

**LA CONFIGURACIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES Y LA
ASISTENCIA SOCIAL EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA
LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.
REFLEXIONES SOBRE UN DEBATE INCONCLUSO**

María del Carmen Estévez González

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

INTRODUCCIÓN

Con un evidente retraso respecto al plazo inicialmente previsto¹, y apurando la prórroga que, con posterioridad, fue concedida², se aprobó, por Real Decreto Legislativo 1/94, de 20 de junio, el tantas veces anunciado Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Dicho texto, que entró en vigor el pasado 1 de septiembre, era esperado con verdadera expectación por todos los operadores jurídicos, no sólo por tratarse de una obra legislativa aludida y prologada con frecuencia, sino, sobre todo, por ser el producto de una labor refundidora cuya conclusión no admitía más demora por el elevado grado de dispersión y desintegración que reinaba en la normativa de la Seguridad Social.

Téngase en cuenta que a los numerosos textos legales específicos de Seguridad Social que han sido aprobados con posterioridad a la promulgación del Decreto 2.065/74³ hay que añadir, además de las disposiciones con incidencia en la misma materia que se contienen en normas de otras ramas del ordenamiento jurídico⁴, las que, con idéntico ámbito de repercusión y vocación permanente, habían tenido acomodo en las Leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado.

Este aluvión legislativo, que lejos de atemperarse se ha visto intensificado en los últimos años, propició tal "*mare magnum*" de disposiciones que el exacto conocimiento y la correcta aplicación de todo el material normativo de la Seguridad Social⁵ se presentaban como tareas arduas, a veces, incluso, para los propios especialistas.

-
- 1 El de dos años que se contiene en la Disposición Final Primera de la Ley 26/90 de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social Prestaciones no Contributivas.
 - 2 La señalada por la Disposición Adicional Decimocuarta de la Ley 22/93 de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Reforma del Régimen Jurídico de la Función Pública y de la Protección por Desempleo, que fija como fecha máxima para la aprobación del texto refundido el 30 de junio de 1994.
 - 3 De 30 de mayo, por el que se aprueba el, hasta ahora denominado, Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social que fusiona, como es sabido, la Ley de Seguridad Social de 1966 (Decreto de 21 de abril de 1966) y la Ley 24/72, de 21 de junio, de Financiación y Perfeccionamiento de la Seguridad Social.
 - 4 Tales como la Ley 10/90, del Deporte, de 15 de octubre, la Ley 32/82 de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos, la Ley 7/85 de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local o la Ley 3/87, General de Cooperativas, de 2 de abril.
 - 5 Del que forma parte la elaboración jurisprudencial y conceptual en torno al mismo.

A la dispersidad que ha caracterizado a este sector del ordenamiento jurídico, se une, pues, la accesión paulatina de normas que, desarrollando, modificando o derogando otras anteriores o algunos de sus preceptos, pretenden, entre otros objetivos, ampliar o intensificar la acción protectora, racionalizar el gasto y controlar el déficit de la Seguridad Social, adecuar ésta a los cambios operados en las contrataciones laborales y coadyuvar en la política de fomento del empleo.

Ante este panorama tan deshilvanado y confuso, la mencionada labor de refundición se presentaba, a todas luces, como una empresa inaplazable, reiteradamente autorizada y pospuesta, que debía acometerse sin más tardanza. Es por ello por lo que, ante el vencimiento del término para el que fue otorgada la delegación, se aprueba el Real Decreto Legislativo 1/94 que ahora se comenta, a título introductorio, como novedad normativa que da pie al presente estudio.

La citada norma se propone refundir el listado de disposiciones que, progresivamente, habían ido aglutinándose, pero, además, pretende la armonización, aclaración, regularización y sistematización de gran parte de ellas. Esta variedad de objetivos se deduce, no sólo de las facultades conferidas con anterioridad⁶ y que ahora recuerda el legislador⁷ sino, también, de la superficial lectura del texto mismo.

La valoración, crítica y enjuiciamiento que merece, en su conjunto, la norma aprobada, es y será objeto de una copiosa literatura doctrinal y jurisprudencial a las que corresponde pronunciarse sobre aspectos tales como la oportunidad⁸, técnica y sistemática de que hace gala el Gobierno. Aquellos, junto a la virtualidad práctica que demuestre tener la norma, pondrán de manifiesto los errores y aciertos de ésta, sus defectos y bondades y, en definitiva, la calificación de la que se hace acreedor el vigente Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, teniendo en cuenta sus ambiciosos proyectos y su tardío alumbramiento. A todos ellos me remito como marco global de discusión en el que se ubica este trabajo.

Entre las innumerables cuestiones que podrían sugerirse como temas concretos de análisis, se ha elegido para su estudio una materia que, a pesar de su tradicional consideración como de segundo orden e, incluso, marginal, dentro de la densa normativa de la Seguridad Social, ha planteado y sigue suscitando posiciones encontradas y lecturas diversas.

La materia en cuestión no es otra que la Asistencia Social y los Servicios Sociales, sus respectivos límites y contenidos y su controvertida conceptualización y vacilante localización dentro y fuera de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social. Las diferentes respuestas, a menudo contradictorias, que han ido dándose a éstos y otros interrogantes⁹, po-

6 En las disposiciones citadas de las Leyes 26/90 y 22/92 se utilizan, expresamente, estos verbos, con indicación de los textos legales específicos a los que afectan las referidas autorizaciones.

7 El prólogo del Real Decreto Legislativo alude a cada una de ellas.

8 Cuestionada desde la fecha misma de la aprobación del Texto Refundido a la vista de la anunciada reforma de la Seguridad Social.

9 Cuestiones tales como la distribución de ciertas competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, la calificación y la caracterización de determinadas prestaciones sociales o la aplicación de algunas normas comunitarias, tienen mucho que ver con el tema y ejemplifican la trascendencia del mismo.

nen de manifiesto la relevancia y entidad del tema y justifican, sobradamente, las páginas que ahora se le dedican; máxime cuando, como es el caso, éstas se escriben con ocasión de la aprobación de un texto legal que pudiera contribuir al esclarecimiento del controvertido panorama.

Los comentarios que, a continuación, se exponen sobre los citados instrumentos de Política Social parten de consideraciones estrictamente jurídicas y se formulan a partir de la regulación contenida en el Texto Refundido que es, por tanto, el hilo conductor de las reflexiones que siguen. Ambos son objeto de estudio desde la perspectiva que brinda el tratamiento normativo dispensado por el legislador, prescindiendo, pues, de los planteamientos y enfoques de otras disciplinas¹⁰.

Con esta disquisición se pretende contribuir, en la medida de lo posible y limitando, material y normativamente, el objeto de estudio, a la valoración y exégesis del vigente Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. El examen comparativo de los dos marcos jurídicos –el anterior al Real Decreto Legislativo 1/94 y el que se establece con la aprobación de éste– permitirá exponer las principales referencias normativas que han propiciado el confuso y resbaladizo panorama actual y concretar las disposiciones afectadas por la labor refundidora y el alcance de la misma.

Las primeras serán comentadas en los siguientes apartados a modo de contextualización histórico-normativa, describiendo algunas de las claves del estado actual de la cuestión y relegando a anotaciones a pie de página –recurso excesivamente utilizado en este trabajo y que espero sepa disculpar el lector– las citas doctrinales, reseñas legislativas y bibliográficas y aclaraciones que se juzgan imprescindibles. Las segundas se analizarán, con posterioridad, desde una perspectiva crítica, poniendo de manifiesto las limitadas contribuciones del legislador.

LA RECEPCIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES Y LA ASISTENCIA SOCIAL EN LA NORMATIVA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Los perfiles de la vieja Beneficiencia pública¹¹, considerada como el pariente más cercano de la moderna Asistencia Social¹², se vienen dibujando desde finales del s. XVIII¹³, pero será en la segunda mitad del presente siglo cuando términos tales como auxilio social o beneficiencia pública vayan cediendo¹⁴ progresivamente a favor del de Asistencia Social¹⁵. Así, durante el régimen franquista, se va imponiendo la nueva expresión para aludir a una

10 El Trabajo Social, la Sociología o la Economía, por citar algunos ejemplos, son áreas de conocimiento que, de un modo u otro, se interesan por el tema, aportando sus particulares reflexiones, métodos de trabajo y técnicas de investigación.

11 Con esta calificación, de connotaciones poco atractivas, se hace referencia a una beneficiencia secularizada y organizada bajo la supervisión y control del Estado, en clara oposición a la que, hasta ese momento, se confiaba a la Iglesia.

12 DE PEREDA MATEOS llega a afirmar que "ambas son manifestaciones de una misma institución". "La Asistencia Social y los Servicios Sociales en la Constitución de 1978", pág. 480. Jornadas sobre Derecho del Trabajo y Constitución, IELSS.

13 Va a ser, sin embargo, la Constitución de 1812 el texto que consagra algunos de sus rasgos definitorios.

14 La actividad benéfica no por ello desaparece; al contrario, aún cuando en la posguerra se minimicen las penurias padecidas por determinados sectores de la población, el propio régimen alaba la virtud cristiana y la reacción del alma española, propiciando la continuidad de los tradicionales planteamientos de la Beneficiencia.

15 Esta evolución terminológica es, por otro lado, una constante en Europa. Así, países como Francia, Italia y Portugal sustituyeron, en la década de los cincuenta, la decimonónica expresión Asistencia Pública por la de Asistencia Social o Ayuda Social.

institución de cobertura de necesidades sociales cuyas funciones, asumidas y garantizadas por el Estado, no reproducen los tintes caritativos y piadosos que la caracterizaban¹⁶.

No son tan remotas, sin embargo, las referencias normativas de los Servicios Sociales cuya regulación, como tales, no se produce hasta la aprobación de la Ley 193/63 de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social, si bien, con anterioridad, algunos de sus eventuales contenidos fueron, incidentalmente¹⁷, objeto de tratamiento.

Habrá que esperar, en todo caso, a la promulgación del Texto Articulado de la mencionada Ley de Bases para que, configurado ya en España un sistema de Seguridad Social¹⁸, los Servicios Sociales y la Asistencia Social puedan formar parte del contenido de su acción protectora. El mencionado texto es, por tanto, el primer cuerpo normativo¹⁹ que contempla, de modo interrelacionado, los tres institutos de referencia, si bien, el carácter complementario²⁰ y potestativo²¹ con el que se dispensan los servicios y auxilios de los dos últimos anticipa la posición residual que se les tiene reservada.

En efecto, la complementariedad es una cualidad que acompaña a los Servicios Sociales y a la Asistencia Social cuyos beneficios y ayudas se otorgan, además, facultativamente²². Con estas condiciones, lejos de afirmarse la entidad de ambos mecanismos como instrumentos específicos de promoción social y de superación de ciertos estados de necesidad, se les deprecia y relega a un plano orbital.

Así, entre las numerosas críticas²³ que merece el tratamiento normativo recibido, pueden apuntarse, además de la descuidada y confusa terminología²⁴, la imprecisa y ambigua iden-

16 Además de las alusiones a la asistencia contenidas en el Fuero de los Españoles y en la Ley de Principios del Movimiento Nacional, la nueva expresión es utilizada por la Ley 45/60 de 21 de julio, de Fondos Nacionales para la Aplicación Social del Impuesto y del Ahorro. Esta Ley, que sigue apelando a los principios católicos de la justicia social, crea, entre otros, el Fondo Nacional de Asistencia Social, financiado con un recargo sobre las adquisiciones de bienes y destinado a contribuir el sostenimiento de residencias de menores y ancianos, instituciones de beneficencia y otros fines similares.

17 Así, las guarderías infantiles, la actividad formativa o la seguridad e higiene eran contempladas como prestaciones o servicios aislados que, de forma independiente, formaban parte de ciertos seguros sociales, de determinadas actividades benéficas o de puntuales programas sanitarios.

18 Téngase en cuenta que, hasta la aprobación del Texto Articulado de la Ley de Seguridad Social, por Decreto 907/66 de 21 de abril de 1966, el sistema de previsión social español no pasaba de ser un cuadro de seguros sociales, bastante completo, pero desarticulado, de gestión y cotización dispersas, con evidentes limitaciones subjetivas y objetivas, y basado en técnicas estrictamente actuariales que priman el riesgo frente a la necesidad. No podía, pues, hablarse de Seguridad Social porque esta no existía como tal.

19 Con la inmediata referencia de las bases y directrices contenidas en la Ley 193/93.

20 Predicado en los arts. 20.2 y 24 de los beneficios de la Asistencia Social y de los Servicios Sociales, respectivamente.

21 No es otro el sentido o intencionalidad de expresiones tales como "podrán otorgarse", "podrá extender su acción" o "podrá dispersar" (arts. 20.2, 24 y 36). Con ellas el legislador, sin comprometer el futuro de la acción protectora, reduce a mera posibilidad el disfrute efectivo de dichos servicios y auxilios.

22 Un dato que caracteriza a la Asistencia Social es, precisamente, la imposibilidad de recurrir las decisiones que se dicten al respecto (art. 36.2) lo que confirma, además, la posición de sus beneficiarios como meros sujetos peticionarios a los que no asiste derecho de ningún tipo, salvo el de solicitar.

23 La obra doctrinal es tan abundante como variados son sus autores. Cabe citar, a título ilustrativo, los siguientes trabajos: "Asistencia Social" de VIDA SORIA, RPS, nº 92, "Los Servicios Sociales" de BORRAJO DACRUZ, RISS, nº 3, "Los Servicios Sociales dependientes de la Seguridad Social" de ÁLVAREZ DE MIRANDA, RSS, nº 21, "Reflexiones sobre el régimen de asistencia de la Seguridad Social" de FALCÓN GÓMEZ, RISS, nº 5 y "Los Servicios Sociales y la Seguridad Social" de ALONSO LIGERO, RISS, nº 6.

24 Podría citarse, a título de ejemplo, la variedad de vocablos con que el legislador evita el término prestaciones para referirse a los contenidos de la Asistencia y los Servicios Sociales. Estos se presentan, indistintamente, como ayudas, auxilios, beneficios o servicios, recordando planteamientos que se suponían superados.

tificación y caracterización de las situaciones atendidas²⁵, las medidas propuestas²⁶ y los sujetos destinatarios de las mismas²⁷. A esto hay que añadir la desconexión de la norma con otras entidades y servicios que cumplen funciones semejantes, motivo por el cual se afirma su inspiración en principios autárquicos y compartimentados²⁸.

El Texto Articulado de la Ley regula, como es lógico, sólo la Asistencia Social y los Servicios Sociales de la Seguridad Social; sin embargo, no consigue reconducirlos a una unidad de integración, descuidando la necesaria coordinación de aquellos con los seguros sociales para hacer efectivos los objetivos propios de la Seguridad Social. Con ello, se olvidan algunos de los postulados de la Ley de Bases²⁹, se limita la virtualidad social del sistema en su conjunto y se estructura éste en niveles cuyas relaciones no están del todo claras.

La Ley de Seguridad Social comentada sí establece ciertas pautas en cuanto a los perfiles y rasgos de la Asistencia Social y los Servicios Sociales los cuales, no obstante, parecen desvanecerse en el posterior desarrollo reglamentario. Estas pinceladas son predicables de ambas figuras, como partes de un sistema y en la medida en que la norma de referencia las describe³⁰. No cabe, pues, su aplicación a otros instrumentos de protección que, con idéntica o semejante terminología, operan al margen de la Seguridad Social³¹.

Por un lado y en lo que hace al contenido, los Servicios Sociales ponen sus miras en actividades y programas que, por su naturaleza e instrumentación, tienen como destinatarios a colectivos o sectores homogéneos de la población frente a los beneficios de la Asistencia Social que se presentan como ayudas personales e individualizadas.

Por otro lado y en lo que respecta a su procedimiento de concesión, aquellos se otorgan como prestaciones técnicas o en especie atendiendo a otras circunstancias además de las económicas, mientras que ésta concede auxilios puntuales de carácter fundamentalmente dinerario, previa comprobación de la insuficiencia de recursos.

Por último, los Servicios Sociales parecen ubicarse con mayor acomodo en la acción protectora de la Seguridad Social y propician la ampliación subjetiva de su campo de aplicación; en cambio, la Asistencia Social se incluye como tal de modo más forzado y con unos requisitos de acceso mucho más rígidos.

25 Resulta paradójica la referencia del art. 36.2 a la pérdida de salarios como consecuencia de la rotura fortuita de aparatos de prótesis.

26 Son presentadas como normas técnicas y medidas sanitarias, de tutela o cualquier otra índole (art. 26) o como servicios y auxilios que se consideren precisos (art. 36.1).

27 Se alude a ellos, sin atender a criterios sólidos, como personas comprendidas en el campo de aplicación de la Ley y familiares o asimilados (arts. 26.b y 36.1), población protegida por la Seguridad Social (art. 29.1), beneficiarios de prestaciones (art. 30), personas que carezcan del derecho previsto (art. 31) e, incluso, trabajadores (art. 33.1).

28 Esta es una de las objeciones de MARTÍN MATEO en "Guía de actividades públicas asistenciales", Madrid, 1967. Con esta afirmación, el autor critica la vaga referencia de la norma a posteriores disposiciones coordinatorias.

29 En su Exposición de Motivos, se señala que ha llegado el momento de operar el tránsito de un conjunto de Seguros Sociales a un sistema de Seguridad Social, lo que exige, inexcusablemente, para superar los esquemas clásicos de la Previsión, la apertura hacia nuevos y más fecundos campos de promoción y protección social.

30 Han de admitirse, en todo caso, con cautela ya que dichos elementos distintivos son, a veces, desvirtuados por la propia norma que confirma ciertas excepciones.

31 Me refiero, por ejemplo, al antes comentado Fondo de Asistencia Social, dependiente del Ministerio de la Gobernación o a la labor desarrollada por entidades públicas o privadas que desarrollen programas de carácter promocional.

La creación de nuevos Servicios Sociales de la Seguridad Social³², la coordinación con los dispensados por otras entidades, la dual gestión y financiación de la Asistencia Social³³ o la inclusión de sus beneficios en los Regímenes Especiales de la Seguridad Social son los datos y novedades más relevantes hasta la aprobación de la Ley 24/72 de 21 de junio, de Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora de la Seguridad Social.

Las reformas introducidas por esta Ley, de gran trascendencia en cuanto a la protección y financiación de la Seguridad Social, apenas repercuten en la materia que nos ocupa. Así, además de la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la Asistencia y los Servicios Sociales³⁴, la otra novedad consiste en la admisión de la periodicidad de los auxilios económicos³⁵.

Los radicales cambios que, a nivel normativo, institucional y competencial, habrán de producirse en 1978, vienen precedidos por una serie de reestructuraciones ministeriales, transferencias de funciones y adscripciones de organismos que, en cierto modo, abonan el terreno, preparándolo para las medidas de racionalización, planificación y coordinación que se proyecta aplicar.

LA REFORMA INSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y EL NUEVO ORDEN CONSTITUCIONAL

Transcurridos doce años desde la implantación en nuestro país del sistema de Seguridad Social, no han podido aún delimitarse las áreas de actuación u objetivos específicos de esta ni se ha conseguido, tampoco, consolidar una estructura orgánica coherente que garantice el funcionamiento y gestión, con eficacia, de la institución. Si estas carencias son predicables de la Seguridad Social como sistema, como servicio público y como mecanismo de protección, idénticas afirmaciones pueden hacerse respecto a la Asistencia y los Servicios Sociales que se prestan dentro y fuera de sus fronteras.

Aunque ciertas disfuncionalidades fueron corregidas parcialmente mediante la transferencia de competencias y funciones, en materia de Asistencia Social, desde el Ministerio de la Gobernación al de Trabajo³⁶, los más trascendentales cambios en la ordenación institucional de la Seguridad Social³⁷, se introducen por Real Decreto Ley 36/78 de 16 de noviembre.

32 Los de asistencia a los subnormales y a los ancianos regulados, respectivamente, por Órdenes de 8 de mayo de 1970 y de 26 de febrero de 1971. Este último texto, que diseña el Plan Nacional de Asistencia a los Ancianos, implica, de forma tímida y resbaladiza, tanto a la Asistencia Social como a los Servicios Sociales.

33 Por el Instituto Nacional de Previsión o las Mutualidades Laborales que prestarán la Asistencia Social con cargo a un fondo diferente en cada caso.

34 Mediante el reconocimiento de la cualidad de pensionistas a ciertos colectivos y a través de la extensión de ciertos beneficios a determinados individuos que no obtengan tal condición y a la mujer casada separada de hecho (Exposición de Motivos y disposición transitoria 3ª).

35 Así lo dispone el art. 13, siempre que su concesión no comprometa recursos del ejercicio siguiente. El carácter periódico de dichos servicios o auxilios era negado por el art. 36.2 en su anterior redacción.

36 Lo que se regula por Decreto 736/77 de 15 de abril. Con ello, se adscriben a la Dirección General de Asistencia Social y Servicios Sociales el Instituto y el Fondo Nacional de Asistencia Social, antes dependientes del Ministerio de la Gobernación. La posterior creación del Ministerio de Sanidad y Servicios Sociales, en julio del mismo año, traslada a éste las referidas instituciones.

37 Téngase en cuenta que cualquier cambio en los principios, contenido, cobertura, organización o ámbito de aplicación de la Seguridad Social repercute, ineludiblemente, en la concepción y configuración normativa de la Asistencia y los Servicios Sociales. En la medida en que aquella intensifique su protección, incorpore a nuevos sujetos o contemple otras necesidades como situaciones merecedoras de tutela, estos desempeñarán un papel más o menos relevante en el sistema de Seguridad Social o fuera de él. Idénticas consecuencias se producirán respecto los cambios normativos que afecten a la estructura, funcionamiento o distribución de competencias en la materia.

Las sucesivas aprobaciones de esta norma y, apenas un mes más tarde, de la Constitución, transformaron las bases sobre las que, a partir de entonces, debía cimentarse la construcción de la Seguridad Social, la Asistencia Social y los Servicios Sociales. Sin embargo, la localización temporal es el único aspecto en el que ambos textos legales coinciden ya que, lejos de servir a objetivos semejantes, lo preceptuado por una y otra norma responde a planteamientos, si no opuestos, sí diferentes.

Cierto es que la contextualización, proceso de elaboración, jerarquía normativa y objetivos y limitaciones del Real Decreto Ley 36/78 y de la Constitución son absolutamente dispares en cada caso, por lo que resulta forzado el cotejo de ambas normas. No obstante, el análisis conjunto e interrelacionado de algunos de sus preceptos está, ahora, más que justificado si se tiene en cuenta que unos y otros inciden en la misma materia, plantean problemas que requieren una lectura integrada y deciden el futuro inmediato de la parcela de la Política Social que ahora se estudia.

Aunque la aprobación de la Constitución es posterior, conviene alterar el orden cronológico y anticipar algunos comentarios sobre ciertos mandatos constitucionales por ser éstos los que, decididamente, informan, condicionan y determinan la actuación de los poderes públicos en la protección de los estados de necesidad. El precepto nodal es, sin duda, el art. 41 de la Carta Magna³⁸, infravalorado y exaltado con idéntico empeño y frecuencia pero dotado, en todo caso, de una dosis de vaguedad tal que se ha llegado a afirmar que "permite una amplísima gama de interpretaciones, incluso encontradas"³⁹, que con él "se puede ir a cualquier solución"⁴⁰.

Aseveraciones tan discutibles como esta nutren la polémica sobre la existencia de un modelo constitucional de Seguridad Social y cuales, en el caso de que así sea, son las grandes líneas maestras sobre las que aquel se construye. El carácter público, privado o mixto que se preconiza del sistema, la obligatoriedad del mismo, la universalización de su ámbito de aplicación o la articulación en niveles de la protección dispensada y la intensidad de esta, son algunos de los interrogantes que suscita el controvertido mandato constitucional cuyo valor jurídico y novedad han sido, también, cuestionados.

La envergadura y complejidad de este debate, objeto de innumerables e interesantísimos comentarios doctrinales cuya exposición resulta ahora imposible⁴¹, se ve incrementada por la defectuosa técnica constitucional con que se aborda el tratamiento de la Seguridad Social. Y es que, la lectura y valoración del art. 41 de la Constitución exige que se reflexione sobre otros preceptos que tienen, también, una extraordinaria trascendencia. Se trata de los

38 "Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres".

39 Así se pronuncia VIDA SORIA al comentar el art. 41 de la Constitución Española en los "Comentarios a las Leyes Políticas" preparados por Óscar Alzaga, Revista de Derecho Público.

40 BORRAJO DACRUZ en "La Seguridad Social en el marco jurídico constitucional", Documentos y Estudios, nº 26, Fundación Ebert.

41 La bibliografía es abundantísima y, por tanto, cualquier relación resultaría incompleta; máxime si se tiene en cuenta que, además de los estudios dedicados específicamente al análisis del texto constitucional, otros trabajos referidos a aspectos puntuales de la normativa de la Seguridad Social se pronuncian, expresa o tácitamente, sobre la cuestión.

denominados "artículos pedagógicos"⁴² a través de los cuales pudiera pensarse que era voluntad del constituyente propiciar la desvinculación de ciertas protecciones del contenido nuclear de la Seguridad Social⁴³.

Con este confuso e híbrido pronunciamiento constitucional, no puede decirse que la Carta Magna aporte fundamentos decisivos y concluyentes en la configuración, con entidad propia o integrados en otros sistemas, de la Asistencia y los Servicios Sociales como instrumentos de promoción y protección social. Al contrario, frente al papel que ocupa la Seguridad Social en el ámbito de la política social y económica⁴⁴, aquellos son contemplados parcialmente y de modo no siempre coherente, sin que la norma se pronuncie sobre su inclusión o no en la acción protectora de esta.

Así, el único pasaje en el que la Asistencia Social es mencionada⁴⁵ se localiza en el Capítulo III del Título VIII, al enunciarse las materias en las que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias⁴⁶. Por su parte, tampoco los Servicios Sociales son considerados como institución unitaria ya que el artículo que los contempla se hace eco sólo de una modalidad particular y concreta de los mismos⁴⁷.

No es este el planteamiento del que parte el Real Decreto-Ley 36/78 que, tomando como referencia una Seguridad Social en la que, hasta ese momento, tenían cabida la Asistencia y los Servicios Sociales, se propone delimitar sus áreas de objetivos específicos y simplificar y racionalizar su gestión⁴⁸ revisando, a tal efecto, los principios conceptuales y operativos sobre los que se estructura aquella.

Como ya se adelantó, la mencionada norma aborda determinados problemas que afectan a la Seguridad Social en el plano de su organización y funcionamiento y articula una serie de medidas destinadas, entre otros objetivos, a dar efectividad al principio de caja única, a descentralizar las tareas administrativas y a simplificar y dotar de cohesión interna la gestión institucional de la Seguridad Social.

42 Así califica VIDA SORIA, op. cit., pág. 113, los preceptos en los que el constituyente hace objeto de una atención particularizada a ciertos sectores de la población. Artículos como el 49 o el 50 dedicados, respectivamente, a los minusválidos y los ancianos e, incluso, las líneas dedicadas al desempleo en el art. 41, evidencian problemas que afectan a determinados colectivos, contemplándose, de forma segregada, materias típicas de toda fórmula de la Seguridad Social. Lo mismo cabría decir respecto a la asistencia sanitaria o la protección de la familia a la que aluden los arts. 43 y 39 de la Constitución.

43 Parece, sin embargo, que esta segregación se ha salvado por la vía de considerar que el constituyente se limita a enunciar parcelas en las que deben intervenir los poderes públicos, permitiendo que la actuación de los mismos se desarrolle por medio de la Seguridad Social o de otros instrumentos o fórmulas.

44 No en vano el mandato contenido en el art. 41 se inserta en el Capítulo III destinado a exponer los principios rectores de la política social y económica.

45 La asistencia, sin más, sí es incluida en la redacción del art. 41, pero con un sentido tal que su interpretación como Asistencia Social resultaría forzada.

46 Art. 148.1. 20ª que será comentado, seguidamente.

47 Se trata del ya citado art. 50 en el que, entre otros mandatos, se ordena a los poderes públicos promover el bienestar de los ciudadanos de la tercera edad mediante un sistema de servicios sociales.

48 El mencionado Real Decreto, de gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo, no prioriza, en absoluto, el tratamiento de la Asistencia y los Servicios Sociales. Estos son regulados como aspectos parciales de una reforma de más hondo calado que les afecta como parte del contenido de la Seguridad Social.

En lo que afecta a la Asistencia y los Servicios Sociales se introducen reformas significativas en el plano funcional y orgánico aunque, de nuevo, la confusa terminología, la oscuridad de ciertas expresiones⁴⁹ y la vaguedad de determinadas afirmaciones⁵⁰, hacen dudar de la firmeza y solidez de los planteamientos que inspiraron la labor del legislador. No obstante ello, lo cierto es que varía sustancialmente el organigrama conforme al cual venían dispensándose, hasta la fecha, las prestaciones y servicios complementarios de la Seguridad Social.

Por un lado, el Estado recupera funciones que "impropiamente" había asumido la Seguridad Social y que, a partir de ahora, salen del ámbito de ésta –parece que perdiendo la condición de Servicios Sociales que en ella tenían⁵¹– para ser desarrolladas por órganos específicos creados al efecto⁵². Por otro lado, el Instituto Nacional de Servicios Sociales será la entidad competente para gestionar los servicios complementarios de las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social⁵³. Por último, y en lo que a la Asistencia Social se refiere, se crea el Instituto Nacional del mismo nombre que, como organismo autónomo, gestionará los servicios de asistencia social del Estado, complementarios a los del sistema de la Seguridad Social.

El panorama que resulta de las reformas introducidas por el Real Decreto 36/78 es institucionalmente distinto pero sustancialmente similar al existente con anterioridad: han cambiado la estructura y denominación de ciertas instituciones así como la distribución de las funciones que se les asigna pero subsiste el binomio Asistencia y Servicios Sociales del sistema de Seguridad Social y del Estado⁵⁴.

El planteamiento dual del Real Decreto 36/78 no introduce novedades respecto al estado anterior de la cuestión, limitándose a corregir aquellas disfuncionalidades que perturbaban el adecuado funcionamiento de la Seguridad Social. Sin embargo, este enfoque se muestra claramente insuficiente para solucionar los problemas que se derivan de la organización territorial y de la distribución de competencias diseñados por la Constitución de 1978.

49 Es, cuando menos, dudoso el alcance que ha pretendido darse a expresiones como los servicios de Asistencia Social o la gestión de servicios complementarios del sistema.

50 Un ejemplo claro se contiene en el prólogo del Real Decreto cuando, tras enunciar algunas de las funciones que se reintegran al Estado, se señala que las mismas son "más propias de un servicio público que de un delimitado acotamiento de prestaciones de la Seguridad Social".

51 Resulta curioso que el Real Decreto eluda referirse a los servicios de empleo y educación como Servicios Sociales de la Seguridad Social, cuando tal era su consideración hasta la fecha. Sólo se utiliza este calificativo en la disposición final 1ª, precisamente al extinguir los dos primeros; en otros pasajes los tres servicios se mencionan, separadamente, como funciones distintas.

52 Es el caso de los servicios sociales de empleo y acción formativa, de seguridad e higiene en el trabajo y de educación que pasarán a ser desempeñados por los Institutos Nacionales de Empleo, de Higiene y Seguridad en el Trabajo y de Enseñanzas Integradas, organismos autónomos adscritos al Ministerio de Trabajo, los dos primeros y al Ministerio de Educación y Ciencia el último.

53 En estos términos se pronuncia el art. 1.1.3 del Real Decreto 36/78 que configura dicho organismo como Entidad Gestora de la Seguridad Social. Téngase en cuenta que de los servicios complementarios no se predica su consideración como servicios sociales, atributo que sí se afirma del Servicio de Medicina Preventiva al que alude el art. 5.4. En cuanto a la asistencia a los pensionistas y la recuperación y rehabilitación de minusválidos, se extinguen como servicios comunes del Sistema de Seguridad Social, sin que se deduzca con certeza el futuro de tales prestaciones.

54 De hecho, el INSERSO es una entidad gestora de la Seguridad Social y como tal gestiona servicios –que no prestaciones– de dicho sistema, con independencia de aquellos otros que puedan dispensarse al margen de él. Por su parte, el INAS es un organismo autónomo que gestiona servicios de asistencia social del Estado, sin perjuicio de los que se otorgan en el marco de la acción protectora de la Seguridad Social.

En efecto, si hasta entonces muchas de las dudas tenían una dimensión estrictamente organizativa, a partir de ahora los interrogantes trascienden del plano formal y adquieren un carácter sustantivo y conceptual. La complejidad viene dada por las interferencias y desviaciones a que conducen los pronunciamientos de los arts. 148.1.20^a y 149.1.17^a 55 de la Carta Magna y el posterior ejercicio de los títulos de legitimación competencial allí contemplados.

Si a la dudosa frontera entre los contenidos específicos de la Asistencia, la Seguridad y los Servicios Sociales, se añade una distribución de competencias que opera conforme a criterios bien diferentes respecto a cada una de las materias⁵⁶, la entidad y configuración autónomas de todas ellas resulta, nuevamente, controvertida. Por si esto no fuera suficiente, los cambios que han experimentado estas instituciones en los últimos lustros –indudablemente positivos en lo que a la protección social se refiere– arrojan un balance de mayor confusión normativa.

Así, por un lado, la regionalización o descentralización de la Asistencia Social se ha producido bajo fórmulas tan dispares como servicios sociales, acción social o bienestar social, denominaciones éstas con las que cada Comunidad Autónoma⁵⁷ procede a la ordenación de las materias sobre las que se han asumido competencias⁵⁸.

Por otro lado, antes y después de la aprobación de estas Leyes, en los diferentes territorios autonómicos se han ido adoptando una serie de medidas tendentes a reforzar o ampliar el elenco de servicios y prestaciones que, hasta entonces, se otorgaban con cargo a instituciones o fondos de asistencia social. Entre estas medidas, merece la pena destacar la progresiva implantación de las Rentas Mínimas de Inserción, hecho éste que supone, al menos en teoría, una auténtica reformulación de los parámetros sobre los que, hasta ahora, se abordaba la problemática de la marginación y la pobreza⁵⁹.

55 El primero, como ya se señaló, considera la Asistencia Social como materia sobre la que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias; el segundo establece que el Estado tiene competencias exclusivas sobre Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas.

56 La primera se atribuye, en exclusiva, a las Comunidades Autónomas; la segunda se reserva al Estado en lo que hace a la legislación básica y al régimen económico; y en cuanto a la tercera, no siendo contemplada expresamente por el constituyente, su inclusión en las dos anteriores dependerá del contenido y dependencia institucional que se le asigne.

57 A juicio de CASADO CARRASCO y ZABARTE MARTÍNEZ DE AGUIRRE se ha producido un desarrollo exagerado del término asistencia social por los Estatutos de Autonomía. Así lo señalan en su comunicación "Reflexiones en torno al diseño de una política de bienestar social" presentada a las I Jornadas Nacionales de Estudio del Comité Español para el Bienestar Social (Madrid, Abril de 1983).

58 Tras la promulgación de las correspondientes Leyes Orgánicas por las que se aprueban los Estatutos de Autonomía de cada Comunidad Autónoma –en los que la Asistencia Social es contemplada, separadamente o junto a otras materias, como competencia de exclusiva titularidad autonómica– se transfiere, a favor de estas, competencias, funciones y servicios del Estado en materia de asistencia y servicios sociales. Durante los años que siguen, los diferentes parlamentos regionales aprobarán sus respectivas Leyes de Servicios Sociales (así en Andalucía, Asturias y Canarias, por ejemplo) o de Acción Social (como las de Aragón, Baleares o Cantabria) no empleando nunca, paradójicamente, el término Asistencia Social para intitular dichas disposiciones legales. Tampoco es frecuente que se recurra a esta expresión para denominar a los servicios o dependencias que desarrollan funciones en este campo de actuación.

59 Estas prestaciones económicas, coloquialmente denominadas salarios sociales, se han extendido en pocos años por todo el territorio español y, con la excepción de la comunidad balear, los residentes de todas las Comunidades Autónomas pueden acceder a ellas siempre que, evidentemente, cumplan los requisitos económicos y personales exigidos por cada una de las normativas. Las rentas de integración se diferencian de las tradicionales ayudas asistenciales en que, al tiempo que procuran ciertos ingresos a sus perceptores, propician la obtención de hábitos encaminados a la promoción social de estos.

De revolucionario puede, también, calificarse el establecimiento de Prestaciones no Contributivas en el sistema de la Seguridad Social con el que, además de articularse un brazo asistencial en la protección de los estados de necesidad atendidos, se da debido cumplimiento al mandato constitucional de universalizar la cobertura⁶⁰.

Rentas Mínimas de Inserción y Prestaciones no Contributivas son algunos de los ejemplos que pueden citarse como muestra de la profunda transformación experimentada en las instituciones de referencia. Ninguna de ellas es concebida hoy como lo era hace dos décadas y la clave de esta diferente concepción se encuentra en la permeabilidad de la Asistencia, la Seguridad y los Servicios Sociales a los cambios sociales, políticos y económicos que se han producido en los últimos años.

EL VIGENTE MARCO NORMATIVO Y SUS DISFUNCIONALIDADES

En este proceso de mudanza y adaptación, algunos preceptos normativos, lejos de propiciar el acomodo de las instituciones a la realidad cambiante, las han encorsetado, dificultando su desarrollo y distorsionando, en ocasiones, su tendencia expansiva e integradora. Con ello, la norma es, muchas veces, elemento de confusión y freno más que motor propulsor de avances y de superación de figuras y conceptos trasnochados.

Los casi treinta años transcurridos desde la aprobación de la primitiva Ley de Seguridad Social ha sido tiempo suficiente para clarificar el papel que a ésta le corresponde desempeñar en la protección de los estados de necesidad; los cambios experimentados en ella, necesariamente han tenido que repercutir en el espacio ocupado por la Asistencia y los Servicios Sociales y, por ende, en sus específicos objetivos, ámbitos de aplicación, principios inspiradores y puntos de interconexión.

La incorporación de nuevos mecanismos de cobertura de necesidades, las reformas de determinadas instituciones, la adecuación de las estructuras administrativas a la organización territorial y política diseñada por el constituyente y la ampliación del número de sujetos protectores⁶¹ y protegidos son hitos importantes en la configuración del vigente modelo de protección social.

A grandes rasgos, puede decirse que subsiste la conocida y tradicional bisección que separa a la Asistencia y los Servicios Sociales del sistema de Seguridad Social de aquella otra Asistencia y Servicios Sociales ajenos a éste. No obstante, las fronteras son, en la actualidad, aún más difusas si bien la balanza parece inclinarse a favor de estos últimos, quedando reducido los primeros a un papel casi simbólico.

60 Recuérdese que el art. 41 de la Constitución ordena el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos lo que, sin haberse conseguido, está evidentemente más cercano tras la aprobación de la Ley 26/90 de 20 de diciembre.

61 No hay que olvidar, aunque no se incluya ahora su tratamiento, la labor asistencial o protectora de determinadas entidades públicas y privadas y las competencias en materia de Servicios Sociales que corresponde desarrollar a las Corporaciones Locales.

Además, los cambios normativos e institucionales han incorporado nuevos temas de reflexión al debate, propiciando pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales a veces contradictorios y planteando innumerables interrogantes de carácter conceptual, legislativo y terminológico algunos de los cuales se enuncian seguidamente.

Así, una visión global del conjunto de las prestaciones y servicios concedidos por la Asistencia y los Servicios Sociales pone de manifiesto que, con idéntica expresión⁶², se alude a contenidos radicalmente distintos, según se desenvuelva la acción protectora en el marco de la Seguridad Social o al amparo de las competencias asumidas al respecto por las diferentes Comunidades Autónomas⁶³; estas diferencias también se dejan sentir en aspectos tales como el ámbito subjetivo de aplicación⁶⁴, la situación jurídica de los beneficiarios⁶⁵ o los objetivos perseguidos por las prestaciones y el carácter con que éstas se otorgan⁶⁶.

Es obvio, pues, que con locuciones semejantes se están contemplando dos instrumentos de protección social cuyas similitudes son, prácticamente inexistentes, motivos por el cual la confusión terminológica está servida⁶⁷. A ella no es ajena la dinamicidad propia de las instituciones y técnicas que operan en el campo del bienestar social⁶⁸ –fruto de su imperiosa adaptabilidad a circunstancias socio-económicas igualmente variables– como tampoco lo es el uso de varios lenguajes⁶⁹.

Además, el repertorio terminológico se ha enriquecido y complicado por la progresiva utilización de fórmulas lingüísticas, hasta hace poco desconocidas, cuya generalización no

62 En realidad, el concepto mismo de Asistencia Social se difumina en los sistemas de Servicios Sociales autonómicos, hasta el punto de ser una expresión escasamente utilizada.

63 En el primer caso se ofertan, limitadamente, prestaciones técnicas de reeducación o rehabilitación, por ejemplo y ayudas asistenciales excepcionales, respectivamente; en el segundo caso, por el contrario, se integran en un mismo sistema de Servicios Sociales o Acción Social prestaciones y funciones de gran diversidad: información, orientación y asesoramiento, centros de acogida, residencia u ocupacionales, programas de integración y reinserción, ayudas económicas a modo de subvenciones, pensiones, subsidios, etc.

64 Mucho más limitado en el caso de la Asistencia y Servicios Sociales de la Seguridad Social –ya que coincide con el campo de aplicación de esta– y absolutamente universal para los Servicios Sociales autonómicos que se extienden a todos los españoles residentes e, incluso, a los extranjeros residentes o transeúntes y a los refugiados, asilados y apátridas, en las condiciones que reglamentariamente se determinen.

65 Frente al generalizado reconocimiento del derecho a los servicios sociales autonómicos, las disposiciones de la LGSS reconocen, tímidamente, el derecho a la reeducación y rehabilitación (art. 30) pero niegan, absolutamente tal consideración en cuanto a las prestaciones asistenciales, reconociendo, como ya se apuntó, una simple facultad de pedir (art. 36.2).

66 La Seguridad Social otorga los beneficios de su Asistencia y Servicios Sociales como complemento de las prestaciones correspondientes a las situaciones específicamente protegidas por aquella, su finalidad es, primordialmente, reparadora; por contra, la sistematización de los Servicios Sociales llevada a cabo por cada Comunidad Autónoma configura a estos como parte de un todo en el que, ni siquiera la articulación en niveles comporta una jerarquización de los servicios o prestaciones: todos coadyuvan, según las especialidades del colectivo destinatario, a prevenir y superar las situaciones de necesidad y marginación social y a promover la solidaridad, la igualdad y el desarrollo pleno y libre del individuo.

67 Es elocuente al respecto y extensible a otros términos, la afirmación de CASADO PÉREZ en "Organización y Administración de Servicios Sociales", Ed. Marsiega, Madrid, 1981: "No hay acuerdo ni aún convergencia sobre lo que significa ese nombre, ni se sabe cuál es el concepto al que se refiere, ni mucho menos cuál es la realidad que se ampara sobre tal etiqueta...".

68 De la trascendencia y complejidad del tema da cuenta la obra "Conceptos Básicos del Bienestar Social", Seminario Taxonómico en el que participó un equipo multidisciplinar que intentaba definir con precisión el contenido y límites de términos como los que se han apuntado.

69 Una misma expresión tendrá diferentes acepciones o connotaciones según la disciplina en la que trabaja el sujeto que la emplea: política, sociología, trabajo social, derecho, economía, etc.

se ha visto precedida de la correspondiente elaboración conceptual⁷⁰. Este proceso es paralelo al de ampliación e intensificación de las medidas de protección social ya comentado, y ambos fenómenos constituyen referencias obligadas cuando se contempla el controvertido reparto de competencias diseñado por el constituyente.

Como ya se adelantó, los arts. 148.1.20^a y 149.1.17^a de la Constitución en relación con el mandato del art. 41, han dado pie a una disparidad de lecturas tal que, ni siquiera el Tribunal Constitucional cuando ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto⁷¹, ha conseguido unificar. Son piezas claves de esta polémica, además de la dificultosa interpretación de ciertos preceptos, la dispersión normativa a que ha dado lugar el desarrollo de la materia contemplada, el desajuste y falta de acoplamiento de las diferentes regulaciones y, por encima de todo, las repercusiones de una desigual política social en cada Comunidad Autónoma respecto a la solidaridad e igualdad consagradas por la Constitución⁷².

A las cuestiones apuntadas hay que añadir la especial problemática que se deriva de la naturaleza asistencial o no de ciertas prestaciones de cara a la eventual inclusión de las mismas en el ámbito de aplicación material de determinadas normas comunitarias. Es preciso señalar al respecto que el Reglamento 1.408/71⁷³ excluye, expresamente, a los regímenes de protección de Asistencia Social que, en consecuencia, no se verán afectados, por ejemplo, por la técnica de exportación de prestaciones.

La delimitación de los diferentes campos de protección social traspasa con ello nuestras fronteras y adquiere una nueva dimensión, máxime si se tiene el juego de principios como el de igualdad de trato y no discriminación en materia de ventajas sociales. Aunque la complejidad del tema no permite abundar en él ahora, sí conviene apuntar que la cuidadosa labor interpretativa de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas no ha solucionado definitivamente muchos de los interrogantes que se plantean.

EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. NOTAS PARA UNA REFORMA

Con estos antecedentes no resultan extrañas las expectativas que despertó la aprobación del Texto Refundido y ello aún cuando se fuera consciente de las limitaciones materiales que comporta la simple autorización al gobierno para elaborar una norma de estas características. Es cierto que el legislador no puede superar los términos en que se otorga dicha facultad y que, como se dijo, la delegación comprende tareas instrumentales de integración, regularización y aclaración, pero en ningún caso autoriza a alterar sustancialmente las disposiciones legales objeto de la refundición.

70 Protección asistencial, nivel asistencial, prestación asistencial, prestación no contributiva, nivel contributivo son algunas de las múltiples combinaciones empleadas para aludir a realidades a veces difusas y escasamente identificadas.

71 Pueden citarse, a título de ejemplo, las Sentencias nº 76/86, 146/86 y 124/89.

72 Cfr. arts. 2, 138 y 139 de la Carta Magna.

73 Del Consejo de 14 de junio de 1971 relativo a la aplicación de regímenes de Seguridad Social a los trabajadores y a los miembros de sus familias que se desplazan en el interior de la Comunidad.

No obstante, del mismo modo que se procedió a reformar y desarrollar algunos preceptos, a alterar la anterior estructura de la norma y a reformular determinadas definiciones, se pudo haber aprovechado la ocasión para alumbrar la ordenación jurídica de la materia que nos ocupa. Sin embargo, nada de esto ocurre y las puntuales modificaciones que se constatan en cuanto a la regulación de la Asistencia y los Servicios Sociales, lejos de clarificar las pautas del legislador, reproducen la confusa redacción del texto originario.

De modo esquemático, las principales novedades de la nueva Ley General de la Seguridad Social se concretan en la limitación objetiva operada en el campo de los Servicios Sociales y en la eliminación de la irrecurribilidad de las resoluciones administrativas en materia de Asistencia Social, siendo este último un dato de incuestionable trascendencia.

En realidad, la reducción de las prestaciones de Servicios Sociales se había gestado con anterioridad de modo que el Texto Refundido no viene sino a confirmarla, eliminando del mismo aquellas disposiciones normativas que, en la práctica, resultaban ya inaplicadas⁷⁴. Por otro lado, se mantiene el carácter complementario de las prestaciones, siendo el contenido del derecho a la reeducación y rehabilitación el previsto en el Título II como prestaciones recuperadoras, subsidios de recuperación y beneficios de empleo selectivo.

Por lo que se refiere a la Asistencia Social, la actual redacción continúa distinguiendo los derechos del cónyuge y descendientes, ante una eventual separación judicial o divorcio⁷⁵, de los que pudieran corresponder a estos cuando la separación fuera de hecho, en cuyo caso, la determinación de las condiciones de acceso se efectuará reglamentariamente. La previa demostración, salvo casos de urgencia, de la carencia de recursos del solicitante continúa siendo un requisito imprescindible para acceder a las prestaciones de Asistencia Social. Sí resulta novedoso⁷⁶, además de la ya apuntada posibilidad de recurrir las resoluciones administrativas que pudieran dictarse, que se excluya del contenido de las ayudas asistenciales a los subsidios de cuantía fija en caso de desempleo⁷⁷.

Como puede fácilmente deducirse, las aportaciones del Texto Refundido respecto a la Asistencia y los Servicios Sociales de la Seguridad Social apenas contribuyen al esclarecimiento del confuso panorama descrito en líneas anteriores pues se concretan, mayoritaria-

74 Me refiero a los servicios de seguridad e higiene, medicina preventiva y acción formativa que, como se sabe, fueron expulsados del ámbito competencial de la Seguridad Social para ser adscritos a otros organismos y entidades. El único Servicio Social que continúa formando parte de la acción protectora de la Seguridad Social es el de reeducación y rehabilitación de inválidos –cuya anterior regulación es expresamente derogada por la disposición derogatoria única– y el de asistencia a la tercera edad –previsto en el art. 38.1.e–

75 El vigente art. 35 equipara las condiciones de acceso de estos sujetos cuyos derechos no se verán afectados por las referidas resoluciones judiciales.

76 Llama también la atención el que el vigente art. 38.2, que parece reproducir la redacción del derogado art. 20.2, al afirmar el carácter complementario de los beneficios de la Asistencia Social, predique esta nota, intencionadamente o por error, respecto a las prestaciones comprendidas en el apartado anterior –no a las incluidas en el número anterior como hacía su precedente– donde sólo figuran las prestaciones de Servicios Sociales.

77 La anterior prestación de Asistencia Social ha sido reconducida, como se sabe, al nivel asistencial de la protección por desempleo. En concreto, y con ciertas variaciones en cuanto a la tipificación de la situación de necesidad y a los requisitos exigidos, al subsidio que se reconoce a favor de los beneficiarios descritos en el vigente art. 215.1.1.a (parados que hayan agotado la prestación por desempleo y tengan responsabilidades familiares).

mente, en derogaciones de preceptos normativos que, en virtud de anteriores modificaciones, tenían una presencia meramente testimonial. La Asistencia y los Servicios Sociales continúan formando parte de la acción protectora de la Seguridad Social y, como tal contenido de esta, sus beneficios se extienden a las personas incluidas tradicionalmente en su campo de aplicación.

No es incumbencia de esta Ley, por supuesto, definir o fijar las líneas de actuación de todas las entidades y administraciones implicadas en este vasto campo de la protección social, máxime si se tiene en cuenta la complejidad orgánica, funcional y competencial del tema. Sí le correspondía, y en este sentido los resultados pueden calificarse de pobres y frustrantes, armonizar y sistematizar las disposiciones refundidas, evitando que el nuevo texto fuera un mero compendio de las diferentes Leyes aprobadas.

Téngase en cuenta que, entre las normas afectadas por la refundición, se encuentran la Ley 31/84 de Protección por Desempleo y la Ley 26/90 de Prestaciones no Contributivas, disposiciones en las que el sistema de Seguridad Social parece apostar por mecanismos de protección que corrijan la excesiva contributividad y profesionalidad de la cobertura hasta ese momento dispensada. Estas Leyes configuran, respectivamente, un nivel asistencial y una modalidad no contributiva de prestaciones que no forman parte, en ningún caso, de la Asistencia o los Servicios Sociales, sino que constituyen auténticas prestaciones económicas correspondientes a situaciones específicamente protegidas por la Seguridad Social.

Esto se trae ahora a colación porque quiere llamarse la atención sobre una realidad que, seguidamente, se describe y a partir de la cual se construye la propuesta normativa que, ante una eventual reforma de la Seguridad Social, paso a formular: la escasa, por no decir nula, entidad de las prestaciones de Asistencia y Servicios Sociales de la Seguridad Social aconseja una recalificación de las mismas y una más adecuada ubicación en el esquema general de la acción protectora del Sistema.

Las variadas prestaciones de contenido no económico que se prevén en el articulado de la vigente Ley General de la Seguridad Social pertenecen al amplio género de las prestaciones técnicas o en especie, se incluyan o no en los Servicios Sociales y ya tengan carácter autónomo o complementario. Prescindiendo de las estrictamente sanitarias⁷⁸, las restantes prestaciones⁷⁹ diversifican, intensificándolo, el contenido de la acción protectora del Sistema⁸⁰ mediante una red de acciones y beneficios que se otorgan a determinados colectivos, atendiendo a las especiales dificultades o carencias que concurren en los mismos.

78 Téngase en cuenta, en todo caso, que las prestaciones de asistencia sanitaria pueden ser preventivas, reparadoras o recuperadoras, por lo que, en ocasiones, la calificación de una prestación como sanitaria dependerá de la institución o centro en que se dispensa, de la especialización del personal y de la finalidad última que se persigue.

79 El elenco es amplísimo: desde las de empleo selectivo y adecuación de tareas y puestos de trabajo previstas en caso de invalidez (arts. 153 y siguientes) hasta las de perfeccionamiento, orientación y reconversión profesionales en favor de los desempleados (art. 206.2) incluyendo, también, las que, en casos de carácter excepcional, se dispensan por tratamientos o intervenciones especiales (art. 56).

80 Ya lo haga este, directamente, a través de sus Entidades Gestoras o en colaboración con otros departamentos o instituciones.

Por su parte, las ayudas y auxilios que, a priori, pudieran calificarse de asistenciales por atenuar la nota de la contributividad⁸¹ y/o propiciar la ampliación subjetiva del Sistema de Seguridad Social, son prestaciones económicas que, o bien se presentan como pensiones alternativas o bien se configuran como prolongaciones o complementos de otras medidas y prestaciones ya instrumentadas. Pero, en todo caso, atienden situaciones individuales de necesidad que, consideradas merecedoras de tutela, la propia norma se encarga de especificar por la vía de exigir la carencia de recursos, la imposibilidad de acceder a otras prestaciones o la insuficiencia de las que, en principio, corresponde percibir.

Además, todas estas prestaciones se corresponden, en mayor o menor medida, con contingencias típicas para las que ya se había previsto cobertura de modo que, en esencia, constituyen opciones a través de las cuales el legislador potencia el brazo asistencial de la Seguridad Social. Estos rasgos comunes permiten identificar todas las prestaciones como pertenecientes a un mismo género y así, con independencia de la mayor o menor entidad de las mismas, todas ellas podrían configurar un nivel asistencial o no contributivo de protección que viniera a ocupar el hueco dejado por la Asistencia Social.

Idéntica operación puede realizarse respecto a los servicios y actuaciones que anteriormente se calificaron como prestaciones técnicas no sanitarias. También éstas son susceptibles de integrar un género o modalidad de protección que sustituya la vieja etiqueta de Servicios Sociales o prestaciones complementarias por otra denominación más acorde y actualizada. Agrupando de este modo prestaciones cuyo contenido, origen, finalidad, naturaleza y desenvolvimiento presentan ciertas similitudes se estaría en condiciones de dotar al Sistema de una mayor coherencia interna y de una más adecuada ordenación. Además una visión de conjunto de las prestaciones y de sus principios inspiradores permitirá detectar y corregir con premura las disfuncionalidades del Sistema mismo, guiando este con lógica hacia planteamientos más o menos asistenciales y definiendo las líneas básicas de actuación de cara al futuro.

Al margen de estos resultados a medio y largo plazo, lo cierto es que la sistematización de la protección en prestaciones en especie –de asistencia sanitaria y de asistencia técnica– y prestaciones económicas –contributivas y no contributivas o asistenciales– conduce, de modo inmediato, a la desaparición de la Asistencia y los Servicios Sociales de la Seguridad Social sin que por ello se resienta la actual extensión e intensidad de la protección.

Simplemente se eliminarían dichos mecanismos o instituciones como reminiscencias del pasado, potenciando su virtualidad mediante una nueva denominación y ubicación. Esto permitirá, por si fueran pocas las ventajas predicadas, encontrar nuevas vías de solución a muchos de los interrogantes surgidos al amparo de la vigente redacción y, aunque no se nos esconde que pueden plantearse otros de idéntica envergadura, la edificación de un moderno sistema de protección social se iría cimentando sobre estructuras más sólidas.

81 Es el caso de la modalidad no contributiva de las prestaciones por hijo a cargo (art. 182), de invalidez (art. 144) o de jubilación (art. 167), del subsidio por desempleo (art. 215), de las ayudas asistenciales por pérdida de ingresos como consecuencia de la rotura de aparatos de prótesis (art. 56) o del subsidio de recuperación (art. 156).

Qué duda cabe que lo anteriormente expuesto no pasa de ser una mera propuesta y, como tal, una simple hipótesis de trabajo que necesita ser madurada y que está, por supuesto, sujeta a revisiones y críticas. Pero, en todo caso, parece una alternativa más viable que la simple reproducción de esquemas anteriores y la eliminación de preceptos inaplicables en las que parecen haberse agotado las tareas de sistematización, aclaración y armonización encomendadas al legislador.

Justo es recordar que la Asistencia y los Servicios Sociales de la Seguridad Social son temas de segundo orden y que, por tanto, en el actual contexto socio-económico es lógico que se dé prioridad a otras cuestiones y se dirijan las miras a las medidas de contención del gasto y de control del fraude. Sin embargo, conviene también tener presente que la Asistencia y los Servicios Sociales, como contenido de la acción protectora de la Seguridad Social, son parte de un todo interrelacionado no susceptible de compartimentación y, en consecuencia, las mejoras que puedan introducirse en cada una de las piezas del engranaje repercutirán, indudablemente, en el funcionamiento final de la máquina⁸².

A la vista está que el legislador ha pospuesto la sistematización y armonización de los preceptos relativos a la protección asistencial y no contributiva del Sistema. Se resiste, o así lo parece, a renunciar a la tradicional Asistencia Social y a los imprecisos Servicios Sociales y, aún cuando la realidad evidencia el desfase y descoordinación de ciertos preceptos, no parece que esté en su ánimo aclarar y regularizar esta materia.

Habrà pues, que seguir esperando y, mientras tanto, el debate continúa abierto.

82 Así, la modificación del confuso tratamiento que se dispensa permitiría, por ejemplo, refundir prestaciones en función de su carácter compensatorio, sustitutorio o indemnizatorio, eliminar ciertas cargas indebidas, impedir el disfrute simultáneo de prestaciones incompatibles y evitar acumulaciones de protección.