

EL ESTADO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

(NOTAS A LA BASE PRELIMINAR DE LA LEY DE BASES DE LA SEGURIDAD SOCIAL)

SUMARIO :

- I. *Evolución de la posición del Estado en la cobertura de los riesgos sociales:* 1. Los primeros Seguros sociales. 2. La publicación del Seguro social. 3. La constitucionalización del sistema. 4. Aparición de la Seguridad social.—II. *La Seguridad social función esencial del Estado:* 5. El derecho fundamental a la Seguridad y Asistencia sociales. 6. Concepto de Seguridad social. 7. El carácter complementario de la Asistencia social. 8. El sentido de la nueva Ley.—III. *Funciones del Estado en la Ley de Bases de la Seguridad social:* 9. El carácter de función estatal de la Seguridad social. 10. La injerencia de la Organización Sindical.—IV. *La ordenación de la Seguridad social y el desarrollo de la Ley:* 11. Seguridad social y principio de igualdad; la reserva de Ley. 12. Las diversas formas del desarrollo reglamentario.—V. *El Estado y la gestión de la Seguridad social:* 13. La autonomía de gestión de la Seguridad social y su significado. 14. Seguridad social y estructura gubernamental. 15. Relación del Estado con los entes de Seguridad social; el carácter «instrumental» de éstos. 16. La «dirección» estatal de la Seguridad social. 17. La «tutela» del Ministerio de Trabajo. 18. El control y la vigilancia estatal de los entes de Seguridad social. VI. *La jurisdicción de la Seguridad social:* 19. La escasa regulación de la Ley de Bases.—VII. *Participación del Estado en la financiación de la Seguridad social:* 20. Sentido y alcance de la contribución del Estado. 21. El Estado en la relación de Seguridad social.

I

EVOLUCIÓN DE LA POSICIÓN DEL ESTADO EN LA COBERTURA DE LOS RIESGOS SOCIALES

1. Es ya tradicional el distinguir en la evolución de la cobertura de los riesgos sociales una serie de etapas, que se inician en el XIX, con meras formas de previsión privada, y culminan en nuestros días con sistemas más o menos desarrollados de Seguridad Social (1). En este desarrollo, la actitud o posición del Estado tiene un importante protagonismo. Por eso es especialmente significativo examinar la posición jurídica que el Estado ha tomado, tanto frente al sistema en sí como frente a los entes gestores y frente

(1) Sobre la evolución de la Seguridad social, vid. LARROQUE: *De l'Assurance Sociale a la Sécurité Sociale*, en *Rev. Int. du Travail*, 1948; pág. 567.

a los mismos beneficios, aún más en ordenamientos como el nuestro, en que ha sido mucho más la iniciativa estatal que la actuación de los interesados la que ha creado y hecho desarrollar las diversas formas que han existido. Sobre el particular cabe distinguir una serie de momentos.

Superado ya el abstencionismo inicial, que dejaba también a la autonomía de la voluntad la cuestión de la cobertura de las situaciones de necesidad creadas por el acaecer de sucesos típicos en la vida social, calificados por ello de riesgos sociales, el Estado fué consciente de la necesidad de intervenir por la exigencia de las circunstancias y para resolver cuestiones urgentes. La intervención del Estado en un primer momento tiene un especial significado de apoyo y fomento o de sustitución de iniciativas privadas por entenderse que *se trataba de una mera cuestión privada*, en la que sólo intereses privados estaban afectados.

Esta primera actuación estatal se debe así no tanto al cumplimiento de un fin propio, sino a la tutela de un fin privado, cuya realización podría ofrecer dificultades. Las primeras formas de Previsión social «fueron ideadas por los Gobiernos conservadores como vacunas contra el socialismo y no como métodos curativos de la miseria, para atenuar la aspereza de la lucha de clases en las industrias y mantener de esta manera con más facilidad el orden público en las localidades donde se concentraban las turbulentas masas de trabajadores» (2). Estas medidas iniciales respondieron a una política defensiva y a un deseo de resolver problemas inmediatos; de ahí el desorden y discontinuidad en la evolución, la parcelación de la legislación, vinculada al caso o situación concreta, su desproporción entre los diversos grupos profesionales y sus vacíos y lagunas (3). No respondían a una clara

(2) ROSSI, en *Diccionario de Economía Política* (dirigido por NAPOLETANO). Madrid, 1962; pág. 1526.

LÓPEZ NÚÑEZ, mostrando la mentalidad de su época, afirma que la misión del Estado, en lo que respecta a la Previsión, consiste en instruir y educar a los ciudadanos para que puedan alcanzar los beneficios de la Previsión, favorecer la práctica de la Previsión debida a la iniciativa social y particular, vigilar operaciones para evitar fraude, castigar a los defraudadores y «administrar la Previsión nacional en los casos que convenga al bien común». (*Lecciones elementales de Previsión*. Madrid, 1913; págs. 163-164.)

En la variación de la postura estatal hay más que modificación de fines, como afirma GUELI, una modificación de cómo y en qué intensidad esos fines deben ser perseguidos (en *Il sistema giuridico delle assicurazioni sociali*, en *Trattato Dir. Lav. Borsi* Pergolesi, 2.^a ed. tomo II, 1, pág. 38).

(3) Según CATALDI la legislación de Previsión por haber surgido bajo las presiones y las condiciones históricas, económicas, sociales y políticas ha tenido necesariamente una génesis y una evolución discontinua y desordenada, las disposiciones legislativas se han resentido, en suma, de las presiones mismas de la lucha de clases, y más largamente, de la influencia de los intereses contrastantes de los trabajadores, de los em-

política estatal, que no podía existir en una materia que aún no se entendía propia. Las manifestaciones más importantes en esta etapa son la legislación de accidentes de trabajo, basada en la idea de riesgo profesional (4), y diversas manifestaciones parceladas de Previsión social de los trabajadores con un carácter en general facultativo y reparador (5).

2. Una fase diversa comienza cuando el Estado se ve obligado a intervenir en favor de los trabajadores a través de una política decidida de implantación de Seguros Sociales obligatorios y públicos. En este momento se produce una importante novedad: «la asistencia colectiva *deviene interés del Estado*» (6). Este interés público justifica la estructura de Derecho público a que viene sometido el sistema; lo establecen normas de Derecho

pleadores y de las mismas clases dirigentes responsables de la política estatal, por lo cual, especialmente en los primeros tiempos, se ha tenido una legislación «ora affrettata ed ora piegata a situazioni contingenti, ora lacunosa ed ora appensita da soprastrutture, portata a concedere a seconda delle istanze e quindi disorganica, soroporzionata da categoria a categoria e da protezione a protezione» (*Il sistema giuridico delle assicurazioni sociali*, en *Trattato Borsi Pergolesi*, 3.^a ed., pág. 16).

(4) La Ley de Accidentes del Trabajo de 1900 es la que establece entre nosotros el primer régimen de protección legal de los accidentes de trabajo, acogiendo plenamente la noción del «riesgo profesional». Vid. sobre la cuestión, por todos, GARCÍA OVIEDO: *Tratado elemental de Derecho social*, 6.^a ed. 1954; págs. 365 y sigs.

(5) La Ley de 27 de febrero de 1908, que crea el Instituto Nacional de Previsión, parte precisamente de la premisa del carácter facultativo de aseguramiento. Confróntese los arts. 13 y sigs. de la citada Ley y los arts. 65 y sigs. de los Estatutos del I. N. P. (aprobados por los Reales Decretos de 24-XII-1908 y 26-I-1909). Este régimen de «libertad subsidiada» que hacía obligatoria la bonificación estatal para la formación de pensiones de vejez, tuvo escaso resultado precisamente por su falta de obligatoriedad. Vid., al respecto, I. JIMÉNEZ: *El Instituto Nacional de Previsión: Notas sobre su desarrollo*. Madrid, 1930.

(6) Cfr. BARASSI (*Previdenza sociale e Lavoro subordinato*, Milano, 1954, I, páginas 17 y sigs.); muestra cómo los Seguros sociales aparecen cuando en un lento proceso evolutivo se llegó a concebir que la «necesaria tutela del trabajador contra los riesgos» era un interés colectivo, esto es, del Estado, y marca una serie de etapas en esta evolución, según que la tutela del trabajador sea «interés puramente del trabajador individual, interés también de la empresa a la que el trabajador pertenece, interés de todas las empresas y de todos los trabajadores, considerados ambos globalmente. Interés, en fin, de unos y otros, de los empleadores y de los trabajadores sintetizados en la colectividad nacional, esto es, en el Estado» (pág. 22).

Según LEVI SANDRI, la evolución de la Previsión social tiene como nota significativa importante la evolución de la intervención del Estado en la misma, no sólo por su cada vez mayor intensidad, sino también por basarse en fines distintos y cada vez más amplios y dar lugar a formas distintas. (*Lo Stato e l'organizzazione della sicurezza sociale*, en *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 1959, págs. 1119 y sigs.)

necesario absoluto, que imponen deberes jurídico-públicos, cuyo cumplimiento controlan, vigilan y sancionan órganos estatales; los entes gestores de los Seguros Sociales son entes públicos, o al menos, colaboradores en un servicio público y sometidos en su gestión a normas jurídico-públicas. Se trata sustancialmente de la publicación del sistema privado de seguros mediante la implantación de la obligatoriedad y el sometimiento en todo su funcionamiento al Derecho público.

La obligatoriedad de la institución refleja el interesamiento público en el tema, que impone, limitando considerablemente la autonomía de los privados, un aseguramiento obligatorio a cargo de empleadores y trabajadores, y por tanto, una solidaridad de los grupos a través de una estructura fundamentalmente mutualista (7). En este momento, la creación de los diversos entes o institutos gestores, su reglamentación y disciplina y la intervención estatal en los mismos responde a la idea inicial defensiva de conseguir y garantizar el orden social. Pronto, sin embargo, el Estado comienza a interesarse en la propia marcha de los Seguros Sociales, pero el interés público queda satisfecho con la creación del sistema de la Previsión social, mientras que la satisfacción efectiva de los intereses individuales de los trabajadores no requiere relevancia frente a la acción estatal. Es decir, el interés público se satisface con la imposición de la solidaridad de los grupos, y esta solidaridad general engendrará un sistema en el que se reconocerán, en su caso, derechos subjetivos de los trabajadores, muy en directa conexión con las obligaciones impuestas de afiliación y cotización, y tales derechos satisfacen, a su vez, los intereses privados (8).

Esta idea de composición de intereses colectivos e imposición de solidaridad de los grupos es la que, según la doctrina italiana, primaba en el momento de la *Carta del Lavoro*. Sabida es la influencia de ésta en nuestro

(7) Que el Seguro social está basado en una «Gefahrengemeinschaft» de origen legal es generalmente reconocido, pues a través de la participación obligatoria de empleadores y de trabajadores se constituye una distribución de riesgos que responde en sustancia a la idea mutualista (Cfr., por ejemplo, VENTURI: *I fondamenti scientifici della sicurezza sociale*, Milano, 1954, pág. 609. TROCIET ha señalado agudamente cómo precisamente el mutualismo al apoyarse sobre el aseguramiento obligatorio ha marcado su propia limitación e inadaptación (*Problèmes généraux de la Sécurité Sociale en Belgique*, Bruxelles, 1961, págs. 213 y sigs).

(8) Así, PERSIANI: *Il sistema giuridico della Previdenza Sociale*, Padova, 1960, página 8. Cfr., por ejemplo, DE VALLÉS (*Le assicurazione social*, en *Primo trattato Dir. Amm. Ital.*, de Orlando, t. VI, I, Milano, 1930, pág. 330 y sigs.) para el cual el interés público queda satisfecho con la realización de la actividad normativa de establecer el sistema de los Seguros sociales, haciéndolo obligatorio, y cuanto más con la actividad de control

Fuero del Trabajo, que responde también en su conjunto a ideas similares: la Previsión social se impone como tarea propia del Estado, dándose una coincidencia material entre el interés público del Estado a crear y mantener las instituciones en esta materia con el interés privado de los trabajadores a la protección dispensada por estos sistemas. Pero estos intereses no tienen relevancia directa sino en cuanto que hagan referencia a los intereses de la producción o de sus «elementos» (9). En todo caso, «el Estado no es ya meramente espectador, tendente sólo a la tutela del orden público; él asume parte activa e incluso preminente en la asistencia del trabajador» (10).

La imposición, colaboración y solidaridad entre los grupos como correspondiente a un interés público explica el que la satisfacción del interés público se cumpla con el establecimiento y la garantía de tal imposición y que el Estado cumpla el fin público de la previsión de los trabajadores con el solo establecimiento y la existencia del sistema. Es la solidaridad entre los grupos la que, por su parte, realiza la tutela efectiva del trabajador en los casos de acaecimiento de riesgos. Por eso el Estado llama a colaborar a las mismas categorías laborales y sus representaciones profesionales, estructuradas, además, en el sistema nacionalsindicalista como Corporaciones de Derecho público. El engarce de la Declaración X del Fuero con la XIII, 6, responde plenamente a esta idea de intervención de las categorías interesadas en la realización del sistema de Previsión social (11).

3. Un nuevo e importante paso se da cuando la cobertura de los riesgos sociales interesa efectivamente en su desarrollo y realización al propio interés público, que no queda satisfecho con la mera existencia del sistema. Esto sucede fundamentalmente cuando tiene lugar la consagración de un «derecho social» constitucional a la protección de los Seguros sociales, pues esto significa no sólo que la realización de una política de Seguros sociales

(9) Vid. sobre la cuestión DEL PESO: *El Fuero del Trabajo y la Seguridad social española*, en *R. d. T.*, 1961, que interpreta el Fuero, sin embargo, con un sentido novedoso y ambicioso que quizá no estuviera en el ánimo de sus redactores. No debe olvidarse que la idea de «seguro total» alude al deseo de unificación de los Seguros sociales que ya se había sentido en la II República (Vid. la Orden de 10-V-32, y sobre la misma, JORDANA DE POZÁS: *Revista de Trabajo*, 1941, julio-agosto).

(10) Así, BARASSI: *Previdenza Sociale e Lavoro Subordinato*, cit., t. I, pág. 23.

(11) Según PERSIANI, en el ordenamiento corporativo las categorías interesadas son representadas legalmente por los Sindicatos, antes de Derecho público, verificándose así una coincidencia del interés de los trabajadores singulares con el público, pero «los intereses de los individuos son sintetizados en el interés del Estado y el trabajador es tutelado como elemento esencial de la riqueza nacional» (*Il sistema*, cit., pág. 9).

es una tarea propia del Estado, sino que se trata de un cometido que preceptivamente tiene que realizar, pues se lo imponen las normas constitucionales, y existe un Derecho subjetivo público a la realización de tal tutela de las personas titulares de tal «derecho social».

El carácter de fin público de la Previsión social se había afirmado en la Constitución de 1931, que imponía preceptivamente al Estado la obligación personal de garantizar al trabajador una existencia digna y de regular diversos supuestos de Seguros sociales (12). Ya aquí puede hablarse de un «derecho social» constitucional del trabajador a los Seguros sociales, que se formula con mayor claridad en el artículo 28 del Fuero de los Españoles. Prescindiendo de las diferencias de rango de ambos Cuerpos legales, puede decirse que en ambos late la misma idea de considerar la asistencia del trabajador a través del sistema de Seguros sociales como una función directa del Estado, que no puede limitarse a establecer o imponer solidaridad entre las categorías y grupos interesados, sino que tiene que mantener necesariamente un sistema de Seguros sociales, cuyo funcionamiento no sólo satisface intereses de los privados, sino, directa e inmediatamente, un interés propio del mismo Estado. La intervención estatal no sólo ha de ser más intensa, sino que deriva de ideas y principios distintos; de ahí que la intervención sindical ya no se mencione y que no se limite la función del Estado a la creación de instrumentos a través de los cuales se satisfagan los intereses de los particulares. Como afirma Persiani, la intervención del Estado, que «debe ser considerada con referencia a los cometidos que las disposiciones constitucionales le imponen en esta materia, se encamina directamente a la realización de la tutela de previsión como fin público, y sólo mediatamente a la satisfacción de los intereses individuales y de los grupos, que vienen protegidos sólo en cuanto conexos con el interés público» (13).

La serie ininterrumpida de preceptos legislativos y reglamentarios que desde las citadas fechas se dictan en materia de Seguros sociales suponen, por tanto, la realización de una tarea que preceptivamente se impone al Estado, que no puede desentenderse en esta materia. El desorden y discontinuidad de tales medidas responde a la propia idea técnica del Seguro social; el Estado, compelido a dar cumplimiento a un derecho de asistencia en determinados riesgos, crea en cada caso y para cada uno de ellos los

(12) Art. 46, 2.º: «La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias a una existencia digna. Su legislación regulará: los casos de Seguro de enfermedad, accidentes, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte».

(13) *Il sistema*, cit., pág. 144.

instrumentos que cree más convenientes al propósito, de acuerdo con las circunstancias contingentes, a los criterios técnicos del momento, a las circunstancias contingentes, o al ejemplo de otros sistemas. Se establece un sistema estatal de Seguros sociales, en el que la participación de las categorías interesadas responde más a la idea de participación e intervención en la gestión de entes públicos que a la de creación de entes por la autonomía colectiva que colaboren en la realización de funciones públicas (14). Al mismo tiempo la intervención sindical directa en esta materia es reducida, complementaria y externa en general al propio sistema, o funcionando como mera colaboración al lado de otras colaboraciones privadas, y ello por el propio carácter de función estatal que alcanza la Previsión social.

4. La realidad de nuestros Seguros sociales muestra una serie de imperfecciones y lagunas que han dado lugar a una serie de aspiraciones y deseos de reforma y perfeccionamiento. Este movimiento ha venido unido, al mismo tiempo, con una tendencia ideológica externa que ha transformado sensiblemente la idea clásica de la Previsión social para acuñar una nueva idea y un nuevo término que es la llamada Seguridad Social.

La Seguridad Social supone un nuevo y, por ahora, último paso en la evolución. La «liberación de la necesidad» como aspiración estatal nace con los principios de la Carta Atlántica y se consagra en la Declaración de la de Filadelfia de 1944, así como en los principios sociales de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, cuyo artículo 22 declara que toda persona tiene derecho a la Seguridad Social.

Entretanto, nuestro ordenamiento, inspirado todavía en la idea tradicional de los Seguros sociales continuaba realizando una empresa, no cumplida en su totalidad, de política de Seguros sociales, y permanecía alejada de los nuevos rumbos de la Seguridad Social, que era objeto sólo de estudio y comentario en la doctrina científica (15). Sin embargo, nuestra progresiva incorporación a la vida internacional y nuestra sucesiva entrada en los más importantes Organismos internacionales hacía que, al menos a través de compromisos internacionales, comenzaran a aceptarse las nuevas ideas y principios, que llegan luego a adquirir rango de positividad interna al consagrarse formalmente en la llamada Ley de Principios Fundamentales de 17 de mayo de 1958, la cual reconoce el derecho de *todos los españoles... a los beneficios de la asistencia y la seguridad sociales.*

(14) Cfr. PÉREZ BOTIJA: *La Seguridad social como servicio público*, Madrid, 1954.

(15) En una ingrata labor de pioneros deben citarse los maestros GARCÍA OVIEDO, JORDANA DE POZAS y PÉREZ BOTIJA.

II

LA SEGURIDAD SOCIAL, FUNCIÓN ESENCIAL DEL ESTADO

5. Prescindiendo del complejo problema de la naturaleza formal y vigencia material de la citada Ley, el expreso reconocimiento del derecho de la persona a la Seguridad Social tiene gran trascendencia y significación jurídica. En efecto, entre la formulación de 1945 en el Fuero de los Españoles y la de 1958 no hay un mero cambio de terminología, sino, evidentemente, un cambio total de planteamiento y de formulación, que responde a las nuevas corrientes e ideas que alentaban en el exterior, y cuya acogida significaba un cambio importante de la actitud del Estado en la materia.

Ciertamente la doble referencia a «Asistencia» y «Seguridad» sociales pudiera ser entendida al modo de contraposición entre dos formas de cobertura de los riesgos sociales: una, la Asistencia social, y otra, la Previsión o Seguro social, con lo que la Ley, en última instancia, no innovaría gran cosa. Sin embargo, del contexto y de las realizaciones posteriores se deduce claramente que la mención Seguridad Social tiene un auténtico sentido propio y novedoso, que se contrapone a la Asistencia como función estatal diversa.

Nuestro ordenamiento acepta así un concepto de Seguro social restringido y relativamente exacto, y no el excesivamente amplio y falto de significación jurídica precisa que quiere ver en ella ya una meta ideal más o menos utópica de liberación absoluta de la necesidad (16), ya todo aquel complejo de actividades desarrolladas por la comunidad «para asegurar a los ciudadanos su bienestar físico y su elevación moral e intelectual y a garantizarle los medios suficientes para satisfacer las exigencias sociales en cualquier fase de su existencia» (17). Pero el carácter restringido del concepto no es llevado al extremo de confundirlo con el ámbito de la Previsión o Seguros sociales, y diferenciado de éstos sólo por la utilización de nuevos prin-

(16) Cfr., por ejemplo, DOUBLET-LAVAU: *Sécurité Sociale*, París, 1957, pág. 5: «La Sécurité Sociale est un but à atteindre». También PÉREZ BOTIJA afirma que la Seguridad social es un concepto relativo que constituye una idea fuerza en el orden político, *Curso de Derecho del Trabajo*, 5.ª ed., pág. 478.

(17) Así, COLOMBO: *Principi ed ordinamento della assistenza sociale*, Milán, 1959, página 7. En general la doctrina italiana suele mantener un concepto relativamente amplio de la Seguridad social, en contraposición al más limitado y preciso de Previsión social. Cfr., por ejemplo, CANNELLA: *Corso di Diritto della Previdenza Sociale*, Milán, 1959, págs. 9 y sigs.

cipios técnicos y organizativos. El cambio de terminología, y sobre todo, la contraposición Asistencia y Seguridad sociales, así como la referencia a «españoles», nos indica que la mención no hace referencia tan sólo a una nueva versión de las formas y sistemas de Previsión o Seguro social (18). Aún más: la influencia que la Declaración de Derechos del Hombre ha tenido en la Ley de Principios Fundamentales nos muestra la decidida afirmación de nuestro sistema de acoger los nuevos principios e ideas de la Seguridad Social (19).

Aun cuando en la actualidad el progresivo desarrollo de la Asistencia y la Seguridad sociales han atenuado en buena parte los rasgos definitorios tradicionales entre el Seguro social y Asistencia, no hay duda de que, tanto en su planteamiento como en su ámbito y en sus técnicas puede distinguirse esa nueva versión de la Beneficencia pública que se llama Asistencia Social y la Seguridad Social (20). Sin embargo, una cierta confusión terminológica impide a veces aclarar rectamente los conceptos, puesto que al lado de esa Asistencia-Beneficencia pública habla la doctrina, ya dentro de la Seguridad Social en sentido propio, de un «régimen de asistencia», calificado también de social, enfrentado con nuevas formas de Previsión social. La dificultad de delimitación de los conceptos es por la falta de terminología adecuada. Por ello, para evitar confusionismos, llamaremos desde ahora a esa «Asistencia social» de que habla la Ley de Principios Fundamentales de 1958 —y

(18) Vid. la excelente exposición de MARÍA PALANCAR: *La Seguridad social en el Derecho constitucional español*, en *Revista de Trabajo*, 20, págs. 18 y sigs. Según DURAND, «la política de Seguridad social no constituye una simple prolongación de la de Seguros sociales» (*La politique contemporaine de Sécurité sociale*, París, 1953, pág. 163).

(19) Vid. sobre la Declaración Universal y la Seguridad Social: CURCIO: *I diritti della Sicurezza sociale nella Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo*, en *I Prob. Serv. Soz.*, 1950, pág. 116; LEGA: *Il concetto di Sicurezza sociale nella Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo*, en *Ann. Un. Ferrara*, 1955, III, págs. 15 y sigs.; VEDEL: *La Déclaration Universelle des droits de l'Homme*, en *Droit Social*, 1949, página 372; BAYON: *Los derechos a los beneficios de la Seguridad social como patrimonio del hombre*, en *R. I. S. S.*, 1958, 4, pág. 1026.

(20) Así, DURAND: *La politique contemporaine*, cit., pág. 602 y sigs.: «En su estado actual de desarrollo las instituciones de Seguridad social no han provocado la desaparición de la Asistencia social, porque la Seguridad social no asegura completamente, y sin límite de tiempo, la indemnización de todos los riesgos sociales y de todos los elementos de la población.» Cfr. ALVIN: *Salairé et Sécurité sociale*, París, 1947, págs. 21-22.

Entre nosotros es reconocido generalmente. Vid., por ejemplo, GARCÍA OVIEDO: *Tratado elemental*, cit., pág. 694: «La experiencia acredita la insuficiencia del régimen de Seguros, por lo que se hace preciso sean seguidos de la Asistencia pública. Este es el sentido de la moderna Seguridad social.»

que es una nueva versión de la Beneficencia pública— «Asistencia pública», pues éste es su auténtico rasgo definitorio, y contraponemos a ésta la Seguridad Social.

6. Esta contraposición nos permite aceptar el concepto de Seguridad Social que ha fijado la doctrina: «Complejo sistema, a través del cual la Administración pública u otros entes públicos realizan el fin público de la solidaridad con la concesión de prestaciones de bienes en dinero, o en especie, o de servicios a los ciudadanos que se encuentren en una situación de necesidad al verificarse determinados riesgos.» La liberación de necesidad se realiza a través del otorgamiento de prestaciones; la situación del individuo frente a ellas puede ser diversa, su interés privado puede coincidir con el público y tener un derecho subjetivo al otorgamiento, y entonces estamos ante la forma de «Previsión social», o existe sólo una tutela indirecta de ese interés, y por ello falta el derecho subjetivo perfecto a la prestación, que se da en la forma de «Asistencia social» (21). Incluso al lado de estas formas de «remedios» por razones técnicas del mejor funcionamiento de los servicios y mayor economía de los mismos pueden encuadrarse ciertos tipos de «prevención» de riesgos encuadrados formalmente dentro del régimen de la Seguridad Social (22).

Al existir la Seguridad Social al lado de la Asistencia pública se necesita una delimitación de funciones. Esta ya existe, en buena parte, en la predeterminación de riesgos, que es nota propia del régimen de la Seguridad Social, pero esta delimitación objetiva no basta. Desde luego, ha de aceptarse con Venturi que «el surgir eventos capaces de causar un desequilibrio entre necesidades y medios para satisfacerlos, que imponen privaciones materiales y sufrimientos morales, es un riesgo universal. Por tanto, todo hombre, toda mujer, todo niño, deben ser tutelados sin excepción» (23). Sin em-

(21) Acogemos el concepto de PERSIANI: *Il sistema...*, cit., págs. 25 y sigs.

(22) Cfr. ALONSO OLEA: *Instituciones de Seguridad social*, Madrid, 1959, para el cual la Seguridad social puede ser definida «como el conjunto de medidas para la prevención y remedio de riesgos» (pág. 3). Según NETTER, al lado de la cobertura de riesgos y del suministro de medios para recuperar capacidad laboral es objetivo de la Seguridad social, «la prevención, es decir, las medidas destinadas a evitar la aparición de eventualidades susceptibles de entrañar daños físicos o pecuniarios a las personas» (*La Sécurité Sociale et ses Principes*, París, 1959, pág. 11). Pero estas formas de prevención tienen más conexión formal y técnica que sustancial con las formas de cobertura y otorgamiento de prestaciones que son la genuina sustancia de la Seguridad social.

(23) *I fondamenti*, cit., pág. 331. Cfr. CANNELLA: *Corso di diritto della previdenza sociale*, Milano, 1959, pág. 13; PÉREZ BOTIJA: *Curso de Derecho del trabajo*, cit., páginas 478 y sigs.

bargo, esta aspiración a la universalidad en la Seguridad Social no ha sido hasta el momento sino una aspiración sentida como posible, pero no inmediatamente realizable. Si nuestra Ley de Principios Fundamentales habla del derecho de los españoles como tales, al aludir luego a Seguridad y Asistencia muestra ya un posible ámbito de delimitación de personas que impida en todo caso que ningún español quede al descubierto y pueda integrarse en alguno de los dos sistemas. La especialización de la Seguridad Social se dará, por tanto, en nuestro sistema no sólo en un ámbito objetivo de predeterminación de riesgos, sino también en un ámbito subjetivo de delimitación de personas tipificadas por una presunción de poder incurrir especialmente en las situaciones de necesidad predeterminadas. Entre nosotros, igual que en otros sistemas, estas personas no son otras sino las que no tiene otra fuente de riqueza que su propio trabajo; las personas que viven de su propio trabajo, sea cual sea la forma, o el modo o la clase que realicen.

Por tanto, la anterior definición de Seguridad Social puede precisarse, cara a nuestra realidad, con un dato más: «limitarse especialmente a los trabajadores o asimilados». Entre nosotros puede aceptarse así la afirmación de Netter de «el objeto de la Seguridad Social es crear en beneficio de toda persona, y especialmente de los trabajadores, un conjunto de garantías contra un cierto número de eventualidades susceptibles, ya sea de reducir o de suprimir su actividad, ya sea de imponerles cargas suplementarias» (24). Garantías que, según la posición del individuo frente al ente, será en forma de Previsión social o en forma de Asistencia social.

Debe tenerse en cuenta que la mención «trabajador» ha de ser entendida aquí en el sentido técnico jurídico de parte de contrato de trabajo, sino en el sentido amplio que comprenda, tanto el empleo privado como el empleo público, tanto el trabajo prestado por cuenta propia como el trabajo prestado por cuenta ajena, y no sólo el trabajador personalmente, sino, en cierta medida, también sus familiares (25).

(24) *La Sécurité Sociale*, cit., pág. 5. Cfr. ALONSO OLEA que afirma que la generalidad de la Seguridad social «consiste en muchas ocasiones no en que se aplique a todos los ciudadanos, sino a todos los trabajadores» (*Instituciones de Seguridad social*, cit., pág. 24).

(25) Vid., sobre el particular, y en especial sobre el problema de la inclusión del trabajo autónomo por presumirse que también en éste es el trabajo el único medio de sustento del trabajador y de su familia, vid. LEGA: *Il diritto del lavoro ed il lavoro autonomo*, en *Riv. Dir. Lav.*, 1950, págs. 153 y sigs.; DURAND: *La politique contemporaine de Sécurité Sociale*, cit., págs. 245 y sigs.; PERSIANI: *Il sistema giuridico*, cit., páginas 42 y sigs.; VENTURI: *I fondamenti*, cit., págs. 328 y sigs.; MONTROYA MELGAR: *La Seguridad social de los trabajadores autónomos*, en R. I. S. S., 1963.

Sobre el problema de la inclusión en la Seguridad social de los empleados públicos,

En consecuencia, el derecho de todo ciudadano a la Seguridad Social y a la Asistencia pública debe o puede entenderse no como cumulativo, sino como optativo o diversificado. Nuestro ordenamiento no quiere dejar de cubrir en las situaciones de necesidad a todos los españoles, pero esta cobertura es diversificada según las circunstancias del caso y de la persona, siendo ya la política legislativa del Estado la que trazará en concreto la delimitación de ambas formas, y se ha elegido, según confirma la nueva Ley de Bases de la Seguridad Social, como criterio, el antes apuntado de riesgos determinados y límite subjetivo de los trabajadores en sentido amplio y sus familiares. Pero esa diversificación de sistemas nada supone, en última instancia, en cuanto a la vinculación preceptiva que el Estado tiene de seguir una política coordinada de Seguridad y de Asistencia sociales que refuerzan notablemente el sentido social que del propio Estado se predica.

En todo caso, tanto la Asistencia pública como la Seguridad sociales vienen concebidas como funciones esenciales del Estado, en sentido no sólo de que a éste le viene impuesta desde sus propias normas fundamentales la realización de una decidida política en esta materia, sino que el propio Estado como tal, en su concepción y planteamiento actual, no es pensable sin la realización de tal cometido (26).

vid. ALONSO OLEA-SERRANO GUIRADO: *La Seguridad social de los funcionarios públicos*, Madrid, 1957; JORDANA DE POZAS: *La Seguridad social de los funcionarios públicos en España*, en C. P. S., 12, págs. 3 y sigs.; DE LA VILLA: *Hacia una reforma de la Seguridad social de los funcionarios públicos*, en D. A., 1960, págs. 25 y sigs.; *La Previsión Social Mutualista de los funcionarios públicos del Estado*, en R. A. P., 40, páginas 121 y sigs.; *El nuevo régimen de Seguridad social de los funcionarios públicos*, en *III Semana estudios reforma administrativa*, Madrid, 1963, así como el en número 47 de D. A., dirigido por él y con colaboraciones de BLANCO RODRÍGUEZ, SAGARDOY, VIDA SORIA, GALA VALLEJO y CARRASCO BELINCHÓN.

(26) Según BARASSI, «La tutela de la integridad material y espiritual del trabajador es una de las funciones esenciales del Estado» (*Previdenza sociale e lavoro subordinato*, cit., I, pág. 25). Cfr. GASCÓN HERNÁNDEZ: *Los fines de la Administración*, en R. A. P., 11, pág. 40: «Uno de los inexcusables fines de la Administración actual es el mantenimiento de la Seguridad social.»

Sobre el significado y exigencia constitucional de esta función, vid. MARÍA PALANCAR: *La Seguridad social en el Derecho constitucional español*, cit., págs. 18 y sigs. CRISAFULLI: *Costituzione e protezione sociale*, en *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 1958, págs. 126 y siguientes. Una cita de diversos textos constitucionales con reconocimiento de un derecho a la Seguridad social, en MARTÍ BUFILL: *Tratado comparado de Seguridad social*, Madrid, 1951, págs. 142-151.

Debe tenerse en cuenta que la Seguridad social constituye un servicio a la persona y debe permitir y favorecer el «desarrollo integral de la persona». Sólo en tanto encuentra justificación es deseable. Cfr. PÉREZ BOTIJA: *Reflexiones acerca de las doctrinas que sobre la Seguridad social contiene la Encíclica "Mater et Magistra"*, en

7. La «liberación de necesidades» se realiza, por tanto, en nuestro ordenamiento, en lo que al Estado se refiere, por la conjunción de tres sistemas basados en principios y técnicas distintos. Dos de ellas se integran en el sistema genérico de la Seguridad Social, y son el sistema de Previsión social, basado todavía en buena parte en la idea de aseguramiento, pues, pese a que existe «una marcada independencia entre la cotización efectiva y el derecho a prestaciones», no deja de existir cierta conexión material entre ambas, y en todo caso, existe una obligación aseguradora «como obligación de asumir el riesgo», y en segundo lugar, el sistema de Asistencia social, como subsidiario y complementario de aquél, que es el sistema fundamental sobre el que se monta toda la política de Seguridad Social. A través de la Asistencia social se completan para las personas sometidas a la Seguridad Social las prestaciones de ésta para los casos no previstos previamente, o para los que, estando previstos por las circunstancias del caso, no están suficientemente cubiertos por la forma de Previsión. Por tanto, Asistencia y Previsión sociales aparecen como principios separados que cubren diversas situaciones de necesidad, pero que realizan una política unitaria de cobertura de esas situaciones respecto a los trabajadores.

Ya fuera del sistema de Seguridad Social, la Asistencia pública parece como un tercer medio, tanto por su carácter subsidiario como por su sentido complementario, que incluye aquellas situaciones de necesidad no cubiertas ni objetiva ni subjetivamente por la Seguridad Social. El objetivo de liberación de necesidad propio de ésta requiere su complementación a través de una amplia política social estatal, dentro de la cual, y referida al otorgamiento de prestaciones, ha de encuadrarse la Asistencia pública, cuya realización posibilita el éxito auténtico de la propia Seguridad Social. De este modo, al igual que sucedió en el Plan Beveridge, Seguridad Social y Asistencia pública no se excluyen, sino que aquélla sólo puede funcionar si se completa con la aplicación del principio de la Asistencia pública (27).

R. I. S. S., 1961, 5, págs. 1185 y sigs.; ALONSO GARCÍA: *Régimen administrativo y Seguridad social*, en R. I. S. S., 1955, págs. 557 y sigs.; MEILÁN GIL: *El Mutualismo laboral*, Madrid, 1963, págs. 24-26. En efecto, como señala VENTURI, no es justificado contraponer protección social y libertad como dos valores entre los cuales se imponga una elección como recíprocamente incompatibles y destinados a disgregar la vida social (*Il fondamenti*, págs. 780-781).

Sobre la conexión del Estado social y la Seguridad social me remito a REUSS en REUSS-JANTZ: *Sozialstaatsprinzip und Soziale Sicherheit*, en *Schriftenreihe der Hochschule Speyer*, t. 10, 1960; págs. 8 y sigs.

(27) Cfr. JORDANA DE POZAS: *La Seguridad social en la Gran Bretaña*, en R. I. S. S., 1953, 2, págs. 14 y sigs.

Según BREMME: «Das Versorgungsprinzip ist nicht Kernpunkt, allerdings auch nicht

Ello viene a suponer que el carácter social del Estado ha llevado aparejado entre nosotros la constitución de una forma de Estado-Providencia. Antes bien, un recto equilibrio de libertad individual y liberación de necesidades ha permitido estructurar un sistema de garantía de cobertura de necesidades, que tiende a garantizar sólo la existencia mínima, pero que deja un amplio margen a la iniciativa individual. La política de Seguridad Social se ha entendido sólo como una parte de una política social comprensiva, tanto de la Asistencia pública como de otras manifestaciones como la política cultural, sanitaria, familiar, de empleo, etc., y se realiza en función y coordinadamente con éstas, y esto desde las propias normas fundamentales (28).

8. El reconocimiento novedoso y reciente del derecho a la Seguridad Social y, consiguientemente, la consagración de la Seguridad Social como función del Estado, impone a éste una obligación de establecer y mantener las instituciones adecuadas para que los individuos protegidos por el sistema tengan regulados y garantizados, efectivamente, el goce de las prestaciones. Ahora bien: como es sabido, tal consagración acaece entre nosotros cuando existe ya un complejo y relativamente completo sistema de Seguros sociales, con una tradición larga y con una importancia económica, social y política considerable. La ejecución preceptiva del mandato «constitucional»

konkurrierendes Prinzip, sondern ein ergänzendes Hilfsprinzip des Beveridgeplanes, neben dem gleichrangig des Versicherungsprinzip und an zweiter Stelle das Fürsorgeprinzip stehen» (*Freiheit und Soziale Sicherheit*, Stuttgart, 1961, pág. 59).

Haciendo referencia a la L. P. F., afirma MELÁN que «hay una perfecta gradación en la acción del Estado» (*El mutualismo laboral*, cit., pág. 26). Esa gradación permite acoger entre nosotros el concepto de asistencia que formula COLOMBO, como «aquella actividad de carácter público, a veces integrada por la colaboración privada, que mira a prevenir o a eliminar los estados de necesidad o de insuficiencia que pueden incidir en el individuo en su persona física, en su sustentamiento vital o en su desarrollo moral, intelectual o productivo, especialmente cuando no intervenga, o intervenga insuficientemente el sistema de previsión» (habría que decir, entre nosotros, «de Seguridad social»), *Prinzipii ed ordinamento della assistenza sociale*, cit., pág. 83.

Cuando se habla de un derecho a la Seguridad y Asistencia sociales, en un sistema «constitucional» del tipo del nuestro no puede pensarse propiamente en la existencia de un derecho subjetivo público del ciudadano frente al Estado, sino más bien al establecimiento en forma subjetiva de un principio programático, que vincula sólo a los órganos estatales, pero no tiene vigencia inmediata en las relaciones individuales. (Cfr. VENTURI: *I fondamenti*, cit., págs. 619-620.)

(28) Cfr. BREMME: «Sowohl der Beveridgeplan als auch die Sécurité Sociale sahen die Reform der staatlichen Fürsorge und der Sozialversicherung jedoch nur als Teil einer umfassenden sozialpolitischen Neuordnung an, zu der Vollbeschäftigungspolitik, Gesundheitspolitik und Ausgleich der Familienlasten gehören» (*Freiheit und Soziale Sicherheit*, cit., pág. 237).

no podía significar el establecimiento «ex novo» de un sistema completo de Seguridad Social, sino antes bien la sustitución de la realidad existente por una más concorde con las nuevas ideas.

Esta circunstancia hace que, si de un lado, se puede contar con una valiosa experiencia y con realizaciones parcialmente aceptables, de otro resulte un lastre considerable, pues esa realización, aparte de ser menos urgente, tiene que amoldarse a la realidad e incluso a los intereses existentes, más que por razones sustanciales, por el propio peso de las circunstancias, que impide soluciones, no por radicales, menos convenientes.

Ello explica que la Ley de Bases de Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963 tenga que ser entendida no sólo como realización de un compromiso de establecer un sistema de Seguridad Social, sino también, y al mismo tiempo, una revisión, planificación y reforma de los Seguros sociales existentes. En todos los antecedentes remotos y próximos de la Ley late muy sensiblemente esta idea reformista y de mejora de los Seguros sociales, en consonancia con un movimiento general de reforma administrativa, que en lo que tiene de reformista tiene de consolidación y readaptación de situaciones existentes. A esta doble significación de la Ley como reforma de Seguros sociales e implantación de un sistema de Seguridad Social, que la propia exposición de motivos reconoce (29), se añade aún una tercera circunstancia y significación: la de la planificación económica. Si ésta requiere «una política social claramente definida en el Plan y que asegure el reparto

(29) «Iniciado en nuestra Patria hace ya algunos años el proceso de reforma administrativa, plasmado hoy en numerosas y señaladas realizaciones orgánicas, funcionales e instrumentales incluso, la conversión de los Seguros sociales en un auténtico sistema de Seguridad social ha de proyectarse ineludiblemente hacia el movimiento de reforma.» Dentro de este movimiento «reformista» pueden señalarse las Jornadas Técnicas del Ministerio del Trabajo, Consejos sociales y el Congreso Social, así como el mandato establecido en el Decreto de 14-VI-1957. Vid., sobre el particular, la información bastante completa de JUAN EUGENIO BLANCO: *La planificación de la Seguridad social española desde 1957 a 1963*, Madrid, 1963. Por cierto que de la misma se deduce la muy escasa influencia de tales antecedentes en la Ley de Bases, que parece obra personal de algunos altos cargos del Ministerio, y en consecuencia, por ello, del «gobierno de los técnicos».

Vid. también GALA VALLEJO: *La Seguridad social en España*, Madrid, 1961, páginas 159 y sigs., y PÉREZ BOTIJA: *Las recientes reformas de los Seguros sociales y las subidas de salarios*, sep. de R. d. T. Sobre los intentos de reforma anteriores a 1936, vid. JORDANA DE POZAS: R. d. T., 1941. Los posteriores, especialmente los relacionados con el Decreto de 23-XII-44, vid. POSADA: *La unificación de los Seguros sociales en España*, en *Información Jurídica*, 1948, núm. 58, y UCELAY REPOLLÉS: *Previsión y Seguros sociales*, Madrid, 1955, págs. 339 y sigs.

Sobre la planificación MESA LAGO: *La planificación de la Seguridad social*, La Habana, 1960.

de los frutos de la expansión y la armonización de las condiciones de vida de la población», es claro que de algún modo «las prestaciones sociales en razón de su desarrollo y de su parte creciente en la renta nacional deben ser estudiadas e insertadas en el Plan de Desarrollo económico y social» (30). En aras de esta definición clara de las prestaciones sociales y de su posibilidad de inserción en la planificación económica resultaba también necesaria una planificación de la propia Seguridad Social. Y de la conjunción de esta triple circunstancia nace por eso con un cierto carácter híbrido la citada Ley de Bases de la Seguridad Social, que explica, por ejemplo, la nada satisfactoria solución adoptada por la Base XVII, tan poco consonante con el principio de unidad de gestión connatural a un genuino sistema de Seguridad Social.

III

LAS FUNCIONES DEL ESTADO Y LA LEY DE BASES
DE LA SEGURIDAD SOCIAL

9. Aun cuando la Base preliminar, en su párrafo primero, parte precisamente del principio de que la Ley de Bases constituye el desarrollo legislativo de la norma programática que reconoce el derecho a la Seguridad Social, esto no sucede exactamente, pues el campo de aplicación de la Ley de Bases es relativamente restringida al admitir, de un lado, una serie de regímenes especiales que habrán de establecerse, o ya existen en este momento; en segundo lugar, se prevé un desarrollo legislativo paralelo a la Ley de Bases para los trabajadores agrícolas y del mar, y finalmente, para los empleados públicos también se promete un desarrollo legislativo, externo por completo al sistema de Seguridad Social, que instaura la Ley de Bases (31). En suma, la Ley de Bases, al montar sólo un régimen general, posiblemente no mayoritario, no constituye un desarrollo completo del citado derecho a la Seguridad Social, sino sólo su primera y parcial ejecución.

No obstante esta circunstancia, no debe desconocerse la importancia y trascendencia de la nueva Ley de Bases, pues los principios que sienta res-

(30) MABIT: *L'evolution de la Sécurité sociale*, en D. S., 1964, págs. 56.

(31) Vid. Bases II y III y Disposición adicional.

La desigualdad de la protección dispensada por el sistema español de Previsión social, que no ha acabado de superar la Ley de Bases, ha sido denunciada por la doctrina; vid., por ejemplo, DE LA VILLA: *Limitaciones del sistema de Previsión social de los funcionarios públicos del Estado*, en D. A., 71, págs. 20 y sigs.

pecto al régimen general, con las necesarias adaptaciones y modificaciones, serán aplicables, sin duda, a los demás regímenes llamados especiales. Esto sucede especialmente con la materia relativa a la posición y función del Estado dentro del régimen de la Seguridad Social, que no puede ser distinta en el régimen general que en los regímenes especiales; de ahí la importancia del contenido de la Base preliminar, más allá incluso de los límites de régimen general que sienta la Ley de Bases.

La función pública de la Seguridad Social se reconoce en el número II de la citada Base, según el cual el Estado mismo garantiza la protección adecuada en los casos legalmente establecidos a las personas protegidas por el sistema. Aun cuando se ha suprimido la mención expresa que el proyecto contenía de que «la Seguridad Social constituye función esencial del Estado», la situación no ha cambiado mucho, pues en el texto aprobado queda clara constancia del carácter propio de función estatal del sistema, al ser el mismo Estado el que acepta el compromiso de garantizar la protección resultante de la Seguridad Social. El cambio de redacción del citado número hace que el compromiso estatal se amplíe hasta la «progresiva elevación del nivel de vida en los órdenes sanitario, económico y cultural», que también quiere ser garantizado por el Estado. Con ello, un efecto reflejo o indirecto del sistema se torna en obligación directa impuesta a la Administración, cuando hubiera sido más propio sentar esa declaración de principios en la exposición de motivos, y no en el cuerpo normativo de la Ley (32).

El reconocimiento de la Seguridad Social como función propia del Estado significa no sólo que es cometido y deber propio de éste el establecer y mantener un sistema adecuado de Seguridad Social, sino también que en la gestión de la misma el propio Estado y su Administración pública deben tener un especial protagonismo. Según Durand, «el Estado debe efectivamente intervenir siempre en la gestión de la Seguridad Social» para conseguir los fines públicos deseados (33).

La Seguridad social aparece, pues, como función esencial y directa del Estado; ello explica no sólo la exclusión del lucro mercantil (Base 1.^a, 1) sino también el carácter público de las instituciones y el funcionamiento de la Seguridad social. Pero la gestión estatal de la Seguridad social no puede

(32) En efecto, tales consecuencias sociales y económicas, manifestaciones de «política social» deben quedar necesariamente fuera de sistema jurídico de la Seguridad social. Cfr. MEILÁN: *El Mutualismo laboral*, cit., págs. 35 y sigs., donde analiza la diferencia entre la Política social y las instituciones jurídicas de la Seguridad social.

(33) *La politique contemporaine*, cit., págs. 350 y sigs. Según él, «el Estado no puede permanecer indiferente, por razones de interés general, al buen funcionamiento del sistema».

ser entendida en el sentido de considerar preceptiva confiar directamente al Estado-persona la gestión de la Seguridad social. Serán criterios políticos, técnicos y económicos los que aconsejarán en la mayor parte de los casos que no la gestione directamente el Estado sino que confíe la gestión a entes especializados más idóneos para la realización de tal cometido, a los llamados entes públicos institucionales, como manifestación de una sana descentralización y desconcentración de funciones. Lo que no empece, según se ha de ver, a que la función como tal siga entendiéndose propia del Estado.

10. Aceptado este planteamiento en régimen de Seguridad social, sorprende la referencia expresa a los derechos y deberes de la Organización Sindical que contiene el segundo párrafo del número I de la citada Base Preliminar, ya que responde más bien al momento, ya superado, del Fuero del Trabajo (34). Si entonces se tomaba en cuenta directamente el interés de las categorías profesionales y ello explicaba la directa intervención de su organización representativa, en la actualidad la Seguridad social responde a un interés público directo del Estado, y como tal es competencia exclusiva de éste. Desde luego, son pensables otras formas de Previsión privada, complementarias, externas y ajenas a la Seguridad social, ya respondan a intereses privados de empresas, ya a intereses colectivos. Esto no supone, sin embargo, sino el desarrollo de la libertad e iniciativa individual del libre ejercicio de la autonomía privada o particular, pero en ningún caso supone el establecimiento de formas auténticas de Seguridad social, que son sólo cometidos del Estado. Si la referencia al previo informe de la Organización Sindical, contenida en el artículo 2.º de la Ley de Bases es plenamente explicable, no sucede lo mismo con la contenida en el citado núm. I, la cual constituye además una «norma neutra», sin más significado novedoso especial posiblemente que el ser un límite preceptivo a la actuación Sindical en esta materia, al aludirse a la «superior inspección» y «necesaria coordinación con el sistema de Seguridad social». En la Base XVII, núm. 69, 2, se reitera la intervención de la Organización Sindical al establecerse que «colaborarán ... en las medidas y condiciones que se establezcan» en la gestión de la Seguridad social. Tanto este párrafo como el anteriormente citado han sido añadidos al Proyecto de Gobierno, lo cual indica la existencia de una tendencia decidida a descono-

(34) La «superación» del Fuero por los propios acontecimientos y la modificación de las circunstancias, es un hecho hoy reconocido por la doctrina científica. BAYÓN CHACÓN: *La interpretación dinámica del Fuero del Trabajo*; ALONSO GARCÍA: *Notas sobre el Fuero del Trabajo*; RODRÍGUEZ - PIÑERO: *El Fuero del Trabajo y la Carta Social Europea*, todos en *Revista de Trabajo*, 1963, 2.

cer el genuino carácter estatal del sistema de la Seguridad social y, por tanto, de su gestión, en la que ya no son propias la existencia de «colaboradoras», que en aras del principio de unidad deben ser, por completo, suprimidas.

La actuación de la autonomía colectiva está suficientemente garantizada por la intervención en la gestión de la Seguridad social de las representaciones profesionales, y la diversificación de éstas de la «Organización Sindical» no justifica de por sí esta dualidad de intervención. Se trata de una cuestión de equilibrio entre la autonomía colectiva y la intervención del Estado, que en materia de Seguridad social necesariamente ha de solucionarse en favor de ésta, sin que esto suponga, como parece desprenderse del número 59 de la Base XIII, un desconocimiento o excesiva limitación de aquélla (35).

Al admitirse el carácter de cometido propio del Estado que tiene la Seguridad social, han de reconocerse a éste una serie de funciones y competencias importantes en la materia. A éstas se aluden en el número III de la Base Preliminar, al establecerse que «corresponde al Estado la ordenación, jurisdicción e inspección de la Seguridad social». Quizá con mayor precisión el Proyecto en vez de ordenación hablaba de «regulación y organización administrativa». En todo caso, el citado precepto establece suficientemente las funciones propias del Estado dentro del sistema de Seguridad social.

(35) La «injerencia» sindical ha sido criticada incluso en el ámbito del Mutualismo laboral. Así, MEILÁN, respecto al carácter de vocal nato en las Comisiones del mutualismo de un representante de la Obra Sindical de Previsión Social, afirma que «su función debería ser de mero asesoramiento, es decir, actuación con voz pero sin voto. Con voz, puesto que toda la vida sindical interesa a los Sindicatos, pero sin voto, porque tal y como está montado el sistema las mutualidades laborales no son unas instituciones sindicales y el Mutualismo laboral no es un servicio asumido por los Sindicatos» (*El Mutualismo laboral*, cit., págs. 255-256).

Sin embargo, no falta quien, incluso en un sistema de sindicación privada, afirma que en la Seguridad social existe un amplio margen para al autonomía sindical, así LEVI SANDRI: *Lo Stato e l'organizzazione della sicurezza sociale*, cit., pág. 1120.

Una cosa es afirmar que en la Seguridad social como instrumento público estatal la injerencia sindical, al margen de esa participación de interesados en la gestión, no es comprensible, y otra es negar relevancia alguna al interés sindical en la cuestión. Igualmente afirmar el interés público en la Seguridad social no significa negar la entrada a formas de Previsión «externas» al sistema, de carácter privado y realizadas a través de la contratación colectiva (así, PERSIANI: *Il sistema giuridico*, cit., pág. 143, nota (3)). El párrafo final del número 59 en la Base XIII sólo es admisible si lo que prohíbe son negociaciones colectivas e individuales internas al sistema de la Seguridad social. Vid. sobre la cuestión, BLANCO RODRÍGUEZ: *Estudio de los Convenios colectivos. Especial consideración en la Seguridad social*, Madrid, 1963, y *La Seguridad social en los Convenios colectivos*, en *Revista de Trabajo*, 48, págs. 85 y sigs.

IV

LA «ORDENACIÓN» DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y EL DESARROLLO
DE LA LEY

11. La ordenación de la Seguridad social, entendida tanto como regulación como organización administrativa, es la más importante función que ha de realizar el Estado en esta materia. Esta ordenación, de la que la propia Ley de Bases es importante manifestación, quiere hacerse, decididamente, iniciando una «evolución respetuosa a la legalidad» según promete la exposición de motivos. La promesa no deja de ser importante, pues tiende a superar una anterior etapa de excesiva ligereza de nuestra Administración en la regulación de los Seguros sociales poco concorde con el principio de legalidad que debe inspirar todo Estado de derecho (36).

Ya es sintomático el hecho de que al aludir al poder reglamentario del Ministerio del Trabajo no se cite la Ley de Reglamentaciones, tan frecuentemente interpretada como concediendo una facultad reglamentaria omnimoda en materia laboral al Ministerio de Trabajo (37), sino la recta referencia a la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado que junto con la propia Ley de Bases delimitan las facultades reguladoras de los diversos órganos del Estado en esta materia.

El primer problema que plantea la ordenación estatal de la Seguridad social es la de delimitar la competencia que corresponde a cada uno de sus diversos órganos. Para resolver esto debe, previamente, resolverse la cuestión del ámbito de las reservas de Ley en materia de Seguridad social, y, consecuentemente, los límites de la intervención del poder reglamentario, y lo que éste tiene que cubrir o dejar al ámbito de lo discrecional.

El tema, como todos los referentes a la aplicación del principio de legalidad, es un tanto nebuloso en nuestro ordenamiento. Desde luego han de aco-

(36) Sobre el particular han sido decisivas las denuncias de BAYÓN CHAOÓN: *La Seguridad jurídica y el Derecho del trabajo*, en *Estudios Pérez Serrano*, 1959, II; PÉREZ BOTIJA: *El Estado de Derecho y el Derecho del Trabajo*, Madrid, 1958; ALONSO GARCÍA: *La estabilización jurídica de la Seguridad social*, en *R. I. S. S.*, 1960, I, págs. 11 y siguientes, y BORRAJO: *El contenido de la relación jurídica de Seguro social*, en *R. D. M.*, 77, 1960, págs. 101.

(37) Cfr., por ejemplo, art. 1.º del Decreto de 10-VIII-54 que intenta legalizar la existencia del Mutualismo laboral en base a las facultades que confiere al Ministerio de Trabajo la Ley de Reglamentaciones. Vid., sobre el particular, el agudo análisis de MBILÁN: *Mutualismo laboral*, cit., págs. 104 y sigs.

gerse plenamente las afirmaciones de nuestra doctrina de requerir una intervención legislativa a la implantación de un sistema de Seguridad social (38). Pero lo que no está claro es decidir cuál deba ser el sentido y la intensidad de esa intervención, el precisar la esfera de competencia de lo legislativo, y la esfera de competencia propia de la norma secundaria o reglamentaria.

Dentro de la reserva de ley se viene distinguiendo entre una reserva de ley absoluta que impide la intervención de la norma secundaria y una reserva de ley relativa que permite e incluso a veces impone junto a la norma legislativa la intervención de la norma reglamentaria (39). No cabe duda de que la Seguridad social no entra en el campo excepcional de la primera reserva sino en el de la reserva de ley relativa, aún más por tratarse de una materia íntimamente conexa a la de la Organización Administrativa pública que tan amplio campo deja al poder reglamentario. De haber existido alguna duda estaría ésta totalmente aclarada en la Ley de Bases que no sólo permite sino que prescribe la actuación reglamentaria. Lo que no queda tan claro es cuál sea el campo de esa intervención reglamentaria.

La propia Ley de Bases, como su nombre indica, es una ley delegante que requiere para su desarrollo una intervención de la Administración a través de la ley delegada. Existe así, por tanto, en el ámbito de lo legal, un doble campo: el de la Ley de Bases y el de su Texto Articulado. Por tanto, no se ha querido dejar a la reserva de ley tan sólo el establecimiento de las líneas fundamentales de la Seguridad social, sino que se ha querido, en la esfera interna del propio contenido de la Ley, hacer entrar a la legislación delegada, con los límites y las garantías, a la vez que con el valor de ley, que frente al reglamento ordinario ésta supone. La reserva de ley en lo que al régimen general de la Seguridad social se refiere, comprenderá así a más de otras leyes externas (por ejemplo la Ley de Mutualidades), fundamentalmente la Ley de

(38) Así, BORRAJO, «en principio, el establecimiento de un sistema de Seguro social es materia reservada al Pleno de las Cortes y tendrá efecto en virtud de una disposición general con rango de Ley» (*El contenido*, cit., pág. 101). En la problemática actual de la reserva de Ley se señala cómo frente al criterio tradicional es necesario una intervención legislativa no sólo para el establecimiento de cargas, sino también para el reconocimiento de derechos y prestaciones estatales, confiriendo así una garantía adecuada al ciudadano frente a la Administración. Vid., sobre la cuestión, las interesantes reflexiones de JESCH: *Gesetz und Verwaltung*, Tubinga, 1961, págs. 175 y sigs.

(39) Vid. sobre la cuestión de la relación entre la norma secundaria y la norma primaria el estudio exhaustivo de AMATO: *Rapporti fra norme primarie e secondarie*, Milano, 1962.

En los países de democracia parlamentaria el reparto de competencias entre el legislativo y el ejecutivo tiene, además, un profundo sentido político, cfr. TROLET: *Problèmes généraux de la Sécurité sociale en Belgique*, cit., págs. 70-72.

Bases y su futuro Texto Articulado. Para la redacción de éste al lado del importante condicionamiento general que supone el contenido de la delegación, se establecen límites específicos como el temporal de dos años, y junto al preceptivo del Consejo de Estado, el previo informe de la Organización Sindical. Norma neutra, pero de especial significado, por suponer una nueva llamada al respeto de la legalidad, es la expresa referencia de que el Texto Articulado «no podrá ser modificado o derogado sino por otra ley». El principio es recta consecuencia de la fuerza de ley de la ley delegada, pero se quiere evitar que con la Seguridad social ocurra, por ejemplo, lo que ha sucedido con el Texto Refundido de Procedimiento Laboral, que pese a ser una ley delegada ha sido modificado por un simple decreto.

El Texto Articulado tendrá como límite interno el contenido de la propia Ley de Bases, su límite externo derivará del ámbito que se conceda al poder reglamentario, que indicará el grado de desarrollo y de especificación de aquél. Sobre el particular poco nos dice la Ley de Bases, de la que tan sólo se deduce que pueden ser uno o varios los textos que lleven a cabo ese desarrollo articulado. Sólo en algún punto concreto de la Ley preceptúa un desarrollo concreto a través del Texto Articulado, y es en la cuestión referente a la recaudación en vía ejecutiva de las cotizaciones (Base XIV, 64) (40). En lo demás, salvo el caso de mención genérica de disposiciones complementarias que parecen estar pensando conjuntamente en el desarrollo legal y reglamentario (Base Preliminar, IV, 2), la referencia constante es a la actividad reglamentaria, lo que parece reducir notablemente la función del Texto Articulado, que muy posiblemente habrá de tener un contenido amplio y genérico, especificando los principios, pero no precisando los detalles que son más propios de desarrollo reglamentario. Otra solución quizá impediría la necesaria readaptación a las circunstancias que es exigencia del carácter dinámico de la Seguridad social.

12. En el desarrollo reglamentario de la Ley de Seguridad Social deben distinguirse una serie de supuestos diversos, según el significado que el reglamento respectivo, respecto a la propia Ley de Bases, tenga. Por lo pronto hay una materia en la que la actuación reglamentaria constituye expresa autorización a la Administración, lo que permite pensar en la fórmula del reglamento delegado. Se trata de la materia relativa a la fijación de los tipos de cotización y de las bases calificadas de cotización que se dejen a criterio del Gobierno. También existe una autorización al poder reglamentario, en este

(40) Vid. también el número 77 de la Base XVIII que respecto al régimen financiero establece que «las entidades gestoras tendrán, en relación con los bienes y servicios que se le asignen, las facultades que en el desarrollo de las presentes bases se determinen».

caso al Ministerio de Trabajo, para «dictar las disposiciones relativas a la constitución, régimen orgánico y funcionamiento» de los entes gestores de la Seguridad social, «así como para la modificación e integración de los existentes» (Base XVII, núm. 76). Pero esta autorización no parece en sí misma encerrar la fórmula de la reglamentación delegada, al menos en su mayor parte, pues se trata de una competencia genuinamente reglamentaria (41).

Las facultades reglamentarias que la Ley de Bases reconoce al Ministerio de Trabajo «en las materias comprendidas en las Bases» (Base Preliminar, III) son muy amplias y habrán de manifestarse fundamentalmente a través de diversos tipos de reglamentos ejecutivos. Esta amplitud en algunos aspectos puede entenderse incluso excesiva, pues excluye de la reserva de ley cuestiones que por su importancia y trascendencia deberían quizá haber estado incluidas en aquéllas. Se trata, sobre todo, de la cuestión referente al contenido del derecho de la prestación, pues se deja al desarrollo reglamentario la fijación del porcentaje respectivo sobre el salario base (42), e incluso los casos de extinción de derechos a prestaciones (43) o el círculo de beneficiarios (44). Y no puede pensarse que la referencia a lo reglamentario puede tener aquí un sentido impreciso que abarcase tanto al reglamento propiamente dicho como al Texto Articulado, pues de las Disposiciones transitorias y de todo el articulado de la Ley se deduce claramente que el legislador tiene rectamente distinguido las disposiciones reglamentarias y los Textos Articulados (45).

(41) Se trataría de reglamentos delegados modificativos si la autorización legislativa pudiera entenderse como habilitante a modificar, respecto a la constitución, régimen orgánico y funcionamiento de los entes de Seguridad social, auténticos preceptos legislativos. Vid., sobre el particular, AMATO: *Rapporti fra norma primarie e secondarie*, cit., páginas 160 y sigs.

(42) Así, Base VIII, núm. 32 («cuyo porcentaje se fijará reglamentariamente en función de la incapacidad apreciada»), n. 33 («cuyo porcentaje se determinará de acuerdo a las disposiciones reglamentarias dictadas al efecto»). Base IX, n. 37 («se fijará conforme a normas y porcentajes reglamentarios»). Base X, n. 41, b) («se fijará reglamentariamente y se aplicará sobre la base reguladora»). Base XII, 50 («según los casos y con sujeción a las normas reglamentarias»), 52 («las prestaciones reglamentarias que reglamentariamente se determinen»), etc.

(43) Base X, b), dice que la pensión de viudedad tendrá carácter vitalicio «salvo que se produzca alguno de los casos de extinción de tal derecho que se establezcan reglamentariamente». Sobre cómo y en qué condiciones la norma reglamentaria puede limitar derechos reconocidos por la Ley, vid., JESCH: *Gesetz und Verwaltung*, cit., páginas 175 y sigs.

(44) Base X, n. 42, «reglamentariamente se determinarán aquellos otros familiares». Sobre las «disposiciones ejecutivas especificativas del supuesto tipo subjetivo», vid. AMATO: *Rapporti*, cit., págs. 75 y sigs.

(45) En efecto, las Disposiciones transitorias 1.^a, 2.^a y 3.^a hablan de «textos articu-

El desarrollo reglamentario tendrá lugar primeramente a través de las que se han llamado «normas especificativas». Es decir, el reglamento o los reglamentos concretarán «cuáles sean los sujetos, las conductas o las situaciones de éstos a las que corresponde la disciplina prevista en la Ley» (46). En estos casos el reglamento se moverá en el ámbito interno de la Ley Articulada, y existirá un mero reparto vertical de la competencia de lo legal y lo reglamentario, que regulan los mismos puntos pero con diversa intensidad. La vinculación entre esos reglamentos y la Ley es muy paralela a la existente entre la ley delegante-ley delegada. La función reglamentaria aquí tenderá a detallar, aclarar e interpretar lo que ya genéricamente estaba fijado en la Ley (47). Al lado de esta función especificadora de los reglamentos, éstos cumplirán en el régimen de Seguridad social una función complementaria a la de la propia Ley al dejarse en la propia Ley un ámbito propio al poder reglamentario, externo en cierto sentido a la materia legislativa. Puede hablarse aquí de una cooperación de ambas fuentes normativas y de un reparto «horizontal» de funciones (48). Pues bien, son quizá más frecuentes en la Ley de Bases los casos previstos de reglamentación complementaria que los de reglamentación especificativa (49), lo cual permite una mayor libertad y movilidad de la actuación reglamentaria, pero también reduce las garantías consecuentes a la esfera de lo legal.

lados», mientras que la 6.^a y 7.^a de «reglamentariamente» y «disposiciones reglamentarias» lo que claramente muestra se está hablando de dos cosas distintas, y que la mención a «reglamentario» se ha empleado con propiedad conceptual.

La Ley de Bases alude al desarrollo reglamentario también en un punto importante, como es el de determinar las personas que «hayan de cumplimentar» la obligación de cotizar. Claro que se tratará de una reglamentación especificativa, pues a continuación se dice que la cotización se compondrá de dos aportaciones de las empresas (no se ha conseguido en esto utilizar la terminología apropiada; debería haberse dicho «empleador» o «empresario»; la empresa no es sujeto ni de derecho ni de obligaciones, sólo lo es su titular) y de los trabajadores. (Vid. Base XIII, núms. 55 y 56).

Otras veces la Ley de Bases alude a normas de desarrollo sin especificar más: Base XIII, n. 60 («de acuerdo con las normas que en cada caso se determinen»); Base IX, n. 38 («oportunamente fijados»), n. 40 («de modo expreso se determinará», etcétera.

(46) AMATO: *Rapporti*, cit., pág. 62.

(47) Tal será el caso, por ejemplo, si reglamentariamente se especifica que deba entenderse por «trabajadores por cuenta ajena o asimilados» (Base II, a) por «incapacidad permanente», por «enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo» (Base VIII, n. 21, a), etc.

(48) AMATO: *Rapporti*, cit., págs. 61-62.

(49) Vid., por ejemplo, los casos citados en las notas 42, 43 y 44, típicos casos de reglamentación complementaria.

En algún punto la Ley de Bases excede no sólo del ámbito del régimen general, sino incluso del ámbito propio de la Seguridad social, imponiendo al Gobierno tomar medidas de carácter reglamentario, como es el caso de la protección a las familias numerosas (Base XI, núm. 47) y el de la reestructuración de los regímenes de Previsión voluntaria (Disposición final, 1.ª).

V

EL ESTADO Y LA GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

13. Una segunda competencia que corresponde al Estado, según el número III de la Base Preliminar, es la «inspección de la Seguridad social». Aun cuando ya se ha señalado que dentro de la ordenación debe entrar también la organización administrativa y la regulación reglamentaria de la marcha de la Seguridad social, la expresión «inspección» resulta de por sí demasiado reducida para incluir todo el complejo de facultades y obligaciones que respecto a la marcha y gestión de la Seguridad social tiene el Estado-persona.

Si se coteja el citado número III con el siguiente IV, se comprobará que en este último se habla de «dirección, vigilancia y tutela» de un órgano del Estado, con lo que se comprueba que la competencia estatal en esta materia es mucho más amplia que lo que la simple mención «inspección» haría pensar. Lo más probable es que con esa expresión se haya querido consagrar como principio básico de nuestro sistema general de Seguridad social la no gestión directa de la Seguridad social. Su gestión fundamentalmente por entes públicos con participación muy intensa en los mismos de las representaciones profesionales de los interesados (*Selbstverwaltung der Beteiligten*) facilitado grandemente por nuestra estructura sindical unitaria (50) y por la propia estructura mutualista de algunos de los entes gestores que hace que al menos en teoría los trabajadores no sean sólo beneficiarios sino también «miembros» del ente (51).

(50) Haciendo referencia al gobierno sindical de la Seguridad social en la U. R. S. S., afirma VENTURI que «tal sistema sólo es posible en países en los que, como en la U. R. S. S., existe el Sindicato único con funciones públicas ejercidas como órgano directo o indirecto del Estado, y tiene la gran ventaja de permitir que la gestión de la Seguridad social aún siendo unitaria permita la «Selbstverwaltung». La medida real de este autogobierno de la Seguridad social depende, naturalmente, de la medida en que es real en el mismo ordenamiento sindical, el autogobierno de las categorías» (*Il fondamenti*, cit., pág. 461).

(51) La idea sentada en la doctrina de que en los entes de Seguridad social de

Este principio de la no gestión estatal directa de la Seguridad social es consecuencia de la concepción que de la relación Estado-sociedad tienen los ordenamientos europeos, y particularmente los latinos. Tiene razón Netter al afirmar que, en realidad, la solución aportada en cada país al problema de las relaciones de las instituciones de Seguridad social con los poderes públicos corresponde a una concepción de las relaciones del individuo y del Estado (52). Interpretada la libertad en los sistemas latinos como libertad frente al Estado, es lógico que juegue la noción de la libertad, significando una autonomía y autoadministración de la Seguridad social. En consecuencia, se trata de crear, según el ejemplo francés, «una gestión colectiva bajo el control del Estado», pero no una «estatización» (53). «En su intención la Seguridad social es un aseguramiento unitario, pero no un aseguramiento estatal» (54). Por eso frente a las técnicas de planificación estatal, integral y autoritaria se llega a una gestión autónoma con una sensible limitación de la intervención del Es-

estructura corporativa los directamente interesados «no son simplemente beneficiarios sino son miembros del ente» (VENTURI, Op. cit., pág. 236), se recoge expresamente en la Base XVII, n. 74, respecto a las Mutualidades, «integradas por empresas y trabajadores».

Los peligros y límites del mutualismo han sido denunciados por TROCKET: *Problèmes généraux de la Sécurité sociale*, cit., págs. 213 y sigs. En nuestra doctrina ha sido tradicional la alabanza del sistema. así, BAYÓN: *La nueva reglamentación del mutualismo laboral*, en R. D. T., 1954, 5; PÉREZ BOTIJA: *Curso de Derecho del trabajo*, cit., páginas 560 y sigs.; PALANCAR: *La Seguridad social en España. Reciente codificación del Mutualismo laboral*, en Riv. Dir. Int. Comp. del Lavoro, 1959; PÉREZ LEÑERO: *Instituciones de Derecho español del trabajo*, Madrid, 1949, págs. 360 y sigs.; MEILÁN GIL: *El Mutualismo laboral*, cit. Una importante crítica, que compartimos, y que la Ley de Bases no deja del todo invigente, en ALONSO OLEA: *Instituciones de Seguridad social*, cit., págs. 185 y sigs.

(52) *La Sécurité sociale et ses principes*, cit., pág. 345.

(53) Cfr. ROUAST y DURAND (*Sécurité sociale*, 1958, pág. 64) afirman que en el sistema francés se ha establecido una tradición «contraria al principio de la gestión estatal».

Se quiere conseguir así el cumplimiento de la previsión de VENTURI (l *fondament*, página 779) de que «un ordenamiento de Seguridad social seriamente estudiado y fielmente actuado puede asegurar a la vez seguridad y libertad». Sobre la cuestión vid. las, como siempre, atinadas observaciones de PÉREZ BOTIJA: *Reflexiones acerca de las doctrinas que sobre la Seguridad social contiene la Encíclica "Mater et Magistra"*, pág. 1197, donde afirma que la Seguridad social debe establecerse «de un lado interesando más a la sociedad en su sostenimiento, en su gestión y procesos de desarrollo; de otro, destotalizándolos en parte, desburocratizándolos, y, en suma, devolviéndolos a la sociedad (en virtud del principio de subsidiaridad) la administración de tales seguros». Cfr. ALONSO GARCÍA: *Régimen administrativo y Seguridad social*, cit.

(54) Así, BREMME: *Freiheit und Soziale Sicherheit*, cit., pág. 239.

tado, y en la que esa autonomía de las instituciones y la participación interna en la gestión de los mismos de las representaciones de los interesados es una garantía dada a éstos, a la vez que «la tutela y control ejercidos por los poderes públicos sobre las instituciones es una garantía dada al conjunto de la colectividad» (55).

Son estas razones las que entre nosotros han aconsejado el imponer la gestión de la Seguridad social por entes especializados, aunque quizá se ha llegado a una solución extrema al no conseguirse la unificación de la gestión que hubiera sido muy conveniente, pues los defectos de nuestros Seguros sociales no radican tan sólo en la pluralidad de coberturas de un mismo riesgo, sino la pluralidad misma de las instituciones gestoras (56).

14. La no gestión directa del Estado de la Seguridad social no significa, sin embargo, que éste pueda desentenderse de su marcha y deje de tener una directa tutela y control de los entes gestores. Aún más; son tan considerables las funciones que la Administración ha de realizar como ejecutora de los fines del Estado en materia de Seguridad social (57) que ya es en sí problema a resolver el de la descentralización funcional y técnica de los órganos administrativos y gubernamentales competentes en la materia, y, en consecuencia, el de la creación o no de un Ministerio que aúne los asuntos de Seguridad social. Ha sido especialmente la cuestión de los inconvenientes que presenta la dispersión de las competencias y de los servicios la que ha impuesto, desde luego, una reagrupación unitaria de esos servicios ya vinculados a un Ministerio preexistente, normalmente el de Trabajo, ya a un nuevo Ministerio dedicado al problema amplio de los asuntos sociales, y concretamente a la Asistencia y a la Seguridad social (58). Las corrientes más modernas parecen inclinarse por esta segunda solución que parece más concorde con

(55) NETTER: *La Sécurité sociale et ses principes*, cit., pág. 345.

(56) Cfr. ALONSO OLEA; el desarrollo de nuestra Previsión social ha llegado «a la situación actual caracterizada por una dispersión suma del aseguramiento social que va a hacer extremadamente difícil, salvo que se adopten medidas drásticas, la unificación de los Seguros sociales que, evidentemente, debe comenzar por la unificación de la entidad aseguradora» (*Instituciones*, cit., pág. 223).

La necesidad de unificar los entes gestores es un hecho señalado por la generalidad de la doctrina, vid. BALDI: *Unicità o Pluralità di enti previdenziali*, en *Prev. Soc.*, 1959, páginas 673 y sigs.; PALMA: *Unicità o pluralità degli enti gestori della previdenza sociale*, en *Lav. e Sicur. Soz.*, 1960, págs. 515 y sigs.; TROCLET: *Problèmes généraux*, cit., pág. 79 y sigs.

(57) Cfr. PÉREZ BOTIJA: *La Seguridad social como servicio público*, cit.

(58) Una exposición sucinta, pero completa, de la cuestión, en DURAND: *Le ministère de la Sécurité sociale*, en *Droit Social*, 1952, págs. 73 y sigs.

las nuevas exigencias pues la adscripción al Ministerio de Trabajo reduce sensiblemente el campo al no afectar sino al trabajo privado y puede impedir la visión unitaria general tan necesaria en los problemas de la Seguridad social.

Ningún momento mejor que el presente para tomar decisiones al respecto; sin embargo, no ha parecido oportuno, entre nosotros, ese establecimiento específico, y es el Ministerio de Trabajo al que se siguen adscribiendo las competencias administrativas en materia de Seguridad social para el régimen general que es el que la L. B. S. S. regula, y también para todo el trabajo sometido al Derecho privado (59). Se trata de una cuestión que debe ser resuelta por cada sistema según sus circunstancias (60) y aquí ha parecido más adecuado en este punto dejar las cosas tal y como estaban.

El proyecto del Gobierno señalaba ya, sin embargo, una cierta tendencia a la autonomía administrativa de los problemas de la Seguridad social al sentar ya un primer paso importante como era la creación de un Consejo Nacional de Seguridad Social (61), institución consultiva existente en otros sistemas con una decidida representación de los interesados (62). Sin embargo, por razones ignoradas la institución prevista no ha pasado a la Ley.

El Ministerio de Trabajo es así el órgano de la Administración que tiene el importante cometido de llevar a efecto unificadamente la política general de la Seguridad social. No se desconoce, sin embargo, la importancia de esta política que por sus repercusiones económicas y políticas desborda con mucho el ámbito de un departamento ministerial para afectar sensiblemente a toda la vida nacional (63), de ahí que no se desentienda el Gobierno entera-

(59) No se consigue una unificación con el empleo público, que nosotros habíamos ya solicitado en ciertos aspectos en nuestra tesis doctoral. Piénsese, por ejemplo, en la conveniencia de unificación en el aseguramiento de enfermedad. La exclusión del régimen de la Seguridad social privada es terminante en la Disposición adicional, que se completa con la propia regulación contenida en la Ley de Funcionarios del Estado.

(60) Cfr. VENTURI: *I fondamenti*, cit., pág. 414.

(61) Base XVII, n. 70, del Proyecto: «Asimismo se le autoriza para crear como Órgano consultivo El Consejo Nacional de la Seguridad Social». El texto del Proyecto, a más de en el *Boletín de las Cortes*, en BLANCO RODRÍGUEZ: *La planificación...*, cit., págs. 145 y sigs.)

(62) Así, por ejemplo, en Francia existe el Conseil Supérieur de la Sécurité Sociale, que ha de emitir dictamen sobre todas las cuestiones «dont il est saisi par le Ministre du Travail et de la Sécurité sociale» (art. 14 del Code Sécurité Sociale, 10-XII-56) y tiene una composición eminentemente representativa (art. 12 del Code). Vid. sobre el mismo, ROUAST, DURAND: *Sécurité Sociale*, pág. 87.

(63) En el discurso de defensa ante el Pleno de las Cortes, ROMEO reconocía que «La Seguridad social no es la obra de un Ministerio, ni la empresa de un grupo, ni el cometido de un servicio. La Seguridad social es la obra de España» (pág. 17 de la pu-

mente de la marcha de la Seguridad social y aparte de su importante intervención en la ordenación al estarle encomendada, según se ha visto, la aprobación del Texto Articulado; también en la gestión de la Seguridad social se preveen, aunque no muchas, algunas facultades: conocimiento previo a la publicación de las cuentas y balances de la Seguridad social (Base Preliminar, VI), aprobación y revisión, en su caso, de las bases de cotización (Base XVIII, 58) y la política general de coordinación de la Seguridad social con las instituciones afines a ella (Base Preliminar, VII; Base VI, 23; Base XV, 66, B).

15. En lo demás es el Ministerio el que tiene encomendada la tarea genérica de inspección de la Seguridad social mediante el «ejercicio de sus potestades administrativas y reglamentarias» (Base Preliminar, III, 2), quedando bajo «su dirección, vigilancia y tutela» «todos los Organismos, Instituciones y Servicios de la Seguridad social». Prescindiendo de las importantes facultades reglamentarias que, según se ha visto, competen al Ministerio en esta materia de la Seguridad social, en cuanto a esa «dirección, vigilancia y tutela» de las entidades de Seguridad social, la función encomendada al Ministerio es bien importante, y es consecuencia de la naturaleza de la relación que liga a tales entidades con el Estado que las crea.

Los entes gestores de la Seguridad social, tanto los creados de nuevo como los ya existentes, deben ser considerados como establecidos y regulados por el Estado para el cumplimiento de un fin propio fundamental, como es la Seguridad social. En consecuencia estos entes no sólo deben ser calificados como entes públicos (64), sino, además, y más específicamente, como entes públicos «instrumentales», vinculados al Estado por una especial relación de dependencia. La categoría de entes públicos instrumentales ha sido sistematizada por Ottaviano para el caso en el que un ente público «es titular de un *munus* que es exclusivamente estatal y por ello su actividad se pone por entero al servicio del Estado, con la consecuencia de que sus intereses son también del Estado porque coinciden sin residuos» (65). Tal ente está ligado directamente al Estado, pues está destinado «institucionalmente» a servir un interés estatal; tiene una verdadera y propia obligación hacia el Estado

blicación por el I. N. P. de la Ley de Bases, en su Serie Legislación, núm. 199). Cfr. TROCKET: *Problèmes généraux*, cit., pág. 17.

(64) Lo cual es admitido por la generalidad de nuestra doctrina incluso para el caso menos claro de las Mutualidades Laborales. Cfr. PÉREZ BOTIJA: *Curso de Derecho del trabajo*, cit., pág. 565; ALONSO OLEA: *Instituciones de Seguridad social*, pág. 188.

(65) *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, 1959, pág. 22.

de cumplir los programas que le vengan fijados por éste. Por ello puede calificarse de instrumento y decirse que está al servicio del Estado (66).

Dados los caracteres del ente público instrumental parece adecuado conceder tal calificativo a los entes de Seguridad social por desarrollar una función que las propias Normas Fundamentales imponen al Estado, y, por tanto, es directamente estatal y pública. Esta situación de instrumentalidad explica la relación que tiene lugar entre el Estado y esos entes; según Persiani el contenido de esa relación consiste, sustancialmente, en la obligación de estos últimos de realizar la tutela previsora otorgando las prestaciones al verificarse las condiciones previstas por la Ley. «De este modo los entes de Previsión son llamados a realizar un cometido que, constitucionalmente, es propio del Estado, y esto explica la particular disciplina de su constitución, ordenamiento y actividad» (67).

(66) OTTAVIANO: *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, cit., pág. 35.

(67) *Il sistema giuridico*, cit., pág. 187.

Mientras que para el I. N. P. e instituciones similares la calificación de instrumentalidad no ofrece dudas, respecto a las Mutualidades laborales el problema es más delicado. Para OTTAVIANO, los entes instrumentales no pueden tener naturaleza corporativa, pues en estas corporaciones los miembros tienen un fin común propio realizado por la actividad inspirada en el total autogobierno de los miembros (*Considerazioni*, cit., páginas 124-126). Según MEILÁN las Mutualidades son Corporaciones públicas, pero «no estatales» aduciendo una serie de razones doctrinales y positivas. Para él «el Mutualismo laboral no es un servicio público que sea llevado por un órgano administrativo autónomo y en cuya gestión tengan alguna participación los interesados. Este podría ser un enfoque, y ésta es la consecuencia a que de hecho puede llegarse si se amplían mucho las facultades del Servicio de Mutualidades laborales. Esta dirección supondría desvirtuar la impronta del Mutualismo laboral, la impronta de su creación» (pág. 307). *El mutualismo laboral*, cit., pág. 299 y sigs.

Al margen de que el carácter «estatal» o no, no supone, en principio, una negación de la instrumentalidad, no debe desconocerse que ambas cuestiones están íntimamente entreteljadas. El régimen jurídico aplicable al ente en su relación con el Estado-persona es aquí lo decisivo para decir si existe o no una relación de dependencia del ente, en este caso de la Mutualidad con el Estado. La ampliación de facultades del Servicio de Mutualidades que MEILÁN mismo denuncia (pág. 325), el hecho de que no sólo «en cierta medida las autoridades estatales intervienen en la dirección y administración de esas personas públicas» sino que más exactamente los cargos auténticamente directivos son nombrados directamente por el Ministerio de Trabajo (como cargos, a decir de BAYÓN, de confianza ministerial (*La nueva Reglamentación*, cit., pág. 94), el cometido que realizan es directamente estatal, el autogobierno es limitado, teniendo más importancia, por ejemplo, el Servicio de Mutualidades que las Comisiones en las que hay también una decidida intervención administrativa, las decisiones de sus órganos son actos administrativos, recurribles en vía jerárquica, ante los órganos del Estado, etc.; en suma, toda la regulación positiva de la relación de las Mutualidades con el Estado da pie a afirmar que pese a su denominación y al espíritu con que fueron creadas, las Mutuali-

El afirmar la situación de instrumentalidad de los entes de Seguridad social respecto al Estado aclara en gran parte la situación de la relación de aquéllos con éste, y explica la recta dependencia a que aquello se somete. La Ley de Bases, como es lógico, no entra en detalles ni especifica el contenido de esa relación de dependencia, sino que se limita fundamentalmente a dejar sentado el que corresponde al Estado la «inspección» de la Seguridad social, y que, consecuentemente, todos los entes gestores «quedan bajo la dirección, vigilancia y tutela del Ministerio de Trabajo» (Base Preliminar, III y IV).

16. La «dirección» de los entes de Seguridad social hace referencia fundamentalmente a la ordenación de los mismos, materia en buena parte incluida en la «ordenación» por el Estado de la Seguridad Social a la que ya se ha hecho referencia. Es cometido del Estado tanto la creación como la fijación de funciones y la organización de los citados entes. Con la excepción de esa pervivencia caduca de las Mutuas Patronales, la lógica supresión de las aseguradoras privadas, ha traído por consecuencia el que los entes gestores de la Seguridad social sean siempre creación del propio Estado, y esto no sólo respecto a aquellos que tienen una estructura institucional, como es el caso del Instituto Nacional de Seguridad, Rehabilitación y Accidentes, que se autoriza al Gobierno para crear (Base XVII, 71), sino también incluso para aquellos a los que se ha querido dar una estructuraseudocorporativa, como son las Mutualidades laborales «instituidas por el Ministerio de Trabajo» (Base XVII, 74) (68). Al mismo tiempo que se instituyen, se ordenan y regla-

dades son propiamente servicios públicos llevados «por un órgano administrativo autónomo y en cuya gestión tienen alguna participación los interesados» y en este espíritu se mueve plenamente la Ley de Bases (cfr. Base XVII, 75, 2).

Aun cuando formalmente entes públicos instrumentales en su funcionamiento y régimen las Mutualidades se basaban en el principio de Mutualidad en lo que respecta al reparto y soporte de riesgos, pues «rompieron el principio de solidaridad nacional ante los riesgos, al crear coberturas especiales para grupos de trabajadores determinados, sin motivo aparente para ello» (ALONSO OLEA: *Instituciones*, cit., págs. 185-186). Precisamente para salvar esta situación anómala de feudalismo profesional y superar la estructura económica mutualista, tan poco adecuada con un sistema de Seguridad social, la Ley de Bases impone un sistema de compensación (Base IX, n. 38) a través del cual se conseguirá la aplicación del principio de solidaridad que es propio de un régimen de Seguridad social (vid. sobre la cuestión, por todos, PERSIANI: *Il sistema giuridico*, cit., págs. 127 y sigs.). Con lo cual desaparece, incluso en parte, la estructura económica mutualista de esos entes públicos instrumentales.

(68) Según ALONSO OLEA las Mutualidades laborales tienen como característica esencial el ser «creadas por el Estado y no por la libre asociación de los que a ellas pertenecen»; esta nota, a su vez, sirve de premisa a la de la obligatoriedad citada en

mentan por el propio Estado, sus disposiciones «estatutarias» emanan de éste, sin que exista autonomía de los entes al respecto (69).

Además, es el propio Estado, a través del poder reglamentario ejercido por el Ministerio de Trabajo, el que fija la competencia y el cometido público de cada uno de los entes de Seguridad social, con la sola excepción del régimen de Accidentes de Trabajo que la propia Ley adscribe a las Mutualidades (Base XVII, 70 y 73). En esto el respeto del principio de legalidad ha venido a modificar la redacción inicial del Proyecto que teniendo en cuenta este carácter instrumental de los entes de Seguridad social establecía que todos los poderes y facultades correspondientes a éstos se considerarían «concedidos por delegación del ministro de Trabajo». La formulación era excesiva y peligrosa; felizmente se ha sustituido por una referencia expresa a la Ley y «disposiciones complementarias», de la que derivan así directamente los poderes y facultades concedidos a tales entes. No dejan de preverse, sin embargo, casos de suspensión o modificación de estos poderes, pero sólo «en los casos y con las formalidades y requisitos que se determinen», fijando al respecto una zona de potestades regladas del Ministerio de Trabajo (Base Preliminar, IV, 2).

La «dirección» de los entes de Seguridad social hace referencia no sólo a esta ordenación general de los entes y consecuentemente a la predeterminación del programa actual que efectivamente se asuma por ellos, sino también a la facultad del Ministerio de impartir instrucciones en el ejercicio de sus potestades administrativas (70). También supone función directiva el nombramiento de las personas encargadas de regir los entes (71); este poder no empuja a la aplicación del principio de autonomía colectiva y, consiguientemente, de la intervención de los interesados en la gestión de los entes de Seguridad social. Precisamente es una nota original del sistema de Seguridad social el que juegan a la vez dos principios en cierto sentido contradictorios, el de la instrumentalidad que exige dependencia hacia el Estado, y consecuentemente la limitación de la autonomía de los entes gestores, y el de la autonomía que

primer lugar y explica por qué sus normas reguladora, los estatutos de cada Mutualidad incluidos, no son prescripciones autonómicas, sino, sencillamente, disposiciones reglamentarias emanadas del Ministerio de Trabajo» (*Instituciones*, cit., pág. 184). Cfr. MELLÁN: *El Mutualismo laboral*, cit., pág. 250: «El origen heterónomo de las mismas es, pues, evidente».

(69) Lo cual, según OTTAVIANO, es una nota definitoria de la instrumentalidad, *Considerazioni*, cit., págs. 63 y sigs.

(70) Vid. LEVENBACH: *La funzione dello Stato nell'organizzazione della sicurezza sociale*, en *Prev. Soc.*, 1958, pág. 797.

(71) Según PERSIANI: «Ulterior característica de la situación de dependencia en la se encuentran los entes de Previsión frente al Estado, es el poder de este último de nombrar los componentes de los órganos directivos» (*Il sistema*, cit., pág. 190).

predica la limitación de la injerencia del Estado y la no gestión directa por éste. En la conjunción de ambos se llega en la designación de los órganos de los entes a una solución original: la dependencia del ente hacia el Estado se traducirá en el establecer éste el procedimiento de nombramiento de tales órganos, que precisamente es, por lo menos para un número importante de ellos, la designación por los representantes profesionales íntimamente afectados por la actividad pública del ente (72).

17. Al lado de esta «dirección» la función del Estado en la gestión de la Seguridad social se traduce en una importante función de «control» a la que alude la genérica referencia a «inspección» contenida en el número III de la Base que comentamos. Esta inspección de la ejecución de la Seguridad social se emplea en un sentido amplísimo, comprensivo del cumplimiento de las obligaciones respectivas por todos los sujetos participantes en el sistema. Se concreta así, por ejemplo, en la inspección del cumplimiento de los deberes de afiliación, cotización, de los empleadores, del respeto a los cupos de readaptados y rehabilitados que han de ser ocupados en las empresas, etc. Se trata de una actividad encomendada, en general, a un órgano estatal especializado que entre nosotros, al no existir una inspección propia de Seguridad social habrá de realizar la Inspección de Trabajo (73). En lo que aquí interesa de la relación de los entes de Seguridad social con el Estado esa «inspección» significa fundamentalmente la «tutela y vigilancia» que hacia los mismos tiene el Ministerio de Trabajo. (Base Preliminar, IV).

La doble referencia a la tutela y la vigilancia quiere incluir toda la temática del control estatal sobre los citados entes. Se trata de un problema importante en el que está en juego la autonomía de estos entes, pues si es excesiva se agotará y no se realizará los propósitos que aconsejaron la administración descentralizada. Pero, por otro lado, de ser excesivamente leve la independencia de los entes gestores de la Seguridad social, sobre todo si se tiene

(72) El sistema de «autogobierno» por los interesados, o más exactamente, respecto a nuestra Seguridad social, la participación de los interesados en el gobierno de las entidades gestoras, que no empece al carácter de instrumentales de éstas (Cfr. OTTAVIANO, loc. cit., págs. 83 y sigs.) es característica hoy de la mayoría de los sistemas de Seguridad social por estimarse que el fin público de ésta es conseguible más adecuadamente a través de la participación de los interesados. El principio, que no es nuevo en nuestro ordenamiento, no deja de tener sus límites y peligros. Cfr. NETTER: *La Sécurité Sociale*, cit., págs. 324 y sigs.

(73) Según LEVI: «La Inspección de trabajo es el órgano más importante al que le es atribuida la función de vigilancia para la observancia de las leyes de Previsión» (*Linee di una teoria giuridica della previdenza sociale*, Milano, 1953, pág. 110).

en cuenta la multiplicidad de los mismos según acepta la Base XVII, no sólo se traducirá en falta de unidad y coordinación, sino en poder económico y social importante dentro del propio Estado que puede poner en peligro la soberanía de éste (74); de ahí la importancia de una justa gradación de ese control. La Ley de Bases mantiene al respecto, dentro de su amplitud, una actitud bastante elogiable al admitir, en principio, una relativa independencia de los entes, al ser la intervención administrativa en la gestión sensiblemente menor que la intervención en la ordenación, o la intervención «jurisdiccional», que, según se ha de ver, garantiza ya de por sí un eficaz control jurídico del cumplimiento por los entes de su deber de otorgar prestaciones.

La mención «tutela» puede ser entendida o en el sentido amplísimo que lo hace la doctrina francesa como equivalente a control administrativo, o en el sentido más reducido que lo emplea la doctrina italiana y un sector de nuestra doctrina, haciéndolo equivalente, paralelamente, a la noción de Derecho privado, a la actividad sustitutoria (75). La referencia a tutela, vigilancia y dirección permite una aceptación restringida del concepto en el sentido de sustitución o absorción de funciones propias para el cumplimiento de los fines de los citados entes, pero que quizá éstos no puedan realizar adecuadamente de por sí. Ejemplo de esta tutela es la tutela técnica al organizarse adecuadamente estudios por el Ministerio de Trabajo para el conocimiento y mejora de la Seguridad social (Base Preliminar V), la tutela en la recaudación a cargo de la Inspección de Trabajo (Base XIV, 62), la tutela económica en materia de prestaciones familiares (Base XI, 45), la tutela mediadora en los casos de desacuerdo de la Seguridad social «con laboratorios y farmacias» (Base VI, 26, D), la tutela en la organización administrativa por medio de suministro y formación del personal (76), así como la genérica actuación sustitutoria que puede desprenderse del inciso final del número IV de la Base Preliminar.

18. Mucha mayor importancia tiene la «vigilancia» por el Ministerio de Trabajo de la gestión por los entes de la Seguridad social. Según Ottaviano,

(74) Cfr. RICHARDSON: *Economic and Financial Aspects of Social Security*, págs. 52-54: «The social security schemes of a country should be co-ordinated in order to remove anomalies and inconsistencies and to fill gaps».

(75) Así, por todos, PÉREZ BOTIJA: *Problemas de administración corporativa*, en R. E. P., IV, 1942, pág. 119.

(76) MEILÁN, haciendo referencia al Mutualismo, afirma que toda la materia relativa a la organización administrativa es llevada directamente por personal dependiente del Servicio de Mutualidades laborales. Se da en esta materia una manifestación típica de la tutela: sustitución de la actividad del ente tutelado por la del ente tutelador» (*El mutualismo laboral*, cit., pág. 298).

«diciendo que un ente está sometido a la vigilancia del Estado se quiere significar que el órgano competente de la Administración vigila la actividad del ente en todas direcciones. El contenido de este poder de vigilancia ha de determinarse con respecto a la situación en que se encuentra el ente frente al Estado, y, por ello, teniendo presente los otros poderes atribuidos a este último» (77). Esta vigilancia, o en la expresión de Pérez Botija, «fiscalización» por el Estado de los entes de Seguridad social es aludida sólo en líneas muy generales por la Ley de Bases.

La manifestación más importante de la vigilancia estatal de la gestión de la Seguridad social es posiblemente la referente a la aprobación por el ministro de Trabajo de «las cuentas y balances de la Seguridad social» (Base Preliminar VI). Como no se dice nada sobre si se tratará de un control de legalidad o también de un control de oportunidad, parece que en este punto la intervención del Ministerio habrá de limitarse, en principio, a examinar la «regularidad contable» salvo el caso en que de tales balances se deduzca una violación de los preceptos legales o reglamentarios sobre el régimen económico financiero de los entes, en este punto existirá un cierto control de conveniencia pues «el ministro al aprobar mantiene que la actividad del ente además de ser contable y formalmente regular, se ha desarrollado conforme a las directivas impartidas». En todo caso la aprobación tiene no un sentido de acto negocial que condiciona el del ente, sino más bien de un acto de conocimiento, «de un acto instrumental al que sólo pueden venir reconocidos efectos jurídicos desde el exterior» (78). Se trata de un control importante, que no estaba suficientemente regulado hasta el momento entre nosotros y que es una lógica consecuencia del carácter impositivo de las cotizaciones de la Seguridad social (79). El control se refuerza, además, por el conocimiento, aunque sólo sea a título informativo por el Gobierno (Base Preliminar VI) y por su publicación en el órgano informativo oficial.

Haciendo referencia al objeto sobre el que la vigilancia o control sobre

(77) OTTAVIANO: *Considerazioni*, cit., pág. 89. Cfr. PÉREZ BOTIJA: *Problemas de administración corporativa*, págs. 117 y sigs., que distingue entre la «intervención preventiva» y la «fiscalización sucesiva y a posteriori». Según TROCLET. «una de las nociones que se desgajan menos claramente de todos los discursos y de todos los escritos relativos a las reformas sociales es la de las relaciones entre la autoridad pública y los organismos que gestionan la Seguridad social» (*Problèmes généraux*, cit., pág. 65).

(78) OTTAVIANO: *Considerazioni*, cit., pág. 95.

(79) Según DE LA VILLA, la Ley de Bases sale en este punto «al paso de la poca clara situación procedente», *Limitaciones*, cit., pág. 29, nota 42. Sobre la naturaleza jurídica de las cotizaciones, vid. el excelente examen de BORRAJO: *Estudios jurídicos de Previsión social*, Madrid, 1963.

el ente público de Seguridad social se realiza, la doctrina distingue un control sobre los actos, de un control sobre la organización y un control sobre la actividad. Respecto al primero suelen distinguirse entre un control o fiscalización preventiva que incide sobre la eficacia o validez de dichos actos y que tiene por manifestaciones más importantes el derecho a veto, y la posibilidad de autorización previa, y un control sucesivo o fiscalización *a posteriori* y que se ejercita de diversos modos, pero teniendo fundamentalmente como efecto el poder anular o modificar los actos de los entes (80). Los casos de autorización previa son frecuentes en algunas materias de la Seguridad social, en la Ley se citan expresamente algunos casos, como el relativo al establecimiento de regímenes especiales (Base III, 10, «autorice»), o la decisión de establecer cotizaciones adicionales para revalorizar pensiones de vejez (Base XIII, 59, c) pero los más importantes de ellos son los que sin duda habrán de establecerse en los Textos Articulados y disposiciones reglamentarias (81). Mayor importancia tiene el control sucesivo, forma de vigilancia directa que tiene un sentido en general de examen de la legitimidad de tales actos y que confiere al Estado un poder de anulación de los actos de los entes no conformes a Derecho. Esta intervención unas veces se traducirá en la mera suspensión del acto, otras veces, lo que no es frecuente, en un régimen de Seguridad social, en una sustitución al tomar el Estado, a través del Ministerio de Trabajo, la decisión que debería haber tomado el ente (82). La materia es propia del desarrollo articulado y reglamentario; la Ley de Bases, a más de sentar esa facultad genérica de vigilancia del Ministerio, sólo prevé expresamente según se ha visto, el caso más amplio de «suspensión» de los poderes y facultades de los entes. En todo caso, debe señalarse que la existencia de un régimen de recursos y una vida jurisdiccional, así como la intervención de los interesados

(80) Cfr. PÉREZ BOTIJA: *Administración corporativa*, cit., págs. 117-118.

(81) NETTER cita como ejemplos, al respecto, «los estatutos o reglamentos interiores, las operaciones inmobiliarias, ciertas inversiones, las decisiones relativas a la acción sanitaria y social y especialmente la creación de obra sociales o el establecimiento de cuidados, las cuentas financieras y ciertas decisiones tomadas en ocasión de su examen» (*La Sécurité sociale*, cit., pág. 348).

(82) La actividad sustitutoria es rara porque, de un lado, si el acto del ente deniega una prestación a la que tiene derecho el titular petionario, será a través de la vía administrativa o jurisdiccional propiamente dicha y no a través de un auténtico control sucesivo como esto habrá de conseguirse; la propia actuación de la inspección de trabajo se encaminará hacia esa vía. Igual cabe decir del ejercicio por los entes de Seguridad social de sus derechos a las cotizaciones; la actuación de la Inspección de trabajo en esta materia ejerciendo poderes propios es más de colaboración que de vigilancia con los entes de Seguridad social, aunque tampoco falte algo de ésta (vid. Base XIV, número 62. El núm. 61 alude al «control» del ingreso de cuotas.)

en la gestión, son, de por sí, ya importantes garantías para que los entes en su actuación respeten adecuadamente la legalidad.

El control sobre la organización hace en general referencia a la vigilancia indirecta que supone la injerencia estatal no sólo, según se ha visto en la designación de los órganos directivos, sino por la participación en los mismos de funcionarios del Ministerio de Trabajo tanto en el plano nacional como en el plano provincial, e incluso por la intervención o designación de los empleados que forman el personal de tales entes (83) forma de tutela que tiene al mismo tiempo un evidente significado de vigilancia de la organización del ente.

El control sobre la actuación de los entes de la Seguridad social es la última pero no la menos importante en la «vigilancia» del Ministerio del Trabajo sobre aquéllos. Son muy diversas las manifestaciones que este control ha de revestir en una materia tan compleja como es la Seguridad social. Igualmente son muy distintos los cauces y los procedimientos y las consecuencias de ese control sobre la actividad, desde la «vigilancia sobre el modo en que es realizada» la protección de la seguridad en el otorgamiento de prestaciones propia de la Inspección de Trabajo (84), hasta la posibilidad de realizar estudios, encuestas, etc., sobre el funcionamiento de los diversos servicios (85). Una consecuencia de ese control de actuación sobre los entes y, por tanto, sobre las personas que actúan por éstos, es el poder disciplinario sobre estas personas, expresamente aludido en la Ley para el caso del personal sanitario que preste servicios a la Seguridad social (Base VI, 25), y ya genéricamente incluido en la referencia de la Base Preliminar, núm. IV, 2 (86).

De lo antedicho cabe concluir, reconociendo con Persiani, «la exactitud de la calificación de los entes de Previsión como entes públicos instrumentales, la confirmación también del hecho de que su participación en la realización de la tutela de previsión tiene lugar para la satisfacción de un interés y para absorber cometidos propios del Estado. Esto permite, de otra parte, confirmar la relevancia de la relación entre el Estado y los entes de previsión respecto al sistema jurídico de la Previsión social, en el cual debe reconocerse comprendido» (87).

(83) Vid. sobre la cuestión MEILÁN: *El Mutualismo laboral*, cit., págs. 322 y sigs.

(84) Cfr. LEVI: *Linee per una teoria giuridica*, cit., págs. 106 y sigs.; BARASSI: *Previdenza Sociale e Lavoro Subordinato*, cit., I, pág. 129; DE LITALA: *Diritto delle Assicurazioni sociali*, 5.^a ed., Torino, 1959, págs. 90 y sigs.

(85) Vid. Base Preliminar V y Base XV, n. 66, D), b).

(86) Siempre entre los límites, máximo y mínimo, que fija la Ley de Bases y que fijarán sus futuras normas de desarrollo, respectivamente.

(87) *El sistema giuridico*, cit., pág. 196. Sobre el sentido de que se da a «sistema» y la diferencia con la «relación de Previsión» como relación aseguradora comprendida,

VI

LA JURISDICCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

19. Ya fuera del sistema jurídico propiamente dicho de la Seguridad social (88), el Estado interviene en la Seguridad social también a través del ejercicio de su potestad jurisdiccional. Aun cuando no era necesario, la Ley de Bases señala expresamente, en una auténtica norma neutra, que «corresponde al Estado la jurisdicción... de la Seguridad social» (Base Preliminar III), esto es, la resolución con poderes propios derivados de su posición de supremacía de los conflictos que en esta materia se le planteen ante los órganos especialmente instituidos para ello.

La Base XIX se dedica al régimen jurisdiccional, pero sin innovarse nada. En efecto, persiste primeramente la dualidad de vías jurisdiccionales según que se trate o no de la percepción o reconocimiento del derecho a prestaciones (89). El primer caso sigue correspondiendo al conocimiento de la jurisdicción del trabajo a través del tan defectuoso proceso especial regulado en los artículos 129 y siguientes del T. R. P. L., el cual, por la gran acumulación de asuntos resultantes de la unificación del órgano decisor, da lugar a una espaciosa lentitud muy poco apropiada para las materias de Seguridad social, que requieren soluciones rápidas cuando no urgentes.

con otras, en aquél, vid. *ibid.*, págs. 82 y sigs. «Por sistema jurídico de la Previsión Social debe entenderse el conjunto de las diversas relaciones intercurrentes entre los sujetos que participan en la realización de la tutela de Previsión, esto es, de la relación intercurrente entre el Estado y el Instituto de Previsión, entre el Estado y el beneficiario de las prestaciones de Previsión, entre el Instituto y el beneficiario de las prestaciones de Previsión y entre el Instituto y el obligado al pago de las cotizaciones de Previsión» (pág. 83).

Precisamente por la peculiaridad de la relación del Estado con los entes de Seguridad social, comprendidas, según se ha afirmado, en el sistema jurídico de la Seguridad social, la propia doctrina administrativa comienza hoy a contraponer entre los servicios públicos tradicionales y los servicios sociales. Vid., por todos, LAUBADERE: *La notion et le régime juridique des services publics sociaux en droit administratif français, Droit Social*, 1954, 9.

(88) «En el ejercicio de la potestad legislativa y de la jurisdiccional en materia de Previsión social, el Estado se presenta en posición de supremacía..., por tanto, en el ejercicio de tales poderes el Estado no puede entrar, ciertamente, como sujeto en la relación jurídica de Previsión social» (en el «sistema jurídico» diríamos nosotros). CANNELLA: *Corso di diritto della Previdenza Sociale*, cit., pág. 133.

(89) Cfr. ALONSO OLEA: *La materia contenciosa laboral*, Sevilla, 1959, págs. 96 y siguientes.

En otros ordenamientos se ha llegado a una configuración autónoma de la jurisdicción especial de Seguridad social. Entre nosotros esto quizá resultara excesivo, sobre todo si se tiene en cuenta la limitación subjetiva del sistema (90) pero, en todo caso, creemos que hubiera sido conveniente aprovechar el momento para revisar el proceso laboral en materia de Seguridad social.

Como innovaciones parciales pueden señalarse, primeramente, la inclusión de todo el sistema de prestaciones familiares en la jurisdicción del trabajo, y ello como consecuencia de la supresión misma del Plus Familiar (91). En segundo lugar, la posible integración, que no deja clara la Ley de Bases, de los conflictos en materia de accidentes de trabajo dentro del sistema general del proceso especial citado en materia de Seguros sociales. Finalmente, la nueva regulación que se preceptúa para la reclamación administrativa previa, «que se regulará en forma sencilla y sumaria, evitando situaciones de indefensión» (Base XIX, 81).

La jurisdicción contencioso-administrativa seguirá conociendo, tras la oportuna vía administrativa, de los demás conflictos planteados en materia de Seguridad social.

En todo caso, como fase previa y preceptiva a la vía jurisdiccional, existe siempre, con la excepción de accidentes de trabajo, una vía administrativa previa que, a más de posible medio de resolución preventiva del conflicto, es una importante forma de fiscalización de la actuación y de los actos de las entidades gestoras de la Seguridad social (92).

(90) Que la Seguridad social trae consigo problemas jurisdiccionales propios se reconoce en general. Cfr., por ejemplo, LAROQUE: *Contentieux social et jurisdiction social*, en *Droit Social*, 1954, págs. 271 y sigs. NETTER: *La Sécurité sociale*, cit., páginas 371 y sigs.

(91) Vid., sobre la exclusión de la jurisdicción laboral del sistema del Plus familiar (por una Orden de 29-III-1946 (!)) y sin base legislativa alguna), ALONSO OLEA: *La materia contenciosa laboral*, cit., págs. 68-69, con cita de jurisprudencia al efecto.

(92) Cfr. ALONSO OLEA: *La reclamación administrativa previa*, Sevilla, 1961, páginas 102 y sigs.; PÉREZ BOTIJA: *Administración corporativa*, cit., pág. 118, que encuadra dentro de la «intervención en el funcionamiento» los recursos «gubernativos».

VII

LA PARTICIPACIÓN DEL ESTADO EN LA FINANCIACIÓN
DE LA SEGURIDAD SOCIAL

20. Una importante intervención del Estado en la Seguridad social es su concurso a la financiación de la misma, sin el cual no sería pensable un sistema auténtico de Seguridad social (93). En un sistema, como el nuestro, basado en una buena parte en la idea económica de «aseguramiento» y limitado subjetivamente a los trabajadores en sentido genérico, la forma más importante de actuación del Estado consiste en la imposición de deberes específicos de afiliación y de cotización. Pero ésta intervención no es bastante, primeramente porque con ello no se logra por completo la realización de la idea de solidaridad social que es propia de la Seguridad social, que debe de realizar no sólo una redistribución de las rentas salariales, sino también, al menos parcialmente, una redistribución de la renta nacional. Además, los crecientes gastos de la Seguridad social hacen insuficientes la aportación de los interesados e imponen una colaboración económica del Estado que vienen justificadas por el carácter del fin público propio que tiene la Seguridad social. En todo caso, al reconocerse conjuntamente un derecho del ciudadano a la Seguridad y a la Asistencia pública, es lógico que el Estado participe en la realización de tales derechos, aún más cuando el carácter sustitutivo y subsidiario de la Asistencia pública hará que en última instancia los defectos de cobertura de la Seguridad social tengan que ser cubiertos directamente por el Estado a través de sus instituciones de asistencia (94).

Por todas estas razones, la Ley de Bases, aún no innovando propiamente en este punto, prescribe no sólo la posibilidad sino incluso la obligación del Estado de participar en la financiación de la Seguridad social. De las muy diversas formas pensables de concurso económico (95) la Ley establece primeramente una contribución económica específica a cargo del Fondo Nacional de Protección al Trabajo, para la financiación de determinadas prestaciones, las familiares (Base XI, 45, a), y una contribución indistinta, genérica, para el

(93) Cfr. CATTABRIGA: *Quali debbono essere le fonti di finanziamento della protezione sociale*, en *Rass. St. Lavoro*, 1950, IV; RICHARDSON: *Economic and Financial Aspects of Social Security*, cit., pág. 63.

(94) Cfr. GUELI: *Il sistema giuridico delle assicurazioni sociali*, cit., pág. 67; NETTER: *La Sécurité sociale*, pág. 23.

(95) Vid. sobre las mismas CANNELLA: *Corso di diritto della previdenza sociale*, cit., páginas 147 y sigs.

sistema de Seguridad social, con carácter permanente y a cargo de los presupuestos generales del Estado (Base XVIII, 78. b). Finalmente, prevé la posibilidad de aportaciones especiales cuando las circunstancias lo exijan o requieran (Base XVIII, 78. b).

Por cierto que la Ley de Bases habla al respecto de «subvención», cuando hubiera sido más exacto hablar de «contribución» o aportación. En efecto, la subvención tiene en sí mismo un carácter esporádico y, sobre todo, externo que responde a la realización de fines no propiamente estatales, pero de los que el Estado no puede desentenderse. En un sistema de Seguros sociales en que éstos no se considerarán fines del Estado, la aportación económica estatal, de haberla, sí que podría ser considerada como subvención, pues no tendría otra función que estimular o fomentar la acción de los grupos. Pero en un sistema de Seguridad social en que ésta no sólo es fin, sino compromiso impuesto al Estado, la participación económica de éste no puede ser considerada propiamente como subvención sino como auténtica contribución al darse para la realización de fines directamente públicos, y existir una obligación de los entes de Seguridad social de realizar la política de Seguridad social. Las contribuciones, según Ottaviano, «encuentran su justificación en el permitir al Estado obtener, aunque por medio de otro sujeto, una finalidad particularmente suya» (96), y claramente éste es el caso de la Seguridad social a través de cuyo sistema el Estado realiza un fin que constitucionalmente le viene impuesto, lleva a cabo un derecho que a la persona le viene «constitucionalmente» reconocido (97).

21. Afirmando esta naturaleza de aportación contributiva de la ayuda financiera del Estado a la Seguridad social, se sale al paso frente a la opinión de los que considerando como solo fin directo del Estado la Asistencia pública, justificaban tal ayuda sólo en el ahorro que le suponía al Estado la existencia de la Seguridad social (98). Al contrario, como los entes de Seguridad social cumplen un fin propio del Estado, y no distinto del de éste, como actúan «por cuenta del Estado», la obligación financiera que en la Ley de

(96) *Considerazioni*, cit., pág. 42. Sobre el tema, vid. NIEVES BORREGO: *Estudio sistemático... de la subvención*, en R. A. P., 42.

(97) Según PERSIANI: «Debe sostenerse que la intervención financiera del Estado en la gestión de los Seguros sociales tiene lugar en ejecución de un preciso deber impuesto por la Constitución. El Estado está obligado a realizar la tutela de Previsión para la satisfacción inmediata y directa del interés público, interviniendo directamente donde sea necesario a la financiación de los entes, que son los instrumentos de que se vale para la realización de sus cometidos» (*Il sistema*, cit., pág. 202).

(98) Así, CATALDI: *Il sistema giuridico*, cit., pág. 84.

Bases el Estado asume, tiene el mismo título que legitima, por decirlo con Cannella, «en general, y no sólo para las actividades asistenciales, todos los gastos del Estado, esto es, la consecución de fines de interés general» (99). Se trata, por tanto, de una auténtica contribución financiera a la que el Estado se encuentra obligado y a la que los entes de Seguridad social tienen, en principio, derecho. Sin embargo, esto no puede tampoco entenderse en el sentido de que tal aportación estatal tenga una naturaleza semejante o paralela a la de las cotizaciones de la Seguridad social (100), o de que exista una relación de sinalagma entre el cumplimiento por el Estado de su obligación financiera y el cumplimiento por los entes de Seguridad de sus obligaciones a que se comprometen frente al Estado mismo. La contribución estatal, en efecto, no significa, según Persiani, «la reciprocidad de la actividad desarrollada por los entes para la realización de la tutela de Previsión, dado que ésta debe ser necesariamente realizada para la consecución necesaria del interés público a ella conexo, cuya consecución legitima, por sí sola, el concurso financiero del Estado» (101). De ahí que los entes no sólo tienen el derecho sino también el deber de percibir tanto las cotizaciones de Seguridad social como la aportación económica que les suministra el Estado (102).

En conclusión —y esto es extendible a todo el ámbito de la genérica relación de Seguridad social— en el régimen general previsto en la Ley de Bases el Estado permanece extraño a la relación contributiva, teniendo sobre el particular sólo una vinculación interna con los entes gestores, los cuales, según se ha visto, realizan fines propios del Estado, que éste ha transferido a aquellos. Son sólo éstos los que, como representantes del interés público, actúan en la relación de Seguridad social y están sólo ellos obligados a otorgar las prestaciones al verificarse los eventos objeto de cobertura. El Estado no es parte en esa relación y frente a él no tiene acción directa alguna el trabajador asegurado, tanto en lo que se refiere al otorgamiento de prestaciones como al cumplimiento de su aportación financiera.

Realizado que sea el derecho «social» a la Seguridad social, a través de la instrumentación de un sistema adecuado de Seguridad social, el Estado no adquiere compromiso personal alguno frente a los beneficiarios del régimen. Son dos planos diferentes: el del cumplimiento de su deber fundamental y el de la realización concreta de la protección de la Seguridad so-

(99) *Corso di diritto della Previdenza Sociale*, cit., pág. 151.

(100) *Istituto di assicurazioni sociale*, en *Saggi scienza assicurative*, Pisa, 1939, III, página 133.

(101) *Il sistema giuridico*, cit., pág. 202.

(102) Cfr. OTTAVIANO: *Considerazioni*, pág. 41.

cial, y en éste último el Estado permanece fuera, por propia prescripción de la Ley. En el sistema mismo de la Seguridad social su intervención, según hemos examinado, es fundamental, pero se da sobre todo en el plano de la relación interna con los entes gestores. Igual sucede con la obligación financiera que sólo tiene relevancia frente a los entes de Seguridad social. Cabe, pues, concluir, afirmando con Cannella, que el Estado, aunque esté obligado a intervenir con aportaciones financieras en la Seguridad social, «permanece extraño a las relaciones jurídicas de Previsión social inherentes a la forma de Previsión administradas por las gestiones financiadas» (103).

MIGUEL RODRÍGUEZ PIÑERO

(103) *Corso di diritto della Previdenza Sociale*, cit., pág. 154. Cfr. CATALDI: *Il sistema giuridico*, cit., pág. 86.

