

NIVEL ASISTENCIAL DA SEGURIDADE SOCIAL E ASISTENCIA SOCIAL

Marta Fernández Prieto

Profesora titular da Escola Universitaria de Dereito do Traballo e Seguridade Social da Universidade de Vigo

SUMARIO

1. OS NIVEIS CONTRIBUTIVO E ASISTENCIAL DA SEGURIDADE SOCIAL.

1.1. Nivel contributivo

1.2. Nivel asistencial

1.3. Insistencia na separación das fontes de financiamento e na contributividade dende o Pacto de Toledo

2. PROTECCIÓN SOCIAL, SEGURIDADE SOCIAL, ASISTENCIA SOCIAL E DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE O ESTADO E AS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

2.1. Protección social

2.2. Seguridade social e asistencia social na Constitución española

2.3. Asistencia social e nivel asistencial da seguridade social

2.4. Asistencia social interna á seguridade social, asistencia social externa e prestacións non contributivas. Conveniencia dunha seguridade social contributiva

2.5. Importancia dun sistema de asistencia social

OS NIVEIS CONTRIBUTIVO E ASISTENCIAL DA SEGURIDADE SOCIAL

Sabido é que, na determinación do ámbito subxectivo de protección do sistema da seguridade social, foise producindo con correr dos anos, ao igual que no seu ámbito obxectivo, unha progresiva ampliación. Se atendemos á perspectiva histórica, e malia a relativa modernidade desta disciplina fronte a outras ramas xurídicas, apréciase doadamente un incremento dos suxeitos as necesidades dos cales poden ser cubertas polo sistema de seguridade social. En concreto, dos traballadores asalariados da industria, únicos aos que en principio se estendía a cobertura dos seguros sociais obrigatorios, foise paulatinamente dando cobertura a outros suxeitos: aos traballadores agrícolas, aos traballadores do mar, aos traballadores autónomos, aos estudantes, aos funcionarios, aos empregados de fogar, aos socios traballadores de cooperativas... e, finalmente, mesmo a cidadáns non traballadores.

Desta afirmación dedúcese sen marxe de equivocación posible que o ámbito subxectivo de protección do sistema da seguridade social non se corresponde co ámbito subxectivo de aplicación do Estatuto dos traballadores. Este último constitúeno unicamente os traballadores asalariados do art. 1.1 ET, é dicir, os traballadores que voluntariamente prestan os seus servizos por conta allea e baixo o poder de organización e dirección do empresario, a cambio dunha retribución ou salario e tendo en conta as exclusións do art 1.3 e as relacións laborais especiais do art 2 ET. O noso sistema da seguridade social da cobertura, en cambio, non só a traballadores dependentes senón tamén a traballadores sen vinculación a un empresario, en canto que protexe traballadores por conta propia ou autónomos, e mesmo a cidadáns que nin sequer traballaron.

E é que a ampliación subxectiva da cobertura da seguridade social se realizou en dous planos. Por unha parte, mediante a creación de réximes especiais da seguridade social que, fronte ao réxime xeral, protexen persoas que realizan unha actividade, en atención precisamente á actividade profesional que desempeñan¹. E, por outra parte, mediante a distinción entre prestacións contributivas e prestacións asistenciais ou non contributivas, que protexen –as últimas– non xa a traballadores senón a cidadáns en xeral². Este segundo plano da orixe, precisamente, á distinción entre o nivel contributivo e o nivel asistencial, distinción para a que son claves dous principios, o de profesionalidade e o de universalidade. O primeiro toma a actividade profesional do suxeito causante da prestación como parámetro e delimita, sobre a base do seguro privado, o chamado

-
- 1 A pesar de que a tendencia actual, consagrada lexislativamente no art. 10 apartados 3 a 5 LGSS, é cara á integración dos réximes especiais no réxime xeral ou noutro réxime especial dos existentes e cara á máxima homoxeneidade co réxime xeral. Así, en relación coa integración e aínda que esta non culminou aínda, o número de réximes especiais que mantén o sistema de seguridade social reduciuse de dezaseis a sete, incluíndose na súa maior parte no réxime xeral e algún no especial de autónomos. E, en relación coa homoxeneidade, a protección dos réximes especiais foise paulatinamente ampliando para aproximarse á do réxime xeral.
 - 2 Xa a Recomendación nº 67 da OIT de 1944, sobre a seguridade dos medios de vida, propón o sistema do seguro social obrigatorio, para dar cobertura aos asegurados que previamente contribuíron ao sistema e que cumpren os requisitos en cada caso esixidos, restablecendo, nun nivel razoable, as rendas perdidas a causa da incapacidade para traballar (comprendida a vellez), ou para obter traballo remunerado ou a causa da morte do cabeza de familia. E, subsidiariamente, suxire a asistencia social, para dar cobertura a situacións ás que non alcanza o seguro social obrigatorio, con especial atención a determinadas categorías de persoas, “especialmente os nenos, inválidos, anciáns e viúvas necesitados”.

nivel contributivo. O segundo, en cambio, prescinde de toda actividade profesional do suxeito para centrarse na existencia dunha situación de necesidade real e delimita o nivel asistencial ou non contributivo. Aproxímase este último, en canto ao seu fundamento, á protección benéfica dos pobres, que, durante séculos, foi, con variantes³, a única existente, se ben cunha dimensión que lle confire unha natureza radicalmente distinta. Do que era simplemente un interese lexítimo dos indixentes, supeditado á limitación dos recursos destinados á súa protección e á discrecionalidade mesma da súa concesión⁴, pasouse a verdadeiros dereitos subxectivos dos cidadáns, non só dos traballadores, a determinada protección asistencial.

Os sistemas de seguridade social configúranse en torno a dous modelos. Un, o contributivo ou profesional, tamén chamado de corte continental ou bismarkiano, en atención ao sistema de seguros sociais obrigatorios implantados en Alemaña por Otto von Bismark na segunda metade do século XIX, ás prestacións da cal só se pode acceder cando se produza a continxencia que as determina, se previamente se traballou e cotizou o suficiente e aínda que non exista unha situación de necesidade no sentido de falta absoluta de recursos⁵. Tende a procurar, mediante rendas de substitución, o mantemento do nivel de vida dos traballadores ante determinadas continxencias que determinan unha perda temporal ou definitiva do salario e que se consideran dignos de protección, como a enfermidade, a incapacidade, a velez ou a morte.

E outro, asistencial ou universal, tamén chamado de corte anglosaxón, polo Informe Beveridge esbozado no Reino Unido en 1942⁶ e a *Nacional Assistance Act* de 1948, ás prestacións da cal se pode acceder cando se produce calquera situación de necesidade, no sentido de carencia de recursos, en calquera momento ao longo da vida dunha persoa e aínda que previamente non se traballara nin cotizado. Pretende a cobertura de necesidades básicas de tódolos cidadáns mediante rendas básicas de compensación. En realidade, o Informe Beveridge propón todo un sistema integral de protección social, a asistencia nacional, para facer fronte aos denominados “cinco xigantes do mal”: a seguridade social fronte á necesidade física; a saúde fronte á enfermidade; a educación fronte á ignorancia; a vivenda fronte á miseria; e unha política de pleno emprego fronte á ociosidade.

Os actuais sistemas europeos de seguridade social son mixtos, en canto que acollen ámbolos dous niveis, contributivo e asistencial, para conseguir un maior grao de benestar social, aínda que primen un sobre o outro. Os sistemas contributivos resultarían eficaces per lle unicamente en situacións de pleno emprego. Sen embargo, son claramente deficientes en períodos de crise económica, nos que se require unha cobertura paralela do nivel non contributivo.

3 Esta protección, tradicionalmente dependente da caridade dos demais, foi prestada altruísta por particulares, por institucións eclesiásticas e por institucións públicas. Véxase AA.VV., *De la beneficencia al bienestar social: cuatro siglos de acción social. Seminario de Historia de la Acción Social*, 2ª ed., Siglo XXI de España (Madrid 1988).

4 DE LA VILLA GIL, L.E., *El modelo constitucional de protección social*, AS, nº 3, 2004, bib 200426, pp. 1-2.

5 O sistema español, en orixe, respondía a este modelo.

6 BEVERIDGE, W.I.B., *Social Insurance and allied Services* (Londres 1942), traducción castelá editada polo MTAS, *Seguro social y servicios afines. Informe de Lord Beveridge* (Madrid 1989).

1.1. NIVEL CONTRIBUTIVO

O nivel contributivo protexe os suxeitos que desenvolven unha actividade produtiva ante o aumento de gastos ou a perda de ingresos que poden producirse en determinadas circunstancias, en que a relación laboral suspéndese ou mesmo se extingue, e con independencia de que o suxeito protexido teña ou careza de recursos abondos para afrontar a situación. Neste sentido, o art. 7.1 LGSS inclúe no ámbito de aplicación do sistema de seguridade social, e, en concreto, no nivel contributivo, “calquera que sexa o seu sexo, estado civil e profesión”, aos españois e estranxeiros que residan en España, exerzan a súa actividade en territorio nacional e encádrense nalgún dos colectivos que o propio apartado enumera e que permiten a súa inclusión nos distintos réximes, xeral e especiais, que conforman o sistema de seguridade social.

No nivel contributivo, fálase dunha seguridade social profesional e contributiva. Profesional en canto que, para outorgar as prestacións, esíxese que o suxeito causante previamente traballara e as prestacións outórganse, precisamente, aos suxeitos protexidos en función do traballo que realizan. E contributivo en canto que se esixe, en xeral, que o suxeito causante contribuíra previamente ao sistema de seguridade social, sendo completamente indiferente a situación económica do beneficiario e independentemente, polo tanto, de que exista ou non unha situación de necesidade real. Ademais, protéxese os suxeitos en función da contribución que cada traballador realizara previamente ao sistema de seguridade social, tendo en conta a súa base de cotización e segundo as regras que determinan a base reguladora de cada prestación. Non se debe esquecer que este nivel de cobertura se financia exclusivamente con cargo ás cotizacións de empresarios e traballadores.

O nivel contributivo é o nivel máis relevante de protección e cobre os casos de incapacidade temporal, maternidade, risco durante o embarazo, incapacidade permanente, xubilación, prestacións de morte e supervivencia, asistencia sanitaria, prestación de tempo cotizado e desemprego. Con estas prestacións, salvo a de tempo cotizado, preténdese substituír, ben as rendas ou salarios deixadas de percibir polo beneficiario ante determinadas situacións que producen a suspensión ou extinción da súa relación laboral, ben o exceso de gastos producido principalmente a consecuencia de deterioracións ou danos na saúde. E unicamente se outorga a prestación en cuestión cando se cumpran os requisitos xerais e específicos esixidos pola lei para o acceso a esta, entre os cales se esixe en principio un período previo de carencia ou cotización, maior ou menor en función da prestación.

Polo tanto, a través da modalidade contributiva de protección outórganse, por razóns de idade, incapacidade ou morte do traballador suxeito causante da prestación que, en cada caso, cumpre os requisitos esixidos, rendas de substitución proporcionais ao esforzo de cotización realizado por el.

Para os pensionistas que carezan de recursos garántense, ademais, unhas contías mínimas das pensións, a través do chamado “complemento de mínimos” que, en opinión da maioría da doutrina ten natureza asistencial ou non contributiva⁷. Mediante este complemento, trátase de garantir ao beneficiario dunha pensión contributiva a subsistencia da

7 Non obstante, unha das cuestións máis conflictivas deste complemento radica precisamente na súa natureza xurídica, pola súa posible adscrición ao nivel contributivo ou ao nivel asistencial, e mesmo á asistencia social interna, como propón FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *La naturaleza asistencial interna del complemento por mínimos de las pensiones contributivas*, AS, nº 15, 2002, BIB 2002/2022, pp. 16 ss.

cal depende basicamente da devandita pensión, unha contía mínima da pensión en función da súa situación persoal e familiar, aínda que o suxeito causante non contribuíra o suficiente para alcanzar esa contía ás arcas da Seguridade Social⁸. Si deberá cumprir os requisitos esixidos pola LGSS para o acceso á pensión correspondente. De aí que poida afirmarse certo carácter mixto, ao estar relacionadas, por un lado, coa seguridade social –os beneficiarios deben cumprir os requisitos esixidos para percibir a prestación de seguridade social á que está vinculada esta especie de suplemento compensatorio- e, por outro lado, coa asistencia social –o complemento en si non require un período de carencia determinado, distinto do esixido para a prestación, e pretende paliar, ou polo menos mitigar, unha situación palmaria de necesidade.

A súa función é, pois, recoñecer ingresos complementarios os beneficiarios de prestacións de seguridade social insuficientes, garantindo aos que perciben ingresos totais por debaixo do límite legal, uns medios mínimos de subsistencia. Se o beneficiario, en cambio, obtén rendas de calquera natureza en contía superior á que se fixa anualmente para percibir o complemento de mínimos, recibirá unicamente a pensión contributiva á que teña dereito en función da contributividade do suxeito causante ao sistema e non percibirá, polo menos non integramente, o complemento.

Aínda sendo mellorada a pensión contributiva co complemento de mínimos por carecer o beneficiario de ingresos abondos, segue sendo contributiva polo menos nunha parte⁹. De aí que a contía das pensións contributivas mínimas sexa superior á das pensións non contributivas.

1.2. NIVEL ASISTENCIAL

Pero o ámbito subxectivo do sistema de seguridade social non se limita á cobertura do nivel contributivo, a través do principio de profesionalidade, senón que se estende ao nivel asistencial ou non contributivo, en virtude do principio de universalidade. Se ben nas súas orixes o sistema de seguridade social mostraba un deseño intensamente contributivo, foi evolucionando paulatinamente ata adquirir un limitado, aínda que cada vez maior, rango asistencial.

Neste sentido, o propio art. 7 LGSS nos seus apartados 3 e 5, inclúe neste nivel de cobertura a “tódolos españois residentes en territorio nacional”, aos que equipase os hispanoamericanos, portugueses, brasileiros, andorranos e filipinos. Respecto dos nacionais doutros Estados, remítese ao que dispoña o tratado ou convenio internacional aplicable e, en último termo, ao principio de reciprocidade, mesmo tácita. Non obstante, hai que ter en conta os Regulamentos Comunitarios de 1971 e 1972, que establecen a equiparación entre os españois e os cidadáns comunitarios para os efectos de seguridade social, e, sobre todo, a O 4/2000, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa

8 Mención particular merece o caso do complemento de mínimos na pensión de viuvez, no caso do viúvo ou viúva que non recibe unha pensión íntegra senón unha pro rata –casos de separación, divorcio ou nulidade matrimonial-, pois “o complemento de mínimos acompaña á pensión, non ao pensionista”, polo que, para acceder ao complemento de mínimos, é preciso que a suma das pro ratas non alcance a contía mínima da pensión. Aínda cumpríndose esta esixencia, cada beneficiario terá ou non dereito ao complemento en función do seu nivel particular de rendas. Y, ademais, non terá dereito máis que a unha porcentaxe do complemento de mínimos igual á pro rata de pensión que ten reconocida. Véxase, ao respecto, CABEZA PEREIRO, J., *La pensión de viudedad*, BOE (Madrid 2004) p. 59.

9 Loxicamente na parte que queda se se desconta da pensión mínima o complemento de mínimos.

integración social, o art da cal. 14.1 establece o dereito dos estranxeiros residentes ás prestacións e servizos da seguridade social nas mesmas condicións que os españois.

A nacionalidade do beneficiario non vai limitar, polo tanto, o principio da universalidade, aínda que este si vai vir limitado pola residencia legal en España, pola esixencia de carencia de rendas abundas, que é o que determina a situación de necesidade no suxeito en cuestión, e pola propia anotación da acción protectora, que non da cobertura a calquera situación de necesidade dentro do sistema de seguridade social senón só a algunhas, provocadas por causas determinadas. Outras situacións de necesidade poderán cubrirse, no seu caso, a través da denominada asistencia social.

A aprobación en 1990 da Lei de prestacións non contributivas –Lei 26/1990, do 20 de decembro– supuxo unha importante novidade en materia de seguridade social, pois, xunto á protección propia do nivel contributivo, comezouse a dar cobertura, tamén dentro do nivel da seguridade social, a calquera cidadán, español ou estranxeiro, con residencia en España, que carecese de recursos económicos suficientes para a súa subsistencia, fronte a situacións de necesidade producidas ante as continxencias da vellez, a invalidez e as cargas familiares, aínda cando nunca cotizaría ou polo menos non o tempo suficiente para alcanzar prestacións do nivel contributivo¹⁰. Considéranse, así, prestacións de seguridade social e non de asistencia social, a pesar de que, en si mesmas, estas prestacións teñen natureza asistencial. Mesmo antes de 1990, outorgábanse xa algunhas prestacións con carácter asistencial, como a asistencia sanitaria para persoas sen recursos e o subsidio de desemprego en determinados supostos.

Estas prestacións de natureza asistencial non son propias dun réxime específico da seguridade social senón que se outorgan á marxe destes, pois non están dirixidos a protexer suxeitos incluídos nun ámbito profesional. Sen embargo, o lexislador regúlaa na LGSS, como parte integrante do réxime xeral. Polo demais, fináncianse con cargo aos presupostos xerais do Estado e, polo tanto, a través dos impostos gravados aos cidadáns. Iso afianza as notas de universalidade e solidariedade que caracterizan o noso sistema de seguridade social, para garantir pensións públicas a tódolos cidadáns que, carecendo de recursos, atópanse nalgunha das situacións de necesidade que se consideran dignas de protección e, polas causas que sexan, non poidan acceder ás prestacións do nivel contributivo.

Na actualidade, o nivel asistencial cobre basicamente a invalidez, a vellez, as prestacións familiares, a asistencia sanitaria e o nivel asistencial do desemprego. Diríxese a compensar a carencia de rendas de cidadáns que se atopan en situación de necesidade fundamentalmente por razóns de idade, minusvalidez ou cargas familiares. Os seus beneficiarios, en calidade de pensionistas da Seguridade Social, perciben, ademais da renda económica, a asistencia médico-farmacéutica e os servizos sociais dos demais pensionistas. Este nivel configúrase como unha vía secundaria de protección, que entra en funcionamento só cando o beneficiario non pode acceder á protección contributiva.

Así, ao incluírse no sistema da seguridade social prestacións contributivas e non contributivas, o sistema deixou de ser exclusivamente contributivo e profesional e pasou

10 Con iso, como reconece lle Exposición de Motivos da propia Lei no seu considerando primeiro, veñen a completarse as reformas básicas do sistema da seguridade Social iniciadas coa Lei 26/1985, do 31 de xullo, de medidas urxentes para a racionalización da estrutura e da acción protectora da Seguridade Social, o preámbulo da cal xa prevía, como seguinte paso, “un nivel non contributivo de pensións a favor daqueles cidadáns que, atopándose en situación de necesidade protexible, carezan de recursos económicos propios suficientes para a súa subsistencia”.

a ser un sistema de carácter mixto, aínda que predominantemente contributivo. Con iso, preténdese, en relación cos traballadores que realicen actividades profesionais ou productivas, garantirles unhas rendas de substitución para que poidan manter, na medida do posible, uns ingresos proporcionais aos obtidos durante a súa vida laboral activa. E, simultaneamente, en relación cos cidadáns que non traballaran e cotizaran o suficiente como para acceder ao nivel contributivo e que se atopen nunha situación de necesidade protexible, asegurarles unhas rendas de compensación mínimas.

1.3. INSISTENCIA NA SEPARACION DAS FONTES DE FINANCIAMENTO E NA CONTRIBUTIVIDADE DENDE O PACTO DE TOLEDO

A separación e clarificación das fontes de financiamento segundo a natureza contributiva ou non contributiva da prestación e a propia contributividade do sistema de Seguridade Social estiveron presentes nas Recomendacións recollidas nos distintos acordos de natureza política¹¹ ou social¹², que, a pesar de non ser máis que meros compromisos políticos e morais e estar desprovistos de eficacia normativa¹³, foron concertados para servir de guía á necesaria actividade lexislativa de reforma “conservacionista” do sistema de seguridade social, para facelo financeiramente viable¹⁴, e proporcionaron efectivamente as directrices destas reformas.

No ano 1995 o Pacto de Toledo¹⁵ propoñía na súa Recomendación primeira a “separación e clarificación das fontes de financiamento”, aínda que xa con anterioridade, na LPGE para 1989¹⁶, iniciárase certa separación das fontes de financiamento da Seguridade Social aínda que limitada á asistencia sanitaria¹⁷. Dende entón, o financiamento da Seguridade Social foi tema central de debate político-económico, ensamblado en íntima conexión coa propia viabilidade financeira do sistema.

11 Froito do acordo entre as forzas políticas representadas no Parlamento.

12 Froito do acordo entre o goberno e algún/vos dos sindicatos e/ou das asociacións empresariais máis representativas.

13 DE LA VILLA DE LA SERNA, L.E. e DE LA VILLA DE LA SERNA, D., *La renovación del Pacto de Toledo*, iustel.com, RGDTS, nº 4, 2003, pp. 2 ss.

14 DA VILA GIL, L.E.-V., El modelo constitucional de protección social, cit., pp. 11-12, que fala de “troco de limitacións nos dereitos por garantía dos dereitos” ou de troco “de niveis de cobertura, que se perden, por niveis de garantía que se gañan”.

15 Denominación que se deu á aprobación polo Pleno dos Deputados o 6 de abril de 1995 do texto aprobado pola Comisión de Presupostos en relación co Informe do Relatorio para a análise dos problemas estruturais do sistema da seguridade social e das principais reformas que deberán acometerse, publicado no BOCD, nº 134, serie E, do 12 de abril de 1995. O Relatorio que elaborou o Informe creouse no seo da Comisión de Presupostos trala aprobación o 15 de febreiro de 1994 polo Pleno do Congreso dunha Proposición non de Lei do Grupo Parlamentario Catalán (CiU) para analizar os problemas estruturais do sistema da Seguridade Social e porponer analizar as reformas necesarias para garantir a viabilidade do sistema.

16 Lei 37/1988, do 28 de decembro.

17 Como reconece a propia Exposición de Motivos, o Estado asume, en boa medida, a carga financeira do Instituto Nacional da Saúde “mediante unha achega finalista con destino á devandita asistencia sanitaria. O réxime financeiro do Instituto Nacional da Saúde cobra así certa autonomía dentro do réxime xeral de financiamento da Seguridade Social”.

De acordo co criterio avogado nesta recomendación do Pacto de Toledo, as prestacións contributivas deben financiarse basicamente con cargo ás cotizacións sociais e as non contributivas exclusivamente a cargo dos impostos, mediante as oportunas achegas ou transferencias do Orzamento do Estado ao Orzamento da Seguridade Social e a correspondente redistribución da renda nacional que comporta. Precisamente por iso, un significativo sector da doutrina entende que a natureza xurídica das prestacións depende inescusablemente da súa forma de financiamento¹⁸.

O Relatorio recomenda que se continúe ata a culminación da separación, que modo que as cotizacións sociais sexan suficientes para a cobertura das prestacións contributivas¹⁹ e as achegas do Orzamento do Estado sexan suficientes non só para a cobertura das pensións non contributivas, da sanidade, servizos sociais e prestacións familiares senón tamén de determinadas actuacións dirixidas ao fomento do emprego que repercuten negativamente nas arcas da Seguridade Social, na medida en que deixan de ingresar-se polo menos parte das cotizacións ou anticipase o cobro de determinadas prestacións. En concreto, para a cobertura das bonificacións nas cotizacións sociais a cargo do empresario pola contratación de traballadores incluídos en colectivos con especial dificultade de acceso ao emprego, así como ás actuacións de anticipación da idade ordinaria de xubilación –xubilación anticipada e xubilación parcial anticipada- ou ás axudas a sectores productivos con necesidade de reestruturación.

Pola súa banda, a Recomendación novena do Pacto de Toledo, “sobre a equidade e o carácter contributivo do sistema”, suxire establecer unha maior proporcionalidade entre as prestacións contributivas e o esforzo de cotización realizado, para que, sen prexuízo do criterio de solidariedade, de forma gradual, e mantendo un tope máximo de prestación, “os que realizan similar esforzo de cotización, alcancen prestacións equivalentes”.

Un ano máis tarde, o Acordo sobre consolidación e racionalización do sistema de Seguridade Social²⁰ incide de novo sobre estes puntos. O apartado a), “separación e clarificación das fontes de financiamento do sistema de protección social” insiste novamente na separación das fontes de financiamento en función da natureza das prestacións. As contributivas deben financiarse a cargo das cotizacións sociais, das recargas e sancións que poidan impoñerse por incumprimento das obrigas en materia de Seguridade Social e das rendas e intereses que poida producir o Patrimonio da Seguridade Social²¹. E as non contributivas a cargo das achegas do Estado.

E engádesse a natureza que, para estes efectos, teñen as distintas prestacións. Considérase que teñen natureza contributiva as prestacións económicas contributivas, tódalas prestacións derivadas de accidente de traballo ou enfermidade profesional –incluída a asistencia sanitaria e servizos sociais-, así como os gastos de xestión e funcio-

18 Véxase AA.VV. (decir. SEMPERE NAVARRO, A.V.), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Ediciones Laborum (Murcia 2003) p. 1433. Opinións en contra en FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *La naturaleza asistencial interna del complemento por mínimos de las pensiones contributivas*, cit., pp. 17-8.

19 En conexión con iso, a Recomendación segunda formula a conveniencia da constitución de reservas no nivel contributivo en momentos de bonanza económica, para atenuar os efectos de potenciais ciclos futuros negativos e impulsar a viabilidade financeira do sistema contributivo e a consecución dun presuposto equilibrado sen necesidade de incrementar desmesuradamente as cotizacións.

20 Subscrito no marco das Recomendacións do Pacto de Toledo o 9 de outubro de 1996 entre o goberno e os sindicatos máis representativos UGT e CCOO –pacto social, polo tanto- e con vixencia ata o ano 2000.

21 O apartado c) prevé dotar ao Fondo de reserva con cargo aos excedentes de cotizacións sociais, como previsión ante futuras insuficiencias financeiras do sistema, para facer fronte a estas sen acudir ao endebedamento.

namento. E que teñen natureza non contributiva a asistencia sanitaria e servizos sociais non derivados de continxencia profesional, as pensións non contributivas por invalidez e xubilación, os complementos a mínimos e as prestacións familiares por fillo a cargo.

Prevese, ademais, un período transitorio ata a Lei de Orzamentos para o ano 2000 para ir progresivamente separando as fontes de financiamento e diminuíndo o financiamento parcial de prestacións non contributivas con cargo a cotizacións.

Froito deste acordo, a Lei 24/1997²² da nova redacción ao art. 86 LGSS e introduce a Disposición Transitoria décima, aínda que, esta última, en relación cos complementos de mínimos, prevía para cada exercicio económico, e en tanto non se establecese definitivamente a súa natureza, que se financiasen nos termos que determinase a correspondente Lei de Orzamentos Xerais do Estado²³.

En relación coa contributividade, o apartado j) do Acordo²⁴ insiste na conveniencia de potenciar o principio de contributividade no cálculo da pensión, para o que se recomenda, en concreto, calcular a base reguladora tendo en conta as bases de cotización dun período de tempo máis amplo e aplicar a esa base unha porcentaxe variable, en función dos anos cotizados. Ao mesmo tempo, propónse aumentar a solidariedade, en especial en relación coas prestacións de orfandade e viuvez.

O Acordo para a mellora e o desenvolvemento do sistema de protección social, subscrito o 9 de abril de 2001²⁵ e con vixencia ata o ano 2004, enlaza outra vez coas Recomendacións do Pacto de Toledo. O apartado primeiro “separación das fontes de financiamento do sistema de protección social” forxa un compromiso para que, no prazo máximo de 12 anos, o custo dos complementos de mínimos, como prestación de natureza non contributiva, cúbrase integramente polas achegas do Estado ao Presuposto da Seguridade Social, é dicir, a través dos impostos²⁶, para así garantir a pervivencia dun sistema estable, saneado e equilibrado.

Os apartados segundo e terceiro refírense, respectivamente, á aplicación de excedentes prioritaria ao fondo de reserva, aínda que tamén á mellora das prestacións e á redución das cotizacións sociais, e á contía que debe alcanzar o fondo de reserva²⁷.

E o apartado quinto, na liña iniciada pola Recomendación novena do Pacto de Toledo e continuada polo apartado j) do Acordo social de 1996, insiste no establecemento dunha maior proporcionalidade entre o esforzo de cotización e o nivel de prestación alcanzado. Para iso propónse revisar o sistema de cálculo da base reguladora para ter en conta de forma progresiva o esforzo realizado polo traballador ao longo da súa vida laboral e reforzar o carácter contributivo e a equidade do sistema.

22 Lei 24/1997, do 15 de xullo, de Consolidación e Racionalización do Sistema de Seguridade Social.

23 En relación con iso, o apartado b) do Acordo incidía precisamente na natureza non contributiva do complemento de mínimos, a pesar de complementar unha prestación contributiva, e aínda que fixaba un período transitorio de catro anos para analizar a posición dos complementos a mínimos dentro do sistema de financiamento.

24 “Outros aspectos relativos á contributividade e solidariedade dentro do sistema”.

25 Polo goberno, CCOO, CEOE e CEPYME.

26 Neste sentido, véxase a redacción dada á Disposición Transitoria décima LGSS pola Lei 24/2001, do 27 de decembro.

27 Unha mensuralidade ordinaria de prestacións periódicas, incrementada coa parte proporcional das pagas extraordinarias, que se estima para o ano 2004 en 800.000 millóns de pesetas, ou, de ser posible, ata un billón de pesetas.

Este apartado complementábase, en materia de solidariedade, co apartado sexto que subscribe unha mellora, con medidas concretas, nas pensións de viuvez, orfandade e pensións mínimas. De entre elas, interesa destacar a pensión de viuvez, en canto que se prevé, para o suposto de pensionistas de viuvez con cargas familiares e insuficiencia de recursos, un incremento da porcentaxe xeral a aplicar á base reguladora²⁸, podendo chegar a aplicarse un tipo de ata o 70 por cento. Parece que este incremento da pensión de viuvez non ten natureza contributiva senón asistencial²⁹.

Por último, na Renovación do Pacto de Toledo³⁰, a Comisión propónse analizar o desenvolvemento das Recomendacións do Pacto de Toledo para, no seu caso, proceder á súa actualización ou reaxuste.

En concreto, en relación coa Recomendación primeira “separación e clarificación das fontes de financiamento”, constátase que o lexislador clarificou as distintas fontes financeiras en función da natureza das prestacións e abordou a súa progresiva separación, que aínda está por concluír no que se refire aos complementos de mínimos.

Como novidades, a comisión considera conveniente realizar a culminación efectiva da separación dentro do prazo de vixencia destas recomendacións (2003-2008)³¹. Así mesmo sinala que as cotizacións sociais deberán garantir a cobertura das prestacións contributivas, polo que estima conveniente facer unha previsión do gasto futuro en pensións para calcular o que denomina “o tipo de cotización de equilibrio”, é dicir, o tipo de cotización preciso para financiar o devandito gasto. Ademais, insta a clarificar o balance económico-patrimonial entre o Estado e a seguridade social, para evitar efectos negativos sobre o equilibrio presupostario.

E en relación coa Recomendación décima “sobre o carácter contributivo do sistema”, a Comisión considera preciso seguir reforzando o principio de contributividade para preservar o equilibrio financeiro do sistema, pero “coa necesaria gradualidade e sen prexuízo da axeitada atenuación destes derivada de criterios de solidariedade” –en concreto co mantemento dun tope máximo na contía da pensión e de contías mínimas para as diferentes modalidades de pensión–.

28 Tamén se prevé unha mellora desta porcentaxe con carácter gradual do 45 ao 52 por cento, incremento de sete puntos que xa se materializou con efectos dende o 1 de xaneiro de 2004.

29 Como di CABEZA PEREIRO, J., *La pensión de viudedad*, cit. p. 47 trátase, no fondo “de afastarse parcialmente da lóxica contributiva e de introducir elementos correctores que teñan en conta os beneficiarios e beneficiarias perceptores de menores ingresos”.

30 Denominación que se deu ao Informe da Comisión non permanente para a valoración dos resultados obtidos pola aplicación das recomendacións do Pacto de Toledo, publicado no BOCD, nº 596, serie D, do 2 de outubro de 2003, no que se analizan os principais factores que afectan ao futuro do sistema español de seguridade social, valóranse os resultados da aplicación das 15 Recomendacións do Pacto de Toledo, e propóñense as principais adaptacións que convén introducir para garantir a supervivencia do sistema.

31 O Acordo de 2001 e a disposición transitoria décima LGSS demoraban o prazo máximo a 12 anos dende o 1 de xaneiro de 2002, co cal o termo do prazo se adiantase polo menos 5 anos.

2. PROTECCIÓN SOCIAL, SEGURIDADE SOCIAL, ASISTENCIA SOCIAL E DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE O ESTADO E AS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

2.1. PROTECCION SOCIAL

Distinto do concepto de seguridade social é o de protección social, que é unha expresión utilizada ultimamente con bastante profusión en Europa³² para aglutinar as diversas prestacións e axudas que pretenden dar cobertura a necesidades sociais básicas dos cidadáns, realidade máis ampla, polo tanto, que aquela á que dan cobertura os conceptos de seguridade social e asistencia social, que convencionalmente utiliza o noso lexislador. Non se trata, sen embargo, dunha institución nova senón da fusión de varias xa existentes.

Precisamente, o contexto creado pola propia evolución máis ou menos homoxénea do sistema de seguridade social en moitos dos países de Europa occidental, nos que se pasou dun modelo meramente contributivo a un modelo mixto, xustificou a aparición deste concepto máis extenso que a de seguridade social. A seguridade social, no seu modelo contributivo en estado puro, protexe unicamente a quen previamente traballou e cotizado e a súa familia. Neste caso, a asistencia social resérvase unha función protectora claramente supletoria, próxima ou mesmo identificable á da beneficencia, para cubrir situacións de necesidade en cidadáns que non cotizaran. Dunha forma xenérica, a asistencia social podería definirse como técnica de protección social destinada a cubrir situacións de necesidade específicas de persoas que carecen de recursos abondos para iso³³. De aí que a obtención das prestacións asistenciais chamadas “clásicas”³⁴ supeditábase á insuficiencia de medios para afrontar a situación de necesidade e condicionábase á existencia de recursos económicos destinados para iso no correspondente exercicio, sen existir un dereito subxectivo, ao menos perfecto, do beneficiario a esta. E de aí tamén que,

32 Mesmo no ámbito comunitario, como se deduce dos arts. 2 e 136 TCE. Xa en 1992 o Consello presentou dúas Recomendacións, a Recomendación 92/441/CEE, do 24 de xuño, sobre os criterios comúns relativos á garantía dos recursos mínimos nos sistemas de protección social –DOCE L 245, do 26 de agosto de 1992-, e a Recomendación 92/442/CEE, do 27 de xullo, relativa á converxencia dos obxectivos e políticas de protección social –DOCE L 245, do 26 de agosto de 1992-, que inclúe a identificación de obxectivos comúns e solicita información periódica da Comisión sobre a protección social en Europa. Precisamente foi a Comisión a que, en 1995, iniciou un debate sobre o futuro da protección social –documento COM (95) 466 final-; en 1997 presentou a Comunicación sobre modernización e mellora da protección social na UE –documento COM (97) 102 final-, que insiste na necesidade de modernizar os sistemas de protección social e concibe a protección social máis que como unha carga financeira como un factor productivo; e en 1999 a Comunicación “unha estratexia concertada para modernizar a protección social” –COM (99) 347 final-, que sinala catro obxectivos fundamentais: traballo, xubilacións viables, integración social e protección da saúde. Non obstante, utilízase tamén o termo seguridade social no art. 42 TCE, pero para referirse máis especificamente á protección de os “traballadores” emigrantes e dos seus depositarios de dereitos.

33 Véanse SSTC 76/1986 e 146/86, que a definen como mecanismo ou “técnica pública de protección” de situacións de necesidade específicas, sentidas por grupos de poboación aos que non alcanza o sistema da seguridade social, “que opera mediante técnicas distintas” como o seu sostemento “á marxe de toda obriga contributiva”, sendo distinta da clásica beneficencia, aínda cando poida comprender tamén a asistencia dispensada por entidades privadas.

34 Como as axudas do FONAS, dentro, pois, do ámbito da que hoxe denominamos asistencia social externa e por contraposición á asistencia social “nova”. Véxase FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *Las pensiones no contributivas y la asistencia social en España*, CES (Madrid 2002) p. 53.

para garantir auténticos dereitos subxectivos, e non meras expectativas lexítimas, asumíse polo sistema da seguridade social a cobertura de determinadas situacións de necesidade de persoas sen recursos, é dicir, as prestacións do que constitúe o nivel asistencial ou non contributivo da seguridade social.

Por iso, as dificultades conceptuais prodúcense agora nun terreo intermedio, cal é a cobertura de situacións de necesidade dissociadas ou desligadas, en todo ou en parte, do ámbito laboral, pero que poden chegar a esixirse como auténticos dereitos subxectivos dos potenciais beneficiarios, non supeditados, pois, á existencia de presuposto para iso no correspondente exercicio.

Así, por un lado, o sistema de seguridade social, a través das prestacións non contributivas, do complemento a mínimos e mesmo do potencial incremento da pensión de viuvez ata o 70 por cento da base reguladora, amplía o seu ámbito de actuación para dar cobertura a tales situacións de necesidade propias máis ben do nivel asistencial, en canto baseadas todas elas na carencia de recursos abondos.

E, por outro lado, tamén se expande o contorno da asistencia social para dar cobertura a prestacións, como as prestacións da LISMI, as pensións extraordinarias por terrorismo ou as axudas asistenciais a emigrantes no ámbito estatal³⁵ ou, cada vez máis, as rendas de inserción no ámbito autonómico³⁶ e mesmo estatal³⁷, que poden ser demandadas como verdadeiros dereitos subxectivos polos suxeitos que cumpren os requisitos esixidos, e que, polo tanto, non están xa suxeitas ás dispoñibilidades presupostarias do exercicio en curso nin, moito menos, á discrecionalidade da Administración. Mesmo o

35 Que protagonizaron o paso á asistencia social moderna.

36 En cada Comunidade Autónoma establécese unha contía diferente, uns requisitos –de idade, residencia, carencia de rendas...– tamén distintos e mesmo un diverso período de percepción, que pon claramente de manifesto unha desigual cobertura territorial desta prestación de asistencia social.

37 Non debe esquecer o programa de renda activa de inserción para desempregados con especiais necesidades económicas e dificultade para atopar emprego, regulado actualmente polo RD 945/2003, do 18 de xullo e prorrogado para o ano 2004 polo RD 3/2004, do 9 de xaneiro. Este programa comprende políticas activas de emprego xestionadas polos servizos públicos de emprego coa finalidade de incrementar as oportunidades de retorno ao mercado de traballo e, no seu caso, unha axuda económica xestionada polo Servizo Público de Emprego Estatal, denominada renda activa de inserción, vinculada á realización das accións en materia de políticas activas de emprego que non leven consigo retribucións salariais.

Tribunal Constitucional³⁸ considerou constitucional, antes de que o lexislador ordinario o prohibise³⁹, que, mediante a asistencia social, se puidese complementar con carácter extraordinario prestacións asistenciais do sistema de seguridade social⁴⁰. Ademais, tamén é frecuente a asunción polas Comunidades Autónomas de competencias en materia de servizos sociais. Polo tanto, asistencia social e seguridade social tenden a evolucionar ao unísono e a complementarse e as súas diferenzas dilúense cada vez máis.

Deste xeito, parece clara a conveniencia, polo menos no plano conceptual⁴¹, dunha noción máis extensa e unificadora, a de protección social, que busca alcanzar o

38 Véxase a STC 239/2002, do 11 de decembro, moi criticada pola doutrina pola súa débil motivación a non establecer criterios suficientemente firmes e seguros para resolver futuros conflitos que poden formularse pola aprobación doutros complementos autonómicos de características distintas aos que suscitaron a dúbida de constitucionalidade. A doutrina laboralista analizou amplamente e con rigor esta sentenza, criticando non tanto o fallo como os seus fundamentos e as súas implicacións de futuro. Neste sentido, entre outros, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., *Seguridade y asistencia social en el Estado de las Autonomías*, RL, 2003-I, pp. 105 ss.; NOGUEIRA GUSTAVINO, M., *Comentario a la STC 239/2002, de 11 de diciembre. El mito de Pandora y asistencia social del siglo XXI*, iustel.com, RGDTS, nº 1, 2003; PALOMAR OLMEDA, A., *El deslinde entre seguridad social y asistencia social, una cuestión clásica, de nuevo en entredicho*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, nº 20, 2002 –BIB 20031–; FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *La consideración jurídica de las ayudas complementarias a las pensinses no contributivas, según la STC 239/2002, de 11 de diciembre de 2002 (RTC 2002, 239), y según el proyectado artículo 38.4 de la Ley General de la Seguridad Social, AS, nº 20, 2002 –BIB 200321–*; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.M., *La Sentencia del Tribunal Constitucional 239/2002 (RTC 2002, 239): ¿recreación del sistema de seguridad social?*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, nº 21, 2002, pp. 28 ss. –BIB 20039–; ALARCÓN CARACUEL, M.R., *“La actuación de la Comunidad Autónoma en materia de protección social”*, en AA.VV., *Veinte años de relaciones laborales en Andalucía*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (Sevilla 2003); RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Incremento de las pensiones no contributivas por las Comunidades Autónomas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 239/2002, de 11 de diciembre (RTC 2002, 239)*, REDT, nº 117, 2003, pp. 477 ss.; ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., *Nuevamente sobre las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de protección social. Algunas reflexiones respecto de la STC 239/2002, de 11 de diciembre*, TL, nº 6, 2003, pp. 189 ss.; DE VICENTE PACHÉS, F., *Los complementos autonómicos a las pensiones no contributivas o sistema de seguridad social: ¿Seguridad social o asistencia social? El conflicto competencial Estado versus Comunidades Autónomas (Comentario a la STC 239/2002 -Pleno- de 11 de diciembre)*, TS, nº 156, 2003, pp. 51 ss.; PÉREZ PIÑAR, F., *Complementos autonómicos a pensiones estatales y sus posibles efectos perturbadores*, Foro de Seguridad Social, nº 8-9, 2003; MOLINA NAVARRETE, C., *“Polvos y lodos”: complementos autonómicos a pensiones no contributivas ¿fraude constitucional o justicia social? (Reflexiones a propósito del nuevo artículo 38.4 da LGSS)*, RL, nº 13, 2004, pp. 16 ss. Véanse tamén os decretos da Junta de Andalucía 284/1998, do 29 de decembro, polo que se establecen axudas económicas complementarias, de carácter extraordinario, a favor dos pensionistas de xubilación e invalidez nas súas modalidades non contributiva e 62/1999, do 9 de marzo, de modificación do decreto 284/1998, do 29 de decembro, antes citado, así como outros complementos autonómicos ás pensións non contributivas –en Cataluña, resolución do Departamento de Benestar Social da generalitat do 8 de setembro de 1999–.

39 Art. 38.4 LGSS, introducido polo art- 1.Dos da Lei 52/2003, do 10 de decembro, de disposicións específicas en materia de seguridade social: “Calquera prestación de carácter público que teña por finalidade complementar, ampliar ou modificar as prestacións económicas da seguridade social, tanto nas súas modalidades contributiva como non contributiva, forma parte do sistema da seguridade social e está suxeita aos principios regulados en ao artigo 2 desta lei [universalidade, unidade, solidariedade e igualdade]”. A *ratio* da introdución deste apartado non parece ser outra que pretender emendar a doutrina sentada polo tribunal constitucional na STC 239/2002, corrixindo mediante lei o criterio consolidado na sentenza. MOLINA NAVARRETE, C., *“Polvos y lodos”: complementos autonómicos a pensiones no contributivas ¿fraude constitucional o justicia social?*, cit., p. 16.

40 Pasouse na STC 239/2002 dunha concepción subsidiaria do sistema de asistencia social con respecto ao sistema da seguridade social a unha relación complementaria entre ámbolos dous sistemas.

41 Non resolve, en cambio, os problemas xurídicos de delimitación de competencias entre o Estado e as Comunidades Autónomas en materia de seguridade social e asistencia social que se formulan á luz dos postulados constitucionais.

principio de solidariedade integral⁴² e opera, con respecto aos conceptos de seguridade social e asistencia social, a xeito dunha relación de xénero a especie. Comprende, nun sentido amplo, ademais das prestacións máis características do nivel contributivo da seguridade social –as rendas substitutivas dos salarios deixados de percibir ante determinadas continxencias- e do nivel asistencial tamén da seguridade social –as rendas compensatorias concedidas fronte a determinadas situacións de necesidade real sen conexión co mundo laboral-, unha inesgotable serie de prestacións asistenciais e de axudas de distinta natureza non incluídas na seguridade social e de servizos sociais esixibles polos cidadáns para cubrir necesidades básicas en materia de integración social, saúde, educación, cultura, vivenda, políticas activas e pasivas de emprego e mercado de traballo, e outros servizos esenciais⁴³, calquera que sexan as fórmulas que se empreguen para dar cobertura a tales carestías. A protección social resulta, así, na actualidade e fundamentalmente no que se refire á súa vertente pública, unha das funcións máis transcendentais do Estado.

Latu sensu, o Sistema europeo de estatísticas de protección social –Seepros- define a protección social como “tódalas intervencións de organismos públicos ou privados destinadas a alixeirar a carga que representa para os fogares e individuos unha serie determinada de riscos ou necesidades, sempre e cando non exista un acordo simultáneo e recíproco nin individual”⁴⁴, incluíndo a protección social pública e a privada.

De todo o anterior resulta doadamente colegible que o principal problema que formula o mantemento dun sistema de protección social público completo, á marxe do seu propio alcance, é, loxicamente, o do seu financiamento, é dicir, os custos económicos que comporta⁴⁵. Máxime nunha situación como a actual, na que os gastos sanitarios e en pensións se incrementaron e continuarán incrementándose co cada vez maior aumento da esperanza de vida, mentres o número de cotizantes e a recadación non crece na mesma proporción, entre outros motivos, polo descenso da natalidade, o desemprego masivo e a precariedade laboral⁴⁶.

42 En palabras de FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *Las pensiones no contributivas y la asistencia social en España*, cit., p. 36 “busca alcanzar o principio de solidariedade integral: que todos esteamos comprometidos en protexer “a todos fronte a todo”, mediante a posta en marcha dun sistema integrado de protección social”.

43 Neste sentido, ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Hacia el derecho de la protección social”, en AA.VV., *Seguridad Social y Protección Social: Temas de Actualidad*, Marcial Pons (Madrid 1996) pp. 22-24 y Consejo Económico Social, *La protección social de las mujeres*, CES, Colección Informes, nº 4/2000 (Madrid 2000) p. 9.

44 Cfr. AA.VV., *Las cuentas de la protección social en Catalunya 1991-2000*, generalitat de Catalunya- Institut d’Estatística de Catalunya, p. 2 e CALERO MARTÍNEZ, J./COSTA CUBERTA, M., *Análisis y evaluación del gasto social en España*, Fundación Alternativas, Documento de trabajo 21/2003, p. 10, en <http://www.infodisclm.com/dosdocumentos/informes>.

45 Así o pon de manifesto a exposición de motivos da Orde INCRE/3988/2004, do 25 de novembro, pola que se crean os órganos administrativos para o fomento da investigación da protección social e determinábase a súa composición e funcionamento. Esta orde crea o chamado Comité para o Fomento da Investigación da Protección Social e a Comisión Asesora para a Investigación da Protección Social, coa finalidade de facer promoción da investigación en aras a atopar o mellor modo de manter o sistema de protección social a longo prazo, con perspectivas demográficas cambiantes.

46 DE LA VILLA GIL, L.E., *El modelo constitucional de protección social*, cit., p. 9.

2.2. SEGURIDADE SOCIAL E ASISTENCIA SOCIAL NA CONSTITUCION ESPAÑOLA

Esta primeira aproximación a unha noción tan inabarcable e heteroxénea, xustifíca en si a necesidade de acoutar o alcance do concepto de protección social, orientado á protección integral dos cidadáns, no que constitúe o seu núcleo. Así, nun sentido máis estrito, o habitual na doutrina española, adoitan utilizarse os parámetros homoxéneos empregados pola Unión Europea como obxectivos da protección social, que se centran basicamente na protección da saúde, a seguridade social e a asistencia social⁴⁷.

En consecuencia, pode afirmarse que existen tres subsistemas básicos –sanidade, seguridade social e asistencia social- no sistema da protección social⁴⁸. Os dous primeiros, sanidade e seguridade social, cunha intersección común, que un significativo sector doutrinal considera inexistente⁴⁹, a ser titulares dos dereitos á protección da saúde e á atención sanitaria tódolos españois e os estranxeiros, en función da súa situación⁵⁰, se ben subsiste unha diversificación dos recursos financeiros do sistema nacional de saúde, uns a cargo do sistema de seguridade social e outros a cargo de recursos específicos afectos particularmente a sanidade. E os dous últimos, seguridade social e asistencia social, que interesan máis a este estudo, cunha importante intersección común: prestacións non contributivas da seguridade social, complemento de mínimos, asistencia social interna da seguridade social e, prestacións asistenciais das Comunidades Autónomas complementadoras de prestacións da seguridade social.

Os sistemas de seguridade social, nacional de saúde e de asistencia social están contemplados des igualmente na Constitución española. Aínda que esta se refire aos tres nos arts. 148-149, cando establece a repartición competencial entre o Estado e as Comunidades Autónomas, só se refire de modo expreso na súa parte dispositiva á seguridade social (art. 41) e á protección da saúde (art. 43), pero non á asistencia social.

Deixando a un lado a sanidade, que non formula problemas de conflitos de competencias entre o Estado e as Comunidades Autónomas⁵¹, debe tratarse agora de deslindar os conceptos de seguridade social e asistencia social, pois aínda que a delimitación de competencias entre o Estado e as Comunidades Autónomas é clara e non formula tampouco, polo menos aparentemente, problemas⁵², si poden presentarse dificultades á hora de identificar determinadas prestacións de natureza asistencial como de seguridade social

47 DE LA VILLA GIL, L.E., *El modelo constitucional de protección social*, cit., p. 3, que asimila metaforicamente eses tres focos con a “saúde” –atención sanitaria-, o “diñeiro” –prestacións económicas- e o “amor” –axudas contra a pobreza-, emulando as tres cousas que hai na vida, segundo a letra do famoso valse de Rodolfo Sciammarella.

48 Véxase, neste sentido, DE LA VILLA GIL, L.E., “Reforma de la Seguridad Social y Estado do Bienestar en España”, en AA.VV., *Reforma laboral, tutela judicial y derechos fundamentales. Estudios en homenaje a Juan Antonio Linares Lorente*, CGPJ (Madrid 1997) p. 361, que clasifica o sistema de protección social en tres subsistemas: de seguridade social, sanitario e asistencial.

49 ALONSO OLEA, M., *Las prestaciones sanitarias de la seguridad social*, Civitas (Madrid 1994).

50 Vide. art. 43.2 da Constitución española e art. 3.1 da Lei 16/2003, do 28 de maio, de cohesión e calidade do Sistema Nacional de Saúde.

51 Cfr. arts. 148.1 21ª e 149.1. 16ª CE. A Constitución fai, pois, unha distribución bastante razoable e moi matizada: atribúe competencia exclusiva ao Estado en materia de sanidade exterior, bases e coordinación xeral do sistema e lexislación sobre produtos farmacéuticos; e permite que as Comunidades Autónomas poidan asumir, por medio dos seus Estatutos de Autonomía, competencia en xeral en materia de sanidade e hixiene –suponse, polo tanto, que en todo aquilo non reservado á exclusiva competencia do Estado-.

52 Como di FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *Las pensiones no contributivas y la asistencia social en España*, cit., p. 65 “a Constitución impide a mixtificación ou confusión entre a seguridade social e a asistencia social”.

ou de asistencia social, pois da súa específica adscripción vai depender que se lle atribúa competencia na materia o Estado ou as Comunidades Autónomas.

En efecto, na repartición de competencias entre o Estado e as Comunidades Autónomas que configura a Constitución española⁵³, aparece no art. 149.1 como competencia exclusiva do Estado a “lexislación básica⁵⁴ e [o] réxime económico⁵⁵ da Seguridade Social”, no apartado 17º “sen prexuízo da execución dos seus servizos polas Comunidades Autónomas”. E tamén, no 1º, a regulación das condicións básicas que garantan a igualdade de tódolos españois no exercicio dos dereitos constitucionais, entre os que está o dereito á seguridade social e, en definitiva, á protección social⁵⁶. En cambio, a “asistencia social” foi unha das materias nas que, en virtude do art. 148.1 20ª, tódolos Estatutos de Autonomía das Comunidades Autónomas, e non só os das comunidades históricas, puideron asumir competencias dende a súa propia promulgación⁵⁷. A competencia do Estado nesta materia de asistencia social é, conforme ao art. 149.3, residual, para o suposto de que a competencia sobre a materia en cuestión non se asuma por algún Estatuto de Autonomía.

O problema xurídico formúlase porque existe unha parte da seguridade social a natureza da cal é puramente asistencial e, polo tanto, podería ser considerada asistencia social en vez de seguridade social. E, correlativamente aínda que á inversa, unha parte de asistencia social que, precisamente por complementar prestacións non contributivas

-
- 53 Amplamente sobre o tema: ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., *La competencia de las Comunidades Autónomas en materia de protección social*, TL, nº 51, 1999; MALDONADA MOLINA, J.A-N., *La descentralización territorial y las pensiones no contributivas. A propósito del Decreto 248/1998, de 29 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía*, AO, nº 28, 1999; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *El principio constitucional de unidad de orden económico nacional y repartición de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de trabajo y seguridad social*, AO, nº 48, 1999; GONZALO GONZÁLEZ, B., *Repartición competencial y complementariedad de las prestaciones sociales básicas*, Foro de Seguridad Social, nº 1, 2000; GARCÍA-NUÑEZ SERRANO, F., *Los complementos autonómicos: ¿Seguridad social o asistencia social?*, RMTSS, nº 34, 2002; DE VICENTE PACHÉS, F., *Asistencia social y servicios sociales: régimen de distribución de competencias*, TS, nº 138, 2002; GARCÍA-NUÑEZ SERRANO, F., *Los complementos autonómicos: ¿seguridad social o asistencia social?*, RMTAS, nº 34, 2002, pp. 147 ss; ALONSO OLEA, M., *La descentralización de las políticas de la protección social en la Constitución española y en los Estatutos de Autonomía*, Foro de Seguridad Social, nº 8 e 9, 2003; LANDA ZAPIRAÍN, J.P., *La política social en España y el “federalismo social”*, RDS, nº 24, 2003 -TOL 352013-; OJEDA AVILÉS, *Sobre el concepto de asistencia social y el principio de caja única en la distribución de competencias en materia de protección social*, Foro de Seguridad Social, nº 8 e 9, 2003; PALOMO BALDA, E., *Descentralización de la protección social en España: pensiones y prestaciones de desempleo*, Foro de Seguridad Social, nº 8 e 9, 2003; RODRÍGUEZ-PINERO y BRAVO-FERRER, M., *Empleabilidad y acceso a la formación. Seguridad social y asistencia social en el marco de la descentralización de la política de protección social*, Foro de Seguridad Social, nº 8 e 9, 2003.
- 54 O que, en interpretación do Tribunal Constitucional, é tanto como atribuír competencia ao Estado para fixar os criterios xerais de regulación co fin de asegurar unha ordenación uniforme común, a partir da cal as Comunidades Autónomas poidan desenvolver as súas propias competencias, e mesmo mellorar os niveis de protección a través de leis complementarias ou de desenvolvemento da lexislación básica do Estado.
- 55 Como recoñeceu o Tribunal Constitucional, supón atribuír competencia lexislativa e regulamentaria exclusiva ao Estado en relación co patrimonio da Seguridade Social: cotas, recargas, reducións e subvencións aprazamentos e fraccionamentos de pagamentos, bens, dereitos, accións, achegas do Estado, rendas, intereses, infraccións e sancións no ámbito do réxime económico, etc Véanse, entre outras, SSTC 27/83, 124/89, 102/95 e 195/96.
- 56 Que, en interpretación do Tribunal Constitucional, non se traduce nun imperativo constitucional de uniformidade en materia de protección social, pero permite ao Estado adoptar medidas convenientes para evitar posibles efectos disfuncionais derivados da actuación autonómica na materia –STC 239/2002-.
- 57 Amplamente sobre o tema, DE VICENTE PACHÉS, F., *Asistencia social y servicios sociales. Régimen de distribución de competencias*, Secretaría General del Senado- Departamento de Estudios y Documentación (Madrid 2003).

de seguridade social, non poderá agora⁵⁸, segundo o art. 38.4 LGSS, considerarse asistencia social senón seguridade social. Con todo, se a lexislación autonómica configura unha prestación asistencial para determinados beneficiarios que non identifica cos perceptores de pensións non contributivas, aínda que *de facto* coincidan⁵⁹, cabería argumentar que a finalidade da prestación de asistencia social non é complementar ou ampliar a prestación de nivel asistencial da seguridade social, a pesar de que os beneficiarios dunhas e outras sexan os mesmos, máxime cando se financian con cargo aos presupostos autonómicos, e, polo tanto, con recursos alleos ao patrimonio da seguridade social. E levaría ao absurdo de requirir unha maior complexidade na xestión. Así as cousas, esa maior complexidade sería precisamente a que condicionase en definitiva a natureza mesma, asistencial ou de seguridade social, da prestación⁶⁰.

Polo demais, pouco aclara a Constitución no plano conceptual en relación con estes conceptos. Na súa parte dogmática, o art. 41 CE, incluído no Título Primeiro –“dos dereitos e deberes fundamentais”-, Capítulo III –“dos principios rectores da política social e económica”-, ordena aos poderes públicos manter “un réxime público de seguridade social para tódolos cidadáns que garanta a asistencia e prestacións sociais suficientes ante situacións de necesidade, especialmente en caso de desemprego”⁶¹. O máximo intérprete da nosa norma suprema⁶² aclarou que o citado artigo non predetermina o contido do sistema senón que consagra o deber dos poderes públicos de estruturar a seguridade social, podendo lei ordinaria incrementar a ou reducir os niveis de cobertura⁶³, sempre que iso non se materialice nunha supresión ou adulteración do sistema público. E que, ademais, faino con “neutralidade competencial”, é dicir, sen decantarse sobre o suxeito con competencia na materia⁶⁴. Advertiu tamén de que a técnica contributiva é só unha forma de articulación da seguridade social, de modo que esta pode ser tamén articulada mediante outras técnicas non contributivas, que garantan prestacións abundas en situacións de necesidade. E se, en principio, implicitamente parecía soster que esas outras técnicas non podían ser de asistencia social no sentido do art. 148, pois consideraba esta asistencia social sobre a que poden asumir competencias as Comunidades Autónomas como o conxunto de accións e de técnicas que quedaban fóra do sistema de seguridade social –rela-

58 Como antes se dixo, dende a Lei 52/2003.

59 Por esixirselle os mesmos requisitos que para a concesión das pensións de xubilación e invalidez non contributivas.

60 Non sería suficiente comprobar que o potencial beneficiario reúne os requisitos necesarios por ser xa perceptor de pensión non contributiva, senón que habería que iniciar novo expediente e comprobar a residencia, insuficiencia de rendas, idade ou minusvalía, etc Véxase GONZALO GONZÁLEZ, B. y SUÁREZ CORUJO, B., *La Seguridad Social y su ajuste al marco del Estado autonómico: notas sobre dos de los problemas de mayor actualidad*, RL, 2004, nº 13, p. 62 s.

61 Sobre o contido da seguridade social na Constitución, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *La seguridad social en el XXV aniversario de la Constitución*, RMTAS, nº 49, 2004, pp. 128 ss.

62 Véxanse, entre outras, SSTC 65 e 134/87, 37 e 126/94, 38/95, 206/97, etc.

63 A diferenza do que declararon outros Tribunais Constitucionais, como o alemán ou o portugués, que entenden que o recorte no nivel de cobertura, en canto dereitos sociais adquiridos, require unha reforma consensuada dos propios principios constitucionais. *Vide*. DE LA VILLA GIL, L.E., *El modelo constitucional de protección social*, cit., p. 14.

64 Posto que o art. 41 CE alude xenericamente a “os poderes públicos”. En principio, tanto o Estado como as Comunidades Autónomas deberán manter un réxime que garanta asistencia e prestacións sociais suficientes ante situacións de necesidade. A STC 239/2002 mesmo trata de asegurar un ámbito competencial propio en materia de protección social ás Comunidades Autónomas, que non pode invadir o Estado Central.

ción subsidiaria⁶⁵, pasou agora a afirmar unha relación complementaria⁶⁶. De igual modo, clarificou que tampouco o art. 149.1 1ª impón “un réxime xurídico rematado e completo dos dereitos e deberes constitucionais afectados”⁶⁷ senón que admite diverxencias autonómicas a partir dunha regulación estatal básica.

Non fai en cambio o constituínte alusión ningunha á asistencia social en canto tal nos artigos dedicados aos principios rectores, aínda que si é certo que menciona institucións vinculadas a esta, como a protección asistencial dos minusválidos, a protección á familia ou aos cidadáns da terceira idade, o que permitiu afirmar á doutrina que a asistencia social ten para o constituínte a significación e alcance de principio rector da política social e económica⁶⁸, aínda que, propiamente, só teñen ese carácter os reconecidos como tales na propia Constitución.

A única referencia á asistencia social, atopa, polo tanto, no marco da parte orgánica da Constitución, entre as normas de organización e procedemento. No Título VIII –“a organización territorial do Estado”-, os arts. 148 e 149 CE realizan a repartición competencial entre o Estado e as Comunidades Autónomas nestas materias. En materia de Seguridade Social, a Constitución, como se viu, móstrase enganosamente algo cicatera coas Comunidades Autónomas, pois en aparencia atribúe competencia practicamente exclusiva ao Estado, aínda que, segundo interpretou o Tribunal Constitucional, as Comunidades Autónomas poden desenvolver a lexislación básica do Estado. Y, en materia de asistencia social, preséntase xenerosa ao máximo coas Comunidades Autónomas, ás que permite asumir, por medio dos seus Estatutos de Autonomía, competencias na materia, sen ningún tipo de limitación.

En consecuencia, considérase constitucional que o sistema de seguridade social inclúa prestacións non contributivas e prestacións de asistencia social, pero tamén que poidan existir prestacións de asistencia social fose daquel sistema. Neste sentido, distínguese entre a asistencia social interna ao sistema de seguridade social e a asistencia social externa a este, que é a que poden asumir con competencia exclusiva as Comunidades Autónomas⁶⁹.

E, en canto ao contido constitucional da asistencia social, que o Tribunal Constitucional parece deixar á libre configuración do lexislador, pode delimitarse, como fai De la Villa Gil⁷⁰ e tendo en conta que se trata dun concepto xurídico indeterminado, recorrendo á distinción da doutrina alemana entre *positive Begriffkern*, *negative Begriffkern* y *Begriffshof*, é dicir, entre o que necesariamente existe unha prestación para ser considerada asistencia social; o que en ningún caso pode esixirse; e o que pode ter

65 STC 146/86.

66 STC 239/2002.

67 STC 61/97.

68 DE LA VILLA GIL, L.E., *El modelo constitucional de protección social*, cit., p. 8-9, que considera a falta dunha mención explícita de carácter xeral un “erro técnico ou simple descoido”. Véxase tamén do mesmo autor, “El contenido constitucional de la asistencia social”, en AA.VV., *El Trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea*, MTAS (Madrid 2003), pp. 587 ss.

69 SSTC 76/86 e 239/02.

70 DE LA VILLA GIL, L.E., *El modelo constitucional de protección social*, cit., pp. 22 ss. que considera, así, elementos constitutivos do concepto de asistencia social os de “universalidade, xeneralidade e suplementariedade” e elementos non integrantes do concepto “as de discrecionalidade na atribución dos beneficios [característica da beneficiencial], orixe pública dos recursos destinados ao financiamento ou xestión a cargo de suxeitos ou persoas públicas”.

ou non ter, ou, noutras palabras, o que é realmente indeterminado. Neste sentido, pode afirmarse, en primeiro termo, que esixe a existencia dunha situación de necesidade real no beneficiario. En segundo termo, que non pode, en ningún caso, esixir ao beneficiario unha previa cotización ao sistema, aínda que si o pagamento dalgunha taxa en certos supostos. E, en terceiro termo, que as dúas anteriores son condicións necesarias, *sine qua non*, pero non suficientes para que a prestación deba ser considerada de asistencia social. Serán prestacións de asistencia social, en principio, cando o sistema de seguridade social, ou no seu caso o sistema nacional de saúde, non as asuman para si ou cando o lexislador autonómico, con competencia na materia, as defina como tales⁷¹.

En conclusión, pode afirmarse que os conceptos de seguridade social e asistencia social non están predeterminados constitucionalmente, polo que poden cualificarse de conceptos indefinidos ou indeterminados, de contido flexible ou variable en función da vontade do lexislador ordinario⁷². O problema é que determinadas prestacións poden ser consideradas polo lexislador estatal de seguridade social e polo lexislador autonómico de asistencia social. Se a asistencia social non pode complementar prestacións de seguridade social, como parece desprenderse do art. 38.4 LGSS⁷³, os conflitos competenciais están garantidos.

2.3. ASISTENCIA SOCIAL E NIVEL ASISTENCIAL DA SEGURIDADE SOCIAL

Así as cousas, parece preciso deslindar, na medida do posible e sen remitir a liña divisoria ao lexislador estatal e ao autonómico, os conceptos de seguridade social e asistencia social, para coñecer con algunha certeza quén ten competencia para establecer qué prestacións⁷⁴. Loxicamente, o dilema non se formula no nivel contributivo da Seguridade Social senón no nivel asistencial e na asistencia social propiamente dita. Precisamente, de “paradoxal”⁷⁵ foi cualificado o feito da adhesión ao sistema da seguridade social das pensións non contributivas, que, aínda que non se consideraron prestacións de asistencia social, teñen unha innegable natureza asistencial. Non obstante, e aínda que se pode compartir o cualificativo de paradoxal, a propia Constitución posibilita e mesmo incita, polo menos á primeira vista, a aquela adhesión.

71 A STC 239/2002 afirma que a expansión do concepto de seguridade social, que mesmo pode ir na mesma dirección que a asistencia social, non pode minguar o ámbito de aplicación da asistencia social ata o punto de producir un baleirado das competencias autonómicas na materia, pois ese non foi o efecto desexado polo constituínte.

72 MOLINA NAVARRETE, C., “*Polvos y lodos*”: complementos autonómicos a pensiones no contributivas ¿fraude constitucional o justicia social?, cit., p. 22.

73 A STC 239/2002, con anterioridade á inclusión no art. 38 LGSS deste apartado, consideraba, dende a perspectiva da lexitimidade constitucional, plenamente constitucional que as Comunidades Autónomas con competencia en materia de asistencia social complementasen pensións non contributivas da seguridade social, máxime cando con iso se trate de asegurar o principio de suficiencia recollido no art. 41 CE, e sempre que co devandito complemento autonómico asistencial non se modificase ou perturbase o sistema da seguridade social nin o seu réxime económico.

74 Véanse, entre outros, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., *Pensiones no contributivas de seguridad social y asistencia social*, RL, 1988-II, pp. 11 ss.; SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *El régimen jurídico de las prestaciones no contributivas de seguridad social en el ordenamiento español*, Laborum (Murcia 1998); FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *Las pensiones no contributivas y la asistencia social en España*, cit., especialmente pp. 49 ss.

75 Véxase FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *Las pensiones no contributivas y la asistencia social en España*, cit., p. 24.

En efecto, o art. 41 CE ordena aos poderes públicos manter “un réxime público de seguridade social para tódolos cidadáns que garanta a asistencia e prestacións sociais suficientes ante situacións de necesidade”. Non se esixe, polo tanto, a previa contribución do suxeito causante ao sistema como requisito *sine qua non* para a cobertura das prestacións da seguridade social. Antes ben, considérase esencial que o réxime de seguridade social garanta prestacións abundas ante “situacións de necesidade”, que precisamente, xunto coa carencia de recursos para facer fronte a tales situacións, parece ser a nota característica da asistencia social fronte á seguridade social.

Pero falta por determinar qué ha de entenderse por situacións de necesidade⁷⁶. Unha interpretación literal, sen máis, do precepto non formula a priori dúbidas sobre a constitucionalidade da inclusión no ámbito da seguridade social de prestacións de natureza asistencial, como son as pensións non contributivas así como as prestacións de asistencia social interna. Podería mesmo formular máis dúbidas a constitucionalidade do nivel contributivo da seguridade social, en canto que pode protexer situacións de necesidade non reais. Todo dependerá do significado que o intérprete da Constitución lle dea á expresión “situacións de necesidade”, que non deixa de ser un concepto indeterminado, que admite diversas acepcións⁷⁷ e, en consecuencia, permite unha pluralidade de solucións xustas posibles entre as que libremente pode escoller o lexislador, segundo a súa propia iniciativa, por non estar comprendida dentro da norma a solución concreta. Deixa, pois, un “ampla marxe de liberdade” ao lexislador⁷⁸, sempre que non se opoña a iso o Tribunal Constitucional, como máximo intérprete da Constitución⁷⁹.

Así, non é nada infrecuente que a doutrina cualifique tamén como situacións de necesidade as que, en cada caso e en función da prestación, deben materializarse para que poida obterse a correspondente prestación contributiva.

Neste sentido alúdese máis asiduamente aos conceptos de risco e continxencia, que poden definirse como situacións que afectan á capacidade laboral dos traballadores e que, en canto que provocan un exceso de gastos ou unha redución de ingresos, considéranse dignas de cobertura polo sistema da seguridade social, aínda que non exista unha situación de necesidade real no beneficiario. Polo tanto, se se produce unha das continxencias previamente previstas pola LGSS, presúmese *iures et de iure* que existe unha situación de necesidade, aínda que de feito non se dea a necesidade real dende o punto de vista económico. Aténdese, pois, á necesidade económica que o aumento de gastos ou a

76 Sobre o alcance das expresións “situación de necesidade” y “protección abonda”, véxase CARDENAL CARRO, M., *La seguridad social en la Constitución vista por el Tribunal Constitucional (II)*, ÁS, V-Parte Tribuna, pp. 233 ss. –BIB 1999064- e GARCÍA-NUÑEZ SERRANO, F., *Los complementos autonómicos: ¿seguridad social o asistencia social?* cit., pp. 138 ss.

77 Entre as diversas acepcións que o Diccionario da Lingua Española, 21ª ed., RAE (Madrid 2001), Tomo II, da do termo “necesidade”, hainas ríxidas –“carencia das cousas que son mester para a conservación da vida”- e tamén moito máis flexibles –“especial risco ou perigo que se padece, e en que se necesita pronto auxilio”-.

78 STC 184/1990.

79 O Alto Tribunal definiu o estado de necesidade outorgándolle significados diferentes en función do suposto axuizado, tendo en conta “o contexto xeral en que se producen e en conexión coas circunstancias económicas, as disponibilidades do momento e as necesidades dos diversos grupos sociais” –STC 184/1993-. Así, o considerou dende protección fronte á pobreza mediante a concesión de rendas de subsistencia aos que carecen de todo tipo de ingresos –STC 3/1993- ata protección fronte a un dano, como é un exceso de gastos ou un defecto de ingresos orixinado pola acutalización dunha determinada continxencia _SSTC 103 e 104/1983 _.

falta de ingresos comporta en si mesmas⁸⁰, independentemente de que o beneficiario posúa ou non bens suficientes para afrontala.

As ideas de risco, de continxencia e de situación de necesidade cífranse nun exceso de gastos ou un defecto de ingresos que se produce ante determinadas situacións consideradas pola lei dignas de cobertura, e sen ter en conta en xeral a tenza ou carencia de recursos económicos suficientes para resistila⁸¹. Si esixe o lexislador esa carencia, en cambio, para acceder ás prestacións non contributivas do sistema de seguridade social, salvo a asignación económica por fillo a cargo minusválido.

En definitiva, ante a indeterminación do concepto de situación de necesidade, tanto as pensións contributivas como as non contributivas dan cobertura a continxencias que, dende o punto de vista constitucional⁸², poden ser propias de seguridade social. A súa cualificación como asistencia social ou seguridade social é variable⁸³ e dependerá do que o lexislador decida considerar en cada momento seguridade social⁸⁴, tendo en conta o carácter residual da asistencia social con respecto á seguridade social⁸⁵, o que actúa claramente en contra da consideración da asistencia social como terceiro subsistema propio dentro do sistema de protección social.

A cuestión agrávase coa nova redacción do art. 38.4 LGSS, pois parece que a asistencia social externa á seguridade social non pode xa ter un carácter complementario, senón só subsidiario, da seguridade social. Mesmo con anterioridade un sector doutrinal entendía xa que as prestacións asistenciais que complementasen prestacións de seguridade social debían ser de seguridade social⁸⁶ e negaba que, “tecnicamente”, puidécese complementar unha pensión de seguridade social –e, polo tanto, de competencia estatal– con outra de asistencia social –e, por conseguinte, de competencia autonómica⁸⁷. Sen embargo, con posterioridade, aínda que antes da introdución do apartado 4 do art. 38 LGSS, o Tribunal Constitucional admitiu a posibilidade de que unha prestación autonómica de asistencia social complementase unha prestación estatal de seguridade social.

80 De situación de necesidade económica fala o Tribunal Constitucional no fundamento xurídico cuarto da STC 103/1983, do 22 de novembro, para expresar que as prestacións contributivas se outorgan independentemente de que exista tal situación real.

81 Si se teñen en conta os ingresos do beneficiario para acceder a algunhas prestacións contributivas, como a pensión de orfandade dos fillos maiores de 18 anos e menores de 22, ou de 24 anos se é orfo de pai e nai, que esixe que non traballen ou, traballando, obteñan ingresos inferiores ao 75 por cento do salario mínimo interprofesional –art. 175.2 LGSS-. E tamén para aumentar a porcentaxe a aplicar á base reguladora ata o 70 por cento na pensión de viuvez –art. 31.2 do Decreto 3158/1966, do 23 de decembro, Regulamento Xeral de Prestacións económicas, segundo redacción dada polo RD 1.465/2001, do 27 de decembro, de modificación parcial do réxime xurídico das prestacións de morte e supervivencia– que, como se dixo, ten un claro matiz asistencial, similar ao do complemento de mínimos.

82 E mesmo internacional, como parece desprenderse do Convenio nº 102 da OIT relativo á norma mínima das seguridade social, de 1952.

83 GARCÉS SANAGUSTÍN, A., *Las prestaciones económicas en el ámbito de la protección asistencial*, Cedecs (Barcelona 1996) p. 160.

84 En palabras de ALONSO SECO, J.M. e GONZALO GONZÁLEZ, B., *La Asistencia Social y los Servicios Sociales en España*, BOE, Estudios Jurídicos 8 (Madrid 2000) p. 120 “en función da cualificación ou tipificación que, en cada momento, concédalle o lexislador”.

85 Como di ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Hacia el derecho de la protección social”, cit., p. 32 dende o momento en que se decida incluír entre as prestacións da seguridade social unha prestación ata entón considerada de asistencia social, esta “perderá automaticamente o devandito carácter”.

86 É dicir, prestacións de asistencia social interna da seguridade social.

87 FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *Las pensiones no contributivas y la asistencia social en España*, cit., p. 82, para quen “debe ser a seguridade social a que asuma lle responsabilidade de *garantir prestacións sociais suficientes ante situacións de necesidade* (art. 4º da CE)”.

2.4. ASISTENCIA SOCIAL INTERNA A SEGURIDADE SOCIAL, ASISTENCIA SOCIAL EXTERNA E PRESTACIONS NON CONTRIBUTIVAS. CONVENIENCIA DUNHA SEGURIDADE SOCIAL CONTRIBUTIVA

En consecuencia, e enlazando co que respecta á asistencia social, ante o silencio da Constitución, o Tribunal Constitucional distinguiu entre unha asistencia social “externa” á seguridade social, á marxe do sistema de seguridade social, e outra “interna” a esta, en canto que é outorgada pola seguridade social aos seus beneficiarios como complemento da súa acción protectora⁸⁸. A doutrina considera as pensións non contributivas unha especie de *tertium genus*. Non son asistencia social externa porque son prestacións da seguridade social. E tampouco son asistencia social interna porque, a pesar do seu innegable carácter subsidiario en relación ás prestacións contributivas da seguridade social, non complementan unha prestación básica senón que son en si mesmas prestacións básicas da seguridade social, non complementarias⁸⁹.

Na actualidade, prestacións asistenciais da seguridade social son, obviamente, tanto as prestacións asistenciais básicas, é dicir, as pensións non contributivas da seguridade social, como tamén as prestacións asistenciais complementarias, esencialmente a asistencia social prevista nos arts. 55 e 56 LGSS e as prestacións de servizos sociais que poidan establecerse para a asistencia a minusválidos, persoas maiores, etc.⁹⁰, que, en canto que complementan prestacións de seguridade social e a pesar da súa natureza puramente asistencial, son seguridade social.

A asistencia social interna comprende os servizos e axudas económicas complementarias, dispensados pola seguridade social ás persoas incluídas no seu campo de aplicación -e aos familiares ou asimilados que delas dependan-, cando, para atender situacións de necesidade, se consideren precisos, logo da demostración, salvo en casos de urxencia, de que o interesado carece dos recursos indispensables para facer fronte a tales situacións e o que é moi importante para os efectos da súa diferenzación, co límite dos recursos consignados a este fin nos Presupostos correspondentes. Os servizos sociais, en cambio, non esixen unha situación de necesidade concreta.

E en canto á asistencia social externa, materialízase en toda unha serie de prestacións e servizos alleos ao sistema de seguridade social e prestados polo Estado, as Comunidades Autónomas, as Deputacións, os Concellos, Organizacións non Gubernamentais, o voluntariado de acción social ou mesmo por particulares para salvagardar ou mitigar determinadas situacións de necesidade económica consideradas básicas en que os cidadáns poden atoparse.

Destas prestacións destacan as rendas mínimas de inserción, compatibles mesmo con outras pensións da seguridade social, sempre que non se alcancen os mínimos esixidos. Algunhas Comunidades Autónomas consideran compatibles as pensións asistenciais coas rendas mínimas de inserción⁹¹. Algunhas mesmo estableceron unha décima paga ou outras axudas económicas complementarias de carácter extraordinario para agregar ás pensións asistenciais do Estado do FONAS ou ao subsidio de garantía de ingresos míni-

88 Prevista no art. 38.2 LGSS.

89 FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *Las pensións no contributivas y la asistencia social en España*, cit., p. 86.

90 Véanse arts. 38.1.e-v), 53 e 54 LGSS.

91 GARCÉS SANAGUSTÍN, A., *Las prestaciones económicas en el ámbito de la protección asistencial*, cit., p. 165.

mos⁹². O que parece agora que non poden facer é complementar prestacións de seguridade social, nin do nivel contributivo nin do nivel asistencial, con prestacións de asistencia social.

Ningunha destas nocións formularía maiores problemas se non afectasen á distribución de competencias que a Constitución, xunto cos Estatutos de Autonomía das Comunidades Autónomas, materializan. O inconveniente máis significativo que cabe achacar ao sistema actual é o amplo poder do lexislador de decidir, en cada momento, o que ha de considerarse seguridade social e a súa facultade de cualificar como prestacións de seguridade social o que non é máis que prestacións de natureza claramente asistencial. Axudaría a solucionalo, en primeiro lugar, unha substitución do termo seguridade social do art. 41 da Constitución polo máis amplo de protección social, que integraría tamén a asistencia social. Ou, polo menos, unha interpretación do Tribunal Constitucional neste sentido⁹³. E, en segundo lugar, a identificación polo lexislador do sistema de seguridade social co nivel contributivo, pasando o nivel asistencial a formar parte do sistema de asistencia social.

Así as cousas, podería establecerse un sistema de seguridade social exclusivamente contributivo, sobre a lexislación básica da cal e réxime económico reservávese competencia exclusiva ao Estado, o cal parece bastante razoable habida conta de que o nivel contributivo protexe os traballadores en función do que previamente contribuíran ao sistema e se financia con cargo ás cotizacións, co que, en principio, non terían por qué existir diferenzas entre Comunidades Autónomas. Non debe esquecer que a subsunción das pensións non contributivas no ámbito de cobertura da seguridade social foi posterior á promulgación da Constitución e se produciu inicialmente para recoñecer persoas sen recursos auténticos dereitos subxectivos, e non meras expectativas lexítimas, ante determinadas situacións de necesidade que se consideraron dignas de protección. Co cal, o lexislador constituínte ben puido manexar un concepto de seguridade social puramente contributivo.

2.5. IMPORTANCIA DUN SISTEMA DE ASISTENCIA SOCIAL

Paralelamente, podería instaurarse un sistema completo de asistencia social, sobre que puidesen asumir competencias as Comunidades Autónomas, caracterizado por polo menos as seguintes notas. Primeiro, que concedese, polo menos en relación con determinadas prestacións, auténticos dereitos subxectivos. Segundo, que integrase tódalas prestacións de natureza asistencial, mesmo as hoxe consideradas prestacións non contributivas da seguridade social. E terceiro, que mesmo puidese complementar as prestacións contributivas máis baixas, a través do mecanismo do complemento de mínimos, que operaría como complemento autonómico e non estatal.

92 *Vide.* remisión ao Decreto da Consellería de Asuntos Sociais da Comunidade de Andalucía 283/1998, do 29 de decembro (BOJA, nº 149, do 31 de decembro de 1998) en FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *Las pensiones no contributivas y la asistencia social en España*, cit., p. 59, n. 151 e p. 62, n. 171.

93 Esta interpretación, se ben algo forzada, xa se deu na STC 239/2002, na que se afirma que o art. 41 CE “consagra un sistema de protección social encomendado aos poderes públicos que ten como eixe fundamental, aínda que non único, ao sistema de seguridade social de carácter imperativo, o cal coexiste con outros complementarios”.

Probablemente conviría que o Estado Central fixase uns mínimos para garantir a igualdade real e que, a través de complementos autonómicos puidésense corrixir posibles disfuncións baseadas en feitos diferenzais propios dalgunhas Comunidades Autónomas⁹⁴, fundamentalmente o seu maior nivel de vida ou un maior impacto inflacionario⁹⁵. Estas prestacións vincularíanse así coa situación económica e social da Comunidade Autónoma en cuestión e o seu importe podería fixarse atendendo ao seu nivel de vida⁹⁶, mesmo con transferencias dos orzamentos do Estado aos presupostos autonómicos para financiar, polo menos no mínimo que garanta o Estado, tales prestacións⁹⁷. Neste sentido, podería fixarse unha contía mínima sufragada polo Estado, que puidese ser mellorada polas Comunidades Autónomas, e ao seu cargo, en función da súa situación particular⁹⁸.

Deste xeito, asegurárase ás Comunidades Autónomas un espazo de actuación propio, e non meramente residual da seguridade social, que, a teor da distribución competencial prevista na Constitución, parece ser a vontade do constituínte. E seguridade social e asistencia social constituirían sistemas delimitados e separados, aínda que interrelacionados no máis amplo sistema de protección social. O proceso de descentralización da protección social foi xustificado pola doutrina pola insuficiencia do sistema de protección social estatal⁹⁹.

Non obsta a iso o Regulamento (CEE) 1408/71 do Consello, do 14 de xuño de 1971, relativo á aplicación dos réximes de seguridade social aos traballadores por conta allea, aos traballadores por conta propia e aos membros das súas familias que se desprazan dentro da Comunidade, pois de acordo cos seus arts. 1.2 bis, 1.4, 10 bis e o seu

94 Para MOLINA NAVARRETE, C., *“Polvos y lodos”: complementos autonómicos a pensiones no contributivas fraude constitucional o justicia social?*, cit., p. 44, para non lesionar a igualdade básica, a intervención autonómica debería xustificarse nunha situación real, que podería vincularse a un feito autonómico diferencial, como o inflacionario.

95 Así, a Resolución do Departamento de Benestar Social da Generalitat de Cataluña do 8 de setembro de 1999 xustifica o complemento autonómico ás pensións non contributivas e ás prestacións do Fondo de Asistencia Social e do subsidio de garantía de ingresos mínimos, sobre a base de a “perda de poder adquisitivo que se produce en Cataluña en relación con outros ámbitos territoriais do Estado español e sendo especialmente grave esta diferenza para os cidadáns que, por idade, minusvalidez ou calquera circunstancia persoal ou social, non puideron incorporarse ao mercado laboral, ou se o fixeron, non foi durante o tempo necesario para acceder a unha pensión contributiva do sistema da Seguridade Social”, polo que considera necesario “adoptar medidas destinadas a paliar, en parte, o impacto inflacionario nos ingresos da poboación catalana menos favorecida, a subsistencia da cal depende dunha reducida pensión pública”.

96 Así, a Resolución do Departamento de Benestar Social da Generalitat de Cataluña do 8 de setembro de 1999 sinala que “a axuda terá o importe que resulte de considerar a diferenza do IPC entre Cataluña e o conxunto do Estado, ano a ano, sobre a contía anual do ano anterior, a partir de 1995, e tendo en conta o ano de inicio de percepción da pensión”.

97 Algo similar, respecto dos complementos de mínimos, acontece en Austria co chamado “suplemento compensatorio”, que aboa un organismo social que, posteriormente, obtén o seu reembolso íntegro do Land de que se trate. Á súa vez, este percibe do presuposto federal os importes necesarios para o financiamento da prestación. Véxase a STJCE do 29 de abril de 2004 (Skalka, C-160/02).

98 CES, Informe 2/2001, *La pobreza y la exclusión social en España: propuestas de actuación en el marco del plan nacional para la inclusión social*, CES (Madrid 2001), p. 59 propón elaborar unha normativa básica que permita garantir uns mínimos vitais, ante situacións de necesidade e dependencia social, e alcanzar un compromiso financeiro entre Estado, Comunidades Autónomas e Corporacións Locais, que permita asegurar ese mínimo vital.

99 Posto en evidencia pola diferenza no gasto co resto dos países da Unión Europea. PALOMO BALDA, J.C., *Descentralización de la protección social en España: pensiones y prestaciones de desempleo*, cit. p. 224.

anexo II bis¹⁰⁰, o seu ámbito de aplicación material estenderíase ás prestacións non contributivas, mesmo de asistencia social, destinadas tanto “a cubrir, con carácter supletorio, complementario ou accesorio” as contingencias correspondentes ás prestacións contributivas da seguridade social, como “a protección específica dos minusválidos”¹⁰¹. E o propio TJCE declarou que “a natureza real da prestación non deriva en absoluto da súa cualificación pola normativa de cada país” senón dos elementos constitutivos destas, especialmente a súa finalidade e os seus requisitos¹⁰². É máis, se a finalidade da prestación é complementar outra prestación de seguridade social, considérase, para os efectos da súa inclusión no Regulamento comunitario, que a prestación de seguridade social complementada exerce unha sorte de vis atractiva en relación coa prestación complementadora, aplicando o principio de que “o accesorio segue ao principal”¹⁰³.

Non existe, por outra banda, no noso ordenamento xurídico vixente unha delimitación precisa das múltiples prestacións de asistencia social. O que si resulta claro é que, aínda que unhas sexan seguridade social e outras asistencia social, todas son protección social. O problema conceptual podería quedar resolto así. Sen embargo fórmulase tamén un problema xurídico, agravado pola repartición competencial que establece a Constitución nos arts. 148.1 20ª e 149.1 17ª, entre o Estado e as Comunidades Autónomas en materia de seguridade social e de asistencia social, problema non resoluble co macro-concepto de protección social.

Neste sentido, e dentro do ámbito da protección social, pode afirmarse sen reservas, en primeiro lugar, que o sistema de seguridade social está bastante desenvolvido, aínda que, tal e como está concibido hoxe, cun nivel contributivo e outro asistencial, non suficientemente descentralizado. En segundo lugar, que tamén o está, e neste caso cunha descentralización avanzada, o Sistema Nacional de Saúde: existe un Servizo Nacional de Xestión Sanitaria –antigo INSALUD- e dezasete servizos autonómicos con competencias transferidas en materia de sanidade, igualmente perfeccionados. E en terceiro lugar, que falta un sistema nacional de asistencia social, axeitadamente unificado para vertebrar as moi variadas prestacións asistenciais dispersas no ordenamento e prestadas, sen ningunha coordinación, indiferentemente polo Estado, as Comunidades Autónomas, os municipios, etc, e outorgar unha cobertura axeitada e congruente¹⁰⁴.

Falta, pois, unha descentralización real suficiente dos servizos da seguridade social, que se manifeste na aprobación polas Comunidades Autónomas de lexislación non básica así como da lexislación regulamentaria de desenvolvemento na materia e tamén da execución dos seus servizos, competencias todas elas que poderían asumir as Comunidades Autónomas en virtude dos seus Estatutos de Autonomía conforme ao art. 149.3 CE.

100 Sobre a interpretación destes artigos e do anexo, véanse as SSTJCE do 4 de novembro de 1997 (Snares, C-20/96), 11 de xuño de 1998 (Partridge, C-297/96), 31 de maio de 2001 (Leclère e Deaconescu, C-43/99) e do 29 de abril de 2004 (Skalka, C-160/02).

101 De feito, aos efectos do citado regulamento, considéranse prestacións especiais de carácter non contributivo en España, entre outras, as prestacións económicas da Lei 13/82, do 7 de abril de 1982, de Integración Social dos Minusválidos, que, para os efectos de dereito interno, non se considera prestación de seguridade social.

102 SSTJCE do 5 de maio de 1983 (Priscitello, C-139/82) e do 5 de agosto de 1983 (Valentín, C-171/82).

103 STJCE do 5 de maio de 1983 (Priscitello, C-139/82) e GARCÍA-NUÑEZ SERRANO, F., *Los complementos autonómicos: ¿seguridade social o asistencia social?*, cit. p. 145.

104 Esta deficiencia así como a insuficiencia das prestacións de asistencia social é claramente posta de manifesto no informe da OIT coordinado por DALY, M., *El trabajo asistencial. En busca de la seguridade*, trad. CABARCOS TRASEIRA y SABE, M., MTAS (Madrid 2003)

Esta carencia resáltase especialmente nun momento como o actual, no que, conforme ao art. 38.4 LGSS, calquera prestación de carácter público que teña por finalidade complementar, ampliar ou modificar algunha prestación contributiva ou asistencial da seguridade social forma parte do sistema da seguridade social. Se se considerase que a regulación dos complementos do nivel contributivo da seguridade social non constitúen lexislación básica¹⁰⁵ e que non afectan ao réxime económico da seguridade social, na medida en que non afecten ao orzamento da seguridade social¹⁰⁶, parece que non habería inconveniente para que as Comunidades Autónomas, a través dos seus respectivos Estatutos de Autonomía puidesen asumir competencia na materia¹⁰⁷. Aínda que, no estado actual da lexislación, a marxe de actuación das Comunidades Autónomas constrínxese significativamente pola unidade patrimonial dos recursos do sistema de seguridade social¹⁰⁸. De tódolos xeitos, debe terse en conta que esa unidade patrimonial non se considera afectada na legalidade vixente pola colaboración de empresas e mutuas na xestión¹⁰⁹, polo que cabería unha solución similar¹¹⁰. Ademais, mesmo do Tribunal Constitucional declarou que nunha materia tan complexa como a protección social “as competencias exclusivas non poden entenderse nun sentido estrito de exclusión”¹¹¹.

Tamén podería considerarse que as prestacións asistenciais da Comunidades Autónomas os beneficiarios da cal coinciden cos das pensións non contributivas, non constitúen complementos das prestacións non contributivas da seguridade social senón prestacións de asistencia social. Con iso salvagardaríase a reserva dun espazo propio para as Comunidades Autónomas, aínda que non totalmente, polo menos non se a contía da prestación non contributiva da seguridade social se debe reducir nun importe igual ao das rendas, incluídas as de natureza prestacional e, polo tanto, as asistenciais, de que dispoña o beneficiario¹¹².

Falta, ademais, un subsistema de asistencia social suficientemente articulado dentro do sistema da protección social. Podería, sen dúbida, para iso, recorrerse, por medio do art. 150.3 CE, ao mecanismo dunha lei marco do Estado, que establecese unha base normativa uniforme que, sen acernar o ámbito de actuación das Comunidades Autónomas, garantise unha mínima uniformidade do ordenamento e articulase os tres

105 Tendo en conta que, como afirman as SSTC 32/1981 e 1/1982, a noción de bases, normas básicas ou lexislación básica empregada en distintos parágrafos do art. 149.1 CE “ha de ser entendida como noción material” e que aínda que “as Cortes deberán establecer qué é o que haxa de entenderse por básico, en caso necesario será este Tribunal o competente para decidilo na súa calidade de intérprete supremo da Constitución”.

106 O Cal, certamente, suporía a existencia de certos fondos de seguridade social de titularidade autonómica.

107 De feito, polo menos sete Comunidades Autónomas (País Vasco, Cataluña, Galicia, Andalucía, Comunidade Valenciana, Canarias e Navarra) asumiron, nos seus respectivos Estatutos, competencia para o desenvolvemento legislativo da lexislación básica do Estado e promulgación da lexislación non básica e o resto poderían tamén asumir tales competencias. Véxase CES, Informe 3/2003, *Unidade de mercado e cohesión social*, CES (Madrid 2000), p. 90.

108 SSTC 124/1989 e 195/1996.

109 GONZALO GONZÁLEZ, B. y SUÁREZ CORUJO, B., *La Seguridad Social y su ajuste al marco del Estado autonómico: notas sobre dos de los problemas de mayor actualidad*, cit., pp. 45 ss., especialmente pp. 58 ss.

110 Algo parecido acontece coas prestacións autonómicas que amplían con cargo a fondos propios, no seu respectivo ámbito, as prestacións de asistencia sanitaria, mesmo as farmacéuticas, cunha prestación adicional de determinados medicamentos excluídos polo RD 1663/1998 de financiamento público. MOLINA NAVARRETE, C., “*Polvos y lodos*”: *complementos autonómicos a pensiones no contributivas ¿fraude constitucional o justicia social?*, cit., p. 16 n. 2.

111 STC 146/1986, que utiliza o argumento á inversa, é dicir, para xustificar a intervención do Estado en competencias exclusivas das Comunidades Autónomas.

112 Arts. 144.5 e 145.2 LGSS.

niveis de actuación política –central, autonómico e local- en materia de asistencia social¹¹³. Estas, na medida en que os seus respectivos Estatutos de Autonomía o permitan, de acordo co art. 148.1 20 CE, deberían ter competencia para implantar calquera prestación de asistencia social, sempre que sexa con cargo aos seus presupostos. Deste modo, as Comunidades Autónomas disporían dun ámbito de intervención propio en materia de protección social para dar cobertura ás necesidades sociais non protexidas polo sistema estatal de seguridade social e completar, ou na medida do posible mellorar, a protección social estatal.

Aínda que falta esa lei marco estatal, si se aprecia no ámbito autonómico un avance no desenvolvemento de auténticos sistemas de asistencia social. Neste sentido debe facerse mención expresa a Lei 1/03, do 24 de febreiro, de Servizos Sociais, do Principado de Asturias¹¹⁴.

O mérito desta lei autonómica pode observarse nun triplio plano. En primeiro lugar, en relación coa amplitude do seu ámbito obxectivo e subxectivo de protección ou cobertura, pois integra dun modo sistemático e cabal todo un conxunto de medidas preventivas, recuperadoras e reparadoras para optimizar a calidade de vida, evitar a exclusión social e fomentar o benestar social¹¹⁵ e declara a universalidade subxectiva do sistema¹¹⁶.

En segundo lugar, en atención ás administracións e servizos implicados na xestión do sistema de cobertura das prestacións de asistencia social, na medida en que prevé unha distribución de competencias con criterios territoriais entre a administración autonómica e as administracións locais, así como a coordinación e colaboración dos servizos sociais con outros servizos públicos, e mesmo a articulación dunha actuación privada coadxutora e, á vez, promove a participación dos cidadáns na xestión do sistema de ser-

113 A aprobación dunha lei básica foi, mesmo, cualificada máis que de conveniente, de necesaria xurídica, legal e constitucionalmente. MOLINA NAVARRETE, C., “Servicios Sociales”, en AA.VV., *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares (Granada 1999), tomo 1, p. 626, citado por DE VICENTE PACHÉS, F., *Asistencia social y servicios sociales: régimen de distribución de competencias*, cit. p. 70. Pola súa banda, o CES, no seu Informe 3/2000, Unidade de mercado e cohesión social, cit. pp. 126-7, tras afirmar que a cobertura económica desigual para os cidadáns en función do territorio en que se cause o dereito á asistencia social –piénsese nas rendas mínimas de inserción, os programas de prazas de residencias para maiores ou na axuda a domicilio- non parece ser o mellor modo de cumprir “as esixencias constitucionais de solidariedade interrexional (arte. 2 e 138 CE) e de igualdade de dereitos e obrigas en calquera parte do territorio do Estado (Art. 139.1 CE)”, considera necesario, para corrixir tales disfuncións e na liña racionalizadota de precedentes anteriores (O 9/1992 de transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accederon á autonomía pola vía do art. 143 CE), “unha intervención lexislativa do Estado” por medio dunha lei de harmonización en materia de servizos sociais.

114 Véxase un Comentario desta en SUÁREZ CORUJO, B., *Comentario a la Ley del Principado de Asturias 1/03, de 24 de febrero, de Servicios Sociales. Un paso más en el desarrollo de verdaderos sistemas autonómicos de protección social*, iustel.com, RGDTS, nº 5, 2004.

115 Aínda que, de acordo co art. 20, o elenco de prestacións é só orientativo e é o goberno do Principado quen, mediante decreto, debe establecer as prestacións efectivas a dispensar.

116 Art. 5 da Lei. Pola súa banda, o art. 4 considera suficiente, para que os nacionais dalgún dos Estados membros da Unión Europea, incluídos os españois, poidan acceder ás prestacións de asistencia social, o empadramento nun concello asturiano, sen esixir un tempo mínimo de residencia. En relación cos cidadáns de distinta nacionalidade que se atopen no Principado, incluídos apátridas e refuxiados, non esixe sequera o empadramento, aínda que en principio ha de estarse ao previsto nos tratados internacionais e, en último termo, ao principio de reciprocidade. Pero é que, ademais, prevese a protección máis xenérica das persoas de calquera nacionalidade que, atopándose no Principado, estean en situación de necesidade, sen esixir ningún outro requisito. E mesmo a protección dos emigrantes asturianos e dos seus descendentes.

vizos sociais, que han de formar parte de diversos órganos de carácter consultivo, como o Consello Asesor de Benestar Social do Principado.

E en terceiro lugar, en canto que trata de superar a concepción da asistencia social como puramente benéfica para outorgar unha protección máis completa das situacións de necesidade a través do establecemento de dereitos subxectivos perfectos, polo menos en relación coas prestacións fundamentais¹¹⁷.

Polo demais, prevense dous tipos de filtros de financiamento para asegurar a viabilidade financeira do sistema. Por unha parte, os recursos públicos provenientes de asignacións presupostarias da Administración autonómica e das Administracións locais así como outros posibles recursos privados procedentes da iniciativa privada. E, por outra parte, as propias achegas das persoas usuarias en función do custo do servizo, a súa utilización e as rendas e patrimonio do beneficiario e salvo que carezan de recursos.

105 Fronte a elas, as prestacións asistenciais ou benéficas estarían supeditadas á discrecionalidade na súa concesión.