las prestaciones en los mencionados regímenes especiales son de cuantía inferior, pero ello es debido a que nos encontramos en el área profesional/contributiva de nuestro sistema de Seguridad Social, por lo que las prestaciones se calculan en función de las cotizaciones. Igualar la cuantía de las prestaciones supondría cambiar de modelo de Seguridad Social, una empresa realmente ambiciosa y no exenta de problemas[573], o incrementar las cotizaciones[574], lo que no siempre es

[573] En la obra de VV. AA. *Acción protectora y estructura orgánica de la Seguridad Social* cit. se proponía para alcanzar una mayor igualdad en la protección entre regímenes de la Seguridad Social una mayor participación del Estado en la financiación de la Seguridad Social, ya que "esta estructura marcadamente contributiva supone un freno importante para cualquier proceso de racionalización del sistema español en cuanto que la acción protectora de cada grupo queda fatalmente ligada a su capacidad contributiva" (pág. 235). Por ello se proponía que a largo plazo el Estado financiase un sistema básico de

posible dadas las características de debilidad de los sectores económicos implicados. Por ejemplo, incrementar el esfuerzo contributivo en el Régimen Especial de Empleados de Hogar puede suponer "el aumento de la economía sumergida y, tal vez, la destrucción de empleo, al no poder afrontar muchas familias las nuevas cotizaciones. Incluso podría producirse la destrucción de dos empleos: el del empleado de hogar, despedido porque el empleador no puede hacer frente a los nuevos costes sociales, y el de uno de los cónyuges de la familia en la que prestaba servicios, que, al no tener un empleado que cuide de los hijos menores, puede verse obligado a dejar su empleo para cuidarlos"[575].

Por tanto, parece que se impone la prudencia y que hay que seguir avanzando con cautela en la equiparación de la protección entre los diversos regímenes de la Seguridad Social, así como en la integración de los mismos, pero ello no debe llevarnos a aspirar a una uniformación total del régimen jurídico del sistema ni a pensar que porque ésta no se consiga se quiebra el principio de unidad.

Seguridad Social (asistencia sanitaria, protección familiar, pensiones sociales uniformes, servicios sociales y protección asistencial por desempleo), "mientras que la financiación contributiva afectaría al mantenimiento de un nivel complementario de carácter profesional con prestaciones diferenciales para toda la población activa en atención a la distinta situación de cada individuo dentro de la capacidad contributiva de su grupo profesional (pensiones y subsidios en función de las rentas de activo y cotización sobre la base de estas rentas)" (pág. 237).

[574] CABEZA PEREIRÓ, J. Convergencia entre regímenes de Seguridad Social. En *Temas Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, nº 66, 2002, pág. 47, y GARCÍA NINET, J. I. Breves notas sobre el llamado «Pacto de Toledo» o informe para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse. En *Tribunal Social*, CISS, Valencia, nº 55, 1995, pág. 7.

[575] MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. La reforma del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar. En *Información Laboral (Parte de Legislación)*, Lex Nova, nº 3, 2008, pág. LN-7.

CAPÍTULO SEXTO.- EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

I.- GÉNESIS Y EXPLICACIÓN HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

Tal como vimos al comienzo de este trabajo, las condiciones infraestructurales, determinan unas determinadas estructuras políticas y sociales (estructura) y unos determinados principios y valores (superestructura). En los primeros decenios de la Revolución Industrial los principios jurídicos trataban de contribuir al desarrollo económico sin ningún tipo de cortapisas (como la doctrina del *assumption of risk*). No obstante, al avanzar la industrialización, ésta trajo consigo otro tipo de problemas que fue necesario atajar como, fundamentalmente, la dependencia del salario. El enorme desarrollo económico que la Revolución Industrial había generado permitía dotar de los medios necesarios para establecer un sistema de protección de los trabajadores, pero, al ser éste completamente novedoso, carecía de los principios jurídicos que lo legitimasen, lo cual era importante para justificar las cargas impuestas a los empresarios en orden a financiar las prestaciones sociales en favor de los trabajadores. Éste principio jurídico, una vez que se pretendía implantar un sistema de protección mínimamente ambicioso, ya no podía ser el de *cuius commodum, eius incommodum* que había sustentado la responsabilidad empresarial en materia de accidentes de trabajo, por lo que se utilizó el principio de solidaridad[576].

La Exposición de Motivos de la LBSS eleva el principio de solidaridad a columna vertebral del sistema de Seguridad Social al proclamar que "conscientes de que, sin acudir a la solidaridad nacional ante las situaciones o contingencias protegidas, la Seguridad Social no pasa de ser un artificio técnico sin verdadera raíz comunitaria, la Ley concibe a ésta como una tarea nacional que impone sacrificio a los jóvenes respecto de los viejos; a los sanos respecto de los enfermos; a los ocupados respecto de los que se hallan en situación de desempleo; a los vivos respecto de las familias de los fallecidos; a los que no tienen cargas familiares respecto de los que las tienen; a los de las actividades económicas en auge y prosperidad, en fin, respecto de los sectores deprimidos".

[576] ALARCÓN CARACUEL, M. R. Los orígenes de la Seguridad Social en España cit., pág. 34.

Actualmente, el principio de solidaridad continúa ocupando un lugar preeminente en nuestro sistema de Seguridad Social, pues todos los acuerdos de Estado sobre la materia han incidido sobre el mismo. La Recomendación XII del Pacto de Toledo propone el reforzamiento del principio de solidaridad. Del mismo modo, el apartado VI del Acuerdo para la mejora y el desarrollo del Sistema de Protección Social firmado el 9 de abril de 2001 señala que "la solidaridad es un principio básico de un sistema público de Seguridad Social", por lo que subraya "la necesidad de profundizar en la aplicación de la solidaridad, con especial incidencia en aquellas situaciones de mayor necesidad o de cuantía de pensión más reducida". Por último, el Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social firmado el 13 de julio de 2006 menciona en el preámbulo tres veces el principio de solidaridad, describiéndolo como "básico" en el sistema de Seguridad Social.

Desde el punto de vista legislativo el art. 2 LGSS lo menciona como uno de los cuatro principios que fundamentan el sistema de Seguridad Social en sus modalidades contributiva y no contributiva.

Para la doctrina el principio de solidaridad es igualmente el principio fundamental del Derecho de la Seguridad Social[577]. Para VENTURI, en virtud del principio de solidaridad general (*sic*) "se tiende a que los medios destinados a la protección que cubre al conjunto de la población se aporten por todos los miembros de la sociedad, en base a su capacidad contributiva e independientemente de intereses concretos en el campo de las prestaciones, así como de particulares responsabilidades en el campo de las contingencias por las que aquéllas resulten exigibles". Asimismo, considera que en la Seguridad Social rige un principio de solidaridad entre generaciones (*sic*), "en virtud del cual se tiende a que cada generación activa proporcione protección, tanto a la generación que aún no se encuentra en edad de participar en la vida económica, como a la que ya ha concluido dicha participación, de modo que ya no tiene razón de ser la capitalización y la formación de reservas técnicas"[578].

[577] ALMANSA PASTOR, J. M. *Derecho de la Seguridad Social* cit., págs. 120 a 125. DANNY PIETERS considera por su parte la solidaridad inherente al propio concepto de Seguridad Social, al definir ésta como "the body of arrangements shaping the solidarity with people facing (the threat of) a lack of income from paid labour or facing particular costs" (PIETERS, D. *Social Security: An Introduction to the Basic Principles cit.*, pág. 4).

[578] VENTURI, A. *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social* cit., pág. 288. Evidentemente, habla de un sistema de Seguridad Social financiado mediante el sistema de reparto.

Finalmente, los órganos judiciales también han incidido sobre el principio de solidaridad considerándolo como capital dentro del Derecho de la Seguridad Social[579].

Pero, pese a que existe una unanimidad tan clara respecto a que el principio de solidaridad ocupa un lugar preeminente dentro del sistema de Seguridad Social, lo que ninguna de estas fuentes aclara es qué deba entenderse por solidaridad a estos efectos y a este fin dedicaremos las páginas siguientes.

[579] *Vid*. STS de 27-1-2005 (Rec. Nº 1005/2004) y SSTC 100/1990, de 30 de mayo, 208/1988, de 10 de noviembre, y 134/1987, de 21 de julio.

II.- SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

Jurídicamente, la solidaridad implica, tal como aparece conceptuada en el art. 1137 del CC, que, siendo varios los acreedores o los deudores, cualquiera de ellos puede exigir o a cualquiera de ellos se les puede exigir respectivamente el pago de la totalidad de la deuda. Evidentemente, no es ésta la solidaridad de que hablan los juristas en materia de Seguridad Social, aunque sí que está presente en algunas normas[580].

[580] El art. 42.1 ET establece que "los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante". El segundo apartado del referido precepto añade que "el empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata". Debe aclararse que el ET se refiere a obligaciones en materia de cotización, pues, si el empresario fue declarado responsable del pago de una prestación de Seguridad Social, la responsabilidad del empresario principal será sólo subsidiaria para el caso de insolvencia del contratista en virtud del art. 127.1 LGSS. El art. 43.1 ET señala asimismo que "la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan"; y el apartado segundo añade que "los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en el apartado anterior responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos". El apartado 2 del art. 127 LGSS establece que "en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión. La misma responsabilidad se establece entre el empresario cedente y cesionario en los casos de cesión temporal de mano de obra, aunque sea a título amistoso o no lucrativo". El art. 42.3 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, establece que "la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del art. 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal". Ello quiere decir que el recargo de prestaciones en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional debidos a infracción de normas de prevención de riesgos laborales contemplado en el art. 123 LGSS puede imponerse solidariamente al empresario principal y al contratista cuando el siniestro haya tenido lugar en el centro de trabajo del empresario principal. Finalmente, el art. 4.2 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, establece que las empresas que pretendan ser contratadas o subcontratadas para trabajos de una obra de construcción deberán acreditar que disponen de recursos humanos, en su nivel directivo y productivo, que cuenten con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, así como de una organización preventiva adecuada a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Asimismo deberán acreditar estar inscritas en el Registro de Empresas Acreditadas al que se refiere el artículo 6 de dicha Ley. Pues bien, el art. 7.2 de la Ley 32/2006 establece que "sin perjuicio de otras responsabilidades establecidas en la legislación social, el incumplimiento de las obligaciones de acreditación y registro exigidas en el artículo 4.2, o del régimen de subcontratación establecido en el artículo 5, determinará la responsabilidad solidaria

La primera acepción que probablemente acude a la mente del lector, y la única para las personas ajenas al Derecho, identifica la solidaridad con un valor, muy de moda en nuestros tiempos por cierto. Un valor es un bien absoluto, es decir, algo bueno en sí, independientemente de nuestros actos, de nuestros intereses o de nuestros sentimientos hacia ello[581]. Según el Diccionario de la Real Academia Española (vigésima segunda edición), la solidaridad es la "adhesión circunstancial a la causa o a la empresa de otros". MANUEL ATIENZA define el principio de solidaridad como el "que establece que cualquier ser humano sólo tiene derecho a un grado de desarrollo y de goce de bienes que no imposibilite a los demás alcanzar un grado de desarrollo equivalente"[582]. Esta definición peca en mi opinión de demasiado liberal, pues entiendo que la solidaridad exige algo más que la mera abstención de impedir a los demás alcanzar un determinado nivel de bienestar. Considero que es más apropiada para conceptuar la solidaridad la definición que ATIENZA da de lo que él llama el principio de cooperación, según la cual "el desarrollo máximo y deseable del ser humano exige una cooperación activa por parte de los demás y, en particular, por parte de las instituciones sociales (estatales o no)"[583]. No obstante, también es muy frecuente en materia de Seguridad Social el empleo del principio de solidaridad para significar una renuncia por parte de los mejor situados a favor de los más débiles, y de hecho para el TC el principio de solidaridad exige "el sacrificio de los intereses de los más favorecidos frente a los más desamparados"[584]. Para VENTURI la solidaridad es un término de moda, que sustituye a los de caridad, amor al prójimo, fraternidad o filantropía[585].

Desde este punto de vista axiológico, la solidaridad es un deber cristiano y las referencias al mismo a lo largo de los Evangelios son numerosas, si bien la más conocida es la parábola del buen samaritano, el cual ayudó a un hombre que había sido atacado por bandidos y abandonado medio muerto, le curó las heridas, le llevó a una posada en su misma cabalgadura y le dejó dinero al posadero para que continuase con sus

---

del subcontratista que hubiera contratado incurriendo en dichos incumplimientos y del correspondiente contratista respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social derivadas de la ejecución del contrato acordado que correspondan al subcontratista responsable del incumplimiento en el ámbito de ejecución de su contrato, cualquiera que fuera la actividad de dichas empresas".

[581] ORTEGA Y GASSET, J. *Introducción a una estimativa ¿Qué son los valores?*, Ediciones Encuentro, Madrid, 2004.

[582] ATIENZA, M. *El sentido del Derecho* cit., pág. 223.

[583] *Ibid.*

[584] STC 134/1987, de 21 de julio.

[585] VENTURI, A. *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social* cit., pág. 23.

cuidados[586]. Ahora bien, este tipo de solidaridad máxima, que se correspondería con la caridad cristiana, implica un amor al prójimo "que no se conforma con la justicia y va más allá; que no se contenta con dar a los demás lo que se les debe; que no se satisface con menos que con darse enteramente a sí mismo"[587]. No en vano, los Evangelios dicen "si quieres ser perfecto, vete a vender todo lo que posees y dáselo a los pobres, así tendrás una riqueza en el cielo y luego vuelve y sígueme"[588]. Ahora bien, no es ésta la solidaridad que sustenta la Seguridad Social, pues la caridad tiene como punto de referencia a Dios y no puede ser impuesta por la autoridad temporal, como es impuesta coactivamente la Seguridad Social por el Estado.

Para GARCÍA ESCUDERO[589] existe un nivel inferior de solidaridad que él llama "solidaridad moral" o "solidaridad mínima", que implica el deber de asegurar a todos los hombres un mínimo de condiciones sociales que les permitan una existencia digna de seres humanos. Ésta sí podría ser impuesta coactivamente por el Estado para salvar la debilidad de que hablaba Santo Tomás de que el hombre tiene tendencia a la virtud, "pero la mayor parte de los hombres no son virtuosos"[590]. Este deber es reconocido incluso fuera del cristianismo, pues ya ARISTÓTELES condenaba el egoísmo al señalar que "el hombre honrado, el hombre de bien no puede ser egoísta, pues precisamente es hombre de bien porque obra en interés de los demás"[591], y en similares términos SÉNECA se defendía afirmando que el sabio no tiene por qué renunciar a las riquezas, pues así podrá dar "a las gentes de bien, o a aquéllos que pueda hacerlos buenos. Repartirá con sumo cuidado, eligiendo a los que más se lo merezcan; teniendo presente en todo momento que debe rendir cuentas, tanto de lo que reparte como de aquello que recibió"[592].

Esta acepción de la solidaridad está más próxima a lo que anteriormente vimos que se viene considerando como solidaridad en el ámbito de la Seguridad Social, pero en mi opinión tampoco es ésta la

[586] Lucas 10, 25-37.

[587] GARCÍA ESCUDERO, J. M., *Los principios de solidaridad y de subsidiariedad como postulados de la política social* cit., pág. 27.

[588] Mateo 19, 21.

[589] GARCÍA ESCUDERO, J. M., *Los principios de solidaridad y de subsidiariedad como postulados de la política social* cit., pág. 20.

[590] *Ibid.*, pág. 29.

[591] ARISTÓTELES. *Magna moralia*, Editorial Losada, Buenos Aires, 2004, pág. 163.

[592] SÉNECA. *Sobre la felicidad*, Edaf, Madrid, 1997, pág. 117.

solidaridad que informa el Derecho de la Seguridad Social. Desde este punto de vista axiológico, estaríamos hablando de un deber ético y, por tanto, para con todos los seres humanos sin distinción. Sin embargo, la Seguridad Social se rige por el principio de territorialidad, razón por la que el art. 41 de la CE habla del deber de proteger a los "ciudadanos", concepto éste que define la pertenencia a una comunidad política, en este caso la nación española. Asimismo, el art. 7 LGSS establece que "estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional".

Además, la Seguridad Social no puede sustentarse en un deber ético cuando nuestra sociedad democrática se basa precisamente en el relativismo ético[593]. La libertad de pensamiento y de creencias son derechos garantizados por la CE; la pluralidad se convierte en sinónimo de libertad y se convierte en pilar fundamental de la sociedad democrática. Toda creencia debe ser respetada si se enmarca dentro de unas determinadas coordenadas constitucionales. NIETZSCHE defendía la selección natural de los más fuertes, por lo que para él "no hay solidaridad en una sociedad en la que existen elementos estériles, improductivos y destructores, que, además, tendrán descendientes más degenerados que ellos mismos"[594], y consideraba que la exaltación de la solidaridad que hace el cristianismo es una manera de reprimir los sentimientos de la rivalidad, del resentimiento, de la envidia, propios de los seres desheredados; "divinizan, con el nombre de ideal de humildad y de obediencia, el estado de esclavitud, de inferioridad, de pobreza, de enfermedad, de opresión", lo que "explica por qué las clases (o las razas) dominantes, así como los individuos, mantienen sin cesar el culto del altruismo, el evangelio de los humildes, el «Dios en la cruz»"[595].

RICHARD RORTY, uno de los filósofos más influyentes de los últimos años, rechaza incluso el empleo del término relativismo. Para él "relativo" se define en referencia a algo que es absoluto y él no cree en valores absolutos o universales. Todo es contingente y todo es válido si se alcanza por métodos democráticos. Por eso, al igual que no es posible hablar de

[593] BUENO, G. *Panfleto contra la democracia realmente existente*, La Esfera de los Libros, Madrid, 2004, pág. 199. En idénticos términos RATZINGER, J. El significado de los valores morales y religiosos en la sociedad pluralista. En *Verdad, valores, poder. Piedras de toque de la sociedad pluralista*, Ediciones Rialp, Madrid, 2005, pág. 84.

[594] NIETZSCHE, F. *La voluntad de poder*, Edaf, Madrid, 2003, pág. 65.

[595] *Ibid.*, pág. 261.

blasfemia para quien no cree en Dios, no puede hablarse de relativismo cuando no hay valores absolutos, por lo que propone la sustitución del término "relativista" por el de "ironista" (del inglés *irony*) para "designar a esas personas que reconocen la contingencia de sus creencias y de sus deseos más fundamentales: personas lo bastante historicistas y nominalistas para haber abandonado la idea de que esas creencias y esos deseos fundamentales remiten a algo que está más allá del tiempo y del azar"[596]. El único valor que debe perseguir el ironista liberal es la lucha contra la crueldad y ni ése es un valor absoluto, sino el resultado contingente de una serie de circunstancias históricas que han configurado una mentalidad liberal y democrática. Por esa razón para RORTY hablar de un deber ético de solidaridad que tenga su fundamento en la naturaleza humana es "un torpe intento de secularizar la idea de llegar a ser uno con Dios"[597]. Él rechaza que la solidaridad pueda ser considerada como un valor universal, ya que la misma se define por la identificación del grupo "nosotros". En tanto que él niega la existencia de lo universal, comenzando por una naturaleza humana universal, considera que la solidaridad sólo opera dentro de grupos determinados en función de la nacionalidad, la religión, la pertenencia a un partido, etc. Para él "nuestro sentimiento de solidaridad se fortalece cuando se considera que aquel con el que expresamos ser solidarios es «uno de nosotros», giro en el que «nosotros» significa algo más restringido y más local que la raza humana. Esa es la razón por la que decir «debido a que es un ser humano» constituye la explicación débil, poco convincente, de una acción generosa"[598]. De acuerdo con el razonamiento de RORTY, debemos ampliar progresivamente el ámbito de la solidaridad, pero no en base a una supuesta naturaleza humana universal, que él no reconoce, sino en base a la capacidad común para sufrir dolor y humillación[599]. Ahora bien, esa línea de pensamiento nos llevaría en mi opinión a ampliar la solidaridad a los animales, capaces también de sentir dolor y humillación, y, sin embargo, no creo que esté en el ánimo de nadie ampliar la protección de la Seguridad Social a los animales. En definitiva, con este razonamiento quiero defender que no podemos sustentar la Seguridad Social sobre un deber ético, ya que éste podría chocar fácilmente con la cláusula de la objeción de conciencia y sería de ese modo una base demasiado endeble para una construcción tan ciclópea como es la Seguridad Social. O dicho en términos de HEGEL, los valores éticos se

[596] RORTY, R. *Contingencia, ironía y solidaridad*, Paidós, Barcelona, 2001, pág. 17.

[597] *Ibid.*, pág. 216. Idea tomada de NIETZSCHE, para quien es una forma de nihilismo incompleto sustituir la idea de Dios por valores morales como el altruismo (NIETZSCHE, F. *La voluntad de poder* cit., pág. 49).

[598] RORTY, R. *Contingencia, ironía y solidaridad* cit., págs. 208 y 209.

[599] *Ibid.*, pág. 210.

refieren al ámbito de lo subjetivo, es decir, a ese momento del desarrollo de las ideas en que el Estado no puede entrar.

Que desde un punto de vista *emic* queramos fundamentar este sistema en el amor hacia nuestros semejantes es perfectamente legítimo y además será incentivado por el Estado para facilitar la aplicación de las normas sin tener que recurrir a la medida extrema de la coerción[600], pero en realidad, como he tratado de demostrar, la Seguridad Social nada tiene que ver con estos planteamientos. Tampoco quiero que parezca que la Seguridad Social se asienta sobre motivaciones espúreas, pues para mí ha sido uno de los logros más importantes del siglo XX. Sin embargo, creo que desde el punto de vista científico no deben confundirse los logros encomiables del sistema de Seguridad Social con las verdaderas causas del mismo, que hunden sus raíces en unas circunstancias infraestructurales que operan al margen de cualquier motivación ética.

Además, en un sistema eminentemente contributivo como el español resulta muy difícil hablar de solidaridad desde el punto de vista axiológico que estamos analizando. Las prestaciones se perciben en proporción al esfuerzo contributivo de los cotizantes, tal como vimos anteriormente, por lo que éstos no cotizan al sistema movidos por la solidaridad, sino, en todo caso, para proveer a su propio futuro. Tampoco puede decirse que el empresario actúe solidariamente, pues, cuando calcula los costes laborales, incluye el coste de las cotizaciones sociales, de modo que lo que hace es detraer una parte del salario teórico del trabajador para ingresarlo en la Seguridad Social como cuota empresarial. Ver solidaridad en el sistema de reparto no pasa de un acto de idealismo, pues se trata de un sistema de financiación que trata de prevenir efectos indeseables como el quebranto de la moneda o los costes de administración, aunque tiene otros inconvenientes nada desdeñables. El sistema de reparto implica un *do ut des* que tiene mucho más de interés propio que de solidaridad, y si se acude a ésta para justificar recortes en las prestaciones como consecuencia de diversas causas (como la inversión de la pirámide de población o la crisis económica), es decir, para justificar el sacrificio de las expectativas de derechos de los trabajadores, entonces no creo que eso sea solidaridad, sino más bien injusticia. La solidaridad puede justificar que pierdan de beneficiarse los más favorecidos para equilibrar a los menos favorecidos,

[600] Ya hablamos en su momento de la socialización como medio de conseguir la adhesión espontánea a las normas jurídicas. MARVIN HARRIS lo lleva más lejos hablando del interés del Estado por inculcar en los ciudadanos la ilusión o pseudoideología de la legitimidad de las normas y de los valores que las sustentan, ya que "si el control del pensamiento falla, si no se consigue que las gentes cumplan el Derecho por estar convencidas de su bondad (o por lo que sea), entonces tiene que entrar en funcionamiento la fuerza" (RIVAYA, B. *El materialismo jurídico. La presunta teoría del Derecho de Marvin Harris* cit., pág. 160).

pero un cotizante que está soportando una carga para financiar a los pensionistas actuales, cuando llegue a ser él mismo pensionista, estará en las mismas condiciones de necesidad que los pensionistas actuales y, sin embargo, sus prestaciones pueden verse reducidas. En definitiva, se le ha hecho de peor condición, pues, en idéntica situación de necesidad, ha soportado la misma carga de cotización y ha obtenido menos a cambio, lo que no sólo no es solidario, sino que es injusto[601]. De hecho, MONTOYA MELGAR criticó duramente la mencionada STC de 21-7-1987 que justificaba la aplicación de un tope máximo a la cuantía de las pensiones en base al principio de solidaridad, conceptuando éste como el sacrificio de los que más tienen en beneficio de los menos favorecidos. Entendía dicho autor que "en la referida doctrina del Tribunal Constitucional se aprecia lo que en nuestra opinión es una fisura importante: hacer tabla rasa de la innegable (y no negada por el propio Tribunal) contributividad de nuestro sistema de Seguridad Social. Que una cotización más onerosa no sea tenida en cuenta en el momento de determinar la cuantía de las pensiones plantea problemas de trato desigual, de inseguridad jurídica y, lisa y llanamente, de trato injusto; problemas que no quedan disipados en la argumentación del Tribunal; pues insistir, como éste hace, en la no contractualidad de la relación, así como en la existencia, junto a la cuota del trabajador, de una cuota empresarial y de una aportación del Estado, no logra eliminar el crucial signo contributivo de nuestra Seguridad Social"[602].

Finalmente, aunque pueda resultar llamativo, la Seguridad Social no se fundamenta en la solidaridad, sino, en todo caso, en la falta de solidaridad. Si no, ¿por qué imponerla coactivamente? Precisamente porque la falta de solidaridad entre las personas, incluso la falta de previsión respecto de su propio futuro, hace necesario implantar coactivamente un sistema de Seguridad Social que proteja a los ciudadanos frente a determinadas situaciones de necesidad[603]. Aunque, tal como vimos anteriormente, VENTURI habla de solidaridad en la Seguridad Social, creo que su planteamiento es erróneo por las razones expuestas, y que es más acertada su afirmación de que "la Seguridad Social, en la medida en que

[601] "The moral obligation of the government to honor future social security claims is made much stronger by the fact that the covered workers and their families who will benefit from the program have made a specific sacrifice in anticipation of social security benefits; they and their employers have contributed to the cost of the social security system, and thus they have built a right to expect social security protection in return. Very importantly, the contributory nature of the system helps to make clear that it would be unfair to introduce eligibility conditions, like a means test, that would keep benefits from people who have paid toward their own protection" ((BALL, R. M. *Social Security today and tomorrow* cit., pág. 8).

[602] MONTOYA MELGAR, A. Limitación de la cuantía de las pensiones en Ley de Presupuestos. En ALONSO OLEA M. *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, tomo V, pág. 267.

[603] ALONSO OLEA M. y TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones de Seguridad Social* cit., pág. 28.

reduce la incertidumbre frente a las vicisitudes de la vida y socorre la necesidad de las víctimas de los hechos gravosos, contribuye a atenuar una de las causas principales por las que la convivencia entre los hombres se ve envenenada por la ausencia del espíritu de caridad mutua"[604].

Por tanto, la verdadera solidaridad que se constituye en pilar básico de la Seguridad Social es un concepto sociológico, no axiológico. "Consiste, según lo dicho, en la interdependencia en que estamos los hombres, de tal modo que lo que uno haga, bueno o malo, en los demás repercute"[605]. Esta forma de solidaridad procede de la naturaleza sociable del hombre: "la sociabilidad es la causa; la solidaridad es la consecuencia"[606]. La solidaridad, desde este punto de vista, no es justa ni injusta, porque solamente describe una interconexión fruto de la convivencia en sociedad.

DURKHEIM distingue dos tipos de solidaridad, a saber: la solidaridad mecánica y la orgánica. La primera es una forma de conciencia colectiva, que enlaza al individuo directamente con la sociedad. "Sólo puede tener fuerza si las ideas y tendencias comunes a todos los miembros de la sociedad son más numerosas y más intensas que las que pertenecen individualmente a cada miembro"[607]. La solidaridad orgánica supone que "el individuo depende de la sociedad, porque depende de las partes que la componen"[608]. Es característica de las sociedades con división del trabajo, ya que cada individuo ejerce una función especializada, con autonomía e iniciativa propias, pero por esa misma razón se hace más dependiente del grupo considerado en su conjunto. Como aclara el propio DURKHEIM, en la solidaridad mecánica "lo que denominamos sociedad es una totalidad, más o menos organizada, de creencias y sentimientos comunes a todos los miembros del grupo: se trata del tipo colectivo", mientras que en la solidaridad orgánica "la sociedad con la cual somos solidarios es un sistema de funciones diferentes, especiales, unidas por relaciones precisas.

[604] VENTURI, A. *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social* cit., pág. 778.

[605] GARCÍA ESCUDERO, J. M., *Los principios de solidaridad y de subsidiariedad como postulados de la política social* cit., pág. 17.

[606] *Ibid.*

[607] DURKHEIM, E. Formas del derecho en relación con formas de la solidaridad social. En AUBERT, V. *Sociología del Derecho*, Editorial Tiempo Nuevo, Caracas, 1971, pág. 25.

[608] *Ibid.*, pág. 24.

Esas dos sociedades en la realidad sólo constituyen una sociedad única. Se trata de dos aspectos de la misma y única realidad"[609].

En mi opinión, el aspecto preponderante en relación con la Seguridad Social es la solidaridad orgánica. Si los obreros sufren accidentes o pierden su trabajo, se corta su única fuente de ingresos. Ello provocará que caigan en una situación de necesidad, probablemente de penuria y extrema pobreza, pero seguirán perteneciendo a nuestra sociedad. Ello generará descontento, desesperación y, probablemente, delincuencia o agitación social. Toda la sociedad será víctima de esa situación, porque, nos guste o no, constituimos un cuerpo social. Por ello la sociedad debe arbitrar las medidas oportunas para prevenir ese tipo de situaciones, porque todos los miembros de la sociedad estamos interconectados, somos interdependientes; en definitiva, existe entre nosotros una solidaridad.

JAVIER DE LUCAS define muy bien la solidaridad desde este punto de vista como "un hecho social -que consiste básicamente en la interdependencia múltiple- y que está basado en la comunidad de necesidades y en la división del trabajo; aparece así como el elemento irreductible del grupo social, el tejido conectivo de cualquier tipo de sociedad"[610].

Como acertadamente precisa PERPIÑÁ RODRÍGUEZ, la solidaridad "se trata de un programa social o sociológico, de un resultado externo y no de una virtud. Por lo menos, el aspecto ético queda muy en segundo plano. Porque al hacerse obligatorios los Seguros sociales más bien se renuncia a contar con la buena disposición de ánimo de los empresarios, y solamente se mira la eficaz consecución del remedio de la miseria económica de los obreros. Las leyes de Previsión no tienen por objetivo santificar el alma de los patronos, sino preservar el cuerpo de los trabajadores, lo que no tiene nada de moral (no quiere decirse que sea inmoral), sino de sociológico"[611].

La anticipación de esta idea de solidaridad es antigua, pues podemos encontrarla ya en la obra de PLATÓN[612]. No obstante, sus antecedentes

[609] *Ibid.*

[610] DE LUCAS, J. *El concepto de solidaridad* cit., pág. 19.

[611] PERPIÑÁ RODRÍGUEZ, A. *Filosofía de la Seguridad Social* cit., pág. 245.

[612] "El legislador no debe proponerse por objeto la felicidad de una determinada clase de ciudadanos con exclusión de las demás, sino la felicidad de todos; que a ese fin debe unir a todos los ciudadanos en los mismos intereses, comprometiéndolos por medio de la persuasión o de la autoridad a que se comuniquen unos a otros todas las ventajas que están en posición de procurar a la comunidad; y que al formar con cuidado semejantes ciudadanos, no pretende dejarlos libres para que hagan de sus facultades el uso que

inmediatos los encontramos, una vez más, en HEGEL, aunque él no la llamó así. Él hablaba de universalidad y señalaba que "la finalidad egoísta, en su realización, condicionada así por la universalidad funda un sistema de dependencia universal de manera que la subsistencia y el bienestar del singular y su existencia empírica jurídica están entretejidos con la subsistencia, el bienestar y el derecho de todos, está fundado en ello, y sólo en esta conexión es real y está asegurada"[613]. En idéntico sentido añade que "al tenerme que regir por el otro, se presenta aquí la forma de la universalidad. Yo adquiero de los otros los medios de la satisfacción y tengo que admitir por eso su opinión. Pero necesito producir a la vez medios para la satisfacción ajena. Por tanto, uno se refleja en el otro y así se vinculan: cada particular viene a ser así algo social"[614].

De esta acepción de solidaridad puede extraerse un deber, pero no ético, sino moral. Ya vimos anteriormente que GUSTAVO BUENO identifica los deberes éticos con los referidos al hombre corpóreo, y los deberes morales con los referidos al hombre como miembro de una comunidad política. No en vano, la equiparación entre moral y política procede ya de ARISTÓTELES[615]. Éste, a su vez, consideraba que entre los miembros de la sociedad existe una suerte de "amistad civil" (*filia*) que genera deberes entre ellos[616] y que sería el antecedente de la solidaridad como vínculo sociopolítico entre los miembros de la *polis*[617]. Como señala GUSTAVO BUENO, poniendo de ejemplo a Atenas, "en realidad habría que decir que esa *igualdad* de los ciudadanos de la democracia ateniense deriva propiamente de su *solidaridad política* frente a los esclavos y a los metecos, en su ámbito interior, y frente a las demás repúblicas vecinas (Lacedemonia, Tebas, etc.) o imperios bárbaros, en su ámbito exterior. Una cosa es la igualdad entre los hombres, fundada en relaciones materiales *éticas* (la igualdad de los sujetos humanos corpóreos, que es propagable a todo el género humano), sobre la cual se edifica la *solidaridad como virtud ética* (frente a otros animales), y otra cosa es la igualdad entre grupos humanos, fundada en su común enfrentamiento contra terceros grupos, y sobre la cual se edifica la *solidaridad como virtud moral o política* (lo que

---

les acomode, sino servirse de ellos con el fin de fortificar los lazos del estado" (PLATÓN. *La República o el Estado* cit., pág. 279).

[613] HEGEL, G. *Rasgos fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado* cit., pág. 252.

[614] *Ibid.*, pág. 260.

[615] ARISTÓTELES. *Magna moralia* cit., pág. 9.

[616] ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco* cit., pág. 131.

[617] DE LUCAS, J. *El concepto de solidaridad* cit., pág. 103.

no quiere decir que, en el lenguaje ordinario de los políticos, se apele con frecuencia a la «solidaridad» con una ambigua intención, ya sea ética, ya sea política, a pesar de que en muchas ocasiones estos dos tipos de solidaridad son incompatibles)" [las cursivas figuran en el original][618]. En este mismo sentido JAVIER DE LUCAS considera que "la solidaridad, por tanto, equivale a la vinculación moral del individuo con su grupo. En ella está implícita la organización del control de la sociedad y, en consecuencia, la aplicación y viabilidad de las reglas morales. Mucho más: su propia existencia, puesto que es la solidaridad -que hace posible la sociedad- quien posibilita la moral, pues no hay moral sin sociedad"[619].

Quiere decirse con esto que, siguiendo con el mismo ejemplo, la comunidad de intereses existente entre los ciudadanos libres atenienses generó una interdependencia o solidaridad social y de ella surgió a su vez la solidaridad política que implicaba unos deberes de defensa de ese grupo frente a terceros, ya dentro (esclavos) o fuera (imperio persa, por ej.). Ése fue precisamente el gran error del determinismo histórico marxista, que aparece corregido tanto en el materialismo cultural de HARRIS como en el materialismo filosófico de BUENO. El marxismo esperaba que los proletarios del mundo se unirían contra la burguesía opresora, pero sin embargo, frente a esa solidaridad horizontal de clase, pudo más la solidaridad política o estatal. La dialéctica de clases sucumbió frente a la dialéctica entre Estados[620] y en ello tuvo un papel fundamental la Seguridad Social como mecanismo de integración de los proletarios en el cuerpo social, generando una solidaridad entre todos los miembros de éste. Precisamente por todas estas razones, la Seguridad Social se rige, como ya señalamos en su momento, por el principio de territorialidad, ya que se basa en una solidaridad estatal (es decir, política, con un sustrato sociológico) y no en una solidaridad humana (ética).

Esta conclusión de nuestro razonamiento ya permite resolver la aporía a que anteriormente hacía referencia, esto es, que un valor como la solidaridad pueda dar lugar a decisiones contrarias a otro valor, como es la justicia. Concretamente me refiero a que se limite, por ejemplo, la cuantía máxima de las pensiones en nombre de la solidaridad, lo que desde el punto de vista contributivo sería injusto. La explicación se encuentra en que la solidaridad que sustenta la Seguridad Social no es un valor, sino un principio sociológico o político. Ahora bien, entonces se nos plantea un nuevo interrogante: si la solidaridad consiste en una mera interdependencia

[618] BUENO, G. *Panfleto contra la democracia realmente existente* cit., pág. 174.

[619] DE LUCAS, J. *El concepto de solidaridad* cit., pág. 73.

[620] BUENO, G., *Panfleto contra la democracia realmente existente cit.*, págs. 170 y 210.

de los miembros del cuerpo social, ¿no existe ningún criterio que sirva de orientación para ordenar la acción protectora de la Seguridad Social? La respuesta es que sí existe, pero no se encuentra enumerado expresamente en el art. 2 LGSS. Se trataría del principio de necesidad, que trataremos de explicar en los siguientes epígrafes.

III.- EL PRINCIPIO DE NECESIDAD

III.a.- SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE NECESIDAD

Llegados a este punto, parece claro que el principio de solidaridad a que normalmente se hace referencia en los textos legales y en la jurisprudencia, tanto constitucional como del orden social, no se corresponde con la solidaridad socio-política que sirve de sustento al Derecho de la Seguridad Social. Ahora bien, es evidente que cuando se emplea un término por parte del legislador es con algún propósito, que debemos desvelar.

MONTOYA MELGAR, al criticar la STC de 21-7-1987 que permitía el establecimiento de un tope máximo para la cuantía de las pensiones, afirmaba que "en resumidas cuentas, no creemos que la invocación de un vago principio de solidaridad (que, por cierto, no se encuentra entre los enumerados por la Constitución) pueda prevalecer, para legitimar la limitación de las pensiones, sobre concretos derechos reconocidos y protegidos constitucionalmente"[621]. Esta afirmación es dudosa, pues CARLOS DE CABO mantiene que "frente a lo que ocurre en el sistema constitucional liberal, el constitucionalismo del Estado social se configura como un constitucionalismo estructuralmente solidario, o, lo que es lo mismo, la solidaridad aparece como un principio constitucional definitorio y fundante de este constitucionalismo del Estado social"[622]. Por tanto, al definir la CE a España como un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1), el principio de solidaridad no necesitaría ser enunciado expresamente, pues estaría ínsito en el propio modelo constitucional.

En mi opinión, la mayor parte de las veces que se emplea el término solidaridad, en realidad se está aludiendo a la ayuda de los más necesitados, lo que supone establecer prioridades de gasto en un sistema de recursos limitados. Esta acepción es clara en la Recomendación XII del Pacto de Toledo, que propone "reforzar el principio de solidaridad y de garantía de suficiencia, en la medida en que la situación financiera lo permita, adoptando medidas como pueden ser: la elevación de la edad máxima de

[621] MONTOYA MELGAR, A. Limitación de la cuantía de las pensiones en Ley de Presupuestos cit., pág. 273.

[622] DE CABO MARTÍN, C. *Teoría constitucional de la solidaridad*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 45.

permanencia en el percibo de las pensiones de orfandad, o la mejora de las pensiones de viudedad en el caso de menores ingresos". Del mismo modo, el apartado VI del Acuerdo para la mejora y el desarrollo del Sistema de Protección Social firmado el 9 de abril de 2001 señala que "la solidaridad es un principio básico de un sistema público de Seguridad Social", por lo que subraya "la necesidad de profundizar en la aplicación de la solidaridad, con especial incidencia en aquellas situaciones de mayor necesidad o de cuantía de pensión más reducida". Las propias SSTC que se referían al principio de solidaridad lo hacían para justificar la limitación de la cuantía de las pensiones más elevadas, "mientras se mantienen y actualizan las pensiones más bajas" (STC 21-7-1987). Por tanto, de lo que estaríamos hablando en realidad en todos estos casos es de lo que yo llamaría "principio de necesidad"[623], el cual sí que viene enunciado expresamente en la CE (art. 41) al imponer a los poderes públicos el deber de mantener un régimen público de Seguridad Social que proteja a todos los ciudadanos frente a situaciones de necesidad. Al hablar del principio de universalidad, hicimos una distinción conceptual con la protección asistencial, que ha sido definida como "cualquier mecanismo colectivo de solidaridad -no necesariamente reglado- cuya protección se otorga independientemente de la existencia de una cotización previa y de la pérdida o reducción de los ingresos profesionales y se destina a los individuos, familias y grupos que se encuentran en situación de necesidad y cuyos recursos (materiales, culturales y sociales) son tan débiles que quedan excluidos de los modos de vida mínimos aceptables en el Estado en que vivan"[624]. Por tanto, también podríamos calificar el principio de necesidad como principio asistencial o de asistencialidad, término que probablemente está más enraizado doctrinalmente. No obstante, y sin pretender entablar una discusión terminológica, personalmente prefiero hablar de principio de necesidad por la confusión que el término "asistencialidad" puede provocar con un determinado modelo de Seguridad Social alternativo teóricamente al llamado modelo contributivo. Además, lo que yo denomino principio de necesidad no coincide exactamente con la protección asistencial, ya que consiste en un criterio de reparto de recursos limitados atendiendo a las situaciones de quebranto o debilidad económica en que se encuentran los beneficiarios y, dentro de éstas, otorgando prioridad a las más graves.

Como vimos en su momento, ya la exposición de motivos de la LBSS defendía que debía abandonarse la noción de riesgo para trasladar el

[623] Creo que quien utilizó por primera vez la expresión "principio de necesidad" o "principio de debilidad económica" fue Efrén Borrajo en 1989 (BORRAJO DACRUZ, E. De la previsión social a la protección en España: bases histórico-institucionales hasta la Constitución cit., pág. 14).

[624] BLASCO LAHOZ, J. F., *La protección asistencial en la Seguridad Social: la Ley de prestaciones no contributivas* cit., pág. 19.

centro de gravedad del sistema hacia la noción de situación de necesidad. La Seguridad Social debe proteger a los ciudadanos frente a situaciones de necesidad y, en caso de insuficiencia de recursos, debe proteger más a quienes se encuentren en situación de más necesidad, sacrificando a quienes se encuentren en una situación comparativamente mejor. El principio de necesidad y el principio de solidaridad se muestran así como complementarios: los que formamos parte del mismo cuerpo social (en este caso estatal) somos interdependientes, de modo que lo que a uno acontece, repercute sobre los demás; por tanto hay que establecer mecanismos de protección que, en consonancia con lo anterior, deben orientarse primordialmente hacia los más desfavorecidos, los más necesitados. Como señaló PETER BALDWIN la solidaridad es "la decisión grupal de asignar los recursos según las necesidades (…) la solidaridad es engañosamente análoga al altruismo. Como sentimiento individual, el altruismo generalmente se limita a estrechos círculos de afines. La solidaridad, en aquellas pocas ocasiones en que ha sido realizada, ha sido el desenlace de un interés propio recíproco y generalizado. No la explica la ética, sino la política"[625].

El empleo de la expresión "principio de necesidad" en lugar de "solidaridad" (ética), salvaría la aparente contradicción de que se permita, por ejemplo, en un sistema esencialmente contributivo como el nuestro, limitar la cuantía máxima de las pensiones. La solidaridad (ética) siempre debe ser justa, porque es un valor, un bien absoluto. Pero el gobernante puede adoptar decisiones en materia de Seguridad Social consideradas injustas sin dejar de ser solidarias, ya que se rige por un principio de solidaridad político, no ético, y su fin es atender a situaciones de necesidad, comenzando por las más graves. Por eso limitar la cuantía de las pensiones, o incluso reducirla, puede considerarse injusto desde el punto de vista contributivo o sinalagmático, pero no es contrario al principio de solidaridad (política) ni al principio de necesidad.

La necesidad se convierte así en el segundo pilar esencial de todo sistema de Seguridad Social y explica numerosas soluciones normativas que, en un sistema contributivo, resultarían inaceptables, como por ejemplo que una persona que ha cotizado un solo día pueda acceder a una pensión de incapacidad de por vida, incluso de una cuantía elevada, tal como ocurre en los casos de accidente, sea o no de trabajo, o de enfermedad profesional (art. 124.4 LGSS).

Respecto a qué debe entenderse por situación de necesidad, poca concreción podemos ofrecer. La situación de necesidad se fijará por las

[625] BALDWIN, P. *La política de solidaridad social* cit., pág. 480.

leyes en cada momento atendiendo a la evolución económica del país y de las costumbres sociales[626]: en una economía poco desarrollada el objeto de la Seguridad Social será "la lucha por la vida", en una economía desarrollada será "el mantenimiento de la existencia" y, finalmente, en una economía superdesarrollada será "el desenvolvimiento del ser"[627]. La Royal Comission to Inquire into Social Security 1969-1972 en Nueva Zelanda definió muy bien este concepto relativo de necesidad como "*the right to belong*" (es decir, el derecho a formar parte de la comunidad):

> "No-one is to be so poor that he cannot eat the sort of food that New Zealanders usually eat, wear the same sort of clothes, take a moderate part in those activities which the ordinary New Zealander takes part in as a matter of course. The goal is to enable any citizen to meet and mix with other New Zealanders as one of them, as a full member of the community –in brief, *to belong*." [628]

En España el tipo de prestación que mejor ilustra este concepto evolutivo de la necesidad es el de las prestaciones en favor de familiares, toda vez que las mismas han sufrido muy pocas modificaciones legales a lo largo de sus cuarenta años de existencia, de modo que ha sido la jurisprudencia la que ha ido adaptándolas a las cambiantes circunstancias sociales. Concretamente, uno de los requisitos para acceder a este tipo de prestaciones es que el solicitante no tenga derecho a pensión pública (art. 22.1.1.d de la Orden de 13-2-1967[629]), pues las mismas fueron ideadas como una prestación residual para quien dependía económicamente de un trabajador o pensionista, de modo que, al fallecer éste, se quedaba sin ningún tipo de recurso para sobrevivir. Sin embargo, el TS entendió que, aunque el solicitante fuese titular de una pensión, siempre podría obtener el reconocimiento de la pensión en favor de familiares con la condición posterior de optar por una de las dos prestaciones. Es decir, se superaba la situación de necesidad entendida como indigencia permitiendo al solicitante mejorar su situación económica sustituyendo su pensión por la pensión de favor de familiares si ésta le es más beneficiosa. Para el TS, la situación de necesidad en este caso vendrá dada por la pérdida de ingresos

---

[626] La STC 77/1995, de 22 de mayo, afirma que "ciertamente, el artículo 41 de la CE convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, pero tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales".

[627] DE LA VILLA GIL, L. E. y DESDENTADO BONETE, A. *Manual de Seguridad Social* cit., pág. 40.

[628] McCLURE, M. A Badge of Poverty or a Symbol of Citizenship? cit., pág. 149.

[629] BOE de 23 de febrero de 1967, número 46.

producida para quienes conviven con el causante de la pensión de favor familiares y ven reducidos sus ingresos como consecuencia del fallecimiento de éste[630].

En similares términos, el TS relativizó los requisitos de "carecer de medios de subsistencia" o de "vivir a expensas del causante" para acceder a las prestaciones en favor de familiares (art. 22.1.1.c y e de la Orden de 13-2-1967), identificándolos no con la carencia absoluta de ingresos, sino con la carencia de ingresos por debajo del salario mínimo interprofesional[631]. Incluso existe una doctrina uniforme de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas por la que se admite que cumple el requisito de carecer de medios de vida o de vivir a expensas del causante quien está de alta en algún Régimen Especial de la Seguridad Social, como el agrario, siempre que pruebe que sus ingresos son inferiores al salario mínimo interprofesional[632].

Otro ejemplo lo encontramos en el Art. 40.2 de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, que aprobó un complemento anual de 350 euros para los beneficiarios de pensión de jubilación e invalidez de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, que acrediten fehacientemente carecer de vivienda en propiedad y residir de forma habitual en una vivienda alquilada, siempre que el propietario de ésta no tenga con el pensionista relación de parentesco hasta el tercer grado[633]. Este complemento deriva de que el derecho a la vivienda es reconocido por el Art. 47 CE, de modo que, si la finalidad de las pensiones no contributivas es asegurar un mínimo de subsistencia a quienes se encuentren en situación de necesidad, dentro de ese mínimo debe incluirse el acceso a una vivienda. Y si el precio de la vivienda es muy elevado y existe una especial sensibilidad social hacia este problema, es normal que el acceso a la vivienda termine incorporándose al tipo legal de situación de necesidad.

En definitiva, ese concepto cambiante de necesidad en función de la evolución económica, social y cultural de una sociedad[634], queda

[630] SSTS 18-9-1991 (RJ 6468), 17-12-1997 (RJ 9188) y 9-12-1988 (RJ 10496).

[631] SSTS 9-11-1992 (RJ 8791) y 3-3-2000 (RJ 2594), entre otras muchas.

[632] SSTSJ de Galicia de 17-2-1999 (AS 297) y TSJ de Cantabria de 24-10-2005 (AS 3131).

[633] Actualmente fijado en la cuantía de 525 euros por el art. 25 del Real Decreto 2007/2009, 23 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2010.

[634] BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPARLER CARRASCO, M. A. *Curso de Seguridad Social* cit., pág. 28.

consagrado en el art. 12 de la Carta Social Europea, que recoge el compromiso de los signatarios de "mantener el régimen de Seguridad Social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Convenio Internacional del Trabajo (número 102) sobre normas mínimas de Seguridad Social" y "a esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de Seguridad Social". De hecho, algunos autores, desde esta concepción expansiva de la Seguridad Social, la han definido como "a state of complete protection against the loss of resources" o "a situation of complete protection against all human damage"[635]. Pero dicha expansión debe hacerse evidentemente en función de los recursos disponibles para no poner en peligro la viabilidad del sistema y atendiendo siempre a las situaciones de necesidad más perentorias.

III.b.- TÉCNICAS Y MANIFESTACIONES MÁS IMPORTANTES DEL PRINCIPIO DE NECESIDAD

El principio de necesidad informa la totalidad del sistema, tanto el área profesional/contributiva como universal/asistencial, tal como ordena el art. 41 CE. Respecto de las pensiones no contributivas su operatividad es más evidente, ya que, en éstas, además de la situación abstracta de necesidad derivada de la incapacidad o de la vejez, se exige la prueba de una concreta necesidad económica (el *means test* del Derecho anglosajón), concretada en los arts. 144 y 167 de la LGSS. No obstante, en el área no contributiva se dan situaciones de necesidad presunta, como ocurre con las prestaciones familiares por hijo a cargo minusválido, en las que se reconoce una asignación económica, independientemente de la contribución anterior, a quienes tengan a su cargo a un hijo por la situación de necesidad derivada de las cargas propias de criar a un hijo, que son aun de mayor cuantía si éste es minusválido (art. 182 LGSS)[636].

Dentro del área profesional/contributiva del sistema, tal como vimos anteriormente, lo normal es que se presuma la situación de necesidad cuando se actualiza la contingencia protegida. Ello constituye una herencia de las causas que motivaron el nacimiento de la Seguridad Social, como

[635] PIETERS, D. *Social Security: An Introduction to the Basic Principles cit.*, pág. 2.

[636] Lo mismo puede decirse de la prestación por parto múltiple (arts. 187 y 188 LGSS), de la prestación económica por nacimiento o adopción de hijo (arts. 188 bis a 188 sexies LGSS), o de la prestación de maternidad no contributiva (art. 133 sexies y septies LGSS).

sustitutiva de las rentas salariales, de modo que lo habitual es que el trabajador dependa exclusivamente de su salario para poder subsistir por lo que la pérdida de éste por vejez, incapacidad, desempleo o muerte genere una situación de necesidad. Ya el TC era consciente de ello cuando aún no existían en España las pensiones no contributivas y lo plasmaba en su sentencia 103/1983, de 22 de noviembre (cuestión de inconstitucionalidad 301/1982), al señalar que "acoger el estado o situación de necesidad como objeto y fundamento de la protección, implica una tendencia a garantizar a los ciudadanos un mínimo de rentas, estableciendo una línea por debajo de la cual comienza a actuar la protección. El hecho es, sin embargo, que esta tendencia no aparece plasmada en nuestra normativa legal, que no se basa en la protección frente a la pobreza, sino en la compensación frente a un daño, como es un exceso de gastos o un defecto de ingresos originado por la actualización de una determinada contingencia (muerte, incapacidad, etc.)". Este criterio fue reiterado en la STC 184/1990, de 15 de noviembre (cuestión de inconstitucionalidad 1419/1988), afirmándose que "en su configuración actual, la pensión de viudedad no tiene por estricta finalidad atender a una situación de necesidad o de dependencia económica (como antes ocurría en el caso del viudo), asegurando un mínimo de rentas, sino más bien compensar frente a un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge supérstite, y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia (la muerte de uno de los cónyuges), otorgando a tal efecto una pensión que depende y es proporcional en su cuantía a la base reguladora correspondiente al causante (art. 3l.1 D 3158/1966 de 23 Dic.; art. 8.1 OM 13 Feb. 1967), siendo irrevelante que el fallecimiento cree o no un estado de necesidad".

Esa función sustitutiva de rentas de las prestaciones contributivas en general y de la pensión de viudedad en particular se ha visto reforzado recientemente por la reforma del art. 174.2, párrafo 1º, LGSS operada por la disposición final 3ª, apartado diez, de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2010[637], en virtud de la cual, en los casos de separación o divorcio, para acceder a la pensión de viudedad se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y ésta quedara extinguida a la muerte del causante. En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera

[637] BOE de 24 de diciembre de 2009, número 309.

superior a la pensión compensatoria, aquélla se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última[638].

También el TS ha tenido ocasión de manifestarse en relación a la función que cumplen las prestaciones contributivas de sustitución de rentas. Concretamente lo hizo en el caso de las recaídas en situación de incapacidad temporal, es decir, cuando se inicia un proceso antes de seis meses por el mismo diagnóstico que un proceso anterior (art. 9.1, párrafo 2º, de la Orden de 13-10-1967[639]). A tal efecto el TS declaró que la cuantía del subsidio de incapacidad temporal se calculará en función de la base de cotización del trabajador en el momento de la recaída aunque sea inferior a la del proceso anterior, pues "es esta interpretación la que se desprende de los preceptos citados y la que cumple, según se ha dicho, la finalidad perseguida por tales preceptos, y es así como se mantiene la adecuada proporción entre cotización y pensión, evitando, por otra parte, que se produzca una situación totalmente rechazable en cualquier tipo de aseguramiento, cual es que un asegurado pueda percibir ante cualquier situación de baja laboral satisfacción económica superior a la que le correspondería de no haberse producido la misma" (STS 2-10-2003, rec. nº 3605/2002).

No obstante, existen varios casos dentro del área contributiva de la Seguridad Social en que, además de los requisitos generales de afiliación y alta o asimilada y periodo de carencia, se exige la prueba de la concreta situación de necesidad. Salvo error u omisión, considero que existen seis supuestos de este tipo.

1. Las prestaciones en favor de familiares, que el TC califica de "carácter predominantemente asistencial" en su sentencia 3/1993, de 14 de enero (cuestión de inconstitucionalidad nº 231/1987). Esta resolución argumenta que "a diferencia de lo que ocurre en la pensión de viudedad, la norma atiende aquí en todos los casos a auténticas situaciones de necesidad, dada la incompatibilidad de esta pensión con la percepción de ingresos propios por parte de los beneficiarios. Su función debe ser considerada como el otorgamiento de rentas de subsistencia a quienes, por carecer de todo tipo de ingresos, se encuentran en un estado de necesidad. (…) La hija y hermana reciben protección no sólo en razón

[638] Como señala la STSJ de Asturias de 30-4-2010 (rec. Nº 758/2010), "lo que la norma persigue es que no sea acreedor de la pensión de viudedad quien, tras verse separado o divorciado del causante, no tiene dependencia económica de éste, de forma que se está otorgando a la pensión de viudedad la naturaleza de renta sustitutoria, situación inexistente cuando el divorciado o separado ya no sigue necesitando la compensación económica que la ruptura del matrimonio le haya podido provocar".

[639] BOE de 4 de noviembre de 1967, número 264.

de su condición femenina, de mujeres apartadas de las labores profesionales, sino también en función de las necesidades derivadas del defecto de ingresos producido como consecuencia de la muerte del causante. La norma dispensa una protección frente a la pobreza. Atribuye una pensión al que, al tiempo de fallecer el padre o hermano causante, se queda sin auxilio económico. Es en este sentido una específica manifestación de la garantía institucional de la Seguridad Social que permite asegurar una cierta protección ante una situación de objetiva necesidad".

2. La pensión de orfandad para mayores de 18 años no incapacitados de modo absoluto. A tal efecto, el art. 175.2 LGSS establece que "en los casos en que el hijo del causante no efectúe un trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena o, cuando realizándolo, los ingresos que obtenga resulten inferiores en cómputo anual a la cuantía vigente para el salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual, podrá ser beneficiario de la pensión de orfandad, siempre que en la fecha del fallecimiento del causante, aquél fuera menor de 22 años, o de 24 si no sobreviviera ninguno de los dos padres o el huérfano presentara una discapacidad en un grado igual o superior al 33 por ciento".
3. La pensión de viudedad, cuyo porcentaje sobre la base reguladora es del 52 por cien, pero, cuando concurran determinadas condiciones de necesidad económica fijadas en el art. 31 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre[640], en la redacción dada por el Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre[641], dicho porcentaje asciende al 70 por cien[642].
4. La pensión de viudedad en los casos de parejas de hecho. El art. 174.3 LGSS establece que "se reconocerá derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción. El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente por cada hijo común, con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente"[643].
5. El complemento por mínimos. El art. 50 LGSS establece que "los beneficiarios de pensiones del sistema de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, que no perciban rentas de capital o trabajo

[640] BOE de 30 de diciembre de 1966, número 312.

[641] BOE de 31 de diciembre de 2001, número 313.

[642] DE LA FLOR FERNÁNDEZ, Mª. L. La reforma de las prestaciones por muerte y supervivencia ¿Una primera fase para su reformulación integral?. En *Temas Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, nº 68, 2003, pág. 99.

[643] *Ibid.*, pág. 112.

personal o que, percibiéndolas, no excedan de la cuantía que anualmente establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, tendrán derecho a percibir los complementos necesarios para alcanzar la cuantía mínima de las pensiones, en los términos que legal o reglamentariamente se determinen. A los solos efectos de garantía de complementos por mínimos, se equipararán a rentas de trabajo las pensiones públicas que no estén a cargo de cualquiera de los regímenes públicos básicos de previsión social"[644].

6. El subsidio de desempleo del art. 215 LGSS en los supuestos que está supeditado a percibir rentas inferiores al 75 por cien del SMI o a tener responsabilidades familiares (entendidas como "tener a cargo al cónyuge, hijos menores de veintiséis años o mayores incapacitados, o menores acogidos, cuando la renta del conjunto de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias"). Esta prestación se llama asistencial porque se exige probar la situación de necesidad, pero es contributiva porque la contingencia es la pérdida de un trabajo anterior y se exige una cotización previa[645].

Finalmente, mención especial merece la modificación introducida por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, acerca de la manera de calcular el incremento correspondiente a la prestación de gran invalidez. Dicho incremento está destinado a retribuir a la persona que debe asistir al inválido en los actos más esenciales de la vida diaria, por lo que no parece lógico que dependa exclusivamente de la cuantía de la pensión, como ocurría hasta la promulgación de la mencionada ley (el incremento constituía el 50 por cien de la pensión de incapacidad permanente absoluta, por lo que su cuantía venía determinada de manera estrictamente proporcional al esfuerzo contributivo previo del trabajador). De acuerdo con la reforma, el importe de dicho complemento será equivalente al resultado de sumar el 45 por ciento de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y el 30 por ciento de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la situación de incapacidad permanente. En ningún caso el complemento señalado podrá tener un importe inferior al 45

[644] FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. La naturaleza asistencial interna del complemento por mínimos de las pensiones contributivas. En *Aranzadi Social*, 2002, nº 15 (BIB 2002\2022, págs. 2 y 3).

[645] ALARCÓN CARACUEL, M. R. En VV. AA. *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social* (director ALARCÓN CARACUEL, M. R., coordinador RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.), Thomson Aranzadi, 2003, pág. 256, y HURTADO GONZÁLEZ, L. Asistencia social y Seguridad Social: sus fronteras actuales. En *Actualidad Laboral*, 1993, vol. II, pág. 477.

por ciento de la pensión percibida, sin el complemento, por el trabajador. Como se ve, se introducen dos factores moduladores, uno genérico (la base mínima de cotización en el momento del hecho causante) y otro específico para cada trabajador (su última base de cotización). En general, la cuantía del complemento mejora, aunque especialmente para las pensiones más bajas[646]. Aparte de lo novedoso de esta forma de cálculo, a los efectos de este capítulo resulta especialmente interesante, pues se sitúa a medio camino entre las prestaciones calculadas de acuerdo con el mecanismo contributivo de la proporcionalidad, en que la situación de necesidad se presume una vez que se actualiza la contingencia, y las prestaciones en que se exige una prueba concreta de la carencia de recursos económicos. En este novedoso supuesto intermedio, no se exige la prueba de la carencia de recursos, pero se fija un método de cálculo del incremento correspondiente a la gran invalidez que no es estrictamente proporcional al esfuerzo contributivo previo del trabajador y que pretende beneficiar a las pensiones de cuantía más baja.

En definitiva, dentro del área profesional/contributiva del sistema de Seguridad Social también son aplicables los principios de solidaridad y de necesidad, pues los mismos forman parte constitutiva del sistema. Ello se puede apreciar en que se atienden contingencias que de por sí suponen una situación de necesidad o, al menos, de vulnerabilidad (desempleo, vejez, incapacidad…), en la medida en que afectan a la capacidad del trabajador de obtener un salario que le permita subsistir. Hay que tener en cuenta que serán mínimos (probablemente limitados a las pensiones de viudedad) los casos en que el trabajador no requiera de esa renta sustitutiva que es la prestación de la Seguridad Social por tener otro tipo de ingresos, ya que normalmente se trabaja para vivir y el trabajador depende de su salario para subsistir. La legislación insufla una dosis adicional de solidaridad al área contributiva del sistema a través de la flexibilización de los requisitos de alta, carencia y proporcionalidad, tal como hemos ido desgranando. Pero incluso dentro del área contributiva del sistema, éste prevé mecanismos para atender situaciones de necesidad consistentes en la carencia de recursos, tales como las pensiones en favor de familiares, las pensiones de orfandad para beneficiarios mayores de dieciocho años, la pensión de viudedad incrementada al 70 por cien o para parejas de hecho, el subsidio asistencial por desempleo o el complemento por mínimos.

Por todo ello considero que no son objetivos contradictorios, pese a que frecuentemente se oye este argumento, el reforzamiento de la

[646] ÁLVAREZ PATALLO, J. A. Las novedades de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social (I). Incapacidad temporal e incapacidad permanente. En *Boletín Social Quantor*, Grupo Editorial El Derecho, nº 88, 2008, pág. 4.

contributividad y de la solidaridad del sistema que vienen pregonando las diversas leyes de reforma de la Seguridad Social desde 1985. Otra cosa es que, al igual que vimos que ocurría con el principio de universalidad, la introducción de prestaciones asistenciales, es decir, que atienden fundamentalmente a la situación de necesidad, dentro del área profesional/contributiva del sistema de Seguridad Social provoque disfunciones indeseables. Como señala DESDENTADO BONETE a este respecto, "la «asistencialización» acaba perturbando los elementos asegurativos del sistema, al promover una redistribución desfavorable para quienes realizaron un esfuerzo contributivo mayor, como ha ocurrido en materia de revalorización de pensiones, sin que en muchas ocasiones ese sacrificio sea justificable en términos estrictos de solidaridad. Por otra parte, al actuar las medidas de flexibilización dentro de un sistema cuyo campo de aplicación sigue determinado por criterios profesionales, su cobertura no alcanza a los sectores más necesitados sino sólo a aquellos que han logrado mantener una conexión suficiente con el nivel contributivo, por lo que la apertura asistencial de éste, aunque ha beneficiado a determinados grupos profesionales (trabajadores de la agricultura, autónomos…) no ha supuesto en realidad un mecanismo eficaz de lucha contra las formas más radicales de pobreza y marginación"[647]. Ahora bien, en mi opinión, en tanto no se implante un sistema asistencial puro, que atienda exclusivamente a las situaciones de necesidad para desplegar su acción protectora, esas disfunciones serán un mal menor dentro de un sistema de Seguridad Social que se encuentra en plena evolución.

Como conclusión a este capítulo puede decirse que, para resolver la aporía de que se adopten soluciones legales en nombre de la solidaridad que pueden considerarse injustas desde el punto de vista contributivo, debemos afinar el concepto de solidaridad, dejándolo desprovisto de todo contenido axiológico. Pero como necesitamos un criterio orientador de la acción protectora de la Seguridad Social, éste será el de la ayuda a los necesitados, que ya EFRÉN BORRAJO denominó en su día principio de necesidad. Considero que a eso se refieren las sentencias y los acuerdos políticos que imponen la ayuda a quienes se encuentren más necesitados en aras de la solidaridad, aunque emplean esta expresión en un sentido valorativo demasiado ambiguo. No creo finalmente que esta solución violente el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social, pues la necesidad ya se encontraba mencionada como eje del sistema en la LBSS y sigue ostentando esa posición axial en el art. 41 CE.

[647] DESDENTADO BONETE, A. Las pensiones no contributivas en el marco constitucional. En VV. AA. *Pensiones no contributivas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, pág. 280.

CAPÍTULO SÉPTIMO.- EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Frente a otros principios específicos de la Seguridad Social, como el de universalidad por ejemplo, el de igualdad constituye un principio que, aunque enunciado en el art. 2 LGSS, no es exclusivo de la Seguridad Social, sino que aparece recogido en el art. 1.1 CE como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico español en general. Por tanto, se trata de un principio que desde la cúspide de la pirámide jurídica emana su influencia hacia todo el ordenamiento, incluida la Seguridad Social[648]. Asimismo, tal como refleja el mencionado art. 1.1 CE, se trata de un principio estrechamente vinculado con otros como la libertad o la justicia, todos ellos dirigidos al desarrollo ético-social de la comunidad humana, lo que, unido a la diversidad de planos y etapas históricas en que ha venido siendo utilizado, determina una importante variedad significativa o, incluso, ambigüedad y equivocidad del término[649]. Este hecho tiene dos consecuencias inmediatas respecto al presente estudio.

La primera consiste en que la casuística respecto al principio de igualdad es ingente, de manera que no intentaré, ni mucho menos, abarcarla toda para evitar que la exposición quede reducida a un rosario deslavazado de casos particulares. Me parece mucho más interesante analizar la conceptuación del principio de igualdad, así como su interrelación con los demás principios informadores de la Seguridad Social. Conviene recordar una vez más que este estudio no versa sobre cada uno de los principios de la Seguridad Social, sino sobre todos ellos como una unidad estructural, de manera que lo importante desde esta perspectiva no consiste en agotar el estudio de cada principio individualmente considerado, sino en analizar cómo se constituyen en pilares del sistema de Seguridad Social y, como tales, cómo se apuntalan recíprocamente para formar la estructura básica del sistema.

La segunda consecuencia consiste en que el principio de igualdad ha dado lugar a pronunciamientos judiciales, doctrinales y legales en todas las ramas del Derecho, algunas muy próximas entre sí, de tal manera que debemos hacer un esfuerzo de precisión para centrarnos exclusivamente en

[648] PÉREZ ROYO, J. *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 289, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª F. *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 18, y JIMÉNEZ CAMPO, J. La igualdad jurídica como límite frente al legislador. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, nº 9, pág. 105.

[649] PÉREZ LUÑO, A. E. El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos sociales y culturales. En *Anuario de Derechos Humanos*, nº 1, 1981, pág. 258.

lo que tiene trascendencia para la Seguridad Social. Por ejemplo, la creación en su día de la prestación de maternidad fue saludada como un avance en pro del principio de igualdad entre hombres y mujeres. Sin embargo, el objeto de dicha prestación, en tanto que consiste en la protección de la mujer tras el parto, es la promoción de la igualdad en el mercado de trabajo[650]. Para que se viese involucrado el principio de igualdad desde una perspectiva de Seguridad Social deberíamos hablar del acceso a la prestación de maternidad entre distintos colectivos, como ocurre con los padres biológicos y los padres por adopción. Así, mientras los primeros sólo pueden acceder a la prestación de maternidad si la madre les cede el derecho y para ello ésta tiene que ser titular del mismo (salvo en los casos de fallecimiento de la madre), respecto de los padres por adopción, al no existir el hecho biológico del parto, ambos adoptantes son titulares del derecho por igual y pueden disfrutarlo indistintamente, lo que implica que, aunque la madre no tenga derecho a la prestación, siempre podrá ser disfrutada por el padre. Por tanto, cabe plantearse si el hecho biológico del parto tiene entidad jurídica suficiente como para justificar que el disfrute de la prestación de maternidad por el padre se haga depender de que la madre sea titular de ese derecho, lo que no ocurre con el parto por adopción. Ése es un planteamiento propio del principio de igualdad en materia de Seguridad Social, al contrario de lo que ocurre cuando hablamos de que la prestación de maternidad o la de paternidad favorecen la igualdad entre hombres y mujeres, puesto que favorecen la igualdad en el mercado de trabajo, es decir, la igualdad laboral.

En definitiva, aunque en muchas ocasiones estemos hablando de igualdad y de prestaciones de Seguridad Social, no debemos olvidar que ésta es utilizada como instrumento político y por tanto se pueden adoptar determinadas disposiciones de Seguridad Social no para promover la igualdad en el ámbito específico de la Seguridad Social, sino en otros ámbitos del Derecho.

[650] PANIZO ROBLES, J. A. Conciliación personal, familiar y laboral y Seguridad Social (Modificaciones incorporadas por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres). En *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 2, 2007, pág. 141, MARTÍNEZ LUCAS, J. A. Modificaciones en materia de Seguridad Social introducidas por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En *Actualidad Laboral*, 2007, vol. I, pág. 1173, y ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. Las modificaciones operadas por la ley de igualdad en el campo de la Seguridad Social. En *Relaciones Laborales*, 2007, vol. II, pág. 1102.

I.- MARCO LEGAL

Es deseable que exista, en la medida de lo posible, una cierta semejanza en la estructuración de los diferentes capítulos de este trabajo con objeto de que el estudio de los diferentes principios informadores de la Seguridad Social guarde un cierto paralelismo. No obstante, el principio de igualdad requiere un epígrafe acerca del marco legal en que se encuentra recogido, pues, a diferencia de los demás principios, respecto de los que existe una parca regulación jurídica, el principio de igualdad se encuentra enunciado en numerosos textos legales, tanto internos como internacionales. Merece la pena hacer un repaso de la regulación jurídica del principio de igualdad para, a continuación, profundizar en su significado.

Aunque la discusión filosófica sobre el concepto de igualdad es muy antigua (PLATÓN, ARISTÓTELES), la historia de la igualdad como derecho o principio jurídico comienza con las revoluciones burguesas[651]. De este modo, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América de 1776 proclamaba como "verdad evidente" "que todos los hombres son creados iguales", y el *Bill of Rights* de Virginia, promulgado también en 1776, afirmaba en el mismo sentido que "todos los hombres son por naturaleza igualmente libres".

Asimismo, en Francia la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 afirmaba en su art. 1º que "los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común".

Ahora bien, la concepción de la igualdad en la época liberal que promovió su consagración como principio jurídico-político era puramente formal. Consistía tan sólo en la exigencia de que las leyes deben ser generales o abstractas, es decir, que no caben leyes particulares y que nadie puede quedar al margen de la ley. Se trataba de una reacción frente al sistema anterior, en que existían estamentos, como la nobleza, que estaban exentos de determinadas leyes[652].

---

[651] GÁLVEZ MONTES, F. J. En VV. AA. *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 257, PÉREZ LUÑO, A. E. El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos sociales y culturales cit., pág. 260, y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª F. *Igualdad y discriminación* cit., pág. 19.

[652] GARCÍA MORILLO, J. En VV. AA. *Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, Vol. I, págs. 141 y 142, PÉREZ LUÑO, A. E. El concepto de igualdad como fundamento de los derechos

Con posterioridad esta concepción liberal formal de la igualdad evoluciona hacia una igualdad material. Se comprueba, tal como hemos tenido ocasión de ver ampliamente en la introducción histórica de este trabajo, que la igualdad formal ante la ley beneficia al poderoso económicamente, de manera que la igualdad formal ahonda en la desigualdad material. Con la aparición del Estado Social se aceptan las leyes singulares respecto de determinados grupos de personas[653] e incluso se fomenta la desigualdad formal o jurídica con objeto de alcanzar la igualdad material o real. Se llega así a una concepción de la igualdad en la que no sólo cabe aceptar diferencias normativas entre grupos, sino que se considera que lo verdaderamente igualitario es regular jurídicamente de modo diferenciado a los distintos grupos si la situación en que se encuentran los mismos no es equiparable. La igualdad pasa a convertirse en un límite a la actuación de los poderes públicos: no se trata de que éstos no puedan en sus actuaciones diferenciar entre individuos o grupos, sino de que, si lo hacen, su actuación no puede ser arbitraria[654]. O, como ha señalado algún autor, "la igualdad constitucional no exige la igualdad legislativa, sino la neutralidad legislativa, que es algo muy distinto. La Ley no puede ser igual, pero sí debe ser neutral, es decir, debe regular el ejercicio a la diferencia sin tomar partido por nadie"[655].

La concepción liberal de la igualdad se puede apreciar en nuestra Constitución a través del empleo de fórmulas destinadas a garantizar la eficacia general de sus normas, como los términos "todos", "todas las personas" o "todos los españoles" con que comienzan los preceptos que reconocen derechos a los ciudadanos (arts. 15, 17.1, 24, 27.1, 28.1, 29.1, 31.1, 45.1, etc.), o el término "nadie" con que comienzan los preceptos que reconocen garantías a los ciudadanos (arts. 16.1, 17.1, 25.1, etc.)[656].

Por otra parte, la declaración general de la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico contenida en el ya comentado art. 1.1 CE, se traslada posteriormente a numerosos de sus preceptos al regular concretos derechos subjetivos u obligaciones (arts. 23, 31, 32, 35, 39, etc.).

---

económicos sociales y culturales cit., pág. 262, y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª F. *Igualdad y discriminación* cit., pág. 20.

[653] JIMÉNEZ CAMPO, J. La igualdad jurídica como límite frente al legislador cit., pág. 82.

[654] GARCÍA MORILLO, J. En VV. AA. *Derecho Constitucional* cit., pág. 143.

[655] PÉREZ ROYO, J. *Curso de Derecho Constitucional* cit., pág. 311.

[656] PÉREZ LUÑO, A. E. El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos sociales y culturales cit., pág. 264, y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª F. *Igualdad y discriminación* cit., págs. 36 y 37.

De este modo, el principio de igualdad, implícita o explícitamente, tiene una presencia constante a lo largo de todo el texto constitucional[657].

Ahora bien, hay dos preceptos constitucionales que resultan de especial trascendencia respecto del principio de igualdad. El primero sería el art. 9.2, cuando señala que "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 efectivas". Este precepto consagra la igualdad material o real característica del Estado Social a que antes hacíamos referencia[658], si bien no se configura como un derecho de los ciudadanos, al quedar ubicado en el Título Preliminar de la Constitución[659]. No en vano el TC ha declarado que la igualdad no implica "en modo alguno la necesidad de que todos los españoles se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, pues esta igualdad real, cuya procura encomienda la Constitución (art. 9.2) a todos los Poderes Públicos y que es una finalidad propia del Estado social y democrático de Derecho, no impide que, en la práctica, el ejercicio de determinadas actividades requiera la posesión de determinados medios" (STC 83/1984, de 24 de julio).

Por otra parte, el art. 9.2 CE habilita al legislador para que pueda consagrar normativamente desigualdades si con ello se consigue una igualdad material[660]. Se trata de la llamada discriminación positiva, consistente en favorecer legislativamente a determinados colectivos que se consideran materialmente en una posición desventajosa[661]. La discriminación positiva conduce a lo que se ha llamado "paradoja de la igualdad", es decir, que cuanto más se pretende avanzar en la igualdad real,

---

[657] PUMAR BELTRÁN, N. *La igualdad ante la Ley en el ámbito de la Seguridad Social*, Aranzadi, 2001, pág. 89.

[658] ÁLVAREZ CONDE, E. *Curso de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1996, vol. I, pág. 298, y BLÁZQUEZ AGUDO, E. Mª. Igualdad de trato y regímenes especiales en la jurisprudencia constitucional cit., pág. 78.

[659] BAÑO LEÓN, J. Mª. La igualdad como derecho público subjetivo. En *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, nº 114, pág. 191, y RODRÍGUEZ CARDO, I. Forma matrimonial y pensión de viudedad: en particular, el matrimonio por el rito gitano. En *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Aranzadi (BIB 2007\2256, pág. 7), en relación con la STC 69/2007, de 16 de abril.

[660] ALONSO GARCÍA, E. El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española. En *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, vol. I, nºs 100-102, pág. 79.

[661] ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 404, y PUMAR BELTRÁN, N. *La igualdad ante la Ley en el ámbito de la Seguridad Social* cit., pág. 106.

más se retrocede en la igualdad formal[662]. En tal sentido el TC ha declarado que "el tratamiento diverso de situaciones distintas «puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye además a los Poderes Públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva» (STC 34/1981, de 10 de noviembre, fundamento jurídico 3.°; doctrina reiterada, entre otras, en la STC 3/1983, de 25 de enero, fundamento jurídico 3.°). La actuación de los Poderes Públicos para remediar, así, la situación de determinados grupos sociales definidos, entre otras características, por el sexo (y, cabe afirmar, en la inmensa mayoría de las veces, por la condición femenina) y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aun cuando establezca para ellos un trato más favorable, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas" (STC 128/1987, de 16 de julio).

No obstante, la jurisprudencia del TSJCE matiza que las acciones de discriminación positiva constituyen una excepción al principio de igualdad (formal), por lo que no pueden garantizar la preferencia absoluta e incondicionada del sector discriminado, lo que significa que han de ser adecuadas a la finalidad perseguida y proporcionadas[663].

El segundo precepto fundamental al hablar del principio de igualdad, y probablemente el más importante, es el art. 14 CE, que establece que "los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". Este precepto se puede disgregar en dos cláusulas. La primera, también llamada cláusula general, declara el principio de igualdad ("los españoles son iguales ante la ley") y la segunda prohíbe toda discriminación[664], tal como ha declarado el TC en sus sentencias 200/2001, de 4 de octubre, y 59/2008, de 14 de mayo, entre otras.

[662] ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales* cit., pág. 404.

[663] SSTJCE 17-10-1995, caso Eckhard Kalanke contra Freie Hansestadt Bremen, 11-11-1997, caso Hellmut Marschall contra Westfalen, 6-7-2000, caso Katarina Abrahamsson y otros contra Elisabet Fogelqvist, y 30-9-2004, caso Serge Briheche contra Ministerio de Educación y otros.

[664] PUMAR BELTRÁN, N. *La igualdad ante la Ley en el ámbito de la Seguridad Social* cit., pág. 102.

Asimismo, hay que tener en cuenta el art. 10.2 CE, que establece 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 ratificados por España".

En tal sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos utiliza la fórmula tradicional característica de la igualdad formal al enumerar los derechos humanos empleando las expresiones "todos", "todos los seres humanos", "toda persona", "nadie", etc. Además hay dos preceptos que con carácter general proclaman el principio de igualdad, a saber: el art. 2.1 afirma que "toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición". Entre esos derechos de que toda persona es titular sin distinción se encuentra el derecho a la protección de la Seguridad Social (art. 25). El art. 7 proclama que "todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación". No obstante, a pesar de estas declaraciones generales, el principio de igualdad es invocado específicamente en relación al derecho a la tutela judicial (art. 10), a la igualdad en relación al matrimonio (art. 16), a la igualdad en el acceso a la función pública (art. 21.2), a la igualdad de salario por igual trabajo (art. 23.2), etc.

Asimismo, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España el 27 de abril de 1977, proclama el derecho a la igualdad en su art. 26, al declarar que "todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". No obstante, también este texto recoge numerosas referencias al principio de igualdad en el acceso a la justicia (art. 14), en el matrimonio (art. 23.4), la protección de la infancia (art. 24.1), etc.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979, recoge en su art. 14 que "el goce de

los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

Específicamente en materia de Seguridad Social podemos citar el Convenio 118 de la OIT sobre la igualdad de trato (seguridad social) de 1962, que obliga a los Estados miembro a "conceder, en su territorio, a los nacionales de todo otro Estado Miembro para el que dicho Convenio esté igualmente en vigor, igualdad de trato respecto de sus propios nacionales por lo que se refiera a su legislación, tanto en lo que concierna a los requisitos de admisión como al derecho a las prestaciones, en todas las ramas de la seguridad social respecto de las cuales haya aceptado las obligaciones del Convenio" (art. 3).

El Convenio 143 sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias) de 1975 declara en su art. 10 que "todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se compromete a formular y a aplicar una política nacional destinada a promover y a garantizar, por los métodos adaptados a las circunstancias y usos nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, seguridad social, derechos sindicales y culturales y libertades individuales y colectivas para las personas que, en su condición de trabajadores migrantes o como miembros de su familia, se encuentren legalmente en su territorio".

El Convenio 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares de 1981 declara en su art. 4 que "con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, deberán adoptarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para: a) Permitir a los trabajadores con responsabilidades familiares el ejercicio de su derecho a elegir libremente su empleo; b) Tener en cuenta sus necesidades en lo que concierne a las condiciones de empleo y a la seguridad social".

El Convenio 183 sobre la protección de la maternidad de 2000 establece la obligación de otorgar prestaciones sustitutivas del salario en los casos de maternidad y riesgo durante el embarazo.

Otros Convenios de la OIT no citan expresamente a la Seguridad Social, pero tienen una repercusión directa sobre ella en tanto que la cuantía de las prestaciones se calcula proporcionalmente a la cotización y

ésta se fija en función del salario (Convenio 100 sobre igualdad de remuneración de 1951).

También en el ámbito de la Unión Europea existen normas que protegen el principio de igualdad en materia de Seguridad Social, pero sólo en relación a la nacionalidad y al sexo[665].

El Tratado de Roma de 1957 configuraba la libre circulación de los trabajadores como uno de los pilares del mercado común europeo (art. 48). Ello determinó que desde el principio se regulase normativamente el principio de igualdad entre nacionales de los Estados miembros para el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social. A tal efecto, el art. 51 de dicho Tratado establecía las dos líneas maestras para la coordinación de las legislaciones de los Estados miembro, a saber: la totalización de los periodos cotizados bajo la legislación de diferentes Estados miembro a efecto de causar las prestaciones de Seguridad Social y de calcular su cuantía, y el abono de la prestación por parte del Estado miembro en que resida el trabajador. Dicho precepto fue desarrollado por los Reglamentos (CEE) 1408/71, del Consejo, de 14 de junio de 1971[666], y 574/72, del

[665] TEJERINA ALONSO, J. I. La Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Su incidencia en la legislación española. En *Noticias de la Unión Europea*, CISS, Valencia, nº 36, 1988, págs. 75 a 82, VERDES LÓPEZ-DIÉGUEZ, P. El principio de igualdad de trato hombre-mujer en los regímenes profesionales de Seguridad Social. En *Noticias de la Unión Europea*, CISS, Valencia, nº 36, 1988, págs. 95 y siguientes, NEBOT LOZANO, Mª. L. Directiva del Consejo relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre protección de la maternidad. En *Noticias de la Unión Europea*, CISS, Valencia, nº 36, 1988, págs. 104 y siguientes, LÓPEZ GANDÍA, J. La Directiva comunitaria 79/7, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social y sus repercusiones en el Derecho español. En *Noticias de la Unión Europea*, CISS, Valencia, nº 43-44, 1988, págs. 153 a 166, GARCÍA FERNÁNDEZ, M. La Directiva 79/7 de 19 de diciembre de 1978, sobre aplicación del principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social y el Ordenamiento español. En *Noticias de la Unión Europea*, CISS, Valencia, nº 42, 1988, págs. 117 a 124, LANDA ZAPIRAIN, J. P. Presente y futuro de la regulación comunitaria sobre la igualdad de trato por razón de sexo: su significación para el Derecho español de Seguridad Social. En *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, nº 55, 1992, págs. 661 a 692, ROFES I PUJOL, Mª I. Las vicisitudes de la Directiva 86/378/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social. La jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia Barber, y sus efectos en el tiempo. En *Noticias de la Unión Europea*, CISS, Valencia, nº 158, 1998, págs. 49 a 60, NOGUEIRA GUASTAVINO, M., MORÓN PRIETO, R. y LÓPEZ CUMBRE, L. El principio de igualdad de trato en las Directivas comunitarias, en materia de Seguridad Social. En *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 12, 1998, págs. 133 a 182, TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M. El principio de igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras en materia de Seguridad Social. Las Directivas 79/7 y 86/378. En *Actualidad Laboral*, 2000, vol. I, XX, págs. 265 a 289, y GUERRERO PADRÓN, T. Directivas comunitarias sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y Seguridad Social. En *Temas Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, nº 68, 2003, págs. 63 y siguientes.

[666] DOCE de 5 de julio de 1971, número L 149.

Consejo, de 21 de marzo de 1972[667], relativos a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplacen en el interior de la Comunidad Europea. Por tanto, cabe hacer dos matizaciones: la primera es que no se pretende la armonización de la legislación de Seguridad Social de los distintos Estados miembro, sino solamente su coordinación en aquellos aspectos que sean susceptibles de producir efectos indeseados para el trabajador que ejerza su derecho a la libre circulación entre los Estados miembro[668]. La segunda matización es que esta regulación del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad se aplica solamente a los nacionales de los Estados miembro, pero no a los nacionales de terceros Estados, para los que el principio de igualdad de trato se instrumenta a través de acuerdos de cooperación suscritos entre la Unión Europea y los terceros Estados[669].

El principio de igualdad por razón de sexo sólo se encontraba explícitamente en el Tratado de Roma en el art. 119 (que pasó a ser el art. 141 en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea) en relación a la igualdad de retribución entre hombres y mujeres, de trascendencia en materia de Seguridad Social por el carácter contributivo de muchos de los sistemas, tal como explicamos anteriormente. El Tratado de Roma señalaba genéricamente en su art. 117 un objetivo de progreso social y de mejora del nivel de vida y de las condiciones de trabajo. Con este objeto, en la Cumbre de París de octubre de 1972 los jefes de Estado y de gobierno acordaron proceder a una concertación de las políticas sociales de los países comunitarios, invitando a las instituciones comunitarias a elaborar un programa de acción social que contuviera las medidas concretas que deberían abordarse. De conformidad con esta invitación el 21 de enero de 1974 el Consejo de las Comunidades Europeas adoptó una Resolución relativa a un Programa de Acción Social y en cumplimiento de dicho programa se fueron dictando a lo largo de los años una serie de Directivas con el objeto de armonizar la legislación de los Estados miembro con objeto de conseguir la igualdad entre hombres y mujeres en diversos aspectos laborales y de Seguridad Social.

[667] DOCE de 27 de marzo de 1972, número L 74.

[668] PALMERO ZURDO, J. El principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social y su aplicación a los trabajadores no comunitarios que residen en España. En *Relaciones Laborales*, 1995, vol. I, pág. 1351.

[669] *Ibid.*, pág. 1352, y SOLÀ MONELS, X. Derechos de los extranjeros extracomunitarios en materia de Seguridad Social: el principio de igualdad de trato y sus límites. En *Tribuna Social*, CISS, Valencia, nº 133, 2002, pág. 63.

Posteriormente, el principio de igualdad fue consagrado en diversos textos comunitarios comenzando por la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores adoptada durante el Consejo Europeo de Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989, cuyo art. 16 establece que "debe garantizarse la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Debe desarrollarse la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. A tal fin, conviene intensificar, dondequiera que ello sea necesario, las acciones destinadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular para el acceso al empleo, la retribución, las condiciones de trabajo, la protección social, la educación, la formación profesional y la evolución de la carrera profesional. Conviene, asimismo, desarrollar medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares".

El principio de igualdad entre hombres y mujeres también se recoge en el Protocolo nº 14 sobre Política Social adoptado por la Conferencia Intergubernamental de 1992 en el Tratado de Maastricht, y el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997 modifica el art. 2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea para incluir entre sus finalidades la igualdad entre hombres y mujeres.

Por tanto, a diferencia del principio de igualdad entre nacionales de los Estados miembro, este objetivo se implantó mediante instrumentos de armonización de la legislación de los Estados miembro y no solamente mediante instrumentos de coordinación. Las Directivas comunitarias que se aprobaron en relación a la igualdad entre hombre y mujer fueron la Directiva 75/117/CEE, de 10 de febrero de 1975, sobre igualdad de remuneración entre hombres y mujeres[670], la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, sobre igualdad de hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales[671], la Directiva 86/378/CEE, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social[672], modificada por la Directiva 96/97/CE, de 20 de diciembre de 1996[673], y la Directiva 97/80/CE, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo[674], todas ellas refundidas por la Directiva

[670] DOCE de 19 de febrero de 1975, número L 45.

[671] DOCE de 14 de febrero de 1976, número L 39.

[672] DOCE de 12 de agosto de 1986, número L 225.

[673] DOCE de 17 de febrero de 1997, número L 46.

[674] DOCE de 20 de enero de 1998, número L 14.

2006/54/CE, de 5 de julio, sobre aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación[675].

Otras Directivas dictadas en la materia fueron la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social[676], la Directiva 86/613/CE, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad[677], y la Directiva 92/85/CE, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia[678].

Ahora bien, cuando las primeras Directivas resultaron de aplicación al Estado español tras su ingreso en la Comunidad Europea en 1986, nuestro sistema de Seguridad Social ya había sido objeto de una intensa depuración legal y jurisprudencial por la operatividad de los arts. 1.1, 9.2, 14 CE y otros de carácter específico, que lo hacía perfectamente equiparable a los estándares comunitarios en materia de igualdad[679]. Es más, nuestra legislación, no sólo cubre perfectamente las previsiones comunitarias en materia de igualdad, sino que en ciertos aspectos va más allá[680]. Por ejemplo, la Directiva 86/613/CE establece que los cónyuges de los trabajadores autónomos que colaboran en el negocio pueden adherirse a un régimen de Seguridad Social, sobre una base voluntaria y contributiva, lo que, aparte de establecer un sistema de protección voluntario, no fija

[675] DOUE de 26 de julio de 2006, número L 204.

[676] DOCE de 10 de enero de 1979, número L 6.

[677] DOCE de 19 de diciembre de 1986, número L 359.

[678] DOCE de 28 de noviembre de 1992, número L 348.

[679] TEJERINA ALONSO, J. I. La Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Su incidencia en la legislación española cit., pág. 79, NEBOT LOZANO, Mª. L. Directiva del Consejo relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre protección de la maternidad cit., pág. 107, y LANDA ZAPIRAIN, J. P. Presente y futuro de la regulación comunitaria sobre la igualdad de trato por razón de sexo: su significación para el Derecho español de Seguridad Social cit., pág. 679.

[680] LÓPEZ GANDÍA, J. La Directiva comunitaria 79/7, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social y sus repercusiones en el Derecho español cit., pág. 165, y NOGUEIRA GUASTAVINO, M., MORÓN PRIETO, R. y LÓPEZ CUMBRE, L. El principio de igualdad de trato en las Directivas comunitarias, en materia de Seguridad Social cit., págs. 168 a 171.

cuál deba ser el contenido de dicha protección (art. 6). En cambio, la legislación española incluye al cónyuge que colabora en el negocio en el mismo régimen de protección que el titular con carácter obligatorio e identidad en la acción protectora (art. 3.b del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, que regula el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, y art. 3 del Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido del Régimen Especial de Trabajadores del Mar). Asimismo, la citada Directiva contiene un compromiso de los Estados de examinar la posibilidad de otorgar una prestación por maternidad a cargo de la Seguridad Social o de cualquier otro sistema de protección público a las mujeres trabajadoras autónomas y las cónyuges de los trabajadores autónomos (art. 8), mientras que el Derecho español regula la prestación por maternidad con carácter general e idéntico para todos los regímenes de la Seguridad Social (disposición adicional undécima bis LGSS).

Probablemente la mayor incidencia en el Derecho español de Seguridad Social se ha dado por parte de aquellas Directivas que han determinado la creación de nuevas prestaciones, como las prestaciones por riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, previstas por la Directiva 92/85/CE, y que fue transpuesta al Derecho español por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras[681], respecto de la prestación por riesgo durante el embarazo, y por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres[682], respecto de la prestación de riesgo durante la lactancia natural. Al margen de estos casos, la incidencia sobre el Derecho español de Seguridad Social de las Directivas comunitarias sobre igualdad ha sido relativamente escasa, pues la Constitución de 1978 ya propugna la igualdad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico en su art. 1.1, para después declarar el derecho a la igualdad en el art. 14 con carácter general, y en muchos otros preceptos con carácter especial. Si a ello se une la obligación impuesta a los poderes públicos en el art. 9.2 de remover todos los obstáculos para que la igualdad sea efectiva, así como la posibilidad de los ciudadanos de impetrar directamente la tutela judicial del derecho a la igualdad vía art. 53.2 CE, se comprende que el principio de igualdad se proyecta sobre todas las ramas del ordenamiento jurídico español sin necesidad de acudir a la legislación comunitaria[683].

[681] BOE de 6 de noviembre de 1999, número 266.

[682] BOE de 23 de marzo de 2007, número 71.

[683] LÓPEZ GANDÍA, J. La Directiva comunitaria 79/7, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social y sus repercusiones en el Derecho español cit., pág. 159, NOGUEIRA GUASTAVINO, M., MORÓN PRIETO, R.

A la vista del marco legal expuesto cabe plantearse qué sentido tiene que el art. 2 LGSS enuncie expresamente el principio de igualdad entre los principios informadores de la Seguridad Social, pues, desde luego, parece totalmente innecesario cuando ya dicho principio se halla enunciado al más alto nivel en la Constitución y con validez para todo el ordenamiento jurídico, además de hallarse recogido en numerosos textos internacionales vinculantes para España. Me atrevo a ofrecer dos explicaciones posibles:

- Es conveniente recoger expresamente el principio de igualdad dada la importancia que se ha otorgado al mismo en el ámbito de la Seguridad Social por los textos internacionales y comunitarios.
- El art. 2 LGSS, tal como ya vimos anteriormente, se reformó como reacción a la decisión de algunas CCAA de suplementar las pensiones no contributivas, por lo que en realidad se refiere a la igualdad de los beneficiarios de la Seguridad Social residentes en los distintos territorios españoles.

Esta segunda perspectiva ya ha sido analizada al estudiar el principio de unidad territorial, por lo que en este capítulo nos centraremos en la primera perspectiva, es decir, prescindiendo de las comparaciones territoriales y centrándonos en lo que significa el principio de igualdad y qué repercusiones concretas puede tener en el ámbito específico de la Seguridad Social.

y LÓPEZ CUMBRE, L. El principio de igualdad de trato en las Directivas comunitarias, en materia de Seguridad Social cit., págs. 163 y 168.

II.- SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

II.a.- NATURALEZA JURÍDICA

La naturaleza jurídica del principio de igualdad es bastante más compleja que la de los restantes principios informadores de la Seguridad Social. Ello se debe a que, como reza el art. 1.1 CE, constituye uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico. A la vez, el art. 14 CE, en relación con el 53.2, lo define como un derecho subjetivo. Finalmente, el art. 53.1 CE lo configura como un límite a los poderes públicos, incluido el poder legislativo.

Respecto al primer punto de vista, un grupo de autores considera que, aunque el principio de igualdad esté incluido en el capítulo II de la CE, no puede considerarse únicamente un derecho subjetivo, pues ello supondría una comprensión parcial de su significado. Más bien, debe considerarse un principio constitucional, un principio general del Derecho, inspirador de todo el sistema de derechos y libertades[684]. De esta manera, el principio de igualdad no sería propiamente un derecho subjetivo, sino el presupuesto necesario para la efectividad de los derechos subjetivos. De ello da fe no sólo la dicción del ya mencionado art. 1.1 CE, sino también el hecho de que la igualdad está incluida en primer lugar en el capítulo II de la CE, relativo a los derechos y libertades, y además de un modo señero, pues no está incardinada en ninguna de las dos secciones de dicho capítulo[685]. Además, esta conceptuación de la igualdad se relaciona con la propia forma política del Estado. Si el art. 1 CE dice que España es un Estado democrático y que la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan todos los poderes del Estado, los individuos, iguales políticamente, en la medida en que han participado en el proceso constituyente de formación de la voluntad general se convierten de este modo en titulares de derechos fundamentales[686]. En relación con esta posición doctrinal resulta de verdadero interés la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cuyo art. 4 afirma que "la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal,

[684] ÁLVAREZ CONDE, E. *Curso de Derecho Constitucional* cit., pág. 299.

[685] GÁLVEZ MONTES, F. J. *Comentarios a la Constitución* cit., pág. 258.

[686] PÉREZ ROYO, J. *Curso de Derecho Constitucional* cit., pág. 307.

se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas". Ello significa que "todo el conjunto de instancias destinadas a la aplicación de cualesquiera normas jurídicas, en particular órganos administrativos y judiciales, deberán hacerlo interpretando las disposiciones correspondientes conforme a la lectura más favorable al principio de igualdad"[687].

Para otros autores la igualdad, aunque *per se* no existe jurídicamente, sino que siempre va relacionada con el disfrute de un derecho subjetivo, constituye sin embargo a su vez un derecho subjetivo propio y diferenciado, cuyo objeto no se identifica con el del derecho subjetivo al que se refiere[688]. Por ejemplo, el art. 19 CE declara que los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Por un lado está el derecho subjetivo a la libre circulación y por otro el derecho a disfrutar de la libre circulación sin distinción alguna entre los españoles. De esta manera puede apreciarse que la igualdad existe vinculada al disfrute de un derecho subjetivo, pero a la vez se distingue de éste porque podría reconocerse el derecho a la libre circulación sólo a determinados sujetos y, sin embargo, se reconoce a todos los españoles.

Finalmente, para otros autores la igualdad alcanza su mayor virtualidad como límite a la actuación de los poderes públicos, ya que son éstos quienes más posibilidades ostentan de otorgar a los ciudadanos un trato desigual eventualmente constitutivo de discriminación[689].

Tampoco faltan quienes consideran a la igualdad como un concepto sobrevalorado, que en realidad está vacío de contenido y se comporta de manera circular. Ello se debería a que cuando se habla de igualdad entre dos sujetos es porque hay una norma que ha establecido que ambos sujetos son jurídicamente equiparables. Por ello, la virtualidad no se encontraría en la igualdad en sí, sino en esa norma que establece la equiparación entre ambos sujetos. Por tanto, antes de que esa norma sea definida no existe derecho a la igualdad con virtualidad jurídica, lo que significa que las relaciones de igualdad son derivadas y secundarias; son lógicamente posteriores a los derechos establecidos en una norma, no anteriores[690].

---

[687] CRUZ VILLALÓN, J. Significación general y principios informadores de la Ley para la igualdad. En *Temas Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, nº 91, 2007, pág. 24.

[688] BAÑO LEÓN, J. Mª. La igualdad como derecho público subjetivo cit., pág. 182.

[689] GARCÍA MORILLO, J. *Derecho Constitucional* cit., pág. 151.

[690] WESTEN, P. The empty idea of equality. En *Harvard Law Review*, 1982, vol. 95, nº 3, págs. 543 a 548.

El Tribunal Constitucional ha reconocido la doble vertiente de la igualdad, conceptuándolo como un límite a la actuación de los poderes públicos (sentencias 34/1981, de 10 de noviembre, 83/1984, de 24 de julio, y 68/1991, de 8 de abril), y como un derecho subjetivo (sentencias 49/1982, de 14 de julio, 75/1983, de 3 de agosto, y 200/2001, de 4 de octubre).

II.b.- LA CLÁUSULA GENERAL DE IGUALDAD

La cláusula general de igualdad del art. 14 CE a su vez abarca tanto la igualdad en la ley como la igualdad ante la ley. La igualdad en la ley supone un límite para los poderes públicos que tienen poder normativo, como puede ser el Gobierno y, especialmente, el poder legislativo[691], pues significa que no basta con que la ley sea general, abstracta o universal, sino que es necesario que además el contenido de la misma sea igualitario[692].

La igualdad ante la ley o en la aplicación de la ley se refiere a los poderes públicos encargados de la aplicación de las normas, es decir, la Administración pública y los tribunales de justicia, e implica sustancialmente que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que, si considera que debe apartarse del sentido de sus decisiones precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación razonable[693]. Esta argumentación, aunque como se ha dicho es también aplicable a la Administración pública[694], es especialmente importante en el caso de los órganos judiciales, respecto de los que debe cohonestarse la independencia de los mismos en el ejercicio de su función jurisdiccional (art. 117.1 CE) con el respeto al derecho de igualdad de los ciudadanos destinatarios de sus

[691] ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales* cit., pág. 383, y JIMÉNEZ CAMPO, J. La igualdad jurídica como límite frente al legislador cit., pág. 80.

[692] PALOMAR OLMEDA, A. El principio de igualdad en la definición y delimitación del contenido prestacional de la Seguridad Social. En *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, nº 67, 1994, pág. 828, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª F. *Igualdad y discriminación* cit., pág. 39, y ÁLVAREZ CONDE, E. *Curso de Derecho Constitucional* cit., pág. 306.

[693] ÁLVAREZ CONDE, E. *Curso de Derecho Constitucional* cit., pag. 307. Ahora bien, la igualdad ante la ley, en un Estado de Derecho, es una tautología, pues decir que una norma debe ser aplicada de modo igualitario es simplemente decir que la misma debe ser aplicada a los supuestos a los que se dirige (WESTEN, P. The empty idea of equality cit., pág. 551).

[694] STC 65/1982, de 10 de noviembre.

decisiones[695]. En tal sentido, el TC tiene declarado que "no existe, por tanto, un mandato de igualdad absoluta que obligue en todo caso al tratamiento igual de los supuestos iguales, pues ello sería contrario a la propia dinámica jurídica que se manifiesta no sólo en una modificación normativa, sino también en una razonable evolución en la interpretación y aplicación de la legalidad concretada en un cambio de criterio que legitima las diferencias de tratamiento" (STC 63/1984, de 21 de mayo).

En similares términos se pronuncia el TC en su sentencia 27/1988, de 23 de febrero, al afirmar que "según una reiterada doctrina de este Tribunal los alegatos por desigualdad en la aplicación judicial del Derecho no pueden fundamentarse en un inexistente derecho a la inmutabilidad de la doctrina de los Tribunales, pues el principio de igualdad no impide el cambio de sentido de las resoluciones que se sucedan en el tiempo. El juzgador está sujeto sólo a la Ley, no a sus precedentes, y la modificación de una línea jurisprudencial puede venir impuesta, entre otros factores, por la necesidad de acomodar la interpretación de las normas a las circunstancias también nuevas o, incluso, por la necesidad de corregir lo que se juzguen errores anteriores en el entendimiento de aquéllas (STC 48/1987, fundamento jurídico 2°). Lo garantizado por el principio de igualdad a quienes demanden justicia ante los Tribunales -o a quienes, como en este caso, se opongan a una pretensión ajena- no es, pues, la obtención de una resolución igual a las que se hayan adoptado, en supuestos análogos, por el mismo órgano judicial, sino, más estrictamente, la razonable confianza -enlazada en la seguridad jurídica que la Constitución consagra (art. 9.3)- de que la propia pretensión merecerá del juzgador, a salvo que por éste se fundamente la imposibilidad de atender tal expectativa, la misma respuesta obtenida por otros en casos iguales» (STC 30/1987, fundamento jurídico 2)".

Por último, en esta misma línea, conviene destacar la STC 232/1991, de 10 de diciembre, por la trascendencia que tiene sobre una materia de Seguridad Social sujeta a una gran litigiosidad, cual es la incapacidad permanente. El TC ha declarado que "la calificación de las incapacidades permanentes para la profesión habitual requiere necesariamente un juicio individualizado para cada trabajador. Juicio a realizar por la Entidad gestora, sin perjuicio de su revisión en vía jurisdiccional por los órganos judiciales competentes", concluyendo que por ello "el derecho a la igual aplicación de la Ley no permite, en principio, establecer comparaciones entre resoluciones judiciales referidas a la calificación de invalideces (…) Son los órganos judiciales los competentes

[695] SSTC 49/1982, de 14 de julio, 103/1984, de 12 de noviembre, 58/1986, de 14 de mayo, y 25/1987, de 26 de febrero.

para establecer si determinadas lesiones son o no constitutivas de invalidez permanente para la profesión habitual, enjuiciamiento al que, individualizado necesariamente para cada caso concreto, sólo puede exigírsele que sea suficientemente motivado". Precisamente esa individualización de cada caso es una de las causas que motivan la enorme litigiosidad existente en España en materia de invalidez, ya que resulta muy difícil mantener cierta seguridad jurídica basada en criterios generales, ya sean legales o jurisprudenciales, en la calificación de la incapacidad permanente[696].

De todo lo dicho hasta este momento se deduce que nuestro ordenamiento jurídico no proscribe las diferencias normativas en la ley ni en la aplicación de la ley. El legislador puede introducir un tratamiento diferenciado para supuestos que considere merecedores del mismo, y el órgano encargado de aplicar las normas puede resolver también de manera diferenciada, siempre que lo haga esgrimiendo argumentos razonables. En definitiva, el principio de igualdad no se concibe en un Estado social de Derecho como una uniformidad absoluta, de manera que su mayor interés radica en la justificación que se brinde para legitimar la diferencia de trato. Por todo ello, a continuación vamos a analizar los elementos que deben tomarse en consideración para realizar un juicio de igualdad.

El juicio de igualdad es siempre de carácter triádico[697], aunque también ha sido definido como de carácter relacional[698]. Que el juicio de igualdad sea triádico significa que dos supuestos o personas nunca pueden ser totalmente iguales, pues la identidad sólo se da con uno mismo (a=a)[699]. Por tanto, para formular un juicio de igualdad debemos centrarlo exclusivamente en un aspecto de los términos de comparación, lo que implica que a=b respecto a la propiedad P[700]. El criterio relacional viene a ser lo mismo, pero expresado con otros términos, pues significa que la igualdad se debe valorar mediante la comparación entre dos sujetos o situaciones, pues nunca puede formularse el juicio de igualdad entre situaciones indeterminadas o absolutamente heterogéneas. En tal sentido,

---

[696] ÁLVAREZ PATALLO, J. A. *El procedimiento administrativo para la evaluación de la incapacidad permanente*, Comares, Granada, 2005, pág. 4.

[697] ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales* cit., pág. 387.

[698] PÉREZ LUÑO, A. E. El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos sociales y culturales cit., pág. 265, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª F. *Igualdad y discriminación* cit., pág. 47, y GARCÍA MORILLO, J. *Derecho Constitucional* cit., pág. 144.

[699] PÉREZ LUÑO, A. E. El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos sociales y culturales cit., pág. 265.

[700] ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales* cit., pag. 387.

se debe suministrar un *tertium comparationis*, o término de comparación, que permita valorar que se ha producido un trato desigual[701].

Además, como la identidad entre sujetos o situaciones es imposible, hay que "determinar los caracteres esenciales o no esenciales a tener en cuenta, es decir, las notas comunes deducibles para equiparar situaciones o para establecer diferencias"[702]. En definitiva, hay que hacer abstracción de las diferencias, consideradas irrelevantes para el juicio que se vaya a formular, y establecer la equiparación respecto de los rasgos comunes[703]. Este modo de proceder exige plantear lo que se ha venido a llamar criterio de relevancia o juicio de relevancia, consistente en determinar cuáles son los caracteres considerados esenciales para formular el juicio de igualdad, haciendo abstracción de aquéllos otros que, aun siendo diferentes, se consideran irrelevantes[704]. De ahí que la definición aristotélica de la igualdad consistente en "tratar igual lo igual y desigualmente lo desigual" debe sustituirse por la siguiente: "no cabe tratar lo esencialmente igual de modo desigual"[705].

Este planteamiento ha sido ampliamente recogido por nuestro Tribunal Constitucional, cuya sentencia 181/2000, de 29 de junio, habla expresamente de que "lo propio del juicio de igualdad es que ha de constatarse siempre mediante un criterio de carácter relacional", afirmando que "el principio de igualdad prohíbe al legislador configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria". En similares términos se pronuncia la STC 200/2001, de 4 de octubre, al afirmar que "el juicio de igualdad es de carácter relacional. Requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como

[701] GARCÍA MORILLO, J. *Derecho Constitucional* cit., pág. 147.

[702] RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª F. *Igualdad y discriminación* cit., pág. 47.

[703] PÉREZ LUÑO, A. E. El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos sociales y culturales cit., pág. 265.

[704] ÁLVAREZ CONDE, E. *Curso de Derecho Constitucional* cit., pág. 302, PÉREZ LUÑO, A. E. El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos sociales y culturales cit., pág. 266, ALONSO GARCÍA, E. El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española cit., pág. 31, y PUMAR BELTRÁN, N. *La igualdad ante la Ley en el ámbito de la Seguridad Social* cit., pág. 79.

[705] ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales* cit., pág. 390.

consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso".

En la misma línea, aunque formulando *a sensu contrario* la máxima de ALEXY, el TC ha afirmado reiteradamente que no se puede pretender un trato igual para situaciones que son esencialmente desiguales. La STC 8/1982, de 4 de marzo, afirma que "una norma que da soluciones diferentes para situaciones que son objetivamente distintas no puede calificarse, en modo alguno, de atentatoria al principio de igualdad, sino más bien conforme a sustanciales exigencias valoradas por el legislador"[706].

Ahora bien, el criterio de la relevancia debe ser complementado con el criterio de la razonabilidad. Según este criterio se considera que las diferencias entre dos situaciones comparables no son esenciales cuando la diversa regulación jurídica establecida por el legislador para las mismas se considere arbitraria o irrazonable. Es decir, no es posible establecer diferencias jurídicas no arbitrarias entre situaciones esencialmente iguales. Por tanto, la anterior máxima de que "no cabe tratar lo esencialmente igual de modo desigual", habría de complementarse con esta otra: "existe una igualdad esencial si y sólo si un tratamiento desigual sería arbitrario"[707].

Este modo de razonar ha cristalizado en una doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional en la línea del Tribunal Constitucional alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que puede resumirse del siguiente modo: "se vulnera el principio de igualdad cuando la diferenciación normativa asociada por el legislador a dos situaciones se considere arbitraria o irrazonable"[708] (SSTC 319/1993, de 27 de octubre, 59/2008, de 14 de mayo, y 76/2008, de 3 de julio, entre otras muchas).

---

[706] Criterio reiterado, entre otras, en las sentencias 81/1982, de 21 de diciembre, 49/1983, de 1 de junio, 75/1983, de 3 de agosto, 26/1984, de 24 de febrero, 76/1990, de 26 de abril, y 200/2001, de 4 de octubre.

[707] ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales* cit., pág. 391.

[708] SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. Ámbito subjetivo de la Seguridad Social: interpretación por el Tribunal Constitucional a la luz del principio de igualdad. En *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, nº 58, 1993, pág. 309, PÉREZ DEL RÍO, T. El principio de igualdad en la Seguridad Social: no discriminación por razón de sexo. En *Revista de Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, nº 71, 1983, pág. 14, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª F. *Igualdad y discriminación* cit., pág. 55, ÁLVAREZ CONDE, E. *Curso de Derecho Constitucional* cit., pág. 300, PUMAR BELTRÁN, N. *La igualdad ante la Ley en el ámbito de la Seguridad Social* cit., pág. 81, GARCÍA MORILLO, J. *Derecho Constitucional* cit., pág. 146, BAÑO LEÓN, J. Mª. La igualdad como derecho público subjetivo cit., págs. 187 a 188, y ALONSO GARCÍA, E. El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española cit., pág. 37.

De acuerdo con el criterio de la razonabilidad, cuando un sujeto alegue que, siendo su situación esencialmente igual a la de otro, sin embargo la normativa las regula de diferente manera, será el legislador quien tendrá que justificar que la diferencia en la regulación está justificada, o, lo que es lo mismo, que dicha diferencia es razonable[709]. En tal sentido, la STC 75/1983, de 3 de agosto, afirma que "la Sentencia de 22 de noviembre de 1982 (núm. 68/1982) de este Tribunal Constitucional, recaída en el recurso de amparo núm. 87/1982, ha establecido la doctrina de que cuando se solicita la aplicación del principio de igualdad «compete a los órganos del Estado demandados en el procedimiento constitucional la carga de ofrecer los argumentos que el diferente tratamiento legal posea», exigencia la de la carga que no puede entenderse en el sentido estricto procesal de desplazamiento o inversión del *onus probandi*, por no tratarse ciertamente de hechos materiales, sino como imposición dialéctica justificadora de las razones y valores que hagan posible constitucionalmente la desigualdad, sin caer en la discriminación producto de la irrazonabilidad y de su consecuencia la inconstitucionalidad".

La cuestión que se plantea a continuación es cómo se valora la razonabilidad de una distinción jurídica de manera que pueda calificarse como desigualdad desde un punto de vista constitucional. En general se considera que una distinción jurídica está justificada o es razonable cuando la misma se ha establecido con objeto de alcanzar un fin constitucionalmente legítimo[710]. Así lo ha dicho la STC 319/1993, de 27 de octubre, al afirmar que "el principio constitucional de igualdad exige, en primer lugar, que las singularizaciones y diferenciaciones normativas no se funden en alguna de las interdicciones previstas en el art. 14 CE o que respondan a un fin constitucionalmente válido" (en similares términos las SSTC 59/2008, de 14 de mayo, y 76/2008, de 3 de julio).

Resulta evidente pues que el criterio de la razonabilidad no es susceptible de concreción apriorística, sino que habrá de ser valorado en cada caso concreto. Ello determina que sea un criterio relativo, que no es viable al margen del contexto histórico en que se aplique ni sus matices son exactamente idénticos según la materia de que se trate. En definitiva, se

[709] ALONSO GARCÍA, E. El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española cit., pág. 68.

[710] GARCÍA MORILLO, J. *Derecho Constitucional* cit., pág. 148, ALONSO GARCÍA, E. El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española cit., pág. 50, y JIMÉNEZ CAMPO, J. La igualdad jurídica como límite frente al legislador cit., pág. 106.

trata de un criterio que va parejo a la evolución de la conciencia jurídica subyacente[711].

Hasta aquí llega lo que se ha denominado definición mínima del principio de igualdad[712]. Ahora bien, si consideramos que una distinción jurídica es razonable siempre que esté justificada por la consecución de un fin constitucionalmente legítimo se está justificando prácticamente cualquier diferenciación de trato, salvo las manifiestamente arbitrarias, poco probables en una sociedad democrática. Por ello es necesario aplicar otros criterios adicionales para valorar si se ha vulnerado el principio de igualdad, cuales son la racionalidad y la proporcionalidad. La inclusión de estos otros criterios constituye la denominada definición máxima del principio de igualdad[713].

El criterio de racionalidad supone valorar que la distinción jurídica introducida por el legislador entre dos grupos o situaciones sea además racionalmente adecuada para alcanzar el fin constitucional que se persigue[714]. Por ejemplo, reservar plazas en la función pública para minusválidos es un medio racionalmente adecuado para lograr su integración social, pero reducirles el Impuesto sobre el Valor Añadido para los vehículos de lujo no lo sería y supondría por tanto una vulneración del principio de igualdad. El TC en sentencia 319/1993, de 27 de octubre, ha definido el criterio de la racionalidad al exigir que "exista coherencia entre las medidas adoptadas y el fin perseguido y, especialmente, que la delimitación concreta del grupo o categoría así diferenciada se articule en términos adecuados a dicha finalidad"[715].

---

[711] RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª F. *Igualdad y discriminación* cit., pág. 46, PÉREZ LUÑO, A. E. El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos sociales y culturales cit., pág. 267, JIMÉNEZ CAMPO, J. La igualdad jurídica como límite frente al legislador cit., pág. 76, y ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales* cit., pág. 396.

[712] RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª F. *Igualdad y discriminación* cit., pág. 55.

[713] *Ibid.*, págs. 54 y 55.

[714] GARCÍA MORILLO, J. *Derecho Constitucional* cit., pág.149, ALONSO GARCÍA, E. El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española cit., pág. 60 (si bien este autor lo califica de test de idoneidad), y JIMÉNEZ CAMPO, J. La igualdad jurídica como límite frente al legislador cit., pág. 109. Este último autor, no obstante incluye el criterio de racionalidad dentro del de proporcionalidad y subdivide a aquél en dos tipos de control, a saber: el control de pertinencia, en el que se aprecia "la correspondencia con el fin diferenciador de la delimitación legislativa de ámbito personal de aplicación de un precepto", y el control de adecuación, que supone determinar si la distinción legislativa introducida por el legislador "es coherente -suficiente o necesario- para alcanzar, en una ponderación de medios y fines, la finalidad que se propone a sí mismo el legislador". El control de adecuación, de esta manera, "supone entrar, inevitablemente, en una apreciación política de oportunidad, como es sin duda la que pondera la virtualidad efectiva de una cierta disposición para constituirse en medio adecuado en pos de un determinado fin" (*Ibid.*, pág. 111).

[715] Criterio reiterado en las SSTC 59/2008, de 14 de mayo, y 76/2008, de 3 de julio.

El criterio de proporcionalidad significa que la diferenciación de trato introducida por el legislador no debe producir consecuencias jurídicas desproporcionadas, es decir, demasiado gravosas, en relación al fin que se pretende conseguir[716]. El criterio de proporcionalidad podría llevarse a su nivel máximo de exigencia a través de lo que se ha llamado el control de la alternativa menos gravosa. Ésta supone que el Tribunal Constitucional debería no sólo verificar que la distinción normativa introducida por el legislador no es excesivamente gravosa en relación al fin constitucionalmente legítimo que se pretende conseguir, sino que debería valorar todas las alternativas posibles para alcanzar dicho fin y verificar que la elegida por el legislador es la menos gravosa de todas[717]. Este criterio de la alternativa menos gravosa supone reducir sustancialmente el margen de maniobra del legislador, por lo que no es objeto de aplicación por parte de nuestro Tribunal Constitucional, que ha defendido para sí una actitud de autocontención con objeto de evitar convertirse en una tercera cámara, tal como posteriormente vamos a ver.

El Tribunal Constitucional ha venido contemplando habitualmente el criterio de la proporcionalidad para enjuiciar la vulneración del principio de igualdad. La STC 76/1990, de 26 de abril, afirma que "para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos"[718].

Por tanto, a modo de recapitulación, los pasos a observar para enjuiciar el principio de igualdad consisten en determinar si estamos ante supuestos comparables, si la distinción jurídica introducida por el legislador entre ellos es justificada y razonable, si dicha distinción es racionalmente adecuada para obtener el fin propuesto y, finalmente, si las consecuencias jurídicas asociadas a dicha distinción no producen un resultado gravoso desproporcionado en relación al fin constitucionalmente legítimo que se persigue. En definitiva, como se puede apreciar, la igualdad

[716] GARCÍA MORILLO, J. *Derecho Constitucional* cit., pág. 150, JIMÉNEZ CAMPO, J. La igualdad jurídica como límite frente al legislador cit., pág. 72, y ALONSO GARCÍA, E. El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española cit., pág. 61.

[717] ALONSO GARCÍA, E. El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española cit., págs. 57 y 61.

[718] Criterio mantenido en las SSTC 319/1993, de 27 de octubre, 308/1994, de 21 de noviembre, y 200/2001, de 4 de octubre, entre otras.

formal basada en la abstracción y generalidad de la ley ha dejado paso claramente a una concepción de la igualdad diametralmente opuesta, basada en las distinciones jurídicas en función de las circunstancias y el objetivo que se persigue. No sin razón se ha afirmado por la doctrina que "se trata de una concepción valorativa de la igualdad que obliga no tanto a una paridad absoluta de trato, como a la justificación de las desigualdades"[719].

Por otra parte, el TC ha realizado un ejercicio de autocontención en el enjuiciamiento de la igualdad con objeto de no invadir la esfera legítima de competencia del legislador y de no restarle margen de maniobra[720]. Es evidente que la valoración de la igualdad de acuerdo con los criterios anteriormente enumerados implica un amplio margen de discrecionalidad, por lo que dicho ejercicio de autocontención es deseable, aunque algún sector de la doctrina entienda que de ese modo "se vacía el principio de igualdad de significación"[721]. El TC ha declarado en su sentencia 59/2008, de 14 de mayo, en relación a alguna de las modificaciones del Código Penal introducidas por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que "nuestro análisis relativo a la adecuación constitucional del art. 153.1 CP desde la perspectiva del art. 14 CE ha de comenzar recordando que la duda se refiere a la selección legislativa de una determinada conducta para su consideración como delictiva con una determinada pena, y que esta labor constituye una competencia exclusiva del legislador para la que "goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática" (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre, FJ 4). Es al legislador al que compete "la configuración de los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprensibles, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo" (SSTC 55/1996, FJ 6; 161/1997, FJ 9; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23)"[722].

Ese ejercicio de autocontención ha sido especialmente relevante en materia de Seguridad Social, donde es necesario mantener un equilibrio

[719] RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª F. *Igualdad y discriminación* cit., pág. 50.

[720] *Ibid.*, pág. 52.

[721] PUMAR BELTRÁN, N. *La igualdad ante la Ley en el ámbito de la Seguridad Social* cit., pág. 97.

[722] Criterio reiterado en la STC 76/2008, de 3 de julio.

financiero que puede ponerse en peligro por la adopción de decisiones concretas que, aunque deseables y bienintencionadas, sobrepasen la capacidad económica del sistema para asumirlas. Así, la STC 200/2001, de 4 de octubre, afirma que "el legislador dispone de un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social y en la apreciación de las circunstancias económicas de cada momento a la hora de administrar recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales". Asimismo, la STC 197/2003, de 30 de octubre, afirma que "la cobertura de la necesidad derivada de una situación de gran invalidez surgida después del cumplimiento de los 65 años es un ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que nuestra Constitución asume en sus arts. 41 y 50 y que han de informar la legislación positiva -art. 53.3 CE. Sin embargo, este «Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable» (STC 184/1993, de 31 de mayo, FJ 6), lo que no ocurre en el caso que se examina, pues, como ya hemos visto, el criterio diferenciador del art. 143.2 LGSS parte de la existencia de regímenes jurídicos distintos para los trabajadores en situación de actividad y para los que ya han alcanzado la edad de jubilación".

II.c.- LA DISCRIMINACIÓN

Tal como vimos en su momento, el art. 14 CE señala que no puede "prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". A tal efecto es unánime la doctrina y la jurisprudencia al afirmar que la lista de causas de discriminación del art. 14 es meramente enunciativa, no exhaustiva[723].

Respecto a qué debe entenderse por discriminación existen dos corrientes doctrinales principales. Para un grupo de autores la discriminación no sería otra cosa que una diferencia de trato no justificada, arbitraria o irrazonable. Es decir, la discriminación no sería sino una

[723] SSTC 128/1987, de 16 de julio, 200/2001, de 4 de octubre, y 59/2008, de 14 de mayo, entre otras.

vulneración del principio de igualdad[724]. El hecho de que por el art. 14 CE se mencionen ciertos criterios concretos de discriminación no respondería sino al deseo del legislador constituyente de enunciar algunas de las causas de desigualdad más enraizadas históricamente o más repugnantes a la conciencia jurídica vigente[725]. En tales casos, el enjuiciamiento de la igualdad se torna más riguroso, de manera que sólo se admitirá como justificación de la distinción jurídica introducida por el legislador aquélla que sea absolutamente evidente[726].

Para otra corriente doctrinal la discriminación es algo más que una vulneración del principio de igualdad[727]. Concretamente, consideran que "el principio de no discriminación es un puente entre la igualdad formal y la igualdad sustancial, porque quiere y opera la realización inmediata de la eliminación de la discriminación, que en algunos casos significará un mandato de parificación, y, en otros casos precisamente lo contrario, una diferenciación que elimine la discriminación, en la línea de la igualdad sustancial del artículo 9.2 CE. De este modo, una norma que respete formalmente el principio de igualdad puede tener en sus efectos un resultado discriminatorio que sería contrario no al primer inciso del artículo 14, pero sí al segundo"[728].

Desde este punto de vista, se pueden establecer algunas diferencias entre desigualdad y discriminación.

- Mientras que el principio de igualdad es un límite referido sólo a la actuación de los poderes públicos, el principio de no discriminación por el contrario no tiene como destinatarios sólo a los poderes públicos, sino que despliega su eficacia también en el ámbito de las relaciones privadas[729].
- El principio de igualdad de trato respeta en sustancia la discrecionalidad de los poderes públicos, es decir, les permite un

[724] PÉREZ ROYO, J. *Curso de Derecho Constitucional* cit., pág. 325, y JIMÉNEZ CAMPO, J. La igualdad jurídica como límite frente al legislador cit., pág. 83.

[725] GARCÍA MORILLO, J. *Derecho Constitucional* cit., pág. 157.

[726] JIMÉNEZ CAMPO, J. La igualdad jurídica como límite frente al legislador cit., pág. 84, y GARCÍA MORILLO, J. *Derecho Constitucional* cit., pág. 158.

[727] RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª F. *Igualdad y discriminación* cit., pág. 78.

[728] *Ibid.*, pág. 76.

[729] *Ibid.*, pág. 158, y GÁLVEZ MONTES, F. J. *Comentarios a la Constitución* cit., pág. 260. Esta eficacia tanto en el ámbito de las relaciones públicas como de las privadas es predicable, a juicio de la primera posición doctrinal analizada, del propio principio de igualdad (GARCÍA MORILLO, J. *Derecho Constitucional* cit., págs. 144 y 156).

amplio poder de decisión para fijar las metas y los medios para hacerlas efectivas dentro de un abanico de alternativas en que la única que no está permitida es aquélla que resulte arbitraria o irrazonable. Por el contrario, el principio de no discriminación no deja otra opción a los poderes públicos que aquélla que imponga la paridad de trato[730]. Cuando esté en juego alguna de las causas de discriminación del art. 14 CE el control debe ser mucho más riguroso, pues la diferencia de trato será "especialmente sospechosa de inconstitucionalidad"[731].

- La igualdad de trato se refiere a actos puntuales en que se ha introducido una diferenciación formal de trato entre sujetos u objetos cuya razonabilidad se cuestiona. Por el contrario, la discriminación parte también de diferencias puntuales de trato pero que se enmarcan dentro de un fenómeno discriminatorio más amplio y complejo[732], referido a colectivos que tradicionalmente se han visto relegados a una posición de inferioridad en el disfrute de derechos, ya sea por razón de su sexo, de su raza, de sus creencias, etc. Ésta es la razón de que, como más adelante vamos a ver, se persiga incluso la discriminación indirecta, para la que se admite la "prueba estadística"[733].
- El principio de igualdad supone jurídicamente la invalidez de los actos o reglas que impliquen un trato desigual arbitrario. La no discriminación, en cambio, "desde una consideración más global del problema, además de prohibir e invalidar los actos discriminatorios, se enfrenta con el problema de la existencia misma o peligro de existencia de personas o grupos tratados de forma «diferente», como si no fueran seres humanos iguales a los «otros». La tutela antidiscriminatoria no sólo negará la razonabilidad de esa diferenciación de trato mediante su radical prohibición, sino que, además, tratará de remediar el problema, mediante medidas específicas que favorezcan y promuevan la integración e igualación de esos individuos y grupos con los demás, eliminando las situaciones fácticas de discriminación"[734]. Por eso la discriminación positiva constituye un puente entre la igualdad formal y la material, pues, partiendo del art. 14 CE, alcanza al art. 9.2 imponiendo distinciones normativas que promuevan la igualdad real.

[730] RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª F. *Igualdad y discriminación* cit., pág. 160.

[731] *Ibid.*, pág. 71.

[732] *Ibid.*, pág. 162.

[733] PUMAR BELTRÁN, N. *La igualdad ante la Ley en el ámbito de la Seguridad Social* cit., pág. 106.

[734] RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª F. *Igualdad y discriminación* cit., pág. 165.

Como se puede apreciar, el denominador común entre ambas posiciones doctrinales es que el juicio de igualdad se somete a un mayor rigor cuando se hallan presentes las causas de discriminación del art. 14 CE[735].

Pese a que esta segunda posición doctrinal constituye una construcción sistemática muy interesante, el TC se ha decantado por un planteamiento mucho más simple, que es el defendido por el primer grupo de autores. Concretamente, la STC 34/1981, de 10 de noviembre, afirma que "lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, como declara de forma expresa el artículo 14 de la Constitución; es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable". Y añade que el principio de igualdad "rechaza toda desigualdad que por su alcance sea irrazonable y por ello haya de calificarse de discriminatoria", concluyendo que "las consideraciones anteriores reflejan, por otra parte, los criterios establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en diversas sentencias, como las de 23 de julio de 1968 y 27 de octubre de 1975, al señalar que se produce una discriminación cuando una distinción de trato carece de una justificación objetiva y razonable; afirmando que la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida"[736].

Para el TC la mención expresa de las causas de discriminación del art. 14 CE representa "una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la C. E." (STC 128/1987, de 16 de julio).

Por otro lado, tal como anteriormente señalábamos, para el TC en los supuestos de discriminación del art. 14 CE la carga de justificar la distinción de trato se torna mucho más rigurosa. De este modo, la STC 81/1982, de 21 de diciembre, afirma que "si esa carga de la demostración del carácter justificado de la diferenciación es obvia en todos aquellos casos que quedan genéricamente dentro del general principio de igualdad que consagra el artículo 14 de la Constitución, tal carga se torna aún más

[735] PUMAR BELTRÁN, N. *La igualdad ante la Ley en el ámbito de la Seguridad Social* cit., pág. 103.

[736] Esta equiparación entre discriminación e desigualdad desprovista de justificación objetiva y razonable ha sido mantenida posteriormente en las SSTC 19/1982, de 5 de mayo, 75/1983, de 3 de agosto, y 308/1994, de 21 de noviembre, entre otras.

rigurosa en aquellos otros casos en que el factor diferencial es precisamente uno de los típicos que el artículo 14 concreta para vetar que puedan ser base de diferenciación, como ocurre con el sexo , además de con la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones". En similares términos la STC 200/2001, de 4 de octubre, señala que en los supuestos de discriminación del art. 14 CE "el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación".

Por último, como adelantábamos anteriormente, el principio de interdicción de la discriminación proscribe incluso la discriminación indirecta. Este concepto fue una creación doctrinal y jurisprudencial[737], que posteriormente se plasmó en el art. 2 de la Directiva 97/80/CEE, sobre determinación de la carga de la prueba en supuestos de discriminación[738]. Posteriormente dicha norma fue refundida por la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, cuyo art. 2 define la discriminación indirecta como "la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios". El hecho de que la mencionada directiva hable tan sólo de discriminación por razón de sexo se debe a que en el ámbito de la Unión Europea, tal como anteriormente vimos, sólo se ha prestado atención a la referida causa de discriminación, así como a la motivada por la nacionalidad[739], lo que no impide que se aplique este concepto a cualquiera de las causas enumeradas en el art. 14 CE.

La STC 145/1991, de 1 de julio, afirma que "la prohibición constitucional de discriminación por características personales y en particular por el sexo, como signo de pertenencia de la mujer a un grupo social determinado objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica, se conecta también con la noción sustancial de

[737] El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas hizo aplicación de este concepto en numerosas Sentencias al interpretar el contenido del derecho a la no discriminación por razón de sexo en relación con la retribución de los trabajadores (por todas, las SSTJCE de 27 de junio de 1990, caso Maria Kowalska contra Freie und Hansestadt Hamburg; de 7 de febrero de 1991, caso Helga Nimz contra Freie und Hansestadt Hamburg; de 4 de junio de 1992, caso Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin contra Monika Bötel; o de 9 de febrero de 1999, caso Regina contra Secretary of State for Employment, *ex parte* Nicole Seymour-Smith y Laura Pérez).

[738] NOGUEIRA GUASTAVINO, M., MORÓN PRIETO, R., y LÓPEZ CUMBRE, L. El principio de igualdad de trato en las Directivas comunitarias, en materia de Seguridad Social cit., pág. 153.

[739] PUMAR BELTRÁN, N. *La igualdad ante la Ley en el ámbito de la Seguridad Social* cit., pág. 90.

igualdad. Ello permite ampliar y enriquecer la propia noción de discriminación, para incluir no sólo la noción de discriminación directa, o sea, un tratamiento diferenciado perjudicial en razón del sexo donde el sexo sea objeto de consideración directa, sino también la noción de discriminación indirecta, que incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y de otro sexo a causa de la diferencia de sexo. Ello implica que cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato basada en las circunstancias que el citado precepto considera discriminatorias -en este caso, el sexo- y tal invocación se realice precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación -en este caso, las mujeres-, el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 C.E.”.

III.- TÉCNICAS Y MANIFESTACIONES MÁS IMPORTANTES DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Para evitar el riesgo ya anunciado anteriormente de incurrir en una exposición casuística deslavazada, vamos a exponer las principales manifestaciones de la aplicación del principio de igualdad en el ámbito de la Seguridad Social enunciando algunos de los pronunciamientos del TC en materia de Seguridad Social al hilo de los criterios enumerados anteriormente que se utilizan para efectuar el juicio de igualdad.

Vimos en su momento que debemos plantearnos en primer lugar si estamos ante dos situaciones comparables, es decir, si son esencialmente iguales. Sobre la base de este primer criterio, tal como vimos en el capítulo dedicado al principio de unidad, el TC ha rechazado que sea inconstitucional la diferencia protectora entre los distintos regímenes de Seguridad Social, al entender que se trata de supuestos diversos. Aparte de la jurisprudencia citada en su momento, conviene traer a colación la STC 27/1988, de 23 de febrero, que afirma que "no es posible «comparar el tratamiento jurídico de situaciones diferentes, como son aquellas generadas en distintos sistemas de protección, regulados por distinta normativa, y sometidas a condiciones y requisitos diversificados» (STC 103/1982, fundamento jurídico 4.°). Se añadió en la resolución que se cita -y otro tanto cabe reiterar ahora- que «la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social» pero que tal igualación «cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico»"[740].

Exactamente el mismo argumento ha empleado el TC para atajar una polémica muy propia del sistema de Seguridad Social, cual es la de las diferencias introducidas en el régimen de las prestaciones por las sucesivas reformas normativas. Se trata de un problema bastante frecuente porque la Seguridad Social, como es sobradamente sabido, se encuentra sometida a un proceso constante de reforma, lo que supone que convivan muchos beneficiarios cuya prestación les ha sido reconocida bajo un régimen jurídico diverso.

Por ejemplo, en un supuesto en que se modificó el límite de edad para acceder a la pensión de viudedad en el Régimen Especial Agrario, la

[740] En el mismo sentido se pronuncia la STC 77/1995, de 22 de mayo.

STC 70/1983, de 26 de julio, declaró que "el tratamiento diferenciado que impuso el legislador de 1980 de cuya aplicación dimana en definitiva la pretensión que la recurrente ejercita en este recurso constitucional de amparo, no puede reputarse equivalente a una neta consideración distinta de situaciones iguales sin más motivación o circunstancia determinantes que la diferencia de fecha en el momento de producción de esas situaciones. Las sucesivas alteraciones de los preceptos rectores de estas prestaciones pasivas, de signo progresivamente favorable a los beneficiarios, con incrementos cualitativos y cuantitativos, pero en todo caso ineludiblemente limitados en todo orden, y por supuesto en cuanto al ámbito de las personas afectadas, ha obligado permanentemente a la fijación de determinadas fechas como límite temporal que posibilite o no ese tipo de nuevas y más favorables percepciones, como ha sucedido en el caso presente, lo que provoca diferencia de situaciones entre los beneficiarios a los que la Administración reconoce nuevos derechos, con aquellos otros entre los que se halla la recurrente en amparo a los que no los extiende (...) todo lo cual aleja la identidad de situaciones que se pretende poner de relieve como base de la pretensión de amparo deducida con invocación del artículo de la CE". Éste criterio ha sido reiterado posteriormente y ampliado a la evolución de las interpretaciones jurídicas de los órganos encargados de aplicar el Derecho por las SSTC 103/1984, de 12 de noviembre, 121/1984, de 12 de diciembre, y 38/1995, de 13 de febrero.

También ha considerado el TC que no se vulnera el principio de igualdad por estar ante situaciones jurídicas diversas en referencia a la distinta regulación entre las contingencias comunes y profesionales. Al analizar si vulneraba el principio de igualdad que se exija periodo mínimo de cotización para percibir una pensión de incapacidad permanente derivada de accidente no laboral (que en realidad era reputado como accidente de trabajo) en el Régimen Especial de Empleados de Hogar, la STC 268/1993, de 20 de septiembre, afirmaba que "no hay que olvidar que nos venimos refiriendo a los requisitos para una prestación de incapacidad permanente en su modalidad contributiva, tal como ha quedado configurado todo el Sistema tras la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de prestaciones no contributivas, al introducir éstas y, justamente, la de invalidez permanente en su modalidad no contributiva, cuyo devengo puede corresponder a la actora y respecto de la cual ninguna exigencia de cotización previa existe. Si se trata, por tanto, de una prestación contributiva, nada de extraño tiene que en su nacimiento, contenido o características influya, más o menos decisivamente, el historial asegurador como cotizante del beneficiario, esto es, que el nacimiento del derecho y/o la cuantía de la prestación esté en función de la existencia e importe de las

cotizaciones previas. Al respecto, no puede silenciarse el dato de que en el Régimen Especial para el Servicio Doméstico no hay cotización por accidentes de trabajo, a diferencia del Régimen General. Mientras en éste a la base de cotización se aplica unos porcentajes para contingencias comunes, distribuyéndose la obligación de cotizar entre empleador y empleado, y otros para contingencias profesionales exclusivamente a cargo del empresario, en la forma detallada que regula la compleja normativa al respecto, en el Régimen para el Servicio Doméstico a la base de cotización se aplica un único porcentaje, inferior al Régimen General, sin que existan previsiones normativas semejantes a las que en el Régimen General existen para cotización por accidentes de trabajo. En estos términos, la falta de esa cotización adicional por accidentes de trabajo no es causa irrazonable ni desproporcionada para que en el Régimen Especial que se examina la prestación de invalidez en su modalidad contributiva se haga depender de un período previo de cotización"[741].

Esta inveterada interpretación del Tribunal Constitucional puede resultar bastante discutible[742], pues ya la LBSS preveía la desaparición de las contingencias, trasladando el centro de gravedad del sistema protector hacia las situaciones de necesidad (apartado I.6 del Preámbulo), si bien el art. 41 CE es mucho más claro aun al respecto, de manera que podría no tener sentido otorgar prestaciones a un trabajador incapacitado en un accidente de trabajo superiores a las que percibirá aquel otro, igualmente incapacitado pero por enfermedad común, cuando la situación de necesidad es la misma. El TC adopta aquí una posición muy conservadora respecto a los mecanismos contributivos del área profesional/contributiva del sistema de Seguridad Social: si hay una cotización adicional por contingencias profesionales no vulnera el principio de igualdad que se otorgue una protección superior por dichas contingencias, es decir, las contingencias comunes y las profesionales responden a supuestos diversos y no son comparables.

Mi opinión personal es que la posición del Tribunal Constitucional respecto a las diferencias en materia de protección en función de que la contingencia sea común o profesional proviene de esa autocontención a que hacíamos referencia anteriormente, que le impide suplir la función del poder legislativo convirtiéndose en una tercera cámara. Esto es especialmente importante en materia de Seguridad Social, donde hay que guardar un delicado equilibrio financiero que garantice la pervivencia del sistema, el cual podría resultar violentado como consecuencia de decisiones

[741] Criterio reiterado en la sentencia 377/1993, de 20 de diciembre.

[742] PUMAR BELTRÁN, N. *La igualdad ante la Ley en el ámbito de la Seguridad Social* cit., pág. 171.

singulares del Tribunal Constitucional. A ello añadiría un argumento más. El Tribunal Constitucional tiene declarado que cuando una norma otorga determinados derechos a un colectivo que puedan considerarse discriminatorios con respecto a otro, la restauración del principio de igualdad no puede hacerse suprimiendo aquellos derechos, sino que debe hacerse ampliándolos al colectivo discriminado[743]. Por tanto, si el Tribunal Constitucional admitiera que la mayor protección de los riesgos profesionales frente a los comunes vulnera el principio de igualdad, la restauración de éste debería hacerla al alza, es decir, otorgando a las contingencias comunes la misma protección que por contingencias profesionales, con el consiguiente impacto financiero sobre el sistema de Seguridad Social.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo enjuició el caso de una solicitante española de pensión de viudedad que había contraído matrimonio solamente por el rito gitano. El caso es que la misma había actuado de buena fe creyendo que su matrimonio era válido a efectos civiles, pues el propio Estado español le había reconocido el estatus de familia numerosa, así como la asistencia sanitaria como beneficiaria del presunto marido. El problema surgió cuando falleció éste, pues el INSS le denegó la pensión de viudedad por no haber contraído matrimonio por ninguna de las formas reconocidas por el ordenamiento jurídico español. El TEDH tuvo en consideración otros casos en que, faltando algún requisito legal del matrimonio, se había reconocido eficacia jurídica a la buena fe de los contrayentes a efectos de percibir la pensión de viudedad, como el caso del matrimonio nulo habiendo los contrayentes actuado de buena fe (art. 174.2, párrafo 2º[744], LGSS) o el caso de matrimonios religiosos no inscritos en el Registro Civil (STC 199/2004, de 15 de noviembre). Pues bien, el TEDH consideró que los casos traídos como término de comparación eran equiparables y que, por tanto, privar de pensión de viudedad a una solicitante casada solamente por el rito gitano que de buena fe había venido considerando válido a efectos civiles dicho matrimonio supone un trato desigual con respecto a otros supuestos en que sí se reconoció pensión de viudedad pese a que el matrimonio entre el causante y el solicitante no cumplía los requisitos legales (sentencia de 8-12-2009, Muñoz Díaz v. Spain, application 49151/07)[745].

[743] SSTC 81/1982, de 21 de diciembre, y 68/1991, de 8 de abril.

[744] Actualmente párrafo 3º.

[745] Aunque el TEDH, en el fundamento 65º, habla de "disproportionate difference in treatment in relation to the treatment of marriages that are believed in good faith to exist", entiendo que ello no debe llevarnos a pensar que el tribunal está aplicando la regla del resultado desproporcionadamente gravoso, pues previamente deja claro que la *ratio decidendi* se encuentra en que "the Court takes the view that the refusal to recognise the applicant's entitlement to a survivor's pension constituted a *difference in treatment*

Por otra parte, avanzando en los criterios que configuran el juicio de igualdad, ya vimos en su momento que no basta con que las situaciones jurídicas sean diversas, sino que, para no vulnerar el principio de igualdad, es necesario además que la distinción introducida por el legislador no sea irrazonable ni desproporcionada.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional enjuició el requisito exigido por el art. 41.2 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, que exigía que el adoptante hubiera sobrevivido dos años a la adopción para que el huérfano adoptado pudiera percibir la pensión de orfandad. Tal requisito, que no se exigía para los hijos por naturaleza, se había defendido alegando que se trataba de una prevención contra el fraude, es decir, que tenía por objeto evitar adopciones de conveniencia con el único objeto de generar una pensión de orfandad. El Tribunal Constitucional estimó en su sentencia 200/2001, de 4 de octubre, que "la desigualdad creada por la norma, ni era razonable, ni proporcionada al fin perseguido por la misma, de modo que tal diferencia debía considerarse contraria al art. 14 CE. Se dijo al respecto en la mencionada Sentencia, y procede reiterar en este momento, que tal cautela frente al fraude de Ley resultaba claramente desproporcionada, pues «con el fin de evitar un posible fraude se priva de pensión a todos aquellos hijos adoptados que hayan quedado huérfanos en este período. Fraude, por otra parte que, al menos de modo generalizado, tampoco puede producirse, ya que para que se realice es preciso que muera el adoptante; suceso que, en la gran mayoría de los casos, es imprevisible, e incluso, en el supuesto de que fuera realmente previsible, tampoco podría considerarse que la adopción realizada fuera necesariamente fraudulenta». Razonamiento al que se añadía que esta forma de proceder del legislador no resultaba tampoco razonable, ya que «además de presumir que se ha actuado en fraude de Ley, [se] establece una presunción sin posibilidad de prueba en contrario, lo que no sólo supone invertir el principio de que generalmente los derechos se ejercen conforme a la exigencia de la buena fe, sino que se está desconociendo la exigencia constitucional de dar protección a la familia y a los hijos (art. 39.1 y 2 CE)» (F. 2)".

Asimismo, en relación a la fijación de una edad para la jubilación forzosa, la STC 22/1981, de 2 de julio, ya afirmaba que "para que el tratamiento desigual que la jubilación forzosa supone resulte justificado no basta con que sirva a la consecución de un fin constitucionalmente lícito: es preciso, además, que con ello no se lesione desproporcionadamente un bien

in relation to the treatment afforded, by statute or case-law, to other situations *that must be considered equivalent* in terms of the effects of good faith" [la cursiva es mía].

que se halla constitucionalmente garantizado [el derecho al trabajo]". En dicha sentencia el TC considera inconstitucional la fijación de una edad general, forzosa e incondicionada para la jubilación, pero acepta la jubilación forzosa en el ámbito de políticas orientadas hacia el pleno empleo, es decir, que impongan una jubilación forzosa a cambio de incorporar al mercado de trabajo a los trabajadores jóvenes en una suerte de relevo generacional. Este planteamiento ha sido sancionado por el TJCE en su sentencia de 16-10-2007 (asunto c-411/05, caso Félix Palacios de la Villa contra Cortefiel Servicios, S.A.), en la que afirma que dicha medida, pese a basarse en la edad, está justificada objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo.

Otro ejemplo de estos resultados desproporcionadamente gravosos lo encontramos en los trabajadores a tiempo parcial, para quienes se computan las cotizaciones en proporción al tiempo de trabajo a efectos del cálculo de la cuantía de la prestación y, de acuerdo con la legislación anterior a la actual (art. 12.4 de Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción original del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 marzo[746]), también a efectos de reunir el periodo mínimo de cotización. Respecto a lo primero existe unanimidad doctrinal y jurisprudencial en que la aplicación estricta de la regla de la proporcionalidad es equitativa, pues "el desconocimiento de este principio conduciría a dar un tratamiento idéntico a trabajadores a tiempo parcial y a trabajadores a tiempo completo", lo que "conculcaría el principio de igualdad al tratarse de forma igual realidades diversas"[747]. Esta misma posición ha sido mantenida por el propio TC en la sentencia 253/2004 de 22 de diciembre, en la que afirma que "no resulta contrario al art. 14 CE, en aras al principio contributivo, que el trabajo a tiempo parcial conlleve una pensión de cuantía proporcionalmente inferior a la de un trabajador a tiempo completo. En la medida en que el contrato a tiempo parcial supone un esfuerzo contributivo menor (como consecuencia del inferior salario percibido) que en el caso del contrato a jornada completa, es razonable y proporcionado que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de las cotizaciones efectivamente realizadas, lo cual determinará una prestación más reducida que si todo el tiempo trabajado (y cotizado) lo hubiera sido a tiempo completo, al resultar la

[746] BOE de 29 de marzo de 1995, número 75.

[747] MORALES ORTEGA, J. M. Las consecuencias del principio de proporcionalidad en la protección social de los trabajadores a tiempo parcial. En *Actualidad Laboral*, La Ley, Madrid, 2001, nº 1, págs. 2 y 19. En idénticos términos LUQUE PARRA, M. Contrato a tiempo parcial y pensión de jubilación: la "doble proporcionalidad" y el cómputo del "día cotizado" como criterios que distorsionan la lógica incentivadora de esta modalidad contractual. En *Relaciones Laborales*, 1998, Vol. II, pág. 290.

cuantía de la prestación de la aplicación de un determinado porcentaje sobre la base reguladora".

Sin embargo, el TC alcanza una conclusión muy distinta respecto del cómputo de las cotizaciones en proporción al tiempo de trabajo para reunir el periodo de carencia a efectos de lucrar una prestación, pues entiende que "la aplicación del criterio de proporcionalidad estricta a los contratos a tiempo parcial a efectos del cómputo de los períodos de carencia necesarios para causar derecho a las prestaciones conduce a un resultado claramente desproporcionado, pues dificulta injustificadamente el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a la protección social, al exigir a estos trabajadores unos períodos de actividad más extensos para reunir el requisito de carencia. De este modo no sólo se obtiene una pensión de cuantía inferior cuando en la vida laboral existen períodos de trabajo a tiempo parcial (lo cual, se insiste, es constitucionalmente legítimo por responder al menor esfuerzo contributivo realizado), sino que se dificulta el acceso mismo a la prestación, al exigir un mayor número de días trabajados para acreditar el período de carencia requerido en cada caso, lo que resulta especialmente gravoso o desmedido en el caso de trabajadores con extensos lapsos de vida laboral en situación de contrato a tiempo parcial y en relación con las prestaciones que exigen períodos de cotización elevados, como sucede con la prestación de invalidez que se discute en el proceso de origen de la presente cuestión".

Por el contrario, el Tribunal Constitucional considera que limitar la edad para revisar el grado de invalidez a los 65 años (art. 143.2 LGSS) no supone infringir el principio de igualdad, pues no son equiparables la situación del trabajador antes y después de los 65 años, "y es que resulta constatable la existencia de un patrón normativo diferenciado para activos y jubilados, que elimina toda sospecha de manipulación legislativa artificiosa o selectiva en el interior de un grupo homogéneo, porque la identidad de situaciones y de fundamentos de la cobertura no existe de partida en modo alguno. La diferente regulación que se cuestiona, en suma, no se ha articulado arbitrariamente a partir de categorías de personas o grupos de las mismas, sino en atención exclusivamente a la mencionada heterogeneidad de posiciones jurídicas, operándose en función de un elemento objetivo (…) Así las cosas, subrayando que «en materia de Seguridad Social puede la edad suponer un criterio de distinción que responda a razones objetivas y razonables» (STC 184/1993, de 31 de mayo, FJ 3) y admitiendo la viabilidad de la fijación de una concreta edad como límite para los derechos de los beneficiarios «probablemente atendiendo a condicionamientos financieros» (STC 137/1987, de 22 de julio, FJ 3), hemos de concluir que el doble y diferenciado marco legal de protección

para la vejez y la invalidez obedece a criterios objetivos y razonables, según criterios de valor generalmente aceptados, sin que las consecuencias que derivan de esa diferenciación produzcan resultados desproporcionados a la vista de la finalidad perseguida".

Finalmente, creo que un ejemplo del criterio de la proporcionalidad podríamos encontrarlo en la disposición adicional 3ª de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas de Seguridad Social[748]. Me refiero concretamente a los supuestos en que se solicita la pensión de viudedad por quien alega haber convivido como pareja de hecho con el causante durante muchos años, habiendo fallecido éste antes de la entrada en vigor de la mencionada ley. Uno de los requisitos que la DA 3ª exige para el reconocimiento retroactivo de la pensión de viudedad al conviviente *more uxorio* es la existencia de hijos comunes con el causante. Este requisito supone una distinción con respecto a las parejas de hecho en que el causante haya fallecido después de la entrada en vigor de la Ley 40/2007 (art. 174.3 LGSS), lo que probablemente responda a un fin constitucionalmente legítimo (por ejemplo la seguridad jurídica), pero puede resultar desproporcionado por cuanto hay parejas que no han tenido hijos por imposibilidad física probada, eso sin mencionar el caso de las parejas del mismo sexo para quienes de partida la única posibilidad de tener hijos en común es la adopción. A estas parejas se les priva de la pensión de viudedad por causas ajenas totalmente a su voluntad (no haber tenido hijos) y con el agravante de que dicha prestación responde a una situación de necesidad del conviviente supérstite, no de los hijos, para quienes el sistema contempla la pensión de orfandad. Por tanto, quizá en el futuro pueda plantearse un pronunciamiento del TC sobre este concreto requisito.

En relación a la discriminación, también podemos citar algunos pronunciamientos interesantes del Tribunal Constitucional en materia de Seguridad Social. En primer lugar, como vimos en su momento, frente a construcciones doctrinales más elaboradas, el TC considera que toda diferencia de trato que resulte arbitraria o irrazonable debe reputarse discriminatoria y, de hecho, en la STC 22/2010, de 27 de abril (cuestión de inconstitucionalidad 176/2006), declaró que el art 174.3 LGSS, en la redacción anterior a la Ley 40/2007, era discriminatorio en tanto que establecía que la pensión de viudedad de los beneficiarios separados o divorciados del causante se extinguiría en caso de convivencia marital con otra persona (art. 101 CC). Dicha causa de extinción no se contemplaba para los beneficiarios que no se hubiesen separado o divorciado del

[748] BOE de 5 de diciembre de 2007, número 291.

causante, razón por la que entendió el TC que "la diferencia de trato que se introduce por la norma cuestionada entre unas y otras personas que estuvieron unidas con el causante por un vínculo conyugal no obedece a ninguna razón relacionada con la propia esencia o fundamento actual de la pensión de viudedad, sino que corresponde a causas totalmente ajenas, que no son otras sino el distinto estado civil derivado de la relación que mantenía con el causante la persona que tiene la condición de titular de la misma, factor éste de diferenciación que, al margen de no reunir la cualidad de elemento razonable y constitucionalmente exigible para descartar la discriminación ante supuestos de hecho que reciben diferente trato legal, conlleva, en última instancia, una directa vulneración del art. 14 CE, y en particular de la prohibición de discriminación en función de "cualquier otra condición o circunstancia personal o social" a la que aquel precepto se refiere".

También existen pronunciamientos del TC en relación a la discriminación indirecta. Ésta puede darse no sólo respecto de normas formalmente neutras, sino también respecto de interpretaciones normativas formalmente neutras, que, sin embargo ocasionen un impacto adverso sobre un colectivo determinado por alguna de las causas de discriminación del art. 14 CE. Por ejemplo, este caso se dio en el ámbito de la Seguridad Social respecto de la interpretación del art. 17.2 de la Orden de 13 de febrero de 1967, que establece que el porcentaje de la pensión de orfandad se incrementará con el porcentaje correspondiente a la pensión de viudedad "cuando a la muerte del causante no quede cónyuge sobreviviente o cuando el cónyuge sobreviviente con derecho a pensión de viudedad falleciese estando en el disfrute de la misma". Este precepto fue interpretado por el TS en el sentido de que los hijos extramatrimoniales no tendrían derecho a beneficiarse de dicho incremento, pues, aunque el progenitor supérstite no tendría derecho a pensión de viudedad por no existir vínculo matrimonial, el mencionado incremento es aplicable sólo en caso de huérfanos absolutos (STS de 10 de julio de 1995, rec. nº 3289/1994). El TS incluso justificaba que su interpretación no vulneraba el principio de igualdad alegando que "no se produce con la interpretación que se hace del artículo 17.2 una discriminación en contra del hijo extramatrimonial, en cuanto el menoscabo patrimonial sufrido por quien se encuentra en situación de orfandad absoluta derivada de la pérdida de ingresos con que el causante hacía frente al cumplimiento de las obligaciones familiares, no es el mismo que el sobrevenido cuando pervive la madre soltera, a quien incumben -artículo 154.1º del Código Civil- entre otras, las obligaciones de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, educarlos y procurarles una formación integral".

Sin embargo, el TC, en su sentencia 154/2006, de 22 de mayo, consideraba que dicha argumentación encerraba una discriminación indirecta, sobre la base de los siguientes argumentos, que, por su interés, reproducimos extensamente:

> "La perspectiva atendida por la Sentencia que se impugna en amparo no toma en consideración el impacto indirecto o reflejo que tiene la cuestión suscitada en las necesidades de la familia del hijo extramatrimonial afectado. Téngase en cuenta que en esa unidad familiar el progenitor vivo ni percibe la prestación de viudedad ni la indemnización a tanto alzado, por inexistencia de vínculo matrimonial con el causante, y que, si bien las prestaciones de muerte y supervivencia no sustituyen a la obligación alimenticia del progenitor superviviente, sin duda pueden favorecer la satisfacción de las necesidades del hijo, por lo que, al margen de cuáles sean los criterios de valoración propios de la acción protectora de la Seguridad Social, no cabe hacer total abstracción de ese elemento y de la repercusión que el fallecimiento tiene en las necesidades de la familia. Por otra parte, el propio incremento analizado apuntaría una vocación de compensación a los huérfanos por equivalencia a las prestaciones que percibiría la familia de existir un progenitor vivo. Todo ello abunda en la necesidad de procurar una equiparación de derechos que satisfaga las necesidades de los hijos extramatrimoniales en idéntica medida que para los matrimoniales, pues aquéllos no deben sufrir una peor situación económica familiar por el hecho de que sus padres no contrajeran matrimonio. Ya hemos dicho que directamente conectado con el principio constitucional de no discriminación por razón de filiación, se encuentra el mandato constitucional recogido en el artículo 39, apartados 2 y 3 CE, que obliga a los poderes públicos a asegurar «la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación» (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4), y a los padres a «prestar asistencia en todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio», de forma que toda opción legislativa de protección de los hijos que quebrante por sus contenidos esa unidad -lo mismo que aquellas interpretaciones de la regulación legal que la determinen- ocasionan una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el artículo 14 CE. En contra de esa exigencia constitucional, la interpretación que realiza la resolución impugnada, formalmente neutra, discrimina de modo indirecto a los hijos extramatrimoniales (artículo 14 en relación con los artículos 39 y 41 CE): el artículo 39.3 CE, cuyo texto refleja una directa conexión con el artículo 14 CE, impone a los padres el deber de «prestar asistencia

de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio» y, sin embargo, con aquella interpretación, las realidades familiares extramatrimoniales estarían en peores condiciones para prestar tal asistencia a unos «hijos habidos fuera del matrimonio», es decir, éstos, en el terreno de dicha asistencia, serían de peor condición que los hijos matrimoniales."

La interpretación del TC compara dos supuestos puros, a saber: hijo matrimonial y cónyuge supérstite con derecho a pensión de viudedad e hijo extramatrimonial con progenitor supérstite sin derecho a pensión de viudedad. El TC considera que, al negarle el incremento de la pensión de viudedad a este último, se le discrimina respecto del hijo matrimonial, pues los ingresos de esa unidad familiar sufren una merma mayor. El problema surge cuando en la variada casuística real aparecen los supuestos intermedios, como el hijo matrimonial con excónyuge supérstite sin derecho a pensión de viudedad (por ejemplo, por haber contraído nuevamente matrimonio). En tal caso, entiendo que de acuerdo con la interpretación del TC también habría que otorgar el incremento de la pensión de viudedad, porque, aunque el hijo es matrimonial, se le está haciendo de peor condición que el hijo extramatrimonial, o que el hijo matrimonial cuyos padres no están divorciados, lo que contravendría el mandato de protección integral de los hijos, en este caso no con independencia de su filiación, sino con independencia del estado civil de sus padres.

Otro supuesto de Seguridad Social en que el TC aplicó el principio de interdicción de la discriminación indirecta fue el de los trabajadores a tiempo parcial. En la STC 253/2004, de 22 de diciembre, ya mencionada al hablar del criterio de la proporcionalidad, se señalaba que suponía una discriminación indirecta la norma contenida en la redacción original del art. 12.4 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en cuanto ordenaba el cómputo de las cotizaciones en proporción al tiempo de trabajo a efectos de reunir el periodo de carencia de las prestaciones. Concretamente, el TC argumentaba que la mayor dificultad para acceder a las prestaciones por parte de los trabajadores a tiempo parcial suponía una discriminación indirecta para las mujeres al representar éstas el 81,94 por cien de los trabajadores a tiempo parcial.

De lo anteriormente dicho se deduce, como ya adelantamos más arriba, que la persona que alegue la discriminación indirecta puede utilizar como apoyo de su pretensión la información estadística que revele que una norma formalmente neutra perjudica a un colectivo que está integrado

mayoritariamente por alguno de los grupos que han sido objeto tradicionalmente de las causas de discriminación contempladas en el art. 14 CE[749]. De hecho, este argumento permite a algunos autores defender que pervive una discriminación indirecta por razón de sexo en el Régimen Especial de Empleados de Hogar, integrado mayoritariamente por mujeres, debido al inferior nivel de protección que el mismo contempla[750].

También algún autor ha apuntado lo que supondría una discriminación indirecta por la exigencia a los extranjeros de determinados requisitos formalmente neutros pero que son incompatibles con la idiosincrasia del inmigrante. Concretamente se daría este caso respecto al requisito que se exige para acceder a algunas prestaciones (desempleo, protección familiar) de tener familiares a cargo, interpretado en el sentido de que los mismos convivan con el trabajador, lo que a menudo no ocurre respecto de los inmigrantes[751]. A tal efecto, el Tribunal Supremo se ha encargado de flexibilizar dicho requisito en relación al subsidio asistencial por desempleo aplicando el Convenio 157 de la OIT sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social de 1982. Concretamente, la STS de 3-5-2000 (rec. nº 331/1999)[752] ha señalado que "esta dicción legal "tener a cargo", que no ha sido objeto de interpretación auténtica, debe interpretarse en sentido gramatical como "expresión que indica la relación de una persona o cosa con la persona que tiene la obligación de cuidarla o atenderla", tal como la define un Diccionario de Uso del Español. Se trata simplemente de que los familiares sean sostenidos económicamente por el beneficiario, aun cuando no vivan bajo el mismo techo que éste, situación que, por lo demás, es harto frecuente en el caso de los trabajadores migrantes, lo que supone una carga adicional a su condición de tales. Y no es pensable que el legislador haya simplemente olvidado consignar el requisito de la convivencia, sino que su intención ha sido prescindir de una condición cuya exigencia constituiría un mero obstáculo formal a la concesión del subsidio, pues la finalidad de éste no es en ningún caso fomentar la convivencia, muchas veces imposible de hecho, sino proveer a

[749] RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. Discriminación por razón de sexo y embarazo de la trabajadora. En *Relaciones Laborales*, 1991, vol. I, pág. 5. También, STC 240/1999, de 20 de diciembre.

[750] MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. La reforma del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar cit., pág. LN-5, LANDA ZAPIRAIN, J. P. Presente y futuro de la regulación comunitaria sobre la igualdad de trato por razón de sexo: su significación para el Derecho español de la Seguridad Social cit., pág. 688, y GUERRERO PADRÓN, T. Directivas comunitarias sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y Seguridad Social cit., pág. 67.

[751] SOLÀ MONELS, X. Derechos de los extranjeros extracomunitarios en materia de Seguridad Social: el principio de igualdad de trato y sus límites cit., pág. 73.

[752] Reiterando otra anterior de 11-4-2000 (rec. nº 2770/1999).

la subsistencia de personas con nulos o escasísimos recursos económicos. La eliminación de la convivencia como requisito necesario para lucrar la prestación de la que aquí se trata resulta también del art. 1.g) del Convenio número 157 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) sobre el "Establecimiento de un Sistema Internacional para la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social" de fecha 21 de Junio de 1982, que forma ya parte de nuestro ordenamiento interno (art. 96.1 de la Constitución española), por cuanto fue ratificado por España el día 26 de Julio de 1985, después de publicado el Real Decreto 625/1985. Establece el precepto citado que «la expresión "miembros de la familia" designa a las personas definidas o reconocidas como tales o como miembros del hogar por la legislación en virtud de la cual se conceden las prestaciones, según el caso, o las personas que determinen los Miembros interesados de común acuerdo; no obstante, cuando la legislación pertinente defina o reconozca como miembros de la familia o miembros del hogar únicamente a las personas que vivan bajo el mismo techo que el interesado, se reputará cumplido este requisito cuando las personas de que se trate estén principalmente a cargo del interesado»".

La flexibilización del requisito de la convivencia es más difícil sin embargo para las prestaciones familiares y no creo que pueda llevarse a cabo por el TS, sino que tendrá que hacerse por el TC. El art. 9 del Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social[753], afirma que el hijo o menor acogido "se considerará a cargo cuando conviva y dependa económicamente del beneficiario", pero esta exigencia trae causa del art. 182 LGSS, que exige que tanto el beneficiario como el hijo o menor acogido residan en España, lo que, como anteriormente señalábamos, resulta contrario en muchos casos a la idiosincrasia de los trabajadores inmigrantes. No obstante, en este caso, a diferencia de lo que ocurría con el subsidio asistencial por desempleo, se trata de una exigencia consagrada en una Ley, por lo que debiera ser el TC quien declarase si contiene una discriminación o no.

Finalmente, también en materia de Seguridad Social se han dado supuestos de discriminación positiva. Concretamente, la STC 137/1987, de 22 de julio, ha afirmado respecto al incremento del 20 por cien de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente total (art. 139.2, párrafo 2º, LGSS) que el mismo atiende "no sólo a la capacidad física residual (la tenida en cuenta para determinar el grado de invalidez permanente total para la profesión habitual), sino también a otros factores

[753] BOE de 22 de noviembre de 2005, número 279.

que, añadidos a aquélla, entrañan una mayor dificultad real en la posibilidad de iniciar una nueva actividad laboral. Y para compensar esa mayor dificultad en la «capacidad de ganancia», se señalan en el citado precepto unas circunstancias (edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia) que, por derivarse de ellas la presunción de esa mayor dificultad, ha tenido en cuenta el legislador para el otorgamiento del incremento de pensión. Prescribir estas circunstancias no es, en modo alguno, discriminar a quienes no las tengan, sino compensar a quienes las padecen para que su situación de capacidad laboral se aproxime a la de aquéllos. No hay, pues, infracción del principio de igualdad en la Ley, por lo establecido en el citado precepto, sino que la finalidad del mismo responde y respeta dicho principio".

También en materia de discriminación conviene señalar las reformas operadas por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que en su art. 13 impone jurídicamente la inversión de la carga de la prueba cuando se alegue discriminación por razón de sexo. Como vimos en su momento, hasta la fecha, el Tribunal Constitucional venía exigiendo un enjuiciamiento más riguroso de la justificación aportada por quien hubiese introducido la distinción presuntamente discriminatoria, pero no se podía hablar de inversión de la carga de la prueba propiamente. El art. 13 de la LO 3/2007, sin embargo, da un paso más en la línea de la Directiva 97/80/CE, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, y recoge que "de acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad". Asimismo, y en la misma dirección, las disposiciones adicionales quinta y sexta modifican al efecto los arts. 217 y 60 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa respectivamente. En el ámbito laboral, el art. 105 de la Ley de Procedimiento Laboral ya recogía que en los procesos de despido corresponde al demandado (empresario) exponer antes sus posiciones y la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo. Es decir, que ya existía la inversión de la carga de la prueba. La novedad introducida por la LO 3/2007 consiste en ampliar los supuestos en que se califica el despido como nulo para evitar que los derechos reconocidos en relación a la maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural deriven en el despido del trabajador/a (disposición adicional decimotercera).

Por último, al hilo de la LO 3/2007, como ya dije anteriormente, la creación de prestaciones que tienen por objeto fomentar la conciliación de la vida laboral y familiar no supone una aplicación directa del principio de igualdad en materia de Seguridad Social. Supone más bien utilizar una prestación de Seguridad Social como instrumento para fomentar la igualdad en el ámbito laboral y, probablemente también, en el familiar. No obstante, hacíamos referencia en la introducción de este capítulo a la diferencia de trato entre los padres biológicos y los padres adoptantes, ya que para aquéllos la maternidad es un permiso/prestación derivado de la madre, mientras que para éstos tiene autonomía propia y no se supedita su disfrute a que la madre sea titular del derecho al mismo. La LO 3/2007 mitiga esta distinción parcialmente al crear el permiso/prestación de paternidad, con autonomía plena respecto de la madre, y además da cumplimiento así a la Directiva 96/34/CE, de 3 de junio de 1996[754], sobre el permiso parental[755]. No se alcanza una equiparación plena por la importante diferencia en cuanto a la duración entre el permiso de paternidad y el de maternidad, pero al menos se da un paso en la dirección correcta.

[754] DOCE de 19 de junio de 1996, número L 145.

[755] CASTELLANO BURGUILLO, E. Funciones y alcance de las normas sobre conciliación de la vida laboral y familiar. En *Temas Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, nº 91, 2007, pág. 221, y ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. Las modificaciones operadas por la ley de igualdad en el campo de la Seguridad Social cit., pág. 1114.

CONCLUSIONES

Primera. El sistema español de Seguridad Social responde a un modelo mixto, es decir, que se compone de dos áreas que actúan según mecanismos diferentes de funcionamiento: a una de ellas la hemos denominado área profesional/contributiva, porque responde a los mecanismos tradicionales del modelo contributivo de Seguridad Social, en el sentido de que protege a los trabajadores y sus familias y se financia mediante cotizaciones; al otro área la hemos denominado universal/asistencial, y actúa según los mecanismos propios del modelo tradicional de Seguridad Social asistencial, es decir, que protege a todos los ciudadanos y se financia mediante impuestos. No obstante, al igual que nuestro sistema de Seguridad Social responde a un modelo mixto, como la mayoría de los sistemas de nuestro entorno, incluso dentro de cada área de protección no se mantienen los modelos puros, pues a veces en el área profesional/contributiva para acceder a las prestaciones no se exige ser trabajador pero sí cumplir un periodo mínimo de cotización o viceversa, o incluso se exige demostrar la situación de necesidad consistente en la carencia de rentas. Por eso hemos utilizado la denominación profesional/asistencial y universal/contributiva, con el doble objeto de distinguir estas áreas de los modelos tradicionales de Seguridad Social en primer lugar y, en segundo lugar, con la finalidad de dejar claro que en el área profesional/contributiva, por ejemplo, pueden aplicarse los mecanismos profesional o contributivo o ambos a la vez.

Segunda. El área profesional/contributiva tiene más peso y fue la primera en existir. Nació como consecuencia de una serie de circunstancias infraestructurales durante la industrialización de finales del siglo XIX y principios del siglo XX. La Revolución Industrial demandaba gran cantidad de mano de obra, lo que atraía a numerosos trabajadores del campo en busca de unas mejores condiciones de vida. Esos trabajadores no eran propietarios de los medios de producción, sino que dependían de un salario para subsistir. La pérdida del salario por vejez, enfermedad, desempleo o fallecimiento provocaba serias dificultades económicas que llegaban a abocar a la indigencia. Los esfuerzos para proveer a su propio futuro por parte de los trabajadores resultaban fútiles, pues los ingresos se empleaban íntegramente en sobrevivir o, en su caso, acceder a unas mejores condiciones de vida. Pero incluso aquellos que establecieron provisiones de futuro se vieron inermes ante el desastre de una crisis económica, tal como ocurrió en Estados Unidos en 1929.

Ante esta situación la propia industrialización había generado la riqueza necesaria para implantar una solución consistente en establecer un sistema de previsión social que otorgase a los trabajadores una renta sustitutiva del salario ante las aludidas contingencias de vejez, invalidez, desempleo y fallecimiento.

En este proceso coadyuvaron determinadas corrientes ideológicas nacidas de la situación socio-política reinante, las cuales propugnaban un fortalecimiento del Estado para establecer un equilibrio entre las legítimas aspiraciones lucrativas de los empresarios y la mejora de las condiciones de vida de los trabajadores y sus familias. Para convencer a los gobernantes de la necesidad de implantar este nuevo modelo de Estado, el Estado social, intervinieron múltiples factores generados por el deterioro social que la dependencia del salario provocaba, pero entre los que cabe destacar dos, a saber: la conflictividad social ante las precarias condiciones de vida de los trabajadores, y la aparición de movimientos ideológicos extremistas que propugnaban la desaparición del Estado y del capital, como el marxismo o el anarquismo. Así comienza la implantación de la Seguridad Social en diversos países a lo largo de un ciclo de unos cuarenta años.

De acuerdo con el modo de razonar del materialismo cultural, ese proceso que se ha ido generando desde la base infraestructural debe culminar en la implantación de unas ideas en la cúspide superestructural. Traducido al materialismo jurídico, en la superestructura se implantan unos principios jurídicos que han de informar las nuevas estructuras políticas y jurídicas. Concretamente, ese principio jurídico en el caso de la Seguridad Social fue el principio de solidaridad, consistente en considerar a todos los miembros del cuerpo social como unidos e interdependientes entre sí. De esta manera, lo que a uno pase no puede dejar indiferente al resto y por ello constituyen entre los trabajadores y los empresarios una mutualidad a la que aportan los fondos necesarios para proteger a aquellos de sus miembros que se vean inmersos en alguna de las contingencias que provocan la pérdida del salario y generan, por tanto, una situación de necesidad. De esta manera aparece el principio de necesidad como reverso del principio de solidaridad, es decir, como orientador de la manera en que esa mutualidad debe responder a las contingencias que puedan sufrir sus miembros, dirigiendo sus esfuerzos a quienes se encuentran en una situación de quebranto económico y, dentro de éstos, a los más débiles económicamente. A través de los principios de solidaridad y de necesidad la Seguridad Social puede cumplir con sus funciones más importantes, que son la redistribución económica y la integración social. El principio de solidaridad se correspondería así con la función integradora, ya que aquél consiste en la interdependencia establecida entre los miembros de la

mutualidad de trabajadores y empresarios. Por su parte, el principio de necesidad se corresponde con la función redistributiva, ya que consiste en el criterio de reparto de unos recursos limitados atendiendo a las situaciones de necesidad y, entre éstas, a las más graves. No obstante, ésta es una distinción puramente teórica porque en la práctica funcionan de una manera indisoluble.

En el área profesional/contributiva la necesidad generalmente es presunta, es decir, se da cuando acontece alguna de las contingencias previstas legalmente, ya que se prevé que, debido a la dependencia salarial, dichas contingencias generarán una situación de necesidad económica. No obstante, ésta debe ser probada algunas veces, como ocurre con el complemento por mínimos.

Los principios de solidaridad y de necesidad se configuran así como principios estructurales de todo sistema de Seguridad Social, independientemente del modelo que siga, es decir, están intrínsecamente unidos al propio concepto de Seguridad Social. En nuestro ordenamiento jurídico concretamente el principio de solidaridad aparece enunciado en el art. 2 LGSS y el principio de necesidad en el art. 41 CE.

Tercera. El otro área de protección de nuestro sistema de Seguridad Social es el universal/asistencial. Surge con posterioridad al profesional/contributivo, fruto de la evolución de las condiciones infraestructurales que provocaron el alumbramiento de éste. El nuevo sistema económico genera precariedad en el empleo, con incorporación tardía al mercado de trabajo, numerosos cambios de empresa, periodos de desempleo y salida prematura del mercado de trabajo. Todo ello hace que gran número de trabajadores no puedan cumplir con las exigencias actuariales del área profesional/contributiva para obtener su protección. Por otra parte, en la sociedad ha enraizado la idea de la solidaridad y del Estado social, es decir, que debe ser el Estado quien organice los medios de protección de quienes se encuentren en la situación antedicha. Se produce así lo que en su momento denominé "efecto retorno de las ideas", es decir, que, aunque éstas surgen al rebufo de una determinada situación infraestructural, o coadyuvando a la misma, llegan a enraizar en el inconsciente colectivo hasta el punto de que por sí mismas pueden generar procesos de reforma, bien entendido que ello sólo será posible mientras resulten compatibles con las condiciones infraestructurales en que se desenvuelvan. Este "efecto retorno de las ideas" ocurrió en Europa pero no en EE UU, por lo que la dependencia psicológica de los ciudadanos respecto del Estado es mucho mayor en el Viejo Continente que en EE UU. En definitiva, por la combinación de factores infraestructurales y

superestructurales en España se decide implantar un sistema de protección social para todos los ciudadanos.

El principio de universalidad, enunciado en los arts. 41 CE y en el art. 2 LGSS, no es de este modo más que una forma de avanzar en el principio de solidaridad, extendiendo la mutualidad que provee a las necesidades de sus miembros desde un ámbito profesional a un ámbito que abarca a todo el cuerpo social. El principio de necesidad sigue presente a través de contingencias como la vejez, la invalidez o las cargas familiares, pero además se exige generalmente la prueba de carencia de medios económicos para afrontar la situación de necesidad. Es decir, se trata de un sistema de protección subsidiario, que sólo entra en funcionamiento cuando el ciudadano y su entorno familiar carecen de los medios necesarios para afrontar la situación de necesidad. Ello se debe a que este área universal/asistencial supone la máxima expresión de la solidaridad, pues a través de él el cuerpo social protege a quienes no han contribuido suficientemente al sistema, o no han contribuido nada, por lo que es lógico que no se presuma la situación de necesidad como ocurre en el área profesional/contributiva, sino que se exija su prueba fehaciente consistente en la carencia de medios.

Cuarta. El principio de unidad por su parte aparece cuando se pasa de una suma de seguros sociales a un sistema de Seguridad Social. Se sustituye un conjunto de seguros unidos a contingencias específicas y descoordinados entre sí, incluso en el ámbito gestor, por un sistema único, en el que las distintas contingencias y los distintos colectivos profesionales objeto de protección perduran, pero con una base financiera única basada en el principio de solidaridad. La solidaridad se mantiene así como principio vertebrador del sistema que garantiza su unidad aunque los regímenes de protección contemplen las peculiaridades de los distintos colectivos profesionales protegidos por el sistema.

El principio de unidad, ya enunciado en la LBSS y actualmente recogido en el art. 2 LGSS, se eleva a un nivel superior al venir referido no sólo a contingencias y regímenes, sino a las dos áreas de protección del sistema de Seguridad Social, la profesional/contributiva y la universal/asistencial. Estas dos áreas se estructuran en dos círculos concéntricos, en que la segunda engloba a la primera, como el cuerpo social engloba a la mutualidad de los trabajadores. De esta manera, los principios básicos (solidaridad, necesidad, universalidad y unidad) informan por igual a ambas áreas de protección, aunque no financieramente, pues sus fuentes de financiación son diferentes, basada una en los impuestos y la otra en las cotizaciones sociales. Pero todo

ciudadano podrá beneficiarse de la protección del sistema, incluso aunque esté incardinado en el área profesional/contributiva, pues, si no llega a reunir los requisitos exigidos por éste para acceder a sus prestaciones, siempre se encuentra bajo el paraguas protector del área universal/asistencial. Asimismo, la influencia de los principios de universalidad y de necesidad sobre el área profesional/contributivo ha provocado que algunos de los mecanismos propios de éste se hayan modificado, como la supresión o flexibilización del requisito del alta para acceder a algunas prestaciones (mecanismo típicamente profesional), o la necesidad de demostrar la situación de necesidad basada en la carencia de rentas para acceder a otras.

Quinta. Finalmente, llegamos al principio de igualdad. La mención del mismo en el art. 2 LGSS resulta probablemente innecesaria, por cuanto no se trata de un principio específico de la Seguridad Social, sino de un principio constitucional que informa el conjunto del ordenamiento jurídico, como no podía ser de otra manera en un Estado democrático. Desde algunos sectores doctrinales se ha puesto en relación con el principio de unidad al defender la uniformidad protectora de los distintos regímenes especiales del área profesional/contributiva. El TC ha optado por una posición conservadora al respecto defendiendo la igualdad protectora como un objetivo *de lege ferenda*, pero admitiendo que el equilibrio financiero de la Seguridad Social aconseja que dicho objetivo se persiga legislativamente en la medida en que las circunstancias lo permitan. Hoy por hoy, el TC considera que las diferencias en la protección de los diferentes regímenes especiales responden a características específicas de los colectivos que los integran y por tanto no pueden considerarse arbitrarias o injustificadas, es decir, que no vulneran el principio de igualdad. Estoy de acuerdo con este planteamiento y no creo que con ello se vulnere ninguno de los principios informadores del sistema.

Sexta. Dicho todo lo cual, el modelo territorial diseñado por la Constitución de 1978 ha generado un nuevo plano de estudio de los principios informadores de la Seguridad Social, de carácter, por así decirlo, más político. Este nuevo plano de estudio se ve alimentado de alguna manera por las circunstancias en que se llevó a cabo la reforma del art. 2 LGSS y de otros preceptos conexos. Me refiero a la polémica respecto a la posibilidad de las CCAA de suplementar las prestaciones de la Seguridad Social para ofrecer un mayor nivel de protección a los ciudadanos residentes en sus respectivos territorios.

De acuerdo con este plano, los principios informadores de la Seguridad Social no deben ser interpretados a la manera tradicional, es

decir, desde el punto de vista individual en que se interrelacionan los trabajadores o los ciudadanos, sino desde un punto de vista territorial. De este modo, cuando hablamos de principio de unidad nos referimos a la unidad del Estado y de su espacio económico-social. Para garantizar dicha unidad las competencias en materia de Seguridad Social deben mantenerse en poder del Estado. De esa manera se garantiza la unidad del sistema de Seguridad Social y éste puede cumplir sus funciones de redistribución e integración entre los distintos territorios españoles. Ello a su vez garantiza la solidaridad y la igualdad entre todos los españoles, independientemente del territorio en que residan, de acuerdo con los mandatos de los arts. 40.1, 131.1 y 138.1 CE.

Como dije anteriormente, el principio de solidaridad es consustancial al propio concepto de Seguridad Social. Si cada una de las CCAA llegase a establecer su propio sistema de Seguridad Social, éste seguiría siendo solidario, pero entre los ciudadanos de la propia Comunidad Autónoma. Desde este nuevo plano de interpretación de los principios informadores de la Seguridad Social lo que se pretende es que la solidaridad se extienda a todo el territorio del Estado por igual, para lo cual es necesario mantener un sistema único de Seguridad Social. Por ello me atrevo a decir que, desde este punto de vista interpretativo, de carácter territorial, el principio preeminente al que sirven los demás es el principio de unidad. La unidad de la Seguridad Social permite que la protección opere de manera solidaria e igualitaria entre todos los españoles. Ello permite que la Seguridad Social cumpla sus funciones integradora y redistributiva a nivel nacional y, de esta manera, se garantiza la unidad del Estado enunciada en el art. 2 CE.

Ambos planos de interpretación conviven actualmente. Uno con una amplia trayectoria jurídica que se remonta a los orígenes mismos de la previsión social. El otro generado a partir de la Constitución de 1978 y fuertemente politizado. Desde el primer punto de vista la evolución futura del sistema es bastante previsible, pero desde el segundo punto de vista esa evolución es incierta. La reforma del art. 38.4 LGSS, que permite *a sensu contrario* a las CCAA complementar, ampliar o modificar las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social, o la doctrina del TC de que la igualdad entre los españoles residentes en los distintos territorios es una igualdad de mínimos que limita el poder atribuido al Estado en el art. 149.1.1ª CE de imponer una regulación unitaria en aras de la igualdad, contribuyen a esa incertidumbre. Y todo ello sazonado con un panorama político centrado en las reivindicaciones autonómicas para obtener mayores competencias y más financiación. El futuro, sin embargo, con el tiempo se verá.

BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN CARACUEL, M. R. *La Seguridad Social en España*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

-VV.AA. *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social* (director ALARCÓN CARACUEL, M. R., coordinador RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.), Thomson Aranzadi, 2003.

-Los orígenes de la Seguridad Social en España. En VV. AA. *Seguridad Social, una perspectiva histórica*, Subdirección General de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.

-Hacia el Derecho de la protección social. En VV. AA. *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad* (coordinadora LÓPEZ LÓPEZ, J.), Marcial Pons, Madrid, 1996.

-La reforma del sistema de pensiones en España. En *Cuadernos de relaciones laborales*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, nº 12, 1998.

-La integración de los Servicios Sociales y la Asistencia Social en la Seguridad Social. En *Temas Laborales*, Consejería de Trabajo y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, Sevilla, nº 7, 1986.

ALEMÁN BRACHO, C. La política de asistencia social desde la transición democrática. En *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, nº 87, 1995.

ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ALMANSA PASTOR, J. M. *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1991.

-Gestión pública e iniciativa privada. En *Papeles de Economía Española*, Fundación Fondo para la Investigación Económica y Social-Obra Social de la Confederación Española de Cajas de Ahorros, Madrid, nº 12-13, 1982.

ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A. Una nueva perspectiva en la protección social de la familia. En *Temas Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, nº 94, 2008.

ALONSO GARCÍA, B. *El régimen jurídico de la protección social del minusválido*, Civitas, Madrid, 1997.

ALONSO GARCÍA, E. El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española. En *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, vol. I, nos 100-102, 1983.

ALONSO OLEA, M., *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, Civitas, Madrid, 1999.

-La Seguridad Social: presente, pasado y futuro. En VV. AA. *Cien años de Seguridad Social* (directores BERNARDO GONZALO GONZÁLEZ y MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO), Fraternidad-Muprespa y UNED, Madrid, 2000.

-Características comunes y clasificación de los regímenes especiales. En VV. AA. *Diecisiete lecciones sobre Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Universidad Complutense, Madrid, 1972.

ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L. *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2002.

ALONSO SECO, J. M. y GONZALO GONZÁLEZ, B. *La asistencia social y los servicios sociales en España*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000.

ÁLVAREZ CONDE, E. *Curso de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, vol. I, 1996.

ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. Las modificaciones operadas por la ley de igualdad en el campo de la Seguridad Social. En *Relaciones Laborales*, vol. II, 2007.

-Algunas reflexiones sobre la aplicación de la llamada «Teoría del paréntesis» a la determinación de las bases reguladoras de las pensiones de incapacidad permanente. En *Temas Laborales*, Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico de la Junta de Andalucía, Sevilla, nº 58, 2001.

-La competencia de las Comunidades Autónomas en materia de protección social. En *Temas Laborales*, Consejería de Trabajo e Industria de la Junta de Andalucía, Sevilla, nº 51, 1999.

ÁLVAREZ PATALLO, J. A. *El procedimiento administrativo para la evaluación de la incapacidad permanente*, Comares, Granada, 2005.

-La jubilación parcial o el delicado equilibrio entre la voluntad de la Administración y las necesidades del mercado de trabajo (II). En *Boletín Social Quantor*, Grupo Editorial El Derecho, nº 104, 2009.

-Las novedades de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social (I). Incapacidad temporal e incapacidad permanente. En *Boletín Social Quantor*, Grupo Editorial El Derecho, nº 88, 2008.

-Guía básica para los cambios de contingencia en la prestación de incapacidad temporal. En *Estudios de Deusto*, Universidad de Deusto, Bilbao, vol. 52/1, 2004.

APARICIO TOVAR, J. La evolución regresiva de la Seguridad Social en el periodo 1996-2002: hacia el seguro y el asistencialismo. En *Revista de Derecho Social*, Editorial Bomarzo, Albacete, nº 19, 2002.

APILLUELO MARTÍN, M. La pensión de viudedad tras la nueva Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. En *Actualidad Laboral*, nº 9, 2008.

ARISTÓTELES. *Magna moralia*, Editorial Losada, Buenos Aires, 2004.

-*Ética a Nicómaco*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

ASHFORD, D. E. *La aparición de los Estados de bienestar*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989.

ATIENZA, M. *El sentido del Derecho,* Ariel Derecho, Barcelona, 2004.

BAHAMONDE MAGRO, A. y TORO MÉRIDA, J. *Burguesía, especulación y cuestión social en el Madrid del siglo XIX*, Siglo veintiuno editores, S.A., Madrid, 1978.

BALDWIN, P. *La política de solidaridad social. Bases sociales del Estado de Bienestar europeo 1875-1975*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992.

BALL, R. M. *Social Security today and tomorrow*, Columbia University Press, New York, 1978.

BANTON, M. La aplicación de la ley y el control social. En AUBERT, V. *Sociología del Derecho*, Editorial Tiempo Nuevo, Caracas, 1971.

BAÑO LEÓN, J. Mª. La igualdad como derecho público subjetivo. En *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, nº 114, 1987.

BARCELÓN COBEDO, S. y QUINTERO LIMA, Mª. G. El impacto de la Ley para la igualdad en el marco de la normativa de Seguridad Social. En *Temas Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, nº 91, 2007.

BARRADA RODRÍGUEZ, A. Los derechos de Seguridad Social en la Constitución española de 1978. En *Revista de Seguridad Social*, Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, Madrid, nº 2, 1979.

BARREIRO GONZÁLEZ, G. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿del origen común a un futuro separado? En VV. AA. *Análisis de diversas cuestiones sobre los Pactos de Toledo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1997.

BARRIOS BAUDOR, G. L. *Las situaciones asimiladas al alta en el sistema español de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

BAYÓN CHACÓN, G. El elemento de pluralidad en la Seguridad Social española: Régimen General y Regímenes Especiales. En VV. AA. *Diecisiete lecciones sobre Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Universidad Complutense, Madrid, 1972.

BELGRAVE, M. Needs and the State. Evolving social policy in New Zealand history. En VV. AA. *Past Judgement. Social Policy in New Zealand History* (Edited by BRONWYN DALLEY and MARGARET TENNANT), University of Otago Press, Dunedin, 2004.

BLASCO LAHOZ, J. F. *La protección asistencial en la Seguridad Social: la Ley de prestaciones no contributivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

-Las pensiones asistenciales por ancianidad a favor de españoles no residentes en España. En *Actualidad Laboral*, vol. II, 2000.

-La «protección asistencial», un concepto inexistente en el ordenamiento jurídico español. En *Actualidad Laboral*, Vol. III, 1992.

-La nueva pensión de invalidez en su modalidad no contributiva. En *Revista de Treball*, Conselleria de Treball i Seguretat Social de la Generalitat Valenciana, Valencia, nº 15, 1991.

BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPARLER CARRASCO, Mª. A. *Curso de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

-*Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

BLÁZQUEZ AGUDO, E. Mª. Igualdad de trato y regímenes especiales en la jurisprudencia constitucional. En *Temas Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, nº 68, 2003.

BOBBIO, N. *Contribución a la teoría del Derecho*, Editorial Debate, Madrid, 1990.

BORRAJO DACRUZ, E. *Estudios jurídicos de previsión social*, Aguilar, Madrid, 1962.

-Fundamento de la protección por accidente de trabajo: balance y perspectiva (Notas introductorias al estudio de la Ley de 1900). En VV. AA. *Cien años de Seguridad Social* (directores BERNARDO GONZALO GONZÁLEZ y MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO), Fraternidad-Muprespa y UNED, Madrid, 2000.

-La Seguridad Social en la Constitución española. En VV. AA. *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, Vol. II, 1991.

-De la previsión social a la protección en España: bases histórico-institucionales hasta la Constitución. En *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, nº 3, 1989.

-Comunidades Autónomas y Seguridad Social. En *Papeles de Economía Española*, Fundación Fondo para la Investigación Económica y Social-Obra Social de la Confederación Española de Cajas de Ahorros, Madrid, nº 12-13, 1982.

-El modelo constitucional de la Seguridad Social en España. En *Revista de Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, nº 65, 1982.

BREDEMEIER, H. C. El derecho como mecanismo de integración. En AUBERT, V. *Sociología del Derecho*, Editorial Tiempo Nuevo, Caracas, 1971.

BUENO, G. *Panfleto contra la democracia realmente existente*, La Esfera de los Libros, Madrid, 2004.

-Ética, moral y derecho. En *El sentido de la vida. Seis lecturas de filosofía moral*, Pentalfa Ediciones, Oviedo, 1996.

CABANILLAS BERMÚDEZ, J. M. *El Pacto de Toledo*, Tecnos, Madrid, 1997.

CABEZA PEREIRÓ, J. Convergencia entre regímenes de Seguridad Social. En *Temas Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, nº 66, 2002.

CABEZALI GARCÍA, M. y APARICIO TOVAR, J. Régimen Especial de Escritores de Libros. En VV. AA. *Diecisiete lecciones sobre Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Universidad Complutense, Madrid, 1972.

CALVO GARCÍA, M. *Teoría del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2000.

-Poder, fuerza e integración social en la teoría sociológica de Talcott Parsons. En VV. AA. *El Derecho en la Teoría Social. Diálogo con catorce propuestas actuales* (coordinador GARCÍA AMADO, J.A.), Dykinson, Madrid, 2001.

CARASA SOTO, P. Juan Luis Vives y la reforma social. En JUAN LUIS VIVES *Tratado del socorro de los pobres*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

CARDENAL CARRO, M. La Seguridad Social en la Constitución vista por el Tribunal Constitucional. En *Aranzadi Social*, Vol. V, 1999 (BIB 1999\2063).

CARMONA CUENCA, E. Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital. En *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones*

públicas, Junta de Andalucía-Instituto Andaluz de Administración Pública, 2006, nº 2.

CASTELLANO BURGUILLO, E. Funciones y alcance de las normas sobre conciliación de la vida laboral y familiar. En *Temas Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, nº 91, 2007.

CAVAS MARTÍNEZ, F. y GARCÍA ROMERO, B. La reforma del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social. En *Temas Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, nº 94, 2008.

CONCEPCIÓN SEVILLANO, J. L. *Los Sistemas Especiales del Régimen General de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1995.

CRUZ VILLALÓN, J. Significación general y principios informadores de la Ley para la igualdad. En *Temas Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, nº 91, 2007.

CUBAS MORALES, A. El campo de aplicación y la «estructura» del sistema en la nueva Ley General de la Seguridad Social. Presente y futuro de los Regímenes Especiales. En *Tribuna Social*, CISS, Valencia, nº 56-57, 1995.

DE CABO MARTÍN, C. *Teoría constitucional de la solidaridad*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

DE LA FLOR FERNÁNDEZ, Mª. L. La reforma de las prestaciones por muerte y supervivencia. ¿Una primera fase para su reformulación integral?. En *Temas Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, nº 94, 2008.

DE LA VILLA GIL, L. E. La influencia de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 en la construcción del ordenamiento laboral español. En VV. AA. *Cien años de Seguridad Social* (directores BERNARDO GONZALO GONZÁLEZ y MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO), Fraternidad-Muprespa y UNED, Madrid, 2000.

-El modelo constitucional de protección social. En *Aranzadi Social*, nº 3, 2004 (BIB 2004\426).

-La participación social en la gestión. En *Papeles de Economía Española*, Fundación Fondo Para la Investigación Económica y Social-Obra

Social de la Confederación Española de Cajas de Ahorros, nº 12-13, 1982.

-Potestades normativas de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social. En *Documentación Laboral*, Asociación de Cajas de Ahorros para Relaciones Laborales, Madrid, nº 1, 1981.

DE LA VILLA GIL, L. E. y DESDENTADO BONETE, A. *Manual de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1979.

DE LORENZO, R. Importante novedad en el ordenamiento jurídico: la protección de la dependencia. En *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 727, 2007 (BIB 2007\376).

DE LUCAS, J. *El concepto de solidaridad*, Distribuciones Fontamara, México DF, 1993.

DE SEBASTIÁN, L. *La solidaridad*, Ariel, Barcelona, 1996.

DESDENTADO BONETE, A. Las pensiones no contributivas en el marco constitucional. En VV. AA. *Pensiones no contributivas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.

-El futuro del Régimen Especial Agrario: un largo adiós. En *Actualidad Laboral*, nº 1, 2008.

-La reforma del régimen de pensiones y su conexión con los niveles no contributivos de protección. En *Relaciones Laborales*, vol. II, 1985.

-El régimen económico de la Seguridad Social y las Autonomías. En *Revista Española de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, nº 38, 1983.

-La estructura del sistema español de Seguridad Social entre el clientelismo y la irracionalidad. En *Revista de Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, nº 14, 1982.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2005.

DOS PASSOS, J. *The 42nd parallel*, Mariner Books, New York, 2000.

DOUGLAS BROWN, J. *An American philosophy of Social Security*, Princeton University Press, New Jersey, 1973.

DURÁN HERAS, A. Personas con recursos escasos y protección social. En *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, nº 9, 1993.

DURÁN LÓPEZ, F., RODRÍGUEZ SAÑUDO, F. y MARTÍN VALVERDE, A. Evolución del Derecho de la Seguridad Social. En *Papeles de Economía Española*, Fundación Fondo para la Investigación Económica y Social-Obra Social de la Confederación Española de Cajas de Ahorros, Madrid, nº 12-13, 1982.

DURKHEIM, E. Formas del derecho en relación con formas de la solidaridad social. En AUBERT, V. *Sociología del Derecho*, Editorial Tiempo Nuevo, Caracas, 1971.

DWORKIN, R. *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 1984.

ENTRENA CUESTA, R. *Curso de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1999.

ESCOBAR JIMÉNEZ, J. *Trabajadores agrícolas y seguridad social agraria*, IBIDEM Ediciones, Madrid, 1996.

ESCUDERO, R. Una norma de envergadura: La Ley de prestaciones no contributivas de la Seguridad Social. En *Relaciones Laborales*, vol. I, 1991.

FARGAS FERNÁNDEZ, J. En VV.AA. *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social* (director ALARCÓN CARACUEL, M. R., coordinador RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.), Thomson Aranzadi, 2003.

FERNÁNDEZ COLLADOS, Mª B. Más doctrina judicial sobre los Derechos de los extranjeros irregulares ante el nivel contributivo de Seguridad Social. En *Aranzadi Social*, Aranzadi (BIB 2007\1354).

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. La necesaria reforma estructural del Sistema de Seguridad Social. En *Tribuna Social*, CISS, Valencia, nº 116-117, 2000.

FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. El complejo reparto de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social, a propósito de las Pensiones No Contributivas. En *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 54, 2004.

-La Seguridad Social en el XXV Aniversario de la Constitución. En *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, 2004, nº 49.

-La naturaleza asistencial interna del complemento por mínimos de las pensiones contributivas. En *Aranzadi Social*, nº 15, 2002 (BIB 2002\2022).

-La protección social de los extranjeros en España. En *Aranzadi Social*, nº 21, 2001 (BIB 2002\51).

FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M. La Seguridad Social y el Estado de las Autonomías. En *Documentación Administrativa*, INAP, Madrid, nº 197-198, 1983.

FERRARI, V. *Funciones del Derecho*, Editorial Debate, Madrid, 1989.

FERRERAS ALONSO, F. Desigualdades de la protección social de los diferentes grupos de población protegidos por la Seguridad Social: sus causas y remedios. Incidencias de la «Ley de Pensiones» del 85. En *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, nº 25, 1986.

FEUCHTWANGER, E. *Imperial Germany. 1850-1918*, Routledge, Londres, 2001.

FREUD, S. *El porvenir de una ilusión*, Alianza Editorial, Madrid, 1985.

GALLEGO MORALES, A. VV. AA. *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social* (directores MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, Mª. N.), Comares, Granada, 1999.

GÁLVEZ MONTES, F. J. VV.AA. *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985.

GÁRATE CASTRO, J. Algunas coordenadas de la proyectada reforma de la protección por jubilación e invalidez permanente. En *Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral*, CISS, Valencia, nº 78, 1997.

-Comentarios al régimen vigente de las prestaciones de Seguridad Social por hijo a cargo. En *Documentación Laboral*, Asociación de Cajas de Ahorro para Relaciones Laborales, Madrid, nº 34, 1991.

-El aseguramiento en el Régimen General de la Seguridad Social. En *Actualidad Laboral*, Actualidad Editorial, Madrid, nº 43, 1990.

GARCÉS SANAGUSTÍN, A. *Las prestaciones económicas en el ámbito de la protección asistencial*, CEDECS, Barcelona, 1996.

GARCÍA ESCUDERO, J. M. *Los principios de solidaridad y de subsidiariedad como postulados de la política social*, Publicaciones Españolas, Madrid, 1960.

GARCÍA FERNÁNDEZ, M. La Directiva 79/7 de 19 de diciembre de 1978, sobre aplicación del principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social y el Ordenamiento español. En *Noticias de la Unión Europea*, CISS, Valencia, nº 42, 1988.

GARCÍA MORILLO, J. *Derecho Constitucional*, VVAA, Tirant lo Blanch, Valencia, Vol. I, 1991.

GARCÍA MURCIA, J. El derecho a la Seguridad Social en la jurisprudencia constitucional: una primera aproximación. En VV. AA. *VII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* (coordinador PRADOS DE REYES, F. J.), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 1991.

-El requisito de alta en la Seguridad Social y su interpretación flexible por parte de la jurisprudencia. n *Actualidad Laboral*, Madrid, nº 2, 2002.

GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, Mª. A. VV. AA. *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social* (directores MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, Mª. N.), Comares, Granada, 1999.

-Pensiones de Seguridad Social y Comunidades Autónomas: datos para un estudio. En *Parlamento y Constitución, Anuario*, nº 4, 2000.

GARCÍA NINET, J. I. Breves notas sobre el llamado «Pacto de Toledo» o informe para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse. En *Tribunal Social*, CISS, Valencia, nº 55, 1995.

GARCÍA ORTEGA, J. y GARCÍA NINET, J. I. La protección por jubilación en la modalidad no contributiva de la Seguridad Social. En *Revista de Treball*, Conselleria de Treball i Seguretat Social de la Generalitat Valenciana, Valencia, nº 15, 1991.

GARCÍA ROMERO, B. La protección familiar en el sistema español de Seguridad Social. En *Aranzadi Social*, nº 14, 2000 (BIB 2000\1594).

GONZÁLEZ ORTEGA, S. Los principios caracterizadores del sistema de Seguridad Social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En VV. AA. *VII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* (coordinador PRADOS DE REYES, F. J.), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 1991.

-La reforma de las pensiones públicas a través de la definición de sus principios organizativos. En *Cuadernos de relaciones laborales*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, nº 12, 1998.

GONZÁLEZ RABANAL, C. La Seguridad Social en la Constitución. En *Revista de Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, nº 92, 1988.

GONZÁLEZ-SANCHO, E. Apuntes sobre la situación de la protección de la familia en España en 1989 y sobre la conveniencia de mejorarla. En *Documentación Laboral*, Asociación de Cajas de Ahorros para Relaciones Laborales, Madrid, nº 29, 1989.

GONZALO GONZÁLEZ, B. Reparto competencial y complementariedad de las prestaciones sociales básicas. En *Foro de Seguridad Social*, Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social, nº 1, 2000.

-Las pensiones no contributivas en Europa. En *Documentación Laboral*, Asociación de Cajas de Ahorros para Relaciones Laborales, Madrid, nº 27-28, 1988-1989.

GONZALO GONZÁLEZ, B. y FERRERAS ALONSO, F. La participación de los interesados en la gestión de la Seguridad Social española. En *Revista de Seguridad Social*, Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, Madrid, nº 5, 1980.

GONZALO GONZÁLEZ, B. y SUÁREZ CORUJO, B. La Seguridad Social y su ajuste al marco del Estado autonómico: notas sobre dos de los problemas de mayor actualidad. En *Relaciones Laborales*, vol. II, 2004.

GRAEBNER, W. *A History of Retirement: The Meaning and Functions of an American Institution, 1885-1978*, Yale University Press, New Haven, 1980.

GUERRERO PADRÓN, T. Directivas comunitarias sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y Seguridad Social. En *Temas Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, nº 68, 2003.

HABER, C. y GRATTON, B. *Old age and the search for security. An American social history*, Indiana University Press, Indianapolis, 1993.

HARRIS, M. *La cultura norteamericana contemporánea. Una visión antropológica*, Alianza Editorial, Madrid, 2004.

-*Teorías sobre la cultura en la era posmoderna*, Crítica, Barcelona, 2004.

-*El materialismo cultural*, Alianza Universidad, Madrid, 1985.

-*El desarrollo de la teoría antropológica. Una historia de las teorías de la cultura*, Siglo Veintiuno Editores, S.A., Madrid, 1978.

HEGEL, G. *Rasgos fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000.

HELLER, H. El sentido de la política. En *El sentido de la política y otros ensayos*, Pre-textos, Valencia, 1996.

-Metas y límites de una reforma de la Constitución alemana. En *El sentido de la política y otros ensayos*, Pre-textos, Valencia, 1996.

-¿Estado de Derecho o dictadura? En *Escritos políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1985.

HERNAINZ MÁRQUEZ, M. La Seguridad Social y sus principios informadores. En *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1964.

HERNÁNDEZ MARTÍN, D. Régimen Especial de los Artistas. En VV. AA. *Diecisiete lecciones sobre Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Universidad Complutense, Madrid, 1972.

HIERRO HIERRO, F. J. *El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, Thomson Aranzadi, 2005.

HIERRO HIERRO, J. y CARDENAL CARRO, M. Una primera aproximación a la Ley 18/2007, de 4 de julio: hacia la definitiva racionalización y

simplificación del Sistema de la Seguridad Social. En *Aranzadi Social*, nº 9, 2007 (BIB 2007\1230).

HOBBES, T. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, Editora Nacional, Madrid, 1979.

HURTADO GONZÁLEZ, L. Las técnicas de extensión del ámbito subjetivo de protección del sistema español de Seguridad Social: la asimilación a trabajador por cuenta ajena. En VV. AA. *VII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* (coordinador PRADOS DE REYES, F. J.), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 1991.

-Seguridad Social versus protección social. En *Actualidad Laboral*, Vol. I, 1995.

-Asistencia social y Seguridad Social: sus fronteras actuales. En *Actualidad Laboral*, Vol. II, 1993.

HUXLEY, A. *Un mundo feliz*, Ediciones Orbis, Barcelona, 1984.

JENKINS, R. *Churchill*, Ediciones Península, Barcelona, 2001.

JIMÉNEZ CAMPO, J. La igualdad jurídica como límite frente al legislador. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, nº 9, 1983.

JUAN LUIS VIVES. *Tratado del socorro de los pobres*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

KESSLER, D. But why is there Social Security?. En VV. AA. *Workers versus pensioners: intergenerational justice in an ageing world* (edited by PAUL JOHNSON, CRISTOPH CONRAD and DAVID THOMSON), Manchester University Press, Manchester, 1989.

LANDA ZAPIRAIN, J. P. Presente y futuro de la regulación comunitaria sobre la igualdad de trato por razón de sexo: su significación para el Derecho español de Seguridad Social. En *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, nº 55, 1992.

LÓPEZ GANDÍA, J. VV.AA. *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social* (director ALARCÓN CARACUEL, M. R., coordinador RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.), Thomson Aranzadi, 2003.

-La Directiva comunitaria 79/7, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social y sus repercusiones en el Derecho español. En *Noticias de la Unión Europea*, CISS, Valencia, nº 43-44, 1988.

LÓPEZ LÓPEZ, J. El artículo149.1.17 CE como título de legitimación competencial para las Comunidades Autónomas en materia de renta mínima. En *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, nº 48, 1991.

LÓPEZ PÉREZ, P. M. Mundo rural y subsidio agrario. En VV. AA. *El campo andaluz y extremeño: la protección social agraria* (coordinador CANSINO MUÑOZ-REPISO, J. M.), Consejo Económico y Social, Madrid, 2003.

LORENTE, M. y GARRIGA, C. Certeza jurídica vs. Justicia social: la Ley de Accidentes de Trabajo y el liberalismo jurídico español. En VV. AA. *Cien años de Seguridad Social* (directores BERNARDO GONZALO GONZÁLEZ y MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO), Fraternidad-Muprespa y UNED, Madrid, 2000.

LOUSADA AROCHENA, J. F. y CABEZA PEREIRÓ, J. Los derechos de los trabajadores extranjeros irregulares. En *Aranzadi Social*, nº 7, 2004 (BIB 2004\756).

LUQUE PARRA, M. Contrato a tiempo parcial y pensión de jubilación: la «doble proporcionalidad» y el cómputo del «día cotizado» como criterios que distorsionan la lógica incentivadora de esta modalidad contractual. En *Relaciones Laborales*, Vol. II, 1998.

MALDONADO MOLINA, J. A. La descentralización territorial y las pensiones no contributivas. A propósito del Decreto 284/1998, de 29 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía. En *Actualidad Laboral*, nº 28, 1999.

MANRIQUE LÓPEZ, F. La participación de los interesados en la gestión de la Seguridad Social. En *La Ley-Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Vol. I, 1984.

-Perspectiva constitucional de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social. En *La Ley-Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, Vol. I, 1984.

MÁRQUEZ PRIETO, A. Inmigración, integración y exclusión: cara y cruz del arraigo laboral. En *Aranzadi Social*, nº 10, 2005 (BIB 2005\1589).

MARTÍN VALVERDE, A. VV. AA. *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social* (directores MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, Mª. N.), Comares, Granada, 1999.

-La formación del Derecho del Trabajo en España. En VV. AA. *La legislación social en la historia de España. De la Revolución Liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.

MARTÍNEZ BARROSO, M. R. Los titubeos legales entre el fomento de la contributividad (tras el pacto de pensiones) y el incremento de la protección asistencial. En *Aranzadi Social*, Pamplona, nº 8, 2001 (BIB 2001\1981).

MARTÍNEZ GIRÓN, J. La etapa de previsión social en España. En VV. AA. *Seguridad Social, una perspectiva histórica*, Subdirección General de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.

MARTÍNEZ LUCAS, J. A. Modificaciones en materia de Seguridad Social introducidas por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En *Actualidad Laboral*, vol. I, 2007.

-Las nuevas medidas en materia de Seguridad Social introducidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre. En *Actualidad Laboral*, nº 5, 2008.

-La afiliación de trabajadores a la Seguridad Social. En *Aranzadi Social*, Editorial Aranzadi, Vol. III, 1996 (BIB 1996\108).

-La baja en el Régimen General de la Seguridad Social. En *Actualidad Laboral*, Vol. II, 1991.

MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M. A. VV.AA. *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social* (director ALARCÓN CARACUEL, M. R., coordinador RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.), Thomson Aranzadi, 2003.

MCCLURE, M. A Badge of Poverty or a Symbol of Citizenship? Needs, Rights and Social Security, 1935-2000. En VV. AA. *Past Judgement. Social Policy in New Zealand History* (Edited by BRONWYN DALLEY

and MARGARET TENNANT), University of Otago Press, Dunedin, 2004.

MEIL LANDWERLIN, G. Seguridad Social y familia. En *Revista de Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, nº 42, 1989.

MERCADER UGUINA, J. R. La reforma de la acción protectora en la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social. En *Relaciones Laborales*, Vol. II, 1997.

MERCADER UGUINA, J. R. y PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J. El Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales: un paso importante en la solución de un problema pendiente. El Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas. En *Relaciones Laborales*, Vol. I, 1996.

MILL, J. S. *Sobre la libertad*, Edaf, Madrid, 2004.

MOLINA NAVARRETE, C. VV. AA. *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social* (directores MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, Mª. N.), Comares, Granada, 1999.

-Del «mal» e «inútil» uso del «poder legislativo» en materia de seguridad social: la Ley 4/2005, sobre efectos en las pensiones no contributivas de los complementos autonómicos. En *Aranzadi Social*, nº 12, 2005 (BIB 2005\1962).

-Algunas reflexiones sobre la ley y los principios generales en el Derecho de la Seguridad Social. En *Relaciones Laborales*, La Ley, Madrid, vol. I, 1998.

MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. La reforma del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar. En *Información Laboral (Parte de Legislación)*, Lex Nova, nº 3, 2008.

MONEREO PÉREZ, J. L., y MOLINA NAVARRETE, C. VV. AA. *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social* (directores MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, Mª. N.), Comares, Granada, 1999.

MONEREO PÉREZ, J. L. y VIÑAS ARMADA, J. Mª. VV. AA. *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social* (directores MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, Mª. N.), Comares, Granada, 1999.

MONTOYA MELGAR, A. La reforma de la Seguridad Social: del Pacto de Toledo a la Ley 24/1997, de consolidación y racionalización del sistema. En *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, nº 4, 1997.

-Limitación de la cuantía de las pensiones en Ley de Presupuestos. En ALONSO OLEA, M. *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, Editorial Civitas, Madrid, 1988.

-La Seguridad Social española: notas para una aproximación histórica. En *Revista de Trabajo*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, Madrid, nºs 54-55, 1976.

-La fragmentación de la Seguridad Social y sus razones. En *Revista de Política Social*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, nº 98, 1973.

MORALES MOYA, A. y DE LUIS MARTÍN, F. La sociedad de la Restauración (1875-1902). En VV. AA. *España entre dos siglos. XIX-XX* (director JOSÉ GIRÓN), Fundación Hidroeléctrica del Cantábrico, Oviedo, 2000.

MORALES ORTEGA, J. M. Las consecuencias del principio de proporcionalidad en la protección social de los trabajadores a tiempo parcial. En *Actualidad Laboral*, La Ley, Madrid, nº 1, 2001.

MORENO REBATO, M. ¿Pueden las Comunidades Autónomas complementar las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social? Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 239/2002, de 11 de diciembre. En *Revista Española de Derecho Administrativo*, Thomson-Civitas, Madrid, nº 118, 2003.

MORGADO PANADERO, P. y MORENO DE VEGA Y LOMO, F. Las responsabilidades familiares en el nivel no contributivo de Seguridad Social. En *Tribuna Social*, CISS, Valencia, nº 96, 1998.

NEBOT LOZANO, Mª. L. Directiva del Consejo relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre protección de la maternidad. En *Noticias de la Unión Europea*, CISS, Valencia, nº 36, 1988.

NIETZSCHE, F. *La voluntad de poder*, Edad. Madrid, 2003.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M., MORÓN PRIETO, R. y LÓPEZ CUMBRE, L. El principio de igualdad de trato en las Directivas comunitarias, en materia de Seguridad Social. En *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 12, 1998.

O´HIGGINS, M. Necesidades de cambio y medidas de adaptación. Concesión de pensiones en el siglo XXI. En VV. AA. *Pensiones no contributivas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.

OLARTE ENCABO, S. *El derecho a prestaciones de Seguridad Social*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1997.

- VV. AA. *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social* (directores MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, Mª. N.), Comares, Granada, 1999.

OLIET PALÁ, B. y SERRANO TRIANA, A. Seguridad Social y Comunidades Autónomas. En VV. AA. *Jornadas Técnicas sobre Seguridad Social*, IELSS, Madrid, 1984.

ORTEGA Y GASSET. *Introducción a una estimativa ¿Qué son los valores?*, Ediciones Encuentro, Madrid, 2004.

-*La rebelión de las masas*, Ediciones Orbis, Barcelona, 1983.

PALACIO MORENA, J. I. *La institucionalización de la reforma social en España (1883-1924): la Comisión y el Instituto de Reformas Sociales*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1988.

PALMERO ZURDO, J. El principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social y su aplicación a los trabajadores no comunitarios que residen en España. En *Relaciones Laborales*, vol. I, 1995.

PALOMAR OLMEDA, A. El modelo de la Seguridad Social en el seno del Estado Autonómico: las consecuencias de la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de noviembre de 1996. En *Relaciones Laborales*, Vol. II, 1997.

-El principio de igualdad en la definición y delimitación del contenido prestacional de la Seguridad Social. En *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, nº 67, 1994.

PALOMAR OLMEDA, A. y ZATARAÍN DEL VALLE, R. La distribución de competencias en materia de Seguridad Social y la sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de julio de 1989. En *Revista de Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, nº 99, 1990.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. El principio constitucional de «unidad del orden económico nacional» y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materias de trabajo y seguridad social. En *Actualidad Laboral*, nº 47, 1999.

-Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social. En *Relaciones Laborales*, vol. I, 1996.

PANIZO ROBLES, J. A. Conciliación personal, familiar y laboral y Seguridad Social (Modificaciones incorporadas por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 2, 2007.

-Los órganos del Gobierno y participación de las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social. En *Tribuna Social*, Ciss, Valencia, nº 100, 1999.

-El marco de las prestaciones no contributivas. En *Revista de Treball*, Conselleria de Treball i Seguretat Social de la Generalitat Valenciana, Valencia, nº 15, 1991.

PARADA, R. *Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

PARDELL VEÀ, A. VV.AA. *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social* (director ALARCÓN CARACUEL, M. R., coordinador RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.), Thomson Aranzadi, 2003.

PARSONS, T. *La sociedad: perspectivas evolutivas y comparativas*, Trillas, México, 1974.

PATTERSON, J. T. *La lucha contra la pobreza en los Estados Unidos de América. 1900-1985*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993.

PÉREZ ALONSO, M. A. Las novedades en el Régimen General de la Seguridad Social tras la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En *Aranzadi Social*, nº 3, 2007 (BIB 2007\535).

PÉREZ ALONSO, M. A. y MORRO LÓPEZ, J. J. La protección familiar en el ámbito de la Seguridad Social: las prestaciones económicas por hijos a cargo. En *Revista de Treball*, Conselleria de Treball i Seguretat Social de la Generalitat Valenciana, Valencia, nº 15, 1991.

PÉREZ DEL RÍO, T. El principio de igualdad en la Seguridad Social: no discriminación por razón de sexo. En *Revista de Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, nº 71, 1983.

PÉREZ LUÑO, A. E. El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos sociales y culturales. En *Anuario de Derechos Humanos*, nº 1, 1981.

PÉREZ ROYO, J. *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

PERPIÑÁ RODRÍGUEZ, A. *Sociología de la Seguridad Social*, Confederación Española de Cajas de Ahorro, Madrid, 1972.

-*Filosofía de la Seguridad Social. Ontología de la previsión actual*, Instituto Nacional de Previsión, Madrid, 1952.

PIETERS, D. *Social Security: An Introduction to the Basic Principles*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006.

-*Los sistemas de Seguridad Social de los estados miembros de la Unión Europea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.

PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J. El cómputo recíproco de cotizaciones dentro del sistema español de Seguridad Social. En *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, nº 8, 1992.

PLATÓN. *La República o el Estado*, Edaf, Madrid, 2003.

POLO SÁNCHEZ, M. C. Prestaciones no contributivas y principio de igualdad. En *Relaciones Laborales*, vol. I, 1995.

POSADA, C. G. *Los seguros sociales obligatorios en España*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943.

PRESTON, P. *La guerra civil española*, Plaza y Janés, Barcelona, 2000.

PUMAR BELTRÁN, N. *La igualdad ante la Ley en el ámbito de la Seguridad Social*, Aranzadi, 2001.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y LÓPEZ GANDÍA, J. Valores constitucionales y Seguridad Social. En *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, nº 13, 1998.

RATZINGER, J. El significado de los valores morales y religiosos en la sociedad pluralista. En *Verdad, valores, poder. Piedras de toque de la sociedad pluralista*, Ediciones Rialp, Madrid, 2005.

REHBINDER, M. *Sociología del Derecho*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1981.

RIVAYA, B. *El materialismo jurídico. La presunta teoría del Derecho de Marvin Harris*, Dykinson, Madrid, 2007.

RODRÍGUEZ CARDO, I. A. *Ámbito subjetivo del sistema español de Seguridad Social*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

-Forma matrimonial y pensión de viudedad: en particular, el matrimonio por el rito gitano. En *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Aranzadi (BIB 2007\2256).

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. Incremento de las pensiones no contributivas por las Comunidades Autónomas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 239/2002, de 11 de diciembre. En *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Thomson-Civitas, Madrid, nº 117, 2003.

-La necesaria reestructuración y simplificación de los Regímenes Especiales. Nuevas perspectivas tras la firma del Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del Sistema de Protección Social. En *Tribuna Social*, CISS, Valencia, nº 131, 2001.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A. La población española en las últimas décadas del siglo XIX. En VV. AA. *España entre dos siglos. XIX-XX* (director JOSÉ GIRÓN), Fundación Hidroeléctrica del Cantábrico, Oviedo, 2000.

RODRÍGUEZ RAMOS, M. J., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M. *Sistema de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2007.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas. En VV. AA. *Pensiones no*

contributivas, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.

-Discriminación por razón de sexo y embarazo de la trabajadora. En *Relaciones Laborales*, vol. I, 1991.

-Pensiones contributivas y pensiones complementarias privadas. En *Relaciones Laborales*, La Ley, Madrid, 1988.

-Pensiones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social. En *Relaciones Laborales*, vol. II, 1988.

-La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas. En *Revista de Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, nº 34, 1987.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª F. *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.

ROFES I PUJOL, Mª I. Las vicisitudes de la Directiva 86/378/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social. La jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia Barber, y sus efectos en el tiempo. En *Noticias de la Unión Europea*, CISS, Valencia, nº 158, 1998.

ROJO TORRECILLA, E. Protección social y rentas mínimas de inserción (de la cobertura económica al derecho de ciudadanía). En VV. AA. *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad* (coordinadora LÓPEZ LÓPEZ, J.), Marcial Pons, Madrid, 1996.

RORTY, R. *Contingencia, ironía y solidaridad*, Paidós, Barcelona, 2001.

RUBIO CARRACEDO, J. Derechos humanos, ética y diálogo intercultural. En *Ciudadanos sin democracia. Nuevos ensayos sobre ciudadanía, ética y democracia*, Comares, Granada, 2005.

RUBIO RUIZ, A. Régimen Especial de los Representantes de Comercio. En VV. AA. *Diecisiete lecciones sobre Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Universidad Complutense, Madrid, 1972.

SALA FRANCO, T. La Seguridad Social y las Comunidades Autónomas. En VV. AA. *Jornadas Técnicas sobre Seguridad Social*, IELSS, Madrid, 1984

SALVADOR PÉREZ, F. La nueva pensión no contributiva de jubilación: objeto de protección y régimen jurídico. En *Actualidad Laboral*, vol. I, 1992.

SAN MARTÍN LARRINOA, B. Seguridad Social y doctrina del Tribunal Constitucional: límites a las pensiones. En *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, nº 68, 1994.

SÁNCHEZ NAVARRO, D. A. *La gestión de la Seguridad Social en España*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2003.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. *Seguridad Social y Constitución*, Civitas, Madrid, 1995.

-Ámbito subjetivo de la Seguridad Social: interpretación por el Tribunal Constitucional a la luz del principio de igualdad. En *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, nº 58, 1993.

SEMPERE NAVARRO, A. V. Antecedentes y estructura de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, «de dependencia», *Aranzadi Social*, nº 17, 2006 (BIB 2006\1829).

SEMPERE NAVARRO, A. V. y BARRIOS BAUDOR, G. L. *Las pensiones no contributivas*, Aranzadi, Navarra, 2001.

-La situación de alta o asimilada y el acceso a las prestaciones de Seguridad Social. En *Aranzadi Social*, Pamplona, Vol. V, 1998 (BIB 1998\1330).

SÉNECA. *Sobre la felicidad*, Edaf, Madrid, 1997.

SENNET, R. *La cultura del nuevo capitalismo*, Anagrama, Barcelona, 2006.

SÓFOCLES. Antígona. En *Tragedias*, Edaf, Madrid, 1999.

SOLÀ MONELS, X. Derechos de los extranjeros extracomunitarios en materia de Seguridad Social: el principio de igualdad de trato y sus límites. En *Tribuna Social*, CISS, Valencia, nº 133, 2002.

STEINBECK, J. *Las uvas de la ira*, Alianza Editorial, Madrid, 2006.

SUÁREZ CORUJO, B. La consagración estatutaria de una política social autonómica: ¿una oportunidad perdida?. En *Aranzadi Social*, nº 13, 2006 (BIB 2006\1362).

SUÁREZ GONZÁLEZ, F. La Seguridad Social y la Constitución de 1978. En *Papeles de Economía Española*, Fundación Fondo para la Investigación Económica y Social-Obra Social de la Confederación Española de Cajas de Ahorros, Madrid, nº 12-13, 1982.

TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M. El principio de igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras en materia de Seguridad Social. Las Directivas 79/7 y 86/378. En *Actualidad Laboral*, vol. I, 2000.

-La igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en materia de Seguridad Social tras la Ley 13/1996 sobre medidas fiscales, administrativas y del orden social. En *Actualidad Laboral*, vol. III, 1998.

TEJERINA ALONSO, J. I. La Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Su incidencia en la legislación española. En *Noticias de la Unión Europea*, CISS, Valencia, nº 36, 1988.

-La racionalización de la estructura de la Seguridad Social: la integración de los Regímenes Especiales de Trabajadores Ferroviarios, de Artistas, de Toreros, de Representantes de Comercio, de Escritores de Libros y de Futbolistas. En *Revista de Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, nº 31, 1986.

TORRENTE GARI, S. *Los problemas jurídicos de las situaciones de dependencia en casos de discapacidad y minusvalía con causa en el trastorno mental grave. Propuestas hermenéuticas*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2006.

TRENZADO RUIZ, M. La incidencia autonómica en la gestión de la Seguridad Social. En VV. AA. *Jornadas Técnicas sobre Seguridad Social*, IELSS, Madrid, 1984.

TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. La Seguridad Social y la protección por desempleo de los trabajadores extranjeros irregulares. En *Aranzadi Social*, nº 13, 2007 (BIB 2007\1695).

TUÑÓN DE LARA, M. *El movimiento obrero en la historia de España*, Sarpe, Madrid, 1985.

VALDÉS DAL-RÉ, F. Las políticas de contractualización de las prestaciones sociales. En *Relaciones Laborales*, La Ley, Madrid, 2002.

-Estructura del sistema de Seguridad Social y protección de los trabajadores autónomos. En *Relaciones Laborales*, Vol. II, 1995.

-Estado Social y Seguridad Social. En *Relaciones Laborales*, vol. II, 1994.

VARELA SUANZES-CARPEGNA, J. *Asturianos en la política española. Pensamiento y acción*, KRK Ediciones, Oviedo, 2006.

VELARDE FUERTES, J. Reflexión sobre dos circunstancias inseguras: la Seguridad Social Española en 1900 y en el 2000. El entorno económico de Dato y de Pimentel. En VV. AA. *Cien años de Seguridad Social* (directores BERNARDO GONZALO GONZÁLEZ y MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO), Fraternidad-Muprespa y UNED, Madrid, 2000.

VENTURI, A. *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1995.

VERDES LÓPEZ-DIÉGUEZ, P. El principio de igualdad de trato hombre-mujer en los regímenes profesionales de Seguridad Social. En *Noticias de la Unión Europea*, CISS, Valencia, nº 36, 1988.

VIDA SORIA, J. Los regímenes especiales. En *Papeles de Economía Española*, Fundación Fondo para la Investigación Económica y Social-Obra Social de la Confederación Española de Cajas de Ahorros, Madrid, nº 12-13, 1982.

VOLTAIRE. *Comentario sobre el libro «De los delitos y de las penas» por un abogado de provincias*, Alianza Editorial, Madrid, 1986.

VV. AA. *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* (directores MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J.), Thomson Aranzadi, 2005.

VV. AA. *Acción protectora y estructura orgánica de la Seguridad Social* (director SAGARDOY BENGOECHEA, J. A., coordinador DE LA VILLA GIL, L. E.), Presidencia del Gobierno, Subsecretaría de Planificación, Madrid, 1977.

WALLER, B. *Bismarck*, Ariel, Barcelona, 1999.

WESTEN, P. The empty idea of equality. En *Harvard Law Review*, vol. 95, nº 3, 1982.

WHYTE, G. Beyond the Statute. Administration of Old-age Pensions to 1938. En VV. AA. *Past Judgement. Social Policy in New Zealand History* (Edited by BRONWYN DALLEY and MARGARET TENNANT), University of Otago Press, Dunedin, 2004.

REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 22/1981, de 2 de julio, Excma. Sra. Dª. Gloria Begué Cantón, CD 819152/1981

STC 32/1981, de 28 de julio, Excmos. Sres. D. Rafael Gómez-Ferrer Morant, D. Francisco Rubio Llorente y D. Ángel Escudero del Corral, RTC 32

STC 34/1981, de 10 de noviembre, Excmo. Sr. D. Rafael Gómez-Ferrer Morant, RTC 34

STC 1/1982, de 28 de enero, Excmo. Sr. D. Francisco Tomás y Valiente, RTC 1

STC 6/1982, de 22 de febrero, Excmo. Sr. D. Plácido Fernández Viagas, conflictos positivos de competencia 211 y 214/1981

STC 8/1982, de 4 de marzo, Excmo. Sr. D. Jerónimo Arozamena Sierra, Cuestión de inconstitucionalidad 243/1981

STC 19/1982, de 5 de mayo, Excmo. Sr. D. Antonio Truyol Serra, Recurso de amparo 398/1981

STC 49/1982, de 14 de julio, Excmo. Sr. D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Recurso de amparo 21/1982

STC 65/1982, de 10 de noviembre, Excmo. Sr. D. Ángel Latorre Segura, Recurso de amparo 50/1982

STC 81/1982, de 21 de diciembre, Excmo. Sr. D. Luis Díez-Picazo, Recurso de amparo 158/1982

STC 27/1983, de 20 de abril, Excmo. Sr. D. Rafael Gómez-Ferrer Morant, RTC 27

STC 49/1983, de 1 de junio, Excmo. Sr. D. Francisco Pera Verdaguer, Recurso de amparo 444/1982

STC 70/1983, de 26 de julio, Excmo. Sr. D. Francisco Pera Verdaguer, Recurso de amparo 61/1983

STC 75/1983, de 3 de agosto, Excmo. Sr. D. Ángel Escudero del Corral, Cuestión de inconstitucionalidad 44/1982

STC 103/1983, de 22 de noviembre, Excmo. Sr. D. Luis Díez-Picazo, cuestión de inconstitucionalidad 301/1982

STC 104/1983, de 23 de noviembre, Excmo. Sr. D. Ángel Escudero del Corral, CD 42330-NS/0000

STC 121/1983, de 15 de diciembre, Excmo. Sr. D. Francisco Pera Verdaguer, CD 819176/1983

STC 13/1984, de 3 de febrero, Excmo. Sr. D. Ángel Escudero del Corral, recurso de amparo 481/1983

STC 26/1984, de 24 de febrero, Excmo. Sr. D. Francisco Pera Verdaguer, Cuestión de inconstitucionalidad 415/1982

STC 63/1984, de 21 de mayo, Excmo. Sr. D. Manuel Díez de Velasco Vallejo, Recurso de amparo 397/1983

STC 83/1984, de 24 de julio, Excmo. Sr. D. Francisco Rubio Llorente, Cuestión de inconstitucionalidad 80/1983

STC 103/1984, de 12 de noviembre, Excmo. Sr. D. Francisco Tomás y Valiente, Recurso de amparo 94/1984

STC 121/1984, de 12 de diciembre, Excmo. Sr. D. Francisco Tomás y Valiente, Recurso de amparo 122/1984, 126/1984 y 127/1984

STC 46/1985, de 26 de marzo, Excmo. Sr. D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, RTC 46

STC 58/1986, de 14 de mayo, Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Recurso de amparo 436/1985 y 886/1985

STC 76/1986, de 9 de junio, Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, RTC 76

STC 146/1986, de 25 de noviembre, Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, RTC 146

Auto 573/1986, de 2 de julio, recurso de amparo 154/1986

STC 25/1987, de 26 de febrero, Excmo. Sr. D. Jesús Leguina Villa, Recurso de amparo 1070/1985

STC 65/1987, de 21 de mayo, Excmo. Sr. D. Luis López Guerra, recurso de inconstitucionalidad 222/1984

STC 119/1987, de 9 de julio, Excma. Sra. Dª. Gloria Begué Cantón, recurso de amparo 967/1985

STC 128/1987, de 16 de julio, Excmo. Sr. D. Luis López Guerra, Recurso de amparo 1123/1985

STC 134/1987, de 21 de julio, Excmo. Sr. D. Ángel Latorre Segura, CD 93432-NS/0000

STC 137/1987, de 22 de julio, Excmo. Sr. D. Fernando García-Mon y González-Regueral, Recurso de amparo 306/1986

STC 27/1988, de 23 de febrero, Excmo. Sr. D. Francisco Rubio Llorente, Recurso de amparo 85/1987

STC 30/1988, de 29 de febrero, Excma. Sra. Dª. Gloria Begué Cantón, CD 1069360/1988

STC 208/1988, de 10 de noviembre, Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, CD 1148-TC/1989

STC 90/1989, de 11 de mayo, Excmo. Sr. D. Luis López Guerra, CD 828825/1989

STC 124/1989, de 7 de julio, Excmo. Sr. D. Jesús Leguina Villa, RTC 124

STC 65/1990, de 5 de abril, Excmo. Sr. D. Álvaro Rodríguez Bereijo, CD 2219-JF/0000

STC 76/1990, de 26 de abril, Excmo. Sr. D. Jesús Leguina Villa, Recurso de inconstitucionalidad 695/1985

STC 100/1990, de 30 de mayo, Excmo. Sr. D. Carlos de la Vega Benayas, CD 1503-TC/1990

STC 184/1990, de 15 de noviembre, Excmo. Sr. D. Jesús Leguina Villa, RTC 184

STC 68/1991, de 8 de abril, Excmo. Sr. D. Francisco Rubio Llorente, Recurso de amparo 1121/1988

STC 70/1991, de 8 de abril, Excmo. Sr. D. Francisco Rubio Llorente, RTC 70

STC 145/1991, de 1 de julio, Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Recurso de amparo 175/1989

STC 232/1991, de 10 de diciembre, Excmo. Sr. D. Álvaro Rodríguez Bereijo, Recurso de amparo 868/1989

STC 13/1992, de 6 de febrero, Excmo. Sr. D. Álvaro Rodríguez Bereijo, RTC 13

STC 39/1992, de 30 de marzo, Excmo. Sr. D. Eugenio Díaz Eimil, CD 1888-TC/1992

STC 3/1993, de 14 de enero, Excmo. Sr. D. Carlos de la Vega Benayas, cuestión de inconstitucionalidad 231/1987

STC 184/1993, de 31 de mayo, Excmo. Sr. D. José Gabaldón López, recurso de amparo 2082/1990

STC 231/1993, de 12 de julio, Excmo. Sr. D. Carlos de la Vega Benayas, recurso de amparo 1839/1990

STC 268/1993, de 20 de septiembre, Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, RTC 268

STC 319/1993, de 27 de octubre, Excmo. Sr. D. Álvaro Rodríguez Bereijo, Cuestión de inconstitucionalidad 2111/1988

STC 375/1993, de 20 de diciembre, Excmo. Sr. D. Carles Viver Pi-Sunyer, Recurso de amparo 2375/1990

STC 377/1993, de 20 de diciembre, Excmo. Sr. D. Carles Viver Pi-Sunyer, recurso de amparo 592/1991

STC 308/1994, de 21 de noviembre, Excmo. Sr. D. Álvaro Rodríguez Bereijo, Recurso de amparo 2052/1991

STC 38/1995, de 13 de febrero, Excmo. Sr. D. José Gabaldón López, RTC 38

STC 77/1995, de 22 de mayo, Excmo. Sr. D. José Gabaldón López, Recurso de amparo 634/1992

STC 195/1996, de 28 de noviembre, Excmo. Sr. D. Tomás Vives Antón, RTC 195

STC 240/1999, de 20 de diciembre, Excmo. Sr. D. Carles Viver Pi-Sunyer, Recurso de amparo 2897/1995

STC 181/2000, de 29 de junio, Excmo. Sr. D. Pablo García Manzano, Cuestiones de inconstitucionalidad 3536/1996, 3556/1997, 3949/1997, 5175/1997 y 402/1998

STC 200/2001, de 4 de octubre, Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas, Cuestión de inconstitucionalidad 2992/1999

STC 239/2002, de 11 de diciembre, Excmo. Sr. D. Eugeni Gay Montalvo, RTC 239

STC 197/2003, de 30 de octubre, Excmo. Sr. D. Francisco Javier Delgado Barrio, Cuestión de inconstitucionalidad 1836/1997

STC 199/2004, de 15 de noviembre, Excmo. Sr. D. Eugeni Gay Montalvo, Recurso de amparo 2365/2002

STC 253/2004, de 22 de diciembre, Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, CD 138/2005

STC 154/2006, de 22 de mayo, Excmo. Sr. D. Francisco Javier Delgado Barrio, Recurso de amparo 5399/2002

STC 59/2008, de 14 de mayo, Excmo. Sr. D. Pascual Sala Sánchez, Cuestión de inconstitucionalidad 5939/2005

STC 76/2008, de 3 de julio, Excmo. Sr. D. Eugeni Gay Montalvo, RTC 76

STC 22/2010, de 27 de Abril, Excmo. Sr. D. Ramón Rodríguez Arribas, cuestión de inconstitucionalidad 176/2006

<u>TRIBUNAL SUPREMO</u>

STS de 19-12-1983, Excmo. Sr. D. Juan Muñoz Campos, RJ 6246

STS de 25-6-1987, Excmo. Sr. D. Arturo Fernández López, RJ 4642

STS de 5-10-1988, Excmo. Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castilla, RJ 7537

STS de 6-7-1989, Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde, RJ 5434

STS de 18-9-1991, Excmo. Sr. D. Víctor Fuentes López, RJ 6468

STS de 3-12-1991, Excmo. Sr. D. Enrique Álvarez Cruz, RJ 9037

STS de 5-10-1992, Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, CD 15005-R/1992

STS de 9-11-1992, Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, RJ 8791

STS de 26-7-1993, Excmo. Sr. D. Pablo Manuel Cachón Villar, CD 12634/1993

STS de 10-12-1993, Excmo. Sr. D. Enrique Álvarez Cruz, CD 13672/1993

STS de 24-10-1994, Excmo. Sr. D. Enrique Álvarez Cruz, CD 14098/1994

STS de 4-5-1995, Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde, RJ 4443

STS de 10-7-1995, Excmo. Sr. D. Luis Gil Suárez, RJ 5489

STS de 23-1-1997, Excmo. Sr. D.Víctor Fuentes López, RJ 567

STS de 17-12-1997, Excmo. Sr. D. Leonardo Bris Montes, RJ 9188

STS de 26-1-1998, Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina, RJ 1056

STS de 1-4-1998, Excmo. Sr. D. José María Marín Correa, CD 5597/1998

STS de 25-6-1998, Excmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero, CD 8040/1998

STS de 9-12-1998, Excmo. Sr. D. José María Marín Correa, RJ 10496

STS de 16-3-1999, Excmo. Sr. D. José María Botana López, CD 5342/1999

STS de 9-12-1999, Excmo. Sr. D. Mariano Sanpedro Corral, RJ 9720

STS de 1-2-2000, Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, CD 84594/2000

STS de 7-2-2000, Excmo. Sr. D. Juan Francisco García Sánchez, RJ 1610

STS de 3-3-2000, Excmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero, RJ 2594

STS de 27-3-2000, Excmo. Sr. D. José María Botana López, CD 7901/2000

STS de 11-4-2000, Excmo. Sr. D. Luis Ramón Martínez Garrido, Rec. nº 2770/1999

STS de 14-4-2000, Excmo. Sr. D. Joaquín Samper Juan, RJ 3954

STS de 3-5-2000, Excmo. Sr. D. Juan Francisco García Sánchez, Rec. nº 331/1999

STS de 17-7-2000, Excmo. Sr. D. Joaquín Samper Juan, RJ 7636

STS de 22-12-2000, Excmo. Sr. D. Mariano Sanpedro Corral, CD 2498/2001

STS de 19-2-2002, Excmo. Sr. D. Mariano Sanpedro Corral, RJ 4364

STS de 1-10-2002, Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, RJ 2003\3153

STS de 25-10-2002, Excma. Sra. Dª. Milagros Calvo Ibarlucea, RJ 2003\1907

STS de 11-12-2002, Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde, RJ 2003\1958

STS de 26-2-2003, Excmo. Sr. D. Manuel Iglesias Cabero, RJ 3257

STS de 2-10-2003, Excmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero, RJ 7375

STS de 15-12-2003, Excmo. Sr. D. Mariano Sanpedro Corral, CD 1543042/2003

STS de 7-4-2004, Excmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero, RJ 3651

STS de 27-1-2005, Excma. Sra. Dª. Milagros Calvo Ibarlucea, CD 1939301/2005

STS de 15-2-2005, Excmo. Sr. D. Pablo Manuel Cachón Villar, CD 11328/2005

STS de 27-7-2005, Excmo. Sr. D. Víctor Fuentes López, RJ 8603

STS de 20-12-2005, Excmo. Sr. D. Joaquín Samper Juan, Rec. nº 2398/2004

STS de 22-3-2006, Excmo. Sr. D. Luis Gil Suárez, RJ 2316

STS de 6-7-2006, Excmo. Sr. D. Luis Gil Suárez, RJ 8576

STS de 4-10-2006, Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez, RJ 8425

STS de 11-10-2006, Excmo. Sr. D. José Luis Gilolmo López, RJ 7658

STS de 8-11-2006, Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, Rec. Nº 4915/2005

STS de 6-6-2007, Excmo. Sr. D. José Luis Gilolmo López, Rec. Nº 835/2006

STS de 18-3-2008, Excmo. Sr. D. Joaquín Samper Juan, Rec. Nº 800/2007

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

STSJ de Cantabria de 24-10-2005, Ilmo. Sr. D. Rubén López-Tamés Iglesias, AS 3131

STSJ de Cataluña de 9-2-1993, Ilma. Sra. Dª. María del Carmen Figueras Cuadra, AS 811

STSJ de Galicia de 17-2-1999, Ilmo. Sr. D. Manuel Domínguez López, AS 297

STSJ de Galicia de 26-10-2000, Ilmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández, AS 5779

STSJ de Asturias de 30-4-2010, Ilmo. Sr. D. Jesús María Martín Morillo, Rec. Nº 758/2010.

TRIBUNAL CENTRAL DE TRABAJO

STCT de 16-2-1978, Ilmo. Sr. D. Fernando Magro Valdivielso, A. 1006

STCT de 18-1-1983, Ilmo. Sr. D. Justo Pastor Asensio Mochales, A. 451

STCT de 15-4-1985, Ilmo. Sr. D. José Malpartida Morano, A. 2476

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

STJCE de 27-6-1990, Ponente Thomas Francis O´Higgins, Caso Maria Kowalska contra Freie und Hansestadt Hamburg, TJCE 1991\20

STJCE de 7-2-1991, Ponente Thomas Francis O´Higgins, Caso Helga Nimz contra Freie und Hansestadt Hamburg, TJCE 1991\128

STJCE de 4-6-1992, Ponente John Loyola Murray, Caso Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin E. V. contra Monika Bötel, TJCE 1992\114

STJCE de 17-10-1995, Ponente Paul Kapteyn, Caso Eckhard Kalanke contra Freie Hansestadt Bremen, TJCE 1995\172

STJCE de 11-11-1997, Ponente Paul Kapteyn, Caso Hellmut Marschall contra Westfalen, TJCE 1997\236

STJCE de 9-2-1999, Ponente Federico Mancini, Caso Regina contra Secretary of State for Employment, Asunto C-167/97, TJCE 1999\21

STJCE de 6-7-2000, Ponente Paul Kapteyn, Caso Katarina Abrahamsson y otros contra Elisabet Fogelqvist, Asunto C-407/98, TJCE 2000\166

STJCE de 30-9-2004, Ponente Romain Schintgen, Caso Serge Briheche contra Ministerio de Educación y otros, Asunto C-319/03, TJCE 2004\270

STJCE de 16-10-2007, Ponente Romain Schintgen, Caso Félix Palacios de la Villa contra Cortefiel Servicios, S.A., Asunto C-411/05

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH de 8-12-2009, Muñoz Díaz v. Spain, application 49151/07