

ASPECTO JURIDICO DE LA GESTION DE LA PREVISION SOCIAL

SUMARIO :

- I. *Introducción*: 1. Objeto. 2. Motivación jurídica y sentido del estudio.—II. *La gestión de la Previsión social en su aspecto jurídico*: 1. La Previsión social como función del Estado. 2. Estado y entes gestores. La gestión de la Previsión social.—III. *La gestión en el ordenamiento positivo*: 1. Régimen actual: A) Sobre el carácter jurídico del Instituto Nacional de Previsión. B) Los regímenes especiales de Previsión. C) Sobre las Mutualidades laborales. D) Gestión a cargo de otras entidades (intervención privada). 2. Las directrices de la Nueva Ley de Bases y sus consecuencias jurídicas: A) La Previsión social y la actividad estatal. B) Los organismos gestores de la Previsión social. C) Principios de la ordenación del régimen jurídico referido a la gestión. D) La intervención de los privados.

I

INTRODUCCION

I. OBJETO

Proponemos el estudio de la gestión referida a la Previsión social, desde un punto de vista estrictamente jurídico, y ello con las limitaciones formales a que se hará referencia en su lugar oportuno.

El problema de la gestión (o administración) de la Previsión social puede ser examinado desde dos puntos de vista: uno político, o político-social, y otro estrictamente jurídico. El primero está en definitiva basado en consideraciones de oportunidad, o en su caso de principios de estructuración social que condicionan los aspectos organizativos; en este enfoque las soluciones a proponer son debatibles y tienen que fundarse sobre bases en última instancia eventuales; se trata ni más ni menos que de un problema de técnica política; problema de cuya resolución ha de nacer la base positiva que condicionará la investigación jurídica.

De ese modo nuestra atención muy brevemente se ha de detener en el examen del primer punto de vista, y ello siempre sin olvidar que las conclusio-

nes que se obtengan sólo como explicativas de una realidad en sí, podrán ser consideradas. En este sentido nos interesa fundamentalmente hacer referencia a la unanimidad con que se admite la progresiva estatalización de la Previsión social, orientada en su camino hacia la Seguridad Social (1); se quiera o no, el Estado interviene progresivamente en la tarea que se puede llamar de Previsión social; consecuencia claro está de la general postura que el Estado adopta después de la superación de la puramente abstencionista (2); se trata de un fenómeno político generalizado.

Dando ello por supuesto —y sobre tal no hay posibilidad de discusión— el problema a resolver inmediatamente sería hasta qué punto se debe llegar hoy en ese proceso intervencionista del Estado; las razones políticas tienen aquí propio campo de acción. En ese ámbito caben como soluciones desde la que propugne la absoluta estatificación de la Previsión, hasta la que se incline por su salvaguardia en el ámbito de lo privado; sin embargo, el punto actual de desarrollo histórico plantea el problema dentro de unos límites más estrechos: se tratará en definitiva de saber en su caso cómo una inevitable intervención estatal (3) puede ser conjugada con el respeto de la autonomía privada en su caso, o qué intervención puedan y deban tener los particulares en la

(1) Se adopta aquí el término «Previsión social» distinto del «Seguridad Social». Se sabe que la terminología al respecto no está ni mucho menos estabilizada; de todos modos preferimos Previsión social para indicar el ordenamiento constituido de este modo «Seguridad Social» sería algo perteneciente al campo de la política social. En realidad el tema no es de trascendencia. Cfr. MEILAN GIL: *El Mutualismo laboral*, Madrid, 1963, en los caps. II y III, con una exposición amplia al respecto. Esta terminología es la que usa BORRAJO DACRUZ. Cfr. *Estudios jurídicos de Previsión social*, Madrid, 1963.

(2) La historia de Previsión social es la evolución progresiva del intervencionismo estatal en la actividad encaminada a suministrar al individuo (trabajador) medios económicos ante un supuesto de necesidad. Cfr. A. VENTURI: *I fondamenti scientifici della Previdenza sociale*, Milán, 1954, especialmente los cinco primeros capítulos. ALONSO OLEA, «Régimen jurídico de la Seguridad Social», en *Rev. Administración Pública*, número 19, 1956, ha hecho un resumen crítico de esta evolución. E. PÉREZ BOTIJA: «¿Socialización de la Seguridad Social?», en *Cuadernos de Política Social*, núm. 14, págs. 7-26, hace un análisis del problema con referencia a España. Vid. también M. PERSIANI: *Il sistema giuridico della Previdenza sociale*, Padova, 1960, cap. I. En este autor —(y en otros)— se pueden constatar los hechos más sobresalientes al respecto; concretamente la Carta del Atlántico de 14 de agosto de 1941, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, 4 de noviembre de 1950; 26.ª Conferencia de la O. I. T., 1944, y las 34.ª y 35.ª; en VENTURI: *Op. cit.*, cap. IX, «Realizaciones en el Derecho comparado».

(3) PÉREZ BOTIJA, *art. cit.*, págs. 7-8, señala que el mismo término Seguridad Social entraña ya una cierta socialización. Es muy interesante la sistematización que propone: «Socialización teleológica funcional y orgánica; es ésta, en definitiva, la que refleja las otras dos y la que aquí interesa.

tarea de gestión, como criterio fundamentalmente técnico que no se plantea directamente el problema de la limitación de las funciones del Estado (4).

La consideración de todas estas ideas, hemos dicho, sólo de un modo indirecto puede ser tomada en cuenta a los efectos que pretendemos; el examen de las teorías incidentes sobre el problema nos puede mostrar líneas de tendencia ideológica, que condicionan, o pueden condicionar el desenvolvimiento histórico del problema; la evolución histórica nos puede mostrar la línea de tendencia dominante en el momento y puede explicar la mejor comprensión de una realidad que traduce a términos jurídicos los movimientos sociales. Es esta realidad la que nos interesa aquí y ahora (5).

El estudio de la gestión referida a la Previsión social tal como nos lo planteamos se centra en el análisis del carácter jurídico de los entes que la realizan :

(4) La cuestión de los límites al intervencionismo estatal reproduce en este ámbito el dilema de la socialización en un sentido político más amplio; aunque nos interesara el tema, se llegaría, estudiándolo, a campos puramente especulativos, en donde la solución no ha dado indicios ni siquiera de aparecer. (Vid. MEILAN: *El Mutualismo laboral*, cit., págs. 24 y sigs., que concreta suficientemente el límite de la actual postura antiintervencionista, que es la suya. También ACHINGER y otros: *Los Seguros sociales* (trad.), Madrid, 1956, págs. 56 y sigs., basados en el principio de subsidiariedad. Tiene más interés para nosotros aquí y ahora, el planteamiento puramente técnico del problema. Se trata de las posturas que partiendo de la base de un dato real sopesa ventajas e inconvenientes técnicos y proponen soluciones de ese carácter; en este sentido es muy útil la exposición de P. DURAND: *La politique contemporaine de Sécurité sociale*, París, 1953, págs. 349-376. Es fundamental, a nuestro modo de ver, la consideración de las ventajas (y de los esfuerzos en ese sentido realizados) de la intervención de los particulares en los problemas de gestión; ésta no significa necesariamente gestión de los particulares, y puede resolver las desventajas de una estatización inevitable. (Vid. en España PÉREZ BOTIJA: «Administración de los Seguros sociales», *Bol. Inf. del I. N. P.*, número 11, 1942 (nov.); J. R. FERNÁNDEZ DE VELASCO: «Organos de gestión de los Seguros sociales», en *Cuadernos de Política Social*, núm. 6, 1950; FAGOAGA y GUTIÉRREZ SOLANA: «La intervención de los asegurados en la Seguridad Social», *Revista Española Seguridad Social*, núm. 9, 1949, con una exposición de Derecho y teoría comparados; BLANCO RODRÍGUEZ parece enfocar así el problema en *Revista Derecho Trabajo*, núm. 20, página 24. Sobre principios de ordenación administrativa vid. GALA VALLEJO: «Principios básicos para una acción administrativa de la Seguridad Social», en *Cuadernos Previsión Laboral*, núm. 13, Madrid, 1958.

(5) La línea doctrinal de tendencias dominante en España parece ser la de limitación a la actividad estatal. (Vid. artículos citados anteriormente.) De todos modos no creemos que se pueda establecer con claridad esa tendencia, pues hay contradicciones evidentes. Es interesante recoger aquí una de las conclusiones de las *Primeras Jornadas sindicales de Previsión social*, en la que se dice textualmente: «... la Previsión social, en cuanto garantiza al trabajador la seguridad de su amparo en el infortunio, constituye un función esencial del Estado, cuyo cumplimiento exige, dentro de un sistema de seguridad total, una completa hermandad de todos los trabajadores...». A los principios jurídicos fundamentales y a la Ley de Bases de 1963 nos referimos más adelante.

este carácter les viene dado en virtud de su régimen positivo, el cual a su vez debe estar en consonancia necesaria con los principios jurídicos fundamentales del ordenamiento al respecto; la consideración completa del tema, entrelazando estos puntos de vista, confirmará la interpretación de esos principios fundamentales (jurídicos) y a su vez indicará las líneas en las que se tiene que concretar el régimen jurídico de los entes a que nos referimos.

2. MOTIVACIÓN JURÍDICA Y SENTIDO DEL ESTUDIO

Un examen de la realidad ofrecida por la Previsión social desde un punto de vista dinámico, ha permitido a la doctrina establecer sistemáticamente las relaciones jurídicas que se entrecruzan dentro del ámbito de la misma, conjunto que ha permitido hablar del objeto de estudio calificándolo como institución jurídica de Previsión social (6); el conjunto estaría formado por las siguientes relaciones: Estado-sujetos protegidos; Estado-entes gestores de la Previsión social; entes gestores-cotizantes; entes gestores-beneficiarios (7); todas ellas, en cuanto recíprocamente dependientes permiten hablar de un «sistema» jurídico de la Previsión social, el cual agotará la problemática que ésa determine. Tradicionalmente —partiendo de la consideración de la relación jurídica de Seguro social, como relación compleja pero unitaria, que englobara dentro de sí la relación de cotización y la denominada de previsión (prestaciones)— se ha venido sosteniendo que sólo ese núcleo (relación jurídica de Seguro social) era el propio objeto de la Previsión social, siendo las otras relaciones extrañas a ella (8); y en el mejor de los casos se sostuvo que esas relaciones «externas» no eran típicas de la Previsión social, lo cual en definitiva venía a excluir del sistema a las relaciones en las que intervenía el Estado (9). Tal posición sostenible en el caso de que la actividad estatal se limitara a predisponer la disciplina legal respecto de la previsión, ha sido su-

(6) Vid. M. PERSIANI: *Il sistema giuridico della Previdenza sociale*, cit., pág. 81; GUELI: «Il sistema giuridico delle assicurazioni sociali», en *Trattato di Dritto del lavoro*, dirigido por BORSI-PERGOLESSI, vol. IV, Padova, 1954 (2.^a ed.), pág. 53, en donde cita a COVIELLO y DERNBURG, para mostrar los dos sentidos del término «institución jurídica».

(7) La terminología es la que utiliza PERSIANI: *Op. cit.*, pág. 83. En España BORRAJO, en *Estudios jurídicos de Previsión social*, op. cit., pág. 16, expone este cuadro sistemático, incluyendo terminología equivalente a la de GUELI.

(8) Vid. por todos la exposición que realiza PERSIANI: *Op. cit.*, págs. 82 y sigs.

(9) Vid. BORRAJO: *Op. loc. cit.*; GULLI: *Op. cit.*, pág. 53, realiza esta exclusión, pero su misma postura —en esa misma página— ya indica que se inclina por la postura unitarista como punto de partida.

perada desde el momento en que el Estado adopta una nueva actitud interviniendo directamente en la actividad de Previsión; y tal actitud cambia los criterios jurídicos básicos, obligando a un replanteamiento de la elaboración del sistema jurídico de Previsión social, el cual necesariamente aparece ya como un todo orgánico que necesita de todos sus miembros; esa postura del Estado ha condicionado, en efecto, la regulación positiva de la denominada relación jurídica de Seguro social, la cual queda desprovista de su unidad compleja para convertirse en dos relaciones jurídicas paralelas: la de previsión (prestaciones) y la de cotización (10); si, pues, existen tales, es inmediata la cuestión que indaga por el sentido y la justificación jurídica de ambas; que intenta aclarar por qué una persona jurídica está obligada a dar unas prestaciones en un determinado momento y por qué tiene el derecho de percibir unas cotizaciones que impone el Estado. La realidad, pues, empuja hacia la construcción de un sistema jurídico complejo, pero unitario, de la Previsión social, que cubrirá el vacío dogmático dejado por la relación jurídica de Seguro social tradicionalmente concebida.

No es tarea aquí la de construir y defender este sistema; hemos propuesto el estudio de la gestión y ello se agota estudiando su régimen jurídico; para conocerlo, sin embargo, voluntariamente partimos de aquella consideración sistemática; ese conocimiento explicará su sentido cuando se tenga en cuenta que el estudio está hecho en función del sistema jurídico anteriormente planteado. Así, pues, cuando estudiamos la gestión de la Previsión social estamos estudiando la relación jurídica (miembro del sistema tantas veces citado) entre el Estado y las entidades que se encargan de llevar a cabo la Previsión social (11).

3. LA MATERIA PROPUESTA

Ello supuesto, partir de los principios fundamentales de la ordenación jurídica de la Previsión social es inevitable, para después llegar a la ordenación concreta del régimen jurídico de que se trata. En nuestro intento (referido naturalmente al Derecho español) esta ordenación concreta se ha de detener fundamentalmente en la consideración de la Ley de Bases núm. 193/63, de

(10) Cfr. esta conclusión en BORRAJO: *Estudios jurídicos de Previsión social*, op. cit., página 125.

(11) Aun en el caso de admitir que tal solución fuera la común existente entre el Estado y entes públicos, su estudio sería necesario desde el punto de vista sistemático; además está admitido que el régimen jurídico de los entes en cuestión es totalmente anárquico, con lo cual aumenta el interés del estudio referido concretamente a los de previsión (cfr. PERSIANI: *Op. cit.*, págs. 87 y 110). Respecto del ordenamiento español vid. más adelante.

28 de diciembre; ello por razones obvias, de entre las que conviene destacar (aparte de su novedad y contenido innovador), el hecho de que en la Ley se hayan dado por vez primera criterios generales de sistematización jurídica que respondan al mandato dictado por nuestras leyes constitucionales. No hemos de excluir, sin embargo, el examen de la problemática actualmente vigente, pero sí dedicarle una atención complementaria.

II

LA GESTION DE LA PREVISION SOCIAL EN SU ASPECTO JURIDICO

Al referir el aspecto político social del problema que nos ocupa habíamos indicado cómo las tendencias dominantes respecto de la gestión de la Previsión social sólo servían para aclarar el por qué de su traducción jurídico-positiva; ésta es la que —decíamos— puede interesarnos aquí y ahora; y ella en definitiva no es sino el principio jurídico fundamental que condiciona el resto del ordenamiento (la norma constitucional en una palabra); a partir de ella, y necesariamente a partir de ella, es donde empieza la tarea del jurista. En concreto, hoy día se trata de saber qué postura adopta el Estado con respecto a la Previsión social.

I. LA PREVISIÓN SOCIAL COMO FUNCIÓN DEL ESTADO

Nuestro punto de vista parte de la observación de las Leyes Fundamentales que sin la más ligera duda atribuyen al Estado la función de actuar, lo que en conjunto se ha llamado Previsión social, y que no es ni más ni menos que la garantía para el individuo de «seguridad de amparo en el infortunio», considerada como «un derecho a la asistencia —que evidentemente se traduce a términos económicos e individualizados— en los casos de vejez, muerte... y demás riesgos que puedan ser objeto de Seguros sociales...» (12). Esta vinculación directa del Estado, que materialmente no puede ser puesta en duda (13),

(12) Declaración X Fuero del Trabajo, y art. 28 Fuero de los Españoles. La redacción de estos preceptos excluye el principio de subsidiariedad, formulado éste —como está— genéricamente. Cfr. el art. 29 del F. E. respecto de la actividad asistencial: la formulación es notablemente distinta y lo mismo de expresiva respecto del régimen jurídico que determina.

(13) BORRAJO, en sus citados *Estudios jurídicos de Previsión social*, pág. 96, afirma sin más, dándolo por sentado. Vid. al respecto MARÍA PALANCA: «La Seguridad So-

tiene un inevitable sentido jurídico con todas sus consecuencias; entre otras la de determinar el régimen general de nuestra previsión (14). Sin embargo, el mandato jurídico estricto de la norma programática no ha tenido ciertamente una satisfactoria aplicación desde que se impuso hasta nuestros días (15); la realidad histórica nos muestra un sistema que va evolucionando sin columna vertebral y que si va intensificando la acción del Estado no es porque ello responda a exigencias de una normativa aceptada (la constitucional), sino a exigencias materiales que curiosamente confirman ese audaz adelanto que el Fuero del Trabajo y el Fuero de los Españoles supusieran en su momento (16); así las cosas, se puede decir que el programa constitucional referido a la Previsión social no había sido satisfactoriamente (en términos jurídicos) actuado.

Es por ello fundamental la posición que al respecto adopta la Ley de Bases de la Seguridad Social, núm. 193/63, de 28 de diciembre, que puede ser calificada a nuestro modo de ver como la primera que contiene la actuación del mandato constitucional referido. A los efectos que aquí nos interesan hemos de señalar con respecto a ella, el punto neurálgico de la misma: la Previsión social es «función del Estado» y, en consecuencia de ello, se dicta un régimen jurídico general; «a través de la Seguridad Social el Estado español garantiza a las personas... protección adecuada en las contingencias y situaciones...» (Base preliminar núm. II); «Al Estado corresponde la ordenación, jurisdicción e inspección de la Seguridad Social» (Base preliminar III) (17).

cial en el Derecho constitucional español», en *Rev. Derecho Trabajo*, núm. 20, páginas 18 y sigs.

(14) Cfr. acerca del valor jurídico de las disposiciones de la Ley de principios fundamentales del Movimiento (*Síntesis de los que inspiran las leyes fundamentales*): J. CASTÁN: *Perspectivas filosófico-jurídicas del pensamiento contemporáneo y de la Ley fundamental española de 17 mayo 1958*, Madrid, 1958, pág. 64 especialmente. También FERNÁNDEZ MIRANDA, sobre el Fuero del Trabajo: «El Fuero del Trabajo y la Constitución del Estado español», en *Rev. Trabajo*, núm. 2, 1963, págs. 9 y sigs. El que la norma tenga carácter programático no indica nada en contra de su valor jurídico determinante, sino todo lo contrario. Cfr. PERSIANI, citando a CRISAFULLI, en *Il sistema giuridico della Previdenza Sociale*, op. cit., pág. 147.

(15) Su carácter programático y la deficiencia del control jurídico de la constitucionalidad de las normas han sido elementos determinantes en esta defectuosa aplicación. Cfr. GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. III, 1.º, Madrid, 1963, pág. 63.)

(16) La observación que resumimos ha motivado la idea de que las leyes fundamentales (El Fuero del Trabajo concretamente) están hoy día superadas. (Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO: «El Fuero del Trabajo y la Carta Social Europea», en *Rev. de Trabajo*, núm. 2, 1963, pág. 158); aparte la hoy dudosa superación en sentido jurídico, estimamos que no hay tal, antes bien se podría hablar de no satisfactoria aplicación del mandato. Cfr. ALONSO OLEA: *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, 1959, págs. 220 y sigs.

(17) Que la Previsión social es función del Estado es el motivo determinante de la

Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante sobre la Ley de Bases, queda señalado aquí el punto de partida jurídico y, por lo tanto, necesario a nuestro estudio: es el Estado (la colectividad organizada, no se olvide) quien asume —las razones aquí no importan— directamente la actividad que supone la Previsión social; ésta es función del Estado.

El problema así planteado tiene una obvia consecuencia: porque la normativa desemboca en una actividad estatal y ello se traduce en un problema de gestión. Si el Estado tiene como función la Previsión social, a él le corresponde gestionarla, que es tanto como decir actuar a la realidad el compromiso que le vincula.

Si pues ello es así, el primer dato jurídico con el que tenemos que contar es ése: el Estado y su función referida a la Previsión social.

2. ESTADO Y ENTES GESTORES; LA GESTIÓN DE LA PREVISIÓN SOCIAL

Comprometido el Estado en la tarea de la Previsión social, ello significa que tiene que desarrollar una actividad para asegurar esa garantía de amparo en el infortunio a la que el individuo tiene derecho; se trata de una actividad que se traduce en unas prestaciones económicas en determinados casos («contingencias» y «situaciones», dice la Ley de Bases). El problema es de este modo una cuestión referida a la actividad administrativa.

Sin embargo, la realidad ofrece un nuevo dato a nuestra consideración: el Estado no provee sino excepcionalmente a esas actividades de un modo directo (18); existen unas personas jurídicas encargadas concretamente de realizar la gestión que la Previsión social supone; son ellas las que en definitiva pagan las prestaciones que materializan el amparo en el infortunio, a la vez que son las encargadas de recaudar las cotizaciones propias de los regímenes de previsión. El problema, pues, se desplaza y se centra en la consideración de estas entidades, concretamente en la individuación de su carácter y sentido jurídicos. Si recordamos ahora el punto de partida, la posición que el Estado entiende asumir respecto de la Previsión social, podremos obtener una conclusión preliminar: las entidades en cuestión realizan un papel instrumental —ma-

mencionada Ley de Bases (Exp. de Mot., parte I, 1); es ésta la mejor interpretación que se puede dar a los preceptos de la Base preliminar, que reproduciremos más adelante.

(18) Es el caso de los funcionarios públicos por medio del sistema de clases pasivas; en España sólo parcialmente sucede así. Cfr. ALONSO OLEA y SERRANO GUIRADO, *La Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Madrid, 1957. Vid. el núm. 71 de la *Revista Documentación Administrativa*, dedicado al tema. El tema queda excluido, por tanto, de este trabajo.

terialmente— respecto de la actividad estatal (19); simplemente: el Estado por razones de oportunidad rehusa asumir de un modo directo su función y, en cambio la vincula a la estructura de unas entidades creadas a propósito.

Pero sólo si esta observación tiene una base jurídica concreta podrá ser admitida y estaremos autorizados a confirmar el punto de partida y, por lo tanto, la conclusión preliminar que hemos indicado; caso contrario, el carácter y sentido de las entidades a que nos referimos debe tener otra base distinta a la propuesta (20).

La existencia de unas entidades gestoras de la Previsión social con personalidad jurídica propia, que tienen poder de decisión sobre una materia determinada —como es la Previsión social, sobre la que el Estado ha puesto su garantía—, lleva a una conclusión lógica: estamos ante un supuesto de descentralización administrativa en sentido jurídico (21), y más concretamente sobre un supuesto de descentralización institucional (22); es la traducción jurídica de esas razones de oportunidad a las que antes hemos hecho referencia. Esto no agota satisfactoriamente el problema del sentido de las entidades gestoras, porque la descentralización «por servicios» no implica necesariamente aquella instrumentalidad de que hemos hecho mención (23). La doctrina ha individuado, partiendo de la distinción entre función y servicios, una figura

(19) Hablamos de instrumentalidad en sentido material, porque después el término adquirirá un sentido jurídico. Vid. *infra*.

(20) Concretamente su sentido se encontraría en la Previsión social entendida con base en intereses colectivos a los que el Estado, por el interés público daría un marco jurídico normativo, desentendiéndose de ello; todo ello, desde luego, supondría una falta de coherencia con el principio fundamental citado, cuya interpretación al menos tendría que variar, si se quería dejar intacta la juridicidad del ordenamiento concreto.

(21) Cfr. GARCÍA-TREVIJANO FOS: *Principios jurídicos de la organización administrativa*, Madrid, 1957, pág. 229, que señala las notas jurídicas de la descentralización; transferencia de poderes de decisión; creación de una persona jurídica distinta de la del Estado, que estas personas sean de Derecho público; existencia de una tutela sobre dichos entes descentralizados; «cuando se dan estas notas se produce la descentralización administrativa» —dice—. Veremos cómo aparecen cumplimentadas en el caso que nos ocupa.

(22) En contraposición genérica a la territorial. La doctrina normalmente habla de descentralización «por servicios». (Vid. por todos GASCÓN Y MARÍN: *Tratado de Derecho administrativo*, 17.^a ed., 1956, t. I, pág. 501.

(23) Piénsese en la descentralización que G. TREVIJANO denomina «corporativa» (página 231), que no implica, en razón del propio significado de los entes que la actúan, aquella instrumentalidad. Quedarse en este punto supone todo lo más poder hablar cuantitativamente —en base a un examen exegético de los entes y su régimen jurídico— de descentralización máxima o mínima (G. TREVIJANO, pág. 230) sin detenerse en criterios valorativos cualitativos.

que se viene a denominar «descentralización funcional» (24); se llega a concluir que el Estado, en determinadas ocasiones desplaza una «función» propia sobre un ente que en consecuencia se reviste de unas especiales características en lo que respecta a su estructura y en lo que respecta a su actividad: son —se dice— personas jurídicas públicas, creadas por el Estado, encuadradas en la Administración indirecta del mismo, cuyo soporte extrajurídico está basado en el deseo de dar agilidad a la actuación de los intereses estatales cuya estructura es formalmente fundacional), y que en razón de su actividad —indirectamente estatal, por cuanto que ella se agota en una función del Estado— están sometidas a un especial régimen jurídico que las vincula al Estado de un modo particularmente fuerte (25).

Es interesante observar en este punto que la doctrina concluye diciendo que «los entes que soportan la descentralización funcional deben ser considerados como una subespecie independiente dentro de los entes públicos (26); interesante, porque —cambiando lo que debe ser cambiado— tal subespecie podría ser identificada con la categoría de los «entes públicos instrumentales», recientemente individuados por la doctrina italiana (27), en cuanto que tal individuación se hace con la ayuda de unos caracteres jurídicos materialmente asimilables a las señaladas para la descentralización funcional; se podría, pues, decir que materialmente los «entes públicos instrumentales» soportan la «descentralización funcional» (28).

(24) Cfr. F. GARRIDO FALLA: *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, Madrid, 1950.

(25) Cfr. F. GARRIDO FALLA: *Op. cit.*, págs. 175 y 158-189 más concretamente.

(26) Cfr. *ibíd.*, pág. 175.

(27) Vid. V. OTTAVIANO: *Considerazioni sugli enti pubblici istrumentali*, Padova, 1959; PERSIANI, basa toda su construcción al respecto en la idea de OTTAVIANO (confróntese *op. cit.*, págs. 186 y sigs.). Fundamentalmente OTTAVIANO caracteriza el régimen jurídico de estos entes al establecer las siguientes características: son entes públicos; tienen un fin público que necesariamente deben cumplir; el Estado tiene la potestad de impartir directrices para la actuación del ente; se impone la aprobación preventiva de los presupuestos como medio para esta labor directiva; nombramiento de los entes titulares de los órganos directivos; el Estado puede inspeccionar la actividad del ente; éste debe rendir cuenta periódica de su actividad; en el colegio de síndicos que controla la actividad del ente hay un representante estatal o varios; existe la posibilidad de anular los actos ilegítimos realizados por el ente, a favor del órgano del que éste depende; existe la posibilidad de disolver los órganos directivos del ente; ... tienen una estructura fundacional... (OTTAVIANO: *Op. cit.*, *passim*)... «El ente que está en situación de supremacía, tiene identidad de intereses con aquel que de él depende y por ello puede fijar los programas para su actividad...» (págs. 34, 35).

(28) Decimos materialmente porque los puntos de partida de ambas disposiciones no coinciden, en cuanto que para OTTAVIANO ese es el ordenamiento jurídico (Estado-ordenamiento), y para GARRIDO el problema se plantea desde el punto de vista de la «ad-

Evidentemente estas figuras jurídicas traducen al Derecho la realidad que antes habíamos referido; ello, claro está, que partiendo de la base de que hemos partido; y todo dentro de un campo puramente dogmático. Admitida pues la base, la «instrumentalidad» de los entes y, por consiguiente, la instrumentalidad de la relación jurídica Estado-gestores, respecto de la Estado-sujetos protegidos, es la única explicación satisfactoria al respecto.

Procede, pues, intentar la investigación de la normativa concreta referida al supuesto de la gestión, para conocer la viabilidad de tal postura respecto de nuestro ordenamiento. La situación actual, a caballo entre un sistema llamado a desaparecer y las bases de uno nuevo, obliga a una doble consideración, dando preferencia cualitativa al segundo aspecto, en función del cual se estudia el primero.

III

LA GESTION DE LA PREVISION SOCIAL EN SU ORDENAMIENTO POSITIVO

Procede inmediatamente descender al estudio de los supuestos que nos ofrece la ordenación positiva de este aspecto de la Previsión social; los datos que se obtengan permitirán en su caso confirmar el planteamiento lógico hasta ahora elaborado; de cualquier modo este examen ofrecerá el significado que jurídicamente haya de reconocerse en la gestión de nuestro sistema. Para el buen orden de nuestro estudio proponemos la diferenciación sistemática entre el régimen actual y los principios contenidos en las bases de la nueva Ley de diciembre de 1963; dentro de ello diferenciamos las distintas entidades gestoras (29) y examinamos los puntos que el esquema lógico propuesto antes nos ofrece. Así, pues:

I. RÉGIMEN ACTUAL

Adelantando una observación que nos viene ofrecida por su general asenso, podemos fijar desde ahora el considerable confusionismo, fundamentalmente debido a una institucionalización a todas luces deficiente, de que adolece el complejo de nuestra Previsión social; es un dato que, si bien se debe colocar

ministración indirecta del Estado», presuponiendo la coincidencia administración pública y administración del Estado.

(29) Clasificamos éstos en cuatro grupos por lo que más adelante se dirá; Instituto Nacional de Previsión; regímenes especiales; Mutualidades laborales; entidades «colaboradoras».

al final de un estudio a ello referido, puede darnos, si lo admitimos aquí, el sentido de nuestra sistemática; sobre nuestra Previsión social pesa sobre el proceso histórico que ha experimentado, sin que en rigor puedan verse claras líneas jurídicas, básicas, determinantes; según se ha de ver, la evolución de la Seguridad Social parece obedecer a condicionamientos políticos exclusivamente, con olvido de la existencia de unos principios jurídicos fundamentales que debían determinar no sólo esa evolución —institucional esencialmente—, sino también la configuración jurídica de las realizaciones ya conseguidas antes que los mismos principios (30); creemos que nuestra previsión ha seguido líneas evolutivas básicamente oportunistas (políticas) despreciando un tanto las jurídicas. Y esto por lo que sigue.

A) *Sobre el carácter jurídico del I. N. P.*

El Instituto Nacional de Previsión, entidad que en su tiempo fué única de Previsión social obligatoria, reviste cabalmente las notas que la doctrina ha señalado para conocer la existencia de la denominada descentralización funcional: concretamente su existencia y actividad sirve de dato para conocer esa descentralización (31). En efecto: goza de personalidad jurídica pública distinta de la del Estado, tiene poderes de decisión sobre una determinada materia; su creación es estatal, está encuadrada en la organización general del Estado (32) y su régimen jurídico-administrativo está caracterizado con suficiencia por las fundamentales notas de la descentralización funcional (33). No

(30) Ello por un principio de seguridad jurídica. Cfr. *El Estado de Derecho y el Derecho del trabajo*, de PÉREZ BOTIJA, Madrid, 1958, págs. 50 y sigs.; «La seguridad jurídica en el Derecho del trabajo», de BAYÓN CHACÓN, en *Estudios al Profesor Pérez Serrano*, Madrid, 1959, pág. 75, t. II.

(31) Cfr. GARRIDO FALLA: *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, op. cit., pág. 156.

(32) Estas afirmaciones son constatables en la normativa correspondiente. Cfr. artículos 2.º y 3.º de la Ley 27-XI-1908 y arts. 3.º y 4.º de la Orden 24-I-1958 (Estatutos); artículos 1.º y 2.º de los Estatutos; art. 1.º de los Estatutos y 1.º de la Ley de 1908; artículo 1.º de los Estatutos, respectivamente.

(33) Una enumeración en este sentido sería fatigosa e inútil; sirva, pues, de ejemplo la composición exclusivamente heteronómica de los órganos directivos y las uniones «personales» (en la terminología de GARRIDO) que los Estatutos registran en el capítulo II. La potestad estatal de aprobar los estatutos de la entidad, que se configuran como un acto complejo en cuanto que a su elaboración, debida al ente mismo, se une la voluntad estatal aprobándolos. La adscripción de la entidad a un fin determinado; el control rígido sobre su actividad económica-financiera (aprobación de presupuestos, balances, memoria de actividades, control de inversiones) y jurídico-administrativa (in-

creemos que sea necesario detenerse, pues, en este punto, pues no hay problemas doctrinales al respecto; la unanimidad es un dato constatable. En consecuencia de ello no es debatida su naturaleza jurídica fundacional (34).

B) *Los regímenes especiales de Previsión*

Con posterioridad a la creación del I. N. P. y la implantación de los Seguros sociales «generales», la Previsión social ha ido ampliando su campo de acción protectora, en base a un elemento fundamentalmente subjetivo: la inclusión de nuevos sectores profesionales que antes no estaban protegidos o lo estaban defectuosamente. Esta evolución ha tenido naturales repercusiones institucionales, motivadas fundamentalmente por la existencia de unas particulares situaciones de hecho que aconsejaban la implantación de «regímenes especiales», y, naturalmente, «especialidades en la gestión» (35). De este modo han aparecido dentro del complejo administrativo de la Previsión una serie de organismos concretos referidos a los trabajadores agrícolas, los trabajadores del mar, los servidores domésticos, los trabajadores autónomos, los representantes de comercio y estudiantes (haciendo caso omiso aquí de su calificación como «profesionales») (36); junto a ellos, y a los efectos que aquí interesan, se debe mencionar al Servicio de Reaseguro de Accidentes de Trabajo (cuya naturaleza de organismo autónomo y su dependencia directa del Ministerio de

tervención de representantes del Ministerio de Hacienda, facultad del delegado general y presidente del Consejo de administración), etc. Cfr. Estatutos aprobados por O. M. de 24 enero 1958.

(34) Cfr. GARCÍA TREVIANO: *Principios...*, cit., pág. 231; BOQUERA OLIVER: «Recursos contra decisiones de entidades autárquicas institucionales», en *Rev. Administración Pública*, núm. 18, págs. 127 y sigs.

(35) La nueva Ley de Bases a la que nos referimos señala perfectamente la necesidad de estos regímenes especiales diciendo: «... actividades profesionales en que por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar, o por la índole de sus procesos productivos...» (Base III).

(36) Ello tiene la siguiente repercusión institucional concreta: Mutualidad Nacional de Previsión Social Agraria (D. 413/1961, 2 mayo y disposiciones complementarias); Montepío Nacional del Servicio Doméstico (D. 17 marzo 1959. O. M. 6 abril 1959...); Mutualidad Nacional del Seguro Escolar (L. 17 julio 1953; O. M. 11 agosto 1953...); Mutualidad Laboral de Trabajadores Autónomos (O. 30 mayo 1962; O. 6 agosto 1963); Representantes de Comercio (Vid. O. M. 15 febrero 1961); Montepío Marítimo Nacional (Estatutos, O. 13 octubre 1960); Mutualidad Nacional de Previsión de Pescadores de Bajura (O. 20 abril 1955; O. 23 julio 1958); Mutualidad de Accidentes de Mar y de Trabajo (O. 30 noviembre 1951); Mutua Nacional de Previsión del Riesgo Marítimo (R. D. G. P. 16 enero 1960); todos ellos integrados en el Instituto Social de la Marina. Por razones de espacio hemos prescindido de citas bibliográficas aquí.

Trabajo excusan de mayor detenimiento. Cfr. Orden 20-4-1961 que lo reorganiza). En realidad la consideración de esas entidades que nacen para la gestión de esos regímenes especiales pierde importancia a nuestros efectos cuando se observa que las mismas, por disposición de su normativa creadora quedan integradas estructuralmente en la organización de otras entidades (37), o bien se asimilan en su estructura y funcionamiento a otras (38); en este último caso su estudio se debe hacer al hacer el general de las mismas; en los otros casos la doctrina ha hablado de «descentralización parafundacional» o mejor de descentralización por servicios llevada a cabo por el ente que descentraliza funciones (39); en definitiva interesa hacer constar que estos entes tienen personali-

(37) Cfr. Mutua Nacional Seguro Escolar, en el I. N. P. (arts. 78, 79, 82 Estatutos); Mutua Nacional Servicio Doméstico (arts. 2.º y 4.º de los Estatutos) en el I. N. P.; la Caja Nacional del Seguro de Accidentes de Trabajo goza de personalidad jurídica y realiza su actividad dentro del I. N. P. (art. 105 R. A. T.); en el I. N. P. también funciona de este modo la Mutualidad de la Previsión (art. 1.º Regl. 10 septiembre 1929; artículo 1.º Regl. 23 septiembre 1948; arts. 1.º y 4.º del Regl. D. G. P., 24 octubre 1953).

Los Montepíos y Mutualidades marítimas se integran en el Instituto Social de la Marina, entidad dependiente del Ministerio de Trabajo y con carácter fundacional semejante al I. N. P.; se puede afirmar que entra en el ámbito doctrinal de la descentralización funcional (cfr. D. 23 mayo 1952, que reorganiza el I. S. M.). Sobre este aspecto vid. la exposición de DE LA VILLA: «La naturaleza jurídica del Montepío Marítimo Nacional», *Rev. Facultad Derecho*, Madrid, núm. 11, 1961, págs. 377 y sigs. Vid. la St. T. C. T. 20 junio 1961 sobre la naturaleza del Montepío Marítimo Nacional —comentada por VILLA— en el *B. O. M. T.*, octubre 1961, pág. 1162.

(38) La Mutualidad Nacional de Previsión Social Agraria está encuadrada entre las Mutualidades laborales (D. 23 abril 1959 y D. 2 marzo 1961, que contiene las bases económicas y administrativas de la Mutualidad; O. M. 21 junio 1961, Estatuto). Las Mutualidades de trabajadores autónomos son, asimismo, laborales. Los representantes de comercio gozan de un régimen dual como el de los trabajadores por cuenta ajena (O. 15 noviembre 1961).

(39) Cfr. GARCÍA TREVIANO: *Principios...*, cit., pág. 167 (que se refiere a las Cajas especiales del I. N. P.); la observación es, sin duda, aplicable a esos organismos de que hemos hablado (cfr. la posibilidad en GARRIDO: *Administración indirecta...*, cit., página 135, que la refiere a la creación de «establecimientos públicos»; los conceptos son aquí vacilantes); evidentemente, el ente gestor puede crear órganos, como «conjunto de competencias o atribuciones que tiene la posibilidad de imputar su actividad a la organización general de la cual forma parte» (GARCÍA TREVIANO: *Op. cit.*, pág. 72); creemos que este régimen es el aplicable a las Cajas nacionales; vid. concretamente St. T. C. T. 15 diciembre 1961 (*B. O. M. T.*, marzo 1962 págs. 504-505), en donde se estima que la demanda debe dirigirse contra el I. N. P. y no contra la Caja Nacional del Seguro de Enfermedad. (Vid. al respecto las observaciones de BORRAJO: *Estudios jurídicos de Previsión social*, cit., pág. 103, nota 249; cfr. la exposición de UCELAY: *Previsión y Seguros sociales*, Madrid, 1955, pág. 504; la obra es anterior a la reorganización del Instituto Nacional de Previsión, 1957-58.

dad jurídica propia distinta de la del ente en el que se encuentran integrados, que tienen fondos propios y administración propia y que realizan de un modo autónomo la gestión del servicio que se les encomienda; sin embargo, la gestión del régimen especial está siempre referida a la entidad que podríamos llamar «primaria» (40); esa remisión en definitiva condiciona el establecimiento de su régimen jurídico interno (entidad «primaria»-entidad «especial») que reproduce en cierto modo y siempre respecto de la misión concreta que se le haya encomendado, el régimen jurídico de controles —adscripción a un fin, poder de disposición sobre una determinada materia, «uniones personales», cargos directivos, etc.— existente entre la entidad primaria y el Estado. Si, pues, ello es así, nuestra investigación, teniendo conciencia del fenómeno, debe hacer también la correspondiente remisión, fijándonos concretamente en el régimen jurídico de las entidades gestoras «primarias» (41) o en general de las entidades de esa misma calificación jurídica (Mutualidades laborales).

(40) Por ejemplo, arts. 78-82 de los Estatutos de la Mutualidad Nacional del Seguro Escolar. Generalmente en estos casos, y quizás por su base subjetiva de extensión, se registra una participación considerable de los interesados, de otras entidades públicas o privadas que tienen conexión con ese ámbito subjetivo y del Estado a través de otros órganos que no son el Ministerio de Trabajo (ejemplo: el Jefe del S. E. U., Subsecretario del Ministerio de Educación Nacional, representantes de las Universidades, etc., en el Seguro escolar). La participación de los mismos no autoriza a hablar de corporación; en el caso de intervención estatal, se trata de un nuevo sistema de nombramiento de órganos directivos o miembros de órganos rectores colegiados; en el de los miembros «representativos» (que también existen en el I. N. P. —cfr. art. 4.º del O. 14 junio 1957—, aunque el procedimiento sea designación y no elección) se trata de un procedimiento habilitado para que los afectados por la actividad del ente puedan participar en la orientación de la misma; en todo caso su actividad se imputa al ente y éste sigue siendo público y —en razón de su fin— soportando una «descentralización de segundo grado».

(41) Respecto a las entidades de Previsión social marítima la referencia habrá de ser entendida al Instituto Social de la Marina, organismo que tiene las características propias de los que soportan la descentralización funcional según se ha dicho. Las entidades con actividad referida a la Previsión social que dentro de él funcionan podrían considerarse resultantes de ese fenómeno señalado en el I. N. P. La St. T. C. T. de 1961, antes citada, niega su carácter de Mutualidades laborales y el régimen jurídico que se les señala (cfr. el comentario de DE LA VILLA antes citado); por supuesto, que no son Mutualidades «libres». Su régimen jurídico propio reproduce en lo esencial el de las entidades especiales integradas en el I. N. P.

C) *Sobre las Mutualidades laborales* (42)

Nuestro sistema se complica al desdoblarse la protección propia de la Previsión social por causa de la existencia de una serie de entidades (Mutualidades laborales en la terminología normativa) que realizan una actividad «complementaria» respecto de la general (I. N. P.) y que en principio parecen tener una base profesional que determina su denominación como Mutualidades. Procede investigar el sentido jurídico que reviste este segundo sistema de previsión; para ello seguimos el esquema propuesto anteriormente, pues intentamos confirmar lo que de él se desprende doctrinalmente. Acerca de la cualificación pública a dar a la personalidad jurídica de las entidades mutualistas no parece que haya dificultad; en efecto, los criterios doctrinales propuestos (43) se acomodan suficientemente a la normativa referida a estas entidades y la doctrina es prácticamente unánime al respecto (44). Por su parte, el dato de una creación estatal es evidente y no requiere mayor detenimiento que la simple lectura de la norma (45), norma que, además, se cuida de delimitar el ámbito del poder de decisión de las Mutualidades (adscribiendo su actuación a un fin expresamente determinado) y que expresa la adscripción de las entidades a un órgano estatal (46).

(42) Para la elaboración de esta parte se ha contado con el trabajo de MEILAN GIL: *El Mutualismo laboral*, Madrid, 1963, que por su amplitud y novedad puede servir como elemento de guía para un intento como el nuestro, que no intenta agotar bibliográficamente el campo de observación.

(43) Sin entrar en la validez de esos criterios, se hace constar que tanto el criterio de la tutela de GARRIDO, vid. *Tratado...* vol. I, pág. 297, como el de la forma de GARCÍA TREVIANO: *Principios...*, cit., págs. 149, como los resumidos por BOQUERA: *Recursos...*, cit., págs. 145-146, en lo esencial tienen confrontación en estas entidades.

(44) Vid. un resumen en MEILAN GIL: *Op. cit.*, págs. 287 y sigs.; vid. la opinión de BAYÓN, allí recogida, en parte, discordante de la general. ALONSO OLEA decide su opinión en favor de que sean «corporaciones de Derecho público»; no sabemos con qué carácter de amplitud emplea el término, pues esta expresión se ha usado generalmente para designar las personas de Derecho público, y después, en otro sitio, el mismo autor las define como «organismos autónomos» (cfr. *La reclamación administrativa previa*, Sevilla 1961, pág. 113, nota 88) término legal que tampoco es decisivo; MEILAN las califica como «públicas no estatales» (cfr. pág. 299).

(45) Cfr. D. de 10 agosto 1954, art. 1.º «creadas o reorganizadas por el Ministerio de Trabajo en virtud de las facultades que le confiere la Ley de 16 octubre 1942...».

(46) Cfr. art. 1.º del D. citado «... con objeto de proteger a los trabajadores por cuenta ajena contra riesgos previsibles...»; en el preámbulo se dice: «... creadas para prestar un servicio público de la importancia y trascendencia que reviste la Previsión social obligatoria...»; art. 1.º del Reglamento general: «el Mutualismo laboral es un sistema de Previsión social obligatorio...» (cuando el art. 2.º habla de «mutualistas...» se refiere

El régimen jurídico a que se sujetan tales entidades está expresamente previsto en el Reglamento general, y se traduce en lo que aquí nos interesa en típicas manifestaciones de una tutela que materialmente se puede calificar de «férrea» (47); calificativo que en lo jurídico encuentra sentido recordando que el ente ha sido creado por el Estado y que los fines del ente no son propios sino que son los del Estado (la Previsión social); el Estado ha creado con la personalidad jurídica concedida a la Mutualidad un centro de imputación de relaciones (48) para la consecución de un fin que le es propio y que no puede desplazarlo de un modo definitivo; ese centro de imputación actúa para unos fines que coinciden con los del Estado; sus fines en definitiva le son asignados por el Estado. Precisamente por ello la actividad del ente en cuestión está sometida a ese control «férreo»; el Estado no puede limitarse a crear la persona; no puede desinteresarse de su actividad, pues a su través se está actuando una función de la que él es responsable directo, y, en consecuencia el Estado establece peculiares lazos de tutela (49). El Estado interviene inmediatamente después de la creación del ente, aprobando sus estatutos y determinando expresamente el contenido de los mismos (50). El Estado va más allá, nombrando los titulares de los órganos directivos (51) y determinando la composición de los órganos de gobierno (52). Está claro que los órganos de gobierno registran la participación de miembros que no son designados sino elegidos por los mutualistas; ello, sin embargo, no afecta a lo antes dicho, pues de la investigación del carácter de la actividad asignada a esos miembros ele-

a sujetos protegidos). Y la Previsión social es fin del Estado si queremos hacer caso a los principios fundamentales. La adscripción al Ministerio de Trabajo consta en el artículo 3.º del R. G. M. L. y arts. 1.º 2.º y 3.º del D. 10 agosto 1954 (*El servicio de Mutualidades es órgano del Ministerio*, cfr. MEILAN: *Op. cit.*, pág. 316).

(47) La expresión es de GARRIDO FALLA. Es curioso comprobar que este calificativo está más o menos indirectamente repetido por MEILAN, que al estudiar el régimen jurídico de estas entidades, manifiesta su protesta constante, porque las funciones y actividades de los entes están estrictamente controladas, cuando a su juicio debían pertenecer a los miembros electivos («democráticos») de los órganos de gobierno. Toda la construcción de MEILAN está determinada por esa posición de origen —que desprecia la expresión directa de los principios fundamentales respecto de la Previsión social como fin directo del Estado—; su posición le lleva a tesis que tienen que aceptar «quiebras» y «principios oscuros» (cfr. concretamente págs. 306, 307, 308, *op. cit.*, al hablar del carácter no estatal de las Mutualidades).

(48) Vid. M. PERSIANI: *Il sistema giuridico della Previdenza sociale*, *op. cit.*, página 184.

(49) Esta es la razón de toda la tutela que describe MEILAN, págs. 296 y sigs., *op. cit.*

(50) Arts. 5.º y 6.º R. G. M. L.

(51) Arts. 228, 269 R. G. M. L.

(52) Arts. 189 (número de miembros y proporción), art. 211 (vocales natos) R. G. M. L., en general Sección II y III del cap. V del R. G. M. L.

gidos se deduce claramente su carácter secundario (53), siendo lógico deducir que su actuación obedece a que el Estado, considerando la naturaleza de la función que cumplen tales entidades (complementaria, de base profesionalizada y orientada por el deseo dar máxima participación a los sujetos afectados por el resultado de su función de previsión), ha estimado oportuno compatibilizar el cumplimiento de una función que le es propia con la participación de los afectados por las medidas en concreto. Su actuación es siempre la de una especie de dictamen, «un juicio sobre el modo de elegir los miembros directivos» (54), y en el caso de la actuación de los elegidos, tal actuación supone el «reconocimiento de una cierta autonomía a los interesados» que, sin embargo, no desvirtúa el carácter del ente (público-estatal) del cual los órganos colegiados son parte estructuralmente (55). En cualquier caso ello queda demostrado cuando se tiene en cuenta que la realidad jurídica demuestra que las funciones ejecutivas corresponden a los directores de las Mutualidades o a los delegados provinciales y que tales funciones priman sobre las posibles facultades de los órganos colegiados (56). Por otra parte, y en este mismo sentido, resulta aleccionador comprobar que los vocales electivos de los órganos de gobierno pueden cesar por decisión del Director general del Servicio de Mutualidades laborales (57). Asimismo la actividad del ente gestor mutualista está sometida evidentemente a la tutela «férrea» de referencia; la actividad jurídica de los entes mutualistas está fiscalizada jurisdiccionalmente por el órgano tutelador, cabiendo siempre el sistema de recursos administrativos contra los resultados de aquella actividad (58). La actividad económica del ente mu-

(53) Cfr. la crítica de MEILAN (págs. 297-298) que ve este carácter secundario y no lo admite por coherencia con los principios de que parte.

(54) Juicio que se expresa a través de la Organización Sindical (art. 191 R. G. M. L.).

(55) Vid. este supuesto en el ordenamiento italiano. PERSIANI: *Op. cit.*, págs. 191 y 192. Recuérdese que si bien la Previsión social es un fin público (del Estado), su consecución tiene lugar cuando se garantiza a los individuos protegidos el mínimo vital (la «protección adecuada») en los casos de necesidad, con lo cual hay una cierta coincidencia del interés público y el privado.

(56) El Director o el Delegado provincial pueden suspender los acuerdos de los órganos de gobierno.

(57) Art. 201 R. G. M. L. En todo caso la Mutualidad puede ser disuelta por el Ministro de Trabajo a propuesta del Delegado Nacional (art. 3.º del D. 10 agosto 1954 y 262 R. G. M. L.). Las competencias de este último como director del órgano encargado de la creación, orientación y tutela de las Mutualidades son francamente significativas (art. 262).

(58) Cfr. MEILAN: Cap. VIII y referencias bibliográficas *ib. cit.* No es admisible la observación de la no estatalidad de las Mutualidades en base a que no cabe recurso contencioso-administrativo contra las decisiones sobre prestaciones de los órganos de gobierno (pág. 306); ello también ocurre con el funcionamiento del I. N. P. y el autor

tualista está estrictamente controlada por el órgano tutelador: la fijación de las cuotas, la aceptación de herencias y legados, el plan de inversiones, el establecimiento de reservas, los presupuestos, la aportación para los gastos de las delegaciones, la cesión de anticipos, etc.; todo está sometido a un régimen heteronómico clarísimo que se actúa de un modo directo o indirecto (59). El órgano tutelador tiene amplias facultades interventoras (60), el funcionamiento burocrático de las entidades es directamente heteronómico (61); finalmente, la actividad de las Mutualidades está sometida al régimen de inspección general que el Ministerio de Trabajo realiza sobre las actividades de la Previsión social, a más de una inspección especializada que funciona dentro del órgano tutelador: la Inspección Nacional del Mutualismo laboral (62). Por otra parte, es interesante anotar el carácter jurídico que representa la Caja Nacional de Compensación y Reaseguro de las Mutualidades laborales, institución de previsión laboral y fondos propios, integrada en el Servicio de Mutualidades laborales y que representa —en el campo jurídico decimos— el germen de disolución de aquella base profesional que —aunque discutida— hay que reconocer a la previsión mutualista. Aunque en el aspecto material suponga bastante poco, en lo jurídico viene a representar la superación heteronómica del fraccionamiento de la solidaridad nacional que las mutualidades profesionales suponen; en el aspecto jurídico, repetimos, su existencia indica la existencia de una quiebra en ese principio de base profesional; roto el principio, su importancia material es completamente secundaria a nuestros efectos (63).

La caracterización de la naturaleza jurídica de las Mutualidades como corporación es, después de lo examinado, de poca importancia, y, a la vez, creemos que de relativa sencillez. La doctrina ha venido haciendo incapié en carácter público, utilizando después expresiones relativamente difusas (64). En la actuali-

admite que éste si es entidad estatal en base a la Ley Regl. Org. Min. I. (cfr. pág. 316). El problema en cuestión está explicado en ALONSO OLEA: *La materia contenciosa laboral*, Sevilla, 1959, págs. 96 y 97 (vid. también *La reclamación administrativa previa*, del mismo autor, cit.). Por otra parte el autor mismo expone el juego del recurso contencioso-administrativo en el Mutualismo laboral, aunque su justificación no es convincente (cfr. pág. 307) (cfr. la St. 10-IX-1960, T. S., explicando la procedencia del recurso contencioso respecto de los actos del I. N. P.).

(59) Vid. cap. IV del R. G. M. L. Cfr. D. 2382/63, 7 septiembre sobre inversiones de las instituciones de Previsión social.

(60) Arts. 180-184 R. G. M.

(61) Art. 262, 9.º, R. G. M. L.

(62) Cfr. la exposición de MEILAN, pág. 343 y sigs.

(63) Cfr. O. 8-XII-1960. El art. 1.º señala como fin de la Caja «contribuir a la estabilidad financiera» de las Mutualidades; cfr. concretamente el apartado i) del art. 2.º

(64) La calificación de las entidades como organismos autónomos, admisible desde un punto de vista material, puesto que la ley excluye expresamente de su regulación (ar-

dad el criterio de distinción entre corporaciones y fundaciones se ha desplazado hacia una consideración que prescinde de la voluntad constituyente de la personalidad para centrarse en el efecto de esa voluntad, es decir: el ordenamiento que a la personalidad creada es impuesto. En este sentido, carácter de la corporación sería la existencia de un órgano en el que puedan participar directa o indirectamente —a través de elección de representantes— los que se benefician de la acción del ente; la corporación indicaría la existencia de un *principio de autogobierno* (65). Si, pues, éstos son los caracteres de la corporación, las Mutualidades laborales no lo son, pues ya se ha visto el sentido jurídico que hay que dar a la intervención de los particulares interesados. En realidad, puesta la visión del problema en el ordenamiento del ente, su estructura fundacional o corporativa es resultado del mismo y no lo condiciona en absoluto, por lo cual no se puede decir que el carácter fundacional de las personas jurídicas en cuestión condicione su capacidad para soportar la descentralización funcional, aunque *a posteriori* sea ello un dato comprobable; en definitiva esta idea es la que preside la investigación de Garrido Falla, pues su observación se centra en la ausencia de un *substratum* en la personalidad del ente sobre el que pesa la descentralización funcional, el cual supone —y ello sólo el ordenamiento es capaz de demostrarlo— simplemente la personificación de una función que es típica estatal (66). Por su parte, las notas que el mismo Garrido afirma para las corporaciones públicas, no pueden ser observadas en las Mutualidades si consideramos que el interés que persiguen es estatal, público y no colectivo —aunque la organización se haga a base profesional, y que su creación, organización y actividad está directamente determinada por el ordenamiento que les dicta la voluntad estatal constituyente (67).

Si, pues, todo ello es así no creemos que haya dificultad para, jurídicamente, calificar la actuación de las Mutualidades como un supuesto de des-

título 5, c), de la Ley 26-XII-1958) no tiene demasiado interés, aunque desde luego es un dato a tener en cuenta.

(65) Cfr. OTTAVIANO: *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, 1960, páginas 124-126. La adopción de este criterio disipa considerablemente las dudas sobre entes de dudosa calificación (cfr. GARCÍA TREVIANO: *Op. cit.*, pág. 164; BOQUERA: *Op. cit.*, páginas 138-139), pues la duda proviene de aceptar el *substratum* de la personalidad como elemento caracterizador; así se habla de corporaciones de base fundacional y fundaciones de base corporativa.

(66) Cfr. GARRIDO: *Op. cit.*, pág. 131.

(67) Cfr. GARRIDO: *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, págs. 301-304. Prescindiendo del elemento material (*substratum* de la personalidad), la caracterización de este autor de las personas jurídicas fundacionales coincide con nuestro intento, mientras que la corporación (personas jurídicas de carácter asociativo, formadas por personas a las que son comunes unos intereses) no encaja, puesto que el interés de que aquí se trata es el estatal.

centralización funcional, es decir, una actividad instrumental respecto de las funciones estatales de Previsión social, que explica la caracterización de la relación «Mutualidades-Estado», como instrumental respecto de la «Estado-sujetos protegidos».

A pesar de todo ello el fenómeno es anómalo, pues desde un plano lógico no se encuentra sentido a que el Estado, para la consecución de los fines que directamente tiene asignados, personifique entidades diversas con una regulación relativamente análoga en lo que al régimen jurídico se refiere, que cubre campos de acción, en parte coincidentes, y desde luego complementarios, y que sus fines a fin de cuenta son los mismos y están referidos al fin general de Previsión social del Estado (68). Entraríamos por ese camino en la investigación de las causas y del sentido de tal fenómeno, lo cual nos llevaría a consideraciones histórico-políticas que en este lugar no pueden interesarnos.

D) *La gestión a cargo de otras entidades*

Los resultados positivos hasta ahora conseguidos no son suficientes por lo siguiente: nuestro ordenamiento conoce aún la gestión de parcelas de la Previsión social a cargo de particulares, por lo cual su calificación como materialmente «instrumentales» en la actividad gestora de referencia se hace imposible; se trata concretamente de las compañías mercantiles de seguros respecto de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, de las mutuas patronales para eso mismo, las Cajas de Empresa, las compañías y mutuas mercantiles autorizadas, así como las mutuas e igualatorios igualmente autorizados respecto del Seguro de Enfermedad, y fundamentalmente las empresas en lo referido al *plus familiar*; la *organización sindical* (O. S. 18 Julio) en lo referente a enfermedad, es decir, con carácter general las entidades, mercantiles o no, que se califican de colaboradoras (69) respecto de la gestión de la Previsión social. Todo ello supone, evidentemente, una quiebra en el sistema que se venía delineando y, por supuesto, una incoherencia respecto de la legislación

(68) Vid. nota núm. 45. Vid. el juicio de BORRAJO en *La Seguridad Social* (separata de *El Nuevo Estado Español*, 1961), pág. 667, sobre el significado del Mutualismo; «superposición de instituciones que persiguen un mismo fin...». Cfr. también ALONSO OLEA: *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, 1959, pág. 185.

(69) Cfr. su configuración y actuación jurídicas en ALONSO OLEA: *Instituciones*, cit., capítulos correspondientes. Debe considerarse en este lugar los Montepíos del Servicio Doméstico, autorizados por el art. 2.º de los Estatutos del Montepío (O. 6 abril 1959). Nos detenemos en las entidades privadas especialmente; la intervención sindical lleva consigo numerosos problemas derivados de su especial naturaleza, aunque materialmente se podría considerar —a nuestros efectos— como privada (no estatal) su gestión.

fundamental; su existencia y actuación se justificaría caso de que la legislación fundamental se hubiera limitado a disponer la disciplina legislativa respecto de la Previsión, eludiendo el compromiso directo. Evidentemente, la actuación de esas compañías o entidades no puede ser asemejada al esquema que habíamos propuesto; el control que el Estado ejerce sobre ellas no es la consecuencia de una descentralización funcional, sino que obedece, en unos casos, al régimen de «conciertos» que se señala (por ejemplo, últimamente en el servicio doméstico) (70), conciertos que encontrarían base en las deficiencias de los primeros pasos de la Previsión social estatalizada, que una vez superadas debieron —y no lo hicieron— acabar con el régimen típicamente transitorio que el concierto supone (71). En otros casos —accidentes y plus familiar— el fenómeno no es siquiera de concierto, y el control estatal sólo se justifica porque siendo la función del privado de interés público, es necesaria su existencia.

En consecuencia, la actividad de los privados en la Previsión social quiebra el esquema que intentábamos, impidiendo la total configuración «funcionalista» o «instrumental» de la descentralización que la gestión debía suponer; sin embargo, ésta es totalmente aceptable respecto a la llamada Seguridad social «general» y creemos que también respecto de la profesional o complementaria. En principio hay una contradicción con referencia a los puntos básicos de nuestro ordenamiento; contradicción que no es total, puesto que el I. N. P. y la Seguridad social complementaria responden a ellos (salvado lo extraño de la dualidad de régimen), sino parcial en cuanto que el sistema admite este modo de regular la gestión de la previsión, que no es ni más ni menos que el característico de la época doctrinalmente anterior: predisposición exclusiva de una disciplina legal referida a la actividad de referencia.

(70) La calificación como «concierto» de ese fenómeno no es clara. PÉREZ BOTIJA alude a la configuración de estas entidades como «concesionarias de un servicio público» (cfr. *La Seguridad Social como servicio público*, Madrid, 1954, págs. 5-6). Desde luego esta actuación cabe mejor en la figura de la concesión de servicios públicos que en la de concierto (ésta, por ejemplo, es la figura aplicable al supuesto previsto en el número 26 de la nueva Ley de Bases referente a los internamientos hospitalarios) (confróntese sobre la concesión, GARRIDO FALLA: *Tratado...*, cit., pág. 360, vol. II). La doctrina diferencia entre concesión y «servicio de interés público»; en cualquier caso y no nos interesa aquí la calificación exacta, sino constatar que la Previsión se lleva a cabo por particulares, con mayor o menor control estatal.

(71) Su actuación como colaboradoras simplemente, podría salvar desde luego la coherencia del sistema, montado, según se ha visto, sobre bases radicalmente distintas; de todos modos el régimen de las aseguradoras de accidentes de trabajo y de las «colaboradoras» en el Seguro Obligatorio de Enfermedad, dista mucho de ser una simple colaboración, al igual que el régimen del Plus Familiar (cfr. la St. T. S. 25 octubre 1960, en donde se afirma que las comisiones del Plus no son organismos mandatarios ni agentes de la Administración Pública).

2. LAS DIRECTRICES DE LA NUEVA LEY DE BASES Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS

A) *La Previsión social y la actividad estatal*

Habíamos dicho al principio que motivación de este estudio era la aparición de una nueva Ley de Bases fundamental para nuestra materia. Procede, pues, investigar las consecuencias de los principios que tal Ley contiene en referencia a nuestro campo de observación. Parece en principio que la nueva Ley es la primera que de un modo sistemático se empeña en la tarea de salvar el mandato que para el legislador contienen las normas fundamentales (programáticas) de nuestro ordenamiento jurídico; y ello por el contenido combinado de los puntos I y II de la Base preliminar en los que se entronca expresamente la ley con los principios fundamentales del ordenamiento (I), y en consecuencia el legislador vincula al Estado español —por medio de la «Seguridad social»— en la tarea de garantizar a los sujetos protegidos una «protección adecuada» en las contingencias, etc.; es decir: de un modo tajante, con con valor jurídico estricto y respondiendo, pues, a un mandato jurídico fundamental, se ha atribuido al Estado el deber de realizar la Previsión social. No creemos que hoy pueda ser puesta en duda o minimizada en base a su carácter programático la validez jurídica de esa vinculación directa del Estado. La Previsión social es función del Estado (72) y su consecución es fin público, el cual se satisface satisfaciendo el derecho de los protegidos a la protección en los casos concretos (73). De ahí tiene que partir toda evolución posterior.

El sentido de esa afirmación con valor jurídico no es sino éste: la colectividad toda participa indiscriminadamente en la tarea de realizar la Previsión social, vista la imperfección e insuficiencia de cualquier otra clase de medidas a ello referentes.

En principio puede parecer extraño que a la vez de esto se declara que se garantiza la real y efectiva participación de los interesados en la gestión y que se otorguen funciones a la Organización Sindical (Base preliminar I B,

(72) La Exposición de Motivos justifica en ello la iniciativa de la reforma. En el proyecto de ley el número II de la Base preliminar contenía una declaración expresa en este sentido; su supresión no ha tenido trascendencia y quizás haya sido conveniente porque una ley tiene que regular relaciones y no definir.

(73) La expresión conjunta de los números I y II de la Base preliminar permite configurar el interés de los particulares protegidos como un derecho auténtico, lo cual estaba ya recogido por las Leyes fundamentales.

II, 3); el hecho material de esta participación no supone quiebra en el principio, siempre que tal participación sea consecuente con aquellos principios básicos (a ello nos referiremos más adelante).

B) *Los organismos gestores de la Previsión social*

Si pues queda de una vez claro lo anterior, debe quedar claro el sentido materialmente instrumental de la existencia de unos entes gestores; el Estado prefiere crear unos «centros de imputación» con personalidad jurídica distinta al mismo y desplazar sobre ellos una función que es suya y que le compromete respecto de los particulares protegidos (74); si ello es así, evidente resulta la necesidad que la ordenación concreta —que venga a actuar la ley— a ello se atenga, y claro está que si aquél es el principio (Base preliminar), haya pie para pedir una cierta coherencia de las bases concretas respecto de éste; a ello nos vamos a referir inmediatamente. Procede antes realizar unas observaciones sobre los entes en cuestión.

La Ley de Bases señala como entidades gestoras de la Previsión social al Instituto Nacional de Previsión y a las Mutualidades laborales, expresando después que para los regímenes especiales serán entes gestores «los creados en las disposiciones que los regulen» (Base XVII, núm. 69); más tarde (núm. 72) se señala la posibilidad de que las empresas intervengan en la gestión y (número 73) la posibilidad de que Mutuas patronales intervengan en la gestión del régimen de accidentes de trabajo. Se debe contar, por otra parte, con la intervención de la Organización Sindical, que en ningún caso podrá llamarse ente gestor, pues el núm. 69 le asigna una misión colaboradora que coincide, por lo demás, con lo señalado en el núm. I de la Base preliminar al remitirse a la Declaración XIII del Fuero del Trabajo (75). Por su parte, la intervención de las organizaciones sanitarias colegiales en el régimen de asistencia sanitaria y de entidades hospitalarias públicas o privadas (Base VI, núms. 20 y 26) no

(74) La Exposición de Motivos define como «técnicas y políticas» las causas que aconsejan la subsistencia de entidades gestoras; su reajuste se debe a la nueva base legal. Claro está que el Estado podría cumplir —jurídicamente— su fin por medio de un órgano propio.

(75) La actividad de la Organización Sindical es colaboradora puramente en este aspecto y generalmente se configura en la ley como consultiva (ej. núm. 76); en otros casos su colaboración es la de servir de cauce a la representación privada de los órganos de gobierno de los entes gestores (núm. 75, por ejemplo). La intervención de la Organización Sindical como colaboradora propiamente en la gestión puede ser dictada por el Estado discrecionalmente (núm. 69).

es de gestión, sino de colaboración propiamente dicha, siendo imputable su actuación en definitiva a la entidad gestora con la que colabora.

Las razones «técnicas o políticas» que han aconsejado la multiplicidad en la gestión podrán satisfacerlos o extrañarnos, pero en ningún caso han de condicionar la interpretación de la normativa al respecto, normativa que es al única que dará el carácter jurídico a la gestión de la Previsión social. Respecto de ésta, y con carácter general, una observación debe ser hecha: ha desaparecido el hasta ahora vigente régimen complementario obligatorio (76); existe un régimen de Previsión social y una multiplicidad de entidades para gestionarlo. Ello es de trascendental importancia por lo que se refiere a las Mutualidades laborales, puesto que eliminado el régimen complementario se elimina la gestión como es obvio, y en consecuencia los entes encargados de ello, que subsisten, renacen con un sentido diferente, o mejor con una actividad que sigue siendo instrumental, pero que deja atrás todos los caracteres de complementariedad que los envolvían; de este modo desaparece la extrañeza que antes manifestábamos al observar la existencia de los regímenes independientes para la consecución de un fin unitario estatal, existencia que se explicaba aludiendo a la complementariedad de uno de ellos, lo cual daba pie en cierto modo para sustentar la existencia de un segundo régimen de Previsión que el que el Estado entendía cumplir su fin predisponiendo solamente una disciplina legal (duplicidad realmente insólita si se pudiera admitir). No existe, pues, complementariedad posible y hoy no cabe sino referir a las Mutualidades una parte del fin estatal pura y simplemente; problema será el de la oportunidad de esta disociación en el medio para el fin, pero ello no es de nuestro actual interés; sólo podemos comprobar que su base está en razones «técnicas y políticas», según la exposición de motivos. Esta innovación obliga a reafirmar la necesidad de sostener la configuración del régimen jurídico —y en consecuencia su carácter— de los entes mutualistas, necesidad que la Ley entiende así cuando ordena que *todas* (el régimen que se establece es general) las entidades gestoras «quedan bajo la dirección, vigilancia y tutela del Ministerio de Trabajo para el cumplimiento de los fines señalados en la presente Ley (Base preliminar IV); a ello nos vamos a referir inmediatamente.

C) *Principios de la ordenación del régimen jurídico
referido a la gestión*

La declaración de la Base preliminar IV está reproducida en el núm. 69, que encabeza la base dedicada a la gestión; junto a ello habría que mencionar el núm. III de la preliminar, en la que se otorga al Estado la ordenación, juris-

(76) Cfr. núms. 9 y 70 Ley de Bases.

dicción e inspección de la Seguridad social (77). Son los principios de la ordenación de la actividad administrativa de la Previsión social, que el núm. 69 de la Ley encomienda a «Entidades gestoras con plena capacidad jurídica y patrimonial...». La investigación de su sentido y de las manifestaciones al respecto contenidas en la Ley es lo que ahora proponemos.

El dato del que hay que partir es la existencia de unas entidades creadas por Ley, encuadradas en la Administración estatal, adscritas a un fin determinado, con personalidad jurídica distinta de la estatal, con poderes de decisión sobre una materia determinada, con personalidad jurídico-pública (78) y sometidas a la «tutela» del Estado. Su sentido jurídico se encuentra en los números II, III y IV de la Base preliminar; en su consecuencia, «los poderes que correspondan a las entidades gestoras se ajustarán a lo establecido en la presente Ley...» (IV), y si ello es así, tales poderes tienen que ajustarse al principio básico (II) que vincula directamente al Estado respecto de la materialización de la Previsión social; consecuencia de lo cual es el poder que el Estado tiene para suspender o modificar esos poderes de las entidades (IV); el Estado, pues, crea unas entidades gestoras y las sujeta a sus directrices simplemente porque a su través va a llevar a cabo la misión que constitucionalmente le ha sido encomendada. En consecuencia se dicta su régimen jurídico, el cual ha de responder —se trata ahora de verlo— a ese sentido instrumental que la actividad de estos entes reviste.

El Estado crea las entidades gestoras: Mutualidades (Base XVII, 74), I. N. P. (al que no se refiere directamente, lo cual no impide esta consideración) (79) y otros entes gestores especiales que se dejan a la determinación del Ministerio de Trabajo núm. 69). La adscripción a un fin determinado es particularmente expresa respecto de las Mutualidades (núm. 74: «para el cumplimiento de los fines que les correspondan como entidades gestoras de la Seguri-

(77) El proyecto decía en el núm. IV: «Todos los organismos... quedan bajo la directa dependencia...»; y en el núm. III se incluía la «regulación», organización administrativa, jurisdicción e inspección... La reforma no ha mejorado la ley, y, en definitiva, el contenido no ha cambiado según se ha de ver.

(78) También aquí cualquier criterio doctrinal llega a idénticas conclusiones: la naturaleza pública de los entes.

(79) En efecto: mientras que la ley se refiere a la creación de entidades para los regímenes especiales y a la «institución» de las Mutualidades laborales por el Ministerio de Trabajo, no hace referencia al I. N. P.; ello podría interpretarse en el sentido de que el I. N. P. no necesita ser creado y cuanto más reestructurado, porque su misión va a ser la misma; en cambio, las otras entidades son «de nueva creación» por la ley en base a la novedad que supone la gestión que a ellas se les va a encomendar (la sujeción sería aleccionadora respecto de lo que hemos dicho para las Mutualidades). Advertimos aquí que en esta parte tenemos que seguir un método más exegético y formalista, pues la normativa, abstracta, lo exige.

dad social —fin propio del Estado—); las entidades especiales nacen a su vez como consecuencia del fin específico al que han de proveer (núm. 69) y el I. N. P. soporta la declaración general de gestión del régimen general, quizá porque su carácter esté por encima de necesitar especificaciones. El Estado *asigna* unos medios económicos a las entidades (núm. 77, Base XVIII) como *patrimonio afecto a sus fines* (80), enumerándose a continuación los elementos de ese patrimonio (núm. 78).

En consecuencia de ello el Ministerio de Trabajo somete a los entes a una genérica «dirección, vigilancia y tutela» (es decir: en fin de cuentas, «tutela») de la que hay una serie de manifestaciones:

El Estado, por medio del Ministerio de Trabajo, dicta las disposiciones para «la constitución, régimen orgánico y funcionamiento de las entidades...», así como para la modificación e integración de las mismas; si se recuerda lo anterior se concluye: el Estado *crea* y estructura las entidades gestoras, y en su caso las modifica o las integra. Y además tiene poder para dictar la «constitución» y «régimen orgánico» de las mismas (Base XVII, núm. 76); evidentemente ello se refiere tanto a la imposición del régimen orgánico como a la aprobación de los estatutos (en el caso de las Mutualidades) y la designación de órganos directivos como posibilidad de llevar a cabo esa «tutela» de la que es titular el Ministerio; el precepto está redactado sin limitaciones.

Además, el Ministerio de Trabajo dicta el funcionamiento de estas entidades, el cual se entenderá orientado necesariamente por otros principios concretos de la Ley —inspección por parte del Estado (III, Base preliminar)— concebida en los más amplios términos; potestad de impartir directrices a las entidades —potestad cuya manifestación más expresa es la adscripción a un fin determinado y cuya base genérica está en esa expresión «dirección», distinta de «tutela», que incluye el núm. IV (Base preliminar)—; aprobación de «cuentas y balances» (que corresponde al Ministerio de Trabajo; núm. VI, preliminar); fijación heteronómica de las cotizaciones, de las que las entidades son puros recaudadores (núms. 54, 57, 61); fijación de la competencia respectiva a cada entidad (núm. 70); coordinación heteronómica de la actividad de las distintas entidades respecto de los servicios que presten (núm. 70) en base, claro está, a la unicidad del fin que persiguen (81); poder del Estado

(80) Sabemos que sus fines son los del Estado: la Previsión social.

(81) Particularmente interesante resulta observar cómo se somete a disposiciones heteronómicas, se ordenan reajustes y fórmulas federativas en las Mutualidades laborales «con objeto de obtener una adecuada compensación profesional y nacional» —lo cual ataca nuevamente a la esencia puramente mutualista de las Mutualidades. Cfr. también el núm. 38 (Base IX), que prevé (para vejez) el establecimiento de un sistema de compensación nacional».

de anular los actos ilegítimos de las entidades gestoras (núm. 82) (82); poder de regular preventivamente la actividad económica de las entidades, fondos de nivelación, fondos de garantía, directrices a las inversiones de fondos (números 79 y 80), sin perjuicio del poder que el Ministerio se atribuya para eventualidades no previstas y que puedan incluirse en las genéricas expresiones legales (83).

No creemos que haya duda sobre la instrumentalidad —en sentido material— que la Ley da a la gestión realizada por las entidades «gestoras»; el carácter de descentralización funcional al respecto queda del mismo modo en nuestra exposición fuera de toda duda posible. La normativa expuesta no es sino la traducción a términos jurídico-positivos del sentido de la Exposición de Motivos, en donde, partiendo de que el Fuero de los Españoles atribuye al Estado «... la función de garantizar dicho amparo o protección...» (I, 1), se estima que «... evidentes razones de orden técnico y político aconsejan la conveniencia de que subsistan ...diversos organismos y entidades... con miras a conseguir la mayor eficacia en los servicios...» (I, 3).

Si todo ello es así, el carácter jurídico que debe ser asignado a los entes gestores en cuestión es pura coherencia doctrinal; sobre ello no nos detenemos, pues valen al respecto las observaciones hechas en el apartado que dedicamos antes a las Mutualidades (84); por otra parte, el problema no es de primordial trascendencia.

D) *La intervención de los privados* (85)

Respecto de ello cabe diferenciar dos puntos:

a') La Ley desea exaltar «el principio que aboga por la participación de aquéllos (los protegidos) en los órganos rectores» de las entidades. «La cola-

(82) Cfr. nota núm. 57 sobre la explicación del por qué el aspecto de prestaciones queda a la fiscalización jurisdiccional laboral.

(83) Las expresiones así genéricas podrían ir contra la técnica de la legislación delegada.

(84) No creemos que a ello obste el que la ley califique a las Mutualidades como «Corporaciones de interés público», pues no creemos que las definiciones legales tengan valor normativo. Por otra parte, el calificativo «de interés público» no tiene un sentido claro; la expresión parece referirse a la análoga del Código civil y sobre ella no hay unanimidad; GARCÍA TREVIJANO opina que son «aquellas personas que pueden interesar a muchos en un sentido numérico» (vid. en *Principios de organización administrativa*, op. cit., pág. 170). Respecto del sustantivo *corporación*, vid. lo ya dicho en el lugar a que se remite el texto. En todo caso la cuestión no es condicionante del régimen positivo, sino todo lo contrario; y la calificación es por ello secundaria en importancia.

(85) Sobre la intervención de la Organización Sindical ya se ha hablado.

boración o intervención ha de tener en todo caso el límite impuesto por las exigencias del bien común» (E. M., I, 4). La declaración general, ambigua de la Base 1.^a, 3, se traduce en el núm. 75, que en nuestro modo de ver es fundamental: en él se aclara que tal participación no es en la gestión, sino en los órganos de gobierno de las entidades; ello, unido a todo lo dicho, explica el sentido del precepto: se trata de que los sujetos afectados tienen acceso a las entidades gestoras, lo mismo que lo pueden tener otros órganos estatales no directamente implicados en la Previsión social principio coordinador del núm. VIII, preliminar), y ello no cambia para nada el carácter de éstas y mucho menos el sentido que tiene la gestión descentralizada respecto del vínculo que pesa sobre el Estado; tal intervención es, desde luego, un criterio de acertada organización, pero jurídicamente no tiene mayor relevancia (86). Los motivos políticos están expresados en la Exposición de Motivos (I, 4) y no pueden sino ser aplaudidos (87).

b') Las Mutuas patronales. Desde luego que la intervención de Mutuas patronales en la gestión referida a accidentes de trabajo es fenómeno verdaderamente insólito dentro del sistema de la ley que acabamos de exponer, y ello aunque sólo fuera por la contradicción que implica hablar aquí de accidentes de trabajo cuando la ley rehusa expresamente hablar de riesgos para referirse a «contingencias y situaciones objeto de cobertura» (Exposición de Motivos, I, 6); la explicación —si se puede explicar jurídicamente una quiebra, aunque excepcional, en el sistema— está en la especialidad del régimen de accidentes de trabajo, que viene haciendo su aparición en los puntos clave de la ley; no nos corresponde ahora detenernos en esta especialidad, sino comprobar que en *un caso* la ley excepciona el régimen general, admitiendo en la gestión la actividad de entidades privadas; creemos que su carácter de excepcionalidad puede justificar el que no modifiquemos las conclusiones propuestas, si bien no justificaría que ignoráramos el supuesto.

Las conclusiones en definitiva se pueden resumir extraordinariamente: en

(86) Es completamente satisfactoria la explicación de PERSIANI cuando señala (página 155, *op cit.*) que el fin público que es la Previsión social se satisface cuando se satisface el interés del particular a que le den, llegado el caso, una protección material para hacer frente a su necesidad. Esta coincidencia de intereses jurídicamente relevantes (aunque el público prima sobre el privado) es la última «ratio» de esa intervención de los particulares.

(87) La intervención de las empresas, prevista en el núm. 72 de la Base XVII es simple colaboración»; su actividad, pues, deberá ser imputada a las entidades gestoras que se beneficien de esa colaboración.

sentido jurídico hemos de considerar que la existencia de un elemento —entidades gestoras— en medio de la *relación Estado-sujetos protegidos*, no es sino la consecuencia de un principio político de organización; ello indica que la función de esos entes es «instrumental» respecto del compromiso Estado-protegidos, y que la relación Estado-entes gestores no puede ser considerada sino «instrumental» respecto de la que aquel compromiso establece en la ordenación jurídica concreta.

JOSÉ VIDA SORIA