

CAPITULO PRIMERO  
CONCEPTO Y SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL.

SUMARIO: I. Noción de seguridad social: A) *Riesgos cubiertos*: a) La individualidad del riesgo. b) La personalidad del riesgo. c) La naturaleza económica del riesgo. d) El «ideal de cobertura». B) *Mecanismo de cobertura*: a) Evolución histórica; a) Ahorro individual y seguro privado; b) La beneficencia; c) Seguros sociales obligatorios y previsión social; d) La mutualidad y el intervencionismo. b) Transición a la seguridad social; a) La universalidad de la cobertura; b) La uniformidad de la protección; c) Las opciones ulteriores; d) Condicionamientos de las opciones; la «crisis» de la seguridad social. C) *Concepto*.—II. ENCUADRAMIENTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL: A) *Disciplina autónoma*. B) *Seguridad social y Derecho del trabajo*. C) *Seguridad social y Derecho administrativo*. D) *La referencia a cada ordenamiento*.—III. EL SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL: A) *Desarrollo histórico*: a) Evolución anterior a la LB. b) La LB y su desarrollo; modificaciones. B) *Estructura actual*: a) Título I, LSS; «normas generales» y «régimenes especiales». b) Título II, LSS; «régimen general». C) *Planteamiento constitucional*.—IV. ESQUEMA DE ESTE LIBRO.



I. Noción de seguridad social

El segundo, y menos conocido, de los informes de William Beveridge definió la seguridad social como el conjunto de medidas adoptadas por el Estado para proteger a los ciudadanos contra aquellos riesgos de concreción individual que jamás dejarán de presentarse, por óptima que sea la situación de conjunto de la sociedad en que vivan<sup>1</sup>.

Seguridad social, en tal definición, es prevención y remedio de siniestros que afectan al individuo en cuanto miembro de la sociedad y que ésta es incapaz de evitar en su fase primera de riesgo, aunque puede remediar y, en alguna medida, prevenir su actualización en siniestro. La seguridad social es un mecanismo interpuesto entre una situación potencial siempre presente de riesgo y una situación corregible, y quizá evitable, de siniestro.

En esta concepción, generalmente válida aún, la seguridad social se define, pues, mediante la referencia conjunta a unos riesgos y a un mecanismo que se arbitra para la protección contra los mismos. Estos dos elementos se examinan a continuación sucesiva y separadamente<sup>2</sup>.

A) Riesgos cubiertos

Los riesgos contemplados se caracterizan fundamentalmente por tres notas: son de carácter individual, de tipo personal y de naturaleza económica.

<sup>1</sup> *Full Employment in a Free Society*, Londres, 1944, pág. 11; el primero y más conocido de los informes de Beveridge es el titulado *Social Insurance and Allied Services*, Londres, 1942; el citado en segundo lugar fue el que sirvió de base a la gran reforma de la seguridad social británica ocurrida en los años 1945 a 1948.

<sup>2</sup> Lo que precede quiere decir que se maneja y se manejará en general en este libro

un concepto estricto de seguridad social y no el amplísimo y metajurídico de «paz social» que, «en cuanto constituida subjetivamente se convierte... en seguridad social», uno de los fundamentos del Derecho todo (para esta noción, J. Guasp, *Derecho*, Madrid, 1971, págs. 315 y sigs. Guasp usa también de la noción estricta; *loc. cit.*, págs. 549-550).

## a) LA INDIVIDUALIDAD DEL RIESGO

Alude a que al lado de un conjunto de medidas que se dirigen al remedio o mejora de la situación de la sociedad como conjunto, existe un segundo cuadro de ordenación que mira hacia la situación de cada individuo en concreto, sobre la presuposición; evidentemente cierta, de que aún vigentes y con eficacia máxima las medidas generales, no por ello dejará el individuo de estar afectado por situaciones de riesgo, que puedan ser atendidas mediante prestaciones individualizadas.

La conservación de la integridad del Estado, el mantenimiento del orden público, la evitación de desigualdades económicas acentuadas, el mantenimiento de un nivel general de empleo aceptable, una recta e imparcial administración de justicia al ciudadano y un cuadro de servicios públicos, funcionando con carácter continuo y cubriendo las necesidades que en cada época se tienen por generales, son ejemplos de medidas que, sin contemplar individuo cierto, mejoran la situación de la sociedad como conjunto; ninguna de ellas, ni su totalidad, son seguridad social.

## b) LA PERSONALIDAD DEL RIESGO

Los riesgos de que se habla afectan a la persona sujeta a ellos, no a su patrimonio. Lo que se contempla es la incidencia de un hecho o azar sobre la persona humana en cuanto tal, o sobre las facultades que en cuanto tal tiene, y no sobre su prolongación en los bienes y derechos de que sea titular; la incidencia del riesgo sobre el patrimonio sólo se toma en consideración indirectamente, en la medida en que la persona sea su fuente o sosten. Si se trasladara a este terreno la división entre seguro de cosas y de personas, habría de decirse que la seguridad social es un seguro de personas.

## c) LA NATURALEZA ECONÓMICA DEL RIESGO

No obstante lo anterior, los riesgos contemplados por la seguridad social son tales que, devenidos siniestros, generan un defecto o insuficiencia en los recursos económicos personales, bien porque ocasionen una disminución o desaparición de las rentas usuales o habituales, bien porque produzcan un exceso anormal de gastos que no pueda ser cubierto con las mismas; la prestación de seguridad social evalúa y suple la deficiencia y/o atiende al exceso. De estas situaciones puede hablarse traslativamente como «situaciones de necesidad», o como «necesidades» y decir que éstas, y no los riesgos, son el objeto de la protección<sup>3</sup>, terminología aceptable siempre que se tenga en cuenta que en general la seguridad social presume la necesidad por el mero hecho del acaecimiento del riesgo. Por lo demás las necesidades pueden ser concebidas como reducidas a una sola, a saber: la deficiencia aludida de recursos. El riesgo se relega entonces a un segundo plano, favoreciendo la tendencia a igualar la protección ante la necesidad, con independencia del riesgo que en concreto sea su causa.

Son numerosos los riesgos con el doble efecto citado: la enfermedad o el accidente de trabajo, al tiempo que privan, si generan incapacidad para el

trabajo, de los ingresos derivados de éste, ocasionan gastos extraños para lograr la recuperación fisiológica. Otros riesgos, en cambio, consisten en puras privaciones de renta, como el paro forzoso; mientras que otros traducen en un puro aumento de gastos, como las cargas familiares.

## d) SOBRE LOS RIESGOS QUE PUEDEN SER OBJETO DE PROTECCIÓN PLANEA LO QUE PODRÍA LLAMARSE «IDEAL DE COBERTURA»

Los riesgos —individuales, personales y de naturaleza económica, ya por hipótesis— que cubre la seguridad social como causantes de la situación de necesidad, son de determinación imposible sin la referencia a un tiempo y a un país determinado. En general, puede decirse que cada período histórico tiene un ideal de cobertura<sup>4</sup> al que se aproximan más o menos los sistemas positivos, habiendo sido tendencia moderna —cuando menos desde comienzos del siglo xx— la ampliación de los riesgos cubiertos. En la actualidad puede hablarse de una estabilización de un ideal de cobertura que comprende el accidente personal, sea o no de trabajo, y la enfermedad común —incluida la maternidad— y profesional, cubriendo para ambos tanto la asistencia sanitaria y la recuperación como los defectos transitorios y permanentes —invalidez— de renta; la vejez, o prolongación de la vida más allá de la edad en que ordinariamente existe capacidad de trabajo; la muerte, si el causante deja causahabientes que de él dependieran; el paro forzoso; y las cargas familiares, fundamentalmente concebidas como auxilios a los padres para sus hijos de corta edad.

Aunque no se deba afirmar que la estabilización aludida obedezca a que se hayan alcanzado ya los límites impuestos por la personalidad de los riesgos, hace ya tiempo que la tendencia apunta, si acaso, al perfeccionamiento de la cobertura —quizá, además, a su extensión personal y a su diversificación para atender necesidades especiales<sup>5</sup>— de los riesgos ya alumbrados que al alumbramiento de nuevos riesgos, y no se ve hoy qué tipo de riesgo nuevo pueda venir a incorporarse al ideal de cobertura de la seguridad social<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Esta es la idea que se quiere expresar al decir, patéticamente, que la seguridad social es «un camino sin fin en la vía ilimitada del progreso económico y social» (G. CANNOLLA: *Elementi di chiarificazione del concetto di sicurezza sociale*, en «Studi L. Barassi», Milán, 1963), o que «no existen límites determinados a la extensión de la seguridad social, salvo los impuestos por la situación económica» (E. SCHULTE: *La sécurité sociale. Les pensions*, Toledo, 1981, pág. 22).

<sup>5</sup> En este sentido la seguridad social es parte del esfuerzo de mejoramiento y progreso constitutivo de la justicia como fundamento de todo Derecho (J. GUASÚ: *Derecho*, cit., págs. 330-331).

<sup>6</sup> Como ejemplo de estas últimas se citan las de «las personas de edad, los trabajadores migrantes extranjeros, las personas físicas o mentalmente incapacitadas y los trabajadores excedentes por razón del cambio técnico» (OIT: *Pobreza y niveles mínimos de vida*, Ginebra, 1970, pág. 103).

La rehabilitación profesional de los impedidos es tema central de la Memoria del Director General de la OIT a la 67 Conferencia de esta, Ginebra, 1981.

<sup>7</sup> «Los objetivos de la Organización Internacional del Trabajo en la esfera de la seguridad social (según un documento que quiere indicar las nuevas orientaciones que cabría imprimir a la OIT... para que... se adaptara mejor a las nuevas condiciones de la situación mundial) consisten en proteger al trabajador y a su familia en contingencias tales como pérdida de ingresos debida a la enfermedad, riesgos profesionales, maternidad, desempleo, vejez, invalidez, fallecimiento del sostén de familia, hijos a cargo y asistencia médica» (OIT: *Examen general de los informes del grupo de trabajo sobre el programa y la estructura de la OIT*, Ginebra, 1969, págs. 1 y 6). Nótese la inmovilización del «ideal de cobertura», patente también en OIT: *Pobreza y niveles mínimos de vida*, cit., pág. 56. «Los regímenes de seguridad social... con-

<sup>3</sup> Véase J. M. ALMANSO PASTOR: *Del riesgo social a la protección de la necesidad*, en «RSS», núm. 6, 1971, especialmente II.D.d.

El «contenido material» del concepto de seguridad social<sup>7</sup> se nos aparece hoy, en suma, desde hace ya tiempo —quizá fecha decisiva es la de 1948 (10 de diciembre) de adopción por las Naciones Unidas de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*<sup>8</sup>—, si no como definitivamente fijado, sí como sumamente estable.

Por otro lado se aprecia también hoy como deficiencias sociales distintas de las típicamente cubiertas por la seguridad social —bien porque la escasez de recursos de los países en vías de desarrollo obliga a éstos a un análisis cuidadoso de sus prioridades, que puede relegar a un segundo plano la seguridad social, bien porque ésta haya alcanzado ya un mínimo razonable de cobertura en los países desarrollados— se reputan más urgentes; así, la vivienda y urbanismo, la nutrición, la sanidad en general, los transportes colectivos, por supuesto la educación, y últimamente el medio en que el hombre vive, al que «la ignorancia o la indiferencia pueden causar daños masivos e irreparables ... [de los que] ... existen pruebas crecientes»<sup>9</sup>, al haberse franqueado los límites racionales que en su propio interés debe a sí imponerse un dominador, así de los hombres como de la naturaleza.

En suma, las exigencias de «bienestar social» —entendida como «actividad organizada que se propone ayudar a una mutua adaptación de los individuos y de su entorno social...; resolver los problemas de adaptación de individuos, grupos y comunidades a un modelo cambiante de sociedad mediante la acción cooperadora para mejorar las condiciones económicas y sociales»<sup>10</sup>— son múltiples, y la seguridad social sólo una de sus parcelas. Por lo

prenden asistencia médica y prestaciones en efectivo en caso de enfermedad, accidentes y enfermedades profesionales e invalidez, prestaciones de desempleo, pensiones de vejez y subsidios familiares) (y aquí incluso no se habla de pensiones por muerte; pero se trata probablemente de un lapsus). Véase también G. PERRIN: *Reflexiones sobre cincuenta años de seguridad social*, en «Rev. Int. del Trabajo», 79.3, 1969, especialmente págs. 306-307. Por lo demás, el elenco de riesgos citados constituye el total de la posible protección según el convenio número 102 de la OIT (sobre *Seguridad social, norma mínima*, 1952) y según el Código (en realidad convenio) europeo de seguridad social de 1949 (véase G. LYON-CAEN: *Droit social européen*, París, 1969, págs. 103 y sigs.).

<sup>7</sup> Cfr. H. WIEBINGHAUS: *Die Europäische Ordnung der Sozialen Sicherheit*, en «Festschrift H. Florentin», Viena, 1983, págs. 821-824.

<sup>8</sup> El artículo 25 de la *Declaración* menciona «derecho a ... la asistencia médica ... [y] ... a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad».

<sup>9</sup> Para un elenco de las «necesidades sociales» contemporáneas es imprescindible el *Informe sobre la situación social en el mundo*, publicado desde 1982 cada tres años por las Naciones Unidas (últimamente el décimo, Nueva York, 1982; de aquí en adelante *Informe...*, 1982); específicamente so-

bre la evolución y situación actual de la seguridad social, la publicación periódica del Ministerio hoy de «Salud y Servicios Humanos» de los Estados Unidos *Social Security Programs Throughout the World*, con numerosas ediciones, de las cuales la que se ha tenido a la vista ahora es la de 1981. En especial para los países del Mercado Común, comparándolos con España, *Cuadros comparativos de los regímenes de seguridad social* (al I-VIII-1982; para España al 31-XI-1982), «versión española edición comunitaria», Madrid, 1984. En general, sobre el tema de las prioridades, Naciones Unidas, Consejo Económico y Social: *La seguridad social en el contexto del desarrollo nacional*, doc. núm. E/CN.5/460, 16 de noviembre de 1970. Como ejemplo de los problemas de un país en vías de desarrollo, véase S. Z. HASAN: *Social Security in India: Limited Resources, Unlimited Needs*, en S. JENKINS (ed.): *Social Security in International Perspective*, Columbia Univ., 1969.

Sobre el medio ambiente: *Informe de la Conferencia (junio 1972) de las Naciones Unidas sobre...*, Nueva York, 1973; la cita es de la *Declaración* aprobada por la Conferencia, 13 y 6.

<sup>10</sup> Naciones Unidas, *El desarrollo de programas nacionales de bienestar social*, Nueva York, 1959, pág. 3, cit. en M. MOIX MARTÍNEZ: *El bienestar social (mito o realidad)*, Madrid, 1980, pág. 70; en la obra de Moix, págs. 65-72, una reflexión sobre el concepto de «bienestar» social, con abundantes referencias a lo largo del libro a su conexión con la seguridad social.

deniás, en la medida en que la seguridad social dedique atención y fondos a la prevención de riesgos, en materia de salud por ejemplo, se convierte a su vez en parte integrante indiferenciada de [las medidas del bienestar social]; algunas de éstas (por ejemplo: protección a la infancia; promoción del empleo; amparo ante las situaciones catastróficas; la guerra incluida; y remedio de sus consecuencias; subvenciones para vivienda) pueden unirse a las de seguridad social que se van a describir, para obtener un concepto amplio de ésta<sup>11</sup>.

## B) El mecanismo de cobertura

Es notorio que los riesgos incluidos en el ideal de cobertura contemporáneo han existido mucho antes de que comenzara a hablarse de seguridad social; aunque, ciertamente, los modos de vivir hayan agudizado algunos de ellos; la vejez, por ejemplo, respecto de la que la prolongación de la duración media de la vida humana ha aumentado el número de años en que cada individuo la vive y el número proporcional de individuos que se encuentran en ella, aumentando vertiginosamente los costes de su sostenimiento, al tiempo que la disgregación de la familia «extensa» ha privado a los ancianos, hoy más numerosos que nunca —en la era pre-industrial el abuelo era una figura venerada como anómala, porque muy pocos vivían lo suficiente para serlo— de los modos tradicionales de soporte. O el accidente de trabajo, por la potencia y peligrosidad de los medios que el proceso productivo pone a disposición del trabajador, que hacen que, por ejemplo de nuevo, una actividad típicamente «segura», la agricultura, haya devenido hoy, con la mecanización del campo, una de las comparativamente más arriesgadas<sup>12</sup>, esto con independencia de que la ampliación del concepto de accidente de trabajo haga que se reputen como tales numerosos accidentes «comunes».

Otros riesgos, en cambio, han reducido su intensidad: los paros forzados en los países industrializados, su dimensión aparte, no son comparables en sus efectos a los trágicos de una sucesión, aún breve, de malas cosechas sobre poblaciones de suyo habitualmente desnutridas o mal nutridas. Ni hay nada hoy comparable a la terrorífica mortandad de las epidemias de tiempos pasados<sup>13</sup> o a sus índices de mortalidad maternal o infantil, por mucho que se haya intensificado el «consumo sanitario» debido —se dice— «a la sociedad industrial es cada vez más patógena: fabrica enfermos y mantiene las enfermedades»<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Y consistentemente de su derecho regulador para designar el cual se usa de la vieja denominación *Derecho social*; así W. GREFF: *Sozialrecht*, Munich, 1981, págs. 1-6.

<sup>12</sup> En varios países industrializados la tasa de accidentes de trabajo en la agricultura viene inmediatamente de la correspondiente a las minas y a la construcción (OIT: *Por un trabajo más humano* —Memoria del Director General a la 60.ª Conferencia—, Ginebra, 1975, págs. 17-18).

<sup>13</sup> La gran epidemia de peste, la «peste negra» del siglo XIV, produjo, por ejemplo,

una mortandad estimada entre un cuarto y un tercio de la población de Europa. Véase L. H. FARRAS: *Historia general del trabajo*, Barcelona, 1965, vol. II, pág. 202; en cuanto a sus efectos en España, J. VIKENS VIKENS: *Historia económica de España*, Barcelona, 1959, págs. 145 y 224, y J. A. GARCÍA DE CORTÁZAR: *La época medieval*, Madrid, 1973, págs. 385-390, y bibliografía que cita en páginas 517-518. En general, P. ZINZIN: *The Black Death*, Nueva York, 1969.

<sup>14</sup> OIT, *El Trabajo en el Mundo*, Ginebra, 1984, pág. 170.

Por lo demás, en es sólo que los riesgos existieran, sino que se quería atenderlos y se los atendía. Toda sociedad, enmarcándolos dentro de su filosofía de la vida, y del *ethos* de su era<sup>19</sup>, ha arbitrado siempre medios, incluidos con gran relieve los prestados simplemente en el seno de la familia, en amplia medida, por subsistentes — pese a la reducción drástica de las familias como unidades de producción y al aumento de los «hogares unipersonales», hombres y mujeres que viven solos<sup>20</sup>— como deberes de protección y mutua ayuda de sus miembros, incluidos el derecho y el deber de prestarse entre sí alimentos<sup>21</sup>; también los de instituciones amasadas, vecinales, religiosas y gentiles para asistir al enfermo (el hospital gratuito, por ejemplo, es de origen romano) o al anciano, o para mantener a la viuda o al huérfano, al inválido<sup>22</sup>, probablemente porque la ayuda al «dependiente» forma parte de la trama misma de la vida social, de la que constituye no ya una regla moral, sino un presupuesto lógico, en el sentido de que se extinguiría sin ella, lo que explica que incluso se haya hablado del altruismo como ingrediente genético de la especie humana o, al menos, de un sistema complementario de intercambios sociales del que el sostén del necesitado es parte esencial<sup>23</sup>.

Quiere decir esto que la diferencia específica de la seguridad social no está ni en la existencia de un riesgo económico individual, en el sentido ya analizado, ni siquiera en la atención del mismo, sino en un modo especial de proveer a su cobertura.

En qué consiste este modo de provisión es algo inteligible sólo si se refiere a la historia que se expone muy sucintamente en las líneas que siguen.

#### a) EVOLUCIÓN HISTÓRICA<sup>24</sup>

En primer lugar debe que aparece la noción de que aun siendo el riesgo individual, el individuo, salvo que forme parte de minorías privilegiadas y decendientes, carece de medios para prevenirlo y para remediarlo.

##### a') Ahorro individual y seguro privado

No se trata de que una mayoría de los hombres pueda ser, o efectivamente sea, improvidente, de lo que se trata es de que, aunque no lo sea, su capacidad de *ahorro individual* es insuficiente para la complejidad y magnitud

<sup>19</sup> Cf. A. K. HAYES: *Customs and Social Act in Greece and Rome*, Cornell Univ., 1926, págs. 7.

<sup>20</sup> Análisis sobrios y vivos; lévenos (dependientes) etc. y muchos dependientes a divorciados sin hijos (Estados Unidos, *Information*, 1942, cit., pág. 43).

<sup>21</sup> Sobre este punto, con detalle, J. PRÍEZ DE VILLAVIEJA: *El derecho de familia y la comunidad social. Estudio sobre las relaciones entre las prestaciones alimenticias, familiares y sociales*, tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, 1949.

<sup>22</sup> Pensiones para los viejitos y las familias de los ciudadanos muertos en guerra fueron conocidas en la Grecia clásica (F. P. SÁIZ: *Die Wirtschaft der griechisch-römischen Antike*, Wiesbaden, 1979, págs. 30 y 32).

<sup>23</sup> Cf. E. A. WYKSA: *Social Security: A Reciprocity System Under Pressure*, Boulder Col., 1920, en especial págs. 5, 28 y 45-47; G. PATZIG: *Der Unterschied zwischen subjektiven und objektiven Interessen und seine Bedeutung für die Ethik*, en «St. Leibniziana Suppl.», vol. XIX, 1930, págs. 176-177; M. ROSE: *Sociobiologie*, Bordocaud, 1979, págs. 69-70, 81, 87, 156-157, etc.

<sup>24</sup> Ver la serie de artículos publicados en «Die Sozialenichtbarkeit», núms. 10-11, 1931, con motivo del centenario del Mensaje (1881) de Bismarck (infra cap. 2.<sup>o</sup>, nota II. Brevemente mi ensayo *100 Años de Seguridad Social*, en «Papeles de Economía Española», núm. 12, 1962. Para España, véase nota 54.

de las necesidades que para el individuo pueden derivar de la incidencia de los riesgos; tanto la capacidad de ahorro directa como la canalizada a través de una operación de *seguro privado* esté o deje de estar ése presidido por el ánimo de lucro del asegurador; porque aunque ciertamente la operación de seguro, colectiva por esencia, al reducir o eliminar el *alea* del asegurador (a diferencia del contrato individual de seguro que es una apuesta en sí misma arriesgada para los contratantes entre quienes se cruza), reduce el «coste de la provisión» muy por debajo de lo que individualmente exigiría, aquél sigue siendo aún elevado ante la incapacidad o indecisión del asegurador frente a la exigencia de contar con colectivos cuya amplitud permita la suficiente dispersión del coste de los siniestros y, consiguientemente, el abaratamiento del precio o prima del seguro.

##### b') La beneficencia

La noción subsiguiente es la de que el individuo debe esperar de la comunidad en que vive un auxilio ante estas contingencias que rebasan sus posibilidades de provisión, por lo menos cuando se presentan con agudeza extremada. Esta noción elemental y sin cualificar es la que encontró su expresión a través de la beneficencia *pública*, completando la privada, corporativa o confesional, pero igual que ésta entendida como ayuda graciosa y discrecional al indigente que efectivamente demostrara serlo, y aun quizá sometida a los requisitos de vecindad y de trabajo semitorzoso que caracterizaron las denominadas en Inglaterra *Leyes de pobres*. Aunque no faltaron instituciones mutuales o de «socorros mutuos», generalmente con base gremial, soportadas por las cotizaciones de sus miembros que otorgaban derecho a prestaciones rudimentarias de enfermedad y muerte.

##### c') Seguros sociales obligatorios y provisión social

La concepción ulterior es que la cobertura de los riesgos no puede dejarse a la acción errática y desigual de la beneficencia —«a la doble contingencia de que (1) exista un sentimiento generoso y de que (2) quien lo posee conozca la necesidad», como dijera Hegel, un decidido partidario, por cierto, de que «la sociedad descubra la necesidad y sus remedios» y organice la provisión de éstos<sup>25</sup>; en la época industrial cuyo orto contemplaba, era para Hegel «deber incondicionado de la sociedad civil, proveer para el individuo [incluido el parado (forzoso)] incapaz de mantenerse a sí mismo»<sup>26</sup>, idea tanto más notable cuanto que expresada en tiempo en que la dominante era que «la caridad voluntaria [privada] es siempre preferible a la ayuda pública»<sup>27</sup> y aun la de que las «clases laboriosas» debían reposar «sobre su propia prudencia e industria», sin «depender de la caridad sistemática o casual»<sup>28</sup>— ni someter

<sup>25</sup> *Filosofía del Derecho*, § 247; trad. española, Buenos Aires, 1958 (pág. 204). He modificado algo la versión en vista de *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 4.<sup>a</sup> edición de Hoffmeister, Hamburgo, 1955, página 200.

También Homus se había referido al deber del soberano, respecto de los incapaces para el trabajo, de «no abandonarlos al azar de la caridad incierta de las personas privadas» (*Leviathan*, parte 2.<sup>a</sup>, cap. 30).

<sup>26</sup> Hegel *Philosophie des Rechts*, *Die Vorlesung 1819-1820*, 3.<sup>a</sup> parte, cap. 2, c); ed. D. Henrich Stuttgart, 1973, pág. 192.

<sup>27</sup> M. BLANC: *The Myth of the Old Poor Law and the Making of the New*, en M. W. FLINK y T. C. SARANT: *Essays in Social History*, Oxford Univ., 1974, pág. 124.

<sup>28</sup> MARTINEZ: *Essay on Population*, III, VII (vol. 2, pág. 69), y RICARDO: *Principles* (páginas 61-63), eds. Londres, 1952 y 1949, respectivamente.

a la persona que pretende el auxilio a pruebas deprimidas de su necesidad, o que aquél sólo se le conceda cuando ésta se manifiesta, en el misero, a través de lo lamentable de sus signos externos. Dicho de otra forma: madura históricamente la idea de que se debe tener un derecho a la protección<sup>25</sup>, que las prestaciones previstas son «jurídicamente exigibles»<sup>26</sup>, derecho que deriva de la contraprestación previa en forma de primas o cuotas pagadas por el beneficiario o por un tercero por cuenta de aquél.

De nuevo nos hallamos ante una operación de seguro —así fue como de hecho se «organizó e hizo científica la benevolencia», como quería TOYNBEE<sup>27</sup>—, pero como los riesgos deben distribuirse entre colectividades amplias para que la cobertura sea efectiva, lo que hace necesario contar con entes que sin seleccionarlos asuman la tarea de organizar el aseguramiento, se alumbra así un nuevo tipo de seguro, el seguro social que si bien en ocasiones nace y en parte se mantiene como voluntario, quizá con subvenciones públicas (régimen de libertad subsidiaria), pronto o desde su origen mismo se percata que ha de vencer la resistencia nacida de la improvidencia y de la falta de solidaridad de los hombres, aparte de la señalada falta de capacidad de ahorro de muchos de ellos<sup>28</sup> desembocándose así en el seguro social obligatorio<sup>29</sup>.

En esto consistió en sustancia la revolución bismarckiana —«de la árida roca surgiendo el agua vivificante del seguro social» golpeada aquélla por el báculo de Bismarck, nuevo Moisés<sup>30</sup>—, surgiendo de ella, a finales del siglo XIX, lo que si básicamente sigue siendo una «operación» de seguro —con sus notas básicas, por tanto: aleatoriedad o incertidumbre individual del siniestro; formación de fondo mutuo común con qué atenderlo; tratamiento matemático-financiero conforme a un plan de la relación entre una y otro, para que la presencia del fondo elimine el *alea* respecto del colectivo asegurado<sup>31</sup>—, tiene, no obstante, las características especiales que de su amplitud y obligatoriedad derivan.

Estos desarrollos se producen al tiempo que la conciencia social de las exigencias del vivir en comunidad amplía el ideal de cobertura de que antes se habló; como esto último fue ocurriendo paulatinamente, lo que va surgiendo es una serie de seguros sociales relativa o totalmente independientes entre sí. A su conjunto fue a lo que acostumbró a llamarse en España —las denominaciones extranjeras son similares— *previsión social*.

<sup>25</sup> Sobre esta noción esencial, G. BAYÓN CITACIÓN: *Los derechos a los beneficios de la seguridad social como patrimonio jurídico*, en «RSS», núm. 4, 1958, y *Los problemas de la personalidad en la Ley de Bases de la seguridad social*, en «RPS», núm. 61, 1964.

<sup>26</sup> L. MARTÍN GRANIZO y M. GONZÁLEZ ROTHWASS: *Derecho Social*, 3.ª ed., Madrid, 1935, pág. 376.

<sup>27</sup> A. TOYNBEE: *The Industrial Revolution* (1.ª ed., 1884); ed. A. J. Toynbee, Boston, 1956, pág. 63.

<sup>28</sup> Así la cuestión de si no se quería o más bien no se podía ahorrar deviene bizantina; «demostradamente no se ahorra lo suficiente para estos fines» (R. M. BALL: *Social Security Today and Tomorrow*, Columbia Univ., 1978, pág. 5).

<sup>29</sup> De ahí la frase tan conocida de C. G. POSADA, «los seguros sociales o son obligatorios o no son nada» (*Los seguros sociales obligatorios en España*, Madrid, 3.ª ed., s. d., pág. 7).

<sup>30</sup> El difiramba es de Gustavo Schnoeller (*Briefe...*, pág. 770; las referencias en *infra* cap. 2.º, nota 1); comparado con el cual, que G. Wagnaf Baine al *Mensaje bismarckiano* «la Carta magna de la previsión social alemana» (100 Jahre Sozialversicherung in Deutschland, en «Sozialgerichtsbarkeit», núm. cit., pág. 374) es casi derogatorio.

<sup>31</sup> Sobre estos puntos, F. GARCÍA ORTIZO: *Seguros privados y seguridad social*, Madrid, 1976.

#### b) La mutualidad y el intervencionismo

Dando un paso atrás en la reflexión, no se puede pensar que una obligatoriedad de la extensión, intensidad y duración que es propia del seguro social sea impuesta por nadie distinto de los poderes públicos. Entes menores pueden imponer una obligatoriedad basada en el estar a lo pactado propio del contrato, y aun una obligatoriedad reforzada en cuanto derive de la pertenencia semiforzada o del todo obligada a colectividades singulares (colegios, sindicatos, asociaciones), y de estos instrumentos se usó, desde luego, para la cobertura de riesgos sociales; éste es el origen y el significado de la *mutualidad*, forma asociativa de protección de riesgos sociales de orígenes remotos. Pero la extensión de la cobertura, la necesidad de evitar discriminaciones y, a la postre, la de hacer la obligatoriedad indiscutible, impusieron la regulación estatal, siendo así el de la previsión social uno de los tantos campos en que el Estado da por concluida su breve era abstencionista.

#### b) TRANSICIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL

No es fácil precisar en qué consiste, ni por consiguiente calificar al respecto un ordenamiento dado, la transición de la previsión a la *seguridad social*; ésta marca con mayor o menor intensidad en el panorama expuesto los siguientes trazos adicionales.

##### a) La universalidad de la cobertura

En primer lugar, y quizá como más importante, la ampliación del ámbito personal de cobertura. Los seguros sociales casi siempre comenzaron estableciéndose para los trabajadores por cuenta ajena, de la industria y con salarios bajos —núcleo de la que ya entonces se llamó «cuestión social», consecuencia humana directa de la Revolución industrial<sup>32</sup>—, respecto de los que se pensó, aparte de la agudeza y proximidad de sus necesidades, que a la vez eran los más necesitados de protección y que ésta era de más fácil organización. Paulatinamente se fueron extendiendo de los que se habían llamado «económicamente débiles» a trabajadores con salarios más altos, acabándose por eliminar los topes salariales para el aseguramiento; de los trabajadores industriales a los agrarios y de servicio; finalmente, de los trabajadores por cuenta ajena a los autónomos. Esta evolución apunta de suyo a que como ideal último la protección alcance a todos los ciudadanos y aun a todos los residentes en el país. Este trazo tendencial es el primero y básico de la seguridad social: *la universalidad personal de la cobertura*, haciendo bueno el «derecho de toda persona a la seguridad social», que proclama el artículo 9.º del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales<sup>33</sup>.

##### b) La uniformidad de la protección

Las extensiones paulatinas en la cobertura de que se acaba de hablar se produjeron de hecho —especialmente en cuanto se desbordó el ánimo del trabajador industrial por cuenta ajena— no por incorporación a los seguros

<sup>32</sup> Remito sobre este tema a mi *Introducción al Derecho del Trabajo*, 4.ª ed., Madrid, 1980, págs. 291-294.

<sup>33</sup> Por ello una enumeración actual de los «finés de la seguridad social» sitúa en pri-

mer lugar el de «proteger a todos los ciudadanos» (M. V. RUSSELL: *Curso de Previsión Social*, Río de Janeiro, 1979, página 46).

sociales ya existentes, sino por creación de otros nuevos. Mientras que por un lado, como se verá en seguida, los varios seguros sociales tendían a su refundición para los trabajadores industriales —y de servicios, cuya asimilación a aquéllos no ofreció dificultad mayor—, por otro aparecían sistemas ya a su vez refundidos pero especiales y distintos para los nuevos ámbitos (para los trabajadores agrarios; para los trabajadores autónomos; éstos son los dos casos más importantes y notorios); la especialidad y la distinción consistió no sólo en que se protegían grupos personales definidos, sino en que la protección era también especial y distinta, y por lo general inferior aun referida a los mismos riesgos. El abigarramiento de los seguros sociales dispersos por riesgos fue sustituido, podría decirse, por el abigarramiento de regímenes de seguros sociales unificados, pero dispersos por los colectivos protegidos. Pues bien; otro rasgo de la seguridad social es su tendencia a eliminar de esta diversidad, por lo menos en lo que tiene de sustancial, que es la diversidad de la protección. Dicho de otra forma: la seguridad social tiende a que toda la población asegurada —que ahora es por hipótesis la población toda— sea protegida contra los mismos riesgos con la misma intensidad.

Sin embargo, los riesgos comprendidos en el ideal de cobertura difieren entre sí. Existen *riesgos genéricos* que inciden sobre toda la población, respecto de los cuales, por tanto, es perfectamente posible actualizar los dos principios expuestos de protección universal y protección uniforme; típicamente son riesgos de este tipo los sanitarios y los de cargas familiares, y por ello, embebidos en la seguridad social, está el ideal de un *servicio nacional de la salud* y de un *sistema general de protección familiar*. Otros riesgos genéricos también como la vejez o la invalidez no se prestan con tanta facilidad a su tratamiento uniforme, pero tampoco existe dificultad insalvable para un régimen uniforme de protección a la ancianidad ni para baremar de esta misma forma grados de invalidez. En cambio, *riesgos específicos* de los trabajadores por cuenta ajena, como el paro forzoso y el accidente y la enfermedad profesional, son —salvo en cuanto a la asistencia sanitaria de los últimos— de cobertura imposible, si es que lógica siquiera, para otros sectores.

Esto no obstante una mutación en la concepción misma de los riesgos cubiertos puede ser alumbrada, y la nueva emergencia marcaría el último trazo de la seguridad social. Consistiría o consiste en hacer que los riesgos pierdan la especialidad que les viene de su origen —paro, accidente, enfermedad, vejez— para crear como riesgo único refundido la situación de necesidad definiéndola como la de incapacidad transitoria o definitiva para el trabajo, o la imposibilidad objetiva de obtener ésta, por cualesquiera causas, con su efecto consiguiente de imposibilidad de obtención de rentas. Se mantendrían —universales y uniformadas— la protección sanitaria y familiar y aparecería, también *universal y uniforme, la protección económica contra el estado de necesidad*, que podría desembocar en la *garantía de un nivel mínimo de rentas a todo ciudadano o residente que no pudiera obtenerlas por sí mismo*<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> Esta, en efecto, resulta ser la prestación clave del «Proyecto de código [de seguridad social] de Lovaina», cuya preparación por expertos concluyó en 1977; el texto

del código y una serie de estudios sobre el mismo en *Un nuevo modelo europeo de seguridad social*, Madrid, 1978.

Consecuencias también de las ideas implícitas en la seguridad social son la unificación de las entidades gestoras de los riesgos, para reducir gastos de administración, y la racionalización de las prestaciones en especie para evitar el derroche de recursos siempre escasos; este proceso contribuye también a la pérdida de identidad de los seguros sociales, apareciendo como prestaciones de un seguro único o total.

Una seguridad social así concebida, en suma, implica la desaparición tanto de los seguros sociales independientes como de los regímenes de protección independientes, para montarse sobre los ejes básicos de asistencia sanitaria y situación de necesidad, con el anejo posible de la protección familiar. Esto a su vez lleva a nuevos terrenos, en parte consecuencias necesarias, en parte alternativas por las que un sistema de seguridad social ha de decidirse.

### c) Las opciones ulteriores

Como opción, la forma en que deba configurarse la protección, esto es, si debe garantizar un nivel mínimo igual para todos, o si el nivel que garantiza debe guardar alguna relación o proporción con las condiciones, básicamente con el nivel de salarios o rentas, anteriores al acaecimiento de la contingencia protegida, de forma que éste no produzca una reducción drástica de aquéllas<sup>35</sup>.

Como opción también, ligada a la anterior, la de las fuentes de financiación de las prestaciones. Una seguridad social concebida como una operación de seguro sostenida con cuotas que los asegurados pagan proporcionalmente a sus salarios o rentas, lleva casi de suyo a prestaciones también proporcionales; en cambio, si es mantenida con cargo a fondos presupuestarios del Estado, la igualdad de las prestaciones resulta casi obligada.

Estas opciones, y en general todas las que a la seguridad social concierren, deben ser a largo plazo, por cuanto pueden comprometer recursos para plazos largos y reconocer derechos de consolidación paulatina y efectividad demorada en el tiempo. Las decisiones deben ser estratégicas, no tácticas.

Con pocas dudas, en la idea de seguridad social va envuelta la *protección o garantía de un nivel mínimo de prestaciones con cargo a fondos públicos*<sup>36</sup>. Pero si al propio tiempo se quiere mantener una cierta relación de las prestaciones económicas con los salarios, ello exige un segundo nivel de protección (siendo el primero de naturaleza asistencial), y aun de un tercero para

<sup>35</sup> Esta última tendencia se da como generalmente dominante hoy, en Europa al menos; ver Ph. Watson: *Social Security Law of the European Communities*, Londres, 1980, págs. 12-13. Por cierto: las normas del Mercado Común Europeo sobre coordinación de la seguridad social de los Estados miembros, señaladamente el básico, Reglamento 1408/1971, muestran también (*loc. cit.*, página 96 y en general cap. 6) la estabilización del ideal de cobertura.

<sup>36</sup> Para el experto es aquí donde se da el paso de una seguridad —o aseguramiento—

social «bismarckiana» (de grupos, con prestaciones proporcionales a los salarios o rentas), a otra «beveridgeana» (generalizada, con prestaciones uniformes), *grossa modo* operación: de seguro la primera, servicio público la segunda; véase J. VAN LANGENONCK: *Prelude to Harmony on a Community Theme. Health Care Insurance in the Six and Britain*, Oxford Univ., 1975, páginas 45-48. Ningún sistema actual responde con pureza a uno de los dos tipos, presentando todos características de ambos (cfr. M. ALONSO OLEA, 100 años..., cit.).

la protección adicional que a sí propios quieran darse y pagarse los colectivos que estén en condiciones de hacerlo (aseguramiento social *voluntario* o *libre*). Por otro lado, la aportación de fondos estatales masivos para el nivel mínimo no quiere decir que no puedan existir recursos o impuestos especiales para financiar la seguridad social, ni que se deje de exigir al beneficiario alguna participación en los costes, temas sobre los que se volverá (*infra*, cap. 12).

Una última idea se debe añadir a este complejo cuadro: el mantenimiento de un nivel mínimo que cubra el estado de necesidad puede exigir prestaciones de cuantía desigual. En cuanto a las prestaciones sanitarias, esto es tan obvio que no merece la pena insistir sobre ello. Pero también la exigencia puede aparecer en cuanto a las restantes; para atender a estas situaciones de especial necesidad, la seguridad social acoge en su seno las viejas y no desaparecidas prestaciones de beneficencia, rebautizándolas como «asistencia social», bien que elevándolas al plano de la exigibilidad jurídica, eliminando su carácter graciable o discrecional y difuminando con ello la distinción entre «asistencia» y «seguro» social, lo que explica que normalmente la expresión «seguridad social» comprenda a ambos. Pero para las prestaciones asistenciales, de alguna forma la situación especial de necesidad ha de ser probada como condición del derecho, frente a la naturaleza objetiva y automática de éste, de derecho «estricto», de las prestaciones ordinarias.

Por supuesto que todos los preceptos de integración característicos de la seguridad social piden inexcusablemente una ordenación normativa estatal; piden también en gran medida una administración estatal, directa o a través de organismos autónomos, o una fuerte tutela e intervención sobre los entes gestores no estatales. El conjunto de medidas de protección que forma la seguridad social es costoso —muy costoso en cuanto tiene una mediana extensión— y no puede pensarse que se sostenga sino con cargo a impuestos afectados, cuyos caracteres tienden a adoptar las primas del seguro, o generales, cuya obligatoriedad sólo el Estado puede exigir, previa la decisión inicial de que la protección se va a establecer y la de que se van a arbitrar los cuantiosos recursos necesarios. El Estado, pues, por una vía o por otra, o por todas ellas, entra a formar parte del mecanismo de la seguridad social<sup>37</sup>, y ésta, en último término, reposa sobre la garantía de la existencia del Estado; «en el carácter perenne del Estado descansa la seguridad social», se ha dicho, y en la soberanía popular del Estado democrático la «dosis racional de seguridad social adecuada a cada circunstancia» que quiere proporcionarse<sup>38</sup>.

La administración estatal es compatible con su descentralización, aproximando la gestión a los protegidos y promoviendo su participación; con el

<sup>37</sup> La seguridad social se convierte así en una función del Estado. En la definición de BEVERIDGE, la seguridad social está organizada por el Estado; con menos firmeza, pero expresando idea similar, M. PERSIANI: *El sistema jurídico de la previsión social*, Madrid, 1965, pág. 60 y sigs. En Norteamérica (donde por vez primera se utilizó legalmente la expresión, en la *Social Security Act* de 1935) se da tal denominación a «los programas establecidos por el Gobierno»

(R. J. MYERS: *Social Insurance and Allied Government Programs*, Homewood, Ill., 1965, pág. 2); en el mismo sentido, W. L. MITCHELL: *Social Security in America*, Washington, 1964, cap. II. Sobre el tema, véase M. RODRÍGUEZ PIÑERO: *El Estado y la seguridad social*, en «RPS», núm. 61, 1964, pág. 41 y sigs.

<sup>38</sup> L. E. DE LA VILLA: *La participación social en la gestión*, en «Papeles EE», pág. 197.

ánimo puesto, de un lado, en evitar su despersonalización burocrática y, de otro, en remediar el abuso y el fraude de las prestaciones.

#### d) *Condicionamiento de las opciones; la «crisis» de la seguridad social*

Se acaba de hacer referencia a lo costoso de la seguridad social y, consiguientemente, a la carga que a la comunidad impone su sostenimiento. Siendo la seguridad social un fin comunitario en sentido estricto, no un medio o instrumento para otros fines, la consunción en ella de recursos —con independencia de que en parte (por ejemplo, en general los de asistencia sanitaria y rehabilitación) sean inversión y no consumo— tiene, por así decirlo, una naturalidad que no debe ser discutida sino en el momento en que colisione con otros fines, cuestión ya vista, o en los que ciegue el aparato productivo o revele la insuficiencia de éste, porque éste a su vez se halle en períodos críticos o de deterioro en cuanto fuente de bienes o servicios, o en cuanto proveedor de oportunidades de trabajo. En último término, y expresada la idea con radicalismo suficiente y quizá necesario: parar de hecho o «renunciar al desarrollo económico significa renunciar a la seguridad social»<sup>39</sup>.

Desde mediados de la década 1971-1980 este problema se viene planteando con intensidad creciente, siendo sus principales ingredientes la reducción del empleo —más crudamente el aumento del paro forzoso—, que al tiempo aumenta los gastos y disminuye los recursos disponibles, y el «envejecimiento» paulatino de la población, que aumenta el coste de las pensiones. El fenómeno del paro es el más grave: «no es posible sostener un sistema de seguridad social con desocupación creciente» y ésta es precisamente la situación actual al detenerse el proceso de crecimiento económico «sin precedentes» que caracterizó el período 1951-1973, que apoyó a su vez el desarrollo correlativo sin precedentes de la seguridad social y que hoy «es... historia, porque la crisis que el mundo inicia en 1974 ha acabado con él»<sup>40</sup>; los «treinta años gloriosos» pasaron y a ellos sucedió una crisis que probablemente es «más ... que una borrasca pasajera»<sup>41</sup>, que al anunciar nuevos tipos de empleo anunciaría nuevos tipos de seguridad social no tan estrechamente ligados al trabajo como los actuales. La crisis lo es en el sentido estricto de la expresión de «pérdida de soberanía normal» sobre los hechos<sup>42</sup> y de un cierto desamparo en cuanto a las conductas y decisiones apropiadas para salir de ella.

Volveremos sobre estos problemas en sus lugares respectivos<sup>43</sup>; pero déjese aquí dicho que es su conjunto el que se coloca bajo la rúbrica *crisis*

<sup>39</sup> F. RULAND: *Aktuelle Probleme der Rentenversicherung*, en «Die Sozialgerichtsbarkeit», núm. 10-11, 1981, pág. 397.

<sup>40</sup> E. FUENTES QUINTANA, J. BAREA TEJERO et al., *Estrategia para un tratamiento de los problemas de la seguridad social española*, en «Papeles EE», núm. 12-13, págs. 22, 24-25 y 26.

<sup>41</sup> OIT, *El trabajo en el mundo*, cit., páginas 41 y 77; los «treinta años gloriosos» son cita de J. FOURASTÉ.

<sup>42</sup> Para esta noción, J. HABERMAS: *Legitimation crisis*, trad. T. MCCARTHY, Boston, 1975, pág. 1.

<sup>43</sup> En general, sobre este tema, ver las ponencias y comunicaciones de las reuniones de Toledo (17-19 noviembre 1981) y La Haya (30 septiembre-2 octubre 1982) del Instituto Europeo de Seguridad Social, que tuvo precisamente por tema «La seguridad social ante la crisis económica» (de ellas existen cuando se escribe sólo textos multicolpiados, que son los que se usan). Sobre paro forzoso y empleo, el núm. 8, 1981, de «Papeles de Economía Española», que dedicó asimismo su núm. 12-13, 1982, a estos problemas actuales de la seguridad social.

de la seguridad social y que cuando menos está forzando a un reexamen cuidadoso de ésta para su «racionalización», entendiendo por tal la utilización óptima de los recursos que a ella se asignen, de forma que la seguridad sea un bastión de defensa contra la crisis y no una de sus víctimas<sup>41</sup>.

### C) Concepto

Recogiendo en el momento actual de su evolución las nociones de riesgo y de mecánicas de protección que se han expuesto, se puede aventurar esta definición de seguridad social: *Conjunto integrado de medidas de ordenación estatal para la prevención y remedio de riesgos personales mediante prestaciones individualizadas y económicamente evaluables, agregando la idea de que tendencialmente tales medidas se encaminan hacia la protección general de todos los residentes contra las situaciones de necesidad, garantizando un nivel mínimo de rentas.*

Derecho de la seguridad social es el que tiene como objeto tales medidas y el cuerpo de doctrina jurídica elaborado en torno al mismo.

## II. Encuadramiento de la seguridad social

Nos referimos al *Derecho* de la seguridad social, planteándonos el problema de su incardinación en el ordenamiento jurídico y su adscripción a alguna de las disciplinas jurídicas que, con relativa autonomía y desde distintos planos, se imponen la tarea de descubrimiento, crítica y creación del Derecho en que consiste el oficio de jurista.

### A) Disciplina autónoma

Para un importante sector doctrinal, es el de la seguridad social un derecho que aparece tan clara y netamente diferenciado que reclama un tratamiento autónomo<sup>42</sup>; la pretensión de autonomía se ha marcado frente al Derecho del trabajo y se ha apoyado fundamentalmente sobre el hecho de que en su generalización las medidas de seguridad social han rebasado su

<sup>41</sup> *Social Security Programs...*, cit., página XII, pág. 12. Al examinar los «desarrollos principales» de los últimos años se refiere al «examen y retroceso» de los programas de seguridad social debidos a «el envejecimiento de la población, recesión continuada, paro creciente y creciente inflación... [que]... han agravado los problemas de financiación de la seguridad social».

<sup>42</sup> La figura más representativa, por la influencia decisiva que tuvo en la doctrina francesa, fue la de P. DURAND: «Una evolución esencialmente caracterizada por un movimiento de generalización ha destacado netamente del Derecho del trabajo al Derecho francés de la seguridad social. Las instituciones de seguridad social no tienen orgaje en el cuadro de un *Traité de Derecho*

*del trabajo* limitado al trabajo dependiente»; consecuentemente, el que debería haber sido tomo IV en su *Traité* pasó a ser un libro independiente, *La politique contemporaine de sécurité sociale*, París, 1953; en el fondo, sin embargo, la posición doctrinal francesa fue más efecto que causa de la independización de la seguridad social en los planes de estudios universitarios. Tras DURAND, virtualmente toda la doctrina francesa. En el mismo sentido, por ejemplo, E. CARALDI: *Studi di diritto della previdenza sociale*, Milán, 1958, cap. I; A. SUSSEKIND (y otros): *Instituzioni de Diritto do Trabalho*, 8.ª ed., Rio de Janeiro, 1981, vol. I, págs. 127-128; y J. A. SAGARDOY: *Sobre el concepto y autonomía de la seguridad social*, en «RSS», núm. 10, 1970.

ámbito inicial de los trabajadores por cuenta ajena y, mucho más, el de los trabajadores en situación de dependencia jurídica que para este mismo sector doctrinal es el estricto y propio del Derecho del trabajo. Más bien como fundamento *ex post* se suele añadir que la seguridad social es un intento de realización de la idea de justicia social que desborda el cuadro de la relación de trabajo, tutelando derechos personales que exorbitan aquélla. Entre los anglosajones se aprecia de antiguo una tendencia evidente a la separación de la seguridad social del Derecho del trabajo, pero sobre líneas distintas, a saber, el carácter básicamente jurisprudencial y de *Common Law* del Derecho del contrato de trabajo, frente al básicamente estatutario y legal del Derecho de la seguridad social<sup>43</sup>.

La generalización del ámbito de cobertura y la uniformidad de la protección son la premisa o el requisito necesario para la autonomía de la seguridad social; ya se ha indicado que si ésta prescinde de la mecánica del aseguramiento o su consideración se une a la de otras medidas de protección que prescindan de ella, tiende a fundirse o a ser simple parte del bienestar social, y de un genérico *Derecho social* que tuviera a éste por objeto.

En cualquier caso, con el ámbito de cobertura actual —en España, por ejemplo— el de la seguridad social ha dejado de ser el derecho protector de minorías desfavorecidas para convertirse en el derecho común o general de protección de riesgos sociales; fenómeno similar al acaecido respecto del Derecho del trabajo en cuanto a las prestaciones de servicios.

### B) Seguridad social y Derecho del trabajo

La pretensión de autonomía puede ser rechazada si se entiende que, pese a su movimiento hacia la generalización, la seguridad social está aún en gran medida anclada en el trabajo por cuenta ajena y que es aquí donde se encuentra lo sustancial del ámbito de cobertura y de donde se extraen los principios básicos, a generalizar en su caso. Independientemente de que se recalque además la existencia junto a *riesgos genéricos* de *riesgos específicos* sólo concebibles respecto del trabajador por cuenta ajena (así el accidente de trabajo) o de que por razones de política social ensamblien reglas de trabajo y de seguridad social (así las de empleo y paro forzoso). Para esta concepción las normas de seguridad social no son inteligibles con claridad ni forman un sistema sin la referencia a las que, al regular el contrato de trabajo, dan la noción de éste, de trabajador, de empresario, de renta de trabajo, de interrupción en la percepción de ésta, etc.<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Remito sobre este punto a mi *Estudio preliminar* a la ed. esp. de J. L. GAYLÉN: *Derecho Industrial*, Madrid, 1965, y bibliografía que allí se cita.

<sup>44</sup> En tal sentido, E. P. BOTHA: *Curso de Derecho del Trabajo*, 6.ª edición, Madrid, 1966, pág. 461 y sigs.; H. H. BARRAGELATA: *Manual de Derecho del Trabajo*, Montevideo, 1965, pág. 48; A. GAELI BERRIOS: *Tratado de Derecho del Trabajo y seguridad social*, Santiago de Chile, 1967, vol. IV, pág. 76; M. DE LA CUBA sigue incluyendo la seguridad social en su *Síntesis del Derecho del*

*Trabajo*, México, 1965, y A. MONTROY MELLER en su *Derecho del Trabajo*, 4.ª edición, Madrid, 1981, razonando la inclusión (páginas 522-523). Cuando ambas disciplinas se separan no es infrecuente que se subraye la conexión íntima entre ellas; así, G. CABANELLAS: *Introducción al Derecho Laboral*, Buenos Aires, 1960, vol. I, pág. 501; M. A. GORDINO: *Derecho de la seguridad social*, Buenos Aires, 1966, págs. 8-16; y el propio E. CARALDI, muy enérgicamente, casi demandado para su posición previa (*Il sistema giuridico delle assicurazioni sociali*, en U.

Por otro lado, en la medida en que el Derecho del trabajo tienda a desbordar las bases estrictas de la ajenidad y/o de la dependencia, habrá de verse cómo el trabajo en general —o la incapacidad para el mismo— es predicado de gran parte de los riesgos cubiertos, conexión ésta cuya ruptura no se ve cómo pueda ser posible; menos aún si se tiene en cuenta el acceso de mejoras y complementos de seguridad social a los convenios colectivos, fuente característica del Derecho del trabajo, en el seno de los cuales, por ejemplo, salarios y prestaciones sustitutivos del mismo se traban de tal modo que resultan prácticamente inescindibles, especialmente en los muchos ordenamientos en que es idea dominante garantizar prestaciones individualizadas próximas al salario, individualizando también, que temporal o definitivamente se deja de percibir a causa de la incidencia de un riesgo. De forma que el convenio colectivo es nuevo punto de reunión entre seguridad social y contrato de trabajo y fuente de expansión a través de aquélla del deber de protección característico de éste<sup>46</sup>, sobre todo si tal deber se articula técnicamente a través de una «operación de seguro». Y aun esta trabazón íntima se aprecia en las normas generales reguladoras de la relación de trabajo<sup>47</sup>.

### C) Seguridad social y Derecho administrativo

La autonomía del Derecho de la seguridad social parecería conducir a su disolución en el Derecho administrativo y al encuadramiento del mecanismo de cobertura dentro de los servicios públicos de cuya naturaleza efectivamente participa, tanto subjetivamente, en la medida en que sea una gestión confiada a la Administración, como objetivamente, en la medida en que satisface necesidades que sin reparo pueden titularse de públicas, aunque la satisfacción no acostumbre a hacerse (salvo la de las sanitarias), dato importante, proveyendo de «servicios», sino de sumas de dinero que ingresan en el patrimonio del beneficiario y que éste administra a su arbitrio. Falta para la adecuación a la noción de servicio público, si éste se concibe como destinado a «la colectividad en su conjunto, considerada en su aspecto

BORSI y F. PERGOLESI: *Tratado di diritto del lavoro*, volumen IV, Padua, 1959, pág. 3 y sigs.), o de que se destaque su cercanía (J. RIVERO LAMAS: *Instituciones de Derecho del Trabajo*, I-I, Zaragoza, 1977, pág. 147). En cambio en otros libros derecho del trabajo y derecho de la seguridad social aparecen unidos por razones académicas o didácticas, pero marcando claramente su independencia (así, A. VÁZQUEZ VIALARD: *Derecho del trabajo y seguridad social*, Buenos Aires, 1978, pág. 698; A. MONTUÑA MELGAR: *Derecho del Trabajo*, 5.ª ed., Madrid, 1984, páginas 573-574).

En buena medida la cuestión depende de la noción previa que se tenga sobre el ámbito del Derecho del Trabajo, como señala M. ALONSO GARCÍA: *Derecho del Trabajo*, Barcelona, 1960, t. I, pág. 143 y sigs., y *Curso*, 7.ª ed., Madrid, 1981, pág. 93; por supuesto, la cuestión se solventa en sentido afirmativo cuando se construye un Derecho social amplio; así, A. F. CESARINO JUNIOR:

*Direito Social Brasileiro*, São Paulo, 1979, t. I, págs. 33-35. En general, sobre este tema, J. RIVERO LAMAS: *Las transformaciones de la seguridad social ante el Derecho del Trabajo*, en «RSS», núm. 5, 1968.

<sup>46</sup> Sobre este punto es de imprescindible lectura M. CASAS BAAMONDE: *Autonomía colectiva y seguridad social*, Madrid, 1977. Se apunta, por cierto, que en la seguridad social paccionada pueden estar gestándose nuevas ampliaciones de «ideal de cobertura» ya atenuado, relativamente estabilizado en cuanto a sus contingencias cubiertas por los sistemas básicos, punto sobre el que también insiste A. MARTÍN VALVERDE: *Las mejoras voluntarias de la seguridad social*, Sevilla, 1970, pág. 7.

<sup>47</sup> Sería ejemplo de ello el ET, norma laboral general típica; en más de una cuarta parte de sus artículos aparecen normas expresas sobre seguridad social (arts. 11.3 12.2; 15.5; 20.4; 26.2-3; 29.4; 33.5; 36.4; 42.1; 43.2..., etc.).

fluctuante e indeterminado de individuos»<sup>50</sup>, la generalidad del destinatario en tanto, de nuevo, no se consiga un ideal de cobertura que comprenda a todos los ciudadanos, con un título indiferenciado, derivado de su calidad de tales, a las prestaciones; por otro lado, éstas —salvo en su zona asistencial, antes benéfica, en el sentido expuesto— se encuentran predeterminadas por la ley como derechos subjetivos estrictos de los protegidos, aparte de extremadamente personalizadas e individualizadas, con lo que, de un lado, el «servicio» debe ser necesariamente prestado, sin resquicio para la discrecionalidad, y, de otro, el principio de igualdad del usuario ante el servicio realmente no existe; y aunque precisamente estos datos, señaladamente la individualización legal del derecho, hagan de la seguridad social, se dice, «el modelo más avanzado»<sup>51</sup> de servicio público —y aunque se insista en que ésta no ha exigido nunca la aplicación en bloque del derecho administrativo<sup>52</sup>—, es lo cierto que en cualquier caso la misma singularidad de su avance, su importancia imponente (es el «servicio público» que más recursos consume en un Estado moderno), su complejidad, la subordinación de la mecánica o actividad prestacional a la sustancia de la prestación, y las consiguientes peculiaridades de su régimen jurídico, impondrían su tratamiento autónomo.

### D) La referencia a cada ordenamiento

Si bien se mira, el planteamiento abstracto de estos temas posiblemente carezca de realismo. Si la seguridad social es, o deja de ser, parte integrante del Derecho del trabajo o del administrativo, o si tiene entidad bastante para prestar su base a una disciplina jurídica autónoma, es tema a plantear con referencia a cada ordenamiento jurídico en particular. Respecto del nuestro en concreto, aun después de promulgada la LSS, es tan notorio, que tanto el sistema como el régimen general de la seguridad social están ligados en sus líneas esenciales al trabajo por cuenta ajena, que subsisten riesgos específicos sólo pensables respecto de éste, y que, aunque haya extensiones en la cobertura, la que se presta a los trabajadores por cuenta ajena —y concretamente a los industriales y de servicios— opera como aspiración a lograr respecto de las demás personas protegidas, que resulta artificiosa la autonomía y sumamente aventurado en una fase crítica de la noción del servicio público impostar en ella algo tan especializado, tan complejo y, se insiste, tan ligado a la relación de trabajo como es nuestro régimen de seguridad social.

Sin embargo, la referencia a cada ordenamiento no debe hacer olvidar la relativa claridad de ideas contemporáneas acerca de la seguridad social

<sup>50</sup> Para estos temas, véase F. GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, 3.ª ed., Madrid, 1966, pág. 297 y sigs.; por supuesto, el que se hable de algo como «función del Estado» no quiere decir, sin más, que nos hallemos ante un servicio público ni, menos, ante un régimen de Derecho administrativo. También GORDINI, *loc. cit.*, pág. 10.

<sup>51</sup> E. GARCÍA DE ENIERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 2.ª ed., Madrid, 1981, pág. 72.

<sup>52</sup> T. RAMÓN FERNÁNDEZ: *Derecho administrativo y derecho de la seguridad social*, en «Jornadas Técnicas sobre Seguridad Social», Madrid, 1984, págs. 31-32; este mismo autor insiste sobre la singularidad de «la relación jurídica de prestación», como «derecho propio de la seguridad social» (*loc. cit.*, páginas 39-40, 42). Real y justamente, el riesgo está en el aplastamiento de este «derecho propio» bajo el burocrático y organizativo.

como conjunto de riesgos objeto de protección y como mecánica especial para su cobertura. Tanto más cuanto que, por así decirlo, estas nociones están hoy «internacionalizadas» a través de pactos multinacionales, de los cuales el más significativo es el *Convenio relativo a la norma mínima de la seguridad social* (OIT, convenio núm. 102, Ginebra, 1952)<sup>31</sup>. El de «toda persona ... a la seguridad social» es derecho cuyo «reconocimiento y aplicación universales y efectivos», como «ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse», es proclamado por la *Declaración universal de derechos humanos*.

### III. El sistema español de seguridad social

El desarrollo histórico y la regulación positiva de los riesgos sociales y de su mecanismo de cobertura en nuestro país no difiere grandemente, en sus líneas generales, del que se acaba de exponer.

#### A) Desarrollo histórico

Aunque otras fases son distinguibles en la historia de nuestra seguridad social, las dos básicas son la anterior y la posterior a la LB.

#### a) EVOLUCIÓN ANTERIOR A LA LB

Episodios cruciales iniciales del régimen moderno de seguridad social en España son la Ley de 30 de enero de 1900, que configura el riesgo de accidente de trabajo sobre el principio de responsabilidad empresarial objetiva, esto es, abstracción hecha de la culpa del empresario, y la Ley de 27 de febrero de 1908, que crea el INP con la función, entre otras, de «difundir e inculcar la previsión popular», a la que después habría de añadirse la gestión directa de la protección establecida como obligatoria contra diversos riesgos<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Este convenio tan sólo ha sido ratificado en 1-VI-1984 por treinta países, pese a su antigüedad; número de ratificaciones escaso si se compara con el de Estados miembros de la OIT (155) y con el obtenido por otros convenios. España no lo ha ratificado.

<sup>32</sup> Para esta historia, véanse las sucesivas ediciones del libro de CARLOS G. POSADA, ya citado, y, a partir de 1959, las de estas *Instituciones*; excepcional, por su enorme acumulación de datos normativos y seguridad con que se manejan, M. UCHILAY RAPOLLAS: *Previsión y seguros sociales*, Madrid, 1955; truido hasta fechas más recientes, C. DEL PRADO: *De la protección gremial al vigente sistema de seguridad social*, Madrid, 1967; y L. E. DE LA VILLA, y A. DESBENTADO: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, 1977, páginas 119-157. Análisis breve y depurado, en A. MONTAÑA MELGAR: *La seguridad social española: notas para una aproximación histórica*, en «Rev. de Trabajo», núms. 54-55. La historia de la organización administrativa, minuciosamente, en B. PERNAS DÍAZ:

*Organización administrativa de la gestión de la seguridad social*, Fac. de Derecho, Univ. Compl. de Madrid, 1983. Últimamente, A. MARTÍN VALVERDE: *El ordenamiento de la seguridad social: evolución histórica y situación actual*, en «Jornadas Técnicas sobre Seguridad Social», Madrid, 1984.

Para la protohistoria de nuestra seguridad social, A. ROMEU DE ARMAS: *Historia de la Previsión Social en España*, Madrid, 1944, a la que precedió un breve estudio del mismo autor, *Los seguros sociales en nuestro pasado histórico*, Madrid, 1943.

Perspectiva general de la seguridad social española en 1977, comprendiendo datos demográficos y económicos, puede obtenerse de la lectura de los informes oficiales aparecidos ese año: MINISTERIO DE TRABAJO: *Libro blanco de la seguridad social*, y PRESIDENCIA DEL GOBIERNO: *Acción protectora y estructura orgánica de la seguridad social*.

Perspectiva de la seguridad social española contemplada en el año 1982 es la contenida en el núm. 12-13, sobre *Seguridad*

Paulatinamente, y como seguros sociales independientes, se van estableciendo los de vejez (1919), posteriormente completado con un sistema de prestaciones de supervivencia para los familiares próximos dependientes del causante (1955); *accidentes de trabajo*, imponiendo como obligatorio el aseguramiento de la responsabilidad empresarial (1932)<sup>33</sup>; *cargas familiares*, en el que precedió el régimen general llamado de subsidio familiar (1938) a un régimen adicional denominado plus familiar, con las empresas erigidas en unidades de aseguramiento y con prestaciones próximas en su forma, ya que no en su causa, a los salarios (1946); *enfermedad común* y accidente no laboral en su doble vertiente de prestaciones sanitarias y prestaciones económicas sustitutivas del salario (1942); *enfermedad profesional*, ya anticipado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que había asimilado aquélla al accidente de trabajo, y por un régimen incipiente de protección en cuanto a la silicosis (1947); *invalidez*, al tiempo que se reorganizaba el de vejez (1947); *paro forzoso* (1961), también con algún precedente anterior.

El sistema de protección y la extensión de la cobertura para cada uno de estos riesgos pasó por múltiples vicisitudes, por lo general reforzando la primera y ampliando la segunda. Importa destacar que desde 1946, junto a la historia general, empezó a desarrollarse la particular de un aseguramiento social también obligatorio, pero de naturaleza profesional o por ramas de la producción, representado por las *Mutualidades Laborales*, a través de las cuales se creó un sistema complementario de protección, señaladamente para los riesgos de vejez y supervivencia.

#### b) LA LB Y SU DESARROLLO; MODIFICACIONES

A partir de 1948 empiezan a fructificar intentos de *coordinación y unificación de los seguros sociales generales*, que culminan en la LB. En efecto, en espera del posible desarrollo de la Constitución, la culminación actual de nuestra seguridad social se halla en la LB<sup>34</sup>; la autorización y el mandato de legislar en ella contenidos se agotaron en la LSS 1966, que comenzó

social, de «Papeles de economía española», Madrid, 1982 (citado como «Papeles EE» en adelante).

<sup>33</sup> Contemplada en el año 1935, MTS, *Documento base sobre la reforma de la seguridad social para la comisión tripartita del Acuerdo Económico y Social*, Madrid, 1935. En el AES (tit. I, art. 13), en efecto, el Gobierno aceptó constituir esta Comisión para un «examen de conjunto del actual sistema de Seguridad Social», coincidentes las partes en la necesidad de afrontar cuanto antes un proceso de reformas.

<sup>34</sup> El seguro se impuso primero como forzoso para los accidentes de mar, por D. 15-X-1919; por DL 24-V-1928 ratificó España el convenio número 17 de la OIT (7.ª reunión, Ginebra, 1925) sobre indemnizaciones por accidentes de trabajo, y por D. 9-V-1931 el número 12 (3.ª reunión, Ginebra, 1921) sobre indemnización por la misma causa en la agricultura; consecuencia de estas ratificaciones fue el DL 8-X-1932, texto refundido de la legislación de accidentes de trabajo en la industria, como se

guero forzoso; cuyo régimen se hizo extensivo e igual al de la agricultura por L. 22-XII-1955, en virtud de la cual se dictaron los textos refundidos de «la legislación» y del Reglamento de accidentes por D. 22-VI-1956. A su vez, esta nota no hace sino resumir brevemente una historia mucho más compleja; complejidad similar tiene la de todos los seguros sociales.

<sup>35</sup> Las leyes de bases, como es sabido, y confirma Const. art. 83, carecen de vigencia directa, salvo que «expresamente dispongan lo contrario» (STS 31-V-1952); en cuanto a la LB se entendió que existía esta norma expresa respecto de la declaración «a extinguir» de las antiguas escalas de personal sanitario, contenida en base VI.24, c) (STS, S. 5.ª, 3-X-1967, 23-XI-1968, 15-II-1971 y 11-IV-1973). Al carecer de vigencia directa no puede su pretendida infracción fundar un recurso de casación (STS, S. 6.ª, 13-III-1956 y 9-II-1977), ni de suplicación (SCT 13-XI-1968 y 21-XII-1973, dictadas precisamente en contemplación de la LB).