“La gestión del régimen público de seguridad social por sujetos privados”

Autor: Francisco Requejo Gutiérrez

Tesis doctoral UDC / Año 2015

RESUMEN DESCRIPTIVO

El objeto del trabajo es el estudio de la gestión de la seguridad social llevada a cabo por sujetos privados, y más concretamente, por las mutuas y empresas, por ser las dos categorías específicas de sujetos privados a los que la Ley General de la Seguridad Social autoriza a realizar actividades de colaboración en la gestión de la seguridad social.

Lo primero que llama la atención es que la figura jurídica que utiliza el legislador para permitir a sujetos privados intervenir en la gestión de la seguridad social es la “autorización administrativa”. Con el empleo de esta fórmula no se da a entender otra cosa más que aquello que la doctrina administrativista entiende por autorización administrativa, esto es, la actuación de la Administración dirigida a la remoción de prohibiciones respecto del ejercicio de actividades que se consideran privadas y no de la titularidad de los entes públicos. Sin embargo, este planteamiento choca, a mi modo de ver, con la idea de que, con el surgimiento del Sistema de seguridad social que instaura la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, es el Estado quien asume la titularidad de las actividades de seguridad social. Y es por eso por lo que cabe preguntarse si la indicada intervención de sujetos privados obedece a un título jurídico distinto de la “autorización administrativa” indicada por el legislador.

Para abordar esta tarea, he estructurado el trabajo en cinco capítulos, que podrían repartirse en tres grandes partes. La primera de ellas, formada por los capítulos uno y dos, se dedica al examen histórico de la legislación precedente a la actual. La segunda parte, formada únicamente por el capítulo tres, da cuenta de la regulación actual con incidencia en la participación de los sujetos privados en la gestión de la seguridad social. Y la tercera parte, formada por los capítulos cuatro y cinco, aborda los problemas que se han dado en relación con la colaboración de las mutuas y las empresas en la gestión de la seguridad social, siendo aquí donde trato de averiguar, a partir de toda la información obtenida en los capítulos anteriores, la naturaleza del título que legitima su intervención. El trabajo finaliza con unas conclusiones que sirven de corolario a la investigación y pretenden poner de relieve los principales hallazgos de la misma.

Comenzando por la parte histórica, el **CAPÍTULO PRIMERO** está dedicado a la etapa que se conoce como de Previsión Social, que abarca el periodo comprendido desde la aprobación de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 hasta la aprobación de la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963. Esta etapa se caracteriza por la presencia de distintos seguros sociales, cada uno de ellos establecido para la cobertura de un específico riesgo. En esta etapa se puede comprobar que los sujetos privados tuvieron desde el principio un protagonismo destacado en la realización de actividades de amparo y protección de los trabajadores, y se puede sintetizar, por lo que a la gestión se refiere, diciendo que

en el régimen de los seguros de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, podían intervenir, junto a la entidad pública INP, las compañías de seguro privadas y las mutualidades patronales, así como las empresas respecto de los riesgos de incapacidad temporal y asistencia sanitaria. Estas entidades privadas podían intervenir en el ramo del seguro de accidentes de trabajo si contaban con autorización administrativa cuya finalidad era permitir a la Administración controlar que cumplieran las condiciones exigidas por las normas aplicables al ejercicio de sus actividades. El recurso a la autorización administrativa para que las entidades privadas pudiesen concertar el seguro de accidentes de trabajo se entiende perfectamente en esta época por tratarse de la realización de actividades privadas sujetas a la regulación y control estatal por razones de interés general, en este caso el interés por que los derechos de los trabajadores quedasen suficientemente garantizados y recibiesen las indemnizaciones previstas en la ley. Sin embargo, respecto de los seguros sociales obligatorios que sucesivamente se fueron implantando por contingencias comunes, fue el INP quien asumió en exclusiva la gestión de estos seguros, aunque permitiendo la colaboración de las empresas en el caso del los subsidios familiares y el seguro de enfermedad. Esta colaboración podía ser obligatoria en unos casos y voluntaria en otros.

En el **CAPÍTULO SEGUNDO** se puede ver que, con la aprobación de la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, se produce el tránsito de los anteriores seguros sociales a un único seguro en el que se incluyen de forma unitaria todas las contingencias y situaciones que se consideran que deben ser objeto de cobertura, incluidas las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional. Pero lo más importante de esta ley, en lo que a la gestión se refiere, está en que se atribuye al Estado la titularidad de las actividades de seguridad social. Su Base Preliminar decía que es el Estado quien a través de la seguridad social garantiza a las personas la protección adecuada frente a las contingencias y situaciones que se contemplan en la propia ley, en concordancia con lo que ya venían preconizando tanto la Recomendación nº 67 de la OIT sobre la seguridad de los medios de vida (de 1944) como más tarde el Convenio nº 102 también de la OIT sobre la seguridad social (norma mínima) (de 1952), acerca de que los Estados debían asumir la responsabilidad general del servicio de prestaciones de seguridad social. Pero al tiempo que la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963 atribuye al Estado la función de realizar las actividades de seguridad social, también contempla la posibilidad de que las empresas puedan intervenir en la gestión de la seguridad social colaborando en los regímenes de enfermedad y protección a la familia, así como en las prestaciones por incapacidad laboral transitoria derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Y también contempla que las mutuas patronales puedan intervenir en la gestión del régimen de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en las condiciones que reglamentariamente se determinasen, sin que puedan hacerlo las compañías de seguro privadas por prohibir la ley actuar en el terreno de la seguridad social obteniendo o buscando lucro mercantil.

Respecto de esta intervención de sujetos privados, lo primero que hay que decir es que, concebida la seguridad social por la Ley de Bases como una actividad de la competencia exclusiva del Estado, desaparece la posibilidad de que los sujetos privados pudiesen ostentar respecto de la misma ninguna facultad previa u

originaria que les permitiese realizarla, iniciándose de esta forma la definitiva conversión de todas las actividades de previsión social obligatoria en un servicio público de titularidad estatal. A su vez, la asunción por el Estado de la titularidad exclusiva de todas las actividades de seguridad social va a producir como efecto el que sea la Administración Pública quien deba proceder a su gestión en régimen de monopolio, o mediante su concesión al particular también en monopolio. Precisamente es sobre estas ideas como entiendo que se ha de articular y entender la intervención que en la gestión de la seguridad social puedan tener los distintos sujetos, tanto públicos como privados. Esta concepción de la seguridad social como una actividad de titularidad estatal es la que se mantiene en las leyes de la seguridad social de 1966 y de 1974.

El **CAPÍTULO TERCERO**, está dedicado al estudio de las fuentes reguladoras actuales con incidencia en la gestión de la seguridad social por sujetos privados. La principal norma que hay que tener en cuenta en esta materia es el artículo 41 de la CE, que establece que los poderes públicos deben mantener un régimen de seguridad social, y además que este régimen debe ser “público”. Con esta exigencia de que el régimen de seguridad social tiene que ser público, entiendo que el legislador constituyente español no parece que conceda más opción que la de reservar el ejercicio de la actividad de seguridad social a las instituciones creadas por el poder público. En la interpretación del art. 41 CE hay que destacar la doctrina del TC que, en la sentencia 37/1994, de 10 de febrero, declara que “la garantía institucional del sistema de Seguridad Social, en cuanto impone el obligado respeto a los rasgos que la hacen reconocible en el estado actual de la conciencia social lleva aparejado el carácter público del mencionado sistema”, aunque también dice que “el carácter público del sistema de Seguridad Social no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto de la acción protectora de aquél”. Con ello se estaba refiriendo el TC a la medida adoptada por el legislador en el Real Decreto-ley 5/1992, que suponía que el empresario debía hacerse cargo de las prestaciones de incapacidad temporal por contingencias comunes de los trabajadores a su servicio durante los días cuarto a decimoquinto de la baja en el trabajo. En relación con esta medida adoptada por el legislador, y pese a haber sido declarada la misma constitucional por el TC en la anterior sentencia, el Tribunal Supremo proclama en distintas sentencias el principio de garantía pública de las prestaciones de seguridad social, en el sentido de que aunque existan fórmulas de gestión privada de la seguridad social, el Estado no se puede desentender de sus responsabilidades en esta materia, por ser la seguridad social una función de titularidad estatal, lo que convierte al Estado en el garante último de todas las prestaciones. Esta doctrina constituye desde mi punto de vista una pieza clave para comprender la verdadera dimensión pública que comporta la existencia de un sistema de seguridad social. Y ello porque despeja cualquier duda sobre la significación que la intervención de sujetos privados en la gestión de la seguridad social pueda tener, en el sentido de que en ningún caso se puede considerar su intervención como un fenómeno de autoaseguramiento privado de las prestaciones que permita a la entidad gestora desentenderse definitivamente de sus obligaciones.

Sin embargo, pese a los pronunciamientos de la jurisprudencia que declaran que la seguridad social es una función del Estado, las normas que regulan la

colaboración voluntaria de las mutuas y empresas en la gestión de la seguridad social siguen manteniendo que el título que habilita su intervención es la autorización administrativa (empleando la misma técnica jurídica que la que posibilitaba la intervención de sujetos privados en la época de los seguros sociales). El empleo de esta fórmula, y esta es la consecuencia, da pie a que los sujetos privados que colaboran en la gestión de la seguridad social consideren que les corresponde un ámbito de gestión propio que les ha reservado la ley, y que la asunción pública de la titularidad de la gestión de la seguridad social no ha sido completa en régimen de monopolio, sino que la ley ha dejado determinadas zonas abiertas a la intervención de privados a través de la colaboración del mutualismo empresarial y de la acción empresarial individual.

La posición que mantengo en mi trabajo (tratada en los **CAPÍTULOS CUARTO Y QUINTO**), es que, las mutuas y empresas que voluntariamente colaboran en la gestión de la seguridad social, son una especie de concesionarias de un servicio público. Para ello, parto de lo establecido en el artículo 41 de la CE (el régimen de seguridad social tiene que ser público) y en el artículo 2 de la Ley General de la Seguridad Social (acerca de que es el Estado quien a través de la seguridad social garantiza a las personas la protección adecuada frente a las contingencias y situaciones que se contemplan en la ley). Conforme a estos preceptos, el Estado ha asumido la titularidad de las actividades de seguridad social, lo que le obliga a actuar a través de su propia organización servicial (las entidades gestoras y los servicios comunes que integran la Administración de la Seguridad Social). Como consecuencia de ello, si en el ejercicio de estas actividades de seguridad social intervienen sujetos privados, lo es porque se opera a su favor la transferencia de poderes y facultades que la Administración tiene atribuidas como propias de su competencia, produciéndose de esta forma un fenómeno de gestión indirecta de la seguridad social por sujetos privados que sustituyen al Estado en el ejercicio de sus funciones, siendo en esto precisamente en lo que consisten las concesiones administrativas. El argumento que sostengo es que esta transferencia de poderes y facultades de la Administración no es automática ni inmediata. Solo resulta posible si previamente se produce una declaración de voluntad del sujeto privado de querer colaborar, declaración ésta que integra un acto negocial que se perfecciona con la autorización de la Administración (acto reglado y no discrecional) y que da lugar a una relación jurídica de la que se derivan derechos y obligaciones recíprocos entre la Administración y el sujeto privado, con un contenido determinado normativamente. Para el sujeto privado que colabora en la gestión, el derecho a que se transfieran las funciones de la Administración relacionadas con la gestión de prestaciones, y los fondos de titularidad pública destinados a financiarlas, con la obligación de llevar a cabo esa gestión con los indicados fondos y de asumir los déficits que se produzcan; y para la Administración surge el derecho de exigir al sujeto privado que cumpla sus obligaciones y la obligación de transferir las funciones y fondos necesarios, así como la de retribuir, en su caso, los gastos de administración. Todos estos efectos, aunque estén previstos normativamente, tienen su origen inmediato en un acto o negocio jurídico y no en una norma (que solo posibilita pero no impone), lo que permite conceptualizar este negocio jurídico que surge de estas declaraciones de voluntad concurrentes (la del sujeto privado de querer colaborar, y la de la Administración que acepta ese ofrecimiento), como una relación jurídica onerosa de tipo concesional.

Las principales consecuencias que derivan de lo que se acaba de indicar en estos cinco grandes capítulos figuran en la última parte de esta tesis, que es la relativa a la Conclusiones. En primer lugar, que el recurso del Estado a la técnica de la gestión indirecta por particulares de servicios de su competencia no le exime de responsabilidad frente a los beneficiarios de la seguridad social en el caso de que los sujetos privados incumplan sus obligaciones, habiéndolo declarado así el Tribunal Supremo tanto en el caso de la colaboración de las empresas como de las mutuas. En segundo lugar que, contrariamente a lo que se sostiene en la Ley General Presupuestaria y en la Ley General de la Seguridad Social, las mutuas no forman parte del sector público estatal, por no ser entidades de naturaleza ni de titularidad pública, por más que deban establecerse todas las medidas necesarias para poder controlar la gestión económico financiera que realizan. En tercer lugar que la actividad de las mutuas y empresas está sometida a la tutela de la Administración titular del servicio y debe ser susceptible de ser revisada por la propia Administración en el ejercicio de esa función de tutela, al tratarse de funciones públicas delegadas y corresponder al funcionamiento de un servicio público, sin perjuicio de la ulterior impugnación de las decisiones de ésta ante los tribunales (en los que habría que negar legitimación a los sujetos privados colaboradores en relación con aquellas decisiones de la Administración de tutela en las que se ejerciten funciones administrativas en defensa del interés público, al no poder oponer los sujetos privados su parecer al respecto dado que obran como meros agentes o mandatarios de la Administración, y no así cuando actúen en defensa de sus intereses privados). En cuarto lugar, que debe ser la propia Administración la que resuelva las reclamaciones indemnizatorias que se realicen por el perjudicado conforme al procedimiento legalmente establecido para la exigencia de responsabilidad patrimonial al Estado cuando exista un perjuicio derivado de la gestión privada de la seguridad social que el ciudadano no tenga el deber de soportar, siendo la jurisdicción contencioso administrativa la competente para conocer de las cuestiones que se susciten sobre esta materia, al contrario de lo que en la actualidad se establece en la Ley General de la Seguridad Social, en el sentido de que el conocimiento de estas cuestiones corresponde al orden jurisdiccional social. Y en quinto y último lugar, que no se justifica la actual colaboración de las mutuas en la gestión de las prestaciones por incapacidad permanente, muerte y supervivencia derivadas de contingencias profesionales, debido a que su actuación se limita a servir de meras intermediarias financieras, ingresando en la Administración de la seguridad social el capital coste de estas prestaciones con cargo a las cotizaciones que previamente han sido recaudadas por la Administración y transferidas a las mutuas para su sostenimiento y funcionamiento; de modo que, siendo ésta su actuación, no se ve cómo puede contribuir a facilitar y garantizar la eficacia del sistema, que es la idea que siempre estuvo presente, desde los inicios de la seguridad social, a la hora de justificar la colaboración de sujetos privados en la gestión de la seguridad social.