

La garantía de un régimen público de Seguridad Social

Antonio Ojeda Avilés

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

SUMARIO: 1. El artículo 41 de la Constitución y su grupo normativo: 1.1. El planteamiento constitucional. 1.2. La aplicación hermenéutica. 1.3. La norma internacional de mayor valor en la interpretación del artículo 41 de la Constitución.—2. Sujetos obligados y tipos de obligación.—3. Contenido estructural. El Servicio Público de Seguridad Social.—4. Ámbito subjetivo. Los destinatarios del servicio público.—5. Ámbito objetivo. La garantía de asistencia y prestaciones sociales suficientes: 5.1. Los elementos típicos de la garantía. 5.2. Los derechos subjetivos garantizados. 5.3. La suficiencia de la asistencia y prestaciones sociales. 5.4. La asistencia y prestaciones complementarias.

1. EL ARTÍCULO 41 DE LA CONSTITUCIÓN Y SU GRUPO NORMATIVO

1.1. El planteamiento constitucional

A tenor del art. 41 CE, «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».

No es el único precepto constitucional donde hallamos una referencia a la protección aseguradora, aunque desde luego es el más general. Así, el grupo normativo se completa con específicas admoniciones a las contingencias que el legislador constituyente considera más importantes: la familia en el art. 39, la salud pública en el art. 43, la invalidez en el art. 49 y la vejez en el art. 50, a los que quizá debieran añadirse los artículos referidos al reparto de competencias en materias de seguridad social, asistencia social y sanidad e higiene (arts. 148.1.20, 148.1.21 y 149.1.17) y a concretos aspectos como la participación de los interesados o la seguridad social del conscripto (arts. 129.1 y 25.2 CE). Evidentemente la consideración como grupo normativo de las normas mencionadas suponen una petición de principio, pues sólo desde una concepción concreta de qué sea la Seguridad Social y cuál sea su contenido podemos hacerla, pero de esta cuestión trataré más abajo. Por ahora nos interesa saber que el art. 41 no se encuentra solo en el tratamiento de las cuestiones aseguradoras públicas, por lo que posiblemente nuestra Constitución otorgue al tema uno de los tratamientos más amplios del panorama internacional, acaso porque llega en un momento, 1976, en donde el orden mundial ha alcanzado la máxima tensión solidaria provocada por la Segunda Gran Guerra y se está a punto de entrar o se ha entrado ya en otra fase muy distinta, la de globalización y competencia internacional. Nuestro país, por su parte, vivía momentos excepcionales en donde la solidaridad social y política alcanzaba sus máximas cotas, con una movilización de masas extraordinaria y un optimismo humanista que la posmodernidad se encargó de limar.

En todo caso la formulación del panorama normativo de la Seguridad Social se plantea en los textos constitucionales e internacionales de la misma manera cuando dedican al tema algo más que una declaración de principios, y ello puede ser debido a distintas

razones. Se ha argumentado que la disgregación es deliberada, al objeto de sustraer fuerza a la materia, y no cabe duda que la fragmentación, tan alabada en otro tiempo como la única manera de evitar la rigidez y aportar flexibilidad a los asuntos que, como el laboral o el aseguratorio, requerían de una adaptación constante al momento económico, ha aportado en realidad grandes dosis de inseguridad y desgobierno jurídico ante una masa normativa fluctuante de la que no se sabía con frecuencia ni siquiera su estado de vigencia. La «edad de la descodificación» ha traído esos lodos, quizá buscados, y hoy tratamos de hallar una cierta reunificación y armonización, ya en códigos como los de los países emergentes o los de Seguridad Social francés y alemán, ya en leyes unitarias que actúan en el rol de códigos, como el Estatuto de los Trabajadores, ya en textos consolidados a donde van a parar todas las novedades de la concreta materia, como el Reglamento 1408/71/CEE de Seguridad Social europea (1). Hay otra interpretación del fenómeno, sin embargo, algo menos voluntarista: la disgregación es en buena medida obligada, si leemos con atención los demás artículos del grupo normativo que nos ocupa. Pues estamos hablando de un aspecto de la Política Social, quizá el más importante pero no el único, y tanto la salud como la atención a los discapacitados, a la familia o a los ancianos se enfocan en el texto constitucional desde una variedad de ángulos de entre los que el aseguratorio es solo, como he dicho, el más importante. De ahí que el art. 41 cumpla una función integradora y selectiva del grupo normativo, el eje o punto de referencia, al integrar el perfil más sólido de la Seguridad Social, por una parte, y al permitirnos con los datos que en él hallamos seleccionar de los diversos aspectos de cada parte solo el vector aseguratorio.

Aunque del contenido esencial y del perfil reconocible en esta materia hablaré con mayor atención más abajo, me gustaría terminar la descripción del grupo normativo con una última pincelada que puede ser importante. Los distintos artículos antes citados mencionan el desempleo, la enfermedad, la familia, la incapacidad, la vejez. En los elencos clásicos que veremos después aparecen otras contingencias dentro del ámbito material de la Seguridad Social, cuya ausencia en nuestra Constitución puede ser consciente o al menos polémica. Algunas de las contingencias omitidas han surgido recientemente, por lo que no es de extrañar su ausencia: tal ocurre con la dependencia, pero también con la prejubilación. En otros casos la concreta contingencia que buscamos puede considerarse comprendida dentro de otra más amplia, como ocurre con la incapacidad temporal o con la maternidad y el riesgo por embarazo. La ausencia es clamorosa y sin explicación convalidatoria en el supuesto de la muerte y supervivencia, tratándose de una de las contingencias más clásicas, la que formó el embrión y núcleo duro de la Seguridad Social primigenia, junto con la incapacidad y vejez. Muy forzosamente podría incluirse en el art. 39 sobre familia, pero desde luego familia y supervivencia son contingencias distintas desde antes incluso de la Ley de Bases de 1963, sin que podamos alegar desconoci-

(1) En España, DURÁN LÓPEZ, RODRÍGUEZ SAÑUDO y MARTÍN VALVERDE han defendido la codificación de la Seguridad Social en «Evolución del Derecho de la Seguridad Social», *Papeles de Economía Española*, núm. 12/13, 1982, pág. 184. En Italia lo ha hecho BALANDI, «Perché e come un Testo Unico pensionistico», *Lavoro e Diritto*, núm. 2, 2001, págs. 345 y ss.

miento del legislador constituyente. Solo la orfandad cabría entender holgadamente que entra en el círculo de influencia del art. 39, pues habla de la protección integral de los hijos garantizada por los poderes públicos. Hoy día el silencio constitucional sobre la viudedad conecta inesperadamente con las voces y las legislaciones que, como la danesa, han reconvertido la protección a las viudas en prestaciones temporales en lugar de pensiones. Pero el debate de este concreto aspecto excede del análisis del art. 41.

El cual se ubica en el Capítulo III del Título I de la Constitución, es decir: dentro del Título sobre Derecho y Deberes Fundamentales, en el Capítulo sobre Principios Rectores de la política social y económica. Es por ello que otro de los temas en debate radica en evaluar los posibles perfiles, o más técnicamente, la naturaleza jurídica del mandato contenido en el art. 41. Desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, resulta significativa que en la privilegiada Sección 1.^a del Capítulo II, sobre derechos fundamentales y libertades públicas, los únicos derechos fundamentales de corte social que aparecen sean el de huelga y de libertad sindical, junto a las grandes libertades civiles y políticas del primer nivel. La referencia a la Seguridad Social tampoco surge en la Sección 2.^a de dicho Capítulo II, sobre derechos y deberes de los ciudadanos, donde vemos reconocidos algunos derechos sociales muy importantes, como el de negociación colectiva y el de conflicto colectivo, pero también otros de menor relieve histórico, como el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión y oficio, a la promoción en el trabajo, y al remuneración suficiente. Hemos de esperar al Capítulo III, como he dicho, para hallar todo el grupo normativo aquí en análisis, desde la salud pública a la protección de la familia o la vejez, por lo que la doctrina se interroga sobre si ante la Seguridad Social nos hallamos, pese a todo, ante un derecho fundamental, o al menos ante un derecho constitucional, o si, en definitiva, nos enfrentamos ante otro tipo de fenómeno jurídico. Desde la mera perspectiva del texto constitucional la respuesta quizá sería rotunda en el sentido de elegir la tercera opción. Sin embargo, la mayor parte de las normas internacionales que obligan a nuestro país describen a la Seguridad Social como un derecho de cierta relevancia, bien como un derecho humano, bien como un derecho fundamental, bien como un derecho de relevancia constitucional. Así, uno de los textos más recientes, aún en proceso de ratificación, el del Tratado sobre la Constitución Europea, declara en su art. II.94 que «La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan la protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo». Por otra parte, aun en el caso de los artículos contenidos en el Capítulo III los hay que reconocen derechos a los ciudadanos, como son los arts. 44, 45 o 47, sobre derecho a la cultura, al medio ambiente o una vivienda digna y adecuada. A mi juicio la respuesta sobre el artículo que nos ocupa viene determinada por su texto, donde el punto axial lo constituye el mandato a los poderes públicos para mantener un régimen público de Seguridad Social. En qué consista el mandato, y si da origen a un cierto tipo de derecho individual o es simplemente un principio rector del actuar público, tendremos ocasión de discutirlo en los siguientes epígrafes del presente ensayo.

1.2. La aplicación hermenéutica

Como toda norma, el art. 41 obedece a ciertos criterios hermenéuticos cuando llega el momento de interpretar su contenido. Se trata de una norma llena de conceptos sobremanera ambiguos, pasibles de interpretaciones en agudo contraste, por lo que hemos de saber de antemano los criterios de lectura utilizables para comprenderlos de la manera más adecuada.

a) El Tribunal Constitucional (TC) ha reiterado en varias sentencias el que considera como el criterio más adecuado para adentrarnos en los arcanos del artículo. El régimen público de Seguridad Social ha de ser reconocible para la imagen que del mismo tiene la *conciencia social*, una apelación al *Volkegeist* que en definitiva reconduce a lo que los tribunales estimen ser la opinión mayoritaria de la sociedad sobre un determinado tema y, en último extremo, a una plasmación de la doctrina judicial (2). Que el alto tribunal abra

(2) STC 206/1997, de 27 de noviembre: «Por otra parte, qué sea “Seguridad Social” no es deducible por sí solo del tenor del art. 41 CE. Como en relación con otras tantas instituciones ya se ha dicho, conviene recordar aquí que no es posible partir de la consagración constitucional de un único modelo de Seguridad Social, como las CC.AA. Cataluña y el País Vasco parecen creer. La Constitución, y más cuando se trata de una materia como la Seguridad Social, no pretende imponer un único modelo. Consagra una institución protegiéndola contra alteraciones que puedan desnaturalizar su esencia, pero no cierra posibilidades para la evolución del sistema de Seguridad Social hacia ámbitos desconocidos en la actualidad o hacia técnicas que hasta ahora no se han querido o podido utilizar. En suma, la Constitución consagra “la garantía institucional del sistema de Seguridad Social, en cuanto impone el obligado respeto a los rasgos que la hacen reconocible en el estado actual de la conciencia social, lleva aparejado el carácter público del mencionado sistema (y sólo impide que) se pongan en cuestión los rasgos estructurales de la Institución Seguridad Social” (STC 37/1994, FJ 4.º). Dentro de tales límites son constitucionalmente admisibles distintos modelos»; STC 239/2002 de 11 de diciembre: «Hemos dicho en otros supuestos bien diferentes que “a este Tribunal no le corresponde señalar en abstracto cuál de entre las constitucionalmente posibles resulta la [opción legislativa] más oportuna, adecuada o conveniente. Esta labor es propia del legislador, correspondiendo, eso sí a este Tribunal garantizar que dichas definiciones no impliquen en la práctica una alteración del sistema de distribución de competencias, ya sea porque resulten completamente artificiales, no respetando la imagen que de los distintos conceptos existe en la conciencia social, ya sea porque a tales conceptos se anuden consecuencias no queridas por el constituyente” [STC 40/1998, de 22 de enero, FJ 6.º, con cita de las SSTC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 4.º c), y 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 3.º]»; *Id* (STC 239/2002 de 11 de diciembre): «la naturaleza derivada de su otorgamiento único es, *per se*, diferente a lo que debe considerarse como una pensión, “en términos reconocibles para la imagen que de la misma [Seguridad Social] tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar” (SSTC 26/1987, de 27 de febrero, FJ 4.º; 76/1988, de 26 de abril, FJ 4.º y 37/1994, de 10 de febrero, FJ 3.º)»; STC 197/2003 de 30 de octubre: «Por otro lado, es de recordar que la extensión específica de la “Seguridad Social” no es deducible por sí sola del tenor del art. 41 CE. Como en relación con otras tantas instituciones ya se ha dicho, conviene recordar aquí que no es posible partir de la previsión constitucional de un único modelo de Seguridad Social. La Constitución consagra una institución protegiéndola contra alteraciones que puedan desnaturalizar su esencia, pero no cierra posibilidades para la evolución del sistema de Seguridad Social hacia ámbitos desconocidos en la actualidad o hacia técnicas que hasta ahora no se han querido o podido utilizar. En suma, la Constitución consagra “la garantía institucional del sistema de Seguridad Social, en cuanto impone el obligado respeto a los rasgos que la hacen reconocible en el estado actual de la conciencia social, lleva aparejado el carácter público del mencionado sistema” y sólo impide que “se pongan en cuestión los rasgos estructurales de la institución Seguridad Social” (STC 37/1994, de 10 de febrero, FJ

un portillo para, a su través, manifestar sus convicciones, no parece inconveniente ni mucho menos novedoso; el problema consiste en que hasta el momento no lo ha utilizado para exponer lo que considera como régimen público de Seguridad Social, y cuando ha señalado alguna característica concreta, lo ha hecho en términos igualmente de gran ambigüedad. La opinión común así aludida tiene además la dificultad propia de su carácter evolutivo, pues de ninguna manera queda anclada en un momento histórico, digamos, el de la promulgación de la norma, sino que ha de ajustarse a los parámetros de tiempo y lugar concretos en que la consulta se hace. Así lo indica el TC al añadir a la idea de conciencia social los predicados *en cada tiempo y lugar*, unas veces, o bien *en el estado actual* de dicha conciencia, aunque en otras ocasiones se limite a hablar de ella sin especificación alguna. Creo que sin dificultades podemos identificar este criterio con el del momento histórico a que alude el Código Civil en sus criterios de interpretación de las normas, lo cual apunta a un criterio bastante grueso, cuya eficacia se limita a excluir las interpretaciones meridianamente obsoletas o fuera de lugar y aplicadas a instituciones jurídicas muy nítidas y simples (3), por lo que dudo de su ayuda para orientarnos en el art. 41 CE. Al cabo desembocará, como ya he dicho, en la propia opinión del TC, lo que parece incluso más técnico que la apelación al sentido del ciudadano medio o a las encuestas de opinión.

4.º). Dentro de tales límites son constitucionalmente admisibles distintos modelos y distintos planteamientos de la cobertura reconocida, sin que, en particular y en todo caso, la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos constituya un imperativo jurídico (SSTC 38/1995, de 13 de febrero, FJ 2.º y 77/1995, de 20 de mayo, FJ 4.º); STC 44/2004 de 23 de marzo: «Salvada la garantía institucional que consagra el art. 41 CE de preservar un régimen público de seguridad social en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar, el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél (SSTC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17 y 37/1994, de 10 de febrero, FJ 3.º, por todas); STC 78/2004 de 29 de abril: «Por otro lado, es de recordar que la extensión específica de la “Seguridad Social” no es deducible por sí sola del tenor del art. 41 CE. Como en relación con otras tantas instituciones ya se ha dicho, conviene subrayar aquí que no es posible partir de la previsión constitucional de un único modelo de Seguridad Social. La Constitución consagra una institución protegiéndola contra alteraciones que puedan desnaturalizar su esencia, pero no cierra posibilidades para la evolución del sistema de Seguridad Social hacia ámbitos desconocidos en la actualidad o hacia técnicas que hasta ahora no se han querido o podido utilizar. En suma, “la garantía institucional del sistema de Seguridad Social, en cuanto impone el obligado respeto a los rasgos que la hacen reconocible en el estado actual de la conciencia social, lleva aparejado el carácter público del mencionado sistema” y sólo impide que “se pongan en cuestión los rasgos estructurales de la institución Seguridad Social” (STC 37/1994, de 10 de febrero, FJ 4.º). Dentro de tales límites son constitucionalmente admisibles distintos modelos y distintos planteamientos de la cobertura reconocida, sin que, en particular y en todo caso, la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos constituya un imperativo jurídico (SSTC 38/1995, de 13 de febrero, FJ 2.º y 77/1995, de 20 de mayo, FJ 4.º)».

- (3) Así, la convivencia *more uxorio* o unión de hecho de la STC 35/1991, de 14 de febrero, la cual señala el cambio habido en la conciencia social sobre su consideración, antes acto ilícito entre concubinos, hoy acto jurídico reconocido y reconocible.

b) Aunque el TC se muestre reticente a utilizar los criterios del Código Civil en su labor frente al texto constitucional, lo cierto es que tales reglas representan la sabiduría jurídica de muchos siglos de interpretar las normas y están cargadas de sentido común. Sin citarlo expresamente, el TC utiliza con frecuencia el criterio contextual, de otros artículos de la Ley Fundamental, y respecto al art. 41 nos va a servir en las próximas páginas para resolver alguna duda, sobre todo si tenemos en cuenta su pertenencia a un grupo normativo formado por varios artículos.

c) En varias ocasiones acude el TC a los textos internacionales como elementos hermenéuticos para el esclarecimiento del artículo que nos ocupa (4). La sentencia más

- (4) STC 44/2004 de 23 de marzo: «En este sentido, no existe norma legal que establezca el derecho del cargo directivo sindical, por esta mera condición, a quedar incluido en el sistema de Seguridad Social español a efectos de la protección por desempleo ni del resto de contingencias protegidas (al margen de que tal inclusión pueda reputarse deseable, en aras de evitar que la carrera de seguro social de un determinado trabajador pueda verse perjudicada por la asunción de responsabilidades como dirigente sindical). Tampoco existe precepto de carácter internacional que establezca tal derecho: así, ninguna referencia se contiene al respecto en el art. 8 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales ni en el art. 2 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Del mismo modo, nada se establece en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo núm. 87, de 1948, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, ni en el Convenio núm. 98, de 1949, sobre el derecho de sindicación y la negociación colectiva». STC 184/1990 de 15 de noviembre: «El planteamiento anterior resulta confirmado por las normas y los Convenios internacionales que igualmente exigen, como regla general, el previo vínculo matrimonial con el causante para tener derecho a las prestaciones por fallecimiento de aquél. Es el caso, señaladamente, del Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la Norma mínima de la Seguridad Social (ratificado por España el 17 mayo 1988, si bien no en la Parte X, relativa a las prestaciones de sobrevivientes) al que se refiere el art. 12.2 Carta Social Europea. Las prestaciones de sobrevivientes mencionadas en este Convenio deben comprender “la pérdida de medios de existencia sufrida por la viuda... como consecuencia de la muerte del sostén de la familia”, pudiendo presumir las legislaciones nacionales que la viuda es “incapaz de subvenir a sus propias necesidades”. La prestación puede suspenderse si la beneficiaria ejerce ciertas actividades remuneradas (art. 60) y concretamente se reconoce en favor de “las cónyuges” y “las viudas” (art. 61) que estaban a cargo de las causantes en el momento del fallecimiento —art. 1 c) y d)—. De manera sustancialmente similar reconoce las prestaciones de sobrevivientes el Convenio 128 OIT, relativo a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes —arts. 1 e), f) y g), y 22—, añadiendo que cabe exigir que la viuda tenga una determinada edad, salvo en algunos supuestos, y que puede prescribirse una duración mínima del matrimonio para que la viuda sin hijos tenga derecho a la prestación. Es cierto, sin embargo, que existen Recomendaciones de la OIT, como la núm. 67, que sugiere que la prestación de sobrevivientes debería abonarse “en las condiciones determinadas por la legislación nacional, a la mujer que no estando casada haya habitado con el de *cujus*” —anexo XIII.1 c)—; o como la núm. 131, que aboga por extender la prestación de sobrevivientes, “por etapas si fuera necesario y en las condiciones apropiadas”, además de a las cónyuges y a los hijos, a «otras personas a cargo” del fallecido (ap. 11.º3). También en el conocido como proyecto de Código de Seguridad Social de Lovaina (elaborado en 1977 por el Instituto de Seguridad Social de la Universidad Católica de Lovaina) se propone que, “al fallecimiento de un trabajador, los miembros que formaban parte de su familia, o que estaban a su cargo” tengan derecho, “eventualmente”, a una pensión de sobrevivencia (art. 207). Pero, con independencia de que en el primer caso se propugna únicamente “cuando se presuma que la pérdida de los medios de vida de la familia está motivada por la muerte de su jefe” y en las condiciones que determine la legislación nacional, y en el segundo y en el tercero sólo cuando se trate de personas “a cargo” del fallecido, ha de señalarse sobre todo que, en los dos primeros documentos (siendo innecesario todo comentario al respecto en relación con el tercero) se trata de meras recomendaciones —esto es, de “textos orientativos... sin eficacia vinculante”, que sólo operan, en su caso, como “criterios interpre-

importante al respecto es la 206/1997, de 27 de noviembre, centrada en el recurso de los poderes públicos de Cataluña y País Vasco contra la Ley de Planes y Fondos de Pensiones, a cuyo tenor la imperatividad, o no voluntariedad, es un rasgo típico de la Seguridad Social (5). Pero el recurso al instrumental internacional queda reducido a un respaldo de las propias opiniones del TC, o a lo sumo a concretar un elemento característico

tativos y aclaratorios de los Convenios" (STC 38/1981)— que la propia OIT no ha terminado por recoger en sus convenios, conscientemente de que los mismos conforman mínimos normativos, cuya mejora en el sentido de lo recomendado es deseable y en cuanto tal se impulsa por la Organización Internacional, pero sin imponerlo a las legislaciones nacionales». STC 77/1995 de 22 de mayo: «Delimitando el objeto del proceso, importa reiterar que no corresponde a este Tribunal, al conocer un recurso de amparo, examinar la observancia o inobservancia *per se* de textos internacionales, sino comprobar el respeto o la infracción de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo [arts. 53.2 y 161.1 b) CE y 41.2 LOTC]. Sin perjuicio de que *ex art.* 10.2 CE dichos preceptos deban ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España; esta fuente interpretativa, aunque contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos, no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de la validez de las normas o los actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales; el canon está integrado por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad (SSTC 84/89, 120/90, 28/91, 64/91 y 214/91)». STC 22/1981 de 2 de julio: «La segunda línea argumental descansa en la consideración de la jubilación como una nueva conquista en el proceso de humanización del trabajo, como una medida de protección a la tercera edad. Esta argumentación desconoce que la política de protección a la tercera edad, tal como se plantea actualmente por lo que se refiere a la edad de acceso a la jubilación, obedece a criterios opuestos a los que sirven de fundamento a la jubilación forzosa, criterios que aparecen reflejados en la Recomendación núm. 162 sobre los trabajadores de edad adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 66.ª Reunión celebrada en Ginebra en 1980: en el ap. 4.º de la misma, relativo a la preparación y acceso al retiro, se recomienda que en todos los casos en que ello sea posible se adopten medidas encaminadas a lograr que el paso del trabajador a la situación de retiro se efectúe voluntariamente y a establecer un sistema que permita una transición progresiva entre la vida profesional y un régimen de actividad libre. La más reciente política de protección a la tercera edad propugna, pues, la voluntariedad y progresividad de la jubilación, rasgos contrarios a los de la jubilación forzosa, caracterizada por su obligatoriedad y su radicalidad o falta de progresividad. Las reiteradas propuestas en pro de una reducción de la edad de jubilación no van dirigidas a la fijación de una edad de jubilación forzosa, sino de la edad de admisión a la pensión de jubilación fijada por la legislación de la Seguridad Social, y lo que se pretende, en último término, es la creación de las condiciones jurídicas, económicas y asistenciales que flexibilicen las condiciones de acceso a la jubilación o a las pensiones y estimulen la jubilación anticipada mejorando los sistemas de seguridad social.

- (5) STC 206/1997: «Centrada así la cuestión, resulta imprescindible tomar en consideración el marco normativo, interno e internacional, donde hoy se mueve la institución. Al efecto, conviene recordar que, sobre todo en el plano internacional, resulta claro que la noción "Seguridad Social" no puede predicarse de instituciones protectoras cuyo origen, tanto como la extensión de la acción tutelar que dispensan, descansa en la autonomía de la voluntad. La evolución del propio sistema español de Seguridad Social, los parámetros del Derecho comparado y, muy especialmente, los compromisos asumidos por España en la materia (cuyo valor interpretativo es claro, a la luz de lo dispuesto en el art. 10.2 CE y de la consagración de la tutela frente a riesgos sociales como un derecho humano) muestran cómo resulta un factor estructural, integrante mismo de la institución Seguridad Social, el diseño legal imperativo de la acción protectora garantizada, de tal suerte que queda excluida a sus beneficiarios la capacidad de decisión sobre las fórmulas de protección, su extensión subjetiva potencial y su intensidad al margen de los cauces legalmente establecidos. Cuando la voluntad privada resulta determinante sobre los factores aludidos, sin salir del ámbito genérico de la "protección social", sí nos hallamos fuera del núcleo institucional de la Seguridad Social. No otras son las consecuencias que se deducen del fundamental art. 1 Rgto. CEE 1248/1992 del Consejo, y del Convenio 102 OIT».

de alguna contingencia, como sucede cuando reflexiona sobre si las pensiones de viudedad pueden exigir como requisito el vínculo matrimonial (6). Llama la atención ésta que podríamos llamar superficialidad en el uso de las normas internacionales por el TC, pues el art. 10.2 CE las convierte en instrumentos de primer orden interpretativo, como se sabe. Sin embargo, conviene tener en cuenta el matiz contenido en el propio art. 10.2, pues constriñe el valor hermenéutico de los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España a solo la valoración de los *derechos fundamentales y libertades* que la Constitución reconoce, lo cual plantea el problema de la calificación del régimen público de Seguridad Social. Parece como si el TC, o bien considera a dicho régimen como un derecho fundamental o libertad pública, o bien hace caso omiso de la limitación, sin entrar para nada en el problema. Tampoco vamos a entrar ahora en este tema de la naturaleza jurídica, que analizaremos más abajo. En realidad la utilización de los textos internacionales se realiza por el TC muy holgadamente, diría incluso que más allá del art. 10 CE, en cuanto normas que obligan a nuestro país y, por ende, han de ser tenidas en cuenta a la hora de establecer el alcance de las normas propias, e incluso como indicadores de prestigio sobre el camino a seguir. Solo así se comprende que aparezca alguna vez el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social (7), o las Recomendaciones de la OIT (8) o, en fin, el Código doctrinal de Seguridad Social de la Universidad Católica de Lovaina (9).

La escasez de utilización parece provenir de otro problema, en concreto el de las peculiaridades de los textos internacionales, pues nos enfrentamos a normas complejas, de distinta fuerza de obligar, con planteamientos dispares y cuyo anclaje histórico —cada uno en momentos distintos donde las percepciones variaban— quizá discrepe también de la conciencia social vigente en nuestro país.

Dedicaré unas líneas, dada su importancia creciente, a los instrumentos internacionales ratificados por España en cuanto contexto normativo con fuerza de obligar que, si bien probablemente no vinculen al intérprete constitucional, «contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos» (10). Se trata de averiguar cuál de ellos tiene mayor virtualidad para interpretar al art. 41 CE, y de paso efectuar una clarificación del panorama en lo que respecta a la Seguridad Social.

(6) STC 184/1990, de 15 de noviembre.

(7) STC 77/1995, de 22 de mayo.

(8) SSTC 22/1981, de 2 de julio, y 184/1990, de 15 de noviembre.

(9) STC 184/1990, de 15 de noviembre. El Código doctrinal había obtenido una cierta repercusión en nuestro país gracias al temprano estudio VV.AA., *El proyecto de Código de Lovaina*, IELSS, Madrid, 1978, con prólogo de ALONSO OLEA.

(10) STC 77/1995, de 22 de mayo: «Sin perjuicio de que ex art. 10.2 CE dichos preceptos deban ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, esta fuente interpretativa, aunque contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos, no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de la validez de las normas o los actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales; el canon está integrado por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad (SSTC 84/1989, 120/1990, 28/1991, 64/1991 y 214/1991)».

1.3. La norma internacional de mayor valor en la interpretación del artículo 41 de la Constitución

En principio, la idea de intentar una selección del texto internacional de mayor valor hermenéutico para el caso que nos ocupa parece descabellada, dada la multiplicidad de normas y la complejidad del art. 41. Sin duda que las principales Declaraciones y Convenios de derechos humanos encuentran aplicación básica a la hora de respaldar los trazos más elementales de la Seguridad Social. Pero a la hora de profundizar en el significado de un rasgo determinado, de una prestación concreta, o en otras palabras, a la hora de detenernos en los contenidos objetivos o subjetivos de la materia, o en el alcance de la garantía pública, por ejemplo, esos textos omnicomprendivos no nos sirven de mucho. Más todavía, cuando tratamos de avanzar allende de ese terreno genérico, el panorama se nos vuelve abigarrado, por múltiple y contradictorio. Un ensayo de clasificación de los textos internacionales ratificados por España y con fuerza de obligar en materia de Seguridad Social nos mostraría el panorama siguiente:

1. Normas universales. Sobre todo provenientes de la segunda posguerra mundial, su esfuerzo está centrado en determinar el conjunto de derechos humanos, universales o fundamentales de las tres generaciones posibles, aunque sobre todo de primera generación, que la comunidad internacional o europea consideran de titularidad individual. La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), o el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950), pero también el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Carta Social Europea (1961) y otros, componen este apartado. En sus planteamientos adoptan la estructura de normas de máximos, lo que es lo mismo, de normas programáticas que plantean a los Estados firmantes principios rectores hacia una determinada dirección.

2. Normas de coordinación. En Seguridad Social Europea las normas de conflicto entre los sistemas nacionales y la determinación del Estado responsable de una concreta prestación aseguradora han tenido desde siempre importancia central, toda vez que la Unión respeta la competencia exclusiva de los Estados miembros y solo impone algunas reglas sustantivas derivadas de la libre circulación de trabajadores, como el trato igual o la totalización de períodos de seguro. Me estoy refiriendo a los Reglamentos 1408/71/CEE y 574/72/CEE, así como al Reglamento aún no entrado en vigor 883/2004. Del mismo tenor es el Convenio Europeo de Seguridad Social de 1972, del Consejo de Europa, paralelo en su contenido al Reglamento 1408/71/CEE. Y en el mismo rubro podemos incluir a los convenios bilaterales de seguridad social suscritos por todos los países, normas de conflicto que a pesar de su escaso nivel en cuanto a la interpretación de la Constitución, han sido repetidamente utilizados por el TC en la solución de ciertos conflictos (11).

(11) Los derechos de los ciudadanos de otros países que trabajan o residen en España son el principal objeto de tales litigios. Así, SSTC 77/1995, de 22 de mayo; 130/1995, de 11 de setiembre; etc.

3. Normas de convergencia. Proponen un objetivo común a los Estados miembros, sin determinar los medios para lograrlo, dejados al arbitrio de cada uno. Típicamente nos encontramos aquí ante las Directivas comunitarias, si bien tampoco nos sirven de mucho en la materia por cuanto la UE solo tiene aquí cometidos de impulso en la labor de los Estados, sobre todo a través del método abierto de coordinación (arts. 140 y 144 TUE) y solo mínimas competencias normativas derivadas de la libre circulación (art. 42 TUE) y de la igualdad de trato, por lo que apenas encontramos como utilizables las varias Directivas sobre igualdad, la de protección de los derechos de pensión complementaria 98/49/CE y, si consideramos a la prevención de riesgos como Seguridad Social, también a las Directivas al respecto, todo lo cual proporciona una amplia masa normativa, aunque sobre aspectos más bien globales o periféricos.

4. Normas de mínimos. Proponen unas condiciones básicas a los países signatarios o miembros, que solo vienen sujetas a ellas en cuanto a establecer dicho suelo normativo y a la prohibición de legislar *in peius*, aunque por el contrario pueden mejorarlo. Los instrumentos internacionales típicos de esta caracterización son los Convenios de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), que en temas de Seguridad Social alcanzan un buen número, destacando de entre ellos el núm. 102 del año 1952, sobre norma mínima de Seguridad Social, que en la práctica sirve de instrumento alternativo a los específicos sobre una concreta prestación o contingencia (12). También el Código Europeo de Seguridad Social del año 1964 se plantea como norma mínima, y asimismo buena parte de las Directivas comunitarias, en las cuales prevalece no obstante su significado convergente propio del grupo 3.

5. Normas de armonización, en donde tanto los objetivos como los medios se proponen idénticos y obligatorios a los Estados signatarios o miembros, con el propósito de lograr una uniformidad en regulación, un espacio normativo común de vocación aplicativa directa. Los instrumentos más conocidos al respecto son los Reglamentos comunitarios, desprovistos casi íntegramente de normas sustantivas en lo referente a Seguridad Social por su función principalmente coordinatoria, asignada al grupo 2.

Al clasificar las normas internacionales aplicables a nuestro país hemos de dejar a un lado las que, o bien ratificadas pero no entradas en vigor, o bien sin fuerza normativa, pertenecen a otro nivel en Derecho. Pese a ello el TC las aplica, como hemos visto respecto a las Recomendaciones OIT, al Código de la Universidad de Bruselas o a otros textos, como referencia científica, de buen sentido, o de *communis opinio* internacional, pues a veces quedaron en las puertas del nivel normativo a pesar de su indudable relevancia, cual fue el caso de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales, incorporada al fin como canon hermenéutico en el Tratado UE, o bien se les adjudicó conscientemente

(12) En el sentido de que la ratificación de la parte correspondiente en el Convenio 102 da pie con frecuencia a los Estados miembros a denunciar el Convenio o Convenios OIT específicos de la contingencia en cuestión. Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, M. J., «El convenio 102 OIT de norma mínima de la Seguridad Social», *Revista de Trabajo*, núm. 98, 1990.

el valor de *soft law*, solo orientativo, en tiempos nuevos en que lo cogente resulta cada vez menos aceptado. Una mención especial ha de hacerse al Tratado de la Constitución Europea, en vías de ratificación por los Estados miembros, cuyo final quizá sea el mismo que el de la Carta de Niza que sirvió de base para elaborar su Parte II, es decir, una norma *non nata*, cuyo valor para interpretar nuestro art. 41 es, en todo caso, bastante limitado (13).

De los cinco tipos de normas internacionales aplicables al art. 41, el de mayor valor es el de normas de mínimos, por las razones explicadas al hablar de cada uno de ellos. Las normas de mínimos regulan el centro mismo de la Seguridad Social, los ámbitos subjetivo y objetivo, como son los grupos de personas afectados, las contingencias, las prestaciones, los niveles de intensidad, y eventualmente alguna definición general que puede también interesarnos. En ellas encontramos incluso el modo aritmético de establecer la suficiencia de las prestaciones, nada fácil ni sencillo, por otra parte.

Pero incluso seleccionando a uno de los tipos de normas, la tarea aún no termina, porque en este grupo se plantean varias incógnitas. Por ejemplo, los Convenios específicos de la OIT no pueden considerarse de mayor valor a pesar de ser muy numerosos, porque pesa sobre ellos excesivamente el momento histórico en que se promulgan, al punto de que los más antiguos —alguno de 1919, y bastantes de ellos anteriores a la Segunda Guerra Mundial— han venido sustituidos por otros más modernos, y las fórmulas de concreción varían demasiado (14). No obstante, en ciertos casos, el nivel mínimo del Convenio específico supera al de la parte respectiva del 102 (15), por lo que se plantea la sempiterna cuestión de si aplicar el criterio selectivo general del conglomeramiento al elegir la que sea mejor en su conjunto, o si hemos de acudir al cúmulo tomando *los mejores niveles* de cada norma internacional. La cuestión no puede resolverse de un único modo

- (13) El art. II.94 es redundante en concretas prestaciones con los arts. II.85 (mayores), II.93 (maternidad), y II.95 (atención sanitaria); omite la referencia a contingencias importantes, como las de enfermedades profesionales, familia, incapacidad temporal y permanente por riesgos profesionales, y en cambio incluye con un exceso de voluntarismo a otras contingencias inexistentes en bastantes países miembros, como el seguro de dependencia, la ayuda social o el seguro de vivienda. El Acta Final explica sus orígenes, una mezcla sorprendente de normas del máximo rango, normas no comunitarias y textos sin valor normativo. El Dictamen TC 1/2004, de 13 de diciembre, otorga al Tratado, para el caso de alcanzar la entrada en vigor, un valor dual como norma interna y como tratado internacional.
- (14) Por ejemplo, el Convenio 17, del año 1925, ratificado por España en 1928, sobre indemnizaciones por accidentes de trabajo, indica en su art. 9 que las víctimas de accidentes de trabajo tendrán derecho a la asistencia médica, quirúrgica y farmacéutica que se considere necesaria a consecuencia del accidente, a cargo del empleador, de la institución de seguro o de las instituciones de seguro, pero en el art. 5 solo alude a la indemnización económica por incapacidad permanente o defunción para decir que se pagarán de ordinario en forma de renta. Otros Convenios se constriñen a solo un colectivo de trabajadores, como la gente de mar o los agricultores, dificultando por ende la aplicación hermenéutica.
- (15) Tal ocurre con el Convenio OIT 121 de 1964, sobre prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Este Convenio es uno de los que España no ha ratificado, salvo error u omisión, posiblemente porque nuestra Seguridad Social ni siquiera alcanza el nivel exigido por el Convenio 102 ni por el Código Europeo.

para todos los países (16), ni es tema tan vinculado al art. 41 CE como para profundizar sobre él en estas líneas.

Podemos quedarnos, en principio, con las dos normas de mínimos más importantes y citadas: el Convenio 102 OIT sobre mínimos de Seguridad Social, y el Código Europeo de Seguridad Social (CESS). Ambos tienen bastante antigüedad, aunque han sido ratificados por España más de treinta años después desde su aprobación, el primero de 1952 en 1988 y el segundo de 1964 en 1994, lo que puede darnos idea de su nivel de exigencia (17). Queda poco para concluir nuestra búsqueda, pero aún hemos de optar entre uno u otro, dado que, si bien prácticamente idénticos el Convenio 102 y el CESS, ostentan algunas diferencias y sobre todo soportan entornos distintos (18). En efecto, el Consejo de Europa hizo suyo el Convenio 102 con solo algunos retoques europeístas, por lo que bien cabe considerarlos como hermanos gemelos, con escasas diferencias (19). En concreto el CESS no contempla el principio de trato igual, algo que puede parecernos escandaloso en un texto europeo, pero que seguramente se debe a la existencia de otros canales normativos donde hallar mejor encuadre; por otro lado tampoco permite el «descuelgue» temporal contemplado por el Convenio 102 a los países cuya economía y recursos médicos estén insuficientemente desarrollados (20); y abre la puerta a nive-

- (16) Hay países que no han ratificado expresamente el art. 12 en su integridad o en su párrafo 3, por lo que no están obligados a «esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de seguridad social», de donde no entra en juego el factor de progreso o de norma más favorable. Véase sobre las opciones de ratificación ofrecidas por el art. 20 a las Partes Contratantes, de 10 artículos o 45 párrafos de la parte II, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «Carta Social Europea y la problemática de su aplicación», *Revista de Política Social*, núm. 118, 1978, págs. 5 y ss.
- (17) Tras la Segunda Guerra Mundial, una segunda generación de mínimos entre los que figuran los del Convenio 102 surge inspirada en el amplio concepto de Seguridad Social desarrollado en el Informe Beveridge, señala OIT, *Standards for the XXIst century. Social Security*, Ginebra 2002, pág. 1. Después vendrían los Convenios de tercera generación, basados en el Convenio 102 pero con niveles superiores.
- (18) En nuestra doctrina la postura inicial se inclinaba más bien por considerar al Convenio como fuente principal, dada la remisión que al mismo hacía el art. 12 Carta Social Europea. En este sentido, GONZALO GONZÁLEZ y GONZÁLEZ-SANCHO, «El Convenio n.º 102 (norma mínima) de la OIT y la Seguridad Social española», *Revista de Seguridad Social*, núm. 2, 1979, págs. 221 y ss., sostenían aun antes de la ratificación del Código que la Carta Social Europea no otra cosa significaba que la evolución de nuestro sistema en la dirección del Convenio 102. Para ÁLVAREZ DE LA ROSA, «El artículo 41 de la Constitución: garantía institucional y compromisos internacionales», *Revista de Seguridad Social*, núm. 15, 1982, págs. 83 y ss., el reenvío posibilitaba incluso la interpretación del Derecho interno a la luz del Convenio 102, por la remisión en bloque que le hacía la Carta Social Europea. Para el mismo autor, *ibidem*, pág. 84, dicha remisión del artículo 12.2 CSE convertía al Convenio 102 en «núcleo indisponible» de nuestro sistema aseguratorio, cuando el legislador ordinario pusiera en marcha la tarea de configurar normativamente el art. 41 CE.
- (19) VENTURI, citando a DURAND, alude a ciertas dificultades políticas antes que técnicas en llegar a un instrumento europeo más favorable que el Convenio 102 (*Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1995, 272). Las descripciones de su nacimiento por parte de VILLARS, *Le Code européen de sécurité sociale et le Protocole additionnel*, Georg, Ginebra, 1979, y de NICKLESS, *European Code of Social Security: Short Guide*, Consejo de Europa, Estrasburgo 2002, son más idílicas.
- (20) Turquía ha hecho uso de esta facultad respecto a las Partes II (asistencia sanitaria) y VIII (maternidad) del CESS.

les superiores de protección para aquellos países dispuestos a progresar en la cobertura de las contingencias sociales, para lo cual ofrece un segundo nivel contemplado por el llamado Protocolo anexo (21), y un tercer nivel en el Texto Revisado del Código (22). En cuanto a sus similitudes, Convenio y Código establecen nueve Partes dedicadas a nueve contingencias típicas, entre las que se cuenta de manera discutible la de riesgos profesionales, y ambos ofrecen a los países signatarios la posibilidad de comprometerse solo con un bloque de contingencias, aunque aquí surge un importante desnivel cuantitativo y cualitativo entre ambos: las Partes Contratantes deben suscribir en el Código al menos seis de las nueve partes sustantivas, teniendo en cuenta que la asistencia sanitaria vale por dos de ellas y que la prestación de vejez vale por tres (23); en el Convenio 102 son solo tres de las partes sustantivas, de las cuales una debe ser, bien desempleo, o vejez, o riesgos profesionales, invalidez o supervivencia (24). No pocos países han ratificado todas las partes del Código, como han sido por ejemplo Alemania, Bélgica, Dinamarca, Países Bajos (que ha aceptado también todas las partes del Protocolo), Portugal (*idem*) o Chequia. La mayoría de los países, empero, se ha limitado a ratificar un bloque de contingencias, como es el caso de Francia, Reino Unido (25),

- (21) De la misma fecha que el CESS. Ratificado por una decena de países, entre ellos Alemania, Bélgica, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Suecia.
- (22) De 1990, hasta el momento lo han firmado catorce países, pero solo Turquía y Serbia y Montenegro lo tenían pendiente de ratificación en sus respectivos Parlamentos en abril de 2005 [Informe del Comité de Expertos sobre Instrumentos de Mínimos en el ámbito de la Seguridad Social, Estrasburgo 26-27 de abril de 2005, CS-CO, 2005, 8, pág. 7], mientras que Países Bajos ha anunciado su intención de hacerlo en breve. Cfr. para el estado de las firmas y ratificaciones NICKLES, *European Code of Social Security: Short guide*, Consejo de Europa, Estrasburgo 2002, apéndice.
- (23) Por ejemplo, Italia ha suscrito en el CESS las partes V, VI, VII y VIII, siendo la V la referida a vejez.
- (24) Quizá por ello, países como Austria, Finlandia, Islandia, Polonia, Eslovaquia, Rumania y Eslovenia han ratificado la Carta Social Europea incluido su art. 12 que les obliga a respetar los niveles del Convenio 102, pero no han ratificado el Código Europeo, lo que el Comité de Expertos para la aplicación de Convenios y Recomendaciones les reprochaba en su Informe del año 2003 (CEACR-2003-09-0228-16-En.doc/v2, pág. 9).
- (25) Francia no ha aceptado, por ejemplo, los niveles de la parte III (incapacidad temporal), y Reino Unido ha rechazado los de las partes VI, VIII y IX (desempleo, maternidad e incapacidad permanente). Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la evolución normativa interna permite alcanzar y superar los mínimos internacionales sin que el país se decida a ratificar más partes, como sucede con los dos países señalados. En el Informe del Comité de Expertos para la aplicación de los convenios y recomendaciones de la OIT en materia de aplicación del Código Europeo de Seguridad Social del año 2003 (CECR-2003-09-0228-16-En.doc/v2), pág. 5, se indica que todas las Partes Contratantes excepto cuatro podrían ser invitadas a aceptar las partes que aún no han ratificado, así como los mayores estándares establecidos por el Protocolo. La invitación a incrementar las partes aceptadas puede ser recibida de forma claramente hostil por el país afectado. Así, en la 7.ª reunión del Comité de Expertos sobre Instrumentos de Mínimos, ya citada, la representante suiza señaló que su país estaba aplicando plenamente las partes aceptadas, y esperaba que el párrafo del borrador de resolución al Comité de Ministros invitando a Suiza a ratificar partes adicionales del Código fuera suprimido. La técnica seguida con frecuencia por el Comité de Expertos para convencer a los países a ratificar más partes consiste en recordarles que ya han ratificado la parte respectiva del Convenio 102: así ocurre, por ejemplo, con Reino Unido, al que el Comité de Expertos recuerda que ratificó la parte X del Convenio 102 hace casi cincuenta años, por lo que quizá podría animarse a ratificar ahora la misma parte del Código.

aunque se dan casos extraños, como el de Suecia, que ha aceptado unas partes del Código y las restantes del Protocolo (26).

España ha aceptado todas las partes del Código Europeo excepto la referente a prestaciones familiares (27), y solo algunas del Convenio 102 (asistencia sanitaria, incapacidad temporal, desempleo y riesgos profesionales, aunque este último incluye la incapacidad permanente y muerte debidas a tales causas), dándose la circunstancia de que tampoco ha ratificado convenios específicos muy importantes, como el de jubilación o el de riesgos profesionales (28). Tal parece como si el Estado español hubiera elegido ya entre el Convenio 102 y el Código Europeo, dada su reticencia en aceptar las propuestas de la OIT en materia de seguridad social, pese al fuerte apoyo prestado a sus Convenios sobre condiciones de trabajo. Desde la perspectiva constitucional, la selección entre Convenio 102 o Código Europeo para servir como instrumento internacional de mayor valor en la interpretación del mandato del art. 41 obedece a otros parámetros, y no ya al de la aparente voluntad del Estado en su política de ratificaciones. Tampoco nos sirve la vinculación europea del Código, su marchamo «local», porque ni él ni el Convenio OIT forman parte del acervo comunitario, quedando ambos en la consideración de convenios ratificados por España en el seno de organizaciones internacionales a las que pertenece. Los criterios o el criterio son otros. Como el TC ha reiterado suficientemente, la configuración de España como Estado social y democrático de Derecho postula por las opciones más avanzadas desde el punto de vista social, por lo que en igualdad de condiciones habremos de vencernos por el instrumento ratificado más avanzado, que desde el punto de vista de las partes aceptadas en uno y otro es el Código Europeo. Por lo que en la interpretación del art. 41 CE habremos de tener en cuenta, además de las proclamas generales de las Declaraciones y Cartas Internacionales de derechos, al Código Europeo de Seguridad Social y sus estándares precisos. Un texto perteneciente a una época pasada, cuando la solidaridad no estaba en discusión, y que a pesar de emparejar los laxos niveles del Convenio 102 OIT sigue poniendo en apuros a países económicamente desarrollados, con una frecuencia que por desgracia no decae, mientras los países emergentes tratan, con enorme pundonor, de acercarse a

(26) Del CESS ha ratificado las partes II y VIII (sanidad y maternidad).

(27) Las prestaciones familiares han sido desde siempre la gran falla de la Seguridad Social española, reiterada en los informes de expertos comunitarios y en otras sedes, sin que hasta el momento exista la voluntad de modificar su regulación. No obstante ello, los mínimos del CESS en esta parte no son excesivos, y la no aceptación por España se debió a un aspecto de menor relieve, lo que probablemente llevaría a pasarlo por alto si decidiera aceptar también esta parte y entrar en el selecto grupo de los Estados con Seguridad Social global.

(28) Solo se ha ratificado al respecto el Convenio OIT 48, de 1935, sobre conservación de los derechos del seguro de invalidez, vejez y muerte, que en realidad se refiere a la totalización de períodos de seguro. No se han ratificado, en cambio, el Convenio OIT 71, de 1946, sobre pensiones de la gente de mar; el Convenio OIT 35, de 1933, seguro de vejez en la industria; el Convenio OIT 36, de 1933, seguro de vejez en la agricultura; el Convenio OT 128, de 1967, sobre prestaciones de vejez, invalidez y superviviente; ni el Convenio OIT 121 de 1964, sobre prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

sus propuestas (29), de donde paulatinamente el CESS adquiere un valor práctico de norma de convergencia a añadir al jurídico de norma de mínimos.

Hablar de CESS, o de Convenio 102 OIT, implica hablar de los dos textos de mayor autoridad y legitimación en la materia que podamos hallar internacionalmente: reflejan el consenso alcanzado en aquella época en Europa sobre la necesidad de un sistema unitario gestionado públicamente para la protección frente a nueve contingencias precisas. En palabras de FUCHS y PREIS, el desarrollo internacional muestra un consenso en torno a la relevancia de determinados riesgos sociales y a la necesidad de superarlos, a pesar de algunas diferencias de opinión (30). Y es que estudios empíricos de investigadores británicos habían demostrado ya en los años cuarenta del pasado siglo que más de tres cuartas partes de los casos de indigencia eran debidos a la interrupción o pérdida de ingresos debidas a tales causas (31). El consenso no ha disminuido en el momento actual, a pesar del desfallecimiento de lo estatal que trae consigo la globalización (32).

La utilización del CESS en la interpretación del artículo 41 vale para algo más que para conocer la trascendencia formal del mandato constitucional. A tenor de la distinción presente en las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre protección judicial y protección material, haciendo referencia esta última a aspectos más sensibles de cuantía y niveles incluso financieros, de los derechos sociales, un matiz que nos será útil en la evaluación del concepto de suficiencia de las prestaciones, y que acude a refrenar las normativas *ad pompam vel ostentationem* de ciertos gobiernos. Señala, en otras palabras, un *estándar mínimo* que no solo viene compuesto por estructuras formales y pedimentos cualitativos, sino también por niveles cuantitativos de las prestaciones y de la población protegida (33).

(29) En la última reunión del Comité de Expertos del Consejo de Europa sobre Instrumentos de Mínimos en Seguridad Social, abril de 2005, el representante lituano informó que su país estaría en disposición de firmar el Código en otoño de 2005, y el de Latvia agradeció al Consejo de Europa la asistencia técnica prestada en 2004, que serviría de base para suscribir el Código, mientras el de la Federación Rusa indicaba que su país esperaba ratificar a finales de año. Turquía y Serbia y Montenegro informaron del proceso de ratificación en marcha del Código Revisado. Por el contrario, Moldavia informaba de dilaciones.

(30) FUCHS y PREIS, *Sozialversicherungsrecht*, OVS, Colonia, 2005, pág. 27.

(31) BEVERIDGE, *Informe sobre Seguro Social y Servicios afines* (1942), MTSS, Madrid, 1989, pág. 7. Las diferencias aludidas por FUCHS y PREIS afloran al enumerar los riesgos sociales el propio lord BEVERIDGE en su informe: desempleo, incapacidad, vejez, muerte y supervivencia, familia, enfermedad, «pérdida de medios de vida» por no trabajadores, y «necesidades matrimoniales de la mujer», donde engloba maternidad, desempleo del marido, separación o abandono, incapacidad para las tareas del hogar, matrimonio, y la que he mencionado antes, la viudedad (*ibidem*, 210).

(32) Los desafíos de la economía informal, el envejecimiento de la población, la igualdad de género, la formación profesional ocupacional, la pandemia del SIDA o la tensión entre los dos sistemas de financiación de la Seguridad Social, entre otras cuestiones, han llevado a la OIT a formular su propuesta de nuevo consenso: OIT, *Social Security. A new consensus*, Ginebra, 2001, *passim*.

(33) En parecido sentido, MONEREO PÉREZ, «El derecho a la Seguridad Social», en VV.AA. (MONEREO, MOLINA y MORENO, dirs.), *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, Comares, Granada, 2002, pág. 1437, habla del estándar mundial representado por el conjunto de la normativa internacional delimitadora del alcance específico del derecho en cuestión.

2. SUJETOS OBLIGADOS Y TIPOS DE OBLIGACIÓN

El art. 41 habla de que los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social, y en esta frase encontramos una delimitación del sujeto obligado y del tipo de obligación.

La referencia de nuestra Constitución a los poderes públicos es fiel a uno de los textos internacionales donde se inspira y permite enfocar con precisión sobre una clase determinada de sujetos jurídicos. La Carta Social Europea se dirige a las *Partes Contratantes* para establecer o mantener un régimen de seguridad social en un nivel satisfactorio (art. 12). En cambio se descarta el enfoque desde el individuo y sus derechos, que es patente por ejemplo en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), cuyo art. 23 enuncia el derecho de toda persona, como miembro de la sociedad, a la Seguridad Social (34). A mitad de camino se sitúa el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el cual proclama en su art. 9 que los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona a la Seguridad Social, incluso al seguro social.

El debate en nuestro país se ha planteado desde el principio en torno al problema de si la gestión había de ser directamente estatal, o si cabían otras fórmulas igualmente válidas, situándose VIDA SORIA como defensor de la gestión (y financiación) a cargo del Estado, y BORRAJO DACRUZ como contrario al monopolio estatal en dicha gestión (35). En realidad el hecho de que el titular de un servicio público sea el poder público no indica por ello mismo que nos encontremos ante una gestión pública, pues como sabemos la gestión puede deferirse a entidades privadas, siempre que el titular mantenga un control prevalente sobre la actividad encomendada. El TC se decanta claramente por esta vía al entender que nos hallamos ante «una función y un fin estatal y, para algunos, un auténtico servicio público, todo lo cual fundamentaría la responsabilidad del Estado» (36). En una cláusula de estilo creada por la STC 37/1994, de 10 de febrero, el obligado respeto a los rasgos que la hacen reconocible «lleva aparejado el carácter público del mencionado sistema, y sólo impide que se pongan en cuestión los rasgos estructurales de la institución Seguridad Social» (37). Dada su concepción abierta del modelo de seguridad social, y en consonancia también con lo que es práctica habitual en la actuación administrativa, para el cabe la posibilidad de delegar en entes privados —empresas— deter-

(34) Aunque el Acta Final del Tratado de Constitución Europea no lo menciona como fuente en este tema, el art. II.94 parece seguir el enfoque subjetivo, al hablar de que La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales.

(35) BORRAJO DACRUZ, «El modelo constitucional de la Seguridad Social en España», *Revista de Trabajo*, núm. 65, 1982, pág. 36; VIDA SORIA, «La Seguridad Social en la Constitución de 1978», *Jornadas Técnicas sobre Seguridad Social*, IELS-MTSS, Madrid, 1984, pág. 25.

(36) STC 65/1987, de 21 de mayo. En parecido sentido, las SSTC 231/1993, de 12 de julio, y 77/1995, de 22 de mayo, consideran que «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».

(37) Citan dicha cláusula las SSTC 206/1997, de 27 de noviembre; 197/2003, de 30 de octubre; y 78/2004, de 29 de abril.

minadas parcelas del servicio, siempre que tengan una importancia relativa en el conjunto de la gestión (38). En este sentido la colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales queda dentro de la responsabilidad pública por el fuerte control estatal y su carácter secundario respecto del conjunto del sistema.

El TC repite constantemente que la Constitución no consagra un modelo único de Seguridad Social, o en otras palabras, que varios modelos son posibles dentro del art. 41. Si forzamos los conceptos, habríamos de preguntarnos si la titularidad y responsabilidad de los poderes públicos permitiría la gestión privada *integral* del sistema, es decir, si cabría la titularidad pública y la gestión privada de la Seguridad Social. En principio el paradigma podrían ser las Cajas Profesionales (*Berufsgenossenschaften*) que en varios países europeos gestionan las diversas prestaciones con una dirección compartida entre sindicatos y patronales y un fuerte control y apoyo financiero público. En la misma dirección, una buena parte de la Seguridad Social de los países escandinavos viene gestionada por los sindicatos con el apoyo económico público, y algunos autores encuentran en este rasgo la clave para la enorme afiliación sindical en esos países.

Pero si buscamos niveles máximos, que pongan a prueba la identidad del sistema, debemos llegar a plantearnos incluso que la gestión pase a ser un negocio, una actividad mercantil de la empresa privada. Entiendo que tal gestión privada de todo el sistema es factible jurídicamente, siempre —me apresuro a decir— que la titularidad permanezca en manos del Estado, y siempre, además, que se haga bajo un régimen jurídico-público. Se trataría de una concesión administrativa por períodos limitados, que debería ser fiel al régimen público exigido por el art. 41 CE. Una autoridad que velara por la alta dirección y el alto control del entramado, unido a la capacidad legislativa y reglamentaria sobre el mismo, sería suficiente. Porque una cosa es que los poderes públicos detenten la responsabilidad/titularidad del servicio, y otra que lo gestionen directamente. En nuestros días, numerosos servicios públicos locales vienen gestionados por empresas privadas o consorcios de ellas, pero pocos son los servicios de ámbito estatal o autonómico deferidos a la iniciativa privada, a diferencia de cuanto sucede en otros países. Tenemos el caso de la telefonía, donde Telefónica de España ha sido privatizada aunque permanece el control público a través del accionariado, con un panorama en donde ni siquiera dicha empresa ostenta el monopolio de las líneas. Desde el punto de vista europeo, la posibilidad tendría todas las bendiciones, y en el ámbito laboral podríamos citar un caso aún más fuerte, el de la actividad normativa de trasposición de Directivas, donde ahora no solo se permite el mecanismo privado de interiorización mediante convenios colectivos, sino que se fomenta por vía de la negociación colectiva traspositoria, presente en varios países de la Unión.

Por otra parte, también cabría plantear si el Estado es titular del servicio, o si la referencia a los *poderes públicos* permite situaciones como la prevista para la Asistencia Social por el art. 148.1.20 CE, a cuya virtud prácticamente todas las Comunidades Autónomas

(38) STC 129/1994, de 5 de mayo.

detentan las competencias al respecto, y no solo las de gestión. La respuesta la hallamos en el art. 149.1.17, donde queda reconocida al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas. Aun cuando una doctrina demasiado prematura del TC haya insistido en la unidad de caja para recabar todo lo referente al régimen económico para el Estado, el caso es que la ejecución de los servicios puede cederse a las Comunidades Autónomas. Es una cuestión en la que no voy a detenerme, pues el asunto aún no está zanjado, siendo la clave de arco el aspecto financiero, por cuya administración puján algunas Comunidades Autónomas (39). Para cuanto ahora nos interesa, con la excepción del aspecto financiero la gestión de la Seguridad Social puede ser autonómica (tramitación, autorizaciones, controles, etc.), lo que ya existe en algunos aspectos puntuales de las prestaciones no contributivas.

Desde el punto de vista financiero también surgen dudas respecto de algunos modelos que adquieren fuerza en los últimos años, con el Estado mínimo y el neoliberalismo. Por un lado, cabe dudar de si la amplitud de modelos a que alude el TC permite pensar no solo en el modelo de reparto, en donde los activos financian las pensiones de los pasivos, sino incluso en un modelo de capitalización, en donde cada cual financia durante su vida activa las prestaciones que pueda necesitar en el futuro. La respuesta debe ser afirmativa si el régimen es público, o en otros términos, que el modelo de capitalización es indistintamente público o privado a segundas del entorno en que debe funcionar, pues tanto se aplican a un seguro público como a un plan privado de pensiones. El sistema chileno puede traerse a colación como modelo público de capitalización, ya que además de girar en torno al ahorro individual de cada trabajador, el Estado garantiza ciertas compensaciones para los niveles de renta más bajos y una gestión pública esencial que determina el carácter público a despecho de la financiación por ahorro (40).

En cambio, en el problema de si el poder público puede avalar un sistema llamado de cotizaciones definidas, donde el asegurado conoce lo que debe cotizar, pero no la pensión que percibirá en el futuro, la respuesta posiblemente es negativa, con todas mis dudas al respecto. Entiendo que el Estado debe garantizar prestaciones sociales suficientes a tenor del art. 41 CE, lo cual choca en principio con un modelo tan privatista como el de fijar las cotizaciones pero no las prestaciones. Sin embargo, en el modelo habitual entre nosotros tampoco existe una cuantificación *ex ante* de las pensiones, pues el asegurado no conoce el importe exacto de su pensión cuando se encuentra en activo, sino que

(39) El lector puede encontrar información adicional sobre el tema en mi artículo «Sobre el concepto de Asistencia Social y el principio de caja única en la distribución de competencias en materia de protección social», *Foro de la Seguridad Social*, núm. 8/9, 2003, págs. 52-62.

(40) No es de capitalización individual pura, en consecuencia. Cfr. GUMUCIO, R., «De reparto a capitalización. La experiencia chilena», *Relaciones Laborales*, tomo I-1997, págs. 1256 y ss.; APARICIO VALDEZ y BERNEDO ALVARADO, «Financiamiento y administración de pensiones en América Latina y la Europa Oriental. Una visión comparativa», *Gaceta Laboral*, núm. 1, 2000, págs. 29 y ss. Para las limitaciones de la capitalización pura como base de un sistema de pensiones, ZUBIRI ORIA, *El futuro del sistema de pensiones en España*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003.

se calcula, llegado el momento, *per relationem*, como porcentaje de la base reguladora. A mayor abundamiento podríamos recordar que las cotizaciones definidas señalan igualmente *per relationem* el importe de pensión correspondiente a la cantidad ingresada, deducible de los porcentajes contratados y de la inflación que ha castigado la cuenta. El asunto ha sido discutido por el Comité de Expertos de la OIT en numerosas ocasiones y desde diferentes puntos de vista, tales como el nivel de las prestaciones o la aplicación de principios generales, pero al cabo ha concluido que los regímenes de cotizaciones definidas no son incompatibles con el Convenio 102 ni con el Código Europeo. El problema es más bien, como ha señalado un experto, que el Código Europeo se basa en *prestaciones* definidas, por lo que, al evaluar si un régimen como el mentado satisface los mínimos, habría que hacer cálculos para comprobar el nivel de percepciones en que desemboca (41). Ante argumentos tan relativos, probablemente en nuestro país no sería reconocible como Seguridad Social un régimen donde la renta de sustitución obedeciera a lo pagado y no a lo ganado, pues el sistema español continúa siendo fuertemente bismarckiano.

Solo a largo plazo, tras una evolución hacia otros perfiles menos profesionales, la «conciencia social del tiempo y lugar» admitiría un cambio tan profundo de imagen. No se olvide que nos hallamos ante un ideal histórico o evolutivo de la Seguridad Social, como indica el TC, lo que por un lado justifica la existencia actual de lagunas de protección y desigualdades palmarias, mientras por otro relativiza los rasgos típicos del actual sistema, el cual podría evolucionar, pongamos por caso, hacia un modelo puramente asistencialista. Ya GARCÍA VIÑA recalca la notable evolución experimentada por nuestro TC a partir del momento en que admite la no proporcionalidad entre cotizaciones y prestaciones, al tratarse de una relación de naturaleza global (42).

En cuanto al tipo de obligación que se impone a los poderes públicos, consiste en mantener un régimen público de Seguridad Social. Por mantener debe entenderse algo más que el crear dicho régimen y después desentenderse de su destino. Nos hallamos ante un compromiso permanente de actuación social, una actividad sostenida, que tampoco se agota a mi juicio en el mero sufragar o subvencionar la línea de actuación, porque además los poderes públicos han de garantizar la asistencia y prestaciones emanantes de dicho régimen. En palabras de SUÁREZ GONZÁLEZ, mantener significa propiciar la existencia de un régimen público de Seguridad Social, conservando o reformando el anterior, o instaurando uno nuevo, y por supuesto aportando la financiación, total o parcial, que produzca como resultado que el régimen se mantiene (43). Pero hay algo más: España, al no haber exceptuado en su ratificación las obligaciones dimanantes del art. 12

(41) 7.ª reunión del Comité de Expertos CS-CO, 2005, citado, pág. 6.

(42) GARCÍA VIÑA, «La Seguridad Social en la Constitución después de 25 años», en VV.AA. (CASTELLÁ ANDREU, coord.), *La Constitució i l'ordinament jurídic*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2005, nota 32.

(43) SUÁREZ GONZÁLEZ, «La Seguridad Social y la Constitución de 1978», *Papeles de Economía Española*, núm. 12/13, 1982, pág. 124.

Carta Social Europea, ha de mantener la seguridad social en un «nivel satisfactorio» y debe esforzarse por elevar progresivamente dicho nivel (44).

La elevación progresiva del nivel de prestaciones aparece recalcada constantemente por los organismos especializados de la OT y el Consejo de Europa, si bien la irrupción en el mercado global de países que compiten agresivamente gracias a su falta de regímenes de protección social ha llevado a una crisis de los sistemas europeos que tiende a volatilizar el significado de las palabras anteriores. El endurecimiento de requisitos o el recorte de prestaciones alcanza puntos esenciales de los sistemas aseguratorios, como podemos ver en ciertas legislaciones europeas sobre el concepto de colocación adecuada, o en la tendencia a habilitar prestaciones a tanto alzado, o, en fin, a privatizar la cobertura de los riesgos profesionales. De ahí que los organismos internacionales acepten casi cualquier mejora para confirmar los avances de los distintos países, unas veces con pasos importantes, y otras con ayudas de menor importancia (45).

3. CONTENIDO ESTRUCTURAL. EL SERVICIO PÚBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL

El art. 41 obliga a los poderes públicos a mantener, precisamente, un *régimen público de Seguridad Social* que garantice la asistencia y prestaciones adecuadas. Contrasta agudamente el texto con su principal inspiradora, la Carta Social Europea, que habla ampliamente de establecer o mantener *un régimen de Seguridad Social*, lo cual explica la laxitud con que el Comité de Expertos de la OIT interpreta los rasgos estructurales de los sistemas nacionales (46). La significativa adición del adjetivo público en nuestra Ley Fundamental indica la necesidad de un tratamiento público, siquiera mínimo, al sistema, sin obligar desde luego al máximo de publicación —como sería el hecho de asu-

(44) España, al igual que Italia, aceptó íntegramente los compromisos derivados de la Carta, a diferencia de los demás países firmantes, que procedieron a una ratificación selectiva tal y como les autorizaba el art. 20. En ese sentido, Irlanda omitió el párrafo 2 del art. 12, Suecia omitió el párrafo 4, y Reino Unido solo ratificó el párrafo 1. La obligación dimanante del párrafo 3 consiste en una mejora progresiva, por lo que no hace referencia a la comparación conforme al principio o criterio de norma más favorable que he mencionado más arriba en el texto.

(45) Véanse los Informes del Comité de Expertos sobre Convenios y Recomendaciones de la OT referidos a la Seguridad Social de los años 2003 y 2004, citados en estas líneas. Por ejemplo, en el de 2003 el Comité se congratula de la ampliación de la prestación por desempleo italiana desde seis meses a nueve meses para los parados mayores de 50 años, y de los avances irlandeses en la protección a los mayores de 75 años, consistentes en electricidad, televisión y alquiler de teléfono gratis.

(46) «El Comité desea enfatizar que el Código está designado para ofrecer a las Partes Contratantes la posibilidad de complementarlo a través de una amplia variedad de medidas combinando prestaciones contributivas y no contributivas, universales, de tarifa plana, según necesidades, de residencia, o vinculadas al empleo, regímenes generales y profesionales, seguros obligatorios y voluntarios, por instituciones tanto públicas como privadas»: *Informe y conclusiones del Comité de Expertos en la aplicación de Convenios y Recomendaciones sobre el Código Europeo de Seguridad Social*, cit., año 2003, pág. 48.

mir los poderes públicos directamente la gestión total y plena del entramado—, pero debiendo jugar el legislador ordinario dentro del ámbito de lo público a la hora de diseñar la estructura resultante, permitiendo la intervención privada solo en cuanto elemento secundario o residual. Así lo ha entendido el TC al indicar que «el carácter público del sistema de Seguridad Social no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privada, de importancia relativa en el conjunto de gestión de aquél» (47), lo cual encuentra inmediata aplicación a las Mutuas, asociaciones de empresarios tradicionalmente actuantes en el ámbito de la Seguridad Social y que paulatinamente van adquiriendo una importancia significativa en el conjunto. Sale al paso esta postura a la inicial opinión mayoritaria de la doctrina científica de rechazo a cualquier tipo de gestión privada (48), que evoluciona con el tiempo en el sentido de que la titularidad pública no excluya fórmulas de participación y de colaboración gestora (49), o de que en el modelo europeo occidental se rehuya del monopolio del Estado y quede una gestión polivalente del Estado y también de sujetos privados (50). Para cuando el TC se pronuncia, diversos autores habían ya sostenido la neutralidad del texto constitucional, puesto que el art. 41 no impone la forma en que haya de gestionarse el régimen público y obligatorio de Seguridad Social (51). Como afirmaba SEMPERE NAVARRO, aun admitiendo que la Seguridad Social sea un servicio público garantizado por el Estado en la propia Constitución, ello no puede pasar de significar que los poderes públicos asumen la responsabilidad última, debiendo permanecer la gestión bajo su control, pero no necesariamente encomendada a los poderes públicos, ni siquiera a entes de tal naturaleza (52).

La identidad pública del sistema, rasgo característico y constitucional de la Seguridad Social según el TC (53), delimita un *servicio público*, como ha defendido una parte de

- (47) STC 129/1994, de 5 de mayo, referente al pago por las empresas de una parte de la prestación económica.
- (48) En tal sentido, GALIANA MORENO, MONTOYA MELGAR, PALOMEQUE LÓPEZ y VALDÉS DAL-RE en la «Encuesta sobre la Seguridad Social española», *Papeles de Economía Española*, núm. 12/13, 1982, págs., respectivamente, 430, 432, 433, y 440; en sentido más matizado, DE LA VILLA GIL y DEDENTADO BONETE, en un trabajo inédito citado por PALOMEQUE, «Los derechos a la seguridad social y a la salud en la Constitución», en VV.AA., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, CEC, Madrid, 1980, pág. 313.
- (49) VIDA SORIA, «Comentarios al artículo 41», en VV.AA., *Comentarios a las Leyes Políticas*, Edersa, Madrid, 1984, vol. IV, págs. 104-105.
- (50) BORRAJO DACRUZ, «La Seguridad Social en el marco jurídico constitucional», en Fundación Ebert, *La reforma de la Seguridad Social*, Madrid, 1982, pág. 101.
- (51) PEREDA MATEOS y ÁLVAREZ JIMÉNEZ, citados por SEMPERE NAVARRO, *Régimen jurídico de las Mutuas Patronales*, Civitas, Madrid, 1986, pág. 122.
- (52) SEMPERE NAVARRO, *Régimen jurídico de las Mutuas Patronales*, Civitas, Madrid, 1986, pág. 121, siguiendo a MARTÍN SERRANO.
- (53) SSTC 37/1994, de 10 de febrero; 206/1997, de 27 de noviembre; 197/2003, de 30 de octubre; y 78/2004, de 29 de abril.

la doctrina (54), el cual tiene la impronta de servicio *esencial* en la doble cualidad de ineludible por cuanto impuesto a la Administración desde el mandato constitucional (55), y necesario para la vida de la comunidad. Un servicio público, además, de tipo *prestacional*, dado que su función consiste en garantizar la asistencia y prestaciones de Seguridad Social a un nivel suficiente al menos.

Más allá de tal configuración no es posible aventurarse en otras disquisiciones con los mimbres del art. 41 CE, pues el legislador constituyente le dotó de una calculada ambigüedad muy apropiada para dejar a las leyes ordinarias amplia libertad de determinar el modelo más adecuado para cada momento, como puso de relieve VIDA SORIA (56). A lo sumo podemos añadir que la consideración como un régimen, o como un servicio público, permite hablar de un solo entramado sistemático, bajo el alto control, cuanto menos, del Estado. Podremos admitir la posibilidad de que algunas parcelas o áreas de dicho servicio se deleguen en otras personas públicas o privadas, o que incluso todo el servicio se otorgue en concesión, pero el texto del art. 41 sugiere una trabazón o carácter único cuya intensidad habrá de determinar el legislador ordinario. La cualidad de sistema, lograda en nuestro país ya desde 1963 con la Ley de Bases de Seguridad Social, adquiere así respaldo constitucional, descartando modelos no infrecuentes en el panorama europeo, como por ejemplo el francés, donde más de cien regímenes gestionados cada uno por una asociación, mutua o caja distinta, convierten en una travesía del desierto el deambular por sus instituciones.

(54) SUÁREZ GONZÁLEZ, «Encuesta sobre la Seguridad Social española», cit., pág. 438; SEMPERE NAVARRO, *Régimen jurídico de las Mutuas Patronales*, cit., pág. 121; MONEREO PÉREZ, «El derecho a la Seguridad Social», cit., pág. 1449 («una actividad estatal de servicio público», afirma, con apoyo en varias sentencias del TC). El TC recoge la idea sin pronunciarse en su sentencia 65/1987, de 21 de mayo: «La Seguridad Social constituye una función y un fin estatal y, para algunos, un auténtico servicio público, todo lo cual fundamentaría la responsabilidad del Estado, con base en el art. 41 CE».

(55) STC 67/1990, de 5 de abril: «Se ha de partir de la consideración, expuesta en varias resoluciones de este Tribunal, acerca de la naturaleza esencial del sistema de Seguridad Social y de las prestaciones que en él se integran. Así, “el carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de Seguridad Social supone que éste se configure como un régimen legal, en que tanto las aportaciones de los afiliados como de las prestaciones a dispensar, sus niveles y condiciones, vienen determinados, no por un acuerdo de voluntades, sino por reglas que se integran en el ordenamiento jurídico y que están sujetas a las modificaciones que el legislador introduzca. 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 65/1987, FJ 17.º)».

(56) «En el proceso de gestación de la Constitución no se quiso deliberadamente... una decidida publicación del sistema; y se prefirió y se consintió la actual fórmula, que permite una amplísima gama de interpretaciones, incluso las más encontradas»: VIDA SORIA, «Modelos de Seguridad Social en el ámbito constitucional», en *Fundación Friedrich Ebert*, Madrid, 1982, pág. 114.

4. ÁMBITO SUBJETIVO. LOS DESTINATARIOS DEL SERVICIO PÚBLICO

La Seguridad Social debe proteger a todos los ciudadanos, dice el precepto constitucional, y en función de ello la doctrina y el TC afirman con claridad el carácter universal del ámbito subjetivo. La inspiración no puede venir aquí de la Carta Social Europea, dirigida a los trabajadores, sino de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo art. 22 llega incluso más allá al proponer como destinatario a toda «persona en cuanto miembro de la sociedad». Y más amplio aún viene a ser el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuando habla del derecho de «toda persona», sin condicionantes ni precisiones.

Hablar en un sentido tan universal conduce, según algunos, a una visión asistencialista de la Seguridad Social, a un modelo Beveridgiano en donde la ciudadanía tuviera derecho a protección gratuita ante las necesidades sociales. El art. 41, por ello, tendría una vocación más asistencial y universalista que contributiva, según los mismos autores.

Una mirada al grupo normativo donde se ubica el artículo comentado, así como las indicaciones de otros textos internacionales más precisos que las declaraciones generales, nos sacan de nuestro optimismo. Pero ante todo, hemos de tener presente que la visión asistencialista y gratuita no es universal, al menos en la formulación de BEVERIDGE, pues exige la demostración de la insuficiencia de recursos, o lo que es lo mismo, contempla solo a una capa de la población, en verdad la más necesitada. Habrá que ir a los países escandinavos y al modelo socialdemócrata teorizado por SPING ANDERSEN para hallar algo de lo que se comenta, de garantizar a todos una protección ante las necesidades sociales, que por otro lado supondría un lastre inasumible para países de mayor población y menores recursos, como España. De lo anterior se deduce que solo unos pocos países podrían asumir el reto de una seguridad social universal en el sentido de dirigida a todos los ciudadanos, como tampoco lo es en el sentido de proteger de cualquier contingencia. Hemos de recordar el carácter de normas de máximos de los textos universales citados, al contener *proclamas (sic)* de ideales comunes a cuya virtud los pueblos y naciones aseguren por medidas progresivas de carácter nacional e internacional su reconocimiento y aplicación universales y efectivos (57), una progresividad que el TC recoge para subrayar el carácter dinámico de la Seguridad Social.

Los textos internacionales más concretos, como la Carta Social Europea, el CESS o el Convenio 102 OIT, aluden explícita o implícitamente en unos casos a los trabajadores y en otros

(57) Así reza el preliminar de la Declaración Universal de Derechos Humanos. El art. II.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por su parte, establece con carácter previo que cada Estado Parte se compromete a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos en él reconocidos. Lo cual lleva a DE LA VILLA GIL a hablar del «concepto idealizado» y de la «categoría idealizada» de Seguridad Social sustentado por dichos textos («Estudio preliminar», en VV.AA., *Derecho de la Seguridad Social*, cit., pág. 35).

a la población activa, y en los dos últimos instrumentos, por añadidura, no se exige la cobertura total de dicho sector de la población, sino de unos porcentajes mínimos que, o bien constituyen el 50 por ciento de la población asalariada, o un número de activos que alcance el 20 por ciento de todos los residentes, o el 50 por ciento de todos los residentes, en el caso de la asistencia sanitaria. El Protocolo del CESS y el Código revisado elevan las cifras, aunque no nos vinculan en la interpretación del art. 14 por no haber sido ratificados por España: así, en asistencia sanitaria, el Protocolo se da por satisfecho si la cobertura personal comprende al menos al 80 por ciento de los asalariados, sus viudas y huérfanos, cifra que desciende, si el punto de referencia es la población activa, al 30 por ciento de los residentes, o, cuando se toma como círculo protegido a los residentes, al 65 por ciento de los mismos.

A la vista de los mínimos citados podríamos considerarnos dentro de sus parámetros al verificar los datos de cobertura españoles, en cuanto que actualmente el número de asegurados en el Sistema alcanza más de 18 millones de personas activas, lo que excede con mucho del 20 por ciento de todos los residentes. Alguna de las prestaciones alcanza prácticamente a toda la población, como ocurre con la asistencia sanitaria, por lo que en la evolución histórica del ámbito subjetivo hemos pasado de la protección a los obreros a la protección de la mayoría del país, por lo que podríamos hablar de la Seguridad Social como hace el Tribunal Constitucional alemán y una parte de la doctrina germánica, calificándola como *Volksversicherung*, seguridad popular, un término quizá poco afortunado por su imprecisión (58).

El «todos los ciudadanos» de nuestra Norma Suprema ha de interpretarse como un concepto cuya epistemología debe analizarse en función del momento histórico, aunque siempre haya de mostrar una ampliación progresiva respecto de etapas anteriores (59). No es el único caso en donde la Constitución muestra veleidades semánticas, con solo recordar el ajuste razonablemente efectuado por el TC al «todos tienen derecho a sindicarse libremente» del art. 28 CE. Pero afirmaciones de este tipo dejan siempre insatisfechos si no van acompañadas de una justificación adecuada para delimitar en lo posible sus ambigüedades, por lo que habremos de entrar en las teorizaciones que han ido surgiendo sobre la escatología del art. 14 CE. El TC mantiene que el derecho que los *ciudadanos* puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, «disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél» (60). Con mayor fuerza si cabe ha dicho en otras ocasiones que, respetado los rasgos estructurales, son constitucionalmente admisibles distintos modelos y distintos planteamientos de la cobertura reconocida, sin que en particular y en todo caso la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos

(58) Sa Bundesverfassungsgericht 3 de abril de 2001; SCHULIN e IGL, *Sozialrecht*, 2002, nota 540; BLOCH, en VV.AA. (SCHULIN, coord.), *Handbuch des Sozialversicherungsrecht*, tomo I, *Krankenversicherung*, 1994, § 15. Vide FUCHS y PREIS, *Sozialversicherungsrecht*, cit., pág. 26.

(59) En sentido amplio, pues el TC ha rechazado el principio de irreversibilidad en su sentencia 37/1994, de 10 de febrero, que debe ser armonizada con el sentido progresivo marcado por los compromisos internacionales aludidos en texto.

(60) SSTC 65/1987, de 21 de mayo; 37/1994, de 10 de febrero; y 44/2004, de 23 de marzo.

constituya un imperativo jurídico (61). Detrás de tales afirmaciones subyace la pugna sobre la naturaleza jurídica del mandato constitucional, si configura un derecho público subjetivo a la seguridad social o si se trata de una garantía institucional, o, en fin, si detenta otro carácter. En el debate vamos a entrar a continuación, en el epígrafe siguiente.

5. ÁMBITO OBJETIVO. LA GARANTÍA DE ASISTENCIA Y PRESTACIONES SOCIALES SUFICIENTES

5.1. Los elementos típicos de la garantía

Lo que se garantiza con régimen público es un conjunto de servicios que el art. 14 describe como asistencia y prestaciones ante situaciones de necesidad. En el debate planteado en nuestro país en torno a si el hecho de que los poderes públicos hayan de garantizar asistencia y prestaciones supone en sí misma el reconocimiento de un derecho público subjetivo frente al Estado cuando se producen tales situaciones, o si nos hallamos ante una mera garantía institucional, un mandato dirigido a los poderes públicos sin reflejo procesal directo, es decir, que genera un deber público pero sin reflejo en un derecho subjetivo atendible por los tribunales a través de pretensiones de condena. Ha sido MONEREO PÉREZ quien con mayor ahínco ha tratado de incluir el precepto dentro de los creadores de un derecho fundamental, huyendo al mismo tiempo de la mera garantía institucional en su vertiente más débil, la de impositiva de simples funciones sociales del poder público, o creadora de principios indicativos (62). En su opinión, quizá no sea factible calificar la garantía de prestaciones como un auténtico derecho fundamental, pero desde luego configura un *derecho constitucional* con base en el art. 53.3 CE (63), lo que nos situaría en un nivel o estrato intermedio cuyo ingrediente principal sería el de proponer auténtico derecho subjetivo público accionable judicialmente.

En realidad el miedo a la consideración débil de la garantía de institución no puede llevarnos al extremo contrario del derecho público inmediatamente ejercitable, aunque probablemente sea uno de los «desiderata» más ampliamente compartidos. El art. 53.3 CE resulta palmario al delimitar el contenido de cuanto hablamos, pues a su tenor 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..., aunque sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. El art. 41 es demasiado ambiguo en el enunciado de lo que se reconoce —asistencia y prestaciones sociales—, pues carga el acento sobre el mantenimiento del servicio público de Seguridad Social: así lo entiende el TC, para el cual el art. 41 carece de eficacia normativa directa, aunque cita al art. 53.3

(61) SSTC 38/1995, de 13 de febrero; 77/1995, de 20 de mayo; 197/2003, de 30 de octubre; y 78/2004, de 29 de abril.

(62) «El derecho a la seguridad social», cit., pág. 1433.

(63) *Ibidem*, págs. 1437, 1439 y 1445.

CE para indicar que en modo alguno la virtualidad del precepto anterior podría identificarse, en la práctica, con una declaración platónica (64). Es ahí mismo donde afirma que el contenido del art. 14 se orienta a los poderes públicos como deber, pero sin crear derechos subjetivos singularizados.

Nos encontramos, pues, ante un régimen legal de prestaciones, en el sentido de que no existen más derechos que los que en cada momento deriven del Ordenamiento jurídico, que, no obstante, cuenta con dos límites constitucionales, el de igualdad y el de suficiencia: el régimen de prestaciones es en modo alguno de tipo contractual o estatutario, dice el TC, y mal puede hablarse de responsabilidad administrativa por algo que es obra del legislador (65). Las prestaciones son la respuesta de la función estatal propugnada en el art. 41 para hacer frente a las situaciones de necesidad, pero la determinación de las mismas ha de hacerse 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, por lo que el legislador puede modificarlas para adaptarlas a las necesidades del momento (66).

El TC ha optado desde el principio por calificar el contenido del art. 41 como una garantía de institución, con todas sus ventajas e inconvenientes. Y probablemente no podía haber hecho algo distinto, dado el enunciado del art. 41, como no fuera el acen-tuar su valor orientador frente a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial (67). Lo cual significa que la Constitución protege al sistema de Seguridad Social de alteraciones que puedan desnaturalizar su esencia, imponiendo el obligado respeto a los rasgos que la hacen reconocible en el estado actual de la conciencia social, e impidiendo que se pongan en cuestión los rasgos estructurales de la institución Seguridad Social (68). Un planteamiento de la garantía institucional en la tónica propuesta por la doctrina alemana desde hace ya tiempo, y que ya había sido utilizada por nuestro Tribunal de Garantías Constitucionales en el primer tercio del siglo XX (69).

(64) STC 68/1982, de 22 de noviembre.

(65) STC 67/1990, de 5 de abril.

(66) STC 231/1993, de 12 de julio.

(67) El art. 41 CE consagra una garantía institucional, dice la STC 44/2004, de 23 de marzo. De garantía institucional también hablan las SSTC 37/1994, de 10 de febrero y 78/2004, de 29 de abril.

(68) SSTC 26/1987, de 27 de febrero; 76/1988, de 26 de abril; 37/1994, de 10 de febrero; 239/2002, de 11 de diciembre; y 197/2003, de 30 de octubre.

(69) El análisis de la expresión Seguridad Social como garantía institucional en ÁLVAREZ DE LA ROSA, «El artículo 41 de la Constitución: garantía institucional y compromisos institucionales», y en GARCÍA VIÑA, «La Constitución y el Ordenamiento jurídico», § 3. Sobre el concepto de garantía institucional en el sentido descrito en texto, BAÑO LEÓN, «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, pág. 162, PAREJO ALFONSO, *Garantía institucional y autonomías locales*, IEAL, Madrid 1981, *passim*, y en cuanto a la aplicación del concepto por el Tribunal de Garantías Constitucionales, BASOLS COMA, *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República*, cit., por ÁLVAREZ DE LA ROSA, pág. 82.

El concepto de garantía institucional es una petición de principio respecto a cuáles puedan ser los elementos identificativos o típicos de la institución Seguridad Social en la conciencia social actual. Me apresuro a subrayar que no se trata de las características del sistema vigente, enunciado en la Ley de Bases de 1963 o en la LGSS 1994 o por la doctrina conforme a la legislación del momento (70). Por su parte el TC no ha incursionado en el tema, al insistir porfiadamente en la apertura del modelo o la diversidad de modelos contemplados en el art. 41, si bien ha reiterado el carácter público de la Seguridad Social como elemento típico en varias sentencias, como ya vimos (71). Si tratáramos de establecer el núcleo indispensable del régimen denominado por el precepto que nos ocupa como «Seguridad Social», y sin el cual perdería su identidad en el momento presente, muy probablemente nos veríamos tentados de volver la vista atrás para acudir a lo que desde un principio ha estado en el alma del concepto: la cobertura de los riesgos profesionales de los trabajadores subordinados en sus cuatro prestaciones básicas de sanidad, incapacidad, vejez y muerte. Sin embargo, en el momento presente la conciencia social tiene una idea superior de la institución, que descansa en cuatro rasgos característicos:

1. Es un *servicio público*. Por tanto, regulado, controlado y dirigido desde los poderes públicos, aunque no necesariamente gestionado por ellos. El CESS resume estos aspectos indicando que el Estado asume la responsabilidad general en lo que se refiere al servicio de prestaciones (art. 70.3).

2. *Social* en el sentido de volcado en la protección de la generalidad de la población, teniendo como núcleo central a los trabajadores subordinados.

3. Protector de *necesidades* de la más amplia incidencia poblacional, como mínimo las seis *prestaciones* del Código Europeo de Seguridad Social, de entre las nueve que el mismo contempla (asistencia sanitaria, incapacidad temporal, incapacidad permanente, vejez, muerte y supervivencia, desempleo, riesgos profesionales, prestaciones familiares y maternidad), y junto a ello —lo pide el art. 41— un mínimo característico de asistencia social, el cual podemos identificar en la cobertura de la subsistencia en defecto de otras rentas.

(70) Así, la doctrina en general ha hablado de los principios fundamentales de globalidad del objeto, universalidad subjetiva e igualdad de trato (MONEREO PÉREZ, ob. cit., pág. 1458); ALMANSA PASTOR aludía a los principios de universalidad subjetiva, uniformidad de protección, gestión unitaria, racionalizada y pública, e incremento de la financiación (*Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 60-61), mientras que GARCÍA VIÑA alude a los principios universalidad de protección, garantía de protección ante situaciones de necesidad, y suficiencia de prestaciones (ob. cit., epígrafe 3).

(71) Para GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, «Antecedentes normativos y aparición del Sistema de Seguridad Social en España. La Constitución española», en VV.AA. (DE LA VILLA GIL, dir.; GARCÍA-PERROTE y MERCADER UGUINA, coords.), *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 59, considera que función del Estado, garantía institucional y libertad de configuración del legislador son los tres pilares en que se sustenta la jurisprudencia constitucional en torno al primer inciso del art. 41.

4. Con *unidad* sistemática del conjunto, en especial el reconocimiento de requisitos causados en los diversos regímenes y la uniformidad sustantiva del marco jurídico de las prestaciones entre todos ellos (72). Fue la gran aportación de lord BEVERIDGE al pensamiento mundial sobre la materia, y desde entonces no cabe entender un régimen público de cobertura social como un conjunto heterogéneo de medidas cualesquiera.

Quedan fuera de la delimitación característica otros rasgos que de ordinario acompañan a la institución pero que entiendo podrían faltar, a saber:

a) El carácter obligatorio para la población afectada. En cuanto servicio público el Sistema no contiene como rasgo básico la coactividad, sino el carácter de compromiso que es forzoso para los poderes públicos, y forzoso o voluntario para la población protegida.

b) La contributividad de las prestaciones. La financiación del Sistema puede provenir de cotizaciones y de impuestos, como actualmente, pero también puede evolucionar hacia una aportación exclusivamente estatal o exclusivamente empresarial. El CESS prohíbe en cambio la financiación exclusivamente por los beneficiarios al exigir que las personas de escasos recursos no soporten una carga demasiado onerosa y que los asalariados protegidos no deben cotizar más allá del 50 por ciento del total de la financiación (art. 70).

c) El apoyo financiero de los poderes públicos.

d) Determinadas prestaciones por encima del mínimo del Código Europeo, que posiblemente hayan estado siempre ahí, pero cuya ausencia sólo diluirían el vigor del servicio público sin hacerle perder la identidad. Así por ejemplo, la supresión de la prestación de viudedad no impediría el mantenimiento del perfil del sistema, pues quedaría formado por otras ocho prestaciones típicas, tal y como sucede en el caso de Dinamarca. Ni siquiera la eliminación de la pensión de, por ejemplo, la asistencia sanitaria o la invalidez, como hace Italia, llevaría a la pérdida de identidad, aunque significara un duro golpe para el perfil típico, porque quedarían las demás prestaciones del elenco (73).

(72) Cfr. el debate en torno a la unidad financiera —no simplemente la unidad de caja— en FUCHS, «Empfiehl es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten im Unterhalts-, Pflichtteils-, Sozialhilfe- und Sozialversicherungsrecht neu zu gestalten?», *Juristen Zeitung*, 2002, págs. 785 y ss.

(73) Recuérdese que la prestación de vejez equivale a tres, por lo que el país que la descartara debería aceptar todas las restantes prestaciones. Por el contrario hay prestaciones que solo valen por una, de modo que, por ejemplo, Italia solo tiene aceptadas las partes V, VI, VII y VIII (vejez, desempleo, familia y maternidad), dejando fuera a asistencia sanitaria, incapacidad permanente y otras igualmente significativas.

e) Otros rasgos conceptuales puestos de relieve por la doctrina germánica como identificativos, pero más bien en contraposición a la teoría del seguro privado, como son los de comunidad, cobertura de necesidades, etc. (74). En cambio pueden ser de utilidad los principios enunciados por lord BEVERIDGE en el Plan para la Seguridad Social propuesto en su Informe: tipo fijo de prestación de subsistencia, tipo fijo de cotización, unificación de la responsabilidad administrativa, suficiencia de las prestaciones, universalidad subjetiva y objetiva, y ajuste a las necesidades personales (75).

El elenco clásico y generalizado de las nueve contingencias se mueve en torno al Derecho de Daños, como observan FUCHS y PREIS (76), manifestando sus conexiones originarias con el seguro privado, de manera que las prestaciones tienen dos tipos de finalidades básicas, la *sustitutoria* por pérdida de ingresos en incapacidad, vejez, muerte y desempleo, y la *indemnizatoria* por la aparición de nuevos gastos, como la familia, maternidad, y asistencia sanitaria (77). Planteamiento que nuestro TC consideraba subyacente en el sistema español actual, anclado todavía en la idea, no de 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 (78). La distinción entre los dos grupos anima en la actualidad a algunos especialistas europeos a propiciar una reforma de las normas de conflicto del Reglamento 1408/71/CEE de manera que la legislación aplicable a las segundas no fuera la del lugar de trabajo, sino la del lugar de residencia. En definitiva, la función de la Seguridad Social sería de tipo económico y consistiría en compensar a los bolsillos de los afectados por el impacto de las contingencias descritas (79). Pero en lo que ahora interesa significa que caen fuera de la identidad de la Seguridad Social tanto las prestaciones preventivas, como las asistenciales y las personales, en el sentido de que no forman parte del núcleo indisponible toda la gran área de la prevención de riesgos, ni tampoco la asistencia social, ni, en fin, el seguro de dependencia, prestación ésta cuya ausencia a los españoles puede parecer obvia, pero no tanto a los alemanes que la disfrutaban desde 1994. Respecto a la asistencia social, entendida como protección a «toda persona que no disponga de recursos suficientes», la Carta Social Europea le dedica un artículo diferente que el referido a la Seguridad Social, y en verdad que históricamente se ha mantenido en un ámbito distinto, el de la Beneficencia, aunque si hemos de ir a la conciencia social del

(74) DREHER, *Die Versicherung als Rechtsprodukt*, 1991, págs. 32 y ss.; SIEG, *Allgemeines Versicherungsvertragsrecht*, 1994, págs. 21 y ss.; FUCHS y PREIS, *Sozialversicherungsrecht*, cit., 30.

(75) BEVERIDGE, *Seguro Social y Servicios afines*, cit., págs. 204 y ss.

(76) *Sozialversicherungsrecht*, cit., 28.

(77) La presencia de los riesgos profesionales como una contingencia específica distorsiona el conjunto y solo se explica por el tiempo en que el Convenio 102 OIT y el Código Europeo se dictan. En la práctica significan un mejor conjunto de prestaciones sanitarias y por invalidez y muerte que las comunes.

(78) STC 103/1983, de 22 de noviembre.

(79) Ya en este sentido ROSIN, *Das Recht der Arbeiterversicherung*, vol. I, Berlín, 1893, 270.

tiempo en que vivimos, la diferencia resulta más peliaguda, sobre todo ante la aceptación por parte del TC de la que denomina Asistencia Social interna al Sistema (80). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el problema queda en buena parte obviado por la mención expresa a aquélla en el art. 41, «asistencia y prestaciones sociales», por lo que el Sistema público garantizado por nuestra Constitución comprende dos elementos, la Asistencia y la Seguridad Sociales, o si se quiere, abraza tanto al modelo BISMARCK como al modelo BEVERIDGE, o en la denominación de algunos autores, tanto al modelo social como al modelo liberal, descansando el primero en cotizaciones y el segundo en impuestos.

5.2. Los derechos subjetivos garantizados

Debe entenderse, tras lo dicho, que el art. 41 no reconoce directamente un derecho subjetivo a la seguridad social, pues la obligación impuesta a los poderes públicos consiste en crear un régimen público en torno a la cobertura de necesidades sociales. Así lo indica el TC cuando señala el carácter de dicho artículo, orientado a los poderes públicos como deber, *pero sin crear derechos subjetivos singularizados* (81). Ahora bien, si paramos mientes en el grupo normativo en el cual se integra, observaremos que el aludido régimen garantiza prestaciones y asistencia que se concretan en derechos expresamente indicados en la Constitución, como el de la protección de la salud (art. 43), o descritos de manera indirecta, como la «garantía, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, de la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad» (art. 50). Por lo demás, es pacífico que la Seguridad Social implica el reconocimiento de derechos subjetivos (prestaciones), como un rasgo típico del sistema, que no sería reconocible a la conciencia social actual si solo orientara sus esfuerzos, por ejemplo, a la prevención de riesgos. No de otra forma cabe interpretar los detalles con que el CESS regula aspectos como las cuantías de las indemnizaciones en las nueve contingencias previstas, o que la Carta Social Europea y la Declaración Universal de los Derechos Humanos hablen sin ambages del «derecho a la seguridad social» de toda persona como miembro de la sociedad. Cómo se compaginan el mandato directo del art. 41 —el mantenimiento de un régimen público— con el contenido implícito —los derechos subjetivos prestacionales— lo veremos a continuación.

(80) Participo de la idea expuesta por DE LA VILLA GIL, «Estudio preliminar», en VV.AA., *Derecho del Seguridad Social*, cit., pág. 41, de que actualmente la Seguridad Social es más bien un subsistema, junto al sanitario o al asistencial, del Sistema de Protección Social, pues de otro modo incluir sin más la sanidad en la Seguridad Social plantea problemas irresolubles a la vista de su independencia gestora, amplitud de porte y competencias autonómicas, prácticamente plenas como sucede también en materia de asistencia social, mientras que la Seguridad Social estricta queda en manos del Estado y dedicada a prestaciones contributivas principalmente. No obstante, en estas líneas no hemos entrado en la atribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas porque unas y otras vienen englobadas en el art. 41 a través del amplio concepto de poderes públicos. En general hay consenso en la doctrina para incluir al Derecho de la Seguridad Social en el más amplio concepto de Derecho Social.

(81) STC 68/1982, de 22 de noviembre.

Inicialmente el destinatario del precepto constitucional es el legislador ordinario (82), obligado a regular el mantenimiento de un servicio público prestacional, de manera que los ciudadanos solo pueden pretender derechos a prestaciones concretas de dos únicas maneras: en primer lugar, en conexión con otro artículo de la Constitución donde se reconozca un derecho fundamental, en la forma en que han llegado al Tribunal Constitucional centenares de casos, haciendo de la Seguridad Social uno de los temas recurrentes de sus repertorios. En segundo lugar, con base en la legislación ordinaria que desarrolla el sistema aplicable, en concreto la Ley General de Seguridad Social y su normativa de desarrollo, así como la normativa de asistencial social. En ninguno de los casos hallaremos un derecho *fundamental* a una prestación específica, aunque una Seguridad Social donde no aparecieran derechos subjetivos de los asegurados perdería la identidad peculiar de esta rama del Derecho, y desde tal punto de vista bien podemos comprender la afirmación de una parte de la doctrina de que nos hallamos ante verdaderos derechos constitucionales, aunque no sean fundamentales. Lo cual adquiere plena consistencia en los supuestos en donde el grupo normativo refuerza la garantía del art. 41 con otros preceptos de la Carta Magna para identificar ciertas y concretas prestaciones como derechos constitucionales, en especial el derecho a la protección de la salud del art. 43 CE.

La cuestión encuentra en nuestra doctrina un punto de duda, pues si bien autores reconocidos, como PAREJO ALFONSO, hacen hincapié en la apertura del TC hacia toda clase de modelos para predicar la historicidad de las soluciones que se ofrezcan, ya que la responsabilidad del Estado no puede sobrepasar la capacidad misma de la sociedad de la que éste forma parte (83), se ha recordado en sentido contrario por GARCÍA VIÑA a la doctrina alemana de los derechos sociales como auténticos derechos fundamentales, con eficacia inmediata y justiciabilidad directa (84). Por una vez la postura de nuestro TC difiere de su admirado paradigma germánico, por lo que no nos vincula jurídicamente, aunque podamos inclinarnos hacia ella desde el punto de vista sociológico o humanista. No obstante debe advertirse que la calificación como derechos fundamentales no es general en el país citado, sino que la ciencia alemana adjudica tal carácter a algunas de las situaciones reconocidas en los preceptos de la Ley Fundamental de Bonn, pero no a todas: califica en efecto como *ein echtes Grundrecht*, un auténtico derecho fundamental, a la protección dispensada a la madre (art. 6.4 GG), y como derecho fundamental de libertad frente al Estado (*Abwehrrecht*) al derecho al matrimonio y la familia (art. 6.1 GG), y

(82) Al hallarse el artículo 41 en el Capítulo sobre Principios rectores de la política social y económica, significa que los mismos no serán de aplicación directa, sino que necesitarán desarrollo por parte del legislador, que deberá promulgar las leyes que aseguren su cumplimiento o, en su caso, reglamentando lo necesario: RODRÍGUEZ RAMOS; GORELLI HERNÁNDEZ y VILCHEZ PORRAS, *Sistema de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 47.

(83) PAREJO ALFONSO, *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983, pág. 86.

(84) «La Constitución y el Ordenamiento jurídico», cit., epígrafe 4, citando a ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, pág. 492.

alude, en fin, al derecho fundamental a la paternidad y a la igualdad de los hijos extramatrimoniales (85), lo que no es ir demasiado lejos, ni siquiera bajo el paraguas del Estado social y democrático de Derecho.

5.3. La suficiencia de la asistencia y prestaciones sociales

Con el concepto de suficiencia o, como prefieren decir algunos textos internacionales, de adecuación, surge en la delimitación de la materia que nos ocupa un elemento cuantitativo de muy difícil aprehensión al referirse a lo que viene reiterado como una institución evolutiva, dinámica y dependiente de las circunstancias económicas y sociales de cada tiempo y lugar. Abordemos el concepto en tres fases: la primera, su definición; la segunda, su anclaje; y la tercera, su traducción económica.

1. Con acierto señala OLARTE ENCABO que el criterio constitucional en lo referente a la intensidad de la protección y de las prestaciones no es un concepto definido, dejándose su concreción a los poderes públicos en función de opciones de política jurídica condicionadas por las circunstancias sociales y económicas, aunque no pueda hablarse de absoluta indeterminación, en el sentido de que algún límite se deriva de dicha cláusula constitucional por el legislador ordinario (86). El TC no ha contribuido excesivamente a clarificar el concepto como no sea para debilitarlo, insistiendo en la limitación de medios económicos como justificación para los recortes y la reversibilidad circunstancial de las prestaciones (87).

En cuanto a los textos internacionales, solo la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales intenta en su art. 13 una triple definición del concepto de protección social adecuada, atendiendo al destinatario: los niveles de prestación para los trabajadores han de ser *proporcionales* a la carrera profesional, a la retribución percibida durante ella y a las cotizaciones efectuadas; en cuanto a las personas excluidas del mercado de trabajo y carentes de prestaciones de desempleo, deben poder beneficiarse, dice, de una renta mínima y de una asistencia social apropiada; por último, las personas necesitadas, en especial los ancianos, deben poder beneficiarse de una renta mínima ajustada y completada con una asistencia social apropiada. Si bien se mira, solo hallamos alguna definición en la suficiencia referida a los trabajadores, pues para las demás categorías el intento acaba en una petición de principio cual es la de determinar qué se entiende por renta mínima ajustada y por asistencia social apropiada.

(85) FUCHS y PREIS, *Sozialversicherungsrecht*, págs. 64 y ss.

(86) OLARTE ENCABO, *El derecho a prestaciones de Seguridad Social*, CES, Madrid, 1997, 65.

(87) Por ejemplo, STC 100/1990, de 30 de mayo. Cfr., en este sentido, GARCÍA MURCIA, «El derecho a la Seguridad Social en la jurisprudencia constitucional: una primera aproximación», en VV.AA., *VII Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, CARL, Sevilla, 1991, pág. 351, y OLARTE ENCABO, *El derecho a prestaciones*, pág. 65.

Al mismo resultado llegan el Convenio 102 OIT y el Código Europeo de Seguridad Social, pues ambos limitan sus afanes a clarificar lo que se entienda por adecuación de las prestaciones de los trabajadores subordinados (contributivas), diciendo al respecto el art. 65 de ambos textos que la cuantía de la prestación estará en relación con la ganancia anterior del beneficiario o del sostén de la familia. Sin embargo hay un mecanismo indirecto para determinar las rentas asistenciales *mixtas*, es decir, las pagadas a personas necesitadas que además se encuentren en alguna de las contingencias típicas, cuando el art. 67 c) del Código Europeo considera suficiente al monto que asegure a la familia del beneficiario condiciones de vida sanas y convenientes (88) y además —lo que resulta más nítido a pesar de su redacción— no sea inferior a un porcentaje de salario de un trabajador no cualificado. Sí pues, tanto en el caso de las prestaciones contributivas como de las no contributivas el punto de referencia no es el coste de la vida o el salario mínimo garantizado —en fin de cuentas, también un concepto laboral, aunque de fijación pública ponderada—, sino el salario efectivo de ciertos trabajadores en el momento de la contingencia.

La referencia laboral acaso no habría podido hurtarse debido a razones específicas de la evolución de la Seguridad Social. Ante todo el salario mínimo garantizado no siempre existe en todos los países, por lo que no puede servir de contrapunto a las definiciones. Otros términos de referencia parecen demasiado hábiles, como sucede con las condiciones de vida sanas y convenientes de la familia del beneficiario. Por último, las prestaciones a residentes no se encuentran diferenciadas de las prestaciones a trabajadores en una cierta cantidad de países del norte europeo, donde existe un pilar básico universal para todos los residentes, de cuantías muy modestas, y por añadidura, en su caso, un pilar profesional asimismo obligatorio para los trabajadores, de carácter suplementario (89); o bien hay dos niveles, el básico que depende de los ingresos del sujeto, y el suplementario referido a la carrera profesional del beneficiario (90). Igual característica puede comentarse asimismo de otros países no pertenecientes a la Unión Europea, como Armenia, Australia, o Canadá (Quebec), aunque el sistema habitual de los países «emergentes» se nutre de cotizaciones de los trabajadores y empresarios, calcula las pensiones conforme a las retribuciones habidas durante la carrera profesional, y atiende al principio de reparto (*pay-as-you-go*), como sucede, por ejemplo, en Albania, Azerbaijan, Croacia,

(88) El texto en lengua inglesa prefiere hablar de condiciones *in health and decency*, sanas y decentes.

(89) Refiriéndonos a la pensión de vejez, en Dinamarca existe la pensión social para los residentes (*Folkepension*) y la pensión complementaria para los afiliados a los regímenes profesionales (*ATP-pension*). En Islandia hallamos de igual modo la pensión social (*grunnlífeyrir*) y la complementaria (*viðbótarlífeyrir*). En Finlandia existe la pensión nacional (*Kansaneläke*) y la pensión de actividad (*Työeläke*). Cfr. Comisión Europea, *La protection sociale dans les États membres de l'UE et de l'Espace économique européen 2000*, Système mutuel d'information sur la protection sociale (MISSOC), Luxemburgo 2000, págs. 320 y ss.

(90) En tal sentido, y siempre para la pensión de vejez, Suecia, Noruega (*grunnpension* y *tileggspension*) e Irlanda (*Retirement Pension* y *Old-Age Contributory Pension*). En el caso de Reino Unido la cuestión se plantea con mayor complejidad, al aparecer tres niveles: *Basic Pension*, *State Earnings Related Pensions*, y *Graduated Retirement Benefit*. Cfr. MISSOC, *op. et loc. cit.*

Fyrom (Macedonia), Moldavia, Rumania, Serbia, Turquía, Ucrania y, en transición, la Federación Rusa (91).

La frecuente superposición de una pensión básica asistencial y de una complementaria contributiva ha llevado a una actitud sorprendente del Comité de Expertos de la OIT en cuanto a la distinción entre uno y otro tipo de pensión: subraya que, si bien la Carta Social Europea distingue entre Seguridad Social y Asistencia Social, el Código es un instrumento distinto, y él no distingue entre una y otra a los efectos de garantizar el debido nivel de protección en cuanto diseñados como derechos individuales y dirigidos a satisfacer la cobertura personal establecida por el Código (92). Y digo que la actitud resulta sorprendente porque parece indicar que para el Código la Seguridad y la Asistencia Sociales no guardan diferencias de fondo y pueden considerarse una misma cosa. Pero no nos llamemos a engaño: el Código, como su modelo el Convenio 102 OIT, distinguen entre una y otra a través de la distinción, quizá algo nebulosa, entre prestaciones a los trabajadores subordinados, prestaciones a la población activa (autónomos y subordinados), y prestaciones a los residentes necesitados. Únicamente ocurre que algún país puede pretender la exclusión de las pensiones asistenciales de la aplicación del Código y sus exigentes requisitos cuantitativos, a lo que el Comité de Expertos responde por arriba diciendo que todas las pensiones referidas a las contingencias previstas se cuentan, y que de no hacerlo así el propio país interesado podría quedar por debajo de los límites permitidos, pues solo con las pensiones complementarias no alcanzaría los niveles exigidos.

2. La dicción del art. 41, al predicar el régimen público de la Seguridad Social respecto de todos los ciudadanos y mencionar indistintamente a la asistencia y a las prestaciones sociales, ha llevado a bastantes autores a considerarlo más proclive al asistencialismo y universalismo que a la versión clásica, contributiva, de la Seguridad Social, y acuden para ello a diversas sentencias del TC en las cuales se relativiza la vinculación de las pensiones a la cuantía de lo cotizado, negando una hipotética proporcionalidad entre lo pagado y lo obtenido, y en donde el modelo ideal formulado por el precepto que nos ocupa se aparta de concepciones anteriores en las que primaba el principio contributivo, si bien en el modelo español actual se mantienen características del modelo contributivo (93). Hemos comentado en otro epígrafe el origen de este «concepto idealizado» (DE LA VILLA GIL) o maximalista en determinados textos internacionales, y cómo el aná-

(91) Cfr. para la pensión de vejez en trece países, Consejo de Europa, 2004 MISCEO, *Mutual Information System on Social Protection of the Council of Europe. Comparative tables of social protection systems in 13 member states of the Council of Europe, Australia, Canada and New Zealand*, Estrasburgo, 2004, págs. 294 y ss. El nuevo sistema en la Federación Rusa, introducido el 1 de enero de 2002, es un sistema de capitalización obligatorio.

(92) OIT, *Report and Conclusions of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, cit., pág. 49.

(93) Entre otras, SSTC 103/1983, de 22 de noviembre; 104/1983, de 23 de noviembre; 121/1983, de 15 de diciembre; 65/1987, de 21 de mayo; y 134/1987, de 21 de julio.

lisis del grupo normativo y de los textos internacionales más concretos desmienten dicha primacía del asistencialismo (94).

Aplicado a la cuestión de la suficiencia de prestaciones, la postura asistencialista ha llevado a algún autor a postular la vinculación de dicho nivel cuantitativo a su mínima expresión asistencial, en paralelo con una expresión del TC que podría interpretarse en el mismo sentido, de que los topes máximos de las pensiones contributivas no quedan afectados por el debate sobre la suficiencia porque superan ampliamente el mínimo de ingresos (95). Lo cual, *in extremis*, podría servir para argumentar que la Constitución se inclina netamente por el modelo asistencial, el cual sería el núcleo duro protegido por la garantía de institución (96). Del polo contrario, otros autores vinculan contraponen el concepto de suficiencia al de mínimos, entendiéndolo dirigido a lograr unas prestaciones lo más cerca posible de los salarios en activo, «de tal manera que la suficiencia no debe medirse en términos asistenciales, confundiendo los niveles de Seguridad Social, sino contributivos» (97).

Tanto consideremos a las prestaciones no contributivas como parte cualificada de la Asistencia Social, cuanto las consideremos como parte secundaria de la Seguridad Social, el resultado aquí converge hacia una sola respuesta, la existencia de un doble nivel cuantitativo cuyos perfiles no pueden suprimirse al calor del concepto de suficiencia. Como se ha dicho oportunamente, nada indica que el precepto constitucional refiera dicha cláusula de suficiencia a mecanismos de protección no contributiva, ya que suficientes han de ser las prestaciones que otorgue el régimen público de Seguridad Social, sean o no contributivas (98). Ello no impide, sin embargo, que el concepto de suficiencia sea distinto según se predique de mecanismos de protección de base contributiva o no contributiva, traduciéndose en los primeros en una cierta relación de proporcionalidad con la contribución previa, y en los segundos con el nivel de mínimos de subsistencia, sin que se derive de la Constitución la exigencia de paridad entre el nivel contributivo y el asistencial (99).

(94) Una exposición de las posturas doctrinales sobre el modelo constitucional, en SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *Seguridad Social y Constitución*, Civitas, Madrid 1995, pág. 51.

(95) STC 134/1987, de 21 de julio, sobre supresión de Mutualidad y límites máximos de pensiones.

(96) RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas», en VV.AA., *Pensiones no contributivas*, MTSS, Madrid, 1991, pág. 159. Desde el ángulo opuesto, MONEREO PÉREZ, «El derecho a la Seguridad Social», cit., pág. 1452, advierte del peligro que se cierne sobre la Seguridad Social de «degradación de sus medidas protectoras a mínimos de subsistencia en el nivel asistencial; insuficiencia en el nivel profesional para garantizar las rentas del activo».

(97) BLASCO LAHOZ; LÓPEZ GANDÍA y MOMPALER, *Curso de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 62.

(98) OLARTE ENCABO, *El derecho a prestaciones*, págs. 64.

(99) OLARTE ENCABO, *ibidem*, págs. 64 y 65.

La suficiencia de la «asistencia y prestaciones sociales» tiene, pues, un doble nivel basado en el doble anclaje establecido, que de ninguna forma puede considerarse discriminatorio para los necesitados porque ellos no han cotizado debidamente, de manera que lo verdaderamente discriminatorio sería que quien lo ha hecho obtuviera la misma pensión que ellos. Nuestro paradigma hermenéutico, el Código Europeo, al igual que el Convenio 102 OIT, distinguen no ya entre dos niveles de suficiencia, sino entre tres: el correspondiente a los trabajadores subordinados, el debido a la población activa, y el de la población necesitada residente en el país. Y aunque efectivamente la proporcionalidad estricta no entra ni ha entrado nunca en un sistema contributivo de reparto, como son todos los públicos de la Unión Europea hasta el momento, una relación con las bases de cotización (retribuciones) sí existe, y su alteración puede romper el principio de confianza legítima (100) y hasta el principio de propiedad de las pensiones a tenor de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (101).

3. La cuantificación de los niveles de suficiencia puede hacerse gracias a los instrumentos internacionales de referencia, aunque los módulos dispuestos resulten tan abstrusos y complejos que periódicamente la OIT debe organizar cursos para altos funcionarios de los países interesados —la Federación Rusa o España, entre otros— para analizar las fórmulas que se contemplan.

Tanto en el Convenio 102 OIT como en el Código Europeo de Seguridad Social se establecen dos puntos de referencia en la Parte XI de ambos textos: uno es el de las retribuciones actuales de un trabajador cualificado adulto del sexo masculino del sector de fabricación de maquinaria, que sirve para calcular la suficiencia en los regímenes contributivos de trabajadores subordinados, y el otro es el de las retribuciones de un trabajador *no* cualificado del mismo sector, utilizable para cuantificar los mínimos de pensiones en las coberturas de toda la población activa o de la población necesitada.

El art. 65 de ambos entra a concretar qué debe entenderse por trabajador cualificado: en principio un ajustador o tornero de dicho sector de fabricación de máquinas. Sin embargo, hay evidentes problemas en la aplicación de tan específico baremo, como por ejemplo la no existencia de dichas categorías en el país o en el sector concreto —sobre

(100) Vid. MOLINA NAVARRETE, «La tutela de la confianza legítima como principio de ordenación jurídica de las pensiones públicas. A propósito del nuevo apartado 3 del artículo 45 TRLGSS», en VV.AA., *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, MTAS, Madrid, 1999, Parte I, págs. 283 y ss., donde deriva este principio del de seguridad jurídica.

(101) Asunto *Gaygusuz*. El TC se ha mostrado contrario al principio de propiedad de las pensiones al rechazar en su sentencia 108/1986, de 29 de julio, la existencia de derechos adquiridos que puedan resultar expropiados por un cambio de legislación (se refería al anticipo de la edad de jubilación de los funcionarios). Al respecto me he detenido en mi artículo «La propiedad de las pensiones en el Derecho europeo y sus consecuencias para el Derecho español», en la revista *Noticias de la Unión Europea*, CISS, Valencia, 2003, nota 222. Traducción al italiano en la revista *Diritto delle Relazioni Industriali*, Turín, núm. 1, págs. 117 a 145, donde el lector podrá hallar la jurisprudencia alemana que sirve de base a la doctrina *Gaygusuz* y las referencias bibliográficas oportunas, en especial de la profesora SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO.

todo si pensamos en que el Convenio 102 va dirigido a todo el planeta, y que la una amplia proporción de países carece de industria en general, y de fabricación de máquinas en particular—, de modo que el mismo artículo señala dos alternativas: bien el 125 por ciento del promedio de retribuciones de la población asegurada, bien la categoría con mayor número de asegurados del sector con mayor número de asegurados —lo cual nos puede conducir al sector textil incluso al agrícola, con retribuciones muy inferiores a las del sector de fabricación de máquinas—.

En cuanto a qué debe entenderse por trabajador no cualificado, los arts. 66 y 67 de ambos textos siguen caminos similares al anteriormente expuesto: por tal ha de considerarse, bien el no cualificado del sector de fabricación de maquinaria que no sea eléctrica, bien el no cualificado de la categoría con mayor número de asegurados en el sector con mayor número de asegurados. El segundo caso plantea algún problema técnico, pues la protección aseguradora de los necesitados normalmente se hallará fuera de la población activa y de los sectores productivos, aunque también puedan darse casos de «indigentes» afiliados a algún régimen profesional y sin derecho a prestaciones contributivas.

Pues bien, la suficiencia de las prestaciones contributivas y no contributivas se sitúa en un porcentaje de las retribuciones acabadas de examinar. Para un necesitado que se encuentre en la contingencia de vejez, el mínimo de la prestación no contributiva sería el 40 por ciento de un trabajador no cualificado en el sentido antevisto. En cambio para un trabajador con derecho a la pensión contributiva de vejez, el mínimo absoluto a considerar según el art. 41 CE quedaría en el 40 por ciento de un trabajador cualificado, como se ha dicho. Algún problema técnico puede surgir desde el punto y hora en que el sector de fabricación de maquinaria no existe como tal en España, correspondiendo en los códigos de la Clasificación de Actividades Económicas CNAE de 1993 a los grupos 29, 30, 31, 32 y 33 (102). De todas formas el subsector más típico lo constituye el de fabricación de maquinaria y equipos mecánicos, de retribuciones muy superiores a las de otros sectores tan numerosos o más que el referido, como por ejemplo el de la construcción (103).

La suficiencia cuantitativa de las prestaciones no es el único requisito a considerar, ni suele venir recordado por los Comités de Expertos de la OIT y el Consejo de Europa en sus informes periódicos sobre el cumplimiento de los estándares internacionales de Seguridad Social. Hay otros requisitos importantes, como los referidos a las carencias exigi-

(102) El CESS y el Convenio 102 OIT se basan en la Clasificación Internacional tipo, por industria, de las ramas de actividad económica, adoptada por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas en 1947, donde la fabricación de maquinaria comprende los epígrafes 36 (maquinaria no eléctrica) y 37 (maquinaria, aparatos y suministros eléctricos).

(103) El *Anuario de Estadísticas Laborales y de Asuntos Sociales 2001* (MTAS, Madrid, 2002, pág. 675) daba como salario medio 1.421 euros mensuales para la fabricación de maquinaria, por encima de los 1.116 de la construcción o los 791 de la industria de la confección, por ejemplo. Recuérdese que el CESS no alude a la retribución media del sector, sino a la de un ajustador o tornero o, en el caso de pensiones no contributivas, de un obrero no cualificado.

das para alcanzar el derecho a las concretas prestaciones, donde algunos países fracasan por sus altos niveles de cotización. El CESS pide que ningún trabajador deba contribuir con más del 50 por ciento del total de recursos destinados a su protección (art. 70), lo cual suscita multitud de interrogantes, pues solo relativamente tiene que ver con que abone la mitad de las cotizaciones mensuales. No entraremos en tales requisitos, aunque desde luego sirven para conocer hasta qué punto nuestro país garantiza asistencia y prestaciones sociales suficientes a todos los ciudadanos.

5.4. La asistencia y prestaciones complementarias

El art. 41 termina con un párrafo tan ambiguo como el primero, diciendo que la asistencia y prestaciones complementarias serán libres. Dos conceptos dentro de la frase determinan el alcance de la misma, el de complementariedad y el de libertad, si bien el debate científico ha girado más bien en torno al segundo.

Tenemos una idea aproximada de cuanto cabe entender por Seguridad Social complementaria en el entorno jurídico europeo, donde es corriente la identificación de tres «pilares» de la Seguridad Social: uno básico, de carácter universal, público y obligatorio; un segundo pilar, profesional, reservado a los regímenes de trabajadores, asimismo obligatorio pero no universal ni necesariamente público, pues con alguna frecuencia se estipula en convenios colectivos; y un tercer pilar, no obligatorio, ni universal, ni necesariamente público, sino por el contrario habitualmente privado (104). Como se sabe es ese tercer pilar suplementario el que se robustece en los últimos años ante la debilidad de los sistemas públicos, con el beneplácito de los gobiernos, que desearían descargar de sus hombros la pesada losa del aseguramiento forzoso, con preferencia a otros gastos bastante más discutibles.

Complementario, desde tal punto de vista, sería el conjunto de prestaciones y de asistencia vinculadas a las necesidades sociales —dejando a un lado, pues, los seguros de tráfico, deportivo, hogar, etc.— que en cada momento se encuentre al margen del régimen público de titularidad estatal enunciado en el inciso primero del art. 41 CE. Y no únicamente en el sentido estricto de complementario, como cobertura de las contingencias no amparadas por el régimen público, sino además en el sentido de complementariedad de cobertura añadida o adicional, por arriba, de las contingencias ya comprendidas por aquél, mejorando las cuantías o dulcificando los requisitos. Ya lord BEVERIDGE indicaba un doble sentido del seguro que él llamaba voluntario: ir más allá del nivel de subsistencia para atender a los riesgos generales, añadiéndolo al montante de las prestaciones obligatorias, y hacer frente a riesgos y necesidades que, aunque suficientemente comu-

(104) Entre nosotros la distinción en tres pilares fue recomendada por FUENTES QUINTANA y su equipo de expertos económicos, lo que para MONEREO suponía admitir en el tercer nivel cualquier forma de aseguramiento civil o mercantil, reforzando así una acentuada interpretación privatista del último inciso del art. 41 CE («El derecho a la Seguridad Social», cit., pág. 1451).

nes como para asegurarse, no son tan comunes o uniformes como para pedir para ellas el seguro obligatorio (105).

En cuanto al segundo concepto, tras lo dicho parecería clara la idea de seguridad libre, pero todavía no es así por el diferente criterio de la doctrina científica y la judicial. La primera ha subrayado un matiz no bien comprendido por el TC: libre se contrapone a forzoso u obligatorio, y equivale a voluntario, no a privado (106). Los mecanismos de protección social libre no tienen por qué basarse en la «lógica contractual privada» (107), aunque venga a ser lo más frecuente, y en el concepto de asistencia o prestaciones libres cabe también las ayudas públicas de aceptación voluntaria por los destinatarios (108). Mientras que la labor asistencial viene emprendida con ardor por Ayuntamientos y Diputaciones, la pugna con el poder central conduce a las Comunidades Autónomas a mejorar las prestaciones regladas del sistema, en un difícil equilibrio donde el TC primero y el legislador después han tratado de delimitar sesgadamente, al hilo del reparto de competencias, lo que deba considerarse como complementario — esporádico, de menor cuantía, con cargo a presupuestos propios, etc.— de lo que pertenece a la competencia del Estado y por ende no es libre en su constitución y gestión.

Pero el concepto de libertad hemos de arrostrarlo con todas las consecuencias, incluso en un ámbito conectado a la expresamente pública Seguridad Social, si nos lo pide la Constitución. En el ámbito de la interpretación jurídica, donde nos encontramos, libre tiene siempre prioridad sobre forzoso, salvo contadas excepciones. El idealismo maximalista del art. 41 como principio rector influye también aquí en algunos autores para reducir el concepto de libertad a solo la voluntariedad en la constitución o concertación de la cobertura, pero respetando la gestión pública, lo que recordaría el mecanismo del convenio especial con la Tesorería (Orden TAS/2865/2003) (109 dejando fuera a la parte más gruesa del capítulo, formada por las mejoras voluntarias, los planes y fondos de pensiones, las mutualidades de previsión social o las mutuas de accidentes de trabajo (110). En mi opinión, la libertad permite todas las intensidades posibles en el dial público-privado, siempre que la adscripción permanezca como potestativa para el destinatario. Vale

(105) BEVERIDGE, *Seguro Social y Servicios afines*, cit., pág. 240.

(106) PALOMEQUE LÓPEZ, «Los derechos a la Seguridad Social y a la salud en la Constitución», cit., pág. 330; ÁLVAREZ DE LA ROSA, «El artículo 41 de la Constitución», cit., pág. 79 («será libre, lo que, entre otras cosas, no quiere decir forzosamente que sea privado»).

(107) El TC se inclina por la tipificación privada en sus sentencias 134/1987, de 21 de julio, y 206/1997, de 27 de noviembre.

(108) En la Constitución caben una Seguridad Social pública complementaria y una previsión social privada, afirman BLASCO, LÓPEZ GANDÍA y MOMPALER, *Curso de Seguridad Social*, pág. 64.

(109) El alcance de su voluntariedad puede verse en PANIZO ROBLES, «El aseguramiento voluntario en el Sistema de Seguridad Social (la nueva regulación del Convenio Especial)», *RMTAS*, núm. 49, 2004, págs. 83 y ss.; del mismo, «El convenio especial en el sistema de Seguridad Social», *Relaciones Laborales*, tomo II-2003, págs. 995 y ss.

(110) De gestión privada aunque fuertemente controlada.

la pena recordar las matizaciones señaladas por VENTURI entre seguro voluntario y seguro privado: mientras éste surge como consecuencia de un contrato con una empresa o con el ingreso en una asociación, con amplia autonomía para el acuerdo voluntario entre las partes, el seguro voluntario se beneficia de condiciones privilegiadas, como aportaciones públicas u otras ventajas, y aun teniendo en su origen un acto voluntario del asegurado, pertenece a la esfera que suele denominarse de derecho público (111).

(111) VENTURI, *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social* (1954), MTSS, Madrid, 1995, pág. 131. Un recorrido histórico por las diversas estancias, en MORENO RUIZ, *Mutualidades, Cooperativas, Seguro y Previsión Social*, CES, Madrid, 2000.