

**NUEVAMENTE SOBRE LAS COMPETENCIAS DE LAS
COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN
SOCIAL. ALGUNAS REFLEXIONES RESPECTO DE LA
STC 239/2002, DE 11 DE DICIEMBRE**

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS*

SUPUESTO DE HECHO: El Gobierno de la Nación presentó conflictos positivos de competencia contra los Decretos de la Junta de Andalucía 284/1999, de 29 de diciembre, por el que se establecen ayudas económicas complementarias, de carácter extraordinario, a favor de los pensionistas por jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas y 62/1999, de 9 de marzo, de modificación del Decreto 284/1998, de 29 de diciembre, antes citado.

El Decreto 284/1999 tiene por finalidad el establecimiento de ayudas complementarias a la pensiones no contributivas de jubilación e invalidez a favor de los titulares de dichas pensiones que tengan su residencia habitual en Andalucía, siendo su cuantía individual de 9.395 ptas anuales, y teniendo dicha ayuda “carácter extraordinario” al quedar limitada su vigencia al ejercicio de 1999.

La discusión litigios se circunscribe a determinar si con la entrada en vigor de tales Decretos, la Junta de Andalucía ha vulnerado las competencias del Estado sobre la “legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social” (149.1.17CE) así como las relativas a “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”.

RESUMEN: La STC 239/2002, de 11 de diciembre, desestima los conflictos positivos de competencia declarando que la competencia controvertida corresponde a la Comunidad Autónoma, tras realizar un análisis de la diferenciación entre las medidas de Seguridad Social y de asistencia social.

Se trata de una sentencia que viene acompañada de varios votos particulares, suscritos por cuatro magistrados.

* Profesor TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

ÍNDICE

1. Introducción

2. Sobre el contenido de la STC 239/2002: los principales argumentos esgrimidos

3. Los votos particulares: 3.1. Sobre el segundo voto particular. 3.2. Sobre el tercer voto particular

1. INTRODUCCIÓN

En diciembre de 1998, la Junta de Andalucía dictó dos Decretos en los que se establecían ayudas económicas en favor de minusválidos o ancianos¹. El primero de ellos, el Decreto 283/98, continuaba una línea trazada ya por el Decreto 295/1997, también de la Junta, en el que venían a establecerse ayudas económicas complementarias de carácter extraordinario para los perceptores de los llamados “subsidios de garantía de ingresos mínimos” previstos por la Ley 13/82 de integración social del minusválido y de las prestaciones del Fondo Nacional de Asistencia Social². Por su parte, el Decreto 284/98 establece ayudas económicas complementarias, de carácter extraordinario, en favor de los perceptores de pensiones no contributivas andaluzas. Éste ha sido el Decreto que, en su momento, propició el conflicto de competencias, además de un importante debate en la sociedad española.

El Decreto en cuestión venía motivado en el hecho de que, de conformidad con el artículo 148.1.20 de la CE y con el art. 13.22 del Estatuto de Autonomía andaluz, la Junta de Andalucía tiene competencias exclusivas en materia de asistencia social y servicios sociales. Por su parte, la Ley 2/88 de Servicios Sociales de Andalucía (que por cierto en este aspecto es similar a la de otras Comunidades Autónomas), desarrollaba el Estatuto en este aspecto permitiendo que se establecieran prestaciones económicas “en favor de las personas que no pudieran atender a sus necesidades más básicas debido a la situación económica y social en que se hallan”. El objeto de la norma era claro: establecer ayudas económicas complementarias de carácter extraordinario para el ejercicio de 1999. El colectivo protegido se identifica con los perceptores de prestaciones no contributivas, sólo con dos particularidades: deberán ser beneficiarios con al menos tres meses de anterioridad al momento de la percepción de la prestación³ y tendrán su residencia habitual en Andalucía. Por supuesto, la financiación de tales prestaciones serán cubiertas por partidas presupuestarias de la Comunidad Autónoma.

Como es conocido, en marzo de 1999 el Gobierno presentó conflicto positivo de competencia en relación con los Decretos 284/98 y 62/99 (que modifica al anterior) citados. Por providencia de 23 de marzo, el Tribunal Constitucional admitió el conflicto positivo de competencia y, consecuentemente con ello, ex art. 161.2 CE y 64.2 LOTC, decidió la suspensión inmediata de la vigencia de las disposiciones que dieron origen al conflicto. Pasado el plazo

¹ Nos referimos a los Decretos 283 y 284, de 29 de diciembre de 1998, publicados en el BOJA de 31 de diciembre de 1998.

² Este Decreto no ha sido objeto de polémica, creemos, debido a que se trata de unas prestaciones “a extinguir” y ser sustituidas por otras, mejores en su cuantía, como son las no contributivas. Por ello, el dinero invertido por la Junta de Andalucía en este colectivo supone un “ahorro” en las arcas de la hacienda estatal ya que evita que los mismos soliciten una prestación no contributiva más costosa.

³ Aunque el art. 3 del Decreto 284/98 señalaba como referente el mes de abril, el Decreto 62/99, que también es impugnado, suprime únicamente la prescripción de que el pago se realice durante el mes de abril.

de cinco meses establecidos por los artículos 161.2 CE y 65.2 LOTC para la confirmación o levantamiento de la suspensión, el Tribunal Constitucional dictó los Autos 1207/99 y 1208/99, referidos respectivamente a los Decretos citados anteriormente y de contenido idéntico ya que en el segundo de ellos tanto Gobierno como Junta de Andalucía reproducen las alegaciones vertidas en el Auto 1207/99. En los mismos, sin entrar en el fondo, el Tribunal Constitucional decidió, tras previa ponderación, de un lado, de los intereses que se encontraban afectados, tanto el general y público, como el particular o privado de las personas afectadas y, de otro, los perjuicios de imposible o difícil reparación que se irrogan del mantenimiento o levantamiento de la suspensión, el levantamiento de la suspensión en la aplicación de tales Decretos. La argumentación para ello residía en el escaso monto de la prestación, en su excepcionalidad y en que su pago lo sería con fondos de la hacienda andaluza; lo que a juicio del Tribunal determinaba como preponderante el interés particular frente al general y supone que aquel interés de los beneficiarios deba ser especialmente tutelado ya que dicha cantidad podría ayudar a subsistir de forma más digna a personas de avanzada edad o que tienen la condición de minusválidos o enfermos crónicos.

En tales fechas, a raíz de tal resolución realicé un comentario en esta misma revista⁴ en la que además de realizar un breve análisis de los citados Autos, se hizo una apreciación sobre la cuestión en un plano más general, llegando a la conclusión de que en este supuesto no había una vulneración de las exclusivas competencias estatales ya que se trataba del ejercicio de una propia de la Comunidad Autónoma andaluza.

La STC 239/2002, de 11 de diciembre, tras desestimar los conflictos de competencias interpuestos por el Gobierno de la Nación, llega a la misma conclusión que en su momento mantuvimos. No obstante ello, se vierten consideraciones jurídicas importantes al respecto tanto en la fundamentación jurídica de la sentencia como en los votos particulares. Consideraciones que, sin ánimo de exhaustividad, merecen alguna reflexión.

2. SOBRE EL CONTENIDO DE LA STC 239/2002: LOS PRINCIPALES ARGUMENTOS ESGRIMIDOS

A pesar de que, como señaló la STC 206/1997, el artículo 41 de la CE es un precepto “neutro” no apto para atribuir competencias ni para decantarse en favor de unos u otros centros de decisión entre cuantos integran el modelo de articulación del Estado diseñado en el Título VIII de la CE, es un precepto que el Tribunal Constitucional tiene muy en cuenta para la solución del conflicto de competencia planteado⁵.

Y es que el artículo 41 CE consagra un sistema de protección social encomendado a los poderes públicos que tiene como eje fundamental, aunque no único, al sistema de Seguridad

⁴ Titulado “*Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de protección social*”, Temas Laborales, nº 51, 1999.

⁵ En el FJ 6º de la STC 239/2002, justifica en el hecho de que el sistema de protección social encomendado a los poderes públicos tiene como eje fundamental a la Seguridad Social, aunque no sea el único, la neutralidad del precepto desde la perspectiva de la distribución de competencias, “puesto que si el sistema de Seguridad Social debe tener en cuenta, el reparto de competencias en su seno, las que, respectivamente, correspondan al Estado y a las Comunidades Autónomas en dicha materia, también los restantes segmentos de protección social que no se incluyen en aquel sistema reconducen a la distribución de competencias que resulte propia de la medida de protección social implicada en cada caso”.

Social de carácter imperativo, el cual coexiste con otros complementarios. Precepto desde el que se hace un llamamiento a todos los poderes públicos para que subvengan a paliar estas situaciones de necesidad, lo que ha de ser realizado por los mismos en el ámbito de sus respectivas competencias. Tal afirmación permite la actuación, como no podía ser de otro modo, de las Comunidades Autónomas en el campo de la protección social.

El principal problema es la delimitación entre la Seguridad Social y la asistencia social; tarea compleja por ser ambas medidas adoptadas para la consecución de objetivos que a veces pueden ser idénticos y por no producirse una definición de ninguna de ellas en el Texto Constitucional⁶.

Inicialmente, en la STC 76/1986 se produjo un primer acercamiento por el Tribunal Constitucional a la noción de asistencia social, entendiendo que la misma aparecía como “un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de la población a los que no alcanza aquél sistema [el de Seguridad Social] y que opera mediante técnicas distintas de las propias del sistema de Seguridad Social”. Ha de tenerse en cuenta que el sistema de Seguridad Social, en el momento de adoptarse la Constitución era de carácter contributivo (“se sustentaba en la cobertura de riesgos de carácter contributivo, no incluyendo en su ámbito la atención a otras situaciones de necesidad”). El artículo 41 de la CE supuso una nueva orientación del sistema de Seguridad Social dirigiéndolo no sólo a los trabajadores sino a todos los ciudadanos que se encontraran en situación de necesidad. Pero ese “nuevo rumbo”, al encontrarse el citado artículo en el Capítulo III del Título I, no se produce hasta 1989-1990 con la introducción de las prestaciones universales o no contributivas de asistencia sanitaria y jubilación, invalidez y prestaciones familiares. Ciertamente, hay un giro muy importante en la legislación de Seguridad Social (que parecía ya prever la STC 76/1986)⁷ que, sin duda, debe llevar consigo, como lo hace la STC 239/2002, una “revisión” o “matización” de la doctrina anterior.

Sobre todo porque el entender la asistencia social como un mecanismo de protección de necesidades sociales dirigidos a grupos de la población a los que no alcanza tal sistema, con un “renovado” sistema de Seguridad Social con prestaciones de carácter universal, supondría ni más ni menos que restringir la actuación de las Comunidades Autónomas en materia de asistencia social, “tendencia que, de profundizarse, incluso podría determinar el vaciamiento de esta última materia, con el consiguiente menoscabo de las competencias” a las mismas atribuidas⁸.

⁶ En todo caso, respecto de las prestaciones de Seguridad Social se dan una serie de ideas que podrían entenderse como las “paredes maestras” o como elementos que han de ser necesariamente tenidos en cuenta por el legislador en el desarrollo legislativo de la materia a la que nos referimos.

⁷ Se decía en la misma “En el momento actual -con independencia de que el sistema de Seguridad Social pueda ir en la misma dirección- es característica de la asistencia social su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios”.

⁸ En esta línea de razonamiento, debemos decir ahora que la inclusión subjetiva en el sistema de Seguridad Social, pudiendo ser un elemento a valorar en cada caso, debe ponderarse con suma cautela, pues difícilmente puede ser determinante o concluyente del deslinde competencial entre aquella materia y la de “asistencia social”, como tampoco lo es respecto del deslinde con el “mutualismo no incluido en la Seguridad Social” o con los “fondos y planes de pensiones”, pues nada impide recibir prestaciones de la Seguridad Social y otras complementarias provenientes del mutualismo libre o de los fondos de pensiones, según hemos visto con anterioridad.

Si la protección de situaciones de necesidad es un campo de actuación para ambas instituciones (Seguridad Social y asistencia social), ya que “el artículo 41 de la CE hace un llamamiento a todos los poderes públicos para que subvengan a paliar estas situaciones de necesidad”, la Seguridad Social no puede actuar a modo de “vasos comunicantes” con la asistencia social (en todo caso con la asistencia social interna al sistema de Seguridad Social, pero no con la externa⁹) ya que quedaría en manos del Estado que es el que tiene la competencia exclusiva en materia de Seguridad Social la determinación y delimitación de la potestad que en materia de asistencia social tienen las Comunidades Autónomas, como se dijo anteriormente.

Pues bien, en ese espacio común de protección social cabría que la asistencia social concediera apoyos o prestaciones complementarias a los beneficiarios del sistema siempre que ello se “realice legítimamente, esto es, de acuerdo con las reglas de delimitación y deslinde de ambas materias”. En cierto modo, la concesión de prestaciones de asistencia social a beneficiarios de prestaciones asistenciales del sistema de Seguridad Social que, aún así, se encontraran en situación de necesidad, sin que ello “produzca un modificación o perturbación de dicho sistema o de su régimen económico”, puede suponer, a mi juicio, el reconocer la insuficiencia de las prestaciones no contributivas que están precisamente para cubrir esas situaciones de necesidad. O dicho de otro modo, las Comunidades Autónomas podrían en su legislación de Seguridad Social establecer criterios distintos a los del Estado para determinar qué se entiende por línea o umbral de pobreza; criterios que, a mi juicio, servirían para poder complementar con servicios o prestaciones económicas las rentas de los beneficiarios del sistema de Seguridad Social.

No obstante, el Tribunal Constitucional no llega a tanto ya que utiliza una serie de prudentes criterios para determinar la franja de actuación en materia de asistencia social de las Comunidades Autónomas respecto de zonas en las que es posible una actuación común o conjunta. Para ello realiza un análisis de las características de las ayudas establecidas por la Junta de Andalucía respecto de las cuales han de destacarse los siguientes aspectos:

a) No es un obstáculo el que la norma de asistencia social se integre por remisión a lo dispuesto en otras, “pues ello no implica modificación ni ampliación de la norma a que se hace remisión, cuyo ámbito de aplicación permanece inalterado”. Esto es, las normas de asistencia social pueden tener como referencia una norma de Seguridad Social que puede servir de “soporte” a la regulación de la Comunidad Autónoma en materia de asistencia social.

Se trata de una técnica legislativa comúnmente realizada en muchos ámbitos del ordenamiento jurídico, por lo que no es óbice para utilizarla en el ámbito de la protección social, sobre todo en franjas donde confluyen distintas medidas de diferentes instituciones.

b) Las prestaciones que las Comunidades Autónomas pueden otorgar en materia de asistencia social no exigen ser caracterizadas por su integración en un sistema unitario y permanente ni en el tiempo ni en el espacio, pues la exclusividad de esta competencia “permite a aquéllas optar por configuraciones en sus territorios respectivos”.

⁹ Lo cual no quiere decir que no pueda afectar a la externa en el sentido de que si el sistema de Seguridad Social ofrece una cobertura prestacional suficiente que garantiza un óptimo nivel del vida del beneficiario la asistencia social de las Comunidades Autónomas no se desplegaría para tales sujetos o si lo hiciera se referiría a cuestiones muy puntuales (sobre todo servicios o prestaciones en especie).

Son las respectivas Comunidades, competentes en materia de asistencia social, las que hayan de determinar las técnicas asistenciales que quieran poner en aplicación (dineraria o en especie), siempre que dicha ayuda no altere o perturbe el ámbito de la Seguridad Social.

En el supuesto que se examina, los auxilios o prestaciones establecidas por el Decreto 284/1998, según el Tribunal Constitucional, no producen la perturbación del ámbito de la Seguridad Social porque “no las complementa de un modo que pueda ser calificado como específico de la Seguridad Social” ya que su otorgamiento los es por una sola vez, mientras que las prestaciones a las que complementa son prestaciones de tracto sucesivo (pensiones).

Personalmente creo que, actuando en un ámbito conjunto, ninguna prestación de asistencia social puede perturbar el sistema de Seguridad Social y ello independientemente de la técnica utilizada por la Comunidad Autónoma, siempre que la prestación que se otorgue sea realmente un complemento para elevar el nivel o la calidad de vida del beneficiario del sistema de Seguridad Social residente en la Comunidad que las establece.

c) El tercero de los criterios se refiere a la distinción entre el carácter revalorizable de las prestaciones de la Seguridad Social frente al carácter extraordinario (“y exclusivamente puntual y esporádico”).

En base a lo dicho más arriba, y en coherencia con ello, no creo que el carácter revalorizable sea necesariamente una característica de las prestaciones de asistencia social (de hecho, se observan prestaciones asistenciales dirigidas a emigrantes españoles residentes en el extranjero que se suelen revalorizar). Es posible que para este supuesto pueda servir como criterio de diferenciación, pero al igual que en el apartado anterior, no debe de entenderse como un criterio de diferenciación absoluto.

Pero más aún, no puede estarse de acuerdo con la calificación del Decreto 284/1998 “como un mero acto administrativo de ejecución” más que una verdadera norma debido a su carácter “estrictamente coyuntural y temporal”, en este sentido ha de recordarse que los Decretos cuestionados tienen “un claro sentido ordenador, y no el de un acto ordenado, como lo evidencia no ya su propia estructura y configuración formal, que concluye incluso con una disposición derogatoria, sino su propia función, que no revela la pura aplicación de una norma previa en un acto administrativo de destinatario plural”¹⁰. Además, en el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social se observan normas con este carácter que nadie duda de su cualidad de tales¹¹.

d) El último de los criterios, a mi juicio el más importante, es el que se refiere a la financiación de las prestaciones de asistencia social a cargo de los presupuestos correspondientes de las Comunidades Autónomas.

Como es conocido, las prestaciones de la Seguridad Social se financian, por decirlo grosso modo, en el nivel contributivo a través de las cotizaciones y en nivel universal o asistencial por partidas de los Presupuestos Generales del Estado destinadas al efecto de cubrir el coste de las mismas. Ello es consecuencia necesaria de la reserva del régimen económico de la Seguridad Social establecido por el artículo 149.1.17 CE, siendo ello una de las características principales de las prestaciones de Seguridad Social.

¹⁰ Como se indica muy correctamente, a mi juicio, en el voto particular de Conde Martín de Hijas.

¹¹ Por ejemplo, los Reales Decretos sobre revalorización de pensiones y pensiones mínimas o las correspondientes OOMM sobre cotización a la Seguridad Social.

Una prestación establecida para cubrir una situación de necesidad en el marco de un sistema de protección social, a mi juicio, independientemente del modo, forma o técnica utilizada, será necesariamente de asistencia social cuando se encuentre financiada por los Presupuestos de una Comunidad Autónoma. Ya que por definición prestaciones de Seguridad Social sólo pueden serlo las establecidas en el artículo 38 de la LGSS y en el modo que la propia Ley o los Reglamentos la desarrollen. El resto de prestaciones sociales que pretendan cubrir situaciones de necesidad e incidan o no en ramas de protección ya cubiertas por el sistema de Seguridad Social (complementándolo o suplementándolo) en orden a elevar el nivel o calidad de vida de los ciudadanos en situación de necesidad habrá de considerarse asistencia social ya que serán financiadas en el ámbito de las competencias de las Comunidades Autónomas al respecto. El sistema de Seguridad Social es único y uniforme en todo el territorio nacional. Pero cada Comunidad Autónoma puede decidir con su Presupuesto como mejorar la calidad de vida de los residentes en la Comunidad Autónoma y ello puede hacerlo a través de cualquiera de las competencias asumidas en sus correspondientes Estatutos de Autonomía (no sólo con gastos en asistencia social, sino también en políticas sociales de educación y cultura, vivienda, infraestructuras, etc.).

Y es que, aunque en la STC 171/1998, se entendiera como “técnica de protección fuera del sistema de Seguridad Social con caracteres propios que la separan de otros afines o próximos a ella”. La concepción de asistencia social establecido por el Tribunal Constitucional en esta sentencia, al dejar que en cada caso concreto sea el propio Tribunal el tenga que delimitar si una prestación autonómica “altera o perturba el ámbito de la Seguridad Social”¹², permitiría, con los criterios no demasiado “cerrados” utilizados, llevar a decisiones que puedan matizarse en un sentido u otro según la composición del Tribunal en un determinado momento.

En mi opinión, los caracteres propios más importantes no se refieren a la naturaleza específica y distintas de las técnicas prestacionales de la Seguridad Social, sino más bien a la cobertura de situaciones de necesidad (de conformidad con lo que entienda por la misma la Comunidad Autónoma) y, por supuesto, la financiación con cargo a los Presupuestos de la correspondiente Comunidad. Desde luego, el criterio que propongo podría ser en el futuro más eficaz ya que se utilizan dos elementos de delimitación claros: de un lado, el de la consideración de situación de necesidad, que es una situación que corresponde a la Comunidad Autónoma y que se encuentra en el terreno de la política legislativa y, de otro lado, el de la financiación por parte de la Comunidad Autónoma, que es un criterio altamente objetivo. Es evidentemente que se trata de una concepción de asistencia social no residual sino más bien con cierta holgura en su delimitación. Y ello es así, en mi opinión, ya que la tendencia de los sistemas de Seguridad Social actuales, con la reducción correspondiente de prestaciones a causa de la tan conocida crisis del sistema de Seguridad Social, parece que se orienta hacia la cobertura de mínimos (situaciones de necesidad) dejando a sistemas complementarios que bien pueden ser tanto sistemas privados o sistemas públicos donde la asistencia social puede ocupar más espacio tras la retirada a la baja de los sistemas de Seguridad Social.

¹² Sobre todo en cuestiones tan polémicas como la presente (véase el número de Magistrados disidentes).

3. LOS VOTOS PARTICULARES

Como se ha visto, la Sentencia que se comenta deja algunos “fleclos” en materia de interpretación que, a mi juicio no cierra totalmente esta cuestión. Pero sin duda es mucho más sólida, creo, que los argumentos esgrimidos en los votos particulares, a excepción del primero, realizado por el presidente del Tribunal y en el que se adhiere a los otros dos¹³.

3.1. Sobre el segundo voto particular

Se trata de un voto particular formulado por el Magistrado Sr. Conde Martín de Hijas¹⁴, sin ánimo de exhaustividad, los aspectos más interesantes sobre los que se basa dicho voto serían los siguientes:

a) La concepción de la Seguridad Social realizada por la STC 239/2002 en el momento constituyente es inadecuada. Como se recuerda, esta sentencia indica que en el momento de aprobarse la constitución la Seguridad Social se basaba en el “principio contributivo” y en la “cobertura de riesgos”. Esa simplificación parece excesiva a juicio del magistrado que disiente, es posible, pero, a mi juicio, no incorrecta. Y es que el artículo 41 CE establece rasgos nuevos, distintos, como la puesta en relación del sistema con “situaciones o estados de necesidad” típico de sistema de Seguridad Social no contributivos.

Se dice en el voto particular que resulta “exagerado” el principio contributivo como “rasgo estructural”, “como lo evidencia precisamente la asistencia social, que formaba parte de la acción protectora del sistema de Seguridad Social, desconectada desde el principio de lo contributivo”. Ciertamente pero a medias, la asistencia social no es Seguridad Social, aunque una institución (a efectos de financiación sobre todo) haya acogido a la otra¹⁵; por lo que no ello no vale para matizar el “carácter asistencial” de la Seguridad Social preconstitucional. Además, la protección dispensada por la asistencia social “interna” o “acogida” al sistema de Seguridad Social no es universal¹⁶ ni generaba derechos subjetivos¹⁷ (que es la característica de las prestaciones no contributivas). La argumentación utilizada para justificar que en el momento de adopción del texto constitucional nuestra Seguridad Social era otra “cosa”, no sólo un sistema contributivo, es más formal que real ya que aunque la Ley de Bases de 1963 y el Fuero de los Españoles pretendían tanto la generalización de la cobertura para todas las situaciones de necesidad como la universalización de la protección, lo cierto es que ambas, en cualquier caso se referían a “la población activa”. Es decir, el sistema de Seguridad Social era para los que hubieran aportado previamente por haber realizado una

¹³ Que, por cierto, para justificar la misma opinión de ser contrarios a la decisión de la mayoría, parten de bases un tanto dispares por lo que la argumentación jurídica de ambas no siempre se complementa sino que, a veces y en determinados aspectos, se contraponen.

¹⁴ Al que se adhiere el Magistrado Sr. Delgado Barrio.

¹⁵ Si se tiene en mente que la asistencia social siempre ha sido una parte de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social porque “se incluía desde siempre” en el mismo, se deja claro que, con ese punto de partida, se está limitando a la futura (postconstitucional) Asistencia Social de la Comunidades ya que será difícil hallar un campo de actuación de la misma que no esté ligado ya a un sistema de Seguridad Social cada vez más expansionista en su acción protectora.

¹⁶ Ya que se dirigía solamente a personas que estaban incluidos en el campo de aplicación (contributivo) del sistema de Seguridad Social o a sus familiares.

¹⁷ Aunque en algún momento, postconstitucional, las prestaciones del FONAS generaron derechos subjetivos.

actividad laboral que los incluyeran dentro del campo de aplicación. Además, es conocido por todos, que el desarrollo de la LBSS producido por el Texto Artículo de la Ley de Seguridad Social de 1966 incumplió importantemente las bases establecidas para la delegación de la potestad legislativa; pero en aquél momento, y debido a las circunstancias socio-políticas, la concepción y aplicación del principio de legalidad, por la sala de lo contencioso del Tribunal Supremo, venía muy matizada. De hecho, no se hizo nada al respecto. La concepción del sistema de Seguridad Social en la Ley de Bases era mucho más rica y amplia que a lo que finalmente quedó reducida. La prueba puede encontrarse en que, salvo los períodos en los que la economía mundial estaba en buena situación por lo que los niveles de empleo incluso en España eran altos, el sistema de Seguridad Social nunca consiguió erradicar las verdaderas situaciones de necesidad que conllevaba la pobreza en determinados sectores o capas de la población¹⁸.

Precisamente, la redacción del artículo 41 de la CE supone una nueva reorientación de lo que haya de entenderse por Seguridad Social ya que, como ha dicho la doctrina científica y el propio TC, sin abandonar o negar la existencia de un sistema de Seguridad Social contributivo incluye dentro del mismo una protección ante situaciones de necesidad dirigidas a la ciudadanía. Reorientación que se produce con la universalización de las prestaciones sanitarias producidas por RD 1088/1989 y por la creación de las prestaciones no contributivas de jubilación e invalidez por la Ley 26/1990¹⁹. Por supuesto, ello sí supuso, y en contra de lo indicado en el voto particular, un “cambio cualitativo” nuestro sistema progresaba, pero hacia el camino de la solidaridad nacional. El Magistrado Sr. Conde Martín de Hijas parte de la base de que la Seguridad Social era una “institución asentada desde su nacimiento en criterios de solidaridad nacional”, lo cual no puede compartirse ya que era una institución basada en criterios de solidaridad grupal, esto es, la solidaridad de los trabajadores incluidos en el campo de aplicación ya que en sus inicios el sistema de Seguridad Social, por ser de reparto, no necesitó ninguna aportación del Estado²⁰. Si se hubiera tratado de solidaridad nacional se hubiera dirigido a todos los ciudadanos y, quizás, se hubiera financiado con otros tipos de impuestos distintos de las cotizaciones²¹. Lo cierto es que los sujetos a proteger tenían un rasgo común, antes de 1990, eran trabajadores o asimilados incluidos en el campo de aplicación del sistema que, salvo para accidentes y contingencias profesionales, hubieran cotizado previamente a la Seguridad Social; de hecho, la mayoría de las prestaciones estaban pensadas para sustituir las rentas dejadas de percibir por el trabajador o su familia a causa de la contingencia sufrida (y ello independientemente de que tras el acaecimiento de la contingencia se encontraran o no en situación de necesidad). El nivel no contributivo

¹⁸ Y mucho menos con los seguros sociales y otras normas de protección social emanadas en cumplimiento del Fuero de los Españoles.

¹⁹ Y en menor medida por la creación en dicha norma de las prestaciones familiares por hijos a cargo cuya importancia reside sobre todo en la protección de los hijos mayores minusválidos ya que las prestaciones por hijos a cargo menores de 18 años no cumplen, a mi modo de ver, el objetivo para el que fueron creadas sobre todo por los requisitos de acceso a las mismas y por la cuantía de las prestaciones que se conceden.

²⁰ Antes al contrario, el Estado normalmente ha utilizado los excedentes de la Seguridad Social para la cobertura económica de otras políticas no sociales.

²¹ Mi postura acerca de la consideración de las cotizaciones como impuestos puede verse “Una historia inacabada: la naturaleza jurídica de la cotización y el respeto al principio de legalidad”, en el nº 37 de 1995 en esta misma Revista.

de Seguridad Social sí se funda en la solidaridad nacional ya que se dirige a todos los ciudadanos sin excepción que cumplan los requisitos definidos para las contingencias protegidas, en especial, encontrarse en situación de necesidad.

b) Es cierto que la Seguridad Social es una institución dinámica de ahí la dificultad de deslindar entre la Seguridad Social no contributiva y las prestaciones de asistencia social. No creo que las prestaciones de Seguridad Social no contributivas sean “asistencia social”, al respecto hay una sólida doctrina en el marco del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; doctrina que por cierto supone la expansión en algún caso del concepto de Seguridad Social más allá de lo debido, producido para evitar que los Estados excluyeran del ámbito de aplicación de los Reglamentos 1408/71 y 574/72 determinadas prestaciones no contributivas bajo la calificación de prestaciones de asistencia social, prestaciones que se encuentran excluidas del campo de aplicación de tales Reglamentos.

En cualquier caso, el objeto de ambas instituciones pueden referirse a parcelas comunes donde se requiere una especial protección o cobertura del Estado. Por ejemplo, en la actualidad se han creado unas “prestaciones familiares” contributivas (ya que van dirigidas exclusivamente a trabajadoras) residenciadas en el marco de políticas fiscales y no de Seguridad Social, haciendo “la competencia” a las prestaciones familiares por hijos a cargo²². En el marco de la protección social en el que nos movemos todo ello hace surgir una serie de preguntas, de no fácil respuesta: ¿quién decide cuando una prestación es o no de Seguridad Social? Y, sobre todo, ¿con base en qué principio constitucional la Seguridad Social puede ocupar espacios anteriormente ocupables por la asistencia social y no a la inversa?. En tal sentido, ¿acaso las competencias atribuidas en exclusiva al legislador nacional son de mejor derecho o preferentes respecto de las competencias de las Comunidades Autónomas?

Desde mi punto de vista, la decisión de qué es o no una prestación de Seguridad Social la tiene el legislador al incluir en el catálogo de prestaciones del sistema de Seguridad Social una determinada contingencia (artículo 38 LGSS) y, posteriormente, desarrollar el modo de acceso y cuantía de la prestación.

Pero el hecho de que el sistema de Seguridad Social sea dinámico no ha de impedir que el legislador, al definir la cobertura la pueda hacer tan extensa que vacíe de contenido y ahogue las posibilidades de actuación de las Comunidades Autónomas en materias que les son propias. Cualquier otra prestación dirigida o no a beneficiarios del sistema de Seguridad Social, que cubra o no riesgos que el mismo sistema cubra, complementando o sobreponiéndose a las prestaciones ya recibidas y siempre que sea financiada con cargo a los fondos de las CCAA o de los Ayuntamientos o Diputaciones, previa prueba de necesidad o con el objeto de mejorar la calidad de vida de determinados colectivos de sujetos, no podrá calificarse de Seguridad Social ya que siempre será algo distinto a lo que prevé el sistema. En la medida en que la Seguridad Social es una institución de configuración legal y que la Sentencia 76/1986 hacía un acercamiento a la institución de asistencia social en el marco de una Seguridad Social contributiva, es normal que dicha concepción haya de matizarse de conformidad con la instauración de un nivel no contributivo de Seguridad Social.

²² La pregunta sería si tales prestaciones deberían de calificarse como de Seguridad Social. Formalmente no lo son por no estar encuadradas ni desarrolladas por la LGSS, materialmente opino que hay una intromisión de la rama fiscal del Derecho en el ordenamiento de la Seguridad Social, excluyendo prestaciones de su ámbito natural (y por supuesto del orden social de la jurisdicción).

c) La protección social es un complejo ámbito donde concurren tanto la Seguridad Social como la asistencia social como otras medidas privadas de protección. Además, en este voto particular, se indica la posibilidad de coexistencia con la Seguridad Social de medios de “cobertura de necesidades sociales distintos a los de tal sistema público”, decía ALONSO OLEA hace algún tiempo ya que el catálogo de situaciones cubiertas por la Seguridad Social es tan amplio que iba ser difícil encontrar nuevas situaciones que puedan entenderse como contingencias. Si se entiende la “cobertura de necesidades sociales” como contingencias, desde luego la asistencia social nada tiene que hacer con dicho planteamiento. Por lo que se vacía de contenido la competencia en tal materia que pudiera tener una Comunidad Autónoma.

La justificación de la concurrencia en el ámbito de la protección social de prestaciones de Seguridad Social y de asistencia social proviene, creo, porque no existe en todo el territorio nacional una garantía de ingresos o rentas suficientes para todos los ciudadanos. Las rentas de sustitución de los salarios del nivel contributivo, cada vez se alejan más de los salarios dejados de percibir. Las rentas de compensación cubren mínimos vitales para grupos muy determinados. No existen prestaciones suficientes para todos los que se encuentran en situación de necesidad.

No puede impedirse la concesión de prestaciones por la asistencia social dirigidas a sobreproteger o suplementar las prestaciones de Seguridad Social. La consecución de la dignidad de las personas, que es precisamente un Derecho de Hombre, puede producirse con prestaciones de la Seguridad Social pero también, como exigencia del Estado Social de Derecho, con cualesquiera otras prestaciones o ayudas de carácter o naturaleza diferente. Ello significa que el concepto de suficiencia de las prestaciones podría venir dado por dos variables: la cuantía que a nivel de estado considera a una prestación del sistema de Seguridad Social como suficiente y, de otro lado, el concepto de pobreza o situación de necesidad que pueda tener una Comunidad Autónoma que podrá, en su caso, establecer prestaciones en el marco de la asistencia social que le compete para cubrir lo que la misma entiende como situación de necesidad. Ello puede hacerlo entregando una cantidad de dinero, vales de comida, descuento en servicios o impuestos, etc.

De otro lado, y continuando con la cuestión de la suficiencia de las prestaciones habrá de recordarse que en el marco de las prestaciones no contributivas es precisamente algo que no ocurre ya no sólo por la escasa cuantía de las prestaciones concedidas sino también porque hay una importante disfunción entre lo que se entiende como carencia de rentas y cuantía de la prestación ya que esta última es idéntica para cualquier beneficiario independientemente de los familiares que convivan con él y a sus expensas.

Pero es que también se critica la posibilidad de concurrencia de los distintos poderes públicos para que subvengan “a paliar estas situaciones de necesidad”, en términos de suplementariedad de la asistencia social (autonómica) respecto de la Seguridad Social y ello porque el precepto constitucional se está refiriendo en exclusiva a “un régimen público de Seguridad Social” y no a otros posibles sistemas públicos de cobertura de situaciones de necesidad. Frente a ello dos apreciaciones: la primera, que se olvida que aunque sea un “régimen público”, habrá de ser mantenido por los poderes públicos (entre ellos, las Comunidades Autónomas); además la asistencia social es una institución que no tiene porqué residenciarse, o hacerlo de forma exclusiva en el artículo 41 CE, ya que puede hacerlo en el artículo 9,2; 39,1; 40,1; 42; 43; 47 ó 51 de la Carta Magna. La segunda que el sistema de Seguridad Social, como ya se apuntó, no tiene porqué garantizar a todos los ciudadanos

una cobertura en sus respectivas situaciones de necesidad y de hecho no lo hace. Ese puede ser el campo de actuación de los sistemas públicos de asistencia social: de un lado, la cobertura de los sujetos no protegidos por el sistema que se encuentren en situación de necesidad y, de otro lado, la cobertura de sujetos incluidos en el campo de aplicación y protección del sistema que, aun percibiendo prestaciones, las mismas son insuficientes para subvenir sus necesidades.

Las ayudas establecidas por la Comunidad de Andalucía podrían verse como una forma de revalorización de las prestaciones, eso parece desprenderse de una desafortunada Exposición de Motivos más política que jurídica, pero en realidad es una fórmula más de suplementar las prestaciones no contributivas de Seguridad Social. Y, como se conoce, la suplementación de prestaciones es algo que histórica y normalmente se hace a través de políticas de asistencia social y servicios sociales de los Ayuntamientos o por cualquier Comunidad concediendo prestaciones que, en cualquier caso, son económicamente evaluables y que suponen una suplementación al alza de las prestaciones obtenidas por los beneficiarios de los sistemas de Seguridad Social, entre otros y al respecto nadie ha dicho nada.

3.2. Sobre el tercer voto particular

Tras calificar el Magistrado Sr. García-Calvo de “débil” la argumentación utilizada, expresa su discrepancia en base a una serie de justificaciones a las que pueden ponerse, en mi opinión, importantes reparos:

a) Ciertamente, indica que lo consustancial a la “asistencia social” es la prueba de necesidad, pero señala posteriormente que las ayudas se otorgan indiscriminadamente (sin necesidad de prueba individualizada), mediante una cantidad idéntica, lo que pretende en realidad un “incremento lineal”, por lo que se esconde con ello un instrumento que pretende romper en un determinado territorio del Estado la unidad de protección del sistema de Seguridad Social.

En tales afirmaciones, para llegar a la conclusión de la ruptura de unidad del sistema, se incluyen dos afirmaciones que no son del todo ciertas. En primer lugar, siendo cierto que las prestaciones de “asistencia social” suelen exigir el llamado “means test” o prueba de necesidad individualizada se da por hecho que en el caso de las prestaciones del Decreto 284/1998 de la Junta de Andalucía ello no se produce. Nada más alejado de la realidad. Como es conocido, la Junta de Andalucía como encargada de las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social en su territorio hace una comprobación personalizada de las situaciones de carencia de renta de los beneficiarios de tales prestaciones, en el primer trimestre de cada año tal y como marca el RD 357/1991, por lo que, al adoptar tal medida, ya se ha asegurado que los beneficiarios de la ayuda autonómica son personas que carecen de rentas ya que la definición de la línea de pobreza la adopta por remisión de una norma nacional, lo que produce un importante ahorro en costes de gestión. Y, en segundo lugar, calificar de “incremento lineal” la cuantía de las prestaciones no contributivas en base a una uniforme ayuda autonómica es, simplemente, desconocer la mecánica de determinación de las cuantías de las prestaciones no contributivas en nuestro Estado. Y es que, aunque en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año se fija una cuantía (que a mi juicio es insuficiente) dicha cuantía no es igual para todos los beneficiarios ya que si los mismos poseen rentas, la cuantía de tales prestaciones se ven reducidas en la cuantía de rentas que se obtienen por el beneficiario (o su familia) con una cuantía mínima de la pensión del 25%

de la cuantía absoluta para beneficiarios que carezcan de forma absoluta de rentas. Ello impide la llamada “subida lineal” ya que la cuantía de las prestaciones no contributivas no son idénticas en todos los casos.

b) No está de acuerdo en que los auxilios económicos de la Junta de Andalucía, por tener naturaleza específica y distinta de las técnicas prestacionales de la Seguridad Social, se encuentren incardinados en la asistencia social, sobre todo al tomar como ejemplo los “salarios mínimos de inserción”, que no han sido objeto de impugnación por el Estado. Y ello porque tal afirmación implica que el deslinde competencial depende de una circunstancia ajena al propio Tribunal.

Pero desde mi punto de vista, y con todo el respeto, esa misma situación puede llegar a una conclusión distinta. Si el Tribunal Constitucional ha señalado que la Seguridad Social es una función de Estado y que corresponde al legislador la determinación del contenido de la misma, el que el legislador haya admitido y permitido los salarios o rentas de inserción como contenido de la materia de asistencia social supone que con ello se viene deslindando ambas materias en la coexistencia de zonas o ámbitos de protección en los que pueden concurrir ambas instituciones. No negamos que los auxilios establecidos en los Decretos objeto de este conflicto de competencias tengan una naturaleza distinta a la de las rentas o salarios de inserción indicadas sino que nos referimos a supuestos o situaciones de necesidad en los que pueden concurrir al mismo tiempo la Seguridad Social, la asistencia social e incluso la beneficencia o asistencia privada. De hecho, recientemente, el Estado ha creado las llamadas “rentas activas de inserción”, que por esa misma regla, podría decirse que invaden las competencias de asistencia social de la Comunidades Autónomas. Pero ello no es así, desde mi punto de vista, el establecimiento de prestaciones que contribuyan a aliviar situaciones de necesidad bien dentro del sistema de Seguridad Social bien dentro de los programas de asistencia social de las Comunidades Autónomas no son incompatibles, aunque se dirijan a los mismos sujetos.

Ha de recordarse que la STC más importante respecto de la consideración de asistencia social es la 76/1986 que por cierto fue dictada en un momento histórico en el cual nuestro ordenamiento de Seguridad Social desconocía las prestaciones no contributivas. Pero nos encontramos en un momento posterior donde nuestro sistema de Seguridad Social ha evolucionado y avanzado para cumplir lo establecido en el propio artículo 41 CE.

El modo de conceder tales prestaciones es, efectivamente, distinto ya que se trata de una “indemnización” o prestación a tanto alzado, frente a la pensión que supone las prestaciones no contributivas. Se dice en este voto particular que la técnica de cobertura de riesgos de la Seguridad Social también comprende a las de pago único, de lo que se infiere que ello sería contrario a la idea de utilización de técnicas distintas. Pero lo cierto es que este argumento es demasiado severo ya que realmente nuestro sistema de Seguridad Social da prestaciones económicas (de tracto sucesivo y de pago único) pero también da prestaciones en especie y servicios. Con lo cual, ¿qué tipo de prestación o medida podría ofrecer la asistencia social para paliar la necesidad de las personas que no utilizara una de las técnicas de cobertura de las utilizadas por la Seguridad Social? La contestación inmediata: ninguna. Lo que llevaría a pensar que el artículo 148.1.20 CE estaría puesto sólo para rellenar espacio y parecer que las Comunidades Autónomas en España tienen más capacidades y competencias de las que realmente tienen.

c) Finalmente, respecto de la llamada asistencia social “externa” e “interna”, a mi modo de ver, ha de reflejarse lo dicho anteriormente: hay zonas en las que concurren distintas

medidas de protección trazadas tanto por la Seguridad Social como por otros mecanismos externos a la misma (asistencia social o beneficencia). Se indica en este voto particular que hay una “reinterpretación” de la doctrina 76/1986 entendiendo que las Comunidades Autónomas pueden establecer ayudas de asistencia social no sólo “externas” sino también “internas”, es decir, para pensionistas del sistema de Seguridad Social.

Hay en la doctrina expuesta en el voto particular una confusión respecto de los conceptos que integran el punto de partida (asistencia social “externa” e “interna”). Si las competencias en materia de asistencia social son de las Comunidades Autónomas, las mismas serán las que tengan que determinar a quien dirigen sus ayudas, independientemente de que los beneficiarios sean o no personas ya incluidas en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social. Y es que la distinción entre asistencia social “interna y externa” no se refiere específicamente a los “pensionistas” como aquí se hace referencia. La distinción entre una y otra se hace para permitir, en el ámbito de una competencia autonómica exclusiva, la actuación del Estado central, que hasta 1978 había sido el encargado de la adopción de las medidas de asistencia social a través del sistema de Seguridad Social. Actuaciones en materia de asistencia social que en los artículos 55 y 56²³ de la actual LGSS se siguen contemplando, podría pensarse como un desafío a las competencias de las Comunidades Autónomas. Sobre todo, si se observa que en estos preceptos, que establecen actuaciones de las gestoras de la Seguridad Social en materia de asistencia social, la población a la que se dirigen las ayudas no son solo los pensionistas sino a las incluidas en el campo de aplicación del sistema y a sus familiares o asimilados, esto es, a casi toda la ciudadanía. Así, se permite que con los presupuestos de la Seguridad Social, el Estado pueda establecer medidas de asistencia social (por eso se llaman “internas” y no porque vayan dirigidas a pensionistas de la Seguridad Social) frente a las medidas de asistencia social adoptadas por las Comunidades Autónomas a cargo de sus presupuestos (el título habilitador por el que se adoptan no se encuentra en la LGSS sino en el Estatuto de Autonomía correspondiente).

Junto a ello ha de recordarse que el Estado ha permitido históricamente que Ayuntamientos y Diputaciones²⁴ actúen en este ámbito de la asistencia social estableciéndose medidas que afectan de modo muy común a los beneficiarios de prestaciones del sistema de Seguridad Social²⁵, lo que siguiendo esta tesis supondría una injerencia en el ámbito de la asistencia social “interna” y por lo tanto prohibida.

d) Finalmente, en una estricta interpretación de lo que sea el “régimen económico” de la Seguridad Social indica que ello conlleva a la preservación de la unidad del sistema de Seguridad Social y el mantenimiento de un régimen público “único y unitario” de Seguridad Social para todos los ciudadanos. En ello ha de estarse totalmente de acuerdo, pero ello sólo podría ser aplicable a los supuestos en los que Comunidades Autónomas tuvieran competencias en materia de Seguridad Social, cosa que no ocurre en nuestro ordenamiento jurídico (sobre todo desde la limitación de esta posibilidad realizada por el propio Tribunal Constitucional). Establecer prestaciones económicas por una Comunidad Autónoma que incidan en una capa de la población ya protegida por el sistema de Seguridad Social no es ni más

²³ También artículos 53 y 54 referidos a los servicios sociales.

²⁴ En la actualidad con permiso de las Comunidades con competencia exclusiva en la materia.

²⁵ Recuérdese que hay Ayuntamientos que establecen reducciones de precios en determinados servicios a los beneficiarios de pensiones de la Seguridad Social.

ni menos que la decisión de, en el ejercicio de sus competencias para mejorar y elevar el nivel de vida en su Comunidad, gastar su propio presupuesto de una manera determinada.

No creo que haya de preocuparse nadie por la decisión adoptada ya que no habrá en el futuro una perturbación del sistema de la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas no tienen ingresos para establecer sistemas paralelos de Seguridad Social ni tampoco para mejorar significativamente las prestaciones del sistema de Seguridad Social. Sí debería de haber una importante preocupación por el Estado y por las instituciones en el sentido de permitir que las diferencias en el nivel de vida de cada una de las regiones cada vez más se fueran distanciando. Eso sí es un problema preocupante. Cualquier política regional dedicada a elevar el nivel de vida de sus ciudadanos para equipararlos a otros territorios del Estado no debería de ser criticada. Ello viene a justificar, de otro lado, que en Comunidades donde la vida es más cara tengan más justificada la adopción de un complemento de pensión no contributiva ya que la uniformidad del umbral de pobreza en todo el territorio nacional no tiene en cuenta dicha situación.