

# LOS PRINCIPIOS DE ORDENACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

## *Discurso de ingreso en la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia*

María Antonia Castro Argüelles  
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

*SUMARIO: 1. Los fundamentos del sistema de Seguridad Social: de las directrices de la Ley de Bases de Seguridad Social a los principios del TRLGSS.- 2. Principios, objetivos y criterios de interpretación y aplicación de las normas.- 3. Principio de solidaridad.- 4. Principio de universalidad.- 5. Principio de unidad.- 6. Principio de igualdad.- 7. El desarrollo de los principios de la Seguridad Social en el marco de un sistema de protección social cada vez más complejo.*

### *1. Los fundamentos del sistema de Seguridad Social: de las directrices de la Ley de Bases de Seguridad Social a los principios del TRLGSS.*

En un contexto como el actual, de incertidumbre sobre el futuro de nuestras pensiones, parece aconsejable pararse a reflexionar sobre cuáles han sido los fundamentos que han orientado la creación y evolución del sistema de Seguridad Social. Probablemente convenga recordar a nuestros poderes públicos, a los mismos a los que el art. 41 CE encomienda el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social, que esos principios necesariamente han de condicionar las decisiones que se pueden adoptar sobre el futuro del sistema.

La primera pista para identificar de qué principios estamos hablando nos lleva a la Ley 193/1963, de Bases de Seguridad Social, de 28 de diciembre de 1963, en la que se establecían unas directrices “sobre las que asentar los pilares de la Seguridad Social”<sup>1</sup>. Como se recordará, con la Ley de Bases se operó el tránsito de un conjunto de Seguros Sociales a un sistema de Seguridad Social que generalizaba la protección en estados de infortunio a la población activa en su conjunto, incorporando una idea de universalidad. Además, la Ley de Bases no dudó en reconocer que sin acudir a la solidaridad social la Seguridad Social no dejaba de ser un mero “artificio técnico sin verdadera raíz comunitaria”. La Seguridad Social se concebía “como una tarea nacional que impone sacrificios a los jóvenes respecto de los viejos; a los sanos, respecto de los enfermos; a los ocupados, respecto de los que se hallan en situación de desempleo; a los vivos, respecto de las familias de los fallecidos; a los que no tienen cargas familiares, respecto de los que las tienen; a los de actividades económicas en auge y prosperidad, en fin, respecto de los sectores deprimidos”. Esta Ley de Bases incorporaba también una “tendencia a la unidad”, de manera que aunque se mantuvieran distintos regímenes junto al régimen general de Seguridad Social, unos y otro respondían a una misma concepción y a principios homogéneos. Finalmente se apostaba por acentuar la participación del Estado en el sostenimiento del sistema. La Seguridad Social surgía

---

<sup>1</sup> Sobre los principios inspiradores del “moderno sistema de Seguridad Social”, recogidos en la exposición de motivos de la Ley de Bases de Seguridad Social, M. Alonso Olea, *Sobre los principios cardinales del proyecto de Ley de Bases de la Seguridad Social*, Ariel, 1963. J.L.Tortuero Plaza, “Principios y realidades en la configuración del Sistema de la Seguridad Social (1963-1972): Unidad en la contingencia y unidad en la protección”, en VV.AA., *Cien años de protección social en España*, MTAS, 2007, p. 359.

como una función del Estado a quien correspondía garantizar “su materialización”, mediante “la consignación permanente en sus Presupuestos generales de subvenciones destinadas a tal fin con miras a conseguir la redistribución de la renta nacional”, y así contribuir a “reducir los desequilibrios en el tenor de vida entre los ciudadanos”.

Estas directrices de la Ley de Bases fueron asumidas por el art. 41 de la Constitución, al encomendar a los poderes públicos el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad. De ahí que la aprobación de la Constitución no invalidara el sistema de Seguridad Social preexistente, pese a que en aquel momento sólo contemplaba la protección contributiva en su nivel básico<sup>2</sup>. Probablemente que este precepto dijera expresamente que los poderes públicos “mantendrán” un régimen de Seguridad Social podía interpretarse también como una apuesta por continuar con el mecanismo de protección de Seguridad Social que ya existía, por más que la aprobación de la Constitución llevara al replanteamiento de algunos aspectos importantes<sup>3</sup>.

En concreto, lo que hace la CE es incluir en su art. 41, entre los principios rectores de la política social y económica, unas orientaciones que afectan a la Seguridad Social<sup>4</sup>, que se completan con las que se contienen en otros preceptos, entre ellos, en el art. 149.1. reglas 1ª y 17ª CE. Ha sido precisamente del tenor de estos preceptos de donde el Tribunal Constitucional ha deducido los principios informadores de la Seguridad Social<sup>5</sup>. Así lo entendió el legislador en la exposición de motivos de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre<sup>6</sup>, en la que no dudó en invocar la interpretación que el TC había hecho de estos preceptos constitucionales para justificar la incorporación al entonces vigente texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS) de 1994 (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio) de la formulación expresa de unos

---

<sup>2</sup> J. Fernández Orrico, “La Seguridad Social en el XXV aniversario de la Constitución”, *RMTAS*, nº 49, p. 127.

<sup>3</sup> L.E. de la Villa Gil, “Estudio preliminar”, en VV.AA. (L.E. de la Villa Gil (dir), *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia 1999, p. 38.

<sup>4</sup> En este sentido, Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión de 25 de enero de 2011, cuyo planteamientos en buena parte se recogerían en la Ley 27/2011.

<sup>5</sup> J.R. Mercader Uguina, “Artículo 41”, en VV.AA., *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, 2008, p. 1045.

<sup>6</sup> La Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, dio una nueva redacción al entonces vigente Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Según su preámbulo, “como de manera reiterada ha establecido la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el artículo 149.1.17.ª de la Constitución, corresponde al Estado dentro de su competencia exclusiva preservar la unidad del sistema español de Seguridad Social y el mantenimiento de un régimen público, es decir, único y unitario de Seguridad Social para todos los ciudadanos (artículo 41 C.E.), que garantice al tiempo la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes en materia de Seguridad Social (artículo 149.1.1.ª CE) y haga efectivos los principios de solidaridad interterritorial y financiera y de unidad de caja, impidiendo la existencia de políticas diferenciadas de Seguridad Social en cada una de las comunidades autónomas”.

“principios de la Seguridad Social”. Según la nueva redacción que esta Ley daba al art. 2 TRLGSS, que se ha mantenido inalterado en el nuevo TRLGSS 2015 (aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 8 de octubre), “el sistema de la Seguridad Social (...) se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad”<sup>7</sup>.

Estos preceptos constitucionales, de los que se han deducido los principios que actualmente formula el art. 2.2 TRLGSS, contienen el programa de protección que se ha de llevar a cabo mediante la Seguridad Social, pero no prejuzgan el concreto modelo por el que se deba optar (STC 206/1997)<sup>8</sup>. A partir de ahí, los poderes públicos asumen todo el protagonismo a la hora de determinar el alcance de la protección que se ha de

---

<sup>7</sup> La incorporación en el TRLGSS de la formulación expresa de unos “principios de la Seguridad Social” mereció alguna crítica doctrinal. Para algunos autores [M.R. Alarcón Caracuel, “Los principios jurídicos de la Seguridad Social”, en VV.AA. (J. López López, dir.), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Editorial Bomarzo, 2005, p. 18], lo que el legislador pretendía al formular expresamente estos principios no era otra cosa que responder a la solución que el Tribunal Constitucional había dado a una disputa competencial planteada entre el Estado y la CC.AA., de la que parecía discrepar. En concreto, en aquel momento, la STC 293/2002 acababa de reconocer a la Comunidad Autónoma de Andalucía competencia para crear y otorgar, con cargo a los presupuestos autonómicos, ayudas anuales a los perceptores de pensiones no contributivas de la Seguridad Social, sin más título habilitante para ello que su competencia constitucional y estatutaria en materia de asistencia social. Sin duda el legislador de seguridad social en 2003 entendió que con esa solución, que permitía a las CC.AA. incidir sobre la cuantía de las prestaciones no contributivas de Seguridad Social, se ponía en peligro la unidad del sistema, la igualdad y la solidaridad interterritorial. No era casualidad que la enumeración de principios, que se incorporaba al art. 2, se acompañara de una nueva redacción del art. 38.4 TRLGSS de 1994 según la que cualquier prestación de carácter público que tuviera por finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones económicas de la Seguridad Social, tanto en sus modalidades contributiva como no contributiva, debía entenderse que formaba parte del sistema de la Seguridad Social y por ello debía estar sujeta a los principios regulados en ese artículo 2 de esta Ley. Este criterio legal, no obstante, volvería a cambiarse con el cambio de Gobierno, en unos términos más acordes con la solución mantenida por el TC en su Sentencia 293/2002, garantizando a las Comunidades Autónomas el pleno ejercicio de sus competencias para determinar complementos de las pensiones no contributivas, cuando así lo acuerden sus respectivos parlamentos. En concreto, la Ley 4/2005, de 22 de abril, daría una nueva redacción al art. 38.4 TRLGSS 1994(actual art. 42.4 TRLGSS 2015) según la que 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 sujeta a los principios regulados en el artículo 2 de esta Ley. Nada se dice de las que tengan como finalidad complementar las prestaciones no contributiva que quedan de esa forma fuera de esa limitación legal, como quedan fuera las ayudas de otra naturaleza que, en el ejercicio de sus competencias, pueden establecer las Comunidades Autónomas en beneficio de los pensionistas residentes en ellas. Esta nueva redacción del art. 38.4 TRLGSS no precisó ningún ajuste en la enumeración de principios- de universalidad, unidad, solidaridad, e igualdad- que se seguía haciendo en su art. 2, al que seguía remitiendo. Ni el legislador consideró necesario ofrecer ninguna aclaración sobre cómo estas medidas se conciliaban con esos principios. En definitiva, todo indicaba que los mismos principios de unidad, solidaridad e igualdad servían para informar una solución y la contraria. Su generalidad e indeterminación parecían permitirlo.

<sup>8</sup> Según la STC 65/1987, de 21 de mayo, que sea Seguridad Social no es deducible por sí solo del tenor del art. 41 de la CE. Para F.J. Fernández Orrico, “La Seguridad Social en el XXV aniversario de la Constitución”, *RMTAS*, nº 49, p. 127, esa mención a un régimen público de Seguridad Social hace referencia a un conjunto protector, más que a instituciones concretas, compuesto por técnicas de protección social, asistencial y prestaciones sociales”.

dispensar y los medios con los que llevar a cabo esa protección<sup>9</sup>; también a la hora de gestionar el sistema<sup>10</sup>. Más en concreto, corresponderá al legislador determinar y regular las situaciones de necesidad a proteger, teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales; o modificarlas para adaptarlas a cada situación (STC 65/1987, de 21 de mayo, F. 17)

Ahora bien, en la realización de esa tarea, el legislador no puede olvidar que hay un núcleo o reducto indisponible (STC 32/1981), que tiene que ver con la preservación de ese carácter público de la Seguridad Social, a que hace referencia el art. 41 CE<sup>11</sup>. Este es uno de los rasgos básicos que distinguen lo que deba entenderse por Seguridad Social (STC 26/1987)<sup>12</sup>.

La Seguridad Social se configura así como un “régimen” legal, público e imperativo, dirigido a paliar situaciones de necesidad<sup>13</sup>, en el que los beneficiarios no tienen ninguna capacidad de decisión. En efecto, este diseño legal imperativo de la acción protectora se convierte en un factor estructural del sistema, “de suerte que queda

---

<sup>9</sup> Según el TC, esos medios se han de corresponder con las características técnicas de los mecanismos de cobertura propios de un régimen de Seguridad Social (STC 37/1994)

<sup>10</sup> M.A. Martínez-Gijón Machuca, *Protección social, Seguridad Social y Asistencia Social*, CES 2005, p.86. Y. Sánchez-Urán Azaña, *Seguridad Social y Constitución*, Cívitas, 1995, p.60.

<sup>11</sup> Que la doctrina no ha dudado en identificar como un primer principio de publicación institucional. En concreto, M.R. Alarcón Caracuel, “Los principios jurídicos de la Seguridad Social”, en J. López López, *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Editorial Bomarzo, 2005, p. 22. J.M. Almansa Pastor, “La gestión pública e iniciativa privada” *Papeles de Economía Española*, 12-13, 1982, p. 198. J.M. Pastrana, “El Servicio Público de la Seguridad Social”, *RSS*, nº 15, 1982, p. 213. Y. Sánchez-Urán Azaña, *Seguridad Social y Constitución*, Cívitas, 1995, p.60.

<sup>12</sup> Ahora bien, como también ha advertido el TC, este rasgo (carácter público) debe apreciarse en relación con la estructura y el régimen del sistema en su conjunto, y no debe distorsionarse centrando su apreciación en aspectos concretos desvinculados del conjunto al que pertenecen. Por ello, el carácter público del sistema resulta perfectamente compatible con las fórmulas de participación y colaboración gestora por parte de sujetos privados (colaboración de Mutuas y empresario), siempre y cuando sean los poderes públicos los que asuman la responsabilidad última. Además, esa colaboración o intervención habrá de tener, en todo caso, el límite impuesto por las exigencias del bien común. Por ello, continúa diciendo el TC, lo que verdaderamente ha de ser tutelado por imperativo constitucional es que no se pongan en cuestión “los rasgos estructurales de la institución Seguridad Social a la que pertenecen” (STC 37/1994). Este razonamiento sirvió al TC para rechazar que el carácter público del sistema de Seguridad Social quedase cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto de la acción protectora de aquél, como lo es la asunción por el empresario del pago de una parte del subsidio por IT derivado de contingencias comunes. Así lo entendió la STC 37/1994 al considerar que se trataba de un aspecto parcial de la protección de la incapacidad temporal para el trabajo. Con esa participación empresarial en la financiación del subsidio, en fin, no se altera el papel predominante y el compromiso de los poderes públicos en su labor articuladora de la tutela frente a esta contingencia. Un comentario a esta sentencia, M.A. Castro Argüelles, “La Ley General de la Seguridad Social y la prestación por incapacidad temporal: Sentencia TC 37/1994, de 10 de febrero”, en J. García Murcia (dir) *El control de constitucionalidad de las normas laborales y de Seguridad Social*, Aranzadi 2015, pp. 265 y ss.

<sup>13</sup> SsTC 103/1986, FJ 6; 65/1987, FJ 17; 134/1987, FFJJ 4 y 5; 37/1994, FJ 4 y 206/1997, FJ 5.

excluida a sus beneficiarios la capacidad de decisión sobre las fórmulas de protección, su extensión subjetiva potencial y su intensidad al margen de los cauces legalmente establecidos” (STC 206/1997, de 27 de noviembre). Por ello, la protección que dispense el sistema, en concreto, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar, no debe resultar de un acuerdo contractual ni de la autonomía de la voluntad de las partes<sup>14</sup>.

## 2. Principios, objetivos y criterios de interpretación y aplicación de las normas.

La incorporación al tenor del art. 2.1 del TRLGSS de una referencia expresa a la universalidad, la unidad, la solidaridad y la igualdad, como “principios de la Seguridad Social”, suscitó alguna crítica doctrinal. De entrada, se cuestionaba el criterio que había seguido el legislador al seleccionar esos cuatro principios cuando, se decía, no ya en el propio art. 41 CE sino en el mismo articulado del TRLGSS, y en otros textos jurídicos en materia de Seguridad Social, había referencias a otros (supuestos) “principios”<sup>15</sup>, como el de “suficiencia”, “generalidad objetiva”<sup>16</sup>, “contributividad” o “unidad de caja”.

También en los pactos sociales y políticos, que se han sucedido en los últimos 20 años por la viabilidad del sistema de Seguridad Social<sup>17</sup>, no han sido infrecuentes las

---

<sup>14</sup> De ahí que ninguna explicación adicional precise que la incorporación inicial del sujeto protegido a la Seguridad Social sea obligatoria (art. 15 en relación con el art. 7.1 TRLGSS), o que se garanticen las prestaciones frente a actos de disposición del beneficiario con reglas, como la irrenunciabilidad de derechos, que sanciona con nulidad todo pacto, individual o colectivo, por el cual el trabajador renuncia a los derechos que le confiere la Ley (art. 3 TRLGSS).

<sup>15</sup> M.R. Alarcón Caracuel, “Los principios jurídicos de la Seguridad Social”, en VV.AA. (J. López López, dir.), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Editorial Bomarzo, 2005, p. 22.

<sup>16</sup> Formulada como principio en M.R. Alarcón Caracuel, “Los principios jurídicos de la Seguridad Social”, en VV.AA. (J. López López, dir.), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Editorial Bomarzo, 2005, p. 18, a partir de la idea de que la asistencia y prestaciones sociales suficientes, que ha de garantizar el régimen público de Seguridad Social, se vinculan a situaciones de necesidad, no a contingencias determinadas.

<sup>17</sup> El Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 15 de febrero de 1994, aprobó la Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Catalán-CiU, por la que se creaba una ponencia con la finalidad de elaborar un informe en el que deberían analizarse los problemas estructurales del sistema de Seguridad Social e indicarse las principales reformas que habría que acometer para garantizar la viabilidad del sistema público de pensiones y evitar mayores déficits públicos en los Presupuestos del Estado. El 2 de marzo de 1994 se constituyó la correspondiente ponencia, integrada por los representantes de los distintos grupos parlamentarios con presencia en la Cámara (Partido Socialista, Popular, Izquierda Unida-Esquerra per Catalunya, Catalán-CiU, Vasco-PNV, Coalición Canaria y Mixto). La Comisión de Presupuestos aprobó el Informe de la Ponencia el 30 de marzo de 1995 y el Pleno, en su sesión de 6 de abril de 1995, aprobó por unanimidad el Dictamen de la Comisión. De esta forma, el acuerdo aprobado por el Congreso de los Diputados se concretó en el “Informe para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse” (conocido como el Pacto de Toledo). Las recomendaciones del Pacto de Toledo hacían referencia a la necesidad de reforzar la vigencia de los principios de equidad y carácter contributivo del sistema, de manera que de forma gradual las prestaciones guardasen una mayor proporcionalidad con el esfuerzo contributivo realizado, sin perjuicio del reforzamiento del principio de solidaridad mediante medidas tales como el incremento de la edad máxima de mantenimiento de las pensiones de orfandad o la mejora de las

referencias expresas a los “principios” de “contributividad”<sup>18</sup>, de “sostenibilidad futura del sistema”<sup>19</sup>, e incluso a un supuesto “principio de cuantías mínimas de prestaciones”. Los sujetos negociadores, con frecuencia, sitúan en el mismo plano la solidaridad y la contributividad, o la sostenibilidad futura del sistema<sup>20</sup>. Sin embargo, no deberían confundirse los principios (universalidad, solidaridad, unidad e igualdad) que inspiran la configuración del sistema, que se caracterizan por su generalidad y amplitud<sup>21</sup>, con los objetivos de protección que se persiguen (suficiencia, sostenibilidad futura del sistema), ni con las reglas que se pueden poner en marcha para alcanzar esos objetivos.

Así, por ejemplo, la unidad de caja (actualmente recogida en art. 74 TRLGSS 2015) más que un principio de ordenación del sistema es una “solución técnica de carácter legislativo” para una organización de la Seguridad Social adecuada a los principios que

---

pensiones de viudedad, en el caso de menores ingresos. Sobre este Pacto, entre otros, J.F. Blasco Lahoz, *La reforma de la Seguridad Social: El Pacto de Toledo y su desarrollo*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, págs. 59 y ss., y J.M Cabanillas Bermúdez, *El pacto de Toledo. Análisis descriptivo del sistema nacional de la Seguridad Social en España*, Tecnos, Madrid, 1997. El 25 de junio de 1996 se constituyó nuevamente, por parte del Pleno del Congreso de los Diputados, la Ponencia sobre el Pacto de Toledo, con la idea de mantener una política de consenso en materia de protección social. El 2 de octubre de 2003, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó el Informe elaborado por la Comisión no Permanente que se había creado al inicio de la VII Legislatura para la valoración de los resultados obtenidos por la aplicación de las Recomendaciones del Pacto de Toledo. Este Informe además de reforzar las conclusiones del Pacto de Toledo, aprobaba nuevas recomendaciones. Merece una mención también el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, suscrito el 13 de julio de 2006 por el Gobierno, UGT, CCOO y CEPYME, que daría lugar a la Ley 4/2007, de 4 de diciembre. Finalmente, la Mesa de la Cámara en su reunión del día 22 de abril de 2008, acordó la creación de la Comisión no permanente de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo. Esta Comisión aprobó su Informe el 29 de diciembre de 2010, que fue sometido al Pleno del Congreso de los Diputados y aprobado el 28 de enero de 2011.

<sup>18</sup> En este sentido el Informe de 2011, de la Comisión no permanente de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo, al que ya se ha hecho referencia, insiste sobre la “importancia medular que tiene la carrera de cotización sobre futuras pensiones de jubilación”, y sobre la necesidad de garantizar la adecuada correlación en la evolución de los salarios, cotizaciones y prestación para mejorar la contributividad, proporcionalidad y equidad de las prestaciones.

<sup>19</sup> Así, el Acuerdo sobre revalorización de las pensiones mínimas del sistema de Seguridad Social para el año 2000, suscrito el 16 de septiembre de 1999, entre el Gobierno y las Organizaciones sindicales CC.OO y UGT, mantenía que dicha revalorización se justificaba porque el crecimiento del gasto en los momentos de mejor evolución económica suponía conciliar “el principio de sostenibilidad futura del sistema con los elementos de solidaridad y contributividad”.

<sup>20</sup> En concreto, el Acuerdo sobre revalorización de las pensiones mínimas del sistema de Seguridad Social para el año 2000, mantenía que dicha revalorización se justificaba porque el crecimiento del gasto en los momentos de mejor evolución económica suponía conciliar “el principio de sostenibilidad futura del sistema con los elementos de solidaridad y contributividad”. En el “Prólogo” al *Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social*, Colección Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, p. 16, el entonces Secretario de Estado de la Seguridad Social, G. Camps Devesa, no dudaba en señalar que el Acuerdo incide de manera específica en cuatro grandes áreas sobre las que se apoya la razón de ser de la Seguridad Social, en concreto, “se refuerzan y mejoran los niveles de cobertura desde planteamientos que conjugan contributividad, equidad y solidaridad...”.

<sup>21</sup> Sobre la flexibilidad del principio, A. Martín Valverde, “Principios y reglas en el Derecho del Trabajo: planteamiento teórico y algunos ejemplos”, *REDT*, n°14, 2002, pp.813 y ss.

la informan<sup>22</sup>. En realidad, no hay ninguna previsión que obligue a vincular la unidad de caja con los principios constitucionales de igualdad, solidaridad y unidad del régimen económico de la Seguridad Social<sup>23</sup>.

Tampoco pueden confundirse con los principios de ordenación del sistema los conceptos que definen cada uno de los niveles “prestacionales” que integran el sistema (contributivo y no contributivo). Tal es el caso de la contributividad<sup>24</sup>, muy conectada, a su vez, con la proporcionalidad, que en este ámbito actúa, más que como principio<sup>25</sup>, como un objetivo que persiguen las reglas de cálculo de las prestaciones en el nivel contributivo de protección para que estas guarden la mayor proporcionalidad con el esfuerzo de cotización realizado, y así contribuir al mantenimiento de los principios básicos del sistema<sup>26</sup>. En efecto, estos conceptos se concretan en las reglas de acceso a la protección en cada nivel, que como ha dicho el propio TC (S. 38/1995) ni tienen por qué ser las mismas ni mantenerse inalteradas.

Y lo mismo podría decirse de los factores generales, de actividad y territorialidad, que se establecen para la determinación del ámbito subjetivo a efectos de las prestaciones contributivas (a los que, en ocasiones, se ha referido como principios de profesionalidad y territorialidad<sup>27</sup>); o de los criterios legales sobre reconocimiento y dinámica de la

---

<sup>22</sup> A. Desdentado Bonete, “El régimen económico de la Seguridad Social y las Autonomías”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 38, 1983, p. 356. B. Suárez Corujo, *La protección social en el Estado de las Autonomías*, Iustel, 2006, p. 34. Recuérdese que al “principio de unidad de caja” hacía referencia expresa, en el mismo año de aprobarse la Constitución, el art. 3 del RD 2318/1978, al crear la TGSS. Según este precepto correspondía a la TGSS “servir al principio de unidad de caja unificando todos los fondos y valores generados por operaciones presupuestarias y extrapresupuestarias del sistema” y “distribuir en el tiempo y en el territorio las disponibilidades dinerarias para la puntual satisfacción de las obligaciones de la Seguridad Social”. De ahí que sea precisa una provisión o habilitación previa a cargo de la caja única de la Seguridad Social, que la TGSS gestiona en todo el territorio nacional, para que los órganos de las CC.AA. puedan disponer de esos fondos estatales, que en ningún caso podrán aplicar a sus propias obligaciones o cargas (STC 124/1989).

<sup>23</sup> B. Suárez Corujo, *La protección social en el Estado de las Autonomías*, Iustel, 2006, p. 34. Sin embargo, para el TC la unidad del sistema parece precisar la vigencia efectiva del principio de caja única (STC 124/989).

<sup>24</sup> En este sentido, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, no dudaría en recordar que el “principio de contributividad”, junto con el de solidaridad, constituyen las bases del sistema.

<sup>25</sup> Salvo en el caso previsto en el art. 38.5 TRLGSS que establece las reglas de embargo en los supuestos en que proceda la ejecución contra el patrimonio del deudor.

<sup>26</sup> Así lo entendió la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, al modificar las prestaciones contributivas de incapacidad temporal, incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia, en la línea, por otro lado, de los compromisos asumidos en el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, de 13 de julio de 2006, que, a su vez, traía causa de la Declaración para el Diálogo Social, firmada por los mismos interlocutores sociales el 8 de julio de 2004.

<sup>27</sup> Que algunos autores han conectado con el principio de universalidad, como criterios básicos en la configuración del campo de aplicación del sistema. Entre otros, M.J. Rodríguez Ramos, J. Gorelli Hernández y M. Vílchez Porras, *Sistema de Seguridad Social*, Tecnos, 2006, p. 62. Sin embargo, otros autores no han dudado en diferenciar los planos en que actúa la universalidad, como principio básico en la delimitación del ámbito subjetivo de la Seguridad Social, con los factores generales de determinación del

protección<sup>28</sup> (por ejemplo, incompatibilidad de prestaciones o la automaticidad de las prestaciones<sup>29</sup>), por más que unos y otros estén inspirados o encuentren su justificación en los principios que informan el sistema<sup>30</sup>.

Algo similar ocurre con los “principios” que se recogen en la disposición transitoria tercera TRLGSS 2015, a los que deben ajustarse las normas que determinan el sistema de cómputo de cotizaciones efectuadas en anteriores regímenes; y que no dejan de ser criterios de cómputo<sup>31</sup>. De nuevo, se trata, más que de principios que inspiran la configuración del sistema de Seguridad Social, de reglas de funcionamiento.

De otro lado, como un fin de la Seguridad Social, no como principio, ha incorporado el art. 2.2 TRLGSS la garantía institucional de mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social a que hace referencia el art. 41 CE<sup>32</sup>. En concreto, según el art. 2.2 TRLGSS, por medio de la Seguridad Social el Estado garantiza a las personas comprendidas en el campo de aplicación de esta, por cumplir los requisitos exigidos en cada modalidad de protección, así como a los familiares o asimilados que estuvieran a cargo, la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que contempla esta Ley (art. 2.2). De esta forma se reconoce que esas contingencias y situaciones constituyen un problema social que justifica una intervención pública.

Para que la protección que ha de garantizar el Estado por medio de la Seguridad Social sea adecuada se requiere, según el art. 41 CE, asistencia y prestaciones sociales suficientes. Una idea que se reitera en el art. 50 CE, ya referido más precisamente a la protección de los ciudadanos durante la tercera edad<sup>33</sup>. Esta suficiencia protectora, que en algún momento también se ha formulado como principio<sup>34</sup>, se invocó junto al

---

ámbito subjetivo (nacionalidad, residencia, profesional), entre ellos, S. González Ortega y S. Barcelón Cobedo, *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo blanch, 2015, pp. 82 y ss.

<sup>28</sup> Y. Sánchez-Urán Azaña, *Seguridad Social y Constitución*, Civitas 1995.

<sup>29</sup> Prevista en el (art. 166.4 TRLGSS) Se trata de un criterio de funcionamiento con el que se materializa o concreta la garantía institucional del sistema. Sobre la aplicación de esta regla, STS 27 de diciembre de 1994, RJ 10509, STS 18 de mayo de 1995, RJ 7578, STS 11 de diciembre de 1995, RJ 9087, STS 24 de mayo de 1996, RJ 4616, y STS 9 de junio 2003, RJ. 3936.

<sup>30</sup> O al menos así lo entendió, en algún caso, la jurisprudencia del TS, por ejemplo, STS de 9 junio 2003, RJ 3936.

<sup>31</sup> “a) Tomar como base las cotizaciones realmente realizadas durante los siete años inmediatamente anteriores al 1 de enero de 1967.

b) Inducir, con criterio general y partiendo del número de días cotizados en el indicado periodo, el de años de cotización, anteriores a la fecha mencionada en el apartado a), imputables a cada trabajador.

c) Ponderar las fechas en que se implantaron los regímenes de pensiones de vejez y jubilación ya derogados y las edades de los trabajadores en 1 de enero de 1967.

d) Permitir que los trabajadores, que en la fecha mencionada en el apartado a) tengan edades más avanzadas, puedan acceder, en su caso, al cumplir los sesenta y cinco años de edad, a niveles de pensiones que no podrían alcanzar dados los años de existencia de los regímenes derogados.

<sup>32</sup> M. Álvarez de la Rosa, “El artículo 41 de la Constitución: garantía institucional y compromisos internacionales”, *RSS*, nº 15, 1982, p. 82.

<sup>33</sup> En estos términos, STC 65/1987.

<sup>34</sup> M. R. Alarcón Caracuel, *La Seguridad Social en España*, Aranzadi, 1999, p. 84.

principio de universalidad, por la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, para justificar las regulación de las prestaciones no contributivas<sup>35</sup>. Aun así, resulta claro que no se trata de un principio ordenador del sistema sino de un objetivo de la protección, que se manifiesta con distinto alcance según se refiera a mecanismos contributivos<sup>36</sup> y no contributivos<sup>37</sup>. Corresponde al legislador ordinario determinar en cada caso el grado de protección que han de merecer las distintas necesidades sociales<sup>38</sup> y, por tanto, el nivel de suficiencia<sup>39</sup>, en atención a las circunstancias económicas<sup>40</sup>, a las necesidades de los

---

<sup>35</sup> Muchos años después, la Ley 9/2006, de 6 de junio, no dudaría en invocar, junto a las razones de solidaridad social, las de necesidad para compatibilizar las pensiones del SOVI con las pensiones de la Seguridad Social.

<sup>36</sup> En los mecanismos contributivos la suficiencia se traduce “en una cierta relación de proporcionalidad con la contribución previa”, presente en los criterios de cálculo de las prestaciones. Con todo, tal y como ha advertido el TC (SsTC 103/1983, de 23 noviembre, y 121/1983, de 15 de diciembre), en un régimen de Seguridad Social en el que las prestaciones a que el asegurado tiene derecho son diversas (por ejemplo, jubilación, viudedad) no es posible mantener una relación directa cotización prestación; máxime cuando las circunstancias que concurren en la persona del beneficiario en algunos casos también inciden en el cálculo de la prestación. Por ejemplo, en el caso de desempleo contributivo en el que, como se recoge en el art. 270.3 TRLGSS, las cuantías máximas y mínimas de la prestación varía según se tengan o no hijos a cargo. Esta argumentación ha llevado al TC a sostener que los afiliados a la Seguridad Social no ostentan un derecho subjetivo a una pensión de cuantía determinada por el hecho de haber efectuado una determinada cotización. En estos términos, STC 134/1987, de 21 de julio, que utiliza este razonamiento para rechazar que la imposición de topes máximos afecte al concepto de suficiencia. Sobre el tema, L.E. de la Villa Gil, “El modelo constitucional de protección social”, VV.AA. El modelo social de la Constitución Española de 1978, MTAS, 2003, p. 76. . Sobre el tema, S. Olarte Encabo, *El derecho a prestaciones de Seguridad Social*, CES, 1997, p. 87.

<sup>37</sup> En el nivel no contributivo, en cambio, la suficiencia de la protección se ha relacionado con los mínimos de subsistencia. Las prestaciones no contributivas nacieron con la misión de proporcionar rentas de compensación de necesidades a personas incapacitadas o ancianas que, por no haber trabajado nunca o no haberlo hecho el tiempo suficiente, no tendrían derecho a la protección contributiva, siempre que acrediten insuficiencia de medios de vida. La suficiencia, por tanto, aquí conecta con los recursos o ingresos del solicitante o beneficiario.

<sup>38</sup> En este sentido, STC 128/2009. El mismo TC, por cierto, que ha asumido como un hecho la insuficiencia de la cuantía de las pensiones de jubilación e incapacidad no contributivas que dispensa el sistema de Seguridad Social, aunque haya sido para admitir que las CC.AA complementen vía asistencial esas prestaciones. Así se mantiene en la STC 239/2002 según la que “es una exigencia del Estado Social de Derecho (art. 1 CE) que quienes no tengan cubiertas sus necesidades mínimas por la modalidad no contributiva del sistema de Seguridad Social puedan acceder a otros beneficios o ayudas de carácter o naturaleza diferente”.

<sup>39</sup> Para M. R. Alarcón Caracuel, *La Seguridad Social en España*, Aranzadi, 1999, p.84, “la determinación del nivel de suficiencia queda en manos del legislador ordinario quien actúa sometido, como es obvio, a inevitables condicionamientos financieros del sistema de Seguridad Social, que dependen, primariamente, del desarrollo económico del país”. Con todo, como advirtiera la STC 134/1987, la discrecionalidad con la que puede actuar el legislador no puede suponer en ningún caso arbitrariedad a la hora de fijar la cuantía de las pensiones, que ha de quedar condicionada por las exigencias que derivan de la estabilidad y equilibrio financiero, pero también por lo que se entiende en cada momento como mínimo de suficiencia. En esta línea, M. Ramos Quintana, “De la garantía institucional a la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social en España”, en VV.AA. (M. Ramos Quintana y G. Rojas Rivero, dirs), *Transformaciones del Estado Social y Derecho del Trabajo. Libro homenaje al profesor Manuel Álvarez de la Rosa, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social con motivo de su jubilación*, Comares, 2014, p. 181.

grupos sociales y también a las disponibilidades financieras<sup>41</sup>; pudiendo por ello, en un momento dado, reducir o limitar alguna prestación, sin que pueda interpretarse como una privación de derechos, si el bloque de derechos y prestaciones del asegurado se mantiene en su conjunto<sup>42</sup>.

Como se ha dicho ya, también se suele invocar como si de un principio se tratara la sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social<sup>43</sup>, de la que sin duda depende la suficiencia de sus prestaciones económicas. La razón puede estar en que la sostenibilidad del sistema necesita de la participación del Estado en el sostenimiento de la Seguridad Social y esta participación sí aparecía formulada como directriz en la Ley de Bases de 1963. La sostenibilidad del sistema ha sido utilizada para justificar muchos de los cambios normativos que se han ido aprobando en los últimos tiempos<sup>44</sup>; sin

---

<sup>40</sup> Fueron circunstancias económicas las que llevaron al legislador a la inclusión sistemática y reiterada, en las leyes de presupuestos, de un tope máximo de las pensiones, que vino a sumarse al que ya existía como consecuencia del tope máximo de bases de cotización, haciendo quebrar la proporcionalidad con la cotización. Como diría la STC 83/1993, de 8 de marzo, la fijación de un tope máximo “se halla ligada a consideraciones cambiantes y basadas en la apreciación de las disponibilidades y necesidades de cada momento”. Sobre el tema, A. Comas Barceló, *El tope máximo de las pensiones en el sistema de la Seguridad Social: una limitación injusta*, Tirant lo Blanch, p. 21.

<sup>41</sup> Según L.E. de la Villa Gil, “El modelo constitucional de protección social”, VV.AA. *El modelo social de la Constitución Española de 1978*, MTAS, 2003, p. 76,

<sup>42</sup> Esta argumentación ha llevado al TC a sostener que los afiliados a la Seguridad Social no ostentan un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, es decir, de las pensiones respecto de las que no se ha producido el hecho causante; tampoco a una pensión de cuantía determinada por el hecho de haber efectuado una determinada cotización. En estos términos, STC 134/1987, de 21 de julio, que utiliza este razonamiento para rechazar que la imposición de topes máximos afecte al concepto de suficiencia. Sobre el tema, S. Olarte Encabo, *El derecho a prestaciones de Seguridad Social*, CES, 1997, p. 87.

<sup>43</sup> En este sentido, el Acuerdo sobre revalorización de las pensiones mínimas del sistema de Seguridad Social para el año 2000, suscrito entre el Gobierno y las Organizaciones sindicales CC.OO y UGT el 16 de septiembre de 1999, para el que dicha revalorización se justificaba porque el crecimiento del gasto en los momentos de mejor evolución económica suponía conciliar “el principio de sostenibilidad futura del sistema con los elementos de solidaridad y contributividad”.

<sup>44</sup> En efecto, la seguridad y solvencia del sistema ya se habían utilizado como argumento para justificar la creación de un Fondo de Reserva, con el superávit de la Seguridad Social, para atender necesidades futuras en materia de prestaciones contributivas, originadas por desviaciones entre ingresos y gastos de la Seguridad Social (Ley 28/2003, de 29 de septiembre). La sostenibilidad del Sistema ha vuelto a invocarse para justificar el cambio introducido por la Ley 23/2013, al regula el nuevo factor de revalorización anual para todas las pensiones con el que corregir la evolución de la pensión media, atendiendo a la relación entre ingresos y gastos del sistema. El objetivo es garantizar la suficiencia de las pensiones pero también la sostenibilidad financiera del sistema. Para ello, el criterio a tener en cuenta deja de ser el IPC y se pasa a atender a los ingresos y número de pensiones, al efecto sustitución (derivado de que los pensionistas que entran anualmente en el sistema lo hacen con pensiones distintas de los que salen) y a la diferencia entre ingresos y gastos a lo largo del ciclo económico. Sobre el tema, VV.AA. *Informe del Comité de Expertos sobre el factor de sostenibilidad del sistema público de pensiones*, Madrid, 7 de junio de 2013, p.15. No obstante, para M. I. Ramos Quintana, “De la garantía institucional a la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social en España, en M. I. Ramos y G. Rojas Rivero, *Transformaciones del Estado Social y Derecho del Trabajo. Libro homenaje al profesor Manuel Álvarez de la Rosa. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social con motivo de su jubilación*, Comares, 2014, p. 191, se trata de una

embargo, no es un principio informador sino un objetivo que ha de perseguir el Sistema desde el momento en que la Seguridad Social sólo puede garantizar una protección adecuada si cuenta con medios suficientes. Es claro que la Constitución no prejuzga cómo deba financiarse el sistema, ni cuáles han de ser las aportaciones de los distintos sujetos implicados, incluido el Estado. Por ello, la sostenibilidad es “un concepto que deben decidir los canales democráticos competentes en el diseño del sistema público de pensiones”<sup>45</sup>, teniendo en cuenta que los recursos económicos son siempre limitados<sup>46</sup>.

Por último, los preámbulos de algunas leyes han hecho referencia a la equidad -junto con la contributividad o la proporcionalidad-, unas veces como principio<sup>47</sup>, otras como una “característica” del sistema<sup>48</sup>. Algunas de esas referencias normativas a la equidad pretenden introducir una noción de justicia en la aplicación de los principios que informan el sistema<sup>49</sup>. En la equidad se ha apoyado la doctrina “humanizadora” mantenida por el TS<sup>50</sup> en la interpretación de los requisitos de alta que se exigen para el acceso a prestaciones contributivas del Sistema, para que los objetivos de protección no

---

reforma claramente orientada hacia la contención del gasto público en pensiones, cuando había otras variables de índole presupuestaria, fiscal o laboral que también podrían traerse a colación si lo que se quiere es influir en los ingresos de la Seguridad Social.

<sup>45</sup> Según VV.AA., *Informe del Comité de Expertos sobre el factor de sostenibilidad del sistema público de pensiones*, Madrid, 7 de junio de 2013, p. 23.

<sup>46</sup> En estos términos, SsTC 65/1987, de 21 de mayo; 134/1987, de 21 de julio; 97/1990, de 24 de mayo, 184/1990, de 15 de noviembre; y 361/1993, de 3 de diciembre.

<sup>47</sup> Al “principio” de equidad, pero como principio general de acción en la salud pública, no como principio ordenador, hace referencia la Ley 16/2003. También la Ley 33/2011 de 4 de octubre, alude al principio de equidad junto con el de coordinación y cohesión. Por su parte, la STSJ Madrid de 8 de marzo 2001, AS 2154, a propósito de las pensiones no contributivas plantea que se tengan en cuenta los principios que inspiran en bloque a la Constitución española, como los principios de justicia y de equidad o el de prohibición de la arbitrariedad.

<sup>48</sup> De mantener la “contributividad, proporcionalidad y equidad que caracterizan el sistema Español de Seguridad Social” hablaba el preámbulo del RD Ley 11/2013, de 2 de agosto, de protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, que incluía entre sus objetivos “dar cobertura adecuada a todas las personas que realizan una actividad laboral o profesional”. Al “principio de equidad” ha hecho referencia el RD Ley 20/2012, de 13 de julio, en relación con los subsidios de desempleo. También la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, respecto del procedimiento de cálculo de las pensiones de jubilación.

<sup>49</sup> Como un medio para alcanzar la disminución de las desigualdades sociales (Ley 33/2011). En aras de la equidad en el reconocimiento de las prestaciones se ha defendido la proporcionalidad entre lo cotizado y lo amparado” (ATS 26 de abril de 2012, RJ 8720). Sobre el tema, J. Aparicio Tovar, “La Seguridad Social en la Constitución”, en VV.AA., *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, 2003, p. 809. J. L. Monereo Pérez, “El ciclo largo de la reforma de la Seguridad Social: su significación técnica y político jurídica del proceso de reforma de la Seguridad Social”, en VV.AA. (J.L. Monereo Pérez, dir), *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, La Ley, 2008, p. 149.

<sup>50</sup> Un afirmación que se hace sin desmerecer el innegable papel que, en general, juega la actuación jurisdiccional en la identificación de algunos de esos principios informadores como criterios jurídicos complementarios de interpretación, a la que hacía referencia I, González del Rey Rodríguez, “Capítulo IX. Principios Generales”, en VV.AA. (J. García Murcia, dir.), *El sistema de fuentes de la relación laboral*. Universidad de Oviedo, 2007, p. 300.

se vean frustrados por una aplicación literal de las reglas jurídicas<sup>51</sup>. Se trata, por tanto de criterios (la equidad, la justicia) que en general han de guiar la actuación de los poderes públicos, también cuando esta actuación se lleva a cabo a través de la Seguridad Social, con miras a conseguir, como decía la Ley de Bases de Seguridad Social, esa redistribución de la renta nacional y hacer efectivo con ello el desarrollo del principio de solidaridad. Estos criterios deben tenerse en cuenta en la aplicación e interpretación de las reglas de acceso a la protección del sistema; están en definitiva al servicio de la realización efectiva de los principios que lo informan<sup>52</sup>.

### *3. Principio de solidaridad.*

El primero de los principios que fundamenta el sistema es, sin lugar a duda, la solidaridad. La acción y protección social que el art. 41 CE encomienda a los poderes públicos sólo es posible gracias a la solidaridad<sup>53</sup>. Así lo entendió el TC para quien la gran aportación de este precepto constitucional al sistema de la Seguridad Social ha sido precisamente la consolidación de este principio, que “obliga a sacrificar los intereses de los más favorecidos frente a los más desamparados con independencia incluso de las

---

<sup>51</sup> Un primer paso se dio con la STS 12 noviembre de 1996 RJ 8556, que reconoció como situación asimilada al alta, a los efectos de las prestaciones por muerte y supervivencia, la de los reclusos que cumpliendo los restantes requisitos para el reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social pierden su ocupación por causa del internamiento penitenciario y no consiguen dentro del centro en que se encuentran reclusos un puesto de trabajo remunerado, a pesar de la previsión del artículo 25.2 de la Constitución. Para el TS esta situación guarda indudable analogía con la imposibilidad de trabajar que caracteriza al desempleo, por lo que utilizando los cánones hermenéuticos de la interpretación conforme a la Constitución y de la interpretación evolutiva debe atribuírsele el mismo régimen jurídico de asimilación al alta que se aplica a tal situación de desempleo en el artículo 2.4 de la OM 13 febrero 1967. Después vendrían otras sentencias que reconocerían el derecho a la prestación de viudedad en supuestos en los que el causante, inscrito como demandante de empleo, no acreditaba 500 días cotizados en los cinco años anteriores al hecho causante, que exige la Ley, al haber permanecido ese periodo en situación de desempleo involuntario, pero superaba ampliamente ese número en toda su vida laboral, SsTS de 15 de octubre de 1997, RJ 7352, 7 de mayo 1998 (RJ4102), 19 de julio de 2001 (RJ 2002, 580). “Cuando la normativa exige que se acrediten cotizaciones acumuladas en un periodo próximo al acontecimiento de la contingencia protegida”, se ha recurrido a reglas de cómputo que descartan el tiempo en que el asegurado no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad como la situación de desempleo involuntario; de manera que, en esos casos, procede excluir este período involuntario como paréntesis no computable. La Sala de lo social del TS hizo suya esta doctrina, para distintas prestaciones, en sus Sentencias de 1 julio 1993 (RJ 6879), 10 diciembre 1993 (9771) y 24 octubre 1994 (RJ 8106), entre otras. Para el TS tampoco deben ignorarse las especiales circunstancias que el alcoholismo crónico y otras drogodependencias producen en el orden y previsión normal de la vida laboral y que deben ser tenidas en cuenta para humanizar y flexibilizar los requisitos legales, bien es verdad que no hasta el extremo de que por sí solas con una carencia de 500 días de cotización en cualquier tiempo sean suficientes para disfrutar de las prestaciones contributivas, pues ello significaría la creación de una nueva prestación y no humanización de la legalmente prevista.

<sup>52</sup> J. Martínez Girón, “Universalidad y equidad en la asistencia sanitaria”, en VV.AA. (aesss), *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Ediciones Laborum, 2016, pp. 659 y ss.

<sup>53</sup> SsTC 146/1986, 134/1987.

consecuencias económicas de estos sacrificios”<sup>54</sup>, con la finalidad de alcanzar una más justa redistribución de la renta o riqueza nacional. A la “aspiración social de solidaridad” aludió en su momento el legislador (preámbulo Ley 26/1990) para justificar la incorporación de las prestaciones no contributivas en la acción protectora del sistema.

A partir de la aprobación de la Constitución, como consecuencia del nuevo diseño de la organización territorial del Estado, la solidaridad adquiere una “nueva” dimensión como solidaridad interterritorial, que ha servido para justificar, junto con el principio de unidad al que se hará referencia más adelante, el mantenimiento del carácter (no ya único sino también) unitario del sistema y de su régimen económico<sup>55</sup>, mediante esa atribución unitaria de competencias al Estado en materia de legislación básica y régimen económico (art. 149.1.17 CE). Con ello se trata de evitar que condicionamientos territoriales puedan provocar la insolidaridad de las prestaciones del sistema<sup>56</sup>.

Más allá de su reconocimiento constitucional y legal como principio que ha de inspirar el sistema, la concreción y el grado de desarrollo con que se manifieste esa solidaridad va depender de la decisión del legislador en cada momento<sup>57</sup>, y, en particular, del modelo de protección por el que se opte.

Probablemente sea la solidaridad dentro del mismo nivel contributivo (en los términos en que se pronunciaba la LBSS 1963, “... de lo vivos respecto de los muertos, de los que tienen trabajo respecto de los que no lo tienen...”) la que sirva para justificar la especial atención que desde este nivel se ha dado, en algunos supuestos, a la dependencia económica, con niveles asistenciales, flexibilizando algunos requisitos (de alta o situación asimilada al alta) pero manteniendo exigencias de cotización<sup>58</sup>; o la toma en consideración de las cargas familiares para la cuantificación de la prestación, en

---

<sup>54</sup> M.A. Martínez-Gijón Menchaca, *Protección Social, Seguridad Social y Asistencia Social*, CES, 2005, p. 105.

<sup>55</sup> Según el TC (STC 124/1989, de 7 de julio) la CE, partiendo de esa solidaridad interterritorial, “ha establecido e impuesto el carácter unitario del sistema y de su régimen económico, la estatalidad de los fondos financieros de la Seguridad Social y, por ende, la competencia exclusiva del Estado no sólo de normación sino también de disponibilidad directa sobre esos fondos propios”.

<sup>56</sup> B. Suárez Corujo, *La protección social en el Estado de las Autonomías*, iustel, 2006, p. 35. Sobre el tema, VV.AA., *El funcionamiento del Estado Autonomico*, MAP, 1999, p. 405.

<sup>57</sup> J. García Murcia, “Art. 2”, en VV.AA. (A. Martín Valverde y J. García Murcia, dirs), *Ley General de Seguridad Social*. La Ley, 2009, p.28.

<sup>58</sup> Este principio también se ha invocado para justificar, por ejemplo, la exención del periodo de carencia para los accidentes, sean o no de trabajo y para las enfermedades profesionales; o la flexibilización de los requisitos de acceso a las prestaciones, lo que ha sucedido, por ejemplo, con la pensión temporal de viudedad, que introdujo la Ley 40/2007, que se concede al cónyuge del causante cuando no puede acceder a la pensión de viudedad porque la duración del matrimonio no ha alcanzado el año o no han tenido hijos en común, y la muerte se ha producido por enfermedad común. Sobre el particular, J. López López, “Pensión de viudedad y dependencia económica: un análisis de las reformas desde el punto de vista del género”, en VV.AA. (J. López López y C. Charcategui Jávega, dirs.), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo, 2005, p. 113.

algunos casos; también para justificar la modificación del sistema de incompatibilidades (de nuevo en el caso de la pensión de viudedad) para aumentar el nivel prestacional<sup>59</sup>. Al reforzamiento de la solidaridad hizo referencia el Pacto de Toledo para justificar el incremento de la edad máxima de mantenimiento de las pensiones de orfandad o la mejora de las pensiones de viudedad, en el caso de menores ingresos, que incorporaría al TRLGSS la Ley 40/2007, de 4 de diciembre.

En la clásica solidaridad, en este caso, de quienes no tienen hijos respecto de quienes los tienen, se apoyan las medidas en materia de beneficios por el cuidado de hijos, que se introdujeron con la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, desarrolladas por el Real Decreto 1716/2012, de 28 de diciembre, que permiten computar como período de cotización, a todos los efectos, el período de interrupción de la actividad laboral para cuidado de hijos<sup>60</sup>.

La solidaridad ha sido utilizada por el TC para defender que el concepto de «pensión adecuada» no se considere aisladamente, atendiendo a cada pensión singular, sino teniendo en cuenta el sistema de pensiones en su conjunto, sin que pueda prescindirse de las circunstancias sociales y económicas de cada momento, y sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> J. López López, “Pensión de viudedad y dependencia económica: un análisis de las reformas desde el punto de vista del género”, en VV.AA. (J. López López y C. Charcategui Jávega, dirs.), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo, 2005, p. 115.

<sup>60</sup> Según el artículo 9 de RD 1716/2012, sobre el beneficio por cuidado de hijos o menores acogidos y base de cotización a considerar en la base reguladora de otras prestaciones, cuando el periodo computable como cotizado en concepto de beneficio por cuidado de hijos o menores acogidos esté comprendido dentro del periodo de cálculo para la determinación de la base reguladora de las prestaciones, la base de cotización a considerar estará constituida por el promedio de las bases de cotización del beneficiario correspondientes a los seis meses inmediatamente anteriores al inicio de la interrupción de la cotización o, en su caso, cuando existan intermitencias en la cotización, las correspondientes a los seis meses cotizados inmediatamente anteriores a cada periodo que se compute. Si el beneficiario no tuviera acreditado el citado período de seis meses de cotización, se computará el promedio de las bases de cotización que resulten acreditadas, correspondientes al período inmediatamente anterior a la interrupción de la cotización. Téngase en cuenta también que, según el art. 237.3 TRLGSS, las cotizaciones realizadas durante los periodos en que se reduce la jornada según lo previsto en el tercer párrafo del artículo 37.6 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se computarán incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal.

<sup>61</sup> En este sentido STC 127/2015, a propósito de un supuesto deber de actualización periódica de las pensiones, que el TC interpreta con cautela dejando en manos del legislador la decisión de actualizar o no, y, en su caso, en qué cuantía, las pensiones devengadas, al condicionar la acción normativa a las disponibilidades económicas.

A la solidaridad (junto a la firmeza) también se ha apelado, en los últimos tiempos, a la hora de luchar contra el empleo irregular y el fraude en la Seguridad Social “como forma de preservar plenamente los derechos laborales y sociales reconocidos en nuestra Constitución y en las leyes y que constituyen la esencia de nuestro Estado del Bienestar” (tal y como decía el preámbulo de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre).

La solidaridad, referida a la acción y protección del sistema de Seguridad Social, se ha entendido ante todo como una solidaridad intergeneracional e intrageneracional; lo que aplicado a la financiación de las prestaciones a las que tiene que hacer frente la Seguridad Social implica que, cada ejercicio, estas se han de financiar con los recursos, ya se trate de cotizaciones ya de transferencias desde los presupuestos generales del Estado, provenientes del mismo ejercicio presupuestario<sup>62</sup>. Mucho antes de su formulación legal expresa, este principio ya estaba presente en la base del sistema financiero de reparto que se ha venido aplicando en todos los regímenes que integran nuestro sistema de la Seguridad Social (actualmente regulado en el art. 110 TRLGSS). En una mecánica de protección social contributiva, la solidaridad supone que las generaciones jóvenes (en activo) pagan cotizaciones para que, con ellas, se financien las prestaciones de los mayores o necesitados. Por lo tanto, la solidaridad explica que la lógica de la cotización y la de la protección respondan a reglas propias<sup>63</sup>.

Desde el punto de vista de este principio ha planteado dudas la separación de los recursos para la financiación de la acción protectora de la Seguridad Social, que se inició, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, con la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social<sup>64</sup>. La medida se adoptó, supuestamente, para adecuar las fuentes de financiación de las obligaciones de la Seguridad Social a la naturaleza de estas. En tal sentido, todas las prestaciones de naturaleza no contributiva y de extensión universal pasaban a ser financiadas a través de aportaciones del Estado; mientras que las prestaciones netamente contributivas se financiarían con las cotizaciones de empresas y trabajadores. El proceso trajo consigo algunos ajustes en la consideración de la naturaleza de algunas prestaciones, en concreto, de los complementos a mínimos de las pensiones contributivas (Ley 21/2001) y de las prestaciones económicas por hijos a cargo (Ley 52/2003), para justificar su financiación con cargo a los presupuestos. No dejaba de ser curioso que se hubiera empezado por adecuar la financiación a la naturaleza de la

---

<sup>62</sup> A. Venturi, *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, MTAS, 1995, p. 402.

<sup>63</sup> Como defendió la STC 189/1987, de 24 de noviembre, invocando lo dicho en el Auto 303/1985 para justificar la ineficacia de las cotizaciones ingresadas fuera del plazo reglamentario Al principio de solidaridad ha recurrido expresamente el Real Decreto Ley 3/2016, de 2 de diciembre, para justificar la necesidad de actualizar, para el año 2017, las cuantías del tope máximo de la base de cotización a la Seguridad Social, en los regímenes que lo tengan establecido, así como de las bases máximas de cotización en cada uno de ellos (incrementándolas en un 3 por ciento respecto a las vigentes en el presente ejercicio).

<sup>64</sup> Con más detalle, sobre los cambios introducidos por esta Ley, F. Salvador Pérez, “La racionalización de la pensión contributiva de jubilación”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº 12, Servicio de Publicaciones, UCM, Madrid, 1998, pp. 57 y ss.

prestación para después modificar esta, en algunos casos, con el objeto de cambiar la fuente de financiación.

En concreto, parecía criticable lo que se calificó como “expulsión” al nivel no contributivo de los complementos para mínimos porque, se decía, encajan con dificultad en la protección no contributiva puesto que, al otorgarse “indisolublemente unidos con la pensión contributiva que corresponda al beneficiario”, no se dirigen a todos los ciudadanos, por más que se justifiquen para atender a situaciones de necesidad<sup>65</sup>. Pero, tampoco debería olvidarse que los sujetos que se benefician de esos complementos también han contribuido con sus impuestos a financiar la protección no contributiva.

Desde una perspectiva que atiende al sistema en su conjunto no parece insolidario que se vayan equilibrando los elementos contributivos y no contributivos, mediante un aumento de los factores no contributivos<sup>66</sup>, especialmente si el objetivo es ampliar la protección que se llevaba a cabo con esas técnicas. No obstante, alguna reflexión merece, desde el punto de vista de la solidaridad, esa apuesta que parece haberse hecho por ampliar la “asistencialidad” del nivel contributivo como alternativa, tal vez más “sostenible” desde el punto de vista económico, a ampliar la protección no contributiva.

De otro lado, la separación de las fuentes de financiación tropieza con el inconveniente que supone que cada vez hay un mayor número de prestaciones que comparten notas del nivel contributivo y del no contributivo (exigen estar en alta o situación asimilada al alta y periodos de carencia; pero también la concurrencia de situaciones de necesidad e insuficiencia de recursos). Por ello, no están nada claras las concretas opciones que se han seguido. Por ejemplo, no se entiende muy bien que la prestación económica por maternidad en el supuesto especial del art. 181 TRLGSS, prevista para las trabajadoras incluidas en el Régimen general en caso de parto, cuando no se reúnen los requisitos de cotización, haya pasado a tener naturaleza no contributiva a efectos de su financiación (art. 109.3.b.3º TRLGSS); mientras que el subsidio de desempleo en el nivel asistencial (art. 274 TRLGSS) siga siendo una protección contributiva; máxime si se tiene en cuenta que en la primera de estas prestaciones, pese a ser no contributiva en su financiación, la situación de necesidad se presume en todo caso, y en la segunda, que, como se ha dicho, sigue siendo contributiva a efectos de su financiación, la situación de necesidad que permite acceder al subsidio queda condicionada a la concurrencia de unos determinados requisitos.

---

<sup>65</sup> Sobre el tema, F. Cavas Martínez y F. J. Fernández Orrico, “Acción protectora no contributiva (Pensiones, complementos a mínimos y prestaciones familiares)”, *Foro de la Seguridad Social*, nº 17, 2007, p. 119. Para M.R. Alarcón Caracuel, “La financiación de la Seguridad Social”, VV.AA. *La reforma de las pensiones de 1997*, Marcial Pons, 1999, p.19, la contributividad o su contrario no constituyen un rasgo intrínseco de las prestaciones sino extrínseco, al tener que ver exclusivamente con la forma de financiar su coste, que por tanto no pertenece a su naturaleza.

<sup>66</sup> Y. Sánchez-Urán Azaña, *Seguridad Social y Constitución*, Civitas, 1995, p.49.

Por ello, no deberían adoptarse decisiones sobre el particular sin analizar de qué manera la separación de fuentes de financiación, que pretende introducir una autonomía en las técnicas de protección que se utilizan en cada nivel<sup>67</sup>, reduce la solidaridad, no sólo dentro de cada nivel sino también entre niveles de protección. Según el legislador, la solidaridad no tendría por qué verse afectada si hay una adecuada coordinación de las esferas contributiva y no contributiva de protección. Al menos ese ha sido el argumento de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, para modificar el régimen jurídico de los complementos a mínimos de las pensiones contributivas con el objetivo de que, en ningún caso, el importe de tales complementos sea superior a la cuantía de las pensiones de jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas, vigentes en cada momento.

#### 4. Principio de universalidad.

Según el art. 41 CE, el régimen público de Seguridad Social debe prestar su protección ante situaciones de necesidad a todos los ciudadanos, lo que parece incorporar, al menos así lo ha entendido el TC<sup>68</sup>, un principio de universalidad de la protección en una doble dimensión, subjetiva y objetiva<sup>69</sup>. Ahora bien, en todo caso esa universalidad, que el art. 2.1 TRLGSS ha consagrado como uno de los principios del sistema de la Seguridad Social, va a estar necesariamente condicionada por los mecanismos de protección (contributivos o no contributivos) y las fuentes de financiación por los que se opten<sup>70</sup>.

En este punto conviene recordar que en el momento de aprobarse la CE la protección de la Seguridad Social se extendía a trabajadores que sufrían contingencias que les impedían obtener rentas profesionales. En la actualidad, este planteamiento sigue estando en la base del nivel profesional-contributivo del sistema<sup>71</sup>, y se justifica en la

---

<sup>67</sup> Como tal la califica J. Aparicio Tovar, "La Seguridad Social en la Constitución", VV.AA *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, 2003, p. 808.

<sup>68</sup> Así lo advirtió la STC 103/1987 para la que la fórmula del art. 41 CE obedecía a la voluntad de superar la primitiva perspectiva legal, que se contenía en la Ley de Bases de la Seguridad Social del 1963, donde era prioritaria la noción de riesgo.

<sup>69</sup> La generalidad objetiva orientará la extensión objetiva de la protección de manera que el remedio frente a las situaciones de necesidad debe jugar un papel decisivo a la hora de plantear la función estatal en que se convierte la Seguridad Social (STC 197/2003, de 30 de octubre). Ahora bien esta universalidad de la protección ha sido relativizada en su versión objetiva por la doctrina del TC según la que no debe interpretarse como un alcance ilimitado de la protección (STC 103/1983). La universalidad de que habla el art. 41 CE significa proteger a todos los ciudadanos que lo necesiten, cuando se vean afectados por una determinada situación de necesidad.

<sup>70</sup> Sobre el tema, M.R. Alarcón Caracuel, *La Seguridad Social en España*, Aranzadi, 1999, p. 73.

<sup>71</sup> En este nivel profesional o contributivo, la universalidad se ha articulado con el criterio de profesionalidad del art. 7 TRLGSS, que ha servido de base para construir el campo de aplicación del sistema a efectos de las prestaciones contributivas. Sobre el tema, I. Rodríguez Cardo, *Ámbito subjetivo del sistema español de Seguridad Social*, Thomson/Aranzadi, 2006, p. 45.

medida en que los trabajadores son un grupo importante dentro de ese colectivo de ciudadanos al que hace referencia el art. 41 CE<sup>72</sup>.

Además el desarrollo de este principio ha impulsado la progresiva ampliación de la acción protectora del sistema a todos aquellos que desarrollen una actividad profesional en territorio nacional<sup>73</sup>, ya sea como trabajadores asalariados, ya como trabajadores por cuenta propia o autónomos, ya como funcionarios<sup>74</sup>; también a otros colectivos que realizan actividades que no se encuadran en ninguna de esas categorías, mediante una operación de asimilación<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> F.J. Fernández Orrico, “La Seguridad Social en el XXV aniversario de la Constitución”, *RMTAS*, nº 49, 133.

<sup>73</sup> La universalidad profesional a la que por tanto parece orientada la acción protectora del sistema en el nivel contributivo se encuentra limitada, como se acaba de decir, por un criterio de territorialidad que aparece mencionado en el art. 7 TRLGSS. Para estar incluido en el sistema a efectos de las prestaciones contributivas no basta con realizar una actividad profesional sino que es necesario que, cualquiera que sea la nacionalidad del sujeto, ésta se lleve a cabo en territorio nacional (sobre el tema, S. González Ortega (dir) *La protección social de los Extranjeros en España*, Proyecto de Investigación FiPROS-2006/94, p. 19, [www.seg-social.es](http://www.seg-social.es)). Los trabajadores extranjeros regulares que acceden a un trabajo tienen derecho, en las mismas condiciones que un nacional a la protección del sistema en el nivel contributivo mientras que los trabajadores irregulares sólo tendrán derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas (art. 7 TRLGSS en relación con art. 14 Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social) Como ha dicho la doctrina la “territorialidad resulta un imperativo tanto de la financiación como de la gestión de un sistema de Seguridad Social” (I. Rodríguez Cardo, *Ámbito subjetivo del sistema español de Seguridad Social*, Thomson/Aranzadi, 2006, p. 127) Otro tema distinto es que la prestación sucesiva de una actividad profesional en diversos Estados obligue a la coordinación de los sistemas de Seguridad Social en la concesión de prestaciones; o que el ejercicio de una actividad profesional en España permita extender la protección a un sujeto que en el momento de acceder a la misma ya no se encuentra en España. En este sentido debe recordarse que la normativa internacional ha incorporado un principio de conservación derechos de Seguridad social que pretende garantizar que el trabajador pueda conservar las prestaciones que ha generado en el país de origen y que estas puedan ser exportadas a su país de origen (sin perjuicio de que haya que estar a las reglas particulares de cada prestación). Sobre estos temas, L. Mella Méndez, “La prestación por desempleo en el Derecho Social comunitario. Régimen jurídico de las prestaciones por desempleo derivadas del Derecho Social comunitario”, *Revista Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 77, 1988, p.15. C. Sánchez-Roda Navarro, “Novedades en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sobre el Reglamento 1408/71”, en C. Sánchez-Roda Navarro (coord.), *El Reglamento Comunitario 1408/71. Nuevas cuestiones, viejos problemas*, Laborum 2008, p. 30. Más extensamente sobre Seguridad Social como objeto de armonización, J.M. Miranda Boto, *Las competencias de la Comunidad Europea en Materia Social*, Thomson Reuters, 2009, pp. 245 y ss.

<sup>74</sup> No obstante, como advierte I. Rodríguez Cardo, *Ámbito subjetivo del sistema español de Seguridad Social*, Thomson/Aranzadi, 2006, p. 74, por sus peculiaridades, los funcionarios han de quedar encuadrados en su régimen especial, de manera que bajo la denominación de Régimen especial de funcionarios “se esconde un entramado complejo, con presencia de mecanismos diferentes en función del concreto colectivo y con una acción protectora no coincidente”.

<sup>75</sup> La asimilación es una técnica que ha venido utilizando la Seguridad Social como mecanismo para facilitar la integración en el sistema de personas que aun desarrollando efectivamente una actividad profesional permanecían fuera del mismo, como los socios trabajadores, los administradores y consejeros de sociedades mercantiles de capital, o los cargos representativos de los sindicatos; pero también para permitir la inclusión en el sistema de personas que propiamente no realizan una actividad profesional y,

Todas estas personas han quedado integradas en el ámbito de aplicación del sistema de la Seguridad Social a efectos de acceder a las prestaciones contributivas. Así lo dice expresamente la norma (art. 7 TRLGSS). Pero una cosa es que esa integración los convierta en sujetos protegidos por el sistema y otra distinta que sean beneficiarios de las prestaciones que contempla el sistema. La Seguridad Social garantiza a las personas comprendidas en el nivel contributivo, y a sus familiares o asimilados a su cargo, la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en la ley (art. 2.2 TRLGSS), siempre que cumplan los requisitos que para cada prestación se exigen. Por lo tanto, la acción protectora de las personas incluidas en el ámbito de aplicación del sistema en el nivel contributivo depende del cumplimiento de algunos requisitos, más o menos exigentes según la prestación de que se trate y la contingencia (común o profesional) que la causa<sup>76</sup>.

La tendencia a la universalidad profesional del sistema, que, según se ha visto, es como se manifiesta el principio cuando se proyecta en nivel contributivo, no parece incompatible con la exclusión que recoge el art. 7.5 TRLGSS, según la que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, y oídos las organizaciones sindicales más representativas o el colegio oficial competente, podrá, a instancia de los interesados, excluir del campo de aplicación del régimen de la Seguridad Social correspondiente, a las personas cuyo trabajo por cuenta ajena, en atención a su jornada o a su retribución, pueda considerarse marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida. En todo caso más que una restricción a la universalidad profesional es una excepción a la obligatoriedad de la integración en el Sistema “a instancia de los interesados”.

En este nivel contributivo de protección, la situación de necesidad se presume por la simple producción de la contingencia<sup>77</sup>. Por lo tanto, el “estado de necesidad” que motiva la protección es aquél en que se encuentra cualquier persona, incluida en el ámbito de aplicación de la Seguridad Social cuando sufre alguna de las contingencias protegidas por el sistema, si reúne los requisitos que exige la Ley, con independencia de sus circunstancias económicas. De esta forma, la universalidad objetiva alcanza un alto nivel de desarrollo. El acceso a la protección, esto es, el reconocimiento de las prestaciones de jubilación, viudedad, orfandad, incapacidad, con que se protegen esas contingencias, no depende de la situación económica del beneficiario. Las prestaciones se calculan de forma objetiva<sup>78</sup>. Sólo en algunos casos excepcionales (prestaciones por

---

por tanto, en principio, no son destinatarios naturales de la protección contributiva del sistema, como los estudiantes, a los que se hace referencia expresa en el art. 7 TRLGSS, los cuidadores no profesionales de personas dependientes (RD 615/2007, de 11 de mayo) o los religiosos y religiosas de la Iglesia Católica así como los ministros de culto de determinadas confesiones religiosas. Sobre el tema, I. A. Rodríguez Cardo, *Ámbito subjetivo del Sistema Español de Seguridad Social*, Thomson/Aranzadi, 2006, p. 62

<sup>76</sup> S. González Ortega y S. Barcelón Cobedo, *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo blanc, 3ª edición, 2015, p.194.

<sup>77</sup> Se trata de una presunción *iuris et de iure*, que ni debe ser probada ni admite prueba en contrario. En estos términos, M.R. Alarcón Caracuel, *La Seguridad Social en España*, Aranzadi, 1999, p.82

<sup>78</sup> S. Olarte Encabo, *El derecho a prestaciones de Seguridad Social*, CES, 1997, p. 70.

muerte y supervivencia a favor de familiares; subsidio de desempleo en el nivel asistencial) se exige acreditar falta de ingresos. Y, en otros, la cuantía de la prestación varía en función de circunstancias personales como pueda ser la edad del beneficiario o tener cargas familiares (subsidio por desempleo, pensión de viudedad).

No obstante esta progresiva ampliación del ámbito subjetivo y de la acción protectora del nivel contributivo, a partir de la aprobación de la Constitución, parecía claro que la plena efectividad de este principio de universalidad no se podía alcanzar con formas de protección exclusivamente contributivas<sup>79</sup>. De ahí que el legislador considerase necesario incluir una protección no contributiva. En este sentido, la Ley 26/1990, al incorporar en la acción protectora del sistema las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez, no dudó en justificar esta opción “como desarrollo del principio rector contenido en el artículo 41 de nuestra Constitución, que encomienda a los poderes públicos el mantenimiento de un «régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos»”<sup>80</sup>.

Con todo, a la hora de valorar el nivel de desarrollo que ha alcanzado el principio como consecuencia de la regulación de este nivel no contributivo de protección, conviene recordar que, desde un primer momento, se optó por limitar el acceso a estas prestaciones no contributivas a la concurrencia de tres “requisitos”: carencia de recursos, residencia en España<sup>81</sup>, con cierta antigüedad respecto de algunas prestaciones

---

<sup>79</sup> Según M.R. Alarcón Caracuel, *La Seguridad Social en España*, Aranzadi 1999, p. 73, “un sistema de Seguridad Social que sólo tuviera un nivel contributivo no cumpliría con el principio de universalidad puesto que dejaría de proteger a todas aquellas personas que pueden estar en situación de necesidad pero que, por no haber desarrollado una actividad profesional, no han cotizado previamente al sistema”.

<sup>80</sup> En concreto, la Ley 26/1990, de 26 de diciembre, por la que se establecieron pensiones de jubilación e invalidez no contributiva, pretendía completar las reformas básicas del sistema de la Seguridad Social iniciadas con la Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social, cuyo preámbulo ya preveía que, el siguiente paso, habría de ser «una regulación unitaria de las distintas acciones de los poderes públicos para integrarlas en un nivel no contributivo de pensiones en favor de aquellos ciudadanos que, encontrándose en situación de necesidad protegible, carezcan de recursos económicos propios suficientes para su subsistencia». Sobre el tema, F.J. Fernández Orrico, “La Seguridad Social en el XXV aniversario de la Constitución”, *RMTAS*, nº 49, 133.

<sup>81</sup> En el art. 41 CE la universalidad subjetiva parece vinculada a la ciudadanía que no a la residencia, sin embargo, no es exactamente esta la opción seguida por el art. 7.2 TRLGSS al delimitar el ámbito de aplicación del sistema a efectos de las prestaciones no contributivas, pues, de un lado, condiciona el acceso de los ciudadanos a este nivel de protección a la residencia en territorio español, en una aplicación del criterio de territorialidad, que suele utilizarse al delimitar el ámbito de aplicación de los sistemas, máxime cuando la protección no surge de una vinculación previa; y, de otro, extiende la protección a extranjeros que residan legalmente en territorio español, en los términos previstos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y, en su caso, en los tratados, convenios, acuerdos o instrumentos internacionales aprobados, suscritos o ratificados al efecto (A.V. Sempere Navarro y G.L. Barrios Baudor, *Las pensiones no contributivas*, Aranzadi, 2001, p. 36, para quienes la residencia es un concepto legal sobre el que no caben presunciones ni excepciones que atiendan a la nacionalidad del interesado). De esta forma, y por razones tanto financieras como de política migratoria, la residencia se convierte en un requisito de acceso al

(pensiones de invalidez y jubilación no contributiva)<sup>82</sup>, y concurrencia de un “hecho causante” determinante de la situación de necesidad. Un “hecho causante”, por cierto, que recuerda las circunstancias (la discapacidad física, psíquica y sensorial; la vejez) o conecta con los objetivos (protección integral de los hijos) propios de la acción protectora que viene desplegando el sistema de Seguridad Social en el nivel contributivo<sup>83</sup>.

Por lo tanto, el sistema público de Seguridad Social en ningún caso protege la situación de necesidad que provoca simplemente carecer de recursos, sino sólo aquella que se vincula a una determinada contingencia. Una opción que probablemente se justifica por la necesidad de limitar los potenciales beneficiarios de la protección. Como ha dicho el TC (S. 38/1985, de 13 de febrero), la Constitución permite, aunque no impone, una diferente protección en atención a las causas que originan las situaciones de necesidad y, por tanto, no es ilegítimo ni irrazonable que el legislador o el Gobierno puedan tomar en consideración estos factores causales para acordar un régimen jurídico diverso (STC 375/1993 y ATC 573/1986).

##### 5. Principio de unidad.

Según ha interpretado el TC<sup>84</sup>, ese sistema de protección social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y protecciones suficientes ante situaciones de necesidad, se ha de materializar en un único régimen de Seguridad Social que ofrezca una protección única y unitaria a todos los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación. Esta unidad de protección constituye otro de los principios que inspiran la configuración de la Seguridad Social, enumerados en el art. 2.1 TRLGSS, que el art. 10.5 TRLGSS ha preferido formular como una “tendencia a la unidad”<sup>85</sup>.

---

reconocimiento de la prestación pero también en un requisito para su conservación, lo que impide la exportabilidad de las prestaciones no contributivas (B. Alonso-Olea García, *Derecho de la protección social*, Thomson Reuters, Civitas, 2015, p. 62). Con todo, esta solución normativa resulta avalada por la jurisprudencia del TJUE según la que “pueden concederse prestaciones estrechamente ligadas al entorno social, condicionadas a un requisito de residencia en el Estado de la institución competente” siempre que esté objetivamente justificado y sea proporcionado (STJUE de 11 de septiembre de 2008, C-228/07).

<sup>82</sup> Arts. 363.1.b) y 369.1 TRLGSS exigen residir legalmente en territorio español y haberlo hecho durante cinco años o diez años entre los 16 años y la fecha de devengo, según la prestación. De esos años de residencia exigidos, dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la pensión.

<sup>83</sup> Para F.J. Fernández Orrico, “La Seguridad Social en el XXV Aniversario de la Constitución”, *RMTAS*, nº 49, 2004, p. 149, la interpretación más adecuada del art. 41 CE es la que identifica la “asistencia”, a que se refiere el precepto, con las prestaciones no contributivas, y las “prestaciones sociales” con las prestaciones de naturaleza contributiva.

<sup>84</sup> STC 184/1993, de 31 de marzo.

<sup>85</sup> Téngase en cuenta que, como se ha dicho ya, el principio de unidad inspira la organización de la Seguridad Social desde la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963. Según A. Venturi, *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, MTSS, p. 412, “dicho principio deriva como consecuencia natural de la globalidad del objeto de la propia seguridad social, de la universalidad de su campo de aplicación y de la solidaridad entre todos los ciudadanos y entre las siguientes generaciones que garantizan los medios de vida”.

La unidad del régimen público de Seguridad Social explica la atribución al Estado de competencia exclusiva sobre legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17 CE)<sup>86</sup>. El adecuado desarrollo de este principio precisa una unidad de regulación para que los requisitos de acceso a la protección y su contenido sean uniformes en todo el territorio nacional, y se exijan y calculen conforme a las mismas reglas; y exige una unidad “en la determinación, disponibilidad y distribución de los fondos dedicados a desarrollar la acción protectora del sistema, con independencia de su procedencia (cuotas, aportaciones presupuestarias...)”<sup>87</sup>, para lo que es precisa una unidad en la titularidad de esos fondos<sup>88</sup>. No resulta compatible con este principio que puedan llevarse a cabo políticas territoriales de Seguridad Social distintas en cada CCAA (STC 33/2014, de 27 de febrero)<sup>89</sup> ni la yuxtaposición de ordenamientos diversos, independientes unos de otros, basados en principios diferentes o con fines particulares<sup>90</sup>.

Este principio de unidad ha orientado la progresiva simplificación de los distintos regímenes que han venido integrando el sistema<sup>91</sup>. El objetivo es alcanzar una situación

---

<sup>86</sup> Conviene recordar que el art. 41 CE es un precepto neutro en el sentido de que impone el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social a los «poderes públicos», sin prejuzgar cuáles deban ser éstos. En concreto, según la STC 239/2002 (siguiendo lo establecido en la STC 13/1992) “el art. 41 CE hace un llamamiento a todos los poderes públicos para que subvengan a paliar estas situaciones de necesidad, lo que ha de ser realizado por dichos poderes públicos en el ámbito de sus respectivas competencias”. Por ello, “los criterios de individualización de tales instancias, como centros competenciales aptos para asumir los compromisos que les impone la Constitución, han de buscarse en el Título VIII de la Constitución, en concreto en el art. 149.1.17ª de la Constitución, que atribuye al Estado, dentro de su competencia exclusiva, preservar la unidad del sistema español de Seguridad Social...”.

<sup>87</sup> J. García Murcia y M.A. Castro Argüelles, “Pensiones de Seguridad Social y Comunidades Autónomas: datos para un estudio”, *Parlamento y Constitución*, nº 4, 2000, p. 82.

<sup>88</sup> De esta forma, el principio de unidad se ha materializado en un “principio de unidad presupuestaria de la Seguridad Social que significa la unidad de titularidad y por lo mismo la titularidad estatal de todos los fondos de la Seguridad Social”, incluidas las cuotas de las personas obligadas. Así lo ha mantenido el TC para el que si faltara ese “único titular de los recursos financieros del sistema público de aseguramiento social, tanto para operaciones presupuestarias como extrapresupuestarias, no podría preservarse la unidad del sistema” (STC 239/2002, de 11 de diciembre). Por ello, corresponde al Estado la competencia para la disponibilidad directa de los fondos propios, la previsión de pagos, las provisiones de fondos y también la ordenación de pagos a cargo de los fondos de la Seguridad Social (STC 124/1989, FJ 6).

<sup>89</sup> En esta línea se había pronunciado la STC 195/1996, de 2 de noviembre, según la que la mención separada del “régimen económico” como función exclusiva del Estado trata de garantizar la unidad del sistema de la Seguridad Social y no sólo la unidad de su regulación jurídica, impidiendo diversas políticas territoriales de Seguridad Social en cada una de las Comunidades Autónomas.

<sup>90</sup> A. Venturi, *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, MTSS, p. 412.

<sup>91</sup> En concreto, el principio de unidad ha justificado la integración en el régimen general de los empleados del hogar y de los trabajadores por cuenta ajena del ámbito agrario, por más que se mantenga para cada uno de ellos un sistema especial. En el mismo proceso se procedió a la integración en el régimen de autónomos de los trabajadores agrarios por cuenta propia. Este principio se ha invocado igualmente para fundamentar la integración en el régimen general de buena parte de los funcionarios públicos; por más que el de los funcionarios siga sin ser un ámbito donde la protección social mantenga una línea uniforme. Varios colectivos de funcionarios continúan teniendo regímenes especiales de seguridad social fuera del sistema de Seguridad Social, con mecanismos de protección diversificados en tres mutualidades y un

en la que sólo haya dos grandes regímenes en los que queden encuadrados, por un lado, los trabajadores por cuenta propia y, por otro lado, los trabajadores por cuenta ajena<sup>92</sup>; y en la que además la protección social entre ambos sea equiparable<sup>93</sup>.

El desarrollo de este principio de unidad conecta también con la tendencia a la homogeneidad con el régimen general, de que se hablaba expresamente en los arts. 10.3 y 10.4 TRLSS 1994, que se mantiene en el nuevo TRLGSS 2015<sup>94</sup>, como criterio que inspira la regulación de los regímenes especiales, condicionado, no obstante, por las disponibilidades financieras del sistema y las características de los distintos grupos afectados por dichos regímenes. En definitiva, la Seguridad Social debe otorgar beneficios o prestaciones similares para los distintos colectivos a los que protege<sup>95</sup>.

Esta tendencia a la homogeneidad justificó la extensión (por la Ley 53/2002) de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el régimen especial de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta propia o autónomos<sup>96</sup>, y la posterior generalización de la protección por dichas contingencias, mediante su inclusión en la acción protectora de todos los regímenes que integran el sistema de Seguridad Social (Ley 27/2011)<sup>97</sup>. El principio de unidad sirvió igualmente

---

régimen (común) de Clases Pasivas, que no guardan paralelismo con los regímenes del sistema. En este sentido, I.A. Rodríguez Cardo, *La Seguridad Social de los Empleados, Cargos y Servidores Públicos*, Thomson Aranzadi, 2008, p.46. Sobre el particular, J. García Murcia, M.A. Castro Argüelles e I. Rodríguez Cardo, “La estructura del sistema de la seguridad social y su proyectada reforma”, *Foro de Seguridad Social*, nº 17, 2007, p. 17, “la eliminación de regímenes impulsa el papel de los llamados «sistemas especiales» que formalmente mantienen su discreta posición dentro de la legislación de seguridad social pero que a la hora de la verdad tal vez alcancen una relevancia inesperada”.

<sup>92</sup> M.R. Alarcón Caracuel, “Los principios jurídicos de la Seguridad Social”, en VV.AA. (J. López López, dir.) *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, 2005, p. 30.

<sup>93</sup> Como ya dijera el TC, en su sentencia 65/1987, de 21 de mayo, “en la configuración actual del sistema de Seguridad Social, el tratamiento diferenciado en un régimen especial sólo está previsto para aquellas actividades en las que, por su naturaleza, por sus peculiares condiciones de tiempo y lugar, o por la índole de los procesos productivos, sea indispensable para proporcionar una protección adecuada y eficaz”.

<sup>94</sup> Que la exposición de motivos de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de mejora de la acción protectora de la Seguridad Social, no dudó en identificar “como principio general”.

<sup>95</sup> J. García Murcia, “Artículo 2. Principios y fines de la Seguridad Social”, en A. Martín Valverde y J. García Murcia, *Ley General de Seguridad Social, comentada y con jurisprudencia*, La Ley Wolters Kluwer, 2009, p. 28.

<sup>96</sup> Esa necesaria tendencia a la homogeneidad justificó en su día que la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, añadiera una nueva disposición adicional al TRLGSS de 94, para extender la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen especial de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta propia o autónomos. También se aprovechó la ocasión para incrementar la prestación por incapacidad permanente total para la profesión habitual, que se dispensaba en algunos regímenes especiales (al régimen especial de trabajadores del mar y al, en aquel momento vigente, régimen especial de trabajadores agrarios), en el porcentaje que se determinase reglamentariamente, para trabajadores por cuenta propia mayores de 55 años, extendiendo así la incapacidad permanente total cualificada del Régimen general.

<sup>97</sup> Por su parte, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, llevó a cabo, en su art. 7, una ampliación de la cobertura por accidentes de trabajo y enfermedades profesional, de modo que se generalizaba la protección por dichas contingencias,

de fundamento para extender la protección por incapacidad permanente total cualificada (del régimen general) a algunos regímenes especiales<sup>98</sup>.

Al tratamiento unitario de las prestaciones que se dispensan por el sistema contribuyen las reglas que establecen límites al reconocimiento inicial de las mismas, topes máximos y mínimos, de bases de cotización y de prestaciones, y su revalorización<sup>99</sup>; pero también la aprobación de normas de aplicación generalizada a los distintos regímenes del sistema, como el RD 295/2009, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

La tendencia a la unidad se extiende a la gestión del sistema<sup>100</sup>. En estos términos aparecía en la Ley de Bases de Seguridad Social, vinculada a la consideración conjunta de contingencias (ya tuvieran su origen en un riesgo común o profesional)<sup>101</sup>. En la actualidad, esa unidad en la gestión del sistema no debe confundirse con la centralización en una sola entidad de todo el sistema de Seguridad Social. La unidad gestora no perjudica la descentralización funcional en pluralidad de entidades gestoras estrechamente coordinadas entre sí. Lo que se pretende con este principio es que exista una congruencia en la gestión de las diferentes entidades que participan en la administración del sistema de seguridad social, y en los beneficios otorgados por ellas.

Por razones similares, la unidad en la gestión convive sin problemas con la intervención de las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social al servicio de los empresarios asociados y de los trabajadores por cuenta propia adheridos. Entidades privadas de base asociativa, a las que la Ley atribuye la gestión de prestaciones y servicios que forman parte de la acción protectora del sistema, que se dispensan a favor de los trabajadores, conforme a las normas del régimen de Seguridad Social en el que se encuentren

---

pasando a formar parte de la acción protectora de todos los regímenes que integran el sistema de Seguridad Social, si bien con respecto a los trabajadores que causaran en alta en cualquiera de tales regímenes a partir de 1 de enero de 2013. En la actualidad la extensión de esta protección al régimen especial de trabajadores autónomos se deduce de la remisión al art. 42 TRLGSS 2015 del art. 314 TRLGSS, referido al alcance de la acción protectora, que “establece y limita el ámbito de extensión posible del régimen general y de los especiales de la Seguridad Social”. Por último, para el régimen especial de trabajadores del mar (que sigue fuera del TRLGSS) las contingencias protegidas se definen según lo establecido en el Régimen General de la Seguridad Social, en relación con las personas trabajadoras por cuenta ajena y según lo establecido en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, en relación con las personas trabajadoras por cuenta propia (art. 13 de la Ley 47/2015, reguladora de la protección social del sector marítimo pesquero).

<sup>98</sup> Al régimen especial de trabajadores del mar y al, en aquel momento vigente, régimen especial de trabajadores agrarios.

<sup>99</sup> S. Olarte Encabo, *El derecho a prestaciones de Seguridad Social*, CES, 1997, p. 70.

<sup>100</sup> Según A. Venturi, *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, MTSS, p. 412.

<sup>101</sup> De esa forma se unificó la gestión de la Seguridad Social poniendo fin a la histórica gestión separada que se llevaba a cabo mediante los seguros sociales, en función de la situación protegida. Sobre el tema, A. Venturi (trad. G. Tudela Cambroner), *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, Madrid, 1994, p. 412 y ss. J. M. Almansa Pastor, “La gestión pública e iniciativa privada”, *Papeles de Economía Española*, 12-13, 1982, p. 170.

encontrados y con el mismo alcance que dispensan las entidades gestoras, con las particularidades establecidas en la Ley (art. 82 TRLGSS). Las Mutuas colaboradoras han visto en los últimos tiempos ampliado su ámbito de gestión como consecuencia tanto de la ampliación de las prestaciones que se entiende derivan de contingencias profesionales, como de la incorporación a su gestión de prestaciones por contingencias comunes (incapacidad temporal) o de otras prestaciones (prestación por cese de actividad)<sup>102</sup>. En todo caso, se trata de una participación privada en una función pública sometida a importantes exigencias legales -por ello, se ha dicho que, su régimen jurídico estaría en gran parte “administrativizado”<sup>103</sup>- que se justifican por la naturaleza pública de los recursos que utilizan.

Tampoco afecta a la unidad en la gestión la transferencia a las CC.AA de la gestión en materia de prestaciones no contributivas<sup>104</sup>, con apoyo en las competencias, que el art. 149.1.17 CE les atribuye, “de ejecución” de los servicios de la Seguridad Social (que ya preveía la disposición adicional 4ª de la Ley 26/1990)<sup>105</sup>.

## 6. Principio de igualdad.

Este principio de unidad, que se acaba de analizar, conecta a su vez con el principio de igualdad. Sólo con un sistema de Seguridad Social único y unitario se garantiza que la “igualdad de todos los españoles ante la Seguridad Social sea real y efectiva”<sup>106</sup>. En definitiva, el principio de unidad exige, como acabamos de ver, un funcionamiento económico uniforme que evite desigualdades entre los ciudadanos en lo que atañe a la

---

<sup>102</sup> Para J. López Gandía, “La reforma de las Mutuas y la sostenibilidad de la Seguridad Social”, *Lex Social*, nº 2, 2015, p. 157, esto ha supuesto un aumento de la participación privada en funciones públicas al transferir la gestión a estas entidades con la finalidad conseguir un mayor control de la prestación y del fraude, y un ahorro de los costes de la IT frente a la gestión del INSS, en lugar de reforzar las capacidades de esta entidad gestora y de mejorar el funcionamiento de los servicios de salud.

<sup>103</sup> El art. 2.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, ya dispuso que, a los efectos de esta Ley, las Mutuas forman parte del sector público estatal en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social. Como recuerda J. López Gandía, “La reforma de las Mutuas y la sostenibilidad de la Seguridad Social”, *Lex Social*, nº 2, 2015, p. 162, las Mutuas “están sometidas en muchos aspectos a reglas de Derecho Público y al control y tutela del Ministerio de Empleo e intervenidas en casi todos los aspectos de su colaboración” Con todo, téngase en cuenta también que, según A.V.Sempere Navarro, *Régimen jurídico de las Mutuas Patronales*, Cívitas, 1986, p. 93, la descentralización de la gestión de un servicio por parte de la Administración en entes privados no supone la administrativización de los mismos.

<sup>104</sup> F.J. Fernández Orrico, “El complejo reparto de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social, a propósito de las pensiones no contributivas”, *RMTAS*, nº 54, pp. 81 y ss.

<sup>105</sup> La transferencia ha supuesto el traspaso de los servicios inherentes a las competencias (STC 25/1983, de 7 de abril) Para A. Venturi, *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, MTAS, 1995, p. 418, parece indispensable que el Estado, al confiar a sus propios órganos la gestión de la seguridad social, se atenga a criterios de descentralización administrativa en las dos direcciones en las que cabe: descentralización funcional y descentralización territorial que ofrece la ventaja de aproximar los órganos de gestión a los destinatarios de las prestaciones.

<sup>106</sup> Sobre el tema, B. Suárez Corujo, *La protección social en el Estado de las Autonomías*, iustel, 2006, p. 53.

satisfacción de sus derechos y el cumplimiento de las obligaciones de seguridad social<sup>107</sup>.

El principio de igualdad condiciona, a su vez, la actuación del legislador en la ordenación del sistema y en el diseño de su acción protectora. Han ido numerosas las ocasiones en las que el TC ha tenido que pronunciarse sobre diferencias de trato internas, derivadas de la configuración legal del sistema<sup>108</sup>. De esos pronunciamientos se puede concluir que este principio de igualdad es compatible con la existencia de diferencias de trato entre niveles de protección (contributivo, no contributivo); entre regímenes dentro de un mismo nivel<sup>109</sup>; incluso dentro un mismo régimen, en los sistemas especiales<sup>110</sup>, en atención a la categoría profesional<sup>111</sup>, o en función del territorio nacional en el que se desarrolla la actividad<sup>112</sup>. Resultan admisibles también las diferencias en la protección que se dispensa según el hecho causante haya sido un riesgo común o profesional<sup>113</sup>. No puede considerarse contrario al principio de igualdad que, en el nivel contributivo, la contributividad deba tener alguna incidencia en el cálculo de la prestación<sup>114</sup>.

En definitiva, una cosa es que la identidad en el nivel de protección que reciben todos los ciudadanos sea algo deseable, desde el punto de vista social, y otra, bien distinta, que cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, esa identidad constituya un imperativo jurídico<sup>115</sup>. En esos casos la identidad no puede pretenderse al no haber una identidad de supuestos de hecho<sup>116</sup>,

---

<sup>107</sup> A.Venturi, *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, MTSS, p. 414.

<sup>108</sup> N. Pumar Beltrán, *La igualdad ante la Ley en el ámbito de la Seguridad Social*, Aranzadi editorial, 2001, p. 123.

<sup>109</sup> Entre otras, STC 137/1987, de 22 de julio.

<sup>110</sup> Sobre el tema, I. González del Rey Rodríguez, “Ley general de Seguridad Social y trabajo a tiempo parcial: Sentencia TC 253/2004, de 22 de diciembre”, en VV.AA. (J. García Murcia dir), *El control de constitucionalidad de las normas laborales y de Seguridad Social*, Thomson Aranzadi Reuters, 2015, p. 339. N. Pomar Bertrán, *La igualdad ante la Ley en el ámbito de la Seguridad Social*, Aranzadi, 2001, p. 74.

<sup>111</sup> Así lo mantuvo la STC 70/1991, de 8 abril, para justificar las distintas bases máximas y mínimas de cotización por contingencias comunes para diferentes grupos de trabajadores en atención a su categoría profesional, dando lugar a tratamientos distintos de personas que reciben los mismos salarios.

<sup>112</sup> Este último criterio ha servido al TC para justificar la aplicación, en la cotización por contingencias profesionales, de diferentes tarifas de primas a la actividad de cultivo de tomate dependiendo del territorio en el que se desarrolle, privilegiando a los productores canarios a la vista de las peculiaridades del archipiélago canario y del régimen económico y fiscal especial (STC 44/2011, de 11 abril)

<sup>113</sup> SsTC 268/1993, 38/1995 y 77/1995.

<sup>114</sup> J. Aparicio Tovar, “La Seguridad Social en la Constitución”, en VV.AA., *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, 2003, p. 809. J. L. Monereo Pérez, “El ciclo largo de la reforma de la Seguridad Social: su significación técnica y político jurídica del proceso de reforma de la Seguridad Social”, en VV.AA. (J.L. Monereo Pérez, dir), *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, La Ley, 2008, p. 149.

<sup>115</sup> SsTC 103/1984 y 27/1988.

<sup>116</sup> Como ha dicho el TC, “el juicio de igualdad ex art. 14 CE exige la identidad de los supuestos fácticos que se pretenden comparar, pues lo que se deriva del citado precepto es el derecho a que supuestos de

dadas las peculiaridades de los sectores y las diferencias tan claras entre los trabajadores pertenecientes a unos y otros<sup>117</sup>.

Con todo, tal y como ha advertido el TC, esta solución no puede aplicarse de manera automática a todos los supuestos de confluencia o concurrencia de regímenes jurídicos dispares, porque ello equivaldría a dejar al arbitrio del legislador o del Gobierno la eficacia del principio de igualdad, cuya aplicación podría verse excluida por el simple procedimiento de crear sistemas legales distintos que actuarían como justificación de tratamientos diferentes, aunque no concurriesen razones sustantivas que los legitimaran<sup>118</sup>. Por ello es necesario ir más allá del dato puramente formal de la diversidad de ordenamientos y comprobar si desde una perspectiva material esa diversidad responde a diferencias reales que, por ser objetivas, razonables y congruentes, constituyen suficiente justificación del tratamiento desigual<sup>119</sup>.

Por lo tanto, el principio de igualdad permite la diferente regulación y trato jurídico de supuestos de hecho que, a su vez, sean considerados como desiguales. Aunque también será necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, “que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos” (SsTC 200/2001, de 4 de octubre y 88/2005, de 18 de abril por todas)<sup>120</sup>.

---

hecho sustancialmente iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas”. Por ello, lo propio del juicio de igualdad es “su carácter relacional” conforme al cual se requiere, como presupuestos obligados, de un lado, que como consecuencia de la medida normativa cuestionada se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas (STC 181/2000, de 29 de junio) y, de otro, que “las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso” (SsTC 148/1986, de 25 de noviembre; 29/1987, de 6 de marzo; 1/2001, de 15 de enero). Por ello, toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación un *tertium comparationis* frente al que la desigualdad se produzca; un elemento de contraste que ha de consistir en «una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos» (ATC 209/1985, de 20 de marzo, y, entre otras, STC 212/1993, de 28 de junio, STC 80/1994, de 13 de marzo, STC 125/2003, de 19 de junio, y STC 53/2004, de 15 de abril).

<sup>117</sup> En definitiva, los diferentes regímenes de Seguridad Social no son términos homogéneos. Así lo recordaba el ATC 42/1990, de 29 enero, para justificar las diferencias en el trato a los cuerpos o regímenes funcionariales. Para el TC sólo cabría apreciar vulneración del derecho fundamental si se prueba que los diferentes regímenes funcionariales considerados en bloque, y no en aspectos singulares y concretos, infringen el principio de igualdad.

<sup>118</sup> Como advirtiera la STC 268/1993, de 30 de septiembre.

<sup>119</sup> Esta doctrina se reiteraría, entre otras, en las SsTC 184/1993, de 31 de mayo; 268/1993, de 30 de septiembre; 377/1993, de 20 diciembre, o 197/2003, de 30 de octubre.

<sup>120</sup> En este mismo sentido se pronunció la STC 186/2004 de 2 noviembre, a propósito de un supuesto tratamiento desigual de las pensiones de viudedad concedidas al cónyuge viudo que había contraído matrimonio con persona soltera, con respecto a los que lo habían hecho con quienes habían tenido un matrimonio previo, disuelto por divorcio o declarado nulo. Para el TC no eran comparables los supuestos en los que la pensión de viudedad correspondía al cónyuge de quien contrajo dos o más matrimonios respecto de aquellos en los que dicha pensión de viudedad pertenecía al cónyuge de quien contrajo un solo matrimonio. Entre unos y otros supuestos existía un claro elemento diferenciador, pues en aquel momento la pensión de viudedad se configuraba en relación con un causante cuyas vicisitudes

No se ha considerado contrario al principio de igualdad el distinto tratamiento que se ha dado al matrimonio y a las uniones de hecho a la hora acceder a una pensión de viudedad, al no ser situaciones equiparables; lo que ha permitido al legislador deducir consecuencias de esa diferente situación de partida<sup>121</sup>. En estos términos se ha manifestado recientemente el TC para justificar el diferente trato legislativo que recibe la pensión de viudedad que actualmente se reconoce en supuestos de parejas de hecho<sup>122</sup>, y que se justifica por el objetivo legítimo de proporcionar seguridad jurídica en el reconocimiento de pensiones<sup>123</sup>.

También en relación con la pensión de viudedad, el TC en reiteradas ocasiones rechazó que constituyera una vulneración del principio de igualdad el trato privilegiado que el legislador parecía dar a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual<sup>124</sup>, por más que reconociera que tampoco había obstáculo constitucional alguno a que el legislador extendiera la protección de la pensión de viudedad a las uniones de hecho estables, heterosexuales u homosexuales<sup>125</sup>. Para el TC debía ser el legislador el que decidiera al hilo de los cambios sociales<sup>126</sup>, en qué

---

matrimoniales, fruto de su personal autonomía y libertad, debían repercutir en el régimen jurídico de la pensión del beneficiario.

<sup>121</sup> Para el TC era claro que en la CE el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes por lo que las diferencias entre una y otra situación podían ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia ( STC 184/1990, de 15 de noviembre); pero también que la existencia de libertad para contraer matrimonio es un factor que permite justificar, adicionalmente, ese distinto tratamiento (por todas, STC 184/1990, de 15 de noviembre, y más recientemente AATC 188/2003, de 3 de junio, 47/2004, de 10 de febrero, 77/2004, de 9 de marzo, 177/2004, de 12 de mayo, o 203/2005, de 10 de mayo ).

<sup>122</sup> STC 51/2014, de 7 de abril, a propósito de la exigencia de inscripción de la pareja de hecho en el registro administrativo correspondiente o su formalización mediante documento público con una antelación mínima de cinco años a la fecha del fallecimiento; requisito que no resulta arbitrario o irracional.

<sup>123</sup> Ese mismo objetivo se invoca en la STC 44/2014, de 7 de abril, para justificar la exigencia de que, para acceder a la pensión de viudedad, los integrantes de la pareja no tengan vínculo matrimonial con otra persona.

<sup>124</sup> Como recordaba la STC 92/2014, de 10 de junio, “las uniones homosexuales quedaban fuera de la esfera de protección porque la configuración del matrimonio en aquel momento –lo que habría de cambiar después- era una configuración clásica o tradicional del mismo, que respondía a la idea de que uniones homosexuales y heterosexuales tenían una funcionalidad distinta dentro de la sociedad”. En esta misma sentencia se invoca el criterio del TJUE, mantenido, entre otras, en la Sentencia de 24 de junio de 2010 (caso Schalk and Kopf) según el que el trato diferenciado dispensado a las relaciones homosexuales entra dentro del legítimo margen de apreciación del Estado.

<sup>125</sup> STC 41/2013, STC 157/2014.

<sup>126</sup> Con todo, el criterio mantenido por la STC 92/2014 fue cuestionado en un voto particular que defendía una interpretación evolutiva del texto constitucional en los mismos términos que ya se había reconocido por el propio TC en alguna ocasión ( STC 198/2012, de 6 de noviembre), de manera que “...el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta”.

momento procedía extender la protección a otros supuestos y con qué alcance, como efectivamente se ha hecho en la actualidad<sup>127</sup>.

Tampoco son situaciones comparables la de la madre biológica, respecto del otro progenitor, en los supuestos de maternidad; o la del padre biológico respecto del padre adoptivo. Así lo mantuvo el TC para explicar que, en el caso de parto, el padre, salvo excepciones<sup>128</sup>, solo pueda causar derecho a protección si la madre es trabajadora incluida en algún régimen de la Seguridad Social y opta a su favor. Esta diferencia de trato resulta de la aplicación de unas disposiciones que ofrecen una especial protección a la mujer en relación con el embarazo y la maternidad, que la jurisprudencia nacional y comunitaria ha declarado compatible con el principio de igualdad de trato<sup>129</sup>.

Para hacer efectivo el principio de igualdad, la LO 3/2007, de 22 de marzo, extendió a protección por paternidad a las situaciones de adopción y acogimiento, lo que trajo consigo que una medida que la Ley presentaba (según su exposición de motivos) como “un derecho individual y exclusivo del padre” “para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares”(art. 44 LO 3/2007), se terminara aplicando a cualquiera de los progenitores, con excepción de la madre biológica que quedó excluida de la consideración de sujeto beneficiario de esta prestación<sup>130</sup>.

Pero la legislación de Seguridad Social ha introducido diferencias de trato en la regulación de determinadas prestaciones, vinculadas a condiciones personales de los beneficiarios (edad, sexo, el estado civil)<sup>131</sup>, que el TC reconoció que vulneraban el principio de igualdad y la prohibición de discriminación del art. 14 CE<sup>132</sup>.

---

<sup>127</sup> Un papel clave tuvo la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, que permitió a los cónyuges supervivientes de matrimonios homosexuales solicitar la correspondiente pensión de viudedad, y la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que extendió este beneficio, con ciertas limitaciones y requisitos, a todas las parejas de hecho estables, tanto heterosexuales como homosexuales, previendo, además, en su Disposición adicional 3ª, su aplicación a situaciones acaecidas con anterioridad a su entrada en vigor. Una decisión de política legislativa tan legítima desde la perspectiva del art. 14 CE como la anterior, según la STC 41/2013. Sobre el tema, STC 92/2014, de 10 de junio, STC 93/2014, de 12 junio, STC 98/2014, de 23 junio, STC 115/2014, de 8 julio, STC 116/2014, de 8 julio, STC 124/2014, de 21 julio.

<sup>128</sup> Previstas en el art. 3.3 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, en caso de fallecimiento de la madre o cuando esta fuera trabajadora por cuenta propia y, en razón de su actividad profesional, estuviera incorporada a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional, y no tuviera derecho a prestaciones por no estar prevista la protección por maternidad en la correspondiente mutualidad.

<sup>129</sup> STC 75/2011, de 19 mayo, 78/2011, de 6 junio, STC 152/2011, de 29 septiembre.

<sup>130</sup> No obstante, la imposibilidad de compatibilizar íntegramente el permiso por adopción y acogimiento y el permiso de paternidad, salvo excepciones, probablemente haya salvado el riesgo que existía de que esta protección se desviase de ese objetivo de reparto equilibrado de las responsabilidades familiares. Sobre el tema, M. A. Castro Argüelles y D. Álvarez Alonso, *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, Thomson Civitas, 2007, p. 136.

<sup>131</sup> Así sucedería con la incidencia que el parentesco ha tenido en la configuración normativa del campo de aplicación de algunos regímenes de la Seguridad Social, que ha llevado a que en algunos supuestos se identificara como factor de diferenciación o de discriminación contrario al art. 14 CE (STC 79/1991, de

En algunas ocasiones esos pronunciamientos motivarían significativos cambios normativos, como el que declaró inconstitucional el art. 160.2 TRLGSS de 1974 (aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo) que condicionaba el derecho a la pensión de viudedad por parte del cónyuge de sexo masculino a que, al tiempo de fallecer la esposa causante de la pensión, aquel se encontrara incapacitado y a su cargo. Estos requisitos no se exigían a la viuda básicamente porque en el contexto histórico en que esas prestaciones se habían creado su situación era sustancialmente distinta (de dependencia de sus cónyuges o de sus progenitores). La finalidad perseguida por la norma, en su versión originaria, de proteger situaciones de necesidad era coherente con esa diferencia de partida. Sin embargo, una vez aprobada la CE esa diferencia no podía mantenerse. Por ello, la solución por la que se optó para garantizar la igualdad y no discriminación en materia de Seguridad Social fue la de eliminar, en vez de corregir, una regla cuya aplicación podía efectivamente dar lugar a un resultado contrario al principio de igualdad. Pero la operación se hizo desvirtuando de algún modo la finalidad de la protección que se quería dispensar (de atender a situaciones de

---

15 abril, y STC 2/1992, de 13 de enero). También con el sexo como factor de diferenciación, en relación con el tratamiento legal del trabajo a tiempo parcial y la aplicación de la regla de proporcionalidad, respecto del acceso a los derechos prestacionales de la Seguridad Social (STC 253/2004, de 22 de diciembre, cuyos argumentos se reiterarían en las SsTC 49 y 50/2005, de 14 de marzo, a propósito de las pensiones de incapacidad permanente y jubilación). Para el TC, el principio de contributividad permitirá explicar que las cotizaciones ingresadas determinen la cuantía de la prestación contributiva, pero, en cambio, no justifica que, previamente, el criterio seguido en el cómputo de los períodos de carencia necesarios para acceder a dicha prestación en el caso de los trabajadores a tiempo parcial resulte diferente al establecido para los trabajadores a tiempo completo (SsTC 71 y 72/2013, de 8 de abril, y 116 y 117/2013, de 20 de mayo). Sin embargo, la edad sí puede suponer un criterio de distinción que responda a razones objetivas y razonables. Y así lo ha reconocido en algún caso el TC, STC 137/1987, a propósito del incremento del 20 por 100 para los pensionistas de incapacidad permanente total mayores de cincuenta y cinco años, que considera una medida tendente a compensar las mayores dificultades que para encontrar otro empleo pueden tener los que ya hayan cumplido la edad; o a propósito del requisito de edad que se exige a los trabajadores autónomos para acceder a la pensión de incapacidad permanente, inexistente en el Régimen General (STC 184/1993, de 31 de mayo, STC 231/1993, de 12 julio, STC 356/1993 de 29 noviembre). No vulnera el principio de igualdad la existencia de regímenes jurídicos para los trabajadores en situación de actividad y para los que han alcanzado la edad de jubilación; lo que ha permitido justificar limitaciones en función de la edad, en cuanto a la posibilidad de revisión de la incapacidad permanente (STC 78/2004, de 29 de abril) En estos casos no es la edad, aislada y selectivamente considerada, la que desencadena la diferenciación entre dos grupos de personas, sino la edad en cuanto implica la línea de separación entre la situación de vida laboral activa y la de finalización de esta. Para la STC 197/2003, de 30 de octubre, estamos ante un criterio distintivo de la edad que responde a razones objetivas y razonables. Sobre el tema, I. González del Rey Rodríguez, “La Ley General de Seguridad Social y trabajo a tiempo parcial: Sentencia TC 253/2004, de 22 de diciembre”, en J. García Murcia (dir.), *El control de constitucionalidad de las normas laborales y de Seguridad Social*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 347.

<sup>132</sup> Sobre la autonomía del principio de no discriminación frente a la cláusula general de igualdad, N. Pumar Beltrán, *La Igualdad ante la Ley en el ámbito de la Seguridad Social*, Aranzadi editorial, 2001, p. 102. I. González del Rey Rodríguez, “Ley General de Seguridad Social y trabajo a tiempo parcial: Sentencia TC 253/2004, de 22 de diciembre”, en J. García Murcia (dir.), *El control de constitucionalidad de las normas laborales y de Seguridad Social*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 343.

necesidad), que, sin embargo, sigue presente en otras prestaciones por muerte y supervivencia<sup>133</sup>.

Discriminatorio entendió el TC que era el distinto régimen de extinción de la pensión de viudedad que se aplicaba al beneficiario que accedía a la pensión desde una situación de separación o divorcio, y al cónyuge viudo que convivía con el causante al tiempo de su muerte. En el primer caso, la extinción se producía por convivencia «more uxorio», circunstancia no aplicable en el segundo caso, lo que llevó al TC a declarar inconstitucional y nulo el art. 174.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en su referencia a la concreta causa de extinción establecida en el artículo 101 del Código Civil de «vivir maritalmente con otra persona»<sup>134</sup>. Para la STC 22/2010, de 27 abril, se trataba de dos sistemas de extinción diferentes, ajenos a la propia esencia de la pensión de viudedad, que carecían por tanto de la objetividad, suficiencia y razonabilidad requerida por nuestra doctrina. Por ello, en la actualidad, según el art. 223 TRLGSS 2015, el derecho a la pensión de viudedad se extingue en todo caso cuando el beneficiario contraiga matrimonio o constituye una pareja de hecho en los términos regulados en el art. 221 TRLGSS, sin perjuicio de las excepciones establecidas reglamentariamente

Desde otra perspectiva, también han planteado problemas las diferencias en la protección que se han podido producir como consecuencia de los cambios normativos, al ser, en principio, de aplicación la normativa vigente en el momento en que se produce el hecho causante. Así ha sucedido si los cambios afectan, por ejemplo, a los requisitos de acceso, al contenido de la prestación, a los criterios de cálculo, a las reglas sobre incompatibilidad de prestaciones. Como ha reconocido el TC, si el cambio normativo favorece el acceso a las prestaciones parece perjudicar a quienes en su día, y en igualdad

---

<sup>133</sup> No mucho antes el TC (STC 184/1990, de 15 de noviembre) había aclarado que estas pensiones (de viudedad) “en su configuración actual en el ordenamiento jurídico, no atienden una situación de necesidad o dependencia económica, asegurando un mínimo de rentas, sino más bien compensan frente a un daño, cual es el de la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge supérstite, siendo irrelevante que el fallecimiento cree o no un estado de necesidad”. Sin embargo, no está tan claro que esto fuera exactamente así, salvo que se defiende que en ese momento ya se había generalizado el acceso de la mujer al mercado de trabajo. De otro lado, nadie puede poner en duda que otras prestaciones por muerte y supervivencia han seguido claramente vinculadas a la situación de necesidad que surge de la dependencia del causante. Así lo defendió la STC 3/1993 que, no obstante, rechazó que esa situaciones de necesidad se pudiera seguir delimitando en atención a criterios más o menos arbitrarios como el sexo. En cualquier caso, respecto de las pensiones de viudedad lo que el TC hizo fue “equiparar por arriba suprimiendo las restricciones o exclusiones injustificadas establecidas por el legislador” (STC 3/1993, de 14 de enero) y con ello introducir una distinción clara entre la finalidad de la pensión de viudedad respecto de otras pensiones por muerte y supervivencia.

<sup>134</sup> Años después la STC 40/2014, de 11 marzo, declaró inconstitucional el párrafo 5º del apartado segundo de ese artículo, por la remisión que hacía a la legislación específica de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio. El TC entendió que la remisión a la legislación autonómica en sí misma, y por lo tanto no solo esta remisión a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, cuando se trata de determinar los requisitos de acceso a una prestación de la Seguridad Social, da lugar a diferencias de trato que no se justifican.

de condiciones, no reunían los requisitos entonces vigentes. Si, por el contrario, se endurecen los requisitos de acceso parece perjudicarse a quienes de haber sufrido la contingencia antes del cambio normativo hubieran podido beneficiarse de la protección que dispensa el sistema. La cuestión es si la diferencia de fechas en la producción del hecho causante es criterio suficiente para justificar la diferencia de trato.

Esta es una cuestión sobre la que se ha pronunciado el TC en varias las ocasiones, lo que ha dado lugar a una consolidada jurisprudencia que ha mantenido que la igualdad ante la Ley, proclamada en el art. 14 CE, no impide que, a través de cambios normativos, pueda producirse un trato desigual entre diversas situaciones, derivado de la diferencia de fechas en que se originaron o produjeron sus efectos<sup>135</sup>. En todos los casos, no es el transcurso del tiempo el que origina la diferencia de regulación, sino una sucesión de normas que responde a criterios y condiciones diversas<sup>136</sup>. Si no fuera así se estaría incidiendo en el círculo de competencias atribuido constitucionalmente al legislador<sup>137</sup> y, por tanto, en la natural y necesaria evolución del ordenamiento jurídico<sup>138</sup>. En definitiva, estos cambios no implican desigualdad en el trato sino regulación de las situaciones en virtud de la diferencia temporal de los hechos que las causan<sup>139</sup>.

Por último, en este análisis del desarrollo que ha tenido la igualdad como principio que inspira la configuración del sistema de Seguridad Social merece una referencia expresa

---

<sup>135</sup> Entre otras, SsTC 70/1983, 103/1984, 121/1984, 119/1987, 128/1989 y 88/1991. Más en concreto, por el TC, el principio de igualdad no exige que en los casos de introducción de mejoras por una norma nueva, esta, sobre todo si es de carácter prestacional, deba tener retroactividad alguna en el tiempo. Así lo defendió la STC 88/1991, de 25 de abril, que ponía como ejemplo de mejora a favor de los beneficiarios el establecimiento, en 1972, de la imprescriptibilidad del derecho al reconocimiento de las prestaciones de supervivencia, hasta entonces prescriptible.

<sup>136</sup> Auto 787/1985, de 13 de noviembre, a propósito de la incompatibilidad de pensiones de viudedad de la Seguridad Social y de jubilación del SOVI. La justificación de la existencia de dicho régimen de incompatibilidad se basaba en el hecho de que las pensiones del SOVI sólo se reconocen para compensar el que no se pueda acceder a otras pensiones del sistema, por ello se entendía que cualquier compatibilidad carecía de sentido. Sin embargo, este régimen de incompatibilidades se flexibilizaría con la Ley 9/2005, de 6 de junio, no sin que antes se hicieran los estudios pertinentes sobre los costes económicos que se derivarían de compatibilizar las pensiones de jubilación del SOVI con las de viudedad. Su carácter residual y el hecho de ser estas pensiones el principal medio de subsistencia de un importante colectivo de personas mayores, sirvieron de razones para justificar su compatibilidad con las pensiones de viudedad de cualquiera de los regímenes del actual Sistema de la Seguridad Social o del Régimen de Clases Pasivas. También pesó en el cambio normativo que las pensiones del SOVI fueran las más bajas de nuestro sistema de protección social contributiva

<sup>137</sup> Dada la complejidad que puede presentar un cambio de regulación, al legislador le corresponde ordenar las características de la transición normativa, bien estableciendo diversos grados de retroactividad bien limitando la aplicación de la nueva norma a las situaciones que nazcan tras su promulgación; todo ello según fórmulas y técnicas muy variadas, a la luz de los intereses y bienes que el legislador estime conveniente proteger o preservar. Por ello, aquellas modificaciones que persigan o impliquen una reducción progresiva del importe de las prestaciones no pueden afectar a las ya percibidas o devengadas. En estos términos, ATC 367/2003, de 13 de noviembre.

<sup>138</sup> STC 119/1987, de 9 de julio.

<sup>139</sup> STC 99/1991.

la clara ampliación de los objetivos de protección, con particulares y en algunos casos novedosas medidas, que parecen enmarcarse en un compromiso por promover la igualdad y la no discriminación a través de la Seguridad Social. Se trata de medidas con las que se persigue la promoción de las condiciones de igualdad efectiva de mujeres y hombres, en la línea propuesta por el art. 9.2 CE, cuya incidencia sobre el mandato del art. 14 CE es indiscutible<sup>140</sup>.

Entre ellas, destacan las reglas que prevén periodos de cotización asimilados por parto, recogidas en el art. 235 TRLGSS que a efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente permiten computar, a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, días de cotización por cada hijo a partir del segundo, salvo que, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o durante el tiempo que corresponda si el parto fuese múltiple<sup>141</sup>. También merece atención la regulación expresa del complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social (art 60 TRLGSS), añadido, con efectos de 1 de enero de 2016 y vigencia indefinida, por la disposición final 2.1 de Ley 48/2015, de 29 de octubre, con independencia de la situación económica de la beneficiaria<sup>142</sup>. Se trata de un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, que se reconoce a las mujeres que hayan tenido hijos naturales o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen de Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad e incapacidad permanente. Dicho complemento, que tendrá a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva, consistirá en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las referidas pensiones un porcentaje determinado, que estará en función del número de hijos. Por lo tanto, su objetivo declarado es “premiar a las beneficiarias de las pensiones contributivas por su aportación demográfica a la Seguridad Social”<sup>143</sup>.

Con todo, en ambos casos se trata, sobre todo, de medidas que se justifican como incentivo a la natalidad, para garantizar la viabilidad del sistema en el nivel contributivo

---

<sup>140</sup> STC 216/1991. Sobre el tema, N. Pumar Beltrán, *La igualdad ante la Ley en el ámbito de la Seguridad Social*, Aranzadi Social, 2001, p. 113.

<sup>141</sup> En concreto, un total de ciento doce días completos de cotización, por cada parto de un solo hijo, y de catorce días más por cada hijo a partir del segundo este incluido, si el parto fuera múltiple.

<sup>142</sup> De “medida sin precedentes en nuestro sistema de Seguridad Social” la ha calificado I. A. Rodríguez Cardo, “El nuevo complemento por maternidad en las pensiones contributivas de la Seguridad Social: puntos críticos (I)”, *Trabajo y Derecho*, Wolters Kluwer, nº16, 2016, p. 106.

<sup>143</sup> I. A. Rodríguez Cardo, “El nuevo complemento por maternidad en las pensiones contributivas de la Seguridad Social: puntos críticos (I)”, *Trabajo y Derecho*, Wolters Kluwer, nº16, 2016, p. 106, quien recuerda que en la enmienda del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, que introduciría esta regla en el proyecto de Ley de Presupuestos, se mencionaban otros objetivos como suavizar las consecuencias de las discriminaciones históricas que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres; eliminar o, al menos, disminuir la brecha de género en pensiones, cumpliendo en este sentido las Recomendaciones de la Unión Europea; y dar concreción a los objetivos generales que atienden a las familias y al entorno en el que se desarrolla la vida familiar, en cumplimiento del Plan integral de Apoyo a la familia.

y evitar que en un futuro no muy lejano la población activa no pueda afrontar el reto que supone el envejecimiento de la población.

### *7. El desarrollo de los principios de la Seguridad Social en el marco de un sistema de protección social cada vez más complejo.*

Un análisis conjunto de los preceptos constitucionales en juego permite concluir que la protección social, que la Constitución encomienda a los poderes públicos, no tiene por qué agotarse en un régimen público de Seguridad Social. Al contrario, el texto constitucional deja abierta la puerta a otras políticas de protección social en los ámbitos de la protección integral a la familia (art. 39 CE), de la salud (art. 43 CE); de la atención especializada a los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales (art. 49 CE); o de la promoción del bienestar social de los ciudadanos en la tercera edad, no sólo mediante prestaciones, también con un sistema de servicios sociales.

En efecto, la Constitución no ha dudado en distinguir, aunque haya sido a efectos de identificar qué poderes públicos quedan comprometidos por la garantía de protección que en esos preceptos se recoge, que junto a la asistencia y prestaciones sociales del régimen público de Seguridad Social, cuya legislación básica y régimen económico son competencia exclusiva del Estado, puede existir una asistencia social externa al sistema de la Seguridad Social, en la que se han venido incluyendo los servicios sociales<sup>144</sup>, y una sanidad al servicio del reconocimiento constitucional del derecho a la protección de la salud (art. 43 CE), que se mueven en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas (art. 148.1.20 y 21 CE).

---

<sup>144</sup> A esa identificación de los servicios sociales con la asistencia social ha contribuido, sin duda, el concepto amplio de servicios sociales utilizado por el legislador autonómico, que incorpora prestaciones tanto técnicas o de servicios como económicas, propias de la asistencia social. Sin que haya supuesto ningún problema que esos servicios sociales incluyan también otro tipo de prestaciones o que no tengan por qué tener en todo caso carácter asistencial ni, por ello, vincularse necesariamente a estados o situaciones de necesidad. Sobre el tema, J. Tornos Mas y A. Galán Galán, “La configuración de los servicios sociales como servicio público. Derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación de servicios”, Proyecto FIPROS/1051/2015, MTAS, p. 7, para quienes la asistencia social se identifica con las prestaciones dinerarias, y los servicios sociales con las prestaciones técnicas o en servicios. Téngase en cuenta, no obstante, que los Servicios Sociales también se encuentran materialmente relacionados con la Seguridad Social. El art. 63 TRLGSS incorpora una referencia a las prestaciones de servicios sociales que dispensará la Seguridad Social como complemento de las prestaciones correspondientes a las situaciones específicamente protegidas por el sistema de la Seguridad Social. En este ámbito, esta alusión a los servicios sociales aparece conceptualmente separada de la referida a los beneficios de asistencia social a que alude el art. 42.2 TRLGSS, que podrán otorgarse como complemento de las prestaciones de la Seguridad Social. En concreto, el art. 64 TRLGSS incluye en la noción de asistencia social del sistema de la Seguridad Social los “servicios y auxilios económicos” que se podrán dispensar a las personas incluidas en su campo de aplicación y a los familiares o asimilados que de ellas dependan, en atención a estados y situaciones de necesidad que se consideren precisos, previa demostración de que el interesado carece de los recursos indispensables para hacer frente a tales estados o situaciones de necesidad.

Estos otros objetivos de protección social sin duda pueden articularse a través de lo que el propio legislador, en alguna ocasión, ha denominado otros “régimenes públicos” de protección social<sup>145</sup>. Por ello, en la actualidad, el régimen público de Seguridad Social, a que hace referencia el art. 41 CE, ha quedado integrado en un sistema más amplio y mucho más complejo de protección social, del que forman parte el Sistema Nacional de Salud y la asistencia social y servicios sociales externos al sistema de la Seguridad Social. Estos últimos asumidos por las Comunidades Autónomas<sup>146</sup>, con apoyo en los arts. 148.1.20 CE<sup>147</sup> y 149.1.17 CE<sup>148</sup>.

En este ámbito material de la asistencia social ha adquirido entidad como sistema la protección de las situaciones de dependencia (SPD), que se crea a partir de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (LPD), con la finalidad principal de garantizar las condiciones básicas y la previsión de unos niveles de protección para atender el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otras personas para realizar actividades básicas de la vida diaria o de otros apoyos para su autonomía personal. Para ello esta Ley establece un nivel mínimo de protección, definido y garantizado financieramente por la Administración General del Estado; y un segundo nivel de protección, para el que se prevé un régimen de cooperación y financiación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas mediante convenios. Finalmente, la Ley deja a las Comunidades Autónomas la opción de desarrollar, si así lo estiman oportuno, un tercer nivel adicional de protección a los ciudadanos.

La principal cuestión que plantea la integración de la Seguridad Social en este “macrosistema” de protección social tiene que ver con el nivel de acierto de las

---

<sup>145</sup> En términos del art. 31 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

<sup>146</sup> Todas las Comunidades Autónomas han regulado un sistema de Servicios Sociales. Sobre el tema, V. Aguado i Cudolà, “El régimen jurídico de las prestaciones de los servicios sociales”, en VV.AA. (A. Ezquerro Huerva coord.) *El marco jurídico de los servicios sociales en España*, Atelier, 2012, p. 51.

<sup>147</sup> Ha de tenerse en cuenta también que la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, establece, en su artículo 25.2.K), que el municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en materia de prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social. A su vez, el artículo 26.1.c) del mismo texto legal determina que, en todo caso, los municipios con población superior a 20.000 habitantes deberán prestar servicios sociales. Este marco normativo ha propiciado que las 17 Comunidades Autónomas hayan aprobado leyes con objeto de implantar en su ámbito territorial un sistema público de Servicios sociales, con una función que supera la meramente asistencial. Sobre el tema, J. Tornos Mas y A. Galán Galán, “La configuración de los servicios sociales como servicio público. Derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación de servicios”, Proyecto FIPROS/1051/2015, MTAS, p. 29.

<sup>148</sup> En el caso de los servicios sociales internos al sistema de Seguridad Social, a que hacen referencia los arts. 42.1 e y 63 del TRLGSS, respecto de los que las CC.AA. han asumido competencias de ejecución con apoyo en ese art. 149.1.17 CE.

decisiones que se han tomado por los poderes públicos al respecto, pues el desarrollo de estas otras vías de protección social han podido suponer un cierto límite, o si se prefiere una excusa, a la expansión, objetiva y subjetiva, de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social y, con ello, al principio de universalidad que lo inspira. En buena medida, estas otras vías han surgido porque los sujetos necesitados de protección no estaban, en todos los casos, incluidos en el ámbito subjetivo de la Seguridad Social, o su contenido o acción protectora quedaba fuera de lo que se ha considerado propio del sistema de Seguridad Social; por lo tanto, como alternativa a una ampliación del ámbito subjetivo y objetivo de la Seguridad Social.

Eso es lo que ha sucedido con la construcción de un Sistema Nacional de Salud, diferenciado del Sistema de Seguridad Social, al servicio de la sanidad, mediante la organización y disponibilidad de unos servicios de salud suficientes a los que puedan acceder todos los ciudadanos<sup>149</sup>. En efecto, aunque la asistencia sanitaria sigue formando parte del contenido de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social (art. 42 TRLGSS)<sup>150</sup>, se trata de una prestación que con el tiempo se ha ido extendiendo a otros sujetos que no están incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, por la influencia, sin duda, del reconocimiento constitucional del derecho a la protección de la salud (art. 43 CE). Un derecho de estructura más compleja<sup>151</sup> que no se agota en el derecho a las prestaciones de asistencia sanitaria sino que se configura como un derecho mucho más amplio de protección de la salud pública.

---

<sup>149</sup> Con todo, los pasos que se han ido dado para dar cumplimiento al mandato contenido en el art. 43 CE no han conseguido desvincular totalmente la protección de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, por más que el objetivo fuera extender la protección de la salud más allá del ámbito subjetivo y de la propia acción protectora del sistema de la Seguridad Social. Las dificultades que han surgido al respecto tienen mucho que ver con la forma en que se ha gestado el sistema de asistencia sanitaria pública, en el contexto normativo e institucional de la Seguridad Social y no en el marco de la Sanidad pública. Sobre el tema, J.M. Pemán Gavín, “Del Seguro Obligatorio de Enfermedad al Sistema Nacional de Salud. El cambio en la concepción de la asistencia sanitaria pública durante el último cuarto del siglo XX”, en VV.AA. (F. Sosa Wagner, coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*, Tomo I, Tirant lo blanch, 2000, p. 1028, que menciona también en el inicio de la transformación que llevaría al establecimiento de un Sistema Nacional de Salud, los reajustes organizativos de los años 1977 y 1978, “en virtud de los cuales la Sanidad se va a convertir en una materia dotada de un soporte organizativo propio y específico del máximo nivel”, con la creación del Ministerio de Sanidad y, poco tiempo después, del INSALUD, como entidad pública englobada en la esfera de dependencia del nuevo Ministerio, responsabilizada de la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

<sup>150</sup> En efecto, según este precepto la acción protectora de la Seguridad Social comprenderá la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidente, sea o no de trabajo. La vinculación de la asistencia sanitaria con la Seguridad Social se pone especialmente en evidencia en relación con los procesos de IT pues, de un lado, se trata de una prestación en especie con finalidad curativa, de otro, un requisito necesario para que nazca y se mantenga el derecho al subsidio por IT. Una vinculación que se remonta a la configuración que de estas prestaciones hacía la LBSS. Sobre el tema, J.L. Tortuero Plaza, “Principios y realidades en la configuración del sistema de Seguridad Social (1963-197): Unidad en la contingencia y uniformidad en la protección”, en VV.AA.: *Cien años de protección social en España*, MTAS, 2007, p. 351.

<sup>151</sup> En estos términos, M. León Alonso, *La protección constitucional de la salud y el marco del Estado social y democrático de derecho*, Tesis doctoral, Universidad Salamanca, 2009, p. 216 y ss.

La consagración constitucional de este derecho exigía de los poderes públicos una actuación contra los riesgos externos que puedan poner en peligro esa salud pública, que desbordaba la que esos mismos poderes públicos han de llevar a cabo garantizando un régimen público de Seguridad Social. De ahí que, en este caso, ese encargo del art. 43 CE no parecía que pudiera llevarse a cabo simplemente ampliando la acción protectora de la Seguridad Social<sup>152</sup>.

Aun así, como reconocería la STC 139/2016, la universalización del acceso a las prestaciones sanitarias sufragadas con fondos públicos ha sido desde la Ley 14/1986 un objetivo a perseguir en el que ni se ha llegado a la desvinculación absoluta con respecto a la Seguridad Social, ni a un acceso incondicionado y gratuito para todos los residentes en territorio español. Desde este planteamiento, la universalidad que actualmente informa el SNS no difiere de la universalidad como principio configurador del sistema de la Seguridad Social. Esta circunstancia puede justificarse desde el momento en que el art. 43 CE, como el art. 41 CE, tampoco ha prefigurado un contenido prestacional que el legislador debe reconocer necesariamente a cualquier persona, sino que se ha limitado a imponer un mandato a los poderes públicos y en particular al legislador. El derecho a la salud, como el derecho a la Seguridad Social, es un derecho de configuración legal lo que permite al legislador redefinir los derechos y obligaciones de los titulares del mismo, según las circunstancias económicas y sociales y la legítima libertad de elección de las políticas públicas en cada momento (STC 139/2016, de 21 de julio).

El que sistema sanitario se haya construido, nos guste o no, desde un sistema de Seguridad Social<sup>153</sup>, podría explicar que el acceso a la prestación se ponga en relación con otros principios -como el de solidaridad<sup>154</sup>- que informan el sistema público de Seguridad Social<sup>155</sup>, y que pueden servir para justificar que la protección gratuita se vincule con una situación de necesidad acreditada por una insuficiencia de recursos. La solidaridad es la contrapartida de la universalidad y supone que la población debe contribuir en la medida de sus posibilidades con el sistema, sin prejuzgar el momento o la forma de contribución. Pero, también podría argumentarse que la universalidad, en el caso de la asistencia sanitaria, se encuentra reforzada por la formulación expresa, en el art. 43 CE, de un derecho a la protección de la salud<sup>156</sup>. A diferencia de lo que ocurre

---

<sup>152</sup> Sobre las dificultades de extender la asistencia sanitaria a través de la ampliación del número de beneficiarios de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, M. León Alonso, *La protección constitucional de la salud y el marco del Estado social y democrático de derecho*, Tesis doctoral, Universidad Salamanca, 2009, p. 413.

<sup>153</sup> En este sentido F. Sevilla, “La universalización de la atención sanitaria. Sistema Nacional de Salud y Seguridad Social”, Fundación Alternativa. Documento de Trabajo 86/2006, p.17.

<sup>154</sup> Para J. Aparicio Tovar, “El derecho a la asistencia sanitaria”, en VV.AA. (aesss) *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Ediciones Laborum, 2016, p.51, es en la atención de la salud donde mejor se realiza el principio solidario.

<sup>155</sup> F. A. González Díaz, “Asistencia sanitaria y protección de la salud”, VV.AA. (A.V. Sempere Navarro, dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, 2003, p. 1035. J.M. Pemán Gavín, *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud. Estudios jurídicos*, Comares, 2005, p. 152.

<sup>156</sup> B. Alonso-Olea García, *Derecho de la Protección Social*, Thomson Reuters, civitas, 2015, p. 273.

con el art. 41 CE, que en ningún momento habla de un derecho a la Seguridad Social. Sin embargo, lo único que se deduce con claridad del art. 43 CE es la necesidad de que el Estado asuma como función propia la puesta en marcha de un aparato institucional que provea a los miembros de la comunidad de los cuidados precisos para el mantenimiento y promoción de la salud<sup>157</sup>. Así lo mantiene la STC 139/2016 que advierte sobre la necesidad de no confundir la pretensión de universalidad, acogida por el art 43 CE, como derecho de acceso y correlativa obligación de los servicios sanitarios del SNS de atender a los usuarios que reclaman atención sanitaria, con un derecho a la gratuidad en las prestaciones y los servicios sanitarios, que desde luego no existe en otros sistemas de protección social. Ni hay gratuidad en el nivel contributivo de protección del sistema de Seguridad Social ni en el Sistema de dependencia.

La asistencia social, por su parte, ha constituido desde un principio un ámbito de protección al margen del sistema de Seguridad Social, dirigido “a las personas y grupos en situación de necesidad no cubierta o insuficientemente atendida por el sistema de Seguridad Social”<sup>158</sup>. Se trata de una fórmula de protección social que ha estado siempre a cargo de los poderes públicos, en concreto del Estado<sup>159</sup>, hasta la aprobación de la Constitución. En este momento pasa a convertirse en una de las materias respecto de la que las CC.AA. pueden asumir competencias (art.148.1.20 CE)<sup>160</sup>, sin perjuicio de las que puede seguir teniendo el Estado con base en el art 149.1.1ª CE. Con todo, esta asistencia social siempre ha convivido con ayudas asistenciales que dispensa el sistema de la Seguridad Social<sup>161</sup>. Por ello determinar cuál de las dos vías de asistencia social pueda ser la más adecuada, según la situación que se quiera proteger y/o las personas a las que se quiera dispensar la protección, no siempre ha resultado fácil.

Sí lo ha sido, por ejemplo, en el caso de la protección de la dependencia pues tal y como se define en la Ley 39/2006 nunca ha estado incluida como contingencia protegida por el sistema de la Seguridad Social, por más que se trate de una circunstancia que el sistema ha tenido en cuenta en algún caso, a propósito de la protección que dispensa a

---

<sup>157</sup> En estos términos, J. Aparicio Tovar, “El derecho a la asistencia sanitaria”, en VV.AA. (aesss) *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Ediciones Laborum, 2016, p. 49.

<sup>158</sup> En estos términos la definía el Real Decreto-Ley 36/1978, de 18 de noviembre, de gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo.

<sup>159</sup> En particular, sobre la relación entre la asistencia social estatal y el sistema de Seguridad Social, M.A. Martínez-Gijón Machuca, *Protección Social, Seguridad Social y Asistencia Social*, CES, 2005, p. 61.

<sup>160</sup> A partir de ese momento las Comunidades Autónomas van elaborando sus estatutos de autonomía y asumiendo competencias en materia no sólo de asistencia social sino también de servicios sociales. Así lo recuerda Martínez-Gijón Machuca, *Protección Social, Seguridad Social y Asistencia Social*, CES, 2005, p. 67. Sobre el tema, J. Mercader Uguina, “Art. 148.1.20ª”, en VV.AA. (M.E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, 2009, p. 2251.

<sup>161</sup> Vid. J. Vida Soria, *Asistencia social en el ordenamiento de la Seguridad Social española*, Revista de Trabajo, nº 1, 1968, pp. 54 y ss.

otras contingencias<sup>162</sup>. Su particular objeto de protección explica que haya quedado fuera de ese régimen de Seguridad Social, de que habla el art. 41 CE, ya que desborda materialmente la que hasta ahora se ha venido dispensando a las situaciones de dependencia desde el Sistema de Seguridad Social<sup>163</sup>. Como se ha dicho ya lo definitorio es la confluencia de necesidades permanentes de atención ligadas a la falta o pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, no las situaciones (de necesidad) que causa. De ahí que el nivel de recursos no constituya un requisito para obtener el derecho, sin perjuicio de que influya en el contenido de la protección<sup>164</sup>. Tampoco debería olvidarse que, a diferencia de lo que hace el art. 41 CE, que encomienda el mantenimiento de un régimen público de la Seguridad Social, ni el art. 49 CE ni el art. 50 CE, en los que encuentra su fundamento constitucional más inmediato la protección de la dependencia, imponen a los poderes públicos que esa

---

<sup>162</sup> Un análisis de las situaciones de dependencia en la Seguridad Social, VV.AA. (A. Montoya Melgar, dir.), *La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Thomson/Civitas, 2007, p. 35 y ss.

<sup>163</sup> Otro tema es que la asistencia y prestaciones sociales ante situaciones de dependencia bien podrían haberse incluido en la acción protectora del sistema de Seguridad Social. De esta forma habrían entrado a formar parte de la situación de necesidad aludida en el art. 41 CE. Esta opción hubiera sido perfectamente posible. No se olvide que según la STC 206/1997, de 27 de noviembre, “la Constitución...consagra una institución protegiéndola contra alteraciones que puedan desnaturalizar su esencia, pero no cierra posibilidades para la evolución del sistema de Seguridad Social hacia ámbitos desconocidos en la actualidad o hacia técnicas que hasta ahora no se ha querido o no se ha podido utilizar”. En este sentido, R. Martín Jiménez, “Título competencial y encuadramiento del modelo de protección social de la dependencia”, en VV.AA. [A.V. Sempere Navarro (dir) y P. Charro Baena (coord.)], *Comentario sistemático a la Ley de la Dependencia*, Thomson-Aranzadi, 2008, p. 118. Sin embargo, se ha preferido crear un nuevo sistema de protección, independiente, que encuentra su fundamento más directo en los arts. 49 y 50 CE; tal vez porque la finalidad de la protección que parecen proponer ambos preceptos excede de la atención de situaciones de necesidad de la que tradicionalmente se han ocupado los regímenes de Seguridad Social. En la línea de la evolución que la protección de la dependencia ha tenido en el entorno internacional, según M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “Art. 49”, en VV.AA. (M.E.Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, dirs), *Comentarios a la Constitución Española*, WoltersKluwer, 2009, p. 1118. Con la protección de la dependencia, más allá de compensar el exceso de gastos o el defecto de rentas que producen las contingencias protegidas, se persigue hacer efectivo el derecho a la autonomía personal, a la integración social y profesional y a la plena participación en la vida de la comunidad. Por ello, lo definitorio es la confluencia de necesidades permanentes de atención ligadas a la falta o pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, no las situaciones (de necesidad) que causa. Este particular objeto de protección explica que haya quedado fuera de ese régimen de seguridad social de que habla el art. 41 CE.

<sup>164</sup> Desde esta perspectiva, la protección que dispensa el sistema de dependencia tiene carácter “no asistencial”, en el sentido de que la posesión o no de los recursos económicos por el sujeto dependiente no es un factor determinante de su acceso a la protección que dispensa el sistema o para su extinción, sino sólo una circunstancia que se deberá tener en cuenta para modular la cuantía de las prestaciones o para determinar la participación de los beneficiarios en la financiación de las mismas, según el tipo y coste de los servicios prescritos. Sobre el tema, J. Luján Alcaraz, G. Rodríguez Iniesta y F.J. Fernández Orrico, “El sistema integral de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Las prestaciones”, en VV.AA. [A.V. Sempere Navarro (dir) y P. Charro Baena (coord.)], *Comentario sistemático a la Ley de la Dependencia*, Thomson-Aranzadi, 2008, p.294.

protección se tenga que dispensar a través de un “régimen público” de dependencia<sup>165</sup>. El que finalmente se haya hecho así parece más bien la opción del legislador, respaldada, sin duda, por los pactos sociales<sup>166</sup>.

También resulta clara la distinción del ámbito material en el que se mueven los sistemas de Servicios Sociales que se han ido configurando en las distintas Comunidades Autónomas, respecto de los servicios sociales que forman parte del sistema de la Seguridad Social, previstos en el art. 63 TRLGSS, que en todo caso han de complementar las prestaciones correspondientes a las situaciones específicamente protegidas por el sistema de la Seguridad. Los servicios sociales que se han implantado en el ámbito autonómico tienen una función que supera la propia del sistema de la Seguridad Social. El objetivo prioritario de esos sistemas de servicios sociales autonómicos será “la prevención y eliminación de los factores etiológicos que conducen a situaciones de marginación social”; “asegurar el derecho de las personas a vivir dignamente durante todas las etapas de su vida, teniendo cubiertas las necesidades sociales”<sup>167</sup>.

Más dificultades de deslinde con la Seguridad Social han surgido cuando se ha tratado de justificar la entrada en escena de otras medidas de protección asistencial, como los complementos que algunas CC.AA han reconocido a las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social<sup>168</sup>. Sin embargo, en este caso, su carácter extraordinario ha permitido diferenciarlos de las pensiones de Seguridad Social a las que complementan (STC 239/2002)<sup>169</sup>.

---

<sup>165</sup> Tal vez por ello, en algún momento, se barajó la posibilidad de resolver el problema en clave privatizadora. En concreto, la disposición adicional 14<sup>a</sup> de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, mandaba al Gobierno a presentar a las Cortes una propuesta de regulación del “seguro de dependencia” como modalidad de seguro privado. Sobre el tema, C. San Martín Mazzucconi, “Los principios inspiradores de la Ley”, en A.V. Sempere Navarro (dir) y P. Charro Baena (coord.) *Comentario sistemático a la Ley de la Dependencia*, Thomson-Aranzadi, 2008, p. 143,

<sup>166</sup> La renovación del Pacto de Toledo en el año 2003 incorporó la necesidad de “configurar un sistema integrado que aborde desde la perspectiva de la globalidad el fenómeno de la dependencia”, como recordaba C. San Martín Mazzucconi, “Los principios inspiradores de la Ley”, en A.V. Sempere Navarro (dir) y P. Charro Baena (coord.) *Comentario sistemático a la Ley de la Dependencia*, Thomson-Aranzadi, 2008, p.147.

<sup>167</sup> Por ejemplo, Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales del Principado de Asturias, Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales de EUSKADI, Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha, Ley 14/2015, de 9 de abril, de Servicios Sociales de Extremadura.

<sup>168</sup> La clave parece depender, *a priori*, de su configuración legal, al menos si se comparte la idea, defendida por el TC, de que la asistencia social es una noción “que no está precisada en el Texto Constitucional” (STC 76/1986), por lo que ha de entenderse remitida a conceptos elaborados en el plano de la legislación general. Sobre la indefinida noción de asistencia social en la Constitución, J. R. Mercader Uguina, “Artículo 148.1.20<sup>a</sup> Asistencia Social”, en M.E.Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación WoltersKluwer, 2009, p. 2249.

<sup>169</sup> En efecto, como ya se ha dicho, la incorporación en el texto de la Ley General de la Seguridad Social de una formulación expresa de los principios que inspiran el sistema de Seguridad Social coincidió en el

Identificar estas otras vías de protección social y precisar su alcance tiene especial interés si se entiende que pueden jugar su papel en el desarrollo de los principios de la Seguridad Social<sup>170</sup>. Desde luego, el despliegue de una acción asistencial allí donde no llega el sistema de Seguridad Social, aunque no se haya reconocido expresamente, puede haber servido a este de excusa para renunciar a la expansión de su acción protectora en el nivel no contributivo. Cómo justificar sino que después del tiempo transcurrido desde la aprobación de las prestaciones no contributivas, y en contra de lo que parecía iba a suceder<sup>171</sup>, las situaciones que protege el nivel no contributivo siguen siendo las mismas, con matices que han incidido más en el régimen financiero del sistema que en la extensión propiamente de la acción protectora.

---

tiempo con el debate que suscitó la decisión de alguna CC.AA de aprobar ayudas económicas con el objetivo de complementar las prestaciones de seguridad social no contributivas. En un primer momento, al menos, parecía que se trataba de prestaciones que, bajo el título de asistencia social externa al sistema, se dirigían únicamente a quienes tenían cubiertas sus necesidades mínimas por la modalidad no contributiva del sistema. Desde luego incidían sobre las mismas situaciones de necesidad. De ahí que varias fueran las dudas que suscitaban. ¿Una y otra vía de protección podían concurrir sobre las mismas situaciones de necesidad que protege el sistema de la Seguridad Social? Al incidir sobre la cuantía de unas prestaciones del sistema ¿esta actividad prestacional estaba interfiriendo en el régimen jurídico básico de la Seguridad Social y en su régimen económico (art. 149.1.17 CE)? ¿Se estaban introduciendo diferencias en la protección social pública que se recibe ante unas mismas situaciones de necesidad, en función de las CC.AA en que se reside, contradiciendo con ello art. 149 .1.1ª CE? Estas cuestiones se abordaron y resolvieron por el TC (STC 239/2002) para el que los auxilios económicos objeto de esta controversia competencial tenían una naturaleza específica y distinta de las técnicas prestacionales de la Seguridad Social, de modo que se incardinaban en la materia «asistencia social» externa al sistema. El TC quiso dejar claro que la ampliación de la protección que dispensa el sistema, a través de las prestaciones no contributivas, no podía impedir que las Comunidades Autónomas siguieran actuando en esa franja común (asistencia social), siempre que incluyera “otros beneficios o ayudas de carácter o naturaleza diferente”. En este caso, su carácter extraordinario distanciaba estos complementos autonómicos de lo que se entiende por pensión de la Seguridad Social. Por el contrario, no resultó relevante el contenido de la prestación pues, para la STC 239/2002, no hay ningún obstáculo a que una ayuda de carácter dinerario se configure como propia de la “asistencia social” de competencia autonómica, si dicha ayuda no altera o perturba el ámbito de la Seguridad Social. Tampoco parecía un problema que su finalidad fuera complementar prestaciones del sistema, pues se entendió que no lo hacía “de un modo que pudiera calificarse de específico de la Seguridad Social”. A diferencia de lo que había sucedido con pronunciamientos anteriores, para la STC 293/2002 no resultaron relevantes las evidentes coincidencias relacionadas con las situaciones de necesidad protegidas o con los grupos de población a los que alcanza la protección. Según el TC, “la inclusión subjetiva en el sistema de Seguridad Social, pudiendo ser un elemento a valorar en cada caso, debe ponderarse con suma cautela, pues difícilmente puede ser determinante o concluyente del deslinde competencial entre la Seguridad Social y la «asistencia social», como tampoco lo es respecto del deslinde con el «mutualismo no incluido en la Seguridad Social» o con los «fondos y planes de pensiones», pues nada impide recibir prestaciones de la Seguridad Social y otras complementarias provenientes del mutualismo libre o de los fondos de pensiones”.

<sup>170</sup> En este sentido, M.A. Martínez Machuca, *Protección Social, Seguridad Social y Asistencia Social*, CES, 2005, p. 205, para quien la asistencia social autonómica puede hacer más plenos cada uno de los principios esenciales de la Seguridad Social pues, aunque condicionada por la Seguridad Social, dispone de la “autonomía” que le otorga su encuadre en la categoría superior “Sistema de Protección Social”.

<sup>171</sup> L. E. de la Villa Gil, “Prologo”, B. Suárez Corujo, *La protección social en el Estado de las Autonomías*, iustel, 2006, p. 16,

A favor de esa opción podría apuntarse que estas otras formas de protección permiten avanzar en el desarrollo del principio de universalización, objetiva y subjetiva, de la protección social, en tanto se dirigen, como se ha dicho, a las personas y grupos en situación de necesidad no cubierta o insuficientemente atendida por el sistema. A fin de cuentas este principio junto con los de solidaridad e igualdad también han inspirado la ordenación de esos otros sistemas de protección social; y como tales suelen aparecer formulados en las disposiciones, estatal<sup>172</sup> y autonómicas<sup>173</sup>, que los regulan.

Sin embargo, que la Seguridad Social confíe en esos otros mecanismos de protección social puede ser discutible porque no siempre disponen de un verdadero aparato institucional<sup>174</sup>, lo que explica que no se hayan traducido en una mejora en la eficiencia del sistema de protección social, aunque supongan sin duda un avance en el esfuerzo protector de los poderes públicos.

Tampoco debe olvidarse que, como se ha dicho, los objetivos que persiguen los distintos “regímenes de protección social” no siempre coinciden. Eso es lo que se ha visto ocurre con el SNS, con el SPD o con los sistemas autonómicos de Servicios Sociales, cuyos objetivos de protección desbordan los propios del sistema de Seguridad Social.

De otro lado, que la Seguridad Social se pueda apoyar, en concreto, en los sistemas autonómicos de Servicios Sociales para ver complementada su acción protectora plantea otra objeción que tiene que ver con la inexistencia<sup>175</sup>, en este ámbito, de una regulación

---

<sup>172</sup> Por ejemplo, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, al igual que hace el TRLGSS, incorpora una lista de principios que no sólo orientan la interpretación de la norma sino que deben entenderse rectores del sistema que se crea. Con todo, de los dieciocho “principios” que enumera el art. 3 de la LPD, cuatro son los que realmente definen “la esencia de nuestro nuevo sistema de protección a las personas dependientes”: carácter público, universalidad de la protección, igualdad y no discriminación, y atención integral e integrada. A estos principios, enunciados de forma expresa, hay que añadir una referencia a la participación activa de la sociedad en el desarrollo del sistema, que sólo se explica por el juego del principio de solidaridad. Sobre el tema, VV.AA. (A. Montoya Melgar, dir.), *La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Thomson/Civitas, 2007, p. 42. También, C. San Martín Mazzucconi, “Los principios inspiradores de la Ley”, en A.V. Sempere Navarro (dir) y P. Charro Baena (coord.) *Comentario sistemático a la Ley de la Dependencia*, Thomson-Aranzadi, 2008, pp. 141 y ss, para quien “algunos de esos principios son, en realidad, objetivos de la norma, anuncios de su contenido, o desarrollo de otras ideas, de modo que el catálogo podía haberse reducido considerablemente”.

<sup>173</sup> Por ejemplo, art. 25 Ley 9/2016, de 27 de diciembre, Servicios Sociales de Andalucía; art. 5 de la Ley 14/2015, de 9 de abril, de Servicios Sociales de Extremadura; art. 6 de la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha

<sup>174</sup> De “amalgama de dispositivos de protección heterogéneos y descabalgados, bajo la descoordinada competencia estatal, autonómica, local y privada”, los ha calificado L. E. de la Villa Gil, “Prologo” a B. Suárez Corujo, *La protección social en el Estado de las Autonomías*, iustel, 2006, p. 19.

<sup>175</sup> Téngase en cuenta que en el ámbito autonómico, la tendencia ha sido constituir sistemas de Servicios Sociales y reconocer “el derecho universal” de todas las personas a las prestaciones y servicios del sistema público de Servicios Sociales. Sobre el tema, J.M. Pemán Gavín, “Prologo”, VV.AA. (A. Ezquerro Huerva coord.) *El marco jurídico de los servicios sociales en España*, Atelier, 2012, p. 16

estatal (como la que existe para la dependencia) de las condiciones básicas que garantice la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho a esa protección social (artículo 149.1CE)

En definitiva, la Seguridad Social no puede escudarse en la actuación de las Administraciones autonómicas o locales, en materia de asistencia social, para eludir la ampliación o cuando menos la actualización de la protección que dispensa; pues hacerlo supondría un claro riesgo para los principios de igualdad y unidad, que inspiran el sistema de Seguridad Social. Por ello, alguna reacción de nuestros poderes públicos debería haber suscitado que una de las razones utilizadas por el TC (STC 239/2002) para justificar la regulación por algunas Comunidades Autónomas de complementos (asistenciales) a las prestaciones no contributivas del sistema de Seguridad Social, fuera que los perceptores de estas prestaciones no tenían cubiertas sus necesidades mínimas con esa protección no contributiva. Si esto es realmente así, supone que la Seguridad Social no está cumpliendo con sus objetivos de suficiencia ni desarrollando adecuadamente algunos de sus principios rectores.

Por último, tampoco debe olvidarse que la CE no ha atribuido el mismo protagonismo a la Seguridad Social que al resto de vías de protección social<sup>176</sup>. Esta opción constitucional debe tenerse en cuenta a la hora de decidir el papel que han de jugar cada uno de los mecanismos de protección mencionados. En palabras de la STC 239/2003, el “régimen público” de Seguridad Social, que el art. 41 CE encomienda a los poderes públicos, sigue siendo el eje fundamental del sistema de protección social, y ese “régimen público” no se agota en el nivel contributivo de protección, por más que actualmente sea el que acapara toda la atención.

---

<sup>176</sup> Como lo prueba la alusión expresa al régimen público de Seguridad Social, como medio de protección social, en el art. 41 CE, frente a las referencias genéricas a “medidas preventivas, prestaciones y servicios”, de que habla el art. 43 CE para organizar y tutelar la salud pública, también a la “atención especializada” “a los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales”, de que habla el art. 49 CE; y frente a las genéricas “pensiones” de que habla el art. 50 CE; sin perjuicio de que en este último precepto sí se mencione, con nombre propio, “un sistema de servicios sociales que atienda los problemas específicos de salud, vivienda y ocio” de los ciudadanos en la tercera.