

Proxección da xurisprudencia constitucional
sobre a participación de suxeitos privados
na xestión da actividade de seguridade social

*Projection of the constitutional jurisprudence
on the participation of private actors in the management
of social security*



FRANCISCO REQUEJO GUTIÉRREZ

Ltrado da Administración da Seguridade Social e letrado asesor da Universidade da Coruña

Resumo

O traballo aborda a cuestión do significado da «seguridade social» no artigo 41 da Constitución e a súa incidencia na xestión da seguridade social polos suxeitos privados, tratando de descubrir o título xurídico en virtude do cal reciben esa competencia e a natureza das súas actividades, coas consecuencias que se poidan derivar de todo iso. Con este propósito analízase a doutrina do Tribunal Constitucional que se referiu a esta materia e as sentenzas do Tribunal Supremo que estudan o exercicio de funcións públicas por suxeitos privados.

Palabras chave: Constitución, seguridade social, xestión, función pública, mutuas de accidentes de traballo.

Abstract

The work done talks about the meaning of the «social security» in article 41 of the Constitution and the impact this has on the management of social security private individuals, trying to figure out the legal title under which they receive such functions and the nature of its activities, with consequences that may arise from this. For this purpose, we analyze the doctrine of the Constitutional Court which has referred to this matter and the judgments of the Supreme Court who study the exercise of public functions by private individuals.

Keywords: *Constitution, social security, management, public function, mutual accidents.*

1. O artigo 41 da Constitución española

Á seguridade social refírese o artigo 41 da Constitución (CE)¹ nos seguintes termos: «Os poderes públicos manterán un réxime público de seguridade social para todos os cidadáns, que garanta a asistencia e as prestacións sociais suficientes ante situacións de necesidade, especialmente en caso de desemprego. A asistencia e as prestacións complementarias serán libres»². Este artigo enmárcase no capítulo III do título I da CE, que leva por rúbrica «Dos principios reitores da política social e económica».

Doutra parte, segundo o artigo 53.3 da CE: «O recoñecemento, o respecto e a protección dos principios recoñecidos no capítulo III informarán a lexislación positiva, a práctica xudicial e a actuación dos poderes públicos. Só poderán ser alegados ante a xurisdición ordinaria de acordo co disposto nas leis que os desenvolveren».

Cando o artigo 41 di que os poderes públicos manterán un réxime público de seguridade social, podería entenderse no sentido de que se está a referir ao réxime de seguridade social que xa existía até ese momento. Non obstante, o termo «manterán un réxime público» referido aos poderes públicos denota tamén que a Constitución quere que a actividade da seguridade social sexa unha función do Estado, ou o que é o mesmo, unha función pública. O carácter público do réxime polo que debe rexerse a seguridade social conduce a idéntica afirmación: ten que tratarse dunha actividade preordenada do punto de vista legal e regulamentario e non doutra integrada contractualmente (como en todos os supostos en que se efectúan funcións públicas).

Pátese da base de que un réxime público é o que articula unha función pública, e unha función pública é aquela actividade que os órganos da comunidade decidiron realizar para conseguir os fins que se propuxesen. Isto pode levarse a cabo a través da organización servizal en que consiste a administración pública (creada polos propios órganos da comunidade con ese fin) ou mediante a atribución polo ordenamento aos suxeitos privados de funcións públicas de carácter administrativo relativas a un sector da vida social.

Pois ben, polo que á seguridade social se refire, a comunidade, a través da CE, decidiu que a actividade da seguridade social ten que ser unha función pública ao lle enco-

¹ BOE de 29 de decembro de 1978.

² Véxase MARTÍNEZ GIRÓN, J.; ARUFE VARELA, A. e CARRIL VÁZQUEZ, X. M. (2008) *Derecho de la Seguridad Social*. A Coruña, Netbiblo.

mendar ao poder público que estableza o seu réxime e que este sexa de carácter público, isto é, preordenado legal e regulamentariamente.

Ese réxime, pola súa vez, pódese dicir que ten que responder nunha boa parte a compromisos sobre a seguridade social asumidos polos estados no ámbito da Organización Internacional do Traballo (Recomendación 67 da OIT sobre a seguridade dos medios de vida do ano 1944 e Convenio 102 da OIT sobre a seguridade social norma mínima– do ano 1952), polo que pode verse nalgúns casos certo paralelismo entre os acordos da OIT e as normas de dereito interno. Dito isto, a análise do artigo 41 da Constitución de 1978 precisa do estudo dos seguintes termos: poderes públicos, réxime público e seguridade social.

a) Poderes públicos

Por poderes públicos enténdese os órganos do Estado capaces de lle impoñer as súas decisións á comunidade, determinar a súa obediencia e garantila, se é mester, mediante a coerción³. Son os órganos do Estado encargados de realizaren as súas funcións⁴.

O único que a Constitución impón é que os poderes públicos, é dicir, os órganos que emanan do pobo (artigo 1.2 da CE), manteñan un réxime público de seguridade social, o que non implica necesariamente que as actividades de seguridade social teñan que ser realizadas pola Administración, por ter que se admitir que os suxeitos privados poden realizar funcións públicas (relativas a un sector da vida social) cando así lles vir atribuído polo ordenamento.

Sobre a noción de poder público interesa salientar o que di o Tribunal Constitucional na Sentenza 35/1983, de 11 de maio (F. 3), segundo a cal:

A noción de poderes públicos que utiliza a nosa Constitución (artigos 9, 27, 39 a 41, 44 a 51, 53 e outros) serve como concepto xenérico que inclúe todos aqueles entes (e os seus órganos) que exercen un poder de imperio derivado da soberanía do Estado e procedente,

³ Cfr. LUCAS VERDÚ, P. (1981) *Curso de derecho político. Volumen II*. Madrid, Tecnos, p. 108.

⁴ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. e FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T. R. (1989-1990) *Curso de derecho administrativo I*. Madrid, Civitas, p. 42: «a Administración pública personifica o poder do Estado; é por iso unha *potentior persona*, unha personaxe poderosa, cuxo comercio xurídico aparece penetrado pola idea de poder público (Hauriou). A Administración pública... asume o servizo obxectivo dos intereses xerais, de acordo co principio de eficacia (artigo 103.1 da CE), e dispón para isto dun elenco de potestades exorbitantes do dereito común, dun cadro de poderes de actuación de que non gozan os suxeitos privados».

en consecuencia, a través dunha mediación máis ou menos longa, do propio pobo. Esta noción non é sen dúbida coincidente coa de servizo público, mais o «público» establece entre ambas unha conexión que tampouco cabe descoñecer, pois as funcións cualificadas como servizos públicos quedan colocadas por iso, e con independencia de cal for o título (autorización, concesión etc.) que fai posible a súa prestación, nunha especial relación de dependencia a respecto dos «poderes públicos». Esta relación faise tanto máis intensa, como é obvio, canto maior for a participación do poder na determinación das condicións en que o servizo ha de prestarse e na creación, organización e dirección dos entes ou establecementos que deben prestalo. Cando o servizo queda reservado en monopolio a un establecemento cuxa creación, organización e dirección son determinadas exclusivamente polo poder público non cabe dúbida de que é este o que actúa a través de persoa interposta, ora ben, de ningún modo independente. A necesidade de facer máis flexible o funcionamento destes entes interpostos pode aconsellar que se lle dea á súa estrutura unha forma propia do dereito privado e que se sometan a este os actos empresariais que debe levar a cabo para o exercicio da súa función, mais esta, en canto dirixida directamente ao público como tal, cómpre entendela vinculada ao respecto dos dereitos e liberdades recoñecidos no capítulo II do título I da Constitución segundo dispón o artigo 53.1 desta, e, en consecuencia, os cidadáns protexidos tamén fronte a ela cos instrumentos que o ordenamento lles ofrece para salvagardala dos seus dereitos fundamentais fronte aos actos do poder⁵.

b) Réxime público

Coa expresión «réxime público» alúdese á existencia dun conxunto de normas impostas polo ordenamento (polo poder público, polo Estado) e non pola vontade das persoas. Estas normas son as que deben rexer a actividade da prestación de servizos de seguridade social. O carácter público das normas que rexen a actividade da seguridade social determina que os suxeitos que a realizan desempeñen unha función pública.

A actividade é de prestación de servizos por vir así determinado no artigo 41 da CE, ao sinalar que o réxime público debe garantirles aos cidadáns asistencia e prestacións sociais suficientes ante situacións de necesidade. Esta obriga de garantía que a Constitución lle impón ao poder público supón que, en última instancia, este debe asumir a prestación do servizo; é dicir, a Constitución encomenda a consecución dos fins da seguridade social aos poderes públicos. Trátase dunha función pública e como tal ten que identificarse con actividades que o Estado necesariamente debe realizar, ben de

⁵ Véxase o fundamento xurídico terceiro da Sentenza do Tribunal Constitucional 35/1983, de 11 de maio.

forma directa ou ben a lles atribuír o exercicio de funcións públicas a suxeitos privados. As actividades así configuradas, isto é, rexidas polo ordenamento xurídico, por conta do poder público e en favor da cidadanía, constitúen o que a doutrina denomina «servizos públicos».

Pódese entender deste modo que a actividade da seguridade social, no caso de ser asumida pola Administración (ou polos particulares en que delegaren a Administración ou o ordenamento), é unha actividade de servizo público, tal e como a define a doutrina: actividade de prestación de servizos que realiza o Estado por razóns de interese xeral (non é unha actividade de fomento, nin de policía, nin de xestión económico-mercantil ou industrial, que son as outras actividades típicas da Administración pública).

Duguit concreta a noción ampla de servizo público, considerando como tal «toda actividade cuxa realización deben asegurar, regular e controlar os gobernantes, porque o cumprimento desta actividade é indispensable para a realización e o desenvolvemento da interdependencia social, e porque é de tal natureza que non pode efectuarse completamente senón coa intervención da forza gobernativa»⁶.

De acordo co artigo 53.3 da CE, o lexislador, ao desenvolver o artigo 41 da CE, debe de garantir que os servizos da seguridade social se presten, o que comporta a existencia dunha responsabilidade última do Estado no exercicio desta actividade. O Tribunal Constitucional pronunciouse en distintas sentenzas sobre o alcance das obrigas impostas aos poderes públicos polo artigo 41 da CE, e así, a Sentenza 37/1994, de 10 de febreiro, di que:

- a) A Constitución recolleu e consagrou no seu artigo 41 a evolución que experimentaron os sistemas contemporáneos de seguridade social, de tal sorte que a protección dos cidadáns ante situacións de necesidade se concibe como «unha función do Estado», rompendo en boa parte a correspondencia prestación-cotización propia do seguro privado, superada pola dinámica da función protectora de titularidade estatal (SSTC 103/1983, fundamento xurídico terceiro, e 65/1987, fundamento xurídico décimo sétimo, entre outras).
- b) O artigo 41 da CE imponlles aos poderes públicos a obriga de estableceren –ou manteren– un sistema protector que se corresponda coas características técnicas dos mecanismos de cobertura propios dun sistema de seguridade social. Noutros termos, o referido precepto consagra en forma de garantía institucional un réxime público «cuxa preservación se xulga

⁶ Cfr. VILLAR PALASÍ, J. L. (1978-1993) «Estudio de las concesiones administrativas» en VV. AA. *Nueva enciclopedia jurídica*. Barcelona, Seix Barral.

indispensable para asegurar os principios constitucionais, establecendo... un núcleo ou reduto indispoñible polo lexislador» [STC 32/1981, fundamento xurídico terceiro], de tal sorte que ha de ser preservado «en termos recognoscibles para a imaxe que desta ten a conciencia social en cada tempo e lugar» [SSTC 26/1987, fundamento xurídico cuarto, e 76/1988, fundamento xurídico cuarto].

c) Salvada esta indispoñible limitación, o dereito que os cidadáns poidan posuír en materia de seguridade social é un dereito de estrita configuración legal, e o lexislador dispón de liberdade para modular a acción protectora do sistema en atención a circunstancias económicas e sociais que son imperativas para a propia viabilidade e eficacia daquel (STC 65/1987, fundamento xurídico 17, entre outras)⁷...

A garantía institucional do sistema da Seguridade Social, en canto impón o obrigado respecto aos trazos que a fan recognoscible no estado actual da conciencia social, leva aparellado o carácter público do mencionado sistema. Ora ben, este trazo debe apreciarse en relación coa estrutura e o réxime do sistema no seu conxunto, sen distorsionar a avaliación, centrándoa en aspectos concretos deste desvinculados do conxunto a que pertencen; sen pechar a interpretación de certos conceptos de relevancia constitucional, nin tampouco facendo que encaixen indebidamente nos moldes que nun determinado momento proporciona a lei ordinaria, tratando de descartar que poida haber outros posibles. O que verdadeiramente ha de ser tutelado por imperativo constitucional é que non se poñan en cuestión os trazos estruturais da institución da seguridade social a que pertencen.

Desde esta perspectiva, o carácter público do sistema da Seguridade Social non queda cuestionado pola incidencia nel de fórmulas de xestión ou responsabilidade privadas, de importancia relativa no conxunto da acción protectora daquel. A experiencia comparada e a do noso país así o poñen de manifesto. E haberá que concluír, en consonancia co dito, que non é incompatible coa garantía institucional do sistema da Seguridade Social consagrada no artigo 41 da CE a reforma experimentada polo artigo 129.1 da Lei xeral da Seguridade Social (LXSS), en canto afecta a un aspecto parcial da protección da incapacidade temporal para o traballo, e non altera o papel predominante e o compromiso dos poderes públicos no seu labor articulador da tutela fronte a esta continxencia, ao se descartar toda prevalencia da autonomía privada no deseño da acción protectora dispensada⁸.

⁷ Véxase o fundamento xurídico terceiro da Sentenza do Tribunal Constitucional 37/1994, de 10 de febreiro.

⁸ *Ibidem* fundamento xurídico cuarto.

Ao que se di nesta sentenza podería engadirse que, desde o punto de vista constitucional, non existe ningún inconveniente en que os particulares realicen actividades de seguridade social no marco dun réxime público, por ter que se identificaren estas actividades co exercicio dunha función pública atribuída polo ordenamento e, xa que logo, cunha función do Estado. O feito de que a Constitución preveña a existencia dun réxime público de seguridade social non fai que queden excluídos da posibilidade de realizar esta actividade os suxeitos privados a que o ordenamento especificamente autorice. A Constitución non establece un monopolio da actividade de seguridade social en favor da Administración, senón que o único que impón é que o Estado estableza un réxime xurídico público de seguridade social. Todo o que quedar fóra do réxime público de seguridade social déixase ao libre xogo das forzas sociais, por iso se di que a asistencia e as prestacións complementarias serán libres.

Sobre os caracteres do réxime público de seguridade social, a Sentenza do Tribunal Constitucional 65/1987, de 21 de maio, di tamén que:

Malia, no sistema español actual, se manteren características do modelo contributivo, non é menos certo que, a teor do mandato constitucional citado [artigo 41], o carácter de réxime público da seguridade social, a súa configuración como función do Estado e a referencia á cobertura de situacións de necesidade –que deberán ser precisadas en cada caso– implica que as prestacións da Seguridade Social, e entre elas as pensións de xubilación, non se presenten xa –e aínda tendo en conta a pervivencia de notas contributivas– como prestacións correspondentes e proporcionais en calquera caso ás contribucións e cotizacións dos afiliados, e resultantes dun acordo contractual. O carácter público e a finalidade constitucionalmente recoñecida do sistema da Seguridade Social supón que este se configure como un réxime legal, en que tanto as achegas dos afiliados como as prestacións para dispensar, os seus niveis e condicións, veñen determinados non por un acordo de vontades, senón por regras que se integran no ordenamento xurídico e que están suxeitas ás modificacións que o lexislador introducir⁹.

Así pois, pode falarse dun réxime público de seguridade social, en canto que concibido polo poder público e rexido polas normas que este establecer. Como contrapunto ao modelo público, sitúase a actividade dos suxeitos privados que realizan unha actividade de protección social privada e voluntaria rexida polo principio de autonomía da vontade.

⁹ Véxase o fundamento xurídico décimo sétimo da Sentenza do Tribunal Constitucional 65/1987, de 21 de maio.

En relación co mutualismo libre e as mutualidades que non se integran no sistema da Seguridade Social, a Sentenza do Tribunal Constitucional 206/1997, de 27 de novembro, di que son:

... institucións típicas de previsión social tradicionais no modelo español, cuxa específica finalidade, que se manifesta nun réxime xurídico propio, é a protección social privada e voluntaria (STC 86/1989, fundamento xurídico quinto). Tanto é así que no noso dereito positivo tradicionalmente quedaron excluídas da regulación propia das mutualidades aquelas entidades de tipo mutualista que exercen o seguro de carácter distinto ao de previsión social (Lei de 6 de decembro de 1941). A previsión social, que é a súa nota característica, intégrase por técnicas específicas de tutela dos cidadáns fronte a situacións de necesidade en que resulta determinante a acción destes –a súa iniciativa– e conecta directamente con técnicas protectoras de orixe voluntaria configuradas seguindo a pauta de riscos «sociais» típicos...¹⁰.

A Sentenza do Tribunal Constitucional 65/1987, de 21 de maio, di a respecto da mutualidade (dos empregados do INP) que foi un instrumento, na súa orixe, para a protección dos colectivos que non se integraron na rede dos seguros sociais nin das prestacións de clases pasivas, mediante un sistema propio de aseguramento mutuo, á marxe do sistema da Seguridade Social¹¹.

c) Seguridade social

Por último, polo que se refire ao termo «seguridade social», sinala o artigo 41 da Constitución que é a actividade que lle garante á cidadanía a asistencia e as prestacións sociais suficientes ante situacións de necesidade, especialmente en caso de desemprego. A Sentenza do Tribunal Constitucional 103/1983, de 22 de novembro, sinala sobre o contido da acción protectora da Seguridade Social o seguinte:

Acoller o estado ou a situación de necesidade como obxecto e fundamento da protección implica unha tendencia a garantirlle á cidadanía un mínimo de rendas, establecendo unha liña por debaixo da cal comeza a actuar a protección. O feito é, non obstante, que esta

¹⁰ Véxase o fundamento xurídico sexto da Sentenza do Tribunal Constitucional 206/1997, de 27 de novembro.

¹¹ Véxase o fundamento xurídico noveno da Sentenza do Tribunal Constitucional 65/1987, de 21 de maio. En relación cos plans e fondos de pensións, pode verse a Sentenza do Tribunal Constitucional 206/1997, de 27 de novembro, fundamento xurídico sexto.

tendencia non aparece plasmada na nosa normativa legal, que non se basea na protección fronte á pobreza, senón na compensación fronte a un dano, como é un exceso de gastos ou un defecto de ingresos orixinado pola actualización dunha determinada contingencia (morte, incapacidade etc.)¹².

Desde o meu punto de vista, o carácter social das prestacións alude á necesidade de que estas proveñan de accións da comunidade alleas a calquera idea de lucro ou beneficio mercantil. Isto delimita a acción dos suxeitos públicos que a realizan no sentido de que a súa actividade ten que ser un servizo público, unha actividade distinta das realizadas por motivos fiscais ou de obtención de beneficios ou ganancias. No tocante aos suxeitos privados que interveñen na xestión do modelo público de seguridade social, a súa actuación tense que rexer polos mesmos principios, pois o que fan é efectuar o exercicio dunha función pública que lles vén atribuída polo ordenamento.

Tamén sinala o artigo 41 da CE que a cidadanía pode recibir de forma libre asistencia e prestacións complementarias de seguridade social, o que significa que a actividade complementaria da Seguridade Social pública poden realizala tanto suxeitos públicos como privados. A Sentenza do Tribunal Constitucional 206/1997, de 27 de novembro, perfila o significado que a expresión «seguridade social» ten na CE nos seguintes termos:

... que sexa seguridade social non é deducible por si só do teor do artigo 41 da CE. Como en relación con outras tantas institucións xa se dixo, convén lembrarmos aquí que non é posible partir da consagración constitucional dun único modelo de seguridade social... A Constitución, e máis cando se trata dunha materia como a seguridade social, non pretende impor un único modelo. Consagra unha institución e protéxea contra as alteracións que poidan desnaturalizar a súa esencia, mais non pecha as posibilidades para a evolución do sistema da Seguridade Social cara a ámbitos descoñecidos na actualidade ou cara a técnicas que até agora non se quixo ou non se puido utilizar... Canto ás liñas estruturais básicas da institución, a liberdade de configuración do lexislador é notoria e iso xa foi suficientemente reiterado na xurisprudencia deste tribunal (SSTC 103/1983, 65/1987 e 134/1987). Por tanto, se a natureza dunha determinada institución se axusta a tal imaxe ha de deducirse dos propios trazos que perfilan a noción de «seguridade social» e nunca dun concepto inexistente na Constitución, porque equivalería a conxelar a liberdade de opción do lexislador.

Centrada así a cuestión, resulta imprescindible tomar en consideración o marco normativo, interno e internacional, en que hoxe se move a institución. Para o efecto, convén recordar que, sobre todo no plano internacional, resulta claro que a noción

de «seguridade social» non pode predicarse de institucións protectoras cuxa orixe, tanto como a extensión da acción tutela que dispensan, descansa na autonomía da vontade¹³.

A evolución do propio sistema español da Seguridade Social, os parámetros do dereito comparado e, moi especialmente, os compromisos asumidos por España na materia (cuxo valor interpretativo é claro, á luz do disposto no artigo 10.2 da CE e da consagración da tutela fronte a riscos sociais como un dereito humano) mostran como resulta un factor estrutural, integrante mesmo da institución da Seguridade Social, o deseño legal imperativo da acción protectora garantida, de tal sorte que queda excluída aos seus beneficiarios a capacidade de decisión sobre as fórmulas de protección, a súa extensión subxectiva potencial e a súa intensidade á marxe das canles legalmente establecidas. Cando a vontade privada resulta determinante sobre os factores aludidos, sen saír do ámbito xenérico da «protección social», si nos achamos fóra do núcleo institucional da Seguridade Social¹⁴. Non outras son as consecuencias que se deducen do fundamental artigo 1 do Regulamento CEE 1248/92, do Consello, e do Convenio 102 da OIT.

A anterior conclusión non queda obstaculizada polo feito de que a institución que se considera poida servir de canle para melloras voluntarias da acción protectora do sistema de seguridade social, pois segundo o fundamento xurídico quinto da Sentenza do Tribunal Constitucional 206/1997, de 27 de novembro:

... as melloras voluntarias da acción protectora da Seguridade Social constitúen –unha vez instituídas– proxeccións daquela, de aí a, non de todo apropiada, mais expresiva, equiparación do seu réxime co das prestacións da Seguridade Social contida na norma que as regula (OM de 28 de decembro de 1966) e sostida por unha pacífica xurisprudencia.

Ora ben, esta imbricación de réximes pode predicarse da mellora mesma, non dos instrumentos técnicos para facela posible, que son independentes daquela, intercambiáveis en hipótese por outros, e susceptibles... de servir a finalidades moi diferentes. Por todo iso,

¹² Véxase o fundamento xurídico cuarto da Sentenza do Tribunal Constitucional 103/1983, de 22 de novembro.

¹³ No tocante a esta apreciación, entendo que xa se contén no artigo 41 da CE, ao establecer este que ten que tratarse dun réxime público, o que exclúe calquera forma de previsión que descansa na autonomía da vontade.

¹⁴ Fundamentalmente, a meu xuízo, porque xa non se trataría dun réxime público, en contra do establecido no artigo 41 da CE.

non pode empregarse a súa virtualidade como instrumentos de melloras voluntarias das prestacións da Seguridade Social, para alterar un réxime xurídico contemplado como autosuficiente e autónomo a respecto daquelas¹⁵.

2. Atribución aos suxeitos privados de funcións públicas de carácter administrativo relativas a un sector da vida social

Á parte da referencia que se fai aos suxeitos privados na Sentenza 37/1994, no sentido de que o carácter público do sistema da Seguridade Social non queda cuestionado pola incidencia nel de fórmulas de xestión ou responsabilidade privadas, o Tribunal Constitucional non tivo a ocasión de abordar directamente o problema que se suscita en relación coas facultades de xestión da actividade de seguridade social atribuídas polo ordenamento aos suxeitos privados.

Algún sector doutrinal¹⁶ considerou que a situación dos suxeitos privados nesta materia é equivalente á daqueles suxeitos privados a que a lei atribúe o exercicio de funcións públicas de carácter administrativo en relación cun sector da vida social. Esta posibilidade aparece recoñecida pola xurisprudencia constitucional na Sentenza 67/1985, de 24 de maio, segundo a cal (F. 3, B) un dos problemas do Estado social e democrático de dereito é determinar en que medida o Estado pode organizar a súa intervención nos diversos sectores da vida social a través da regulación de asociacións privadas de configuración legal, ás cales confire o exercicio de funcións públicas¹⁷ de carácter administrativo relativas a todo un sector.

¹⁵ Véxase o fundamento xurídico quinto da Sentenza del Tribunal Constitucional 206/1997, de 27 de novembro.

¹⁶ POMED SÁNCHEZ, L. (2007) «Naturaleza de las mutuas de accidentes de trabajo» en Mercader Uguina, J. R. (coord.) *Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*. Madrid, La Ley, p. 39 e ss.

¹⁷ Este fenómeno cómpre distinguilo dos supostos conceptuados como servizos públicos impropios, en que se produce unha regulamentación de actividades privadas consideradas de interese xeral, mais que en absoluto se corresponden co exercicio dunha función pública por non seren actividades que o Estado asumise como propias. Véxase sobre este tema a Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso) de 28 de xaneiro de 2010, recurso 2056/2007, fundamento terceiro (o subliñado é noso):

... xunto ao fenómeno de asunción de actividades por parte das administracións públicas a través da *publicatio*, como garantía formal da persoa administrada, aparece o de intervención pública destas, porque a Administración, considerando que teñen interese xeral, procede a establecer un marco xeral de referencia, dentro do cal os servizos se prestan con control e vixilancia dos poderes públicos. Este fenómeno de regulamentación de actividades ten lugar a respecto tanto de servizos públicos concorrentes como de servizos privados, mais de interese público. Isto último ocorre coa actividade do transporte público por medio do taxi, condicionada no seu exercicio a normas de obrigatorio

O Tribunal Constitucional non exclúe a utilización desta vía se se xustifica como unha medida necesaria para a consecución de fins públicos, caso en que lle corresponde ao Estado a regulación do exercicio das funcións públicas da forma máis conveniente para conseguir o interese xeral (F. 4, C). A configuración destas asociacións a que a lei atribúe o exercicio de funcións públicas xustifica que se esixan determinados requisitos para a súa constitución, dado que só existen na medida e co alcance previsto na lei¹⁸.

cumprimento, ditadas inicialmente ao abeiro do artigo 1.4 do Regulamento de servizos de corporacións locais, aprobado por Decreto de 17 de xuño de 1955 (RCL 1956, 85), que lles permitía aos concellos intervir en na actividade dos seus administrados, entre outros, nos servizos destinados ao público mediante a utilización especial ou privativa de bens de dominio público, para impor a prestación daqueles debidamente e baixo tarifa... O proceso de regulamentación de actividades privadas de interese xeral que, como acabamos de ver, ten un exemplo característico na do transporte por medio de taxi, fixo que a doutrina e a xurisprudencia deste Tribunal Supremo a cualificase como servizo público impropio ou virtual cuxa prestación implica unha relación de suxeición especial coa Administración, a cal regula o réxime de licenzas, dereitos, obrigas e mesmo sancións (estas últimas deron lugar a diversas sentenzas desta sala referidas especialmente ao principio de legalidade).

¹⁸ Sobre este tema véxanse as sentenzas do Tribunal Constitucional 113/1994, de 14 de abril; 179/1994, de 16 de xuño; 5/1996, de 16 de xaneiro; 107/1996, de 12 xuño; 173/1998, de 23 de xullo; e 135/2006, de 27 de abril. Na STC 244/1991, a propósito da afiliación obrigatoria a unha asociación mutuo-benéfica, dise o seguinte (F. 4):

A cuestionada afiliación obrigatoria á asociación mutuo-benéfica, e o correspondente deber de cotización a esta, aseguran unha finalidade pública e cumpren obxectivos constitucionalmente impostos aos poderes públicos (arts. 41 e 50 da CE), cuxa persecución non pode deixarse á asociación espontánea dos interesados, e que transcende a esfera en que opera o libre fenómeno asociativo dos privados. Este réxime de protección ou aseguramento social atopa un instrumento axeitado nesta estrutura mutualista, coa consecuente repartición mutual dos correspondentes riscos sociais, e para o que resulta necesaria a obriga de inscrición e o consecuente deber de cotización, sen cuxa prestación patrimonial non podería conseguirse o cumprimento do fin de protección social perseguido. Esa pertenza obrigatoria, e a cota correspondente, é o instrumento necesario e imprescindible para o cumprimento do fin público constitucionalmente relevante que se quere perseguir mediante a creación da asociación mutual, e ha de considerarse constitucionalmente xustificada, de acordo coa doutrina deste tribunal (SSTC 67/1985, fundamento xurídico terceiro; 89/1989, fundamento xurídico sétimo, e 139/1989, fundamento xurídico segundo), a pertenza obrigatoria que o demandante cuestiona. Iso implica que non vulnera o dereito á liberdade negativa de asociación recoñecido no artigo 22.1 da CE, polo que a demanda de amparo ha de ser desestimada.

Sobre a Administración corporativa, véxase o F. 9 da STC 107/1996 (cámaras oficiais de comercio, industria e navegación):

Como puxo de relevo a doutrina constitucional, o principio xeral de liberdade e a liberdade negativa de asociación (arts. 10.1 e 22 da CE), por un lado, e a lexitimidade constitucional da Administración corporativa, en que se encomendan funcións xurídico-públicas a certas agrupacións sociais (arts. 9.2, 36 e 52 da CE), polo outro, «xeran certo grao de tensión interpretativa no interior da Constitución» que «non pode ser resolto desde un dos seus extremos, senón, pola contra e como vimos operando, a partir dunha interpretación sistemática e global dos preceptos constitucionais implicados; dito doutro modo, só pode ser resolto desde o principio de unidade da Constitución» (SSTC 113/1994 e 179/1994).

Todo o que nesta sentenza se di a respecto da posibilidade de os suxeitos privados realizaren funcións públicas (deixando á marxe todas as cuestións relativas ao dereito de asociación) parece que pode aplicarse ao tipo de asociacións que son as mutuas, e tamén ás empresas que colaboran na xestión da actividade de seguridade social, porque a teor do artigo 41 da CE é posible (por non o prohibir) que o Estado poida organizar a través destes suxeitos privados a súa intervención no ámbito da seguridade social e atribuírlles funcións públicas. Deste modo, o Estado, por establecerse no artigo 41 da CE que a actividade de seguridade social ten que suxeitarse a un réxime público, asume esta actividade como propia e intervén nela non só a través da súa propia organización instrumental, a Administración pública, senón tamén a través de suxeitos privados aos cales atribúe o exercicio de funcións públicas de carácter administrativo relativas a un sector da vida social.

Isto supón que as actividades de seguridade social que realizan os suxeitos privados son funcións públicas en materia de seguridade social que non se confunden coas que poida realizar a Administración, así como tampouco implica que a Administración sexa a súa titular, e iso sen prexuízo de que o Estado, a través da Administración, poida realizar funcións de vixilancia e control das actividades dos suxeitos privados por se tratar de actividades sometidas a un réxime público¹⁹.

De acordo con esta formulación, a actividade de seguridade social é unha función pública, e por derivación, un servizo público que pode ser prestado pola Administración e polos suxeitos privados a que o ordenamento especificamente autorice. Non se aplicaría aquí o concepto de servizo público impropio ou virtual cando é realizado por particulares, por referirse este unicamente ás actividades privadas consideradas de interese xeral²⁰, mais que non constitúen unha función pública, ao contrario do que acontece coa actividade da seguridade social.

¹⁹ As funcións cualificadas como servizo público quedan colocadas nunha especial relación de dependencia a respecto dos poderes públicos con independencia de cal for o título (autorización, concesión etc.) que fai posible a súa prestación (STC 35/1983, F. 3).

²⁰ Véxase a Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) de 5 de marzo de 2004 (RX 2004\1195), segundo a cal:

Como se refire na Sentenza do Tribunal Supremo de 15 de xuño de 1998 (RA 8032/1991; RX 1998, 4761) o artigo 38 da Constitución, ao proclamar a liberdade de empresa «posibilita unha modulación, e, sen prexuízo do seu indubidable valor institucional (STC 83/1984, de 24 de xullo [RTC 1984, 83]) son moi numerosas as normas que no noso dereito disciplinan, regulan e limitan o exercicio de profesións e oficios e impoñen diversos requisitos desde a cobertura que proporciona á Administración a *publicatio* daqueles como servizos públicos propios ou impropios. E a este respecto debe terse en conta a doutrina das sentenzas deste tribunal de 28 de outubro de 1988 (RX 1988, 8354) e 17

Non obstante, cómpre dicirmos que (en palabras do Tribunal Constitucional) a idea de servizo público non constitúe unha noción unívoca e si un concepto moi debatido pola doutrina científica, con detractores e valedores, suxeito a distintas elaboracións e utilizado en diversos momentos históricos con finalidades tamén distintas (STC 127/1994, F. 6, B)²¹.

de xuño de 1997 (RX 1997, 6092), segundo a cal «o dereito á liberdade de empresa debe acomodarse á norma específica que regule a actividade a que se contrae...», sempre que as limitacións que se impoñan non teñan un carácter irrazoable, non sexan arbitrarias e si xustificadas pola índole da actividade e a entrada en xogo doutros intereses dignos de protección».

A liberdade de empresa que, segundo refire o Tribunal Constitucional na Sentenza 109/2003, de 5 de xuño (RTC 2003, 109), vén establecer os límites dentro dos cales han de moverse necesariamente os poderes públicos ao adoptaren medidas que incidan sobre o sistema económico da nosa sociedade, cuxo mantemento está asegurado por unha dupla garantía, a da reserva de lei e a que resulta da atribución a cada dereito ou liberdade dun contido esencial, de cuxo núcleo nin sequera o lexislador pode dispor, permite a imposición de restricións que son tolerables, desde a perspectiva constitucional, «sempre que sexan proporcionadas de modo que, por axeitadas, contribúan á consecución do fin constitucionalmente lexítimo a que propenden e por indispensables deban ser inevitablemente preferidas a outras que puidesen supor, para a esfera da liberdade xurídica protexida, un sacrificio menor». Debe sinalarse que a Administración, vinculada a satisfacer o interese xeral conforme ordena o artigo 103 da Constitución (RCL 1978, 2836), non pode desentenderse do funcionamento regular do servizo de transporte público de viaxeiros realizado en automóbiles de turismo que teñen a súa orixe nos principais aeroportos radicados no seu territorio para preservar os intereses de mobilidade dos usuarios das liñas aéreas e afectados, polo que imprime aos titulares das licenzas as condicións necesarias para o desenvolvemento da actividade que teñan alcance xeral e non-discriminatorio, sexan proporcionadas e se xustifiquen no interese do servizo.

²¹ Sobre este tema, véxase a Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a) de 11 de maio de 2005 (RX 2005\3253), segundo a cal (F. 5):

A erosión do tradicional concepto de servizo público foi patente desde os inicios da Comunidade Europea (Tratado de Roma [LCEur 1986, 8]) até a actual Unión Europea, pois a libre competencia constitúe un dos eixes esenciais para o funcionamento dos estados membros xustamente en razón da liberdade de mercado, esencial para o concepto de mercado único baseado, fundamentalmente, no principio da libre concorrencia. Optou a LCAP (RCL 1995, 1485, 1948) por non definir o concepto do servizo público. Si achamos no ámbito da Lei de bases de réxime local (RCL 1985, 799, 1372), no seu artigo 85.1, unha cualificación de servizos públicos locais que engloba todos cantos tenderen á consecuencia dos fins sinalados como da competencia das entidades locais. Previamente o artigo 25.1 establece que o municipio, para a xestión dos seus intereses e no ámbito das súas competencias, pode promover toda clase de actividades e prestar cantos servizos públicos contribuíren a satisfacer as necesidades e aspiracións da comunidade veciñal. A epígrafe 2 inclúe na alínea l) entre outros servizos o de subministración de auga, rede de sumidoiros e tratamento de augas residuais.

Tampouco se atopa tal concepto no ámbito do Estatuto de autonomía andaluz (RCL 1982, 47 e LAN 1982, 53), senón que a nosa Constitución (RCL 1978, 2836) no seu artigo 148.1.7 establece que a agricultura e gandaría, de acordo coa ordenación xeral da economía, constitúen competencias que poden ser asumidas polas comunidades autónomas. Así, o Real decreto 3490/1981, de 29 de decembro (RCL 1982, 318 e LAN 1982, 184), transferiu competencias á Xunta de Andalucía en materia de agricultura e pesca. En paralelo, o Estatuto de autonomía da Comunidade Autónoma andaluza decla-

Tampouco se trataría dunha fórmula de xestión indirecta de servizos públicos por particulares mediante a técnica da concesión²², nin do exercicio dunha actividade libre suxeita a autorización administrativa. Ao contrario, trátase dunha actividade de xestión dun servizo público de seguridade social que pode ser realizada directamente por suxeitos privados en virtude da posibilidade que cómpre recoñecerlle ao poder público, a través do ordenamento, de poder atribuírlles aos suxeitos privados, no marco dun réxime público, o exercicio de funcións públicas relativas a un sector da vida social²³.

ra a competencia exclusiva en tal materia (arts. 18.1.4 e 20). Por iso, con independencia de que a administración autonómica cualifique unha actividade como servizo público, non debe recibir tal denominación cando a súa natureza deriva das potestades inherentes á policía de fomento. Certamente pode haber certo solapamento entre servizo público e potestades administrativas por canto ambos coinciden en actividades despregadas pola Administración para satisfacer o interese xeral, mais o feito de satisfacer unha finalidade pública competencia da Administración non ten por que lle conferir á actuación a natureza de servizo público.

²² Sobre este tema, véxase DESDENTADO BONETE, A. (2008) «Mutuas de accidentes de trabajo y Seguridad Social: puntos críticos desde la perspectiva de la gestión de la incapacidad temporal» *Actualidad Laboral* 6. Segundo este autor (o subliñado é noso):

Non hai concesión administrativa, porque non hai atribución da xestión dun servizo público a un suxeito privado mediante unha técnica contractual, senón autorización para exercer unha actividade a que se ten dereito a acceder de se cumpriren determinados requisitos, co cal que estamos máis ben no marco das técnicas da actividade administrativa de limitación ou de policía e non nas propias da xestión indirecta de servizos públicos. A xestión non se lles concede ás mutuas, senón que estas, en determinadas condicións, acceden a unha esfera de actuación propia, porque a reserva da seguridade social á xestión pública non foi completa (J. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, vol. II, CEURA, Madrid, 1999, páxs. 309-312). Non hai delegación, nin sequera intersubxectiva, porque nin hai acto de transferencia da competencia nin cabe revogación (R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo*, T. II, Marcial Pons, Madrid, 2005, páxs. 52 e 53). Tampouco estamos ante un fenómeno de descentralización ou desconcentración. A descentralización supón un cambio organizativo a través dunha transferencia de funcións, que vai dun centro a unha periferia territorial ou institucional (descentralización territorial ou funcional). A desconcentración reproduce este fenómeno, mais dentro da mesma persoa; é interorgánica e non intersubxectiva (R. PARADA VÁZQUEZ, *op. cit.*, páxs. 40-46). Ora ben, no caso das mutuas de accidentes de traballo non hai esa saída de competencias desde o centro. Este –o ámbito da xestión pública– conserva a súas competencias –non as transfire– e concorre coas mutuas na mesma actividade. En materia de seguridade social a descentralización produciuse dentro da xestión pública, primeiro mediante unha descentralización institucional, logo cunha descentralización territorial engadida.

A STC 127/1994 di no F. 6, B, que «a técnica concesional para a xestión indirecta por [sociedades anónimas] en que a declaración de servizo público se traduce é unha variante de autorización previa que non vén vedada pola Constitución... como dixemos na STC 108/1993 F. 3... a concesión é o acto administrativo que permite o acceso dunha persoa física ou xurídica á xestión indirecta do servizo público... de maneira que se establece a partir dela unha peculiar relación de colaboración entre a Administración que a concede e o concesionario no ámbito da concesión do servizo».

²³ Neste sentido, DESDENTADO BONETE, A. (2008) *op. cit.*, ao se referir á actividade das mutuas de accidentes de traballo fala dun modelo de «xestión pública por suxeitos privados».

3. Repartición constitucional de competencias en materia de seguridade social

O artigo 137 da CE establece que o Estado se organiza territorialmente en municipios, provincias e comunidades autónomas, e recoñécelle a cada unha destas entidades autónoma para a xestión dos seus respectivos intereses. Partindo desta concepción do Estado, establécese unha repartición de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas²⁴ en que polo que á seguridade social se refire interesa destacar o seguinte.

Segundo o artigo 149.1.17, o Estado ten competencia exclusiva sobre as seguintes materias: «Lexislación básica e réxime económico da seguridade social, sen prexuízo da execución dos seus servizos polas comunidades autónomas»²⁵. Ao lle atribuír a Constitución competencia exclusiva ao Estado en materia de lexislación básica da seguridade social, iso supón que, no noso sistema, o que sexa seguridade social dependerá do que determine o lexislador estatal.

Tamén lle atribúe a Constitución ao Estado competencia exclusiva en materia de réxime económico da seguridade social. Con iso está a aludirse á facultade de decidir o modelo conforme ao cal se han de cubrir as esixencias patrimoniais e financeiras necesarias para o exercicio da actividade, ou o que é o mesmo, o tipo de operacións ou negocios xurídicos que servirán de base económica á actividade da seguridade social [réxime de repartición (actividades de seguro) ou de capitalización (operacións de capitalización)].

Neste punto convén sinalarmos que a seguridade social persegue unha cobertura recíproca ou mutua de necesidades que afectan as persoas. A seguridade social constitúe unha mutualidade de persoas afectadas por idénticos riscos cuxa viabilidade será tanto maior canto maior sexa o número de persoas que agrupe. Isto xustifica as competencias lexislativas do Estado sobre todo o territorio nesta materia. O Estado debe procurar deseñar un modelo de explotación que abranga a todas as persoas do territorio, posto que modelos de seguridade social independentes localizados en entidades territoriais distintas da estatal poderían resultar insustentables se as súas disponibilidades financeiras non fosen suficientes. Ademais, a explotación da seguridade social

²⁴ Sobre o proceso autonómico véxase a Sentenza do Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto; e sobre os conceptos de lexislación e execución, véxase a Sentenza do Tribunal Constitucional 18/1982, de 4 de maio.

²⁵ Véxase a Sentenza do Tribunal Constitucional 124/1989, de 7 de xullo, sobre réxime económico.

no ámbito estatal permite realizar unha redistribución da riqueza entre as distintas partes do territorio e aplicar o principio de solidariedade interterritorial.

Polo que se refire ás comunidades autónomas, o artigo 148.1, epígrafes 20 e 21, establece que poderán asumir competencias nas seguintes materias: «20. Asistencia social»²⁶, e «21. Sanidade e hixiene». A lexislación e execución destas materias correspóndenlles ás comunidades autónomas que as asumisen nos seus estatutos de autonomía.

Na terminoloxía da Constitución, a seguridade social e a asistencia social constitúen actividades diferentes. No tocante a isto, interesa salientar que o lexislador estatal, mediante a Lei 26/1990, de 20 de decembro, incluíu entre as prestacións da Seguridade Social, as prestacións non-contributivas de xubilación e invalidez. A exposición de motivos desta lei sinala que unha das razóns de lles atribuír a estas prestacións a natureza de prestacións de seguridade social é a de asegurar unhas prestacións mínimas aos cidadáns en estado de necesidade, en substitución de anteriores mecanismos asistenciais que non cubrían suficientemente esta situación.

Todo o que inclúa o Estado na lexislación básica como seguridade social (tanto contributiva como non-contributiva) ten aplicación xeral e directa en toda España e está excluído da competencia normativa das comunidades autónomas. A asistencia social que corresponde ás comunidades autónomas será toda a que teña que ver coa protección das persoas en situación de necesidade, que non estea cuberta pola Seguridade Social²⁷.

²⁶ Véxase a Sentenza do Tribunal Constitucional 239/2002, de 11 de decembro, sobre o complemento das pensións non-contributivas polas comunidades autónomas. Así mesmo, véxase a Sentenza do Tribunal Constitucional 76/1986, de 9 de xuño, sobre a noción de asistencia social.

²⁷ O Convenio europeo sobre asistencia social e médica de 11 de decembro de 1953 e a Carta social europea de 18 de outubro de 1961 falan de medidas tendentes a lles conceder ás persoas sen recursos abondos os medios de subsistencia e os coidados que o seu estado require. As prestacións non-contributivas exclúense nestes textos da asistencia social por esta se achar especificamente orientada a satisfacer as necesidades sociais da poboación con que exista un especial vínculo. Iso non impide que teñan natureza asistencial, mais exclúense das normas que imponen aplicar un mesmo trato aos estranxeiros que aos nacionais.

As prestacións non-contributivas tamén se excluíron nos textos internacionais das normas sobre coordinación e cómputo recíproco para ter dereito a elas nos casos en que a súa finalidade for protexer as persoas con discapacidade –entendo que incluída a vellez– en estreita vinculación co contexto social de cada unha desas persoas no estado membro de que se tratar (artigo 70 do Regulamento da Comunidade Europea 883/2004).

Segundo a Recomendación 1992/441/CEE, de 24 xuño, do Consello da Comunidade Europea, «a creación dunha garantía de recursos e de prestacións é tarefa da protección social... [e] corresponde aos Estados membros cualificar, con tal fin, a natureza xurídica das disposicións destinadas a proporcionaren a devandita garantía, as cales, na maioría dos estados membros, non competen á seguridade social».

Atendendo ás anteriores normas, os suxeitos públicos que, dentro da repartición constitucional de competencias, poden realizar a actividade de seguridade social son o Estado e as comunidades autónomas: o Estado, legislando e executando os servizos de seguridade social que non fosen asumidos polas comunidades autónomas; as comunidades autónomas, executando os servizos de seguridade social asumidos nos seus estatutos que o Estado lles transferise (a través das comisións mixtas previstas nos estatutos de autonomía).

Na situación actual, as actividades de seguridade social que realiza o Estado, para alén da de legislar, son todas as que se refiren á formalización da relación xurídica de aseguramento (inscrición de empresas e afiliación, altas e baixas de traballadores na seguridade social), a recadación de cotas e a xestión das prestacións económicas, excluídas as de xubilación e invalidez na súa modalidade non-contributiva. Pola súa vez, as comunidades autónomas xestionan, por se lles transferiren, as prestacións económicas de xubilación e invalidez na súa modalidade non-contributiva e as prestacións de asistencia sanitaria²⁸.

4. Referencias bibliográficas

DESDENTADO BONETE, A. (2008) «Mutuas de accidentes de trabajo y Seguridad Social: puntos críticos desde la perspectiva de la gestión de la incapacidad temporal» *Actualidad Laboral* 6.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. e FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (1989-1990) *Curso de derecho administrativo I*. Madrid, Civitas.

LUCAS VERDÚ, P. (1981) *Curso de derecho político. Volumen II*. Madrid, Tecnos.

²⁸ Na realización dalgunhas destas actividades as competencias repártense entre o Estado e as comunidades autónomas, o que motiva nalgúns casos uns resultados de xestión deficiente por ter que soportar o gasto unha entidade diferente da que recoñece o dereito. Así acontece coa asistencia sanitaria (o dereito recoñéceo o INSS e a prestación corre a cargo da comunidade autónoma) e coa prestación de incapacidade temporal (o dereito recoñéceo o servizo de saúde da comunidade autónoma mediante a expedición do parte de baixa médica, e a prestación pága o INSS).

MARTÍNEZ GIRÓN, J.; ARUFE VARELA, A e CARRIL VÁZQUEZ, X. M. (2008) *Derecho de la Seguridad Social*. A Coruña, Netbiblo.

POMED SÁNCHEZ, L. (2007) «Naturaleza de las mutuas de accidentes de trabajo» en Mercader Uguina, J. R. (coord.) *Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*. Madrid, La Ley, p. 39 e ss.

VILLAR PALASÍ, J. L. (1978-1993) «Estudio de las concesiones administrativas» en VV. AA. *Nueva enciclopedia jurídica*. Barcelona, Seix Barral.