

Capítulo VIII

El derecho a la Seguridad Social*

1. FUENTES

1.1. ANTECEDENTES

El punto de partida de las políticas de protección social se sitúa en la Comisión de Reformas Sociales (1883), encargada del estudio de las cuestiones relacionadas con la mejora y el bienestar de la clase trabajadora. En 1900, se crea el primer seguro social: la Ley de Accidentes de Trabajo. En 1908, aparece el Instituto Nacional de Previsión, en el que se integran las cajas que gestionan los seguros sociales que van surgiendo¹. Más tarde, los mecanismos de protección desembocan en una serie de seguros sociales, entre los que destacan el Retiro Obrero (1919), el Seguro Obligatorio de Maternidad (1923), el Seguro de Paro Forzoso (1931), el Seguro de Enfermedad (1942) y el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) (1947). La protección que dispensaban estos seguros pronto se mostró insuficiente, lo que llevó a la aparición de otros mecanismos de protección, articulados a través de las Mutualidades laborales, organizadas por sectores laborales y cuyas prestaciones tenían como finalidad completar la protección preexistente. Dada la multiplicidad de Mutualidades, este sistema de protección condujo a desigualdades de trato entre la población laboral, produjo desequilibrios financieros e hizo muy difícil una gestión racional y eficaz.

* Por José Luis GIL Y GIL.

1. Vid. SAGARDÓY (1970, pp. 10 y ss.), ALARCÓN (1999, pp. 21 y ss.), ALONSO OLEA y TORTUERO (2002, pp. 39 y ss.), DESDENTADO (2002, pp. 11 y ss.), MONTOYA (dir.) (2005, pp. 49 y ss.) y, asimismo, http://www.seg-social.es/Internet_1/LaSeguridadSocial/HistoriadelaSeguridad47711/index.htm acerca de la formación histórica del sistema español de Seguridad Social, y ALONSO OLEA y TORTUERO (2002, pp. 26 y ss.) sobre la evolución histórica de la Seguridad Social en general.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

La Constitución de 1931 disponía, en su artículo 46.2, que «la República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección a la maternidad; la jornada de trabajo y salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en el extranjero; las instituciones de cooperación; la relación económico-jurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores».

Por su parte, el artículo 28 del Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945, señalaba que «el Estado español garantiza a los trabajadores la seguridad de amparo en el infortunio y les reconoce el derecho a la asistencia en los casos de vejez, muerte, enfermedad, maternidad, accidentes del trabajo, invalidez, paro forzoso y demás riesgos que puedan ser objeto de seguro social».

Pues bien, la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de bases de la Seguridad Social, pretendió crear un sistema de Seguridad Social, donde antes sólo existía un conjunto asistemático de seguros sociales². De ella y de su texto articulado, aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril, arranca el sistema vigente de Seguridad Social. El objetivo principal de la Ley de bases era la implantación de un modelo unitario e integrado de protección social, con una base financiera de reparto, gestión pública y participación del Estado en la financiación. A pesar de esta definición de principios, muchos de los cuales se plasmaron en la Ley General de la Seguridad Social de 1966, vigente desde el 1 de enero de 1967, lo cierto es que aún pervivían sistemas antiguos de cotización alejados de los salarios reales de los trabajadores. Otra carencia era la falta de revalorizaciones periódicas. Tampoco se plasmó la tendencia a la unidad, al pervivir una multitud de organismos superpuestos.

La Ley 24/1972, de 21 de julio, de financiación y perfeccionamiento de la Seguridad Social, introdujo modificaciones importantes, que recogió la

2. ALONSO OLEA, 1964, p. 463. Tal y como destaca ALARCÓN (1999, p. 38), el preámbulo de la Ley de bases de Seguridad Social dice, con toda nitidez, que «conseguida ya la cobertura de los riesgos básicos, comunes y profesionales –respecto de los trabajadores por cuenta ajena especialmente–, parece llegado el momento de operar el tránsito de un conjunto de seguros sociales a un sistema de Seguridad Social»; y añade que «con ello se va más allá de la simple sistematización y ajuste de los regímenes ya establecidos», lo que demuestra que el legislador de 1963 era muy consciente de la diferencia cualitativa entre los seguros sociales y la Seguridad Social.

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

Ley General de la Seguridad Social, de 30 de mayo de 1974. Intentó corregir los problemas financieros existentes, pero los agravó, al aumentar la acción protectora, sin establecer los correspondientes recursos que le dieran cobertura financiera³.

En vísperas de aprobarse la CE, el Texto Refundido de la LGSS experimentó una modificación importante, por obra del Real Decreto-ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo. Según lo acordado en los Pactos de la Moncloa, de 1977, el Real Decreto-ley crea un sistema de participación institucional de los agentes sociales para favorecer la transparencia y la racionalización de la Seguridad Social, y establece un nuevo sistema de gestión. Aparecen así las entidades gestoras de la Seguridad Social: el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), para la gestión de las prestaciones económicas del sistema; el Instituto Nacional de Salud (INSALUD), para las prestaciones sanitarias; el Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO), para la gestión de los servicios sociales; el Instituto Social de la Marina (ISM), para la gestión de los trabajadores del mar, y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), como caja única del sistema, que actúa bajo el principio de solidaridad financiera⁴.

3. Según advierte ALARCÓN (1999, p. 39), la Ley 24/1972, de 21 de junio, estableció un principio de gran importancia: la cotización en función de los salarios realmente percibidos, y no por bases tarifadas, que estaban muy lejos de dichos salarios, lo que resulta trascendente para la suficiencia de las prestaciones que otorga el sistema, cuya cuantía se vincula estrechamente a la de las cotizaciones previas. Al refundirse con el Texto Articulado de 1966, esa ley de 1972 dio lugar al Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo. ALARCÓN (1999, p. 40) concluye que, pese a las reformas, y a las buenas intenciones que mostraba la Ley de bases de 1963, el sistema de Seguridad Social previo a la Constitución era, más bien, un conjunto de seguros sociales sistematizados, y no un verdadero sistema de Seguridad Social, «por cuanto ni programáticamente, ni mucho menos desde el punto de vista de su realidad empírica, cumplía satisfactoriamente los requisitos que ya en 1942 había establecido BEVERIDGE como caracterizadores de un sistema de Seguridad Social».
4. El Instituto Nacional de Salud pasará a denominarse posteriormente Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGS). A su vez, el Instituto Nacional de Servicios Sociales pasará a llamarse Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMERSO) y luego Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMERSO). Culminado el proceso de traspaso a las Comunidades Autónomas, al Instituto Nacional de Gestión Sanitaria le corresponde la gestión de los derechos y obligaciones del INSALUD, así como las prestaciones sanitarias en el ámbito territorial de las ciudades de Ceuta y Melilla. En la actualidad, el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMERSO) posee competencias en materia de personas mayores, incorporando, entre ellas, las que se deriven de la creación y puesta en funcionamiento del sistema de protección a las personas en situación de dependencia y el desarrollo de políticas y programas en relación con el envejecimiento activo de la población. Asimismo, le corresponde la gestión de los servicios sociales complementarios del sistema de la Seguridad Social y la gestión de los planes, progra-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Así pues, el modelo legal de Seguridad Social previo a la Constitución era, esencialmente, de carácter profesional o contributivo.

1.2. TEXTO CONSTITUCIONAL

La CE menciona la Seguridad Social en varios preceptos. El genérico y fundamental es el artículo 41, que dispone: «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»⁵.

En su artículo 35, el Anteproyecto Constitucional (BOC de 5 de enero de 1978) indicaba: «Los poderes públicos asumen la obligación prioritaria de fomentar una política que asegure el pleno empleo y la formación y readaptación profesionales; velar por la seguridad e higiene en el trabajo; garantizar el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, vacaciones periódicas retribuidas y la programación de centros adecuados y proteger y mantener un régimen público de Seguridad Social para todos».

La Ponencia Constitucional (BOC de 17 de abril de 1978) introdujo variaciones en la redacción constitucional, que han dado lugar a la existencia de tres artículos diferentes. Convirtió el artículo 35 de la Ponencia en tres artículos (36, 37 y 38), de los que sólo interesa reproducir ahora el 37, que constituye el antecedente claro del artículo 41 CE, mientras que el artículo 36 dará lugar al artículo 40 y el 38 al 42. La redacción del artículo 37 es la siguiente: «Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice prestaciones sociales dignas y suficientes y el seguro de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres». La Comisión Constitucional (BOC de 1 de julio de 1978), así como el Pleno del Congreso (BOC de 24 de julio de 1978), mantienen la misma redacción.

mas y servicios de ámbito estatal para personas mayores y para personas con dependencia. Finalmente, se atribuye al IMSERSO la elaboración de propuestas de normativa básica que garanticen la igualdad de los ciudadanos y el desarrollo de políticas de cohesión social interterritorial en relación con las materias antes enumeradas.

5. *Vid.* VILLA y DESDENTADO (1980^a, pp. 149 y ss.), PALOMEQUE (1980), ÁLVAREZ DE LA ROSA (1982), RODRÍGUEZ-PIÑERO y GONZÁLEZ ORTEGA (1985), VIDA (1983, 1996 y 2006), MARTÍN VALVERDE (1988, pp. 65 y ss.), BORRAJO (1991), SÁNCHEZ-URÁN (1995), LÓPEZ DEL POZO (1998), ALARCÓN (1999, pp. 45 y ss.), GARRIDO (2001), MONEREO (2002), VILLA (2003, pp. 75 y ss.), APARICIO (2003), LÓPEZ LÓPEZ (2005), MONTOYA (dir.) (2005, pp. 75 y ss.), OJEDA (2006), VALLE y RABANAL (2007, pp. 12 y ss.), RODRÍGUEZ-PIÑERO (2008) y MERCADER (2009a). En palabras de VALLE y RABANAL (2007, p. 12), el art. 41 CE es especialmente importante, porque otorga una base constitucional al sistema y refuerza su permanencia.

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

La Comisión de Constitución del Senado (BOC de 6 de octubre de 1978) redacta así el artículo 41: «Un régimen público de Seguridad Social garantizará las prestaciones sociales y sanitarias a todos los ciudadanos, así como el desempleo». El Pleno del Senado (BOC de 13 de octubre de 1978) mantiene la misma redacción.

La Comisión Mixta Congreso-Senado (BOC de 28 de octubre de 1978) dará la redacción definitiva al precepto.

Deben tenerse en cuenta, además, las disposiciones relativas a aspectos parciales o específicos del sistema: el derecho a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social de los condenados a penas de prisión (art. 25.2 CE)⁶, la protección de la familia (art. 39.1 CE)⁷, el pleno empleo (art. 40 CE)⁸ y la protección de la salud (art. 43 CE)⁹, de las personas con discapacidad (art. 49)¹⁰ y de la tercera edad (art. 50 CE)¹¹. Salvo el artículo 25.2, los demás preceptos citados se hallan en el capítulo III del título primero de la CE, que regula los principios rectores de la política social y económica. Por otra parte, el artículo 129.1 CE prevé la participación de los interesados en el control y vigilancia de la gestión de la Seguridad Social. En concreto, dispone que «la ley establecerá las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o la bienestar general»¹².

El modelo constitucional de Seguridad Social es abierto y flexible¹³. Aun cuando el artículo 41 CE no permite el acceso al recurso de amparo, el Tribunal Constitucional ha perfilado aspectos importantes del régimen jurídico de la Seguridad Social¹⁴. En primer lugar, ha aclarado el sentido del

-
6. COBO y BOIX (1983, pp. 96 y ss.), PALOMEQUE (1991, pp. 26 y ss. y 1996, pp. 15-16), SASTRE (1996, pp. 84 y ss. y 137 y ss.), SERRANO (2001), MARTÍNEZ ABASCAL (2003, pp. 1307-1308 y 1330-1331) y SÁNCHEZ TORRES (2009).
 7. ESPÍN (1996), GÁLVEZ (2001a), GARCÍA NINET y RIVAS (2002) y CACHÓN (2009).
 8. ECHEVARRÍA (1996), GÁLVEZ (2001b), MONEREO y MOLINA (2002a) y MATÍA (2009).
 9. BORRAJO (1996), CAZORLA (2001a), APARICIO (2002) y SANTIAGO (2009).
 10. VIDA (1996b), GÁLVEZ (2001c), MONEREO y MOLINA (2009b) y RODRÍGUEZ-PIÑERO (2009).
 11. SAGARDOY y SAGARDOY DE SIMÓN (1996), GÁLVEZ (2001d), MONEREO y MOLINA (2002c) y GOÑI (2009).
 12. GONZALO y FERRERAS (1980), MANRIQUE (1984), CAZORLA (2001b), RODRÍGUEZ-SAÑUDO (2002) y MERCADER (2009b).
 13. SÁNCHEZ-URÁN (1995) y ALONSO OLEA (1995, p. 11). La expresión «modelo constitucional de Seguridad Social» aparece, p. ej., en la STC 268/1993. Sin embargo, en opinión de APARICIO (2003, p. 788), no hay modelo alguno de Seguridad Social en la Constitución. *Vid.* en SÁNCHEZ-URÁN (1995, pp. 31 y ss.) un análisis de las distintas opiniones doctrinales acerca de si existe o no dicho modelo. *Vid.*, asimismo, las reflexiones de ALARCÓN, 1999, pp. 54 y ss.
 14. *Vid.*, entre otros, BORRAJO (1991, pp. 1496 y ss.), GONZÁLEZ ORTEGA (1991), GARCÍA NINET (dir.) (1996), GARCÍA-PERROTE (1997), LÓPEZ DEL POZO (1998, pp. 1867 y ss.),

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

carácter público y de la función del Estado en la Seguridad Social¹⁵. En segundo término, ha controlado el respeto, por parte del legislador, de los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación¹⁶. Así, ha analizado la diversidad de los regímenes de seguridad de acuerdo con el principio de igualdad¹⁷, y la constitucionalidad de la exigencia de vínculo matrimonial entre el causante y la persona beneficiaria para que ésta tenga derecho a la pensión de viudedad¹⁸. También ha declarado que vulnera los derechos a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminaciones por razón de sexo la determinación de los períodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social computando exclusivamente las horas trabajadas, en perjuicio de las trabajadoras a tiempo parcial¹⁹. Asimismo, ha enjuiciado a la luz del principio de no discriminación los requisitos legales para el acceso de los hombres a la pensión de viudedad²⁰ o de los hijos extramatrimoniales en la indemnización de orfandad²¹. En tercer lugar, y como veremos luego, ha admitido la constitucionalidad de ciertas medidas adoptadas por el legislador para racionalizar los gastos de la Seguridad Social²².

ALARCÓN (2001), APARICIO (2003, pp. 801 y ss.), SEMPERE y CARDENAL (2007) y MERCADER (2009^a, pp. 1050 y ss.).

15. SSTC 103/1983, 65/1987, 37/1994 y 206/1997. *Vid.* también el voto particular a la STC 253/2004.
16. *Vid.* PUMAR (2001) y MERCADER (2009^a, pp. 1047 y ss.) acerca de la igualdad ante la ley y la discriminación en el ámbito de la Seguridad Social.
17. *Vid.* en LUJÁN y SÁNCHEZ-TRIGUEROS (2003) un análisis de la jurisprudencia constitucional sobre los regímenes especiales de la Seguridad Social.
18. SSTC 29, 30, 31, 35 y 38/1991, 77/1991 y 29/1992 y, en la doctrina, SÁNCHEZ-URÁN, 1995, pp. 86 y ss.
19. STC 253/2004.
20. *Vid.* las SSTC 103/1983, 104/1983 y 184/1990 y, en la doctrina, SÁNCHEZ-URÁN, 1995, pp. 84 y ss.
21. La STC 154/2006 considera que la condición prevista en el art. 29.2.b) de la Orden de 13 de febrero de 1967, relativa a que no se reconozca a los huérfanos absolutos el derecho a indemnización especial a tanto alzado, en caso de muerte causada por accidente de trabajo o enfermedad profesional cuando no haya pensión de viudedad, implica una discriminación indirecta por razón de filiación. En efecto, la aplicación de tal norma hace de peor condición a los hijos habidos fuera del matrimonio con respecto a los hijos matrimoniales, tal como reconoce la Dirección General de la Ordenación de la Seguridad Social, en su Resolución de 28 de julio de 2006, por la que se da una interpretación distinta a la orden referida, a fin de garantizar la plena equiparación de derechos de los hijos, sean o no matrimoniales. Desde el año 2000, y en especial en los informes de los años 2000 y 2004, el Defensor del Pueblo ha venido instando al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales la modificación de la cobertura de la pensión de orfandad absoluta al vincularse con la percepción de la pensión de viudedad, en atención a criterios de solidaridad contributiva y equidad. Con la STC y la resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, el Defensor del Pueblo (*Informe 2007*, pp. 465-466) considera que no existe ningún impedimento legal para que se lleve a cabo el citado cambio normativo.
22. *Vid.*, *infra*, 6.

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

Por lo que hace a la distribución de competencias, el Estado tiene 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 (art. 149.1.17^a CE)²³. El Tribunal Constitucional aplica dos criterios, material y formal, para identificar la normativa básica. Según el primero, la normativa básica se compone de los principios básicos que se deducen de la legislación vigente, y que aseguran unitariamente, y con cierta estabilidad, los intereses generales derivados del bloque de constitucionalidad en todo el territorio nacional. De acuerdo con el segundo, la normativa básica suele contenerse en las normas de rango superior, esto es, en las legales²⁴. También ha precisado el Tribunal Constitucional qué ha de entenderse por régimen económico de la Seguridad Social. En una decisión muy contestada en su propio seno, el Tribunal Constitucional señaló, en su día, que la competencia estatal sobre el régimen económico de la Seguridad Social no se reducía al ámbito normativo, sino que se extendía al ámbito ejecutivo en todo aquello que se refiriese a la unidad del sistema español de Seguridad Social garantizadora de la igualdad entre todos los ciudadanos²⁵.

Aparte de la potestad ejecutiva de los servicios de la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en materia de asistencia social (art. 148.1.20^a CE)²⁶. El Tribunal Constitucional ha distinguido entre una asistencia social propia o interna al sistema de Seguridad Social y una asistencia social impropia o externa del mismo, por ser competencia de las Comunidades Autónomas; y, de acuerdo con esa doctrina, ha declarado lícitas las ayudas establecidas por la Junta de Andalucía para los beneficiarios de las pensiones no contributivas del sistema²⁷. En la actuali-

23. Vid. ALONSO OLEA (1979, pp. 73-74, y 1980, pp. 55 y ss.), VILLA y DESDENTADO (1980^a, pp. 170 y ss. y 1980b, pp. 433 y ss.), MULAS (1985), PALOMEQUE (1991, pp. 103 y ss.), BORRAJO (1991, pp. 1502 y ss.), FRAGA (1992), MONTOYA (dir.) (2005, pp. 82 y ss.) y MARTÍNEZ-GIJÓN (2005).

24. SSTC 109/2003 y 152/2003.

25. STC 124/1989. Vid. también la STC 27/1983, sobre la competencia estatal en el régimen económico de la Seguridad Social.

26. La citada asistencia es un mecanismo protector de situaciones específicas de necesidad sentidas por grupos de la población situados normalmente, pero no necesariamente, fuera del sistema de Seguridad Social, y que otorga prestaciones con independencia de las aportaciones previas de sus potenciales beneficiarios (SSTC 76/1986 y 239/2002). Por lo demás, la asistencia social comprende la que dispensan directamente los entes públicos o la que otorgan las entidades públicas cuando actúan fomentadas y controladas por los poderes públicos (STC 146/1986).

27. Según ha declarado el Tribunal Constitucional, y tal y como señalan VALLE y RABANAL (2007, p. 24), una interpretación del art. 41 CE en el marco del bloque de constitucionalidad permite inferir la existencia de una asistencia social interna al sistema de Seguridad Social y otra externa de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas (SSTC 76/1986 y 239/2002). De la CE parece deducirse que ambas modalida-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

dad, en el ejercicio de su competencia en materia de asistencia social, las Comunidades Autónomas pueden complementar las pensiones públicas de carácter no contributivo²⁸. Pero las relaciones entre la Seguridad Social y la asistencia social autonómica siguen sin ser pacíficas. Comunidades autónomas como Navarra y Andalucía han aprobado ayudas dirigidas a incrementar las pensiones de viudedad.

En fin, al igual que las corporaciones locales, las Comunidades Autónomas tienen también competencia en materia de servicios sociales²⁹. Tales servicios, que pueden incluirse en el nivel complementario del sistema de Seguridad Social, pueden ser propios del sistema de Seguridad Social o competencia de las Comunidades Autónomas, creados por las corporaciones locales, o incluso prestados por entidades privadas (ONG)³⁰. A los primeros se refiere la legislación de Seguridad Social, que los contempla a favor de las

des de asistencia social deben coexistir: el legislador estatal no puede dilatar tanto la asistencia social propia del sistema de Seguridad Social que no deje margen para desarrollar la asistencia social de las Comunidades Autónomas; por otro lado, las Comunidades Autónomas tampoco pueden invadir el terreno de la asistencia social de la Seguridad Social (STC 239/2002). Ahora bien, el Estado puede intervenir en la asistencia social de las Comunidades Autónomas con varios condicionantes: en primer lugar, tan sólo cuando las actuaciones de asistencia social desborden el marco de las Comunidades Autónomas; en segundo lugar, regulando la asistencia, pero reservando la ejecución de las medidas que la componen a los organismos autonómicos, siempre que sea posible, porque no peligre el interés general y la igualdad de derechos de los ciudadanos (STC 146/1986). *Vid.* ALARCÓN (1999, pp. 50 y ss.) y MARTÍNEZ-GIJÓN (2005) sobre las relaciones entre la Seguridad Social y la asistencia social.

28. En la etapa de Gobierno de Aznar, el legislador trató de corregir la interpretación del Tribunal Constitucional. Para impedir posibles acciones extensivas de las Comunidades Autónomas en el terreno de la asistencia social, el art. 1.2 de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, añadió un apartado cuarto al art. 38 LGSS, del siguiente tenor: «Cualquier prestación de carácter público que tenga por finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones económicas de la Seguridad Social, tanto en sus modalidades contributiva como no contributiva, forma parte del sistema de la Seguridad Social». Con el Gobierno socialista, la Ley 4/2005, de 22 de abril, ha modificado el apartado, que reza ahora: «Cualquier prestación de carácter público que tenga como finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, forma parte del sistema de la Seguridad Social y está sujeto a los principios regulados en el artículo 2 de esta Ley». El precepto continúa: «Lo previsto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de las ayudas de otra naturaleza que, en el ejercicio de sus competencias, puedan establecer las Comunidades Autónomas en beneficio de los pensionistas residentes en ellas».
29. La LBRL atribuye competencias a los Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales [art. 25.2.k) y 36.1.c)]. Así, los municipios tienen competencias en materia de prestación de servicios sociales y de promoción y reinserción social (art. 25 LBRL). Los municipios con más de 20.000 habitantes tienen la obligación de asegurar los servicios sociales (art. 26 LBRL).
30. VALLE y RABANAL, 2007, p. 22.

personas discapacitadas y de quienes han llegado a la tercera edad³¹. Por la ausencia de carácter institucional propio, los artículos 148 y 149 CE no mencionan los servicios sociales. Las Comunidades Autónomas los recogen en sus Estatutos de Autonomía, basándose en el artículo 148.1.20^a CE. Tal competencia se plasma en la promulgación de diversas Leyes de Servicios Sociales. El concepto común de los servicios sociales en las distintas Comunidades Autónomas viene a ser el de medios de lucha contra la marginación de los residentes en esos territorios³². Por su parte, los Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales coordinan sus competencias con las Comunidades Autónomas.

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, da una regulación que aspira a ser coordinada de los servicios sociales que prestan los poderes públicos y las instituciones privadas. De esa regulación se deduce que el sistema de Seguridad Social participa a través de este nivel complementario en la atención a las personas en situación de dependencia. Aun importante, su participación no es la principal³³.

1.3. NORMATIVA INTERNACIONAL

El derecho a la Seguridad Social se ha reafirmado categóricamente en el derecho internacional³⁴. La dimensión de derecho humano de la Seguridad Social aparece de forma nítida en la Declaración de Filadelfia, de 1944, relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que reconoce la obligación solemne de la organización de fomentar, en todas las naciones del mundo, programas que permitan «extender las medidas de Seguridad Social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa»³⁵. A su vez, el artículo 25.1

31. Arts. 38.1.e), 53 y 54 LGSS.

32. MARTÍNEZ-GIJÓN, 2005, p. 75.

33. *Vid.* VALLE y RABANAL, 2007, p. 22. Los autores añaden que esa situación queda patente en la exposición de motivos de la ley, en la que puede leerse que si los elementos fundamentales del modelo de Estado del bienestar se centraban, en 1978, «en la protección sanitaria y de la Seguridad Social, el desarrollo social de nuestro país desde entonces ha venido a situar a un nivel de importancia fundamental a los servicios sociales, desarrollados fundamentalmente por las Comunidades Autónomas, con colaboración especial del tercer sector, como cuarto pilar del sistema de bienestar, para la atención a las situaciones de dependencia».

34. *Vid.* OG 19, ap. 6 y DESDENTADO (2002, pp. 46-47), MOTOYA (dir.) (2005, pp. 68 y ss.), LABORDE (2005, pp. 208 y ss.), OJEDA (2006, pp. 937 y ss.) y VALLE y RABANAL (2007, pp. 29-30).

35. *Vid.* sección III, párrafo f). SUPIOT (2010) subraya que el espíritu de Filadelfia, y los ideales de justicia social que encarna, conservan toda su actualidad en un mundo globalizado.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

DUDH considera la Seguridad Social como un derecho humano, al estipular que toda persona tiene derecho a «los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudedad, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad».

Desde entonces, varios instrumentos han reconocido el derecho a la Seguridad Social en el ámbito universal. Así, el artículo 9 PIDESC dispone que «los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la Seguridad Social, incluso al seguro social»³⁶. El 23 de noviembre de 2007, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha aprobado la Observación General n° 19, sobre el derecho a la Seguridad Social (OG 19). Cabe mencionar también el apartado iv) del inciso e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; los artículos 11.1.e) y 14.2.c) de la Convención sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, de 1979, y el artículo 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. De igual modo, distintos Convenios de la OIT recogen las obligaciones de los Estados partes de prestar la Seguridad Social para proteger contra riesgos ya identificados. Entre ellos, hay que destacar el Convenio n° 102, de 1952, relativo a la norma mínima de Seguridad Social, y el Convenio n° 121, de 1964, sobre las prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales³⁷. En su 89ª sesión, celebrada en 2001, la Conferencia Internacional del Trabajo, compuesta por Estados y representantes de los empresarios y trabajadores, ha afirmado que la Seguridad Social es «un derecho humano fundamental y un instrumento esencial para crear cohesión social, y de ese modo contribuye a garantizar la paz social y la integración social»³⁸. Emanada de la misma autoridad que la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 1998, esta afirmación significa claramente que la lista de los derechos fundamentales no se agota

36. Y el art. 12 añade que «los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental», lo que exige, entre otras cosas, «la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad».

37. *Vid.* también el Convenio n° 103, de 1952, sobre la protección de la maternidad (revisado); el Convenio n° 118, de 1962, sobre la igualdad de trato (Seguridad Social); el Convenio n° 128, de 1967, sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes; el Convenio n° 130, de 1969, sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad; el Convenio n° 157, de 1982, sobre la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social; el Convenio n° 168, de 1988, sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo; el Convenio n° 175 y la Recomendación n° 182, de 1994, sobre el trabajo a tiempo parcial, y el Convenio n° 177 y la Recomendación n° 184, de 1996, sobre el trabajo a domicilio.

38. OIT, 2001, ap. 2.

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

en los cuatro principios concernientes a los derechos fundamentales que fija el artículo 2 de la Declaración de 1998, y que la prioridad de acción de esos cuatro principios puede abrir paso a otras cuestiones. Afrontando así los derechos de protección social, que trascienden el ámbito de las relaciones laborales, la Conferencia Internacional del Trabajo completa la Declaración de 1998, centrada en los derechos fundamentales en el trabajo³⁹.

En el plano regional, mencionan también el derecho a la Seguridad Social los artículos 12, 13 y 14 de la CSE de 1961⁴⁰, y los artículos 12, 13 y 14 de la CSE (revisada), de 1996⁴¹.

39. SUPLOT, 2006, pp. 10-11.

40. El art. 12 de la Parte I de la CSE, de 1961, indica que «todos los trabajadores y las personas a su cargo tienen derecho a la Seguridad Social». Bajo el epígrafe «Derecho a la Seguridad Social», el art. 12 de la Parte II de esa Carta precisa: «Para garantizar el ejercicio efectivo al derecho a la Seguridad Social, las partes contratantes se comprometen: 1) A establecer o mantener un régimen de Seguridad Social. 2) A mantener el régimen de Seguridad Social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Convenio Internacional del Trabajo (número 102) sobre normas mínimas de Seguridad Social. 3) A esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de Seguridad Social. 4) A adoptar medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, o por otros medios, sin perjuicio de las condiciones establecidas en esos acuerdos, encaminadas a conseguir: a) La igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las partes contratantes y los de las demás partes en lo relativo a los derechos de Seguridad Social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de Seguridad Social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieren efectuar entre los territorios de las partes contratantes. b) La concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de Seguridad Social, por medios tales como la acumulación de los períodos de seguro o de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las partes contratantes». El art. 13 CSE establece los compromisos de las partes contratantes para garantizar el derecho a la asistencia social y médica, y el art. 14, el derecho a los beneficios de los servicios sociales.

41. Bajo la rúbrica «Droit à la sécurité sociale», el art. 12 de la Parte I de la CSE (revisada) reconoce que «tous les travailleurs et leurs ayants droit ont droit à la sécurité sociale». El art. 12 de la Parte II preceptúa: «En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la sécurité sociale, les Parties s'engagent: 1) à établir ou à maintenir un régime de sécurité sociale; 2) à maintenir le régime de sécurité sociale à un niveau satisfaisant, au moins égal à celui nécessaire pour la ratification du Code européen de sécurité sociale; 3) à s'efforcer de porter progressivement le régime de sécurité sociale à un niveau plus haut; 4) à prendre des mesures, par la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux appropriés ou par d'autres moyens, et sous réserve des conditions arrêtées dans ces accords, pour assurer: a) l'égalité de traitement entre les nationaux de chacune des Parties et les ressortissants des autres Parties en ce qui concerne les droits à la sécurité sociale, y compris la conservation des avantages accordés par les législations de sécurité sociale, quel que puissent être les déplacements que les personnes protégées pourraient effectuer entre les territoires des Parties; b) l'octroi, le maintien et le rétablissement des droits à la sécurité sociale par des moyens tels que la totalisation des périodes d'assurance ou d'emploi accomplis conformément à la légis-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

En el Derecho de la Unión Europea, el TFUE se refiere a la Seguridad Social en varios preceptos⁴². Por lo pronto, la Seguridad Social se contempla en las disposiciones relativas a la libre circulación de personas. En virtud del artículo 48 TFUE, el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán, en materia de Seguridad Social, las medidas necesarias para garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes, los principios internacionales de Seguridad Social: la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas, y el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros. Según el precepto, cuando un miembro del Consejo declare que un proyecto de acto legislativo de los previstos en el párrafo primero perjudica a aspectos importantes de su sistema de Seguridad Social, como su ámbito de aplicación, coste o estructura financiera, o afecta al equilibrio financiero de dicho sistema, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento legislativo ordinario. Previa deliberación y en un plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, el Consejo Europeo: devolverá el proyecto al Consejo, poniendo fin con ello a la suspensión del procedimiento legislativo ordinario, o bien no se pronunciará o pedirá a la Comisión que presente una nueva propuesta. En tal caso, el acto propuesto inicialmente se considerará no adoptado.

Los textos básicos en la materia son: el Reglamento (CE) n° 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, y el Reglamento n° 987/2009, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del mismo⁴³. Dada la dificultad para armonizar los distintos sistemas de Seguridad Social, la Unión Europea se ha conformado con la posibilidad de dictar normas que garanticen: que los trabajadores de un Estado miembro que se desplacen a trabajar a otro reciban la misma protección en materia de Seguridad Social que este último Estado dispensa a sus nacionales; que lo cotizado en los distintos Estados miembros de la Unión se tome

lación de chacune des Partiés». El art. 13 regula el derecho a la asistencia social y médica, y el art. 14, el derecho al beneficio de los servicios sociales.

42. *Vid.* DESDENTADO (2002, pp. 47 y ss.), VIVES (2005), MONTAYA (dir.) (2005, pp. 72 y ss.), LABORDE (2005, pp. 213 y ss.) y VALLE y RABANAL (2007, pp. 25 y ss.). El Tratado de Lisboa ha modificado algunos de los preceptos relativos a la Seguridad Social.
43. El Reglamento (CE) n° 988/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, ha modificado el Reglamento (CE) n° 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, y ha determinado el contenido de sus anexos. El Reglamento n° 987/2009, de 16 de septiembre de 2009, ha entrado en vigor el 1 de mayo de 2010 (art. 97). *Vid.* CARDENAL y HIERRO, 2009.

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

en cuenta de manera conjunta para posibilitar el acceso a las prestaciones que otorguen los sistemas nacionales, y que las prestaciones causadas no puedan mermarse o modificarse como consecuencia del cambio de residencia de los trabajadores dentro de la Unión Europea⁴⁴.

El Tratado menciona también la Seguridad Social al regular la política social comunitaria. En la redacción del Tratado de Lisboa, el nuevo artículo 9 TFUE dispone que, en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta, entre otras, las exigencias relacionadas con la garantía de una protección social adecuada. El artículo 151 TFUE establece, como objetivo de la Comunidad, el logro de una protección social adecuada. Para la consecución de este objetivo, la Comunidad apoyará y complementará la acción de los Estados miembros en el ámbito de la Seguridad Social y la protección social de los trabajadores [art. 153.1.c) TFUE]. En este ámbito, el Consejo decidirá con arreglo a un procedimiento legislativo especial, por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y social y al Comité de las Regiones (art. 153.2 TFUE). La Comisión fomentará la colaboración entre los Estados miembros y facilitará la coordinación de sus acciones, en particular, en materia de Seguridad Social (art. 156 TFUE). El artículo 160 TFUE prevé la creación de un Comité de Protección Social, de carácter consultivo, para fomentar la cooperación en materia de protección social entre los Estados miembros y con la Comisión.

Reconocen también el derecho a la Seguridad Social: la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, de 2000⁴⁵, que posee el mismo valor jurídico que los Tratados tras la entrada en vigor del Tratado de

44. VALLE y RABANAL, 2007, pp. 26-27.

45. En el título IV sobre la solidaridad, el art. 34 CDF dispone: «1. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de Seguridad Social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos tales como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales. 2. Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de Seguridad Social y a las ventajas sociales con arreglo al Derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales». El derecho a la Seguridad Social no se incorpora a la Carta como un derecho subjetivo clásico, sino como un principio de la política social, con el fin de posibilitar que, en su desarrollo por la Unión o por los Estados miembros, quepan diferentes opciones de política económica. La interpretación anterior se refuerza con la lectura de la frase que lo somete a las modalidades establecidas por el derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales. *Vid.*, en este sentido, GIL y USHAKOVA (2002, p. 99 y 2003, p. 110) y, asimismo, el comentario de BRAIBANT, 2001, pp. 189 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Lisboa⁴⁶, y la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989⁴⁷.

1.4. DESARROLLO CONSTITUCIONAL

Con la implantación de la democracia, y la aprobación de la Constitución, se produjeron una serie de reformas en los distintos campos que configuran el sistema de la Seguridad Social.

En la década de los ochenta, se llevaron a cabo una serie de medidas encaminadas a mejorar y perfeccionar la acción protectora al extender las prestaciones de los colectivos no cubiertos y dar una mayor estabilidad económica al sistema de la Seguridad Social. Entre estas medidas, cabe citar el proceso de equiparación paulatina de las bases de cotización con los salarios reales, la revalorización de las pensiones en función de la variación del índice de precios al consumo, la ampliación de los períodos necesarios para acceder a las prestaciones y para el cálculo de las pensiones, la simplificación de la estructura de la Seguridad Social, el inicio de la separación de las funciones de financiación, de forma que las prestaciones de carácter contributivo se fuesen financiando a cargo de las cotizaciones sociales, mientras que las de naturaleza no contributiva encontrasen su cobertura financiera en la ampliación general. Este proceso va a permitir la progresiva generalización de la asistencia sanitaria. En esa década, se crea la Gerencia de Informática de la Seguridad Social, para coordinar y controlar la actuación de los servicios de Informática y proceso de datos de las distintas Entidades Gestoras. La década de los noventa supuso una serie de cambios sociales, como la mayor movilidad en el mercado de trabajo, o la incorporación de la mujer al mundo laboral, que han afectado a cuestiones muy variadas y han influido en el sistema de Seguridad Social, haciendo necesario adaptar la protección a las nuevas necesidades surgidas.

46. En la redacción dada por el Tratado de Lisboa, el art. 6 TUE dispone que «la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enumerados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de abril de 2000, tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados».

47. El art. 10, del Título I, sobre los derechos fundamentales de los trabajadores, y bajo el epígrafe «protección social», declara que, de acuerdo con las prácticas que se aplican en cada uno de los Estados miembros: «Cada trabajador de la Comunidad Europea tendrá derecho a una adecuada protección social y gozará, cualquiera que sea su estatuto y cualquiera que sea el tamaño del establecimiento en que esté empleado, de un adecuado nivel de prestaciones de Seguridad Social. Las personas incapaces de ingresar o reingresar en el mercado de trabajo y que no posean medios de subsistencia deberán recibir recursos suficientes y asistencia social para combatir su situación particular».

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

Así pues, el modelo legal de Seguridad Social previo a la CE, de carácter esencialmente profesional o contributivo, ha ido incorporando elementos universales o asistenciales. De gran importancia ha sido la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen prestaciones no contributivas en la Seguridad Social⁴⁸. El carácter mixto del sistema de Seguridad Social español deriva de la progresiva superación de los criterios de la profesionalidad y de cobertura del riesgo, para dejar paso a una protección más universal de las situaciones de necesidad⁴⁹.

Del mantenimiento del régimen público de Seguridad Social se ocupa una vasta legislación de origen preconstitucional. En este caso, la reglamentación del servicio público es especialmente detallada. Las normas configuran auténticos derechos de contenido bien delimitado, cuya determinación remite a una simple aplicación de los preceptos que, con carácter general, establecen el nivel de cada prestación, con total exclusión, en muchas de ellas, de todo margen de discrecionalidad, y plenamente justiciables ante la jurisdicción social⁵⁰.

Los aspectos más estables de la Seguridad Social, como los relativos a la definición de las situaciones protegidas o la configuración de los derechos y deberes de los beneficiarios, se regulan en la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. La ley cuenta con un profuso desarrollo reglamentario. Poseen gran importancia: el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, y el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social. El contenido coyuntural de la Seguridad Social, que comprende cuestiones tales como la cuantía de las pensiones o de las cotizaciones debidas, lo regula la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Por medio de una Orden, el Ministerio de Trabajo desarrolla, cada año, las normas de cotización a la Seguridad Social, desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional⁵¹. Por otro lado, las previsiones constitucionales sobre la

48. Vid. BLASCO (1992), SEMPERE y BARRIOS (2001), FARGAS (2002) y CAVAS (2007).

49. SÁNCHEZ-URÁN, 1995, pp. 27 y ss.

50. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2008, p. 76.

51. Para el año 2011, *vid.* la Orden TIN/41/2011, de 18 de enero. Según el Defensor del Pueblo (*Informe 2007*, pp. 460-461), siguen siendo frecuentes las quejas planteadas sobre la gestión recaudatoria de la Tesorería General de la Seguridad Social, relacionadas especialmente con el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y, en menor medida, del Régimen General y del Régimen Especial de Empleados de Hogar. *Vid.* también el *Informe 2008*, pp. 691 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

participación de los interesados en la Seguridad Social tienen su plasmación en el artículo 60 LGSS y en las normas que regulan los órganos de las entidades gestoras.

El derecho de la Seguridad Social se halla inmerso en un proceso de reforma permanente. La última etapa de la evolución de nuestro sistema viene marcada por el desarrollo del denominado Pacto de Toledo, suscrito en 1995. El Pacto de Toledo es un informe elaborado por una Ponencia del Congreso para el análisis del sistema de Seguridad Social y las reformas que deberán acometerse, y lo aprobó la Comisión de Presupuestos y el Pleno de aquél, con el apoyo de todas las fuerzas políticas y sociales. El Pacto se ha renovado en 2003⁵². El Pacto ha tenido como consecuencia cambios importantes y el establecimiento de unos criterios para asegurar la estabilidad financiera y las prestaciones futuras de la Seguridad Social.

Así, tras la aprobación del Pacto de Toledo, diversos exponentes del diálogo social en el ámbito de la protección social han dado lugar a modificaciones de la normativa de la Seguridad Social y, más en concreto, del texto refundido de la LGSS⁵³: así, cabe mencionar la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, que desarrolla el Acuerdo del mismo nombre, de octubre de 1996, y la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, que desarrolla el Acuerdo para la mejora del sistema de protección social, de abril de 2001. De igual modo, otras disposiciones legales recientes han introducido cambios en la LGSS: así, la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social; la Ley 4/2005, de 22 de abril, sobre efectos en las pensiones no contributivas de los complementos otorgados por las Comunidades Autónomas, y las Leyes 30/2005, de 29 de diciembre, y 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006 y 2007. La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, ha desarrollado el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, suscrito el 13 de julio de 2006 por el Gobierno, las organizacio-

52. *Vid.* las Resoluciones del Congreso de los Diputados, de 6 de abril de 1995 (BOCG, Congreso, Serie E, n° 134), 12 de abril de 1995 y 2 de octubre de 2003 (BOCG, Congreso, Serie D: General, n° 596, de 2 de octubre de 2003), y, en la doctrina, BLASCO (1997), LÓPEZ GANDÍA (2002), APARICIO (2003, pp. 805 y ss.) y LÓPEZ LÓPEZ y CHACARTEGUI (COORDS.) (2005).
53. *Vid.* el Acuerdo sobre consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, de 1996; el Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social, de 9 de abril de 2001; el Acuerdo sobre la acción protectora de la atención a las situaciones de dependencia, de diciembre de 2005; el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, de 14 de junio de 2006, y el Acuerdo Social y Económico, de 2 de febrero de 2011.

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

nes empresariales CEOE y CEPYME y los sindicatos CC OO y UGT⁵⁴. En sus disposiciones adicionales, la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, y la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para los años 2010 y 2011 vuelven a modificar distintos preceptos de la LGSS. En suma, la implantación de las prestaciones no contributivas, la racionalización de la legislación de la Seguridad Social, la mayor adecuación entre las prestaciones recibidas y las cotizaciones previamente realizadas, la creación del fondo de reserva de la Seguridad Social, la introducción de mecanismos de jubilación flexible y de incentivación de la prolongación de la vida laboral, o las medidas de mejora de la protección, en los supuestos de menor cuantía de pensiones, son manifestaciones de los cambios introducidos desde 1990 hasta la fecha, en el ámbito de la Seguridad Social.

Tras la firma del Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, el Gobierno ha aprobado, en el Consejo de Ministros de 28 de enero de 2011, el Anteproyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social⁵⁵. La Ley 27/2011, de 1 de agosto, del mismo nombre, publicada en el BOE de 2 de agosto, prevé el retraso de la edad ordinaria de jubilación y la ampliación del período de cómputo para el cálculo de la pensión, con el objetivo de asegurar la viabilidad futura del sistema. Al agravarse la crisis financiera y económica, la reforma del sistema de pensiones ha pasado a un primer plano, una vez aprobada la reforma laboral⁵⁶. El Proyecto de Ley del mismo nombre se publicó el 1 de abril de 2011: Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A, nº 120-1, 1 de abril de 2011.

2. CONCEPTO

Según lo dispuesto en el artículo 2.2 LGSS, «el Estado, por medio de la Seguridad Social, garantiza a las personas comprendidas en el campo de aplicación de ésta, por cumplir los requisitos exigidos en las modalidades contributiva o no contributiva, así como a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, la protección adecuada frente a las contingencias y en

54. Vid. FERRANDO (coord.) (2007) acerca del acuerdo y su desarrollo normativo y SEMPERE (dir.) (2008) acerca de las últimas reformas de la Seguridad Social.

55. Vid. <http://www.la-moncloa.es/ConsejodeMinistros/Enlaces/280111-enlacepensiones.htm>. El Acuerdo Social y Económico lo firmaron en La Moncloa, el 2 de febrero de 2011, el Gobierno, las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME y los sindicatos UGT y CC OO. Vid. los comentarios de CAVAS (2011) y GIL (2011).

56. Vid. la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y, asimismo, los distintos Reales Decretos-Ley de 2011 sobre negociación colectiva y contratación laboral.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

las situaciones que se contemplan en esta Ley». De acuerdo con el artículo 2.1 LGSS, «el sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad»⁵⁷.

El derecho de la Seguridad Social regula las relaciones que se establecen entre el Estado, a través de entidades de carácter público, y los ciudadanos, y que se originan como consecuencia de la finalidad del sistema, consistente en atender a las situaciones de necesidad que a aquellos últimos pudieran plantearseles, mediante el otorgamiento de prestaciones individualizadas y personales⁵⁸.

El fin de la Seguridad Social es la protección de las necesidades sociales. Partiendo de lo dispuesto en la CE, cabe indicar que la noción de riesgo profesional como situación protegida y eje de organización y financiación está perdiendo el carácter preponderante que venía teniendo en el marco del ordenamiento de la Seguridad Social. En nuestros días, la finalidad de ésta se diversifica en una serie de políticas tendentes a garantizar la seguridad económica de los sujetos protegidos que sufran pérdida de ingresos y/o aumento de gastos a los que no puedan atender por medio del ejercicio normal de su actividad productiva. Se detecta, pues, en la evolución del sistema de Seguridad Social, un abandono progresivo del riesgo como eje sobre el que se construye el sistema y un avance hacia la protección en el estado de necesidad⁵⁹. Como ha puesto de relieve la STC 104/1983, la tendencia descrita halla su fundamento en el artículo 41 CE⁶⁰.

57. Vid. ALARCÓN (1999, pp. 59 y ss. y 2005) y APARICIO (2003, pp. 791 y ss.) acerca de los principios jurídicos de la Seguridad Social.

58. Según ALONSO OLEA y TORTUERO (2002, p. 38), la Seguridad Social puede definirse como el «conjunto integrado de medidas públicas de ordenación de un sistema de solidaridad para la prevención y remedio de riesgos personales mediante prestaciones individualizadas y económicamente evaluables». Tales medidas se encaminan, tendencialmente, «hacia la protección general de todos los residentes contra las situaciones de necesidad, garantizando un nivel mínimo de rentas». Por su parte, VALLE y RABANAL (2007, p. 9) escriben que «el Derecho de Seguridad Social tiene por objeto el conjunto de normas regulador de la Seguridad Social en cuanto sistema que otorga prestaciones económicas y en especie a favor de los ciudadanos que padecen necesidad». También GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2008, p. 76) destacan que la Seguridad Social es «un orden prestacional básico que tiende a garantizar una protección general frente a los riesgos más graves de la vida».

59. ALONSO OLEA y TORTUERO (2002, p. 38) tienen en cuenta tal circunstancia al dar el concepto de la disciplina, cuando señalan que las medidas de la Seguridad Social buscan «la protección general de todos los residentes contra las situaciones de necesidad, garantizando un nivel mínimo de rentas».

60. En esa Sentencia puede leerse que «el artículo 41 de la Constitución establece la obligación de los poderes públicos de mantener un régimen de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y las prestaciones sociales sufi-

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

El objeto de protección de la Seguridad Social son las situaciones de necesidad. En un principio, la protección se estructuraba en torno a los trabajadores por cuenta ajena⁶¹, y sólo con posterioridad (momento actual en España) se extiende a los profesionales en general y a quienes dependen de ellos, y se nutre de la finalidad de proporcionar medios suficientes para mitigar las consecuencias de la pérdida (temporal o definitiva, efectiva o presunta) de la capacidad de trabajar de las personas o de la capacidad para afrontar gastos personales por medio de su trabajo. Cuál será la necesidad protegida por el derecho de la Seguridad Social en el futuro, es algo sobre lo que, por el momento, tan sólo pueden formularse hipótesis⁶². En conclu-

ciones en "situaciones de necesidad" [...] La referencia a una "situación de necesidad" o a un "estado de necesidad" obedece a la voluntad de superar la primitiva perspectiva legal, donde era prioritaria la noción de "riesgo" o "contingencia", que se produjo en la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, aun cuando todavía subsista parcialmente una atención diferenciada del estado de necesidad según el riesgo de que deriva: accidente de trabajo o no». La sentencia añade: «Acoger el estado o situación de necesidad como objeto y fundamento de la protección implica una tendencia a garantizar a los ciudadanos un mínimo de rentas, estableciendo una línea por debajo de la cual comienza a actuar la protección». Aunque, como termina diciendo el Tribunal Constitucional, «el hecho es, sin embargo, que esta tendencia no aparece plasmada en nuestra normativa legal, que no se basa en la protección frente a la pobreza, sino en la compensación frente a un daño, como es un exceso de gastos o un defecto de ingresos originado por la actualización de una determinada contingencia (muerte, incapacidad, etc.)».

61. DURAND, 1953, pp. 58-59.

62. La evolución referida se advierte con claridad mediante el examen de los sucesivos textos internacionales aprobados por la OIT. En el marco de los Convenios, inicialmente se estructuraba la protección con referencia al trabajo por cuenta ajena y para riesgos que únicamente pudieran presentarse con tal referencia. Basta examinar, al respecto, el Convenio 17 (que entra en vigor el 1 de abril de 1927), relativo a la indemnización por accidentes de trabajo, que afecta a obreros, empleados y aprendices que trabajen en empresas de cualquier naturaleza, públicas o privadas (art. 2); el Convenio 38 (que entra en vigor el 18 de julio de 1937), relativo al seguro obligatorio de invalidez de los asalariados en empresas agrícolas; el Convenio 40 (que entra en vigor el 29 de septiembre de 1949), relativo al seguro obligatorio de muerte de los asalariados en empresas agrícolas, y el Convenio 56 (que entra en vigor el 9 de diciembre de 1949), relativo al seguro de enfermedad de la gente del mar. Sólo terminada la segunda guerra mundial, comienza a planificarse la protección con arreglo a criterios más amplios, y con remisión a la población activa en general. Un conato de dicha tendencia aparece en el Convenio 39 (que entra en vigor el 8 de noviembre de 1946), relativo al seguro obligatorio de muerte de los asalariados en las empresas industriales y comerciales, en las profesiones liberales, en el trabajo a domicilio y en el servicio doméstico. Por vía de la Recomendación, dado su carácter no vinculante, se introdujeron mayores innovaciones, aunque la tendencia general era la de conectar el objeto de protección al trabajador protegido –por cuenta ajena–. Así puede comprobarse estudiando la Recomendación 1 (1919) sobre desempleo, la Recomendación 10 (1920) sobre desempleo de la gente del mar, la Recomendación 11 (1921) sobre desempleo en la agricultura, la Recomendación 17 (1921) sobre seguro social en la

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

sión, se ha operado una dilatación del elemento objetivo desde el supuesto originario de los riesgos que pudiera padecer un trabajador dependiente.

En España, la vigente LGSS de 20 de junio de 1994 establece, en el artículo 38, el «ámbito de extensión posible del régimen general y de los especiales de la Seguridad Social»⁶³. Asimismo, debe tenerse en cuenta que,

agricultura (que hace referencia a los asalariados agrícolas), la Recomendación 29 (1927) sobre los principios generales del seguro de enfermedad (cuyo párrafo I,1 establece que «el seguro de enfermedad debería comprender, sin distinción de edad ni sexo, a toda persona que ejecute trabajos a título profesional en virtud de un contrato de trabajo o de aprendizaje»), la Recomendación 43 (1933) sobre los principios generales del seguro de invalidez, vejez y muerte, la Recomendación 75 (1946) sobre Seguridad Social de la gente del mar, o la Recomendación 95 (1952) sobre protección de la maternidad. Suponen cambios iniciales en esta dirección la Recomendación 45 (1935) sobre desempleo de los menores, que excede el ámbito estricto del seguro; la Recomendación 67 (1944) sobre la seguridad de los medios de vida, y la Recomendación 69 (1944) sobre asistencia médica, que debería amparar –según se indica– a todos los miembros de la comunidad, desempeñen o no un trabajo lucrativo. Compruébese que la tendencia limitativa en cuanto al objeto de la protección comienza a quebrarse en los prolegómenos y durante el transcurso de la segunda guerra mundial, paralelamente a la redacción de los informes de Lord BEVERIDGE. La tendencia estricta se invierte, finalmente, en las Recomendaciones 121 (1964), que trata las prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional con respecto a los trabajadores por cuenta propia; la Recomendación 31 (1967) sobre protección de la invalidez, vejez y sobrevivientes, y la Recomendación 134 (1969), sobre asistencia médica y las prestaciones monetarias por enfermedad. La guía esencial de la OIT, a los efectos de delimitar el elemento objetivo que sirva para configurar el concepto de derecho de la Seguridad Social, se encuentra en el Convenio 102, «relativo a la norma mínima de la Seguridad Social», que entró en vigor el día 27 de abril de 1955. Ha de resaltarse su contenido mínimo. En él, se contemplan prestaciones especialmente ligadas a las situaciones de necesidad que pueden plantearse a un trabajador por cuenta ajena (asistencia médica, prestaciones monetarias por enfermedad, prestaciones por desempleo, prestaciones de vejez, prestaciones en caso de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional, prestaciones familiares, prestaciones de maternidad, prestaciones de invalidez, prestaciones de sobrevivientes).

63. Según el precepto citado, «1. La acción protectora del sistema de la Seguridad Social comprenderá: a) La asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo. b) La recuperación profesional, cuya procedencia se aprecie en cualquiera de los casos que se mencionan en el apartado anterior. c) Prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal; maternidad; paternidad; riesgo durante el embarazo; riesgo durante la lactancia natural; cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave; invalidez, en sus modalidades contributiva y no contributiva; jubilación, en sus modalidades contributiva y no contributiva; desempleo, en sus niveles contributivo y asistencial; muerte y supervivencia; así como las que se otorguen en las contingencias y situaciones especiales que reglamentariamente se determinen por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Trabajo e Inmigración. Las prestaciones económicas por invalidez y jubilación, en sus modalidades no contributivas, se otorgarán de acuerdo con la regulación que de las mismas se contiene en el Título II de la presente Ley. Las prestaciones por desempleo, en sus niveles contributivo y asistencial, se otorgarán

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

aceptando la autonomía individual o colectiva de los agentes sociales, la LGSS contempla la posibilidad de mejorar la protección otorgada por el sistema mediante pacto adoptado a través de lo que se denominan «mejoras voluntarias» (art. 39), especialmente desarrolladas en el marco del régimen general (arts. 191 y ss. LGSS). Para la tendencia doctrinal más tradicional, mediante las disposiciones referidas se ha conseguido el ideal de cobertura del sistema, que es únicamente susceptible de perfección posterior⁶⁴. Como manifestaciones de esta perfección encontraríamos, por ejemplo, la mejora de la protección de la maternidad, hoy desgajada de la enfermedad común⁶⁵; las nuevas contingencias de riesgo durante el embarazo⁶⁶ y durante la lactan-

de acuerdo con la regulación que de las mismas se contiene en el Título III de esta Ley. d) Prestaciones familiares de la Seguridad Social, en sus modalidades contributiva y no contributiva. Las prestaciones familiares, en su modalidad no contributiva, se otorgarán de acuerdo con la regulación que de las mismas se contiene en el título II de esta Ley. e) Las prestaciones de servicios sociales que puedan establecerse en materia de reeducación y rehabilitación de inválidos y de asistencia a la tercera edad, así como en aquellas otras materias en que se considere conveniente. 2. Igualmente, y como complemento de las prestaciones comprendidas en el apartado anterior, podrán otorgarse los beneficios de la asistencia social. 3. La acción protectora comprendida en los números anteriores establece y limita el ámbito de extensión posible del Régimen General y de los Especiales de la Seguridad Social, así como de la modalidad no contributiva de las prestaciones. 4. Cualquier prestación de carácter público que tenga como finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, forma parte del sistema de la Seguridad Social y está sujeto a los principios regulados en el artículo 2 de esta Ley. Lo previsto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de las ayudas de otra naturaleza que, en el ejercicio de sus competencias, puedan establecer las Comunidades Autónomas en beneficio de los pensionistas residentes en ellas».

64. Para ALONSO OLEA y TORTUERO (2002, p. 21), «en la actualidad puede hablarse de la estabilización de un *ideal de cobertura* que comprende el accidente personal, sea o no de trabajo, y la enfermedad común –incluida la maternidad– y profesional, cubriendo tanto la asistencia sanitaria y la recuperación como los defectos transitorios y permanentes –invalidez– de renta; la vejez, o prolongación de la vida más allá de la edad en que ordinariamente existe capacidad de trabajo; la muerte, si el causante deja causahabientes que de él dependan; el paro forzoso; y las cargas familiares, fundamentalmente concebidas como auxilios a quienes tengan a su cargo minusválidos o niños de corta edad». Continúan ALONSO OLEA y TORTUERO (pp. 22-23 y nota 9) indicando que el estudio histórico de los textos normativos más importantes sobre Seguridad Social muestra que tal ideal de cobertura constituye la cobertura ideal de todo sistema de solución de necesidades sociales, y que, por eso, no es necesario operar cambios trascendentales para dilatarlo: «el "contenido material" de la Seguridad Social aparece hoy [...] si no como definitivamente fijado, sí como sumamente estable»; ya el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, preveía, en favor de cualquier ciudadano, el «derecho a [...] la asistencia médica [y] a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudedad, vejez y otros casos de pérdida de medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad».
65. Ley 42/1994, de 30 de diciembre, y arts. 133 bis a 133 quinquies de la LGSS.
66. Ley 39/1999, de 5 de noviembre, y arts. 134 y 135 LGSS.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cia natural⁶⁷, tan vinculadas a la protección por maternidad y por enfermedad común, o las contingencias de paternidad⁶⁸ o cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave⁶⁹.

Por lo demás, y en contra de ciertas opiniones doctrinales, no parece que del artículo 41 CE deba derivarse la sustitución del «ideal de cobertura» anterior por la «situación de necesidad», entendida como atención por parte del Estado a quienes carecen de recursos para poder llevar una vida digna. En suma, no parece que de lo dispuesto en la CE deba derivarse que el actual sistema español de Seguridad Social, de carácter mixto asistencial/contributivo, deba sustituirse por otro estrictamente asistencial. Adoptando una perspectiva realista, se ha afirmado que la referencia a la protección de las situaciones de necesidad que se contiene en la Norma Fundamental «no significa un reconocimiento del carácter predominante de los factores asistenciales en el sistema español de Seguridad Social, sino que ante un modelo suficientemente desarrollado en su aspecto profesional-contributivo y, en consecuencia, desequilibrado con respecto a la protección no contributiva, [...] la Constitución pide a los poderes públicos que ahora desarrollen los rasgos no contributivos del sistema»⁷⁰. Desde luego, el legislador ordinario parece haber entendido de tal manera el precepto más arriba referido, pues la reforma progresiva de la Seguridad Social ha tenido por fin convertir en un sistema mixto la estructura «contributiva» heredada del franquismo. Esto se ha operado esencialmente mediante el desarrollo de la «hipertrofiada» dimensión asistencial y mediante la generalización de ciertas prestaciones, como las sanitarias. Aparte de por la continuidad histórica, el mantenimiento del nivel contributivo del sistema vendría avalado por la vinculación de España a ciertos compromisos internacionales, como es el Convenio 102 de la OIT, y, sobre todo, por la interpretación de la Constitución, que no atribuye a la Seguridad Social como fin la protección de los ciudadanos en «situación de necesidad», sino en «situaciones de necesidad» (plural éste cuajado de importantes consecuencias) y que menciona ciertas contingencias tradicionalmente protegidas por el sistema de Seguridad Social en algunos de sus preceptos: desempleo (art. 41), enfermedad (art. 43), cargas familiares (art. 39) o vejez (art. 50)⁷¹. En fin, de atender a la legislación por la que se desarrollan modernamente las previsiones constitucionales, no parece que pueda afirmarse el abandono definitivo de los riesgos como característica de nues-

67. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, y arts. 135 bis y 135 ter de la LGSS.

68. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, y arts. 133 octies a 133 decies de la LGSS.

69. Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011.

70. SÁNCHEZ-URÁN, 1995, pp. 28 y 49.

71. SÁNCHEZ-URÁN, 1995, pp. 41-42, 44 y 46.

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

tro futuro sistema de Seguridad Social, sino más bien la atención a los mismos a efectos de estudiar la ampliación de su ámbito subjetivo.

Por lo que hace a los criterios de determinación de las necesidades protegidas, cabe señalar que la situación de necesidad que constituye el elemento teleológico del derecho de la Seguridad Social debe, para ser jurídicamente relevante, concretarse individualmente y afectar a la persona que la padece, no a su indirecta dimensión patrimonial.

En efecto, la protección de las situaciones de necesidad se arbitra individualmente y con respecto a determinadas personas. De esta afirmación, la doctrina ha llegado a interesantes conclusiones⁷². Los riesgos que contemplan los sistemas de Seguridad Social se caracterizan por las notas de la naturaleza económica (que no nos interesa ahora), la individualidad y la personalidad de los mismos. La característica de la individualidad del riesgo alude a que, junto a medidas dirigidas al remedio o mejora de la situación de la sociedad como conjunto, existe un segundo cuadro de ordenación que mira hacia cada individuo en concreto, desde el plano, evidentemente cierto, de que aun vigentes y eficaces las medidas generales, no por ello dejará el individuo de estar afectado por situaciones de riesgo que puedan atenderse mediante prestaciones individualizadas⁷³. Por lo que se refiere a la personalidad del riesgo, en el sistema de Seguridad Social «los riesgos de que se habla afectan a la persona sujeta a ellos, no a su patrimonio. Lo que se contempla es la incidencia de un hecho o azar sobre la persona humana en cuanto tal, o sobre las facultades que tiene, y no sobre su prolongación en los bienes y derechos de que sea titular; la incidencia del riesgo sobre el patrimonio sólo se toma en consideración indirectamente, en la medida en que la persona sea su fuente o sostén. Si se trasladara a este terreno la división entre seguro de cosas y de personas, se calificaría la Seguridad Social como un seguro de personas»⁷⁴. En conclusión, si no quiere desvirtuarse su contenido, el objeto de la relación jurídica de Seguridad Social tenderá siempre a la protección de situaciones de necesidad de carácter personal y necesariamente individualizables.

En segundo lugar, ha de afirmarse que el objeto de protección por parte del derecho de la Seguridad Social se delimita con respecto a situaciones de necesidad, potenciales o actuales, en las cuales la persona se ve en la imposibilidad de preverlas o, una vez ocurridas, colocan a aquélla en una situación de imposibilidad temporal o definitiva, bien de carácter presunto

72. ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA, 2002, pp. 20 y ss.

73. ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA, 2002, p. 20.

74. ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA, *ibidem*.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

o real, de atender por sí misma a la falta de medios que la acucia o la reducción de las consecuencias (p. ej., patológicas) que ha causado la necesidad. En este aspecto, el artículo 41 CE ha operado una variación de los postulados tradicionales, que hacían depender la emergencia de las medidas de Seguridad Social de la pérdida de la capacidad de ganancia de un trabajador. Hacia el futuro, el exceso de gastos que se originan al potencial beneficiario, o la desaparición de rentas, sean o no de trabajo, producirán siempre la activación del sistema.

Conviene reflexionar, de forma breve, sobre el medio que arbitra el ordenamiento jurídico para que pueda llevarse a efecto la protección de las necesidades sociales: la relación o relaciones jurídicas de previsión. La determinación de tal relación es sumamente compleja, dada la diversidad de opiniones doctrinales. Dos han sido, en esencial, las posturas sustentadas con respecto al contenido esencial de la relación y a su estructura bilateral.

Para los defensores de la teoría unitaria o de la relación bilateral, en el seguro social se dan dos relaciones perfectamente definidas, cuales son las del ente asegurador frente al asegurado de asumir el riesgo y, si se produce el evento, de pagar las prestaciones, y otra, el pago de cuotas (sólo por el empresario, o conjuntamente con el trabajador). De ello se deduce la existencia de una interdependencia causal y recíproca entre ambas obligaciones que nacen simultáneamente. Esta doctrina se conecta estrechamente con el esquema jurídico del seguro privado, por lo que se llegaba a calificar la relación jurídica de Seguridad Social como bilateral o compleja, pero unitaria, es decir, integrada en su contenido por dos relaciones obligacionales interrelacionadas unitariamente por un sinalagma de origen⁷⁵. Se ha llamado la atención sobre el peligro de «calcar» en nuestro caso el esquema del seguro privado, en cuanto el mismo exige la nota de la sinalagmaticidad o reciprocidad prestacional, que, ciertamente, falla en la relación jurídica que examinamos, ya que la ley, movida de un deseo de mayor protección, impone al ente asegurador que asumió el riesgo el mantenimiento de la obligación de abonar las prestaciones automáticamente, aun cuando no hubiese percibido las correlativas cuotas. En definitiva, el principio de la automaticidad de las prestaciones pugna violentamente con la sinalagmaticidad típica del seguro privado, y ello pese a las artificiosas construcciones que ha llevado a cabo parte de la doctrina italiana⁷⁶.

Precisamente, la objeción anterior hace surgir un movimiento doctrinal

75. Así lo ha puesto de relieve ALMANSA, 1991, pp. 113-114.

76. *Vid.* en ALMANSA (1991, p. 113) las referencias a VENTURI, CANNELLA y LEGA, DE LITALA y LEVI SANDRI.

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

muy fuerte a favor de la que puede denominarse teoría escisionista o de la unilateralidad, que niega el paralelismo entre la relación jurídica de seguro social y la de seguro privado. Para esa corriente, existen dos relaciones jurídicas autónomas, cuales son la de cotizar, típicamente fiscal, y la de protección social, coincidente con la prestación de un servicio público. Tales relaciones, que pueden ser más, no reúnen la nota de la reciprocidad, en cuanto la obligación de pagar las cuotas es una obligación fiscal, que nace a favor del ente gestor, no en correspondencia a su obligación de satisfacer sus prestaciones, sino al verificarse el supuesto previsto por el legislador como idóneo a tal efecto contributivo.

Al estudiar la teoría de la unilateralidad, se ha precisado que la negación de la sinalagmaticidad lleva directamente al reconocimiento de la independencia de la obligación de cotizar y otorgar prestaciones⁷⁷. Tienden a multiplicarse entonces las relaciones de contenido, en la medida en que los lazos que unen a los cuatro sujetos pueden multiplicarse según las combinaciones posibles entre ellos: el Estado con el ente asegurador, con el sujeto protegido y con el cotizante; el ente asegurador con el sujeto protegido y con el cotizante; estos dos últimos entre sí. Ahora bien, según los defensores de esta teoría, no todas esas relaciones poseen virtualidad suficiente para integrar el contenido de la relación jurídica de seguro social, sino sólo aquellas que enlazan a los sujetos en cuanto éstos adoptan una posición jurídica subjetiva dentro de la relación aseguradora.

En nuestro país, existe una verdadera polémica entre los mantenedores de la postura unitaria y los de la teoría de la unilateralidad⁷⁸. No obstante, la consideración de la relación jurídica como unitaria de contenido complejo goza del favor de la doctrina que, de algún modo, ha intentado desvirtuar la tesis de la unilateralidad. Así, se ha dicho que la afirmación de la existencia de varias relaciones jurídicas en el ámbito de la Seguridad Social parece olvidar, por lo pronto, que el legislador emplea el término «obligación», no relación jurídica, para referirse a los deberes jurídicos de cotización y protección; en segundo lugar, que la relación jurídica se establece siempre con referencia a sujetos directamente obligados, que son las entidades gestoras o colaboradoras, y que las obligaciones que componen una única relación jurídica no desvirtúan ésta por el hecho de ser varias, y concretamente la de cotizar y la del pago de prestaciones, que se fundan además en la finalidad

77. Sigo a ALMANSA, 1991, pp. 114-115.

78. Entre los primeros es significativa la presencia de ALONSO OLEA; entre los segundos, se encuentra ALMANSA, que distingue tres relaciones jurídicas autónomas en el ámbito de la Seguridad Social: la de afiliación, la de cotización y la de protección.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

común de otorgar una protección adecuada a determinadas personas por razón de sus actividades (caso español)⁷⁹.

Sea como fuere, en distintas resoluciones, el Tribunal Constitucional ha mostrado su preferencia por la teoría de la unilateralidad, a través de las siguientes vías: la negación de la sinalagmaticidad entre cotización y prestaciones, que encuentra su base en la anterior negación del carácter contractual de la relación o relaciones jurídicas de Seguridad Social⁸⁰, y la configuración de la cuota como una exacción tributaria y no como la prima de un seguro público⁸¹. La referencia expresa a la teoría de la unilateralidad, para justificar un fallo concreto, se encuentra en la STC 189/1987.

Antes de finalizar, indiquemos que la peculiaridad de la relación o relaciones jurídicas de Seguridad Social constituye un elemento diferenciador entre el derecho de la Seguridad Social y el derecho del trabajo: tanto para los mantenedores de la teoría unitaria como para los de la unilateralidad, los sujetos en ambas relaciones son diferentes, así como su causa. La doctrina ha resaltado la diferencia entre la relación jurídica de Seguridad Social y las que se establecen entre las partes contratantes en el contrato de trabajo y el convenio colectivo⁸². No son los mismos los sujetos de tales relaciones, tanto cuando se trata del régimen general como en el supuesto de los regímenes especiales. En el primer caso, entra en juego el ente asegurador, lo que constituye un dato decisivo, y los empresarios y trabajadores ocupan una posición jurídica esencialmente diversa de la que ostentan tanto en el contrato de trabajo como en el convenio colectivo: en el contrato de trabajo, la posición se reconduce a la de acreedor y dador de trabajo (y viceversa, de salario) y en el convenio colectivo a ser portadores de intereses colectivos de categoría; por el contrario, en la relación jurídica de seguro social la posición se conecta con el derecho a las prestaciones y el pago de las cuotas. Por otro lado, en algunos supuestos la posición del trabajador jugó un papel relevante en un momento pretérito, para perder después influencia con posterioridad en la dinámica que une al beneficiario con el asegurador; tal ocurre, por ejemplo, en la jubilación. En el caso de los regímenes especiales, está claro que la relación jurídica se establece entre sujetos que nada tienen que ver en ocasiones (trabajadores autónomos) con el contrato de trabajo. Por lo de-

79. GARCÍA ORTUÑO, 1976, pp. 122-125.

80. Por cierto, esto ha provocado la crítica de SÁNCHEZ-URÁN (1995, p. 117), para quien una cosa es que la citada relación jurídica no tenga naturaleza contractual, y otra distinta que, por pura lógica, no deba mantenerse, al menos en el nivel contributivo del sistema, una cierta conexión entre cotización y prestación.

81. *Vid.* la STC 39/1992.

82. SAGARDOY, 1970, p. 15.

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

más, no parece que deba deshacer las conclusiones anteriores la existencia en algún caso, como el de incapacidad temporal, de un deber de protección del trabajador atribuible por la ley misma al empresario: tal deber se asienta sobre los principios que constituyen el cimiento del sistema de la Seguridad Social, más que sobre los propios del derecho del trabajo⁸³.

Abundando en lo expuesto, y desde una perspectiva jurídico-positiva, se advierte que la configuración inicial de la relación de Seguridad Social tiene su propia peculiaridad. Centrándonos en el régimen general, la LGSS exige la inscripción de la empresa (art. 99) y el deber de solicitar la afiliación y el alta del trabajador. La obligación de afiliación es un acto administrativo de inscripción, por virtud del cual se reconoce a una persona la condición de asegurado, y constituye una típica obligación legal administrativa, impuesta a los particulares respecto al funcionamiento de los servicios públicos. La afiliación y el alta se rigen por lo prevenido en el artículo 100 y concordantes de la LGSS. En el ámbito del sistema, la afiliación es única y vitalicia (art. 12 LGSS). Todo lo expuesto contribuye a hacer más obvia la distinción entre la relación jurídico-laboral básica, el contrato de trabajo, distinción, en fin, que se perfecciona al considerar el protagonismo que en la parcela del ordenamiento jurídico que estudiamos corresponde a los organismos públicos, y a las entidades gestoras en particular. No ignoramos que la presencia de ciertos organismos públicos también se detecta en el ámbito del derecho del trabajo en algunas ocasiones, pero la función que llevan a cabo en uno y otro caso son sustancialmente distintas: de control del cumplimiento de las normas en el orden laboral, y de actividad en la construcción de un sistema de protección social en el derecho de la Seguridad Social.

Pues bien, en contraste con lo que sucede en el derecho del trabajo, la dimensión contractual es difícilmente predicable de la relación jurídica básica de previsión, ni aun acudiendo a la categoría de los denominados contratos forzosos. Atendiendo a las obligaciones dimanantes de la relación jurídica a que nos referimos, hemos de concluir que las fuentes de los deberes jurídicos de las partes se encuentran en la ley, lo que por cierto para nada desdice aquél carácter relacional apuntado, ya que, como se dispone en el CC, «las obligaciones nacen de la ley, de los contratos o cuasi contratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia» (art. 1089)⁸⁴. La doctrina del Tribunal Constitucional ha venido afirmando «la naturaleza no contractual del régimen público de Seguridad Social; la Seguridad Social no es un mecanismo de protección de los riesgos

83. *Vid.* la STC 37/1994.

84. *Vid.*, al respecto, BORRAJO, 1963, pp. 9 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

sociales de naturaleza contractual, sino, por el contrario, legal u obligatorio»⁸⁵. Las prestaciones de Seguridad Social no pueden presentarse «como resultantes de un acuerdo contractual»⁸⁶.

En suma, es evidente que el derecho de la Seguridad Social y el derecho del trabajo comparten un origen común, pues, en su concepción contemporánea, ambos son un producto del Estado social. Las dos disciplinas mantienen vínculos estrechos y, desde un punto de vista académico, siguen formando parte de una única rama de conocimiento. Aun así, en la actualidad, constituyen dos sectores autónomos del ordenamiento jurídico⁸⁷.

3. FUNDAMENTO

En su concepción contemporánea, el derecho de la Seguridad Social es un producto del Estado social, surgido como consecuencia de los cambios operados en la vida de los individuos a partir de la Revolución Industrial. Hasta el comienzo del siglo XIX, los ciudadanos habían gozado de un espacio social sometido a su dominio, que garantizaba a cada uno la satisfacción de sus propias necesidades⁸⁸. Sin embargo, a causa de los cambios en el sistema de producción de los bienes y servicios, y de los avances tecnológicos, el espacio social sometido a dominio que formaban los bienes muebles o inmuebles en propiedad, y las posesiones añadidas, mas el mismo lugar y el utillaje para realizar el trabajo, se reduce de forma progresiva, y el individuo comienza a demandar al Estado que arbitre los medios necesarios para garantizarle su existencia. En realidad, al perder o sufrir una reducción de su espacio social bajo dominio, el individuo queda sin reservas, desprotegido frente a las crisis y situaciones de necesidad que pueden presentársele. En el

85. SÁNCHEZ-URÁN, 1995, pp. 66 y 117.

86. SSTC 103/1983, 104/1983, 121/1983, 65/1987 y 134/1987, citadas por SÁNCHEZ-URÁN, 1995, p. 68.

87. SAGARDOY (1970, pp. 15 y ss.) ha analizado en profundidad el concepto y la autonomía de la Seguridad Social con respecto al derecho del trabajo. El autor parte de dos criterios fundamentales. El primero es el ámbito de aplicación de las normas, dada la deslaboralización progresiva del marco subjetivo de cobertura de los distintos sistemas de Seguridad Social. En segundo lugar, la autonomía se establece en atención al régimen y a la naturaleza de las relaciones jurídicas de Seguridad Social, diferentes de las relaciones jurídico-laborales, dada la configuración tributaria de la cotización, el carácter administrativo de los actos de afiliación y alta, el carácter de servicio público de la relación de protección, y el hecho de que las relaciones entre el Estado y las entidades gestoras responden, en fin, a la técnica de la desconcentración funcional. Ha de admitirse, pues, en opinión del autor citado, que en España el bloque normativo de la Seguridad Social no puede reconducirse al ámbito del derecho del trabajo.

88. Seguimos el análisis de FORSTHOFF, 1961, p. 47.

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

marco del Estado social de derecho, tanto el derecho del trabajo como el derecho de la Seguridad Social, intentan rehacer el espacio social sometido a dominio de los individuos, bien garantizándoles el acceso al empleo y, por tanto, la percepción de una retribución con la que atender sus necesidades vitales, bien a través de asegurarles tales medios, de forma directa, en los casos en que no puedan desplegar su fuerza de trabajo. En el proceso de construcción de ambas ramas del ordenamiento jurídico, el Estado adopta una posición activa, que supera la de mero soporte del sistema económico, para convertirse en su árbitro e impulsor. El Estado garantiza la subsistencia. Es un Estado de prestaciones y de redistribución de la riqueza⁸⁹.

Existen dos modelos de Seguridad Social, que tienden a converger en nuestros días: el sistema germánico, continental, contributivo o bismarckiano, y el anglosajón, atlántico, asistencial o beveridgeano⁹⁰. El primer modelo arranca de los seguros sociales creados por Bismarck, y se define de tal forma que, a veces, resulta difícil distinguirlo de un mero conjunto de seguros sociales a los que se hubieran aplicado los principios de unidad de gestión y solidaridad financiera interna, pero conservando un campo subjetivo integrado por una serie de colectivos asegurados, cuya determinación continúa haciéndose según el criterio de la profesionalidad; manteniendo una acción protectora muy ligada al riesgo social originario, incluso privilegiando el carácter profesional de éste, y haciendo depender decisivamente la cuantía de las prestaciones de las cotizaciones previas. De ahí su calificación como contributivo, que remite, en definitiva, al esquema básico del contrato de seguro privado⁹¹.

El segundo modelo se basa en las ideas de Beveridge y en el sistema neozelandés. En el conocido informe *Social Insurance and Allied Services*, de 1942, también conocido como *Plan Beveridge*, se sientan los principios que caracterizan a un verdadero sistema de Seguridad Social. Son puntos esenciales de dicho informe⁹²: la unificación de los seguros sociales existentes, incluido el de accidentes de trabajo, con cotización única y gestión centralizada, dependiente de un Ministerio *ad hoc*; la universalización subjetiva de la protección, que ha de dispensarse a todos los ciudadanos, y no sólo a los trabajadores; la generalización igualatoria de la protección, que debe tender a la cobertura de cualquier situación de necesidad y a la homogeneización, superando las diferenciaciones que derivan tanto del carácter profesional

89. *Vid.* FORSTHOFF, 1961, pp. 49-50.

90. Para una síntesis de los dos modelos de Seguridad Social, *vid.* ALARCÓN (1999, pp. 32 y ss. y 2005, p. 32) y, asimismo, LABORDE (2005, pp. 42 y ss.).

91. ALARCÓN y GONZÁLEZ ORTEGA, 1991, p. 28.

92. Seguimos a ALARCÓN y GONZÁLEZ ORTEGA, 1991, p. 23.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

o no del riesgo productivo, como de los diversos niveles de salarios y/o de cotizaciones; la financiación tripartita, como en los seguros sociales, pero con una importancia creciente de la aportación estatal, a cuyo cargo exclusivo han de correr determinadas parcelas del sistema. Además, Beveridge preveía la creación de un servicio nacional de la salud para todos los ciudadanos, de carácter gratuito, financiación a cargo exclusivo del Estado e integración en el propio sistema de la Seguridad Social. También se incluirían en dicho sistema, y el Estado debería financiar exclusivamente, la ayuda familiar, consistente principalmente en complementos salariales, y la asistencia nacional, para cubrir situaciones especiales de necesidad no determinadas previamente, una vez demostrada su existencia por el interesado. El modelo ideado por Beveridge hace hincapié en el carácter asistencial de las prestaciones, es decir, su no vinculación a la previa cotización, lo que puede y debe tener dos consecuencias: la primera, que para obtener determinadas prestaciones, como la asistencia sanitaria o el derecho a un mínimo vital, no será necesaria la previa cotización, ni siquiera la afiliación previa al sistema, habida cuenta de la universalidad subjetiva de cobertura; y la segunda, que las prestaciones económicas entregadas por encima de ese mínimo vital no tienen por qué ser necesariamente proporcionales a las cotizaciones⁹³. El modelo neozelandés incluye, como características adicionales, la uniformidad absoluta de todas las prestaciones y la financiación exclusiva con cargo a los Presupuestos del Estado. Parte de la doctrina considera que tales características son inseparables de un verdadero modelo asistencial de Seguridad Social o, incluso, de lo que debe considerarse un verdadero sistema de Seguridad Social; por el contrario, otros autores entienden que el modelo asistencial no implica necesariamente la concurrencia de las notas citadas⁹⁴.

En general, los sistemas de Seguridad Social vigentes en los países desarrollados son mixtos, y contienen elementos de uno y otro modelo⁹⁵. En los sistemas mixtos, determinadas prestaciones (como la asistencia sanitaria o las pensiones no contributivas) se conceden por igual a todos los ciudadanos, o incluso a los extranjeros residentes, por el mero hecho de serlo; su concesión no requiere la existencia de determinados requisitos, o sólo precisa demostrar la situación de necesidad; la financiación corre a cargo exclusivamente del Estado. En cambio, otras prestaciones (como las pensiones contributivas) sólo se otorgan si existen ciertas cotizaciones previas, que resultan de la afiliación obligatoria al sistema de Seguridad Social sobre la base del ejercicio de una actividad profesional; la cuantía de las prestaciones se halla en fun-

93. ALARCÓN y GONZÁLEZ ORTEGA, 1991, p. 28.

94. Mantienen la última postura ALARCÓN y GONZÁLEZ ORTEGA, 1991, p. 28.

95. *Vid.* ALARCÓN y GONZÁLEZ ORTEGA (1991, pp. 28-29) y ALARCÓN (1999, pp. 41-42).

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

ción de dichas cotizaciones, y el Estado sólo aporta directamente una parte de su financiación.

Pues bien, ante todo, el derecho a la Seguridad Social coadyuva a garantizar la dignidad de la persona, principal fundamento del orden político y de la paz social, según el artículo 10.1 CE. Tal circunstancia marca el ámbito y, por tanto, los límites del derecho (hasta dónde debe llegar), entre los que se encuentran el derecho al trabajo y el deber de trabajar, así como la libertad de elección de la profesión u oficio (art. 35.1 CE), o el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)⁹⁶. Además de su conexión con la dignidad de la persona, el derecho a la Seguridad Social encuentra su fundamento en varias normas constitucionales⁹⁷. En primer lugar, el sistema de Seguridad Social es uno de los elementos fundamentales que hacen reconocible a un Estado social (art. 1 CE). El Estado social garantiza la dignidad de la persona, si es necesario a través del otorgamiento de prestaciones públicas, con el fin de asegurar rentas a quienes no pueden generarlas real o presumiblemente (discapacitados, personas sin empleo, ancianos, niños). Además, el derecho a la Seguridad Social está relacionado con el principio de igualdad real (art. 9.2 CE). A través de la protección de los necesitados, el sistema de Seguridad Social evita la existencia de grandes diferencias sociales e impulsa la igualdad social. Es importante subrayar que el derecho a la Seguridad Social guarda una íntima conexión con los derechos a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE) y a la salud de las personas (art. 43 CE), y forma por eso un todo indivisible, que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, dada la naturaleza interdependiente e indivisible de los derechos humanos. Asimismo, mediante el sistema de Seguridad Social, puede y debe llevarse a cabo una política de distribución de rentas más justa que la que genera el impulso de la economía de mercado (art. 40.1 CE). De forma indirecta, la protección de los necesitados está vinculada al desarrollo de ciertos derechos sociales fundamentales de las personas, como la educación (art. 27 CE) o la posesión de una vivienda digna (art. 47 CE). Si no se garantiza a las personas el acceso a ciertos recursos económicos, es obvio que no se les posibilita el disfrute de los derechos fundamentales, que quedarían convertidos en una mera teoría.

4. ESTRUCTURA Y CONTENIDO

El derecho a la Seguridad Social posee un contenido normativo, inte-

96. VALLE y RABANAL, 2007, p. 10.

97. *Vid.* VALLE y RABANAL (2007, pp. 10 y ss.) y, en la doctrina francesa, LABORDE (2005, pp. 198 y ss.). La OIT (2001, ap. 2) subraya también que la Seguridad Social es un derecho humano fundamental, y que puede contribuir a la dignidad humana y a la justicia social.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

grado por libertades y derechos⁹⁸. Junto al derecho a no ser sometido a una injerencia arbitraria y poco razonable en la cobertura social existente, obtenida ya sea del sector público o privado, incluye el derecho a un sistema de Seguridad Social que ofrezca las mismas oportunidades a las personas de disfrutar de una protección suficiente contra los riesgos, y que abarque la asistencia médica y las prestaciones familiares y proporcione una seguridad de ingresos si sobrevienen contingencias tales como la enfermedad o el accidente, la maternidad, la vejez, la invalidez o discapacidad, el desempleo, la muerte u otro factor que escape al control de la persona, o que sea incompatible, de otro modo, con el principio de la dignidad humana.

El contenido normativo del derecho a la Seguridad Social vincula a los poderes públicos, que deben respetarlo, protegerlo y realizarlo⁹⁹, y confiere a los ciudadanos derechos que se traducen, a su vez, en deberes concretos de acción u omisión de los poderes públicos o de los particulares, que pueden ejercitarse ante los jueces y tribunales, ya de forma directa, ya con el alcance que establezcan las leyes¹⁰⁰.

La exégesis del artículo 41 CE permite analizar la estructura y contenido del derecho a la Seguridad Social. De carácter público (4.1), el sistema de Seguridad Social se halla abierto a todos los ciudadanos (4.2). Debe otorgar asistencia y prestaciones sociales suficientes (4.3) frente a situaciones de ne-

98. *Vid.* OG 19, aps. 2 y 9, y OIT, 2001, ap. 15.

99. *Vid.* OG 19, aps. 43 y ss., que reproduce la tipología que han reconocido los órganos de vigilancia de los tratados internacionales, así como los organismos regionales encargados de hacer cumplir los derechos humanos. El Comité menciona las obligaciones de respetar, proteger y cumplir. Según las distintas traducciones, la tercera de las obligaciones consiste en cumplir, aplicar o realizar. He preferido la expresión realizar. No en vano los derechos sociales son derechos de realización progresiva, y los poderes públicos están obligados a facilitar, garantizar y promover dicha realización.

100. La doctrina suele considerar que los derechos subjetivos de los individuos en materia de Seguridad Social no están garantizados directamente en el texto constitucional, sino por las leyes ordinarias dictadas en cumplimiento de las obligaciones que impone a los poderes públicos el art. 41 CE. *Vid.*, por todos, APARICIO (2003, p. 789), quien considera que estamos ante derechos de configuración legal, y que la estructura del art. 41 CE es la propia de una norma jurídica que se expresa en forma de un principio, no de una regla y, asimismo, OJEDA (2006, pp. 958 y ss.), quien recuerda que esa es la postura del Tribunal Constitucional, cuando señala que el art. 41 CE se orienta a los poderes públicos, pero no crea derechos subjetivos singularizados (STC 68/1982). También VALLE y RABANAL (2007, p. 12) señalan que, de acuerdo con el art. 41 CE, «y salvando lo dispuesto en la CE (art. 25.2), que permite calificar los beneficios que la misma otorga como derechos subjetivos, la Seguridad Social se configura como un derecho social, o sea en primer lugar como un deber de los poderes públicos que son los que tienen que crearla, organizarla y mantenerla». *Vid.* también VÉRICEL (2007, p. 188) en el Derecho francés.

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

cesidad (4.4). Las prestaciones Social complementarias son libres (4.5). El sistema establece dos niveles de protección (4.6).

4.1. CARÁCTER PÚBLICO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

La Seguridad Social debe ser pública. Según la tradición, el mandato constitucional se desarrolla a través de la técnica del servicio público¹⁰¹. Los

101. *Vid.* FERNÁNDEZ (1984), OJEDA (2006, pp. 949-950) y VALLE y RABANAL (2007, p. 13) y los autores que cita SÁNCHEZ-URÁN (1995, p. 65, nota 66). Así, FERNÁNDEZ (1984, p. 35) señala que la Seguridad Social «responde inequívocamente al concepto clásico de servicio público como servicio técnico, prestado al público, de manera regular y constante por una organización pública para satisfacer una necesidad colectiva, bajo la dirección y control de la Administración pública, que ha asumido formalmente la responsabilidad última de la prestación». La Seguridad Social constituye el modelo más avanzado de servicio público, en atención a las necesidades de los ciudadanos (GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2008, p. 76). Desde la perspectiva de la CE, la Seguridad Social reúne las notas que tipifican el servicio público, cuales son la generalidad, la publicación y la suficiencia prestacional. En definitiva, la Seguridad Social «es quizás una de las pocas actividades que aparece en la CE como servicio público y, por ello, constitucionalizado» (SERRANO, 1983, p. 81). Tal circunstancia no supone la capitulación del Derecho del trabajo ante el Derecho administrativo. Como ha señalado FERNÁNDEZ (1984, p. 31), los administrativistas saben «que la calificación de una actividad como servicio público no implica de suyo la puesta en juego de un régimen jurídico homogéneo y global para todo el conjunto de relaciones jurídicas a que da lugar dicha actividad; que la calificación de servicio público se ha utilizado siempre tácticamente; y que, a consecuencia de lo anterior, en todo servicio público se entrecruzan siempre, en proporciones variables, el Derecho administrativo y otros ordenamientos». En síntesis, está claro que «calificar una actividad como servicio público no comporta de suyo ninguno de los riesgos que tanto parecen preocupar a la doctrina laboralista. Por esta parte, al menos, sus temores no están justificados, ya que de la calificación de la Seguridad Social como servicio público no se sigue, como una mera consecuencia, la aplicación del Derecho administrativo a todo el complejo conjunto de relaciones jurídicas a que da lugar el normal desenvolvimiento de la institución» (FERNÁNDEZ, 1984, p. 34). La aceptación de la tesis del servicio público permite, además, la delimitación del ámbito concreto de las instituciones jurídicas relacionadas con la Seguridad Social, que no son derecho de la Seguridad Social. En este sentido, FERNÁNDEZ (1984, pp. 37 y ss.) observa que las entidades gestoras son Administración pública, ya que «el Estado es su fundador y están sometidas a su tutela, como categóricamente proclama la Ley de Seguridad Social» (p. 37). Además, «su estatuto, su organización y sus relaciones con el ente matriz son, pues, y no pueden dejar de ser, Derecho administrativo puro» (p. 38). Por eso, «en el servicio público de la Seguridad Social no ocurre, pues, nada distinto de lo que sucede en otros muchos servicios públicos [...], a saber: que la relación jurídica de prestación se organiza y estructura al margen del Derecho administrativo. A esto se ciñe el Derecho propio de la Seguridad Social. Todo lo demás es materia propia del Derecho administrativo, en la medida en que éste es el Derecho propio y específico de unos sujetos singulares que son las Administraciones públicas» (p. 39). En definitiva, el art. 41 CE configura la Seguridad Social como un servicio público, de lo que se deriva como consecuencia su necesaria garantía estatal y su extensión al conjunto de la ciudadanía. Como han mantenido las SSTC

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

poderes públicos son responsables del funcionamiento del régimen de la Seguridad Social. La administración pública lo organiza y controla¹⁰². Pero el carácter público del sistema de Seguridad Social no significa que esté vetada toda intervención de los particulares en el mismo. En el sistema de Seguridad Social, son de aplicación las técnicas de colaboración admitidas por el derecho administrativo. Entidades y sujetos privados pueden participar en la gestión del régimen público de Seguridad Social a través de los instrumentos propios del derecho administrativo, como las concesiones administrativas o los conciertos con la administración pública¹⁰³.

El artículo 41 CE declara que los poderes públicos deben mantener el régimen público de Seguridad Social. El verbo mantener puede interpretarse de diferentes modos¹⁰⁴, y hacerlo sinónimo de organizar, tener o establecer¹⁰⁵, o enfocarlo desde la financiación del sistema, desde su contenido o ámbito de protección¹⁰⁶, o considerándolo, en fin, como una exigencia de mejora, pero nunca de reducción, de la protección que dispensan los poderes públicos¹⁰⁷. De acuerdo con una interpretación autorizada, la CE contem-

184/1993 y 231/1993, «el artículo 41 de la CE convierte a la Seguridad Social en una función estatal»: *vid.* SÁNCHEZ-URÁN, 1995, p. 65 y nota 66. En este punto, la privatización del sistema no es una opción constitucionalmente posible, y la asistencia privada de las necesidades sociales sólo puede tener un carácter «complementario», tal y como señala la última línea del art. 41 CE.

102. En palabras de la OG 19 (ap. 11), el sistema de Seguridad Social «debe establecerse en el marco del derecho nacional, y las autoridades públicas deben asumir la responsabilidad de su administración o supervisión eficaz». El Comité añade que «los planes también deben ser sostenibles, incluidos los planes de pensiones, a fin de asegurar que las generaciones presentes y futuras puedan ejercer este derecho». En el ap. 46, el Comité observa que, «cuando los planes de Seguridad Social, ya sean contributivos o no contributivos, son administrados o controlados por terceras partes, los Estados partes conservan la responsabilidad de administrar el sistema nacional de Seguridad Social y asegurar que los agentes del sector privado no pongan en peligro un sistema de Seguridad Social en condiciones de igualdad suficiente, al alcance de todos y accesible». Y agrega: «Para impedir estos abusos, debe establecerse un sistema regulador eficaz, que incluya una legislación marco, una supervisión independiente, una auténtica participación pública y la imposición de sanciones en caso de incumplimiento».
103. *Vid.* SÁNCHEZ-URÁN (1995, pp. 59-60) y VALLE y RABANAL (2007, p. 13). Las SSTC 37/1994 y 129/1994 resaltan que el carácter público del sistema de Seguridad Social no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en su conjunto. *Vid.* ESCOBAR ROCA (2005, p. 59) acerca de la gestión privada de un servicio público, como forma de otorgamiento de los derechos de prestación.
104. *Vid.*, al respecto, SÁNCHEZ-URÁN (1995, pp. 35 y ss. y nota 23) y VALLE y RABANAL (2007, pp. 13-14).
105. *Vid.* la STC 37/1994.
106. VALLE y RABANAL, 2007, p. 14.
107. Tal y como destacan VALLE y RABANAL (*ibidem*), «si por mantener se interpreta que los

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

pla la Seguridad Social como una garantía institucional, esto es, como una institución reconocible socialmente por un contenido esencial indisponible, lo que impide su desmantelamiento o las modificaciones que varíen aquella esencia¹⁰⁸. El Tribunal Constitucional ha aceptado esa tesis, y ha precisado que la garantía institucional del sistema de Seguridad Social es compatible con la licitud de varios modelos posibles de protección¹⁰⁹.

Aplicado ese concepto a la Seguridad Social, se plantea el problema de saber si el artículo 41 CE reconoce derechos a los ciudadanos, o contiene, tan sólo, una garantía institucional¹¹⁰. A partir de los estudios de WOLFF y de SCHMITT¹¹¹, la protección constitucional de las instituciones de derecho público y de los institutos de derecho privado se analiza, en Alemania, mediante el concepto de la garantía institucional (*institutionelle- oder Einrichtungsgarantie*)¹¹². La categoría surgió para asegurar, de algún modo, la prioridad constitucional de algunos de los derechos fundamentales que reconocía la Constitución de Weimar. El Tribunal Constitucional alemán asumió el concepto, que ha acogido la doctrina española¹¹³. El núcleo dogmático de la teoría de la garantía institucional es una prohibición dirigida al legislador, para que no elimine o modifique de modo sustancial determinados institutos jurídicos de derecho privado, como el matrimonio o la propiedad, o instituciones

poderes públicos sólo pueden mejorar la protección que por medio del sistema se dispensa pero nunca reducirla, hay que apresurarse también a advertir que la CE no contiene algo así como un principio de irreversibilidad o consolidación del ámbito objetivo de la Seguridad Social por el mero transcurso del tiempo». Y es que no puede excluirse «que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar, o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento» (SSTC 65/1987 y 77/1995) y para garantizar así la viabilidad y eficacia del sistema (STC 37/1994).

108. Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO y GONZÁLEZ ORTEGA (1985, pp. 271 y ss.), LÓPEZ PINA (1996, p. 32), JIMÉNEZ CAMPO (1999, p. 132), APARICIO (2003, pp. 790 y ss.), DíEZ-PICAZO (2005, pp. 58 y 66) y OJEDA (2006, pp. 954 y ss.).
109. SSTC 37/1994 y 206/1997.
110. En lo que sigue, pongo al día algunas de las observaciones ya realizadas en SAGARDOY y GIL (2003, pp. 364-365), a propósito de la libertad de empresa como garantía institucional.
111. Vid. SCHMITT, 1992, pp. 175 y ss.
112. Vid. las referencias a la garantía institucional en ALEXY (1986, pp. 192 y ss., 236 y ss. y 468 y ss.) y, asimismo, el análisis crítico de HUFEN, 2007, pp. 61 y ss.
113. PAREJO (1981) introdujo la noción, cuyo uso ha criticado REY MARTÍNEZ (1994, pp. 220 y ss.). Vid. en JIMÉNEZ BLANCO (1991) y GALLEGO (1994) un análisis de las distintas posiciones doctrinales. Vid. también DíEZ-PICAZO (2005, pp. 58-59) y MUÑOZ MACHADO (2004, pp. 145 y ss.) sobre los diferentes tipos de normas constitucionales y, en particular, sobre las diferencias entre derechos y garantías.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

jurídicas de derecho público, como la autonomía municipal¹¹⁴. Si a la prohibición no corresponde ningún derecho del ciudadano, la protección es tan sólo objetiva. Si a la prohibición corresponden derechos del ciudadano, la protección es también subjetiva¹¹⁵.

Al valorar la corrección de la doctrina de la garantía institucional, debe tenerse en cuenta que, en la Ley fundamental y en la Constitución española, los derechos fundamentales vinculan al legislador y son, en consecuencia, derecho de validez inmediata¹¹⁶. Por eso, carece ya de sentido suponer que las instituciones de derecho público tan sólo están protegidas de forma objetiva frente al legislador, y es dable mantener que hay un derecho del ciudadano a la existencia de las mismas¹¹⁷. La garantía institucional es, ante todo, una construcción conservadora¹¹⁸. Si se examinan instituciones como el ma-

114. Según SCHMITT, puede distinguirse entre la garantía de instituto y la garantía institucional. La primera se refiere a la garantía de institutos de Derecho privado; la segunda vale para las instituciones de Derecho público.
115. *Vid.* ALEXY, 1986, pp. 237-238. SCHMITT (1992, p. 177) escribió: «Hay, pues, garantías institucionales con derechos subjetivos y sin ellos; también la protección jurídica y la posibilidad de hacer valer pretensiones está conformada de modo muy vario; pero a la esencia de la garantía institucional no le corresponde ni un derecho subjetivo, ni el mantenimiento de una vía jurídica».
116. *Vid.* el art. 1.3 LFB y el art. 9.1 CE y, en la doctrina, ALEXY (1986, p. 469) y HUFEN (2007, p. 62).
117. *Vid.* HUFEN (2007, pp. 62-63) y, con respecto a los institutos de Derecho privado, ALEXY, 1986, pp. 469 y ss. Según el último autor citado, el argumento principal para sostener un derecho subjetivo a la existencia de los institutos «es que numerosos derechos fundamentales presuponen conceptualmente la existencia de institutos jurídicos de derecho privado». En efecto, «sin normas sobre la propiedad no existe ninguna propiedad en sentido jurídico, sin normas sobre el matrimonio, ningún matrimonio en sentido jurídico». Por tanto, «un legislador que eliminase institutos jurídicos como los de la propiedad y el matrimonio privaría a los titulares de derechos fundamentales de algo a lo que tienen un derecho subjetivo» (ALEXY, 1986, p. 470). Quiere esto decir que «existe un derecho subjetivo a la vigencia de normas de derecho privado que son necesarias para que sea posible aquello que garantiza el derecho fundamental» (p. 471). En otro pasaje, ALEXY (p. 193) escribe que «la garantía jurídico-constitucional de la institución jurídica de la propiedad es subjetivizada en la medida en la que existen derechos individuales a la no eliminación de posiciones abstractas, que se refieren a la creación, a la finalización y a las consecuencias jurídicas de la posición del propietario». También señala que «el derecho del ciudadano frente al Estado de que éste no elimine una posición jurídica del ciudadano es, por lo tanto, un derecho a que el Estado no derogue determinadas normas» (p. 194).
118. *Vid.* HUFEN, 2007, pp. 61 y ss. El autor recoge tres razones para el escepticismo acerca de la conveniencia de utilizar el punto de vista de la garantía institucional: dado el tenor del art. 1.3 LFB y a diferencia de cuanto sucedía en tiempos de la República de Weimar, los derechos fundamentales no necesitan condensarse en garantías institucionales para gozar de una protección adecuada; el concepto pone el acento en la protección de la existencia y continuidad de la institución, tal y como se halla

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

trimonio, la familia, la cultura, la economía, la propiedad o la autonomía local, es patente que los derechos fundamentales desempeñan una doble función: protegen la libertad de los individuos en esos ámbitos, pero también, al mismo tiempo, la institución en cuanto tal, por lo que son, en ese sentido, garantías institucionales¹¹⁹. Pues bien: en un orden constitucional que se centra en los individuos, y no en las instituciones, el acento ha de ponerse en la libertad individual en y por medio de la institución, no en la libertad y en la protección de la institución¹²⁰. En definitiva, la finalidad protectora de la institución es siempre la del titular del derecho fundamental en la institución, no la institución en cuanto tal, de modo que la amenaza de la institución puede suponer una injerencia en los derechos fundamentales de carácter subjetivo¹²¹.

Viniendo ya al supuesto que nos ocupa, el artículo 41 CE otorga un derecho frente al Estado para que éste respete, proteja y realice la Seguridad Social como institución jurídica que otorga asistencia y prestaciones suficientes para hacer frente a las situaciones de necesidad. Frente al legislador, el derecho se refiere tanto a la vigencia de las normas sobre Seguridad Social, como a que tengan un determinado contenido¹²². En el ordenamiento español, la Constitución diseña un verdadero derecho constitucional a la Seguridad Social, aun cuando el artículo 41 CE imponga *prima facie* a los poderes públicos el deber de mantener un régimen público de Seguridad Social¹²³. En este sentido, debe tenerse en cuenta que, a diferencia de cuanto sucede en el artículo 41 CE, varios tratados internacionales invocan la Seguridad Social como un derecho del ciudadano.

En suma, el contenido normativo del derecho a la Seguridad Social vincula a los poderes públicos, que deben respetarlo, protegerlo y realizarlo, y

configurada en un momento histórico determinado, y no en el desarrollo y transformación de la misma, y, en fin, suscita el peligro de enfrentamiento entre la libertad individual e institucional, cuando lo más importante es la protección de la libertad del individuo en y por medio de la institución, no la protección de la institución en cuanto tal.

119. HUFEN, 2007, p. 62.

120. HUFEN, 2007, p. 63.

121. HUFEN, *ibidem*.

122. *Vid.*, con carácter general, ALEXU, 1986, p. 468.

123. PALOMEQUE, 1980, p. 336. Asimismo, LÓPEZ PINA (1996, pp. 31-32) considera que existe un derecho a la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo, que acompaña a la garantía institucional en cuya virtud los poderes públicos deben mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos. *Vid.* ESCOBAR ROCA (2005, pp. 43-44) acerca de los mandatos a los poderes públicos, como concreción del principio del Estado social.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

confiere a los ciudadanos derechos que se traducen, a su vez, en deberes concretos de acción o de abstención de los poderes públicos o de los particulares, que pueden ejercitar ante los jueces y tribunales, bien de forma directa, bien con el alcance que establezcan las leyes. Como todos los derechos sociales, el derecho a la Seguridad Social es de realización progresiva. Y así, junto a posiciones jurídicas que derivan directamente del reconocimiento constitucional del derecho, como las relativas a la no discriminación en el otorgamiento de las prestaciones (art. 41 CE en conexión con el art. 14 CE), otras sólo pueden alegarse de acuerdo con lo que dispongan las disposiciones legales y reglamentarias de desarrollo.

Del carácter público del sistema de Seguridad Social, y de la atribución de su mantenimiento a los poderes públicos, puede derivarse uno de los principios que lo informan, y que goza de tradición en nuestro derecho: el principio de solidaridad¹²⁴. El principio lo mencionaba la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad¹²⁵, y lo han recogido el artículo 2.1 de la vigente LGSS y algunos Estatutos de Autonomía. Por otra parte, en la CDF, la Seguridad Social se incluye entre los derechos de solidaridad. La manifestación básica de la solidaridad que fundamenta el derecho de la Seguridad Social la encontramos en la finalidad redistributiva de las normas que lo estructuran. La redistribución opera en tres niveles diferentes: con respecto a los sujetos protegidos, redistribuyendo sus recursos y los de su familia a lo largo de la vida; con respecto a los trabajadores actuales, redistribuyendo los recursos entre quienes los tienen en un período determinado, y quienes no los tienen en ese mismo período, y respecto de las generaciones venideras, previendo que éstas atiendan las necesidades futuras de las generaciones presentes –fin que se canaliza a través de la imposición del sistema de reparto–¹²⁶. En consecuencia, parece lógico concluir que el principio de solidaridad quede conectado a la Seguridad Social entendida como garantía institucional¹²⁷.

La solidaridad no es un molde vacío de contenido, sino un verdadero

124. *Vid.* SAGARDOY (1970, p. 16), RODRÍGUEZ-PINERO y GONZÁLEZ ORTEGA (1985, pp. 278-279), APARICIO (2003, p. 794), ALARCÓN (2005, pp. 24 y ss.) y VALLE y RABANAL (2007, pp. 14-15) y, en el Derecho francés, LABORDE (2005, pp. 9 y ss.). ALONSO OLEA y TORTUERO (2002, p. 38) definen el derecho de la Seguridad Social como un «conjunto integrado de medidas públicas de ordenación de un sistema de solidaridad para la prevención y remedio de riesgos personales».

125. La exposición de motivos de la Ley recordaba que «sin acudir a la solidaridad nacional ante las situaciones y contingencias protegidas, la Seguridad Social no pasa de ser artificio técnico sin verdadera raíz comunitaria».

126. *Vid.*, con detalle, ALONSO OLEA y TORTUERO (2002, p. 37) y SÁNCHEZ-URÁN (1995, pp. 127-128).

127. *Vid.* SÁNCHEZ-URÁN (1995, pp. 127-128) y VALLE y RABANAL (2007, p. 15).

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

principio jurídico, que se desarrolla a través de distintas técnicas¹²⁸ y, en concreto, la consideración conjunta de las contingencias y la ruptura del sinalagma entre las aportaciones de los sujetos protegidos o beneficiarios y las potenciales prestaciones, que se hace particularmente evidente en las prestaciones en especie. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha declarado que una exigencia esencial del principio de solidaridad es «el sacrificio de los intereses de los más favorecidos frente a los más desamparados con independencia, incluso, de las consecuencias puramente económicas de esos sacrificios»¹²⁹.

4.2. RÉGIMEN ABIERTO A TODOS LOS CIUDADANOS

La CE exige a los poderes públicos que desarrollen un régimen en el que se tienda a la protección social de todos los ciudadanos. Existe una vocación o tendencia universalista en el precepto constitucional¹³⁰. La Constitución demanda a los poderes públicos que superen, como ámbito de protección, el marco de los trabajadores dependientes o autónomos¹³¹. El artículo 41 CE culmina una tendencia evolutiva constante, que muta incluso los planteamientos originarios del sistema de previsión: de hallarse anclado, en un primer momento, en una finalidad eminentemente defensiva, que conllevaba la limitación de la protección a unos círculos personales conflictivos, como los indigentes, los proletarios o los asalariados, pasa a convertirse en un instrumento objetivo de obtención de la igualdad material¹³². El ideal último y básico de la Seguridad Social es la universalidad personal de la cobertura. Sólo a través de formas de protección no contributiva puede organizarse adecuadamente una extensión de las prestaciones sociales a todos los ciudadanos.

Que todos los ciudadanos sean los beneficiarios potenciales de la Seguridad Social, no significa que deba operarse un cambio revolucionario en la legislación. La CE indica el camino que ha de seguirse, pero no impone un ritmo concreto. Tal circunstancia explica que el presente Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, mantenga la estructura profesional del sistema

128. VALLE y RABANAL, 2007, p. 15.

129. STC 134/1987.

130. RODRÍGUEZ-PIÑERO (1988, p. 3), ALARCÓN y GONZÁLEZ ORTEGA (1991, p. 48), SÁNCHEZ-URÁN (1995, p. 40), ALARCÓN (1999, pp. 72 y ss.) y OJEDA (2006, pp. 951 y ss.).

131. SÁNCHEZ-URÁN, 1995, p. 43.

132. *Id.* RODRÍGUEZ-PIÑERO y GONZÁLEZ ORTEGA (1985, pp. 277-278). También MONTROYA (1980, p. 297) destaca que el art. 41 CE no crea *ex novo* un programa de política social y económica hasta ahora inexistente, sino que amplía, en rigor, una tendencia previa.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

vigente con anterioridad a 1978¹³³; pero también explica que extienda el número de beneficiarios de las prestaciones, a través del reconocimiento de dos niveles de protección social, contributivo o no contributivo, o la exclusión de su seno de la asistencia sanitaria, que se aspira a hacer extensiva a toda la población.

No debe confundirse la universalidad subjetiva con la extensión de la acción protectora de la Seguridad Social¹³⁴. Una cosa es el número de personas a las que protege el sistema, y otra la protección que cada uno merece u obtiene. En este punto, la CE no impone una protección única o uniforme para todos y cada uno de los ciudadanos, aunque tampoco la impida. En suma, que el régimen de Seguridad Social sea para todos los ciudadanos, no significa que deba ser igual para todos. Sin incurrir en la tacha de inconstitucionalidad, el derecho de la Seguridad Social puede distinguir entre unos ciudadanos y otros. Es más, las diferencias pueden venir impuestas por el principio de igualdad real (art. 9.2 CE). Con todo, a lo dispuesto en el artículo 41 CE le es aplicable lo previsto en otros preceptos constitucionales y, en particular, en el artículo 14 CE, que recoge los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación, y exige que la ley sea igual para todos, salvo que exista un motivo objetivo y razonable.

En virtud de los compromisos internacionales asumidos por España, y aunque el derecho a la Seguridad Social es aplicable a todos, los poderes públicos deben prestar una atención especial a las personas que, tradicionalmente, han tenido dificultades para ejercer el derecho y, en particular, las mujeres, los desempleados, los trabajadores insuficientemente protegidos por la Seguridad Social, las personas que trabajan en el sector no estructurado, los trabajadores enfermos o lesionados, las personas con discapacidad, las personas de edad, los niños y adultos a cargo, las personas que trabajan en su domicilio, los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos, los repatriados, los no nacionales, los presos y los detenidos¹³⁵.

4.3. ASISTENCIA Y PRESTACIONES SOCIALES SUFICIENTES

El régimen público de Seguridad Social garantiza asistencia y prestaciones sociales. Las mismas pueden ser económicas (pensiones, indemnizaciones) o en especie (asistencia sanitaria, servicios sociales). La asistencia y prestaciones sociales que garantiza la Seguridad Social tienden a dotar a quien lo necesita, verdaderamente o incluso de forma presunta, de un equivalente

133. *Vid.*, sobre todo, los arts. 7, 9 y 10.

134. Seguimos a VALLE y RABANAL, 2007, p. 16.

135. OG 19, aps. 31 y ss.

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

de las rentas o bienes que habría podido obtener si le hubiese sido factible realizar una actividad productiva o hacer posible que las genere, ofreciéndole asistencia sanitaria¹³⁶.

Económicas o en especie, la asistencia y las prestaciones sociales deben ser suficientes, en términos de importe y duración, a fin de que todos puedan llevar una vida digna¹³⁷. La suficiencia se mide confrontando las prestaciones que otorga el sistema con la garantía de los derechos fundamentales de las personas, y es diferente, según se refiera al nivel contributivo o no contributivo. En el primero, además de las circunstancias políticas, económicas y sociales del país, los poderes públicos deben tener en cuenta la proporcionalidad con la cotización¹³⁸. Es posible utilizar distintos métodos para determinar si las prestaciones son suficientes, y es importante que los criterios se revisen de forma periódica, para asegurar que los beneficiarios puedan obtener los bienes y servicios que necesitan para realizar los derechos fundamentales¹³⁹.

4.4. PROTECCIÓN FRENTE A SITUACIONES DE NECESIDAD

La asistencia y prestaciones sociales suficientes deben otorgarse en situaciones de necesidad, que nacen de la imposibilidad de generar rentas laborales¹⁴⁰. La referencia a las situaciones de necesidad no debe hacernos pensar que sólo tiene derecho a la protección de la Seguridad Social quien ha caído en la indigencia o en la pobreza¹⁴¹. La CE no excluye la existencia de una protección especializada para los trabajadores, ajustada a los riesgos propios de su actividad¹⁴². No impide la existencia de un nivel profesional de protección. Puede deducirse del propio artículo 25.2 CE un vínculo entre el trabajo y los beneficios correspondientes a la Seguridad Social. Por lo demás, que la CE se refiera en plural a las situaciones de necesidad, no es incompatible con el recurso a un cierto grado de abstracción en las normas que regulan la Seguridad Social, que lleve a contemplar entre ellas, como base sobre la que se construye el otorgamiento de las prestaciones, a situaciones de necesidad presuntas, como la del huérfano menor de una cierta edad o la de la persona mayor que cumple otra¹⁴³.

136. VALLE y RABANAL, 2007, p. 9. La STC 239/2002 precisa que las necesidades se establecen legalmente de manera objetiva y no se exige, en la modalidad contributiva, la prueba de recursos para la obtención de la prestación por parte del beneficiario.

137. OG 19, ap. 22.

138. SÁNCHEZ-URÁN, 1995, pp. 47 y ss.

139. OG 19, ap. 22.

140. VALLE y RABANAL, 2007, p. 9.

141. VALLE y RABANAL, 2007, p. 17.

142. VALLE y RABANAL, *ibidem*.

143. VALLE y RABANAL, *ibidem*.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

La utilización de la expresión situaciones de necesidad en el artículo 41 CE, con una alusión específica al desempleo, puede entenderse como una alusión indirecta al «ideal de cobertura» mantenido hoy por nuestra Seguridad Social, de acuerdo con las normas internacionales básicas sobre la materia y, en especial, con el Convenio número 102 de la OIT. En tal caso, el término situaciones de necesidad es sinónimo de riesgos o contingencias¹⁴⁴. Por ideal de cobertura del sistema de Seguridad Social se entiende el conjunto de prestaciones por determinados riesgos que lo hacen reconocible, y sin el cual se convertiría en una mera colección de seguros. En concreto, son riesgos que componen el ideal apuntado: el accidente personal, la enfermedad, la maternidad, la invalidez, la vejez, la muerte, el paro y las cargas familiares¹⁴⁵. El ideal de cobertura parece que se ha estabilizado hace tiempo, al menos por lo que se refiere a las prestaciones económicas del sistema, aunque no tanto por lo que hace a las prestaciones en especie, esto es, las sanitarias y los servicios sociales, cuyo desarrollo, incluso (o especialmente) en épocas de crisis, e impulsado por las ideologías más diversas, parece constante¹⁴⁶. Recientemente, se ha juzgado conveniente considerar la dependencia como un riesgo digno de protección. Según indica su exposición de motivos, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, configura las prestaciones y servicios que otorga como «una nueva modalidad de protección social que amplía y complementa la acción protectora del Estado y del Sistema de la Seguridad Social».

Utilizando la misma técnica que otros textos normativos, la CE contempla en otros preceptos la protección de contingencias concretas que afectan a ciertos colectivos, como las personas discapacitadas (art. 49 CE) o mayores (art. 50 CE). Tales contingencias pueden ser objeto de protección por medio de la Seguridad Social, o por medidas varias de política social. De ellas tam-

144. SÁNCHEZ-URÁN, 1995, p. 45.

145. *Vid.*, p. ej., OIT (2001, ap. 15) y OG 19, aps. 12 y ss. En nuestro Derecho, el cuadro general de las prestaciones lo establecen los arts. 38, 86 y 114 LGSS. *Vid.* en ALARCÓN (1999, pp. 108 y ss.) una síntesis y en VALLE y RABANAL (2007, pp. 105 y ss.) una exposición sistemática del contenido de la acción protectora de la Seguridad Social. *Vid.* los trabajos de GARCÍA NINET y VICENTE (2003), MALDONADO (2002 y 2003), CAVAS y FERNÁNDEZ ORRICO (2003) y TORTUERO y PANIZO (2003) acerca de la incapacidad temporal y la incapacidad permanente, la jubilación, la protección social por desempleo y la protección por muerte y supervivencia. Sobre la jubilación, *vid.* también el tratado de LÓPEZ CUMBRE (coord.) (2007). *Vid.* los Informes del Defensor del Pueblo (2007, pp. 461 y ss. y 2008, pp. 694 y ss.) acerca de las quejas en relación con las prestaciones de incapacidad temporal y permanente, jubilación, supervivencia y desempleo.

146. *Vid.* VALLE y RABANAL, 2007, p. 17, y los autores que citan.

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

bién pueden ocuparse las normas propias de otras ramas del ordenamiento jurídico, como las civiles o las administrativas¹⁴⁷.

4.5. SEGURIDAD SOCIAL COMPLEMENTARIA

Según el artículo 41 CE, la asistencia y las prestaciones complementarias del régimen público de Seguridad Social serán libres¹⁴⁸. Del inciso se deducen dos consecuencias¹⁴⁹:

En primer lugar, una vez garantizada la protección en las situaciones de necesidad que componen el ideal de cobertura, el régimen público de Seguridad Social puede ofrecer a los ciudadanos prestaciones complementarias, cuya aceptación quede a su entera voluntad. Tal sucede, por ejemplo, con la enfermedad de breve duración en el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos (RETA).

En segundo término, el ordenamiento jurídico debe franquear a los particulares la posibilidad de pactar o crear prestaciones privadas que complementen las prestaciones públicas o cubran las contingencias no protegidas por ellas. En la CE, libre no es sinónimo de privado, ni en ella lo privado se opone a lo público: el término libre no se contrapone tanto a público como a obligatorio o, dicho de otro modo, no equivale a privado, sino a voluntario o no obligatorio¹⁵⁰. Ahora bien, en ningún caso es posible interpretar la referencia constitucional a las prestaciones complementarias libres como una vía para privatizar el sistema público de Seguridad Social. Tal interpretación iría en contra de lo dispuesto en el artículo 41 CE considerado en su totalidad.

Integran la Seguridad Social complementaria las mejoras voluntarias de la Seguridad Social y los planes y fondos de pensiones¹⁵¹.

4.6. NIVELES DE PROTECCIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Partiendo de la distinción básica entre el régimen público de Seguridad Social y las prestaciones complementarias libres, el sistema de protección social se estructura en dos bloques:

En primer lugar, un régimen público, obligatorio, mínimo o básico, que otorga prestaciones suficientes, y se halla integrado por un nivel contributivo,

147. VALLE y RABANAL, 2007, p. 18.

148. Vid. PÉREZ (1985), SÁNCHEZ-URÁN y AGUILERA (2003), AGUILERA, BARRIOS y SÁNCHEZ-URÁN (2005) y OJEDA (2006, pp. 966 y ss.).

149. VALLE y RABANAL, 2007, p. 18.

150. Vid. SÁNCHEZ-URÁN (1995, p. 64) y los autores que cita.

151. Vid., sobre el particular, VALLE y RABANAL, 2007, pp. 223 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

de ámbito profesional y de naturaleza contributiva, y por un nivel no contributivo, de ámbito universal y naturaleza asistencial¹⁵².

En segundo lugar, un régimen público y/o privado, libre o voluntario, de ámbito universal y/o profesional y complementario¹⁵³. Es una protección adicional a la otorgada suficientemente por el régimen público, de la que podrán beneficiarse los ciudadanos que así lo deseen y estén en condiciones de hacerlo.

5. SUJETOS

5.1. TITULARES

La referencia constitucional a los ciudadanos no puede entenderse como una limitación personal de la Seguridad Social española a los nacionales de nuestro país. En realidad, la Seguridad Social protege a los residentes en España¹⁵⁴.

En el nivel contributivo, se hallan comprendidos los españoles o extranjeros que residan en España y ejerzan una actividad profesional en el territorio nacional. En efecto, según el artículo 7.1 LGSS, a efectos de las prestaciones de carácter contributivo, están comprendidos en el sistema de Seguridad Social todos los españoles y extranjeros comunitarios que residan en España cuando reúnan los siguientes requisitos adicionales: por un lado, ejercer su actividad en el territorio nacional y, por otro, pertenecer a alguno de los siguientes colectivos laborales: trabajadores por cuenta ajena y dependientes de las distintas ramas de la actividad económica, sin que importe la modalidad de su contrato de trabajo, mayores de dieciséis años; trabajadores por cuenta propia o autónomos mayores de dieciocho años; socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado; funcionarios públicos civiles y militares y estudiantes. Así pues, para ser sujeto potencial beneficiario de las prestaciones contributivas, la primera nota básica es realizar una labor productiva, bien por cuenta ajena o por cuenta propia (el caso de los estudiantes es, en realidad, una excepción) y la segunda, que admite salvedades, llevarla a cabo en el territorio nacional¹⁵⁵. Por su parte, los trabajadores extranjeros no co-

152. El Tribunal Constitucional ha declarado que, al configurarse como una función del Estado, el sistema de Seguridad Social permite incluir en su ámbito no sólo a las prestaciones de carácter contributivo, sino también a las no contributivas (STC 239/2002).

153. Según señala la STC 208/1998 se suprime la garantía del Estado sobre las prestaciones complementarias.

154. SÁNCHEZ-URÁN, 1995, p. 43, nota 37.

155. STC 77/1995.

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

munitarios tendrán acceso a las prestaciones en su modalidad contributiva cuando residan o se encuentren legalmente en España (art. 7.1 LGSS). Con todo, la aplicación de esta regla general admite excepciones, que vienen avaladas, por lo demás, por un buen número de convenios internacionales, que extienden la protección del sistema de Seguridad Social incluso a los trabajadores ilegales. Pueden verse, por ejemplo, los Convenios 19 y 143 de la OIT, así como la Recomendación 151 de la OIT.

En este sentido, tras las modificaciones que han introducido las Leyes Orgánicas 14/2003, de 20 de noviembre, y 2/2009, de 11 de diciembre, el artículo 36.5 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LE), dispone que, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, la carencia de la correspondiente autorización de residencia y trabajo no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será un obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. El precepto añade que, en todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo. Y concluye que, salvo los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero. Ha concretado el alcance de esta previsión el artículo 42.2 del Real Decreto 84/1986, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores. En virtud de la norma reglamentaria, y como criterio general, los trabajadores por cuenta ajena extranjeros de los países que hayan ratificado el Convenio n° 19 de la OIT, de 5 de junio de 1925, que presten sus servicios sin encontrarse legalmente en España y sin autorización para trabajar o documento que acredite la excepción a la obligación de obtenerla, se considerarán incluidos en el sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda, a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Ello se entiende sin perjuicio de la aplicación, a los mismos efectos de protección, del principio de reciprocidad expresa o tácitamente reconocida. Asimismo, los extranjeros que, precisando de autorización administrativa previa para trabajar, desempeñen una actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el sistema, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones, de acuerdo con lo establecido en la ley¹⁵⁶.

156. *Vid.*, al respecto, VALLE y RABANAL, 2007, pp. 32-33.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

En el nivel no contributivo, y según establece el artículo 7.3 LGSS, están comprendidos en el sistema de Seguridad Social todos los españoles residentes en territorio nacional. Así pues, las notas básicas que caracterizan al potencial beneficiario de las prestaciones no contributivas son ostentar la nacionalidad española y residir en territorio español. Por lo que hace a los extranjeros, los ciudadanos de los países de la Unión Europea que residan en España se asimilan a los españoles a todos los efectos. También se equiparan a los españoles los hispanoamericanos, brasileños, andorranos y filipinos que residan en territorio español. Los restantes extranjeros se benefician de la protección del sistema en su nivel no contributivo si así se dispone en los tratados, convenios o acuerdos ratificados al efecto, o cuando así proceda en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida (art. 7.5 LGSS). Por tanto, debe contrastarse con lo dispuesto en el artículo 7.5 LGSS la declaración del artículo 10.1 LE, que establece, sin excepción, que los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esa ley orgánica tendrán derecho al acceso al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente¹⁵⁷.

5.2. OBLIGADOS

De acuerdo con el mandato constitucional, corresponde al Estado la regulación, dirección y gestión del sistema de Seguridad Social. En España, es tradición que los órganos centrales del Estado se reserven las competencias normativa y fiscalizadora sobre el sistema, y que atribuyan la gestión directa a las llamadas entidades gestoras de la Seguridad Social, que se ocupan de recaudar las cotizaciones destinadas a financiarlo, y a reconocer y otorgar las prestaciones correspondientes. Las entidades gestoras son organismos estatales autónomos, sujetos al derecho administrativo, cuya actividad controlan determinados ministerios, como los de Empleo y Seguridad Social o Economía.

Según el artículo 57.1 y la disposición adicional decimonovena de la LGSS, las entidades gestoras de la Seguridad Social son¹⁵⁸: el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), con competencia en materia de gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema, a excepción de las que corresponden al IMSERSO y al Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE, antiguo INEM); el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGS), sucesor del antiguo INSALUD –que desapareció con la transferencia de las competencias estatales en materia de salud a las Comunidades Autónomas–,

157. Subrayan esta circunstancia VALLE y RABANAL, 2007, p. 34.

158. VALLE y RABANAL, 2007, pp. 49-50.

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

y que gestiona las prestaciones sanitarias en Ceuta y Melilla; el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO), que gestiona las prestaciones de invalidez y jubilación no contributivas, así como los servicios sociales complementarios del sistema de la Seguridad Social y los planes, programas y servicios de ámbito estatal para personas mayores y para personas con dependencia, y el Instituto Social de la Marina (ISM), que gestiona el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores del mar. También gestiona el sistema, proporcionando un servicio común a las entidades mencionadas, la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), que tiene personalidad jurídica propia. En ella se unifican todos los recursos financieros de la Seguridad Social, por aplicación de los principios de solidaridad financiera y caja única. Sus competencias son muy importantes, y han ido aumentando con el tiempo. Se extienden a la realización de los actos de encuadramiento (inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de los trabajadores), necesarios para establecer las relaciones jurídicas de Seguridad Social, y a la liquidación y recaudación de los derechos económicos (recaudación de cuotas por cotizaciones debidas a la Seguridad Social)¹⁵⁹. Asimismo, debe considerarse como entidad gestora de la Seguridad Social el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE, antiguo INEM), en cuanto tiene a su cargo, por lo que respecta al sistema de Seguridad Social, la protección económica de los desempleados y la cotización en su nombre (art. 226 LGSS)¹⁶⁰.

El Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social, de 9 de abril de 2001, prevé la creación de una Agencia de la Seguridad Social¹⁶¹. En concreto, en el apartado IX, el Acuerdo señala que la actual estructura organizativa de la Seguridad Social, que supuso una indudable mejora frente a los esquemas de gestión anteriores, no responde adecuadamente a los nuevos planteamientos que se derivan de la realidad actual. Por eso, resulta conveniente llevar a la práctica el contenido de la recomendación 7ª del Pacto de Toledo, mediante la constitución de una Agencia de la Seguridad Social, que logre una integración orgánica y funcional de las funciones de afiliación y recaudación y de gestión de prestaciones. A tal fin, el Gobierno se compromete, previa consulta con las organizaciones sociales, en el plazo máximo de un año a remitir a las Cortes Generales el Proyecto de Ley de creación de la Agencia de la Seguridad Social, a fin de que la gestión y administración de la Seguridad Social se lleve a cabo con sujeción a principios de simplificación, racionalización, economía de costes y eficacia social,

159. *Vid.* VALLE y RABANAL (2007, pp. 58-59) acerca del protagonismo de la Tesorería General de la Seguridad Social en los actos de encuadramiento a la Seguridad Social.

160. VALLE y RABANAL, 2007, p. 50. *Vid.*, no obstante, la STC 124/1989, FJ 8.

161. *Vid.* LÓPEZ GARCÍA (2001) y DURÁN (2002) acerca de este Acuerdo.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

además de descentralización funcional. Conviene recordar que la recomendación 7ª del Pacto de Toledo, sobre integración de la gestión, habla de reafirmar la eficacia gestora del sistema, a través de una mayor integración orgánica de las funciones de afiliación, recaudación y de gestión de prestaciones, que facilite nuevos avances en ese ámbito. Durante años, los sucesivos Gobiernos no cumplieron ese compromiso del Acuerdo de 9 de abril de 2001, de gran trascendencia para la mejora de la gestión del sistema de Seguridad Social. Pues bien, la disposición adicional séptima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, prevé ya la constitución de una Agencia Estatal de la Seguridad Social.

El ordenamiento jurídico español admite que determinadas personas físicas y jurídicas colaboren con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, en el ámbito de las prestaciones que otorga el sistema. Son las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social; las empresas e, incluso, las asociaciones, fundaciones y entidades públicas y privadas que figuren inscritas precisamente como colaboradoras en el correspondiente registro establecido *ad hoc* (art. 67 LGSS). La colaboración en la gestión de prestaciones por parte de entidades privadas se adecua más a los sistemas de Seguridad Social profesionales, cuya financiación depende de las aportaciones empresariales, y cuya acción protectora se basa en riesgos específicos propios del trabajo dependiente. Puede obedecer a razones históricas, prácticas o técnicas. Y, en principio, no puede analizarse como una suerte de privatización de la Seguridad Social, sino más bien como un conjunto de técnicas para garantizar la eficacia administrativa y gestora del sistema¹⁶².

6. INTERVENCIONES Y LÍMITES

Desde el punto de vista del derecho internacional, y al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la Seguridad Social impone a los Estados

162. *Vid.*, con detalle, VALLE y RABANAL (2007, pp. 50 y ss.). Con cita de la STC 37/1994, dichos autores señalan que todo depende de la relevancia que llegue a tener la colaboración en la gestión en el conjunto del régimen público de Seguridad Social, y de si avanza hasta poner en cuestión su titularidad pública. Y concluyen que «si esta titularidad pública se mantiene se manifiesta a través de la asunción por el Estado del control sobre sus colaboradores y a través de la garantía de las prestaciones de Seguridad Social en todo caso» (p. 51). Por su parte, ALARCÓN (1999, pp. 63-64) expresa perplejidad por la pervivencia de la técnica de la colaboración en la gestión de la Seguridad Social.

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

las obligaciones de respetar, proteger y realizar el derecho¹⁶³. Al determinar qué acciones u omisiones equivalen a una violación del derecho a la Seguridad Social, es importante distinguir entre la incapacidad y la renuencia del Estado a cumplir sus obligaciones. Al respecto, el artículo 2.1 PIDESC obliga a cada Estado a tomar las medidas necesarias «hasta el máximo de los recursos de que disponga». Para que el Estado pueda atribuir el incumplimiento de las obligaciones mínimas derivadas del derecho a la Seguridad Social a la falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha hecho todo lo que está a su alcance para utilizar todos los recursos a su disposición, en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas. Por tanto, viola las obligaciones que ha contraído, en virtud de normas internacionales como el PIDESC, el Estado que no esté dispuesto a utilizar al máximo los recursos de que dispone para hacer efectivo el derecho a la Seguridad Social. Si la limitación de recursos imposibilita el cumplimiento pleno por el Estado de las obligaciones que le impone el Pacto, el Estado tendrá que justificar, no obstante, que ha hecho lo que está a su alcance por utilizar todos los recursos de que dispone para cumplir, de forma prioritaria, las obligaciones generales y particulares que derivan del derecho a la Seguridad Social.

Las violaciones del derecho a la Seguridad Social pueden producirse mediante actos de comisión, consistentes en la acción directa del Estado o de otras entidades que no estén suficientemente reglamentadas por los Estados. Las violaciones pueden consistir, por ejemplo, en la adopción de medidas deliberadamente regresivas, incompatibles con las obligaciones básicas; en la revocación o la suspensión formal de la legislación necesaria para seguir disfrutando del derecho a la Seguridad Social; en el apoyo activo a medidas adoptadas por terceras partes que sean incompatibles con el derecho a la Seguridad Social; en el establecimiento de condiciones de admisibilidad diferentes para las prestaciones de asistencia social destinadas a las personas desfavorecidas y marginadas en función del lugar de residencia; o en la denegación activa de los derechos de las mujeres o de determinados grupos o personas. Las violaciones por actos de omisión pueden ocurrir cuando el Estado no adopta medidas suficientes y apropiadas para garantizar el ejercicio del derecho a la Seguridad Social. Entre tales violaciones, figuran: el no adoptar medidas apropiadas para lograr el pleno ejercicio por todos del derecho a la Seguridad Social; la no aplicación de la legislación pertinente o de las políticas destinadas a garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la Seguridad Social; el no garantizar la sostenibilidad financiera de los planes de pensiones; el no reformar o derogar la legislación manifiestamente incom-

163. *Vid.* OG 19, aps. 43 y ss. *Vid.* también AMNISTÍA INTERNACIONAL (2005, pp. 40 y ss.) acerca de las obligaciones previstas en el Derecho internacional.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

patible con el derecho a la Seguridad Social; la no regulación de las actividades de determinados grupos o personas para impedirles que violen los derechos económicos, sociales y culturales; el no suprimir con prontitud los obstáculos que el Estado Parte tiene la obligación de eliminar para permitir el ejercicio inmediato de un derecho garantizado; el no cumplir sus obligaciones básicas; o el hecho de que el Estado no tenga en cuenta sus obligaciones internacionales al celebrar acuerdos bilaterales o multilaterales con otros Estados, organizaciones internacionales o empresas multinacionales¹⁶⁴.

En el derecho interno, la ley exige unos requisitos generales para el acceso a las prestaciones contributivas. Además de un período de cotización o carencia, es también un requisito general estar afiliado y en alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social¹⁶⁵. La ley condiciona también el acceso a las prestaciones no contributivas a la concurrencia de determinados requisitos. De acuerdo con la teoría general de las prestaciones de la Seguridad Social, las mismas están sujetas a restricciones, como la existencia de topes máximos¹⁶⁶ o la incompatibilidad entre las pensiones¹⁶⁷.

El Tribunal Constitucional ha admitido la constitucionalidad de ciertas medidas adoptadas por el legislador para racionalizar los gastos de la Seguridad Social, tales como la incompatibilidad entre la pensión de jubilación y el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad retribuida en las Administraciones públicas¹⁶⁸, la incompatibilidad de las pensiones entre sí¹⁶⁹, el establecimiento de topes máximos a la cuantía de las mismas¹⁷⁰ o la obligación de abono por parte del empresario, sin la posibilidad de descontar el pago de sus cotizaciones, de la prestación por incapacidad temporal derivada de enfermedad común y accidente no laboral entre los días cuarto y decimoquinto¹⁷¹. En general, el Tribunal Constitucional ha afirmado la constitucio-

164. Los aps. 64 y 65 de la OG 19.

165. *Vid.* el art. 124 LGSS y, en la doctrina, MONTROYA (dir.) (2005, p. 278) y VALLE y RABANAL (2007, pp. 118-119). Existen mecanismos para suavizar la concurrencia de los requisitos, tales como la eliminación del requisito de alta y de la carencia en algunos casos, o como la contemplación de determinadas situaciones asimiladas al alta. *Vid.* BARRIOS (1997) acerca de las situaciones asimiladas al alta y GALA (1997) sobre la responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta o cotización a la Seguridad Social.

166. Art. 47 LGSS.

167. *Vid.* el art. 122 LGSS y, en la doctrina, RON (2000).

168. SSTC 65/1987, 188/1988 y 65, 66 y 67/1990, y SÁNCHEZ-URÁN, 1995, pp. 91-92.

169. STC 103/1984 y SÁNCHEZ-URÁN, 1995, pp. 113-114.

170. STC 134/1987 y BORRAJO (1991, pp. 1497-1498) y SÁNCHEZ-URÁN (1995, pp. 92-93 y 113).

171. SSTC 37/1994 y 129/1994. Sobre el particular, *vid.* SÁNCHEZ-URÁN, 1995, pp. 60 y ss.

nalidad de los requisitos legales, a veces muy rigurosos, para acceder a las prestaciones¹⁷².

7. GARANTÍAS

En el plano del Derecho internacional, de conformidad con el artículo 2.1 PIDESC, los Estados Partes deberán recurrir a «todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas», para dar cumplimiento a las obligaciones dimanantes del Pacto, entre las que se hallan las relativas al derecho a la Seguridad Social. El Estado tiene un margen de discreción para determinar qué medidas son las más convenientes para hacer frente a sus circunstancias específicas. No obstante, el Pacto impone claramente al Estado la obligación de adoptar las medidas necesarias para que toda persona disfrute del derecho a la Seguridad Social lo antes posible.

De acuerdo con los instrumentos de Derecho internacional, las víctimas de las violaciones del derecho a la Seguridad Social deben tener derecho a una reparación adecuada, que puede consistir en una restitución, indemnización, satisfacción o la garantía de que no se repetirán los hechos¹⁷³.

Ya en el Derecho interno, y según dispone el artículo 53.3 CE, el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios rectores de la política social y económica informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y sólo podrán alegarse ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen¹⁷⁴. Aun así, como el resto de disposiciones de la CE, el artículo 41 CE es una verdadera norma¹⁷⁵. Vincula al legislador en un doble sentido: impone la

172. Así, p. ej., la exigencia de un período mínimo de cotización (STC 13/1984), el cumplimiento de los actos constitutivos de la relación jurídica (STC 189/1987 y las que siguen su doctrina) o las condiciones o exigencias para acceder a una determinada prestación (STC 119/1987 y ATC 404/1988). Al respecto, *vid.* SÁNCHEZ-URÁN, 1995, pp. 80 y ss.

173. OG 19, ap. 77.

174. *Vid.* Díez-PICAZO (1996), JIMÉNEZ CAMPO (1996 y 1999, pp. 121 y ss.) y RIVERO (2002).

175. Como se sabe, GARCÍA DE ENTERRÍA (1983) ha mantenido que toda la Constitución tiene valor normativo inmediato y directo. Según las SSTC 240/1999, FJ 4; 95/2000, FJ 5, y 203/2000, FJ 4, la violación de estos preceptos está abierta al recurso de inconstitucionalidad, pues estos principios informadores, como la entera norma constitucional, son normas jurídicas superiores (finalistas o de programación final que, además, contienen mandatos al legislador, principios de igualdad y garantías institucionales), que vinculan a todos los poderes públicos (art. 9.1 CE), y no «meras normas sin contenido», por lo que su desconocimiento (de los bienes o valores constitucionalmente relevantes que consagran) por las resoluciones judiciales dictadas, en aplicación de las leyes, las hace incurrir en la falta de justificación y razonabilidad vulneradora del art. 24.1 CE.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

emanación de las disposiciones legislativas necesarias para alcanzar el fin perseguido por el precepto, y prohíbe legislar en sentido contrario a lo en él establecido. En su caso, puede utilizarse la vía del recurso de inconstitucionalidad [art. 161.1.a) CE]¹⁷⁶. En el caso de los condenados a pena de prisión que estén cumpliendo la misma, el derecho a los beneficios correspondientes a la Seguridad Social es objeto de una tutela constitucional plena y reforzada, al revestir el carácter de un derecho fundamental y libertad pública (art. 25.2 CE). Tales ciudadanos podrán recabar la tutela jurisdiccional del derecho ante los tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE).

El alcance y el contenido concreto de los derechos de los ciudadanos, en el ámbito de la Seguridad Social, vienen determinados fundamentalmente en la LGSS y en sus normas de desarrollo¹⁷⁷. Aun así, los jueces y tribunales pueden juzgar los casos de violaciones del derecho a la Seguridad Social, o por lo menos de las obligaciones fundamentales, invocando directamente el precepto constitucional o los tratados internacionales que reconocen el derecho¹⁷⁸.

La ley tutela de forma intensa las prestaciones de Seguridad Social¹⁷⁹. Así, las mismas son inembargables, salvo en los casos de obligaciones alimenticias del beneficiario¹⁸⁰; no pueden ser objeto de retención, cesión total o parcial, compensación o descuento¹⁸¹ y, en cuanto a aquellas cuyo responsable es el empresario, tienen el carácter de créditos privilegiados y gozan, al efecto, de la protección que dispensa al salario el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores (ET)¹⁸². Asimismo, para no lesionar la protección del

176. *Vid.* PALOMEQUE (1991, p. 97). En un trabajo anterior, PALOMEQUE (1980, p. 335) indica que el art. 41 CE constituye una norma propia y directamente obligatoria, y no un mero principio orientativo. Añade que, en cuanto norma dirigida básicamente al legislador, es preceptiva o vinculante bajo un doble perfil o aspecto: no sólo prohíbe legislar en sentido contrario a sus propios términos (aspecto impeditivo), sino que impone la emanación de leyes o de las actuaciones normativas necesarias para alcanzar los fines perseguidos en el precepto constitucional (aspecto impositivo). Y concluye que, frente a una interpretación reductora del art. 161.1.a) en relación con el art. 53.1 CE, es segura la competencia del Tribunal Constitucional en la revisión, a través del recurso de inconstitucionalidad, de las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley que desarrollen los principios que contiene el art. 41 CE. *Vid.* también ALARCÓN (1999, pp. 47 y ss.).

177. SÁNCHEZ-URÁN, 1995, pp. 38-39.

178. OG 19, ap. 79.

179. *Vid.* VALLE y RABANAL, 2007, p. 118.

180. *Vid.* los arts. 607 y 608 LECiv.

181. Art. 40 LGSS.

182. Art. 121.2 LGSS. No obstante, en caso de concurso de acreedores, es de aplicación la Ley Concursal (arts. 90 y 91.4).

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

beneficiario, existen mecanismos de corrección tendentes a que reciba la protección, aun en los casos de incumplimiento de los requisitos de encuadramiento o de las obligaciones de cotización. Pueden mencionarse, en este sentido, el alta de pleno derecho¹⁸³ y la automaticidad de las prestaciones¹⁸⁴.

Puede incurrirse en responsabilidad administrativa por vulneración de las normas de Seguridad Social. De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la función inspectora, que será desempeñada por funcionarios del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y por los funcionarios del Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad, comprende los cometidos de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y contenido normativo de los convenios colectivos, en el ámbito del sistema de Seguridad Social y, en concreto, en lo que hace a: las normas en materia de campo de aplicación, inscripción, afiliación, altas y bajas de trabajadores, cotización y recaudación de cuotas del sistema de la Seguridad Social; las normas sobre obtención y disfrute de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, así como de los sistemas de mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, además de cualesquiera modalidades de sistemas complementarios voluntarios establecidos por convenio colectivo; las normas sobre colaboración en la gestión de la Seguridad Social, así como la inspección de la gestión y funcionamiento de las entidades y empresas que colaboran en la misma o en la gestión de otras prestaciones o ayudas de protección social, y, por último, el ejercicio de la inspección por el Ministerio de Trabajo, de conformidad con el artículo 5.2, apartado d), de la LGSS.

De igual modo, el artículo 78 LGSS dispone que la inspección en materia de Seguridad Social se ejercerá a través de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, desarrollando las funciones y competencias que tiene atribuidas por la ley. Específicamente, corresponderá a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social: la vigilancia en el cumplimiento de las obligaciones que derivan de la LGSS y, en especial, de los fraudes y morosidad en el ingreso y recaudación de cuotas de la Seguridad Social; la inspección de la gestión, funcionamiento y cumplimiento de la legislación que les sea de aplicación a las entidades colaboradoras en la gestión, y la asistencia técnica a entidades y organismos de la Seguridad Social, cuando les sea solicitada. Las competencias transcritas se ejercerán de acuerdo con las facultades y procedimientos establecidos en las disposiciones aplicables. De acuerdo con el artículo 79

183. Art. 125.3 LGSS.

184. Art. 126.3 LGSS.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

LGSS, los servicios de la Seguridad Social prestarán su colaboración a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en orden a la vigilancia que ésta tiene atribuida respecto al cumplimiento de las obligaciones de empresarios y trabajadores establecidas en la LGSS.

Los artículos 20 y siguientes de la LISOS establecen las infracciones en materia de Seguridad Social. El artículo 40 LISOS establece la cuantía de las sanciones. En virtud de lo establecido en el artículo 43.1 LISOS, las sanciones que puedan imponerse a los distintos sujetos responsables se entenderán sin perjuicio de las demás responsabilidades exigibles a los mismos, de acuerdo con los preceptos de la LGSS y de sus disposiciones de aplicación y desarrollo.

Asimismo, la ley trata de fomentar el cumplimiento, por parte del empresario, de sus obligaciones de prevención de riesgos laborales. Así, existe un recargo por incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales¹⁸⁵. Por otro lado, la materialización de los riesgos que protege el sistema puede dar lugar también a responsabilidades empresariales administrativas, civiles y penales¹⁸⁶. En este sentido, los artículos 11 y siguientes de la LISOS tipifican las infracciones por vulneración de las normas de prevención de riesgos laborales. El artículo 40 LISOS establece la cuantía de las sanciones.

La tutela de los derechos subjetivos en el campo de la Seguridad Social se lleva a cabo en la jurisdicción social. En efecto, corresponde al orden social de la jurisdicción la competencia para juzgar de las cuestiones litigiosas en materia de Seguridad Social y de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social, incluidos los planes de pensiones y contratos de seguro, siempre que su causa derive de un contrato de trabajo o de un convenio colectivo¹⁸⁷.

En fin, el artículo 129.1 CE prevé la participación de los interesados en la Seguridad Social. El texto constitucional encomienda a la ley diseñar el modelo de participación, en general, en todos «los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general» y, más en particular, las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social. En la actualidad, dicha participación se recoge en el artículo 60 LGSS, que faculta al Gobierno para regular la participación en el control y vigilancia de la gestión de las entidades gestoras, que se efectuará gradualmente, desde el nivel estatal al local, por órganos de composición tripartita integrados por representantes de los sindicatos, de las organizaciones empre-

185. Art. 123 LGSS.

186. VALLE y RABANAL, 2007, pp. 125 y ss.

187. *Vid.* el art. 2.b) y c) LPL.

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

sariales y de la Administración Pública. Para dar cumplimiento a esa exigencia, diversas normas reglamentarias han venido precisando el alcance y contenido de los órganos gestores de control y vigilancia de la gestión que, junto a los de dirección (Director General, Secretario General, etc.), conforman la estructura orgánica de estos servicios. La tarea participativa se concentra en los primeros. En la esfera central, son el Consejo General de cada entidad y la Comisión Ejecutiva. En la esfera provincial, operan las Comisiones Ejecutivas Provinciales¹⁸⁸.

8. CONSIDERACIONES FINALES

El derecho a la Seguridad Social es un derecho social de realización progresiva, del que no dispone una buena parte de los seres humanos¹⁸⁹. Según la Organización Internacional del Trabajo, más de la mitad de la población mundial carece de prestaciones de Seguridad Social, y sólo una de cada cinco personas tiene una cobertura adecuada de Seguridad Social¹⁹⁰. Aunque la limitación de los recursos disponibles supone un obstáculo para la realización plena del derecho, la importancia fundamental de la Seguridad Social para la dignidad humana obliga a los poderes públicos a darle prioridad en la legislación y en la política, con una asignación adecuada de recursos¹⁹¹. Conviene abordar la Seguridad Social como un bien social, y no como una mercancía o un mero instrumento de la política económica¹⁹². La extensión de la Seguridad Social contribuye a la promoción de la justicia y de la solidaridad social¹⁹³.

En el artículo 41 CE, no hay tanto un modelo nuevo de Seguridad Social, que ilegítimamente o supere el sistema configurado con anterioridad a su entrada en vigor, como un mandato a los poderes públicos de perfeccionar el modelo mixto, esencialmente contributivo, a que responde el sistema español. El perfeccionamiento se producirá cuando se garanticen prestaciones para todos los ciudadanos a través de mecanismos no contributivos de protección, y se restablezcan, sin las disfuncionalidades asistenciales, los elementos profesionales y contributivos del sistema¹⁹⁴.

En las últimas décadas, España ha dado pasos decisivos para consolidar y mejorar el sistema de Seguridad Social heredado del franquismo. La última

188. *Vid.* MERCADER (2009b, pp. 129 y ss.), a quien remitimos para mayores detalles.

189. OG 19, ap. 7.

190. OIT, 2001, ap. 17, y 2003.

191. OG 19, ap. 41.

192. OG 19, ap. 10.

193. OIT, 2001, aps. 2 y 21.

194. SÁNCHEZ-URÁN, 1995, pp. 50 y 58.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

etapa de la evolución viene marcada por el desarrollo del Pacto de Toledo, suscrito en 1995 y renovado en 2003. Pese a los avances logrados, los poderes públicos deben seguir perfeccionando los mecanismos de protección social y, en particular, los propios de la Seguridad Social. El logro del pleno ejercicio del derecho a la Seguridad Social es un fin ineludible del Estado social.