

# LAS NORMAS DE SEGURIDAD SOCIAL Y LAS NORMAS JURIDICO-ADMINISTRATIVAS

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS ORIGENES HISTÓRICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL.—3. LA PUBLICACIÓN DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: 3.1. *Naturaleza jurídica de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes*. 3.2. *Régimen jurídico de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social*: A) Régimen de contratación. B) Régimen jurídico de su patrimonio: a) La Ley General de la Seguridad Social. b) La creación de la Tesorería General de la Seguridad Social. C) La regulación del procedimiento para dictar sus actos. D) Régimen de sus funcionarios. E) Régimen presupuestario. F) Régimen de los actos prestacionales.—4. APLICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: JUSTIFICACIÓN: 4.1. *Definición y características del Derecho administrativo*. 4.2. *Justificación del carácter administrativo de las normas de Seguridad Social*: 4.2.1. Las normas de Seguridad Social definen el ámbito de aplicación de la misma y, por tanto, la actuación de los Entes que deben aplicar aquella. 4.2.2. Las normas de Seguridad Social son aplicadas por Organos de la Administración Pública actuando conforme a los esquemas tradicionales de orden administrativo. 4.2.3. En su actuación, la Administración de la Seguridad Social goza de la totalidad de privilegios que corresponden a un órgano sometido al Derecho administrativo.—5. EL FUERO JURISDICCIONAL REVISOR DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL: 5.1. *Situación actual*. 5.2. *La Ley de Bases de Procedimiento Laboral de el Proyecto de Texto Articulado*.—6. CONCLUSIÓN.

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar, en el plano teórico, la posibilidad de aplicación a las normas de Seguridad Social de las categorías conceptuales propias del Derecho administrativo.

Tal proposición no se corresponde con un propósito colonizador respecto de otras disciplinas científicas, sino que, a nuestro juicio, es la consecuencia lógica de una serie de decisiones legislativas que han modificado sustancialmente el marco jurídico de la Seguridad Social abandonando sus orígenes históricos y convirtiéndola en una auténtica función estatal desempeñada y ejecutada por la propia estructura administrativa de aquél y sometida, por tanto, a su Ordenamiento Jurídico.

Del régimen descrito quedan excluidos, en estos momentos, los actos de contenido prestacional, quizá por la circunstancia de que su revisión se efectúa por órganos jurisdiccionales diferentes a los administrativos.

Sin embargo, se entiende que la cuestión es justamente la contraria, esto es, sólo desde la conclusión teórica de que no resultan de aplicación las normas que rigen las relaciones jurídico-administrativas, podría aceptarse que su revisión estableciera reglas conceptuales diferentes. Si por el contrario, la conclusión a la que se llega es que el Derecho administrativo

es de plena aplicación, es evidente que la jurisdicción revisora, cualquiera que sea ésta, debería aplicar las reglas de aquél.

La demostración de la anterior premisa exige analizar la evolución histórica de la Seguridad Social y el modelo implantado en la actualidad, en concreto, sus fundamentos teóricos y estructurales.

## 2. LOS ORÍGENES HISTÓRICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El estudio de las diferentes etapas por las que ha pasado el régimen de protección social pueden ser identificadas, siguiendo a DURAND (1), en tres fases: *a)* la de protección indiferenciada; *b)* la correspondiente a los seguros sociales; y *c)* la de los sistemas de Seguridad Social.

La primera forma de protección indiferenciada conjuga dos instrumentos de protección, no específicos, representados básicamente por el ahorro individual y el colectivo. Ambas presentan, a su vez, fórmulas diferentes según el momento histórico que se tome como referencia. De esta forma tienen encaje, según DE LA VILLA GARCÍA y DESDENTADO BONETE (2), «los mecanismos basados en las ideas de solidaridad y mutualidad, el seguro privado y la determinación de responsabilidades jurídicas para un tercero que, ante un daño, da lugar a la atribución de ayudas a las víctimas».

La propia esencia de estos instrumentos de protección condicionaba su futuro y su insuficiencia como mecanismo asegurador de los riesgos y necesidades sociales.

Gráficamente, indican ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA (3) que «de lo que se trata es de que, aunque no lo sea, su capacidad de ahorro individual y familiar es insuficiente para la complejidad y magnitud de las necesidades que para el individuo pueden derivar de la incidencia de los riesgos...».

El sistema de seguros sociales representa la segunda etapa en el análisis evolutivo de las formas de protección social. Hoy, prácticamente, todos coinciden en señalar que el sistema de seguros sociales tiene su origen en la Alemania de Bismark hacia el año 1883.

Su aparición se debe, según MANRIQUE LÓPEZ (4) —que resume en este punto la tesis de DURAND—, a la conjunción de tres tipos de factores de índole económico-social. Dichos factores serían: *a)* la existencia de una estructura demográfica peculiar (en Alemania, prácticamente, se duplica la población de 1810 a 1890); *b)* el desarrollo de una creciente industria que genera nuevas necesidades sociales apegadas a la protección de una mayor población laboral; y *c)* la aparición de un proletariado urbano de

(1) P. DURAND, *La politique contemporaine de sécurité sociale*, París, 1953, págs. 1 a 165.

(2) L. E. DE LA VILLA GARCÍA y A. DESDENTADO BONETE, *Manual de Seguridad Social*, Madrid, 1979, pág. 17.

(3) M. ALONSO OLEA y J. L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, 1988, undécima edición, pág. 21.

(4) F. MANRIQUE LÓPEZ, *Manual de Derecho de la Seguridad Social*, Bilbao, 1984, página 15.

notable importancia cuantitativa que, además, se organiza corporativamente y comienza la lucha por obtener determinadas conquistas sociales.

Los seguros sociales se articulan sobre la estructura técnico-jurídica del seguro privado con una decisión estatal que convierte el mismo en obligatorio. Esta decisión significa para DE LA VILLA GARCÍA y DESDENTADO BONETE (5) la «cesión de una parcela de autoridad necesitada incluso de apoyo financiero, cuyas finalidades son las de conseguir la protección de la capacidad de trabajo, la modificación de las posibilidades de trabajo, la superación de las divisiones sociales y otras de contenido económico general, como la influencia sobre el consumo o la alteración de las tendencias en la acumulación de capitales».

Dada la estructura técnica de contrato de seguro del mecanismo de cobertura propuesto, es evidente que el surgimiento de nuevas necesidades, fruto del desarrollo de la sociedad, propicia la ampliación individualizada del seguro hasta ir «surgiendo una serie de seguros sociales relativa o totalmente independientes entre sí» (6).

El notable avance histórico que supuso la implantación de mecanismos de cobertura de necesidades sociales puntuales hizo que, rápidamente, se pudiese apreciar la necesidad de sustituir «unos regímenes desconectados y descoordinados por un sistema homogéneo y compacto» (7).

El tránsito a los sistemas de seguridad social no fue sencillo. Recordemos que ni la propia utilización del término por Simón Bolívar permite determinar las notas diferenciales entre ambos fenómenos de protección. De aquí que fuese necesario esperar a que el término fuese acuñado por los distintos Ordenamientos Jurídicos —Ley USA de 1935, *Social Security Act*; Ley neozelandesa 1938; Recomendación Organización Internacional del Trabajo número 67 (seguridad de los medios de vida) y número 69 (asistencia médica)— para comprobar su auténtica esencia y características diferenciales.

En todo caso y siguiendo a ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA (8), podemos indicar que el sistema de cobertura denominado Seguridad Social puede ser representado por las siguientes características:

#### *La universalidad de la cobertura*

Se representa en esta nota la ampliación del ámbito subjetivo de cobertura, superando así la protección, prácticamente exclusiva, de los trabajadores por cuenta ajena, propia de los seguros sociales.

(5) L. E. DE LA VILLA y A. DESDENTADO BONETE, *ob. cit.*, pág. 21.

(6) M. ALONSO OLEA y J. L. TORTUERO PLAZA, *ob. cit.*, pág. 23.

(7) F. MANRIQUE LÓPEZ, *ob. cit.*, pág. 21.

(8) M. ALONSO OLEA y J. L. TORTUERO PLAZA, *ob. cit.*, pág. 23.

*La uniformidad de la cobertura*

Gráficamente, definen los citados autores esta característica indicando que «la Seguridad Social tiende a que toda la población asegurada sea protegida contra los mismos riesgos con la misma intensidad» (9).

*Superación de los esquemas clásicos de financiación*

Es una lógica consecuencia de los dos apartados anteriores, especialmente del último, ya que resultaría haber conseguido la uniformidad prestacional partiendo de la concepción del seguro y de la prima para mantener o financiar aquél. Es la presencia de fondos presupuestarios la que hace posible la igualdad en el plano de las prestaciones.

Estas consideraciones les llevan en definir la Seguridad Social como «conjunto integrado de medidas de ordenación estatal para la prevención y remedio de riesgos personales mediante prestaciones individualizadas y económicamente evaluables, agregando la idea de que tales medidas se encaminan hacia la protección general de todos los residentes contra las situaciones de necesidad, garantizando un nivel mínimo de rentas».

Este breve apunte histórico tiene por objeto señalar, a los efectos del presente trabajo, el marco histórico de desenvolvimiento de la Seguridad Social que nace, como se ha señalado, apegada al contrato de trabajo, a la relación laboral en suma y a los mecanismos de aseguramiento de los riesgos fruto de aquélla. En este estado de cosas sería muy difícil mantener la tesis propuesta, ya que la presencia del Estado en la normación de la protección no se diferenciaría formalmente de la que aquél tiene en la delimitación de las normas laborales, fiscales o mercantiles que no por ello pierden su individualidad y esencia para convertirse en normas administrativas.

Esta transformación tiene connotaciones diferentes representadas fundamentalmente por el papel que el Estado asume en la determinación de las normas, la forma en la que ejecuta éstas y, sobre todo, en la naturaleza de las relaciones jurídicas que se establecen en la aplicación de dichas normas.

En el supuesto que se analiza, la transformación desde los orígenes históricos se corresponde, a nuestro juicio, con dos postulados esenciales —a los que vamos a referirnos de inmediato— que pueden resumirse en los siguientes: *a)* asunción de la Seguridad Social como una más de las funciones del Estado, hasta el punto de, además de ordenarla y delimitarla materialmente, asumir, también, su gestión; y *b)* abandonar la concepción laboralista, unida al contrato de trabajo y al aseguramiento de los riesgos inherentes a éste.

Son estas dos circunstancias las que determinan una clara modificación de la naturaleza de las normas que rigen las relaciones jurídicas de Seguridad Social que, a nuestro juicio, tienen, en la actualidad, todas las características de las normas administrativas.

(9) M. ALONSO OLEA y J. L. TORTUERO PLAZA, *ob. cit.*, pág. 24.

### 3. LA PUBLIFICACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Indican DE LA VILLA GARCÍA y DESDENTADO BONETE (10) que «la propia dinámica de los sistemas positivos de seguro y seguridad social ha ofrecido una gama variadísima de opciones en el plano de la gestión y administración de aquéllos, contraponiendo así soluciones pluralistas a soluciones unitarias y entidades y organismos privados a entidades y organismos públicos». En la medida que se hace necesario coordinar los diversos sistemas de aseguramiento la tendencia es notablemente clara en la línea de reducir y publicar los Entes Gestores.

El proceso de publicación fue analizado con ciertos reparos teóricos por los autores citados (11), para quienes la desaparición de forma absoluta de personas de Derecho privado en el marco de la gestión de la Seguridad Social podría ser un error que, incluso, resultaba inimaginable en países donde la importancia de tales Entes resultaba decisiva, como Holanda o Bélgica.

Desde otra perspectiva y siguiendo la línea argumental por ellos propuesta, debe indicarse que la estatificación supone el parón definitivo a cualquier tipo de autogestión democrática de la Seguridad Social por los trabajadores. En todo caso y teniendo en cuenta la creciente participación del Estado en la financiación del sistema, hay que convenir con ellos en que «resulta en verdad contrario a la idea de Seguridad Social la existencia de gestoras privadas con afán de lucro, que merma así los recursos destinables a prestaciones» (12).

Fuera ya de este plano teórico y centrándonos en el análisis de nuestro Ordenamiento Jurídico cabe recordar, como indican ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA (13), que «a España tradicionalmente los órganos centrales del Estado... han asumido sobre la Seguridad Social solamente las potestades normativas, unidas a las de vigilancia y tutela entendidas con mayor o menos amplitud; tendiendo a confiar la gestión y administración en sí mismas, a entes estatales autónomos».

En esta categoría jurídica deben encuadrarse tanto el Instituto Nacional de Previsión, creado el 27 de febrero de 1908, como los más modernos Entes Gestores creados por el Decreto-Ley de 16 de noviembre de 1978. Esta premisa exige que nos enfrentemos con el tema de la naturaleza jurídica de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, partiendo de la consideración de que el modelo consagrado por aquel Decreto-Ley es un modelo descentralizado de gestión.

#### 3.1. Naturaleza jurídica de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes

El examen de la naturaleza jurídica de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social pasa por analizar la propia estruc-

(10) L. E. DE LA VILLA GARCÍA y A. DESDENTADO BONETE, *ob. cit.*, pág. 33.

(11) L. E. DE LA VILLA GARCÍA y A. DESDENTADO BONETE, *ob. cit.*, pág. 36.

(12) L. E. DE LA VILLA GARCÍA y A. DESDENTADO BONETE, *ob. cit.*, pág. 36.

(13) M. ALONSO OLEA y J. L. TORTUERO PLAZA, *ob. cit.*, pág. 341.

tura, composición y funcionamiento de aquellos Entes. Es necesario recordar que, desde un punto de vista histórico, la evolución de los Entes Gestores y las transformaciones de la naturaleza jurídica de los mismos corren paralelos a las propias transformaciones de los sistemas de aseguramiento social.

A este respecto, indican DE LA VILLA GARCÍA y DESDENTADO BONETE (14), que «el nacimiento escalonado de los seguros sociales facilitará la gestión fraccionada de los mismos y, a la larga, su pluralidad... Nada tiene de extraño que al correr del tiempo los esfuerzos de planificación, la idea de la Seguridad Social como servicio público y la complejidad técnica de los ordenamientos positivos hayan reforzado ciertas líneas de tendencia en cuanto a la gestión, líneas que probablemente pueden concretarse a tres, a saber, la publicación, la unificación y la profesionalización de las Entidades Gestoras».

Por lo que hace referencia a España, esta tendencia no se consolida fehacientemente hasta la publicación del Decreto-Ley de 16 de noviembre de 1978 denominado de Gestión Institucional de la Seguridad Social, la Sanidad y el Empleo, del que se ha dicho que «fue considerado por la doctrina como una verdadera contrarreforma, sin soluciones técnicas y con falta del más elemental rigor jurídico, admitiendo en el artículo 20.3 una gestión privada amplia injustificada» (15). Hasta la publicación de la citada norma, la situación podía resumirse indicando que el conjunto de la acción protectora de la Seguridad Social se gestionaba por un Ente Público de estructura semejante a la de los Organismos Autónomos pero al que formalmente no se le aplicaba el régimen jurídico específico de éstos; y, por una serie de Mutualidades de base privada y, por tanto, difícilmente conciliables con la idea de una Seguridad Social entendida como función estatal.

En todo caso y fuera ya del plano histórico, es lo cierto que, al menos desde 1978, el modelo de gestión de la Seguridad Social es un modelo público (16). Sin embargo, esta afirmación, lejos de solucionar los inconvenientes, lo que hace realmente es plantearlos, ya que sugiere la determinación de la naturaleza y régimen jurídico de los Entes Públicos encargados de la gestión.

El tema ha sido abordado en los textos sobre Seguridad Social y sólo ocasionalmente por los tratadistas del Derecho administrativo.

Entre los primeros, nos parece especialmente acertada la indicación de ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA (17) cuando señalan que «en España, tradicionalmente, los órganos centrales del Estado... han asumido sobre la Seguridad Social solamente las potestades normativas, unidas a la vigilancia y tutela entendidas con mayor o menor amplitud; tendiendo a confiar la gestión y administración en sí mismas a entes estatales autónomos».

(14) L. E. DE LA VILLA GARCÍA y A. DESDENTADO BONETE, *ob. cit.*, pág. 644.

(15) F. MANRIQUE LÓPEZ, *ob. cit.*, pág. 253.

(16) Tesis mantenida por J. SENAC AZANZA en la conferencia pronunciada en febrero de 1989 en la Federación de Municipios bajo el título «El modelo de gestión de la Seguridad Social».

(17) M. ALONSO OLEA y J. L. TORTUERO PLAZA, *ob. cit.*, pág. 341.

Es claro, por tanto, que tradicionalmente se ha optado por un modelo descentralizado de gestión. Dicha descentralización administrativa se verifica en «Entidades de Derecho público, con personalidad y patrimonio propio» (art. 38 de la Ley General de la Seguridad Social), definición que, por lo demás, implica la publicación pero sometida a reglas propias formal y jerárquicamente diferentes a las que, con carácter general, rigen las Entidades descentralizadas, en esencia, la Ley de Entidades Estatales Autónomas que, en su artículo 5.º excluía de su ámbito de aplicación a la «gran gestora» preconstitucional: el Instituto Nacional de Previsión.

Sin embargo, en los momentos actuales, el problema de la naturaleza jurídica de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social es, a nuestro juicio, un tema que debe encuadrarse, en un plano teórico, dentro del proceso de ampliación del sector público que conlleva la superación de los moldes tradicionales de organización y régimen jurídico y que, en consecuencia, exige redefinir las categorías usuales.

Desde un punto de vista jurídico, el fenómeno de la ampliación plantea problemas indudables. Según el artículo 1.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, tienen la consideración de Administración Pública:

- a) la Administración del Estado, en sus diversos grados;
- b) las Entidades que integran la Administración local; y
- c) las Corporaciones e Instituciones públicas sometidas a la tutela del Estado o de alguna Entidad Local.

A éstas debe añadirse la Administración de las Comunidades Autónomas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley 34/1981, de 6 de octubre.

Dichas normas son hoy claramente insuficientes para recoger la amplia variedad de órganos estatales cuya función es controlada por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Este hecho y la absoluta necesidad de dotar de una garantía jurisdiccional a la denominada función administrativa de los Organos Constitucionales planteó la necesidad de buscar un punto común de imputación de la responsabilidad que, a decir que GARRIDO FALLA (18), debía ser necesariamente el Estado, que dejaría, por tanto, de ser un punto de referencia externo para ser el parámetro determinante en la definición de ámbito jurisdiccional del contencioso-administrativo.

Desde esta perspectiva que es, además, la que ha informado los sucesivos Proyectos de Reforma de la Ley de la Jurisdicción, puede compren-

---

(18) F. GARRIDO FALLA, *Reflexiones sobre una reconstrucción de los límites formales del Derecho administrativo español*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1982; *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1987, vol. 1, pág. 41.

En la última edición (décima), se matiza esta tesis indicando que, en realidad, no existen auténticas relaciones administrativas.

derse que el denominado Sector Público, sometido al Derecho administrativo, es hoy un concepto mucho más amplio que el de Administración Central e Institucional que hasta ahora se conocía.

De ahí que el artículo 58 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, expresamente, someta la actividad administrativa de los órganos constitucionales a la revisión por la jurisdicción contencioso-administrativa.

La circunstancia de que diversas Leyes hayan ampliado el ámbito de aplicación y de enjuiciamiento de los Tribunales Contencioso-Administrativos no resuelve el problema conceptual de la naturaleza jurídica de los Organos y Entes cuya revisión se atribuye a aquéllos.

En la línea de lo expuesto, SANTAMARÍA PASTOR, en un reciente libro (19) que aborda con gran acierto el tema de la naturaleza jurídica de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, abunda sobre la consideración de que se trata de un fenómeno de personificación instrumental de naturaleza fundacional.

Los Entes Públicos de gestión son definidos por SANTAMARÍA PASTOR (20) como Entidades de carácter fundacional o institucional creadas para la ejecución de un servicio público bajo una forma de personificación jurídico-pública (esto es, no ajustada a las formas típicas del Derecho privado). La característica fundamental a la que más tarde alude el citado autor es, precisamente, la de que no existen diferencias materiales en la naturaleza jurídica de las Entidades personificadas y, en concreto, entre los Organismos Autónomos y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, tesis que refuerza la consideración de éstas como órganos del Estado.

Al fenómeno de la personificación de las Administraciones Públicas se ha referido GONZÁLEZ NAVARRO (21), para quien el mismo es una realidad insoslayable de nuestro tiempo y que constituye para la doctrina (22) la manifestación del ejercicio de una nueva prerrogativa de la Administración. Su calificación como prerrogativa entronca con la finalidad perseguida con la personificación y que no es otra, a juicio del citado autor, que el intento de buscar una mayor agilidad jurídica y económica evadiendo dichos Entes de la aplicación del derecho general y dotándoles de un derecho estatutario y singular distinto del general y adaptado a las necesidades de la actividad a cumplir por el organismo que se crea especialmente (23).

Estas circunstancias nos permiten encarar el tema de la naturaleza jurídica de los denominados Entes de gestión, como el ejercicio por el Estado de una de sus prerrogativas —la de personificarse—, esto es, la de

(19) J. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Madrid, 1988, págs. 1202 y ss. En realidad supone una puesta al día de la tesis de F. GARRIDO FALLA, *Administración indirecta y descentralización funcional*, Madrid, 1958.

(20) *Ob. cit.*, pág. 1202.

(21) F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español*, Madrid, 1987, tomo I, pág. 62.

(22) Vid. M. CLAVERO ARÉVALO, *Personalidad jurídica, Derecho general y Derecho singular de las Administraciones Autónomas*, Madrid, 1962, págs. 20 y ss.

(23) F. GONZÁLEZ NAVARRO, *ob. cit.*, pág. 603. Sobre el tema, vid. G. ARINO ORTIZ, *La Administración institucional*, Madrid, 1974.

crear Entes que comparten su naturaleza pero que desarrollen su función conforme a normas diferentes y que traten de hacer posible un mejor funcionamiento de un servicio público que no puede obtenerse con la estructura normal de la Administración Central.

Los Entes personificados, así creados, se relacionan con la Administración a través del ejercicio por ésta de facultades de tutela en virtud de las cuales pueden dictarse las directrices, marcarse los objetivos y, en general, supervisar y controlar la actuación de los Entes personificados, contando para ello con un instrumento esencial cual es la posibilidad de sustituir libremente a las personas que dirigen los Entes personificados y que es, sin duda, una de las claves para entender el fenómeno histórico de la desfiguración de las facultades de tutela y su derivación a actuaciones y comportamientos más propios de una relación jerárquica.

De esta forma y como primera conclusión, podríamos convenir en que las normas de Seguridad Social son aplicadas por unos Entes personificados cuya consideración pública resulta evidente.

### 3.2. *Régimen jurídico de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social*

Establecida la conclusión sobre la naturaleza jurídica de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social y los Servicios Comunes de la misma es procedente que examinemos ahora si tal conclusión es simplemente el fruto de una elucubración teórica más o menos clara, o si, por el contrario, está plenamente aceptada tal conclusión por nuestro Ordenamiento Jurídico.

Para efectuar tal análisis debemos subdividir la gestión y, por ende, su regulación en las diversas facetas que afectan a un órgano público.

#### A) *Régimen de contratación.*

La Ley General de la Seguridad Social contenía, tan sólo, una indicación de que debería regularse el régimen propio de contratación de los Entes Gestores de la Seguridad Social. La falta de tal desarrollo representa que el mismo estuviese contenido, fundamentalmente, en normas de rango menor e, incluso, de carácter interno, así como por la aplicación supletoria de las normas de contratación estatales.

Paulatinamente se introducen reformas que tienen por objeto homologar el régimen jurídico de la contratación de estos Entes con el del Estado. Así, la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986, en su Disposición Adicional Vigésimotercera establece una medida indirecta (la de remitir los contratos superiores a veinticinco millones al Tribunal de Cuentas) que puede considerarse un hito en el proceso de homologación del régimen jurídico.

El paso definitivo se da en el artículo 70 de la Ley 21/1986, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1987 y que declara,

ya sin paliativos, la aplicación directa a las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social de la normativa de contratación estatal.

Un precepto semejante se puede encontrar en el artículo 10 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988 que reitera la aplicación directa a la Seguridad Social de las normas estatales de contratación, con la importante novedad de que, según se indica en la Exposición de Motivos de la Ley, determinados preceptos deben entenderse con vigencia indefinida en aplicación de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 21 de mayo de 1987. Es esta circunstancia la que hubiese justificado que en las Leyes posteriores no se reiterase el precepto que tenía por objeto aplicar a la Seguridad Social el régimen de contratación del Estado. Sin embargo basta con ver el artículo 13 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1989 para comprobar que la reiteración se sigue realizando.

Como conclusión de lo expuesto, cabe indicar que las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social tienen un régimen de contratación sometido, básicamente, al Derecho público y, dentro de éste, les resulta de aplicación directa la Ley de Contratos del Estado y la normativa posterior que la ha desarrollado e, incluso, modificado (24).

#### B) *Régimen jurídico de su patrimonio.*

El patrimonio de la Seguridad Social está constituido, según el artículo 48 de la Ley de Seguridad Social, por el conjunto de «cuotas, bienes, derechos, acciones y recursos de cualquier otro género». Dicho patrimonio constituye un patrimonio único, formalmente separado del patrimonio del Estado, y afectado al cumplimiento de los fines de Seguridad Social.

En el análisis del régimen jurídico pueden apreciarse dos momentos plenamente diferenciados: uno, el régimen anterior a la creación de la Tesorería General de la Seguridad Social, y otro, el que se produce tras la creación de aquélla. Examinaremos por separado cada uno de ellos.

##### a) *La Ley General de la Seguridad Social.*

En los «Boletines Oficiales del Estado» de 20 y 22 de julio de 1974 se produce la publicación del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. El régimen de los bienes de la Seguridad Social estaba contemplado, fundamentalmente, en los artículos 49 y 50 del citado Texto Legal.

El artículo 49 establecía la adscripción de bienes a cada una de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, lo cual casaba perfectamente

(24) La referencia hay que entenderla hecha a la Ley 5/1973, de 17 de marzo; al Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo; al propio Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1990, que reforma el capítulo de selección del contratista y, claro está, el propio Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre.

con lo dispuesto en el artículo 38.2 de la Ley General de la Seguridad Social que reconocía a las citadas Entidades Gestoras plena capacidad jurídica y patrimonial para el cumplimiento de los fines que, respectivamente, les estuvieran encomendados.

Para realizar la citada labor se adscriben a cada Entidad Gestora y, en su caso, a los Servicios Comunes los siguientes medios económicos:

- a) Bienes, derechos y acciones de que dispongan al entrar en vigor la Ley General de la Seguridad Social y siempre que dichos bienes estuvieran afectados a funciones que deban seguir realizando.
- b) Los que dichas Entidades puedan obtener como consecuencia de las cotizaciones o de cualquier otro género de recursos que les atribuya la Ley General de la Seguridad Social y sus disposiciones reglamentarias.
- c) Todos aquellos que en el futuro puedan adscribirse en virtud de disposiciones especiales.»

Quiérese decir que, a la entrada en vigor de la Ley General de la Seguridad Social, se mantiene la titularidad de los bienes existentes en favor de aquellas Entidades o Servicios de la Seguridad Social que los poseían, siempre que estén afectados a funciones que siga desarrollando la Entidad o Servicio, todo ello según las normas establecidas en los artículos 38 y siguientes de la citada Ley General de la Seguridad Social.

Por lo demás, se les asegura la percepción de los bienes, notas y derechos que recauden por los procedimientos legalmente establecidos y siempre, claro está, que estén dentro de las funciones que desarrolle el Ente en cuestión.

En cuanto al sistema de transmisión de bienes de una a otra Entidad Gestora, el párrafo 2 del artículo 49 establece la competencia para acordar la transferencia de bienes al Gobierno, a propuesta del Ministro de Trabajo y previo los informes de los correspondientes órganos de Gobierno del citado Ministerio.

Ahora bien, para poder acordar dicha transferencia deben darse, ineludiblemente, dos requisitos, a saber:

- a) Que haya variado la competencia de las respectivas Entidades y que la transferencia tenga por objeto acoplar medios económicos y función a realizar.
- b) Que la transferencia se haga con absoluto respeto de los derechos reconocidos en materia de prestaciones económicas de carácter periódico.

En conclusión, podemos afirmar que se trataba de un sistema de un patrimonio único, pero dividido en los diferentes patrimonios que se adscriben a cada Entidad Gestora o Servicios Comunes.

Prácticamente y aun cuando el artículo 48 de la Ley General de la Seguridad Social alude a un patrimonio único, es lo cierto que las facultades que se atribuyen a cada Entidad Gestora respecto del patrimonio

adscrito, hace que pueda hablarse de una parcelación patrimonial muy cercana a la total independencia.

Para demostrar lo anterior, es suficiente con analizar el artículo 50 de la Ley General de la Seguridad Social que regula las facultades de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes sobre el patrimonio que se les adscribe y que se extienden a la titulación e inscripción en los registros públicos de los bienes adscritos, así como a la administración y custodia de los mismos e, incluso, a su disposición y enajenación previa autorización expresa del Departamento Ministerial correspondiente.

Fácilmente puede comprenderse que, con las salvedades de todo órgano administrativo, quedaban en manos de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes facultades dominicales casi completas y que hicieron del patrimonio único de la Seguridad Social un concepto más teórico que real, pues, en la práctica, se actuaba como si se tratase de patrimonios diferenciados.

b) *La creación de la Tesorería General de la Seguridad Social.*

En el estado transcrito de semiparcelación patrimonial, surge la Tesorería General de la Seguridad Social, creada por Real Decreto 2318, de 15 de septiembre de 1978, y como ha señalado ALMANSA PASTOR (25), se trata de un Servicio Común de la Seguridad Social que tiene como función primordial la unificación de todos los recursos financieros de la Seguridad Social y la gestión también unificada de todo el patrimonio de la Seguridad Social.

La Disposición Adicional Segunda del Decreto-Ley de Gestión Institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo, de 16 de noviembre de 1978 («Boletín Oficial del Estado» de 18 de noviembre de 1978), confirmó el carácter de Servicio Común de la Tesorería General, cuya regulación se realiza, primero, por la Orden de 31 de enero de 1979 y, más tarde, por los Reales Decretos 255, de 1 de febrero de 1980, y 1274, de 30 de junio de 1980, hasta que en el «Boletín Oficial del Estado» de 11 de julio de 1984 se publica el Real Decreto 1314/1984, de 20 de junio, por el que se regula la estructura y competencias de la Tesorería General de la Seguridad Social.

El Real Decreto 530/1985, de 8 de abril, que determina la estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, atribuye, en su artículo 13, al Secretario General para la Seguridad Social la superior dirección y el control de la Tesorería General de la Seguridad Social.

A los efectos de lo que aquí nos interesa, el artículo 1.º del Real Decreto 1314/1984, de 20 de junio, establece las funciones que corresponden a la Tesorería, señalando que: «es un Servicio Común dotado de personalidad jurídica al que compete la gestión de los recursos económicos y la administración financiera del sistema, en aplicación de los principios de solidaridad financiera y caja única».

(25) J. M. ALMANSA PASTOR, *Derecho de la Seguridad Social*, Madrid, 1981, vol. I. En el mismo sentido, M. ALONSO OLEA, *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, 1985, pág. 309.

En esta línea, se le atribuyen competencias en materia de inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas, gestión y control de la cotización, aplazamiento o fraccionamiento de cuotas, ordenación de los pagos, elaboración de anteproyectos de presupuestos, tramitación de operaciones de crédito y anticipo, apertura de cuentas corrientes, gestión de los regímenes de gestión voluntaria y, en general, cuantas funciones de naturaleza análoga le correspondan.

En el aspecto patrimonial, aquí analizado, se atribuye a la Tesorería la «titularidad, gestión y administración de los bienes y derechos que constituyen el patrimonio único de la Seguridad Social».

De lo anterior puede deducirse que frente a la parcelación presupuestaria anterior a 1978, la creación de la Tesorería General ha supuesto una unificación formal y material del patrimonio de la Seguridad Social en manos de un Ente único que tiene encomendadas todas las competencias en materia de gestión, administración y disposición de los bienes de la Seguridad Social, con sujeción a lo dispuesto en las Leyes.

La situación es la que se ha prolongado durante varios años hasta la entrada en vigor de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1986, que supone un cambio radical en el régimen jurídico patrimonial de la Seguridad Social, consistente, básicamente, en la aplicación directa de la Ley de Patrimonio del Estado y demás normativa complementaria de aquélla.

La aplicación se decreta por la Disposición Adicional Vigésimosegunda de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986 (26). Dicha aplicación es reiterada por la Disposición Adicional Trigesimonovena de la Ley 21/1986, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1987, e introducido, con carácter de permanencia, por el artículo 13 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988.

### C) *La regulación del procedimiento para dictar sus actos.*

En una ocasión anterior (27), abordé la regulación actual del procedimiento administrativo al que deben someterse las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social para dictar sus actos. La tesis que allí se mantenía y, claro está, se reitera aquí, es la de que los actos de reconocimiento o denegación de las prestaciones son, materialmente hablando, actos administrativos en tanto están dictados por un órgano estatal, en virtud de su potestad de *imperium* y conforme a unas reglas predeterminadas de actuación.

Ahora bien, el problema subsistente, después de las afirmaciones anteriores, es la determinación de si esas reglas predeterminadas de actua-

(26) Sobre el alcance de dicho régimen puede verse nuestro trabajo *El nuevo régimen patrimonial de los bienes de la Seguridad Social*, «Revista Española de Derecho del Trabajo», núm. 23, julio-septiembre 1985, págs. 371 a 388.

(27) Vid. nuestro trabajo *El procedimiento administrativo en el ámbito de la Administración de la Seguridad Social*, «Revista Española de Derecho del Trabajo», núm. 37, enero-marzo 1989.

ción (procedimiento) son las mismas del Estado y resto de los Entes Públicos o si, por el contrario, aquéllas mantienen una individualidad propia que las diferencia de las estatales.

La resolución de este interrogante debe hacerse hoy desde una perspectiva constitucional representada básicamente por los artículos 105 y 149 del Texto Constitucional de 1978.

El primero de los artículos citados viene a establecer la reserva de ley en la regulación del procedimiento para que las Entidades Públicas produzcan sus actos administrativos. En todo caso, no debe olvidarse que este artículo 105 supone, en realidad, una imposición de futuro que el precepto establece de forma que cualquier norma procedimental post-constitucional debe cumplir la exigencia de contemplarse en una norma con rango formal de ley.

Sin embargo, la propia perspectiva a la que se está aludiendo condiciona su papel como elemento resolutorio del problema planteado, ya que obvia las normas existentes, que según tiene declarado el Tribunal Constitucional mantendrían su valor, aun en el supuesto de que no cumplieren con la reserva de ley, siempre que se hubiesen elaborado conforme a la legalidad vigente en el momento de su producción.

Así las cosas y descendiendo ya al plano de lo concreto, debemos indicar que el procedimiento para la elaboración de los actos de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes no tiene más cobertura que el de las normas internas de éstas, situación en gran parte justificable al existir una clara indefinición de la naturaleza jurídica de aquéllas y que no resulta mantenible una vez disipadas las dudas y aceptada su consideración de órganos estatales.

Esta circunstancia nos coloca en la tesitura de resolver la cuestión conforme a otros parámetros que no pueden pasar necesariamente por la obviedad de señalar como única vía la publicación de una ley *ad hoc* o la extensión, también por ley, del ámbito de aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

La superación de esa vía única puede hacerse desde la consideración y definición del procedimiento administrativo común al que alude, como competencia exclusiva del Estado, el artículo 149.1.18 de la Constitución cuando afirma que corresponden a aquél:

«Las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios, que en todo caso garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas, el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas...»

Este precepto, según GONZÁLEZ NAVARRO (28), implica, de una parte, la aplicación directa a los organismos autónomos y a las Administraciones

(28) F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos*, «Revista Española de la Vida Local», núm. 281, págs. 417 y ss.

Locales de la Ley de Procedimiento Administrativo y, asimismo, lo que resulta más novedoso, que es la aplicación, también directa y no sólo supletoria, de la Ley de Procedimiento Administrativo a las Comunidades Autónomas. Esta prescripción deriva, además, de lo que ya establecía la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico, que en su artículo 12.1 establecía:

«Será de aplicación a la Administración de las Comunidades Autónomas y a los organismos que de ella dependan la legislación del Estado sobre el procedimiento administrativo común...»

En todo caso, lo que para el intérprete de la norma sí quedaba en pie es la definición de qué debe entenderse por procedimiento administrativo común, concepto que se acuña en el texto constitucional y que es, sin duda, un nuevo concepto mucho más amplio que el que se define en el ámbito de aplicación de la Ley.

GONZÁLEZ PÉREZ (29) ha señalado que la utilización del término procedimiento administrativo común no fue utilizado de forma consciente, hasta el punto de interpretar que dicho término no se utilizó como ordinario o normal, por oposición a especial. Después de señalar esto, el citado autor analiza la extensión del concepto para concluir que el mismo se extiende a:

- a) Los distintos aspectos del procedimiento administrativo comunes a los procedimientos formalizados y no formalizados. Entre los mismos y para mayor precisión se remite expresamente a la regulación de los sujetos del procedimiento (órgano administrativo e interesados) y actos (requisitos, validez y eficacia), además de aquellos otros procedimientos como el de revisión de oficio y recursos administrativos, en los que no interfiere la materia.
- b) Los procedimientos administrativos que estime necesario formalizarse, a fin de garantizar los derechos fundamentales y libertades o por otras consideraciones de interés general. Expresamente se citan los de elaboración de disposiciones generales y procedimiento sancionador que se recogen en la Ley de Procedimiento Administrativo.
- c) Por último, y respecto de los procedimientos no formalizados, la Ley debe limitarse a regular aquellos instrumentos de los que, según los casos, pueden hacer uso los sujetos que intervienen en el procedimiento para una adecuada resolución.

De esta forma y teniendo en cuenta la interpretación que el Tribunal Constitucional ha efectuado respecto del concepto legislación básica (30)

(29) J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Madrid, 1988, pág. 101.

(30) Sentencias del Tribunal Constitucional 32/1981, de 28 de julio; 37/1981, de 16 de noviembre; 42/1981, de 22 de diciembre.

Un magnífico estudio sobre este concepto puede encontrarse en J. JIMÉNEZ CAMPO,

como aquella preexistente de aplicación general, podríamos llegar a la conclusión de que la Ley de Procedimiento Administrativo, en cuanto definidora del procedimiento común, es de aplicación a todos los órganos estatales que ejercen funciones administrativas y, entre los cuales, claro está, deben entenderse incluidos los órganos que gestionan la Seguridad Social.

Ahora bien, lo que desde el principio debe quedar claro es que cuando se alude al procedimiento común y se referencia dicha alusión en la Ley de Procedimiento Administrativo, no se quiere decir que ambos conceptos sean identificables en su totalidad, sino que por procedimiento común hay que entender únicamente aquellas partes de la Ley que reúnen tal condición, labor que sólo puede abordarse desde la exégesis puntual de la misma.

Esta concepción es, por lo demás, absolutamente coincidente con la apreciación que GONZÁLEZ NAVARRO (31) había hecho del propio procedimiento, entendiéndolo que la Ley de Procedimiento Administrativo es «un depósito instrumental jurídico en el que el instructor puede encontrar siempre la herramienta que necesite. De manera que utilizará todas, algunas o una sola, según las exigencias del caso... El legislador español de 1958 no ha regulado en el Título IV de la Ley de Procedimiento Administrativo un procedimiento rígido en el que cada trámite tiene su causa en el que le precede y es, a su vez, causa del que le sigue, todo ello en virtud de la preclusión procesal, que se ha limitado a poner a disposición del instructor o de las partes unos instrumentos (prueba, informe, audiencia, etcétera) de los que, según los casos, pueden o deben hacer uso con vistas a la decisión que en su día haya de dictarse».

Desde esta consideración, el análisis debe limitarse, prácticamente, a determinar cuáles de esos instrumentos «disponibles» constituyen el Derecho común y son, por tanto, de aplicación general.

Siguiendo a GONZÁLEZ PÉREZ (32) podemos establecer, a los efectos de lo que aquí nos interesa, que el procedimiento administrativo común se extiende, por un lado, a la regulación de los sujetos, los actos y sus requisitos y la revisión de los mismos de oficio y a instancia de parte y, por otro lado, a la delimitación de aquellos instrumentos de los que pueden hacer uso los sujetos que intervienen en el procedimiento para una adecuada resolución y a la regulación de las garantías esenciales.

La tesis propuesta no puede, sin embargo, considerarse unánime, ya que algún autor, como PINAR MAÑAS (33), entiende que la determinación del procedimiento administrativo común es, ante todo, una labor de exégesis de los principios constitucionales que, a su juicio, vienen representados por los siguientes: *a)* principio garantizador; *b)* participación; *c)* eficacia; *d)* imparcialidad y objetividad; *e)* publicidad; *f)* seguridad jurídica; *g)* no *reformatio in peius* en vía de recurso, y *h)* unidad.

*¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado autonómico*, «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 27, septiembre-diciembre 1989, págs. 39-92.

(31) F. GONZÁLEZ NAVARRO, *ob. cit.*, págs. 421 y ss.

(32) J. GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 105.

(33) J. L. PINAR MAÑAS, «El procedimiento administrativo y Comunidades Autónomas», obra colectiva *Gobierno y Administración*, Madrid, 1985, págs. 1451 a 1477.

El examen de las normas procedimentales vigentes determina, según PIÑAR MAÑAS (34), el que pueda afirmarse que «hoy no existe en nuestro Ordenamiento Jurídico una norma que, respetuosa de los principios constitucionales, pueda ser considerada reguladora del procedimiento administrativo común», lo cual le conduce a la conclusión de postular la necesidad de dictar una norma que regule el procedimiento administrativo común.

Pues bien, sin negar que los principios citados por PIÑAR MAÑAS pueden ser la base de cualquier norma que intente regular, en el futuro, el procedimiento administrativo común es lo cierto que la interpretación que aquí se mantiene parece más acorde con la labor exegética que en materias de normas básicas viene estableciendo el Tribunal Constitucional y, sobre todo, porque las partes de la Ley de Procedimiento Administrativo aquí señaladas como procedimiento común cumplen, en la actualidad, con la más esencial finalidad de las normas básicas, cual es la de hacer posible la igualdad en el tratamiento de los españoles ante cualquier Administración.

En consecuencia y como resumen, podemos indicar que a las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social les es de aplicación en la producción de sus actos, el procedimiento administrativo común entendiendo por tal la regulación que la Ley de Procedimiento Administrativo hace de los sujetos, los actos y sus requisitos, régimen de revisión de los mismos y garantías esenciales del procedimiento.

#### D) Régimen de sus funcionarios.

En este breve intento de definir y delimitar el régimen jurídico aplicable a la Seguridad Social parece oportuno incidir sobre el aspecto puntual de la naturaleza jurídica del personal con el que, básicamente, desarrollan sus funciones las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social (35) (Sent. T. Const. 29 noviembre 1988).

También aquí podemos efectuar una clara línea divisoria. Así cabe indicar que, históricamente, cada Ente Gestor se fue dotando de su propio personal y, asimismo, de un estatuto peculiar que diferenciaba el régimen jurídico del personal al servicio de cada Entidad.

Esta dispersión normativa en la regulación del personal no se superó con la reforma orgánica y estructural introducida por el Decreto-ley de 16 de noviembre de 1978 de Gestión Institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo, cuyas Disposiciones Adicionales mantuvieron en vigor los respectivos Estatutos de personal de cada Entidad, aplicándose a los de nuevo ingreso uno de los Estatutos que generalmente era el del Mutualismo Laboral.

La publicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública, vino a alterar el anterior estado de cosas

(34) J. L. PIÑAR MAÑAS, *ob. cit.*, pág. 1476.

(35) Sobre este tema puede verse nuestro trabajo *El proceso de aplicación a los funcionarios de la Seguridad Social de la Ley 30/1984, de 2 de agosto*, en esta REVISTA (en prensa).

al incluir en el artículo 1.º de la Ley y dentro de su ámbito de aplicación al personal funcionario de la Administración de la Seguridad Social.

Asimismo la Disposición Adicional Decimosexta, reformada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1988 (Disposición Adicional Vigésimoprimeras), contenía dos medidas de importancia: una, la refundición de cuerpos y escalas semejantes de las diferentes Entidades; y dos, la previsión de que se dictase una disposición que homologase el régimen jurídico de los funcionarios de la Seguridad Social con el del resto del personal incluido en el ámbito de aplicación de dicha Ley. Tal propósito es abordado por el Real Decreto 2664/1986, de 19 de diciembre, por el que se procede a la homologación del régimen de personal de la Seguridad Social con el de la Administración Civil del Estado y se ordenan los cuerpos de funcionarios de la Administración de la Seguridad Social.

La publicación del, entonces denominado, catálogo de puestos de trabajo y las relaciones de dichos puestos de trabajo determinó la definitiva aplicación a los funcionarios de la Seguridad Social de la totalidad del Ordenamiento Jurídico regulador de la función pública estatal.

#### E) *Régimen presupuestario.*

Es ésta otra de las parcelas del Ordenamiento Jurídico en la que pueden apreciarse modificaciones sustantivas en el tratamiento de la Seguridad Social. Así, en un primer momento y tomando como base la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977, cabe indicar que los presupuestos de la Seguridad Social no se integraban formalmente en los del Estado, sino que se incorporaban a éste como presupuesto-resumen. En concreto, la Ley General Presupuestaria dedicaba a los presupuestos de la Seguridad Social su Título VIII, artículos 147 a 151.

Las respectivas Disposiciones Adicionales Segundas de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, para 1978 (Ley 1/1978, de 19 de enero); para 1979 (Ley 1/1979, de 19 de julio); para 1980 (Ley 42/1979, de 29 de diciembre); para 1981 (Ley 74/1980, de 29 de diciembre) contuvieron fórmulas semejantes que se limitaban a aprobar el presupuesto-resumen que se acompañaba al general del Estado y de sus Organismos Autónomos. Interesa recalcar que se incorporaban como anexo pero que, hasta este momento, no era una de las partidas directamente integrantes de los Presupuestos del Estado.

Un cambio cualitativamente importante se produce con la publicación de la Ley 44/1981, de 26 de diciembre, que aprueba los Presupuestos Generales del Estado para 1982. Este cambio, que podríamos denominar sistemático, consiste en integrar dentro del artículo 1.º de la Ley y en la definición del presupuesto estatal el, hasta esta Ley, denominado presupuesto-resumen de la Seguridad Social.

Puede afirmarse que esta Ley constituye un punto de inflexión en la transformación del denominado presupuesto-resumen en una más de las partidas presupuestarias. El cambio definitivo se produce en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1983 (Ley 9/1983, de 13 de julio) en la que desaparece la mención al presupuesto-resumen y se alude ya

directamente al «presupuesto de la Seguridad Social» entre los que integran, según el artículo 1.º de la Ley, los Presupuestos Generales del Estado. Esta medida se mantiene ya invariable en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para 1984 —Ley 44/1983, de 28 de diciembre, artículo 1.º, *d)*—; para 1985 —Ley 50/1984, de 30 de diciembre, artículo 1.º, *d)*—; para 1986 —Ley 46/1985, de 27 de diciembre, artículo 1.º, *d)*—; para 1987 —Ley 21/1986, de 23 de diciembre, artículo 1.º, *d)*—; para 1988 —Ley 33/1987, de 23 de diciembre, artículo 1.º, *d)*—; para 1989 —Ley 37/1988, de 28 de diciembre, artículo 1.º, *d)*—; e, incluso, en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1990 —artículo 1.º, *d)*—.

Obviamente, a este cambio no es ajeno la reforma de la Ley General Presupuestaria efectuada, en uso de la habilitación a la que alude la Disposición Final Primera de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, por el Real Decreto-Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria. Tanto el artículo 5.º del Texto Refundido como el más específico Título VIII de aquél, precinden de cualquier alusión al presupuesto-resumen de la Seguridad Social y configuran el mismo como uno más de los que integran los Presupuestos Generales del Estado junto a los de la propia Administración, los Organismos Autónomos y las Sociedades Estatales, todo ello, claro está, sin desvirtuar las respectivas formas de control que, según su naturaleza, correspondan a cada Ente.

En todo caso y sin ánimo de abordar con mayor complejidad el tema, podemos indicar, a los efectos de lo que aquí se analiza, que también en el ámbito presupuestario se aprecia una clara homologación y equiparación con el Ordenamiento estatal.

#### F) *Régimen de los actos prestacionales.*

Prácticamente, el conjunto de la actividad susceptible de ser realizada por los Entes Gestores de la Seguridad Social se completa con el análisis del régimen jurídico de los actos prestacionales que, por utilizar una terminología mercantilista, constituyen el ejercicio del objeto social de aquellos Entes.

En lo sustantivo el régimen jurídico de dichos actos, está determinado por las propias normas de Seguridad Social que en sus Leyes y reglamentos delimitan la extensión y eficacia de la Seguridad Social. Sin embargo, no parece aventurado señalar que dicho régimen jurídico carece de categorías jurídicas propias, salvo, claro está, la aplicación de las normas del Derecho común y las que por mimetismo en razón al fuero jurisdiccional común se adoptan del Derecho del Trabajo.

En este estado de cosas y teniendo en cuenta que, sin duda, la teoría general de las nulidades administrativas constituye procedimiento administrativo común y que, por tanto, debe ser aplicado a todos los Entes Públicos sometidos en su actuación al Derecho público, cabe plantearse si realmente pueden continuar al margen de la aplicación de aquéllas los aquí denominados actos prestacionales o, si por el contrario, la aplicación de las categorías jurídicas administrativas es una consecuencia obli-

gada del *status* público de unos Entes Gestores sometidos plenamente al Derecho Administrativo en su contratación, patrimonio personal, presupuestos, etc., y, en todo caso, lógica consecuencia de la transformación de las relaciones jurídicas de Seguridad Social que, como claramente indica GONZALO GONZÁLEZ (36), vive hoy la «crisis de identidad resultado, sobre todo, de la incoherencia que supone mantener la combinación histórica entre las distintas fuentes de recursos sin considerar la progresiva extensión de los sistemas protectores. Confinados, en un principio, en los límites del contrato de trabajo se han extendido a casi toda Europa hasta alcanzar hoy la población nacional total e, incluso, a todos los residentes».

Este mismo planteamiento se encuentra en la doctrina del Tribunal Constitucional, que en la Sentencia 103/1983, de 22 de noviembre, señala:

«La existencia de una cotización igual no es elemento bastante para la exigencia de iguales prestaciones. Es cierto que nuestro sistema de Seguridad Social está asentado en alguna medida sobre el principio contributivo y que aún no se ha superado totalmente su relación con el esquema típico del seguro privado, que está en la base de los primitivos seguros sociales que son el antecedente de la actual Seguridad Social. Sin embargo, la relación automática entre cuota y prestación no es necesaria. Multitud de mecanismos, tales como la existencia de topes mínimos o máximos, la exigencia de requisitos específicos para una determinada prestación y las incompatibilidades entre las prestaciones lo demuestran sobradamente. Desde el momento en que la Seguridad Social se convierte en una función del Estado, la adecuación entre cuota y prestación no puede utilizarse como criterio para determinar la validez de las normas.

*Cuarto.*—El artículo 41 de la Constitución establece la obligación de los poderes públicos de mantener un régimen de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes en «situaciones de necesidad». La adopción de este término no se opone a la idea de perjuicio. La referencia a una «situación de necesidad» o a un «estado de necesidad» obedece a la voluntad de superar la primitiva perspectiva legal, donde era prioritaria la noción de «riesgo» o «contingencia», que se produjo en la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, aun cuando todavía subsista parcialmente una atención diferenciada del estado de necesidad según el riesgo de que deriva: accidente de trabajo o no.

Acoger el estado o situación de necesidad como objeto y fundamento de la protección implica una tendencia a

(36) B. GONZALO GONZÁLEZ, *La Seguridad Social, de nuevo en la encrucijada*, diario «El País» de 3 de marzo de 1990.

garantizar a los ciudadanos un mínimo de rentas, estableciendo una línea por debajo de la cual comienza a actuar la protección. El hecho es, sin embargo, que esta tendencia no aparece plasmada en nuestra normativa legal, que no se basa en la protección frente a la pobreza, sino en la compensación frente a un daño, como es un exceso de gastos o un defecto de ingresos originado por la actualización de una determinada contingencia (muerte, incapacidad, etc.).»

Como puede comprobarse, la interpretación del artículo 41 de la Constitución supone garantizar a todos los ciudadanos una protección social digna, perspectiva ésta mucho más amplia que la de la protección de base contractual. En esta línea superadora deben inscribirse medidas tales como la financiación estatal directa de la asistencia sanitaria de quienes no tuviesen derecho conforme a las normas de Seguridad Social (art. 9 de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre); o la propia Ley de Integración de los Minusválidos; o la reforma de la Seguridad Social encaminada a introducir en aquéllas las prestaciones no contributivas —Ley 26/1990, de 20 de diciembre («Boletín Oficial del Estado» de 22 de diciembre) por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas—.

El perfil que estas y otras medidas semejantes dan de la Seguridad Social actual dista mucho del inicial, siendo claro el abandono como eje central del contrato de trabajo y su sustitución por el concepto de ciudadano acreedor de unas determinadas prestaciones públicas.

Es esta circunstancia junto a la opción estatal por la gestión directa del sistema la que, a nuestro juicio, justifican una redefinición de los esquemas conceptuales y del régimen aplicable a los mismos que debe ser el propio de un Ente Público en relaciones jurídicas en las que actúan con poderes y facultades exorbitantes del Derecho común.

#### 4. APLICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: JUSTIFICACION

La redefinición del marco de actuación de los Entes Gestores de la Seguridad Social y la aplicación a aquéllos del Derecho administrativo como Derecho común de las Administraciones Públicas exige que analicemos qué se entiende por Derecho administrativo y cuáles son las categorías que definen aquél para, a continuación, examinar las normas jurídicas de Seguridad Social y comprobar si se ajustan o no a los esquemas básicos de aquél.

##### 4.1. *Definición y características del Derecho administrativo*

La respuesta al interrogante que suscita el enunciado de la cuestión planteada es, sin duda, uno de los grandes temas de debate en la doctrina administrativa, por ello realizaremos su análisis desde el examen, en la doctrina española, de las distintas posiciones.

A) *Tesis subjetivas: en especial, la del Profesor García de Enterría.*

Señala GARCÍA DE ENTERRÍA (37), el más claro defensor de las tesis subjetivas, que las notas esenciales definidoras del Derecho administrativo son: 1) derecho de naturaleza estatutaria; 2) de carácter público; 3) por el que ordena su actuación la Administración Pública que, precisamente por su existencia, queda así sustraída de la aplicación del Derecho común.

Precisa el citado autor que es un derecho estatutario el que regula las «relaciones de cierta clase de sujetos, en cuanto sujetos singulares o específicos, sustrayéndolos en ciertos aspectos al imperio del Derecho común» (38). El concepto antitético vendría representado, obviamente, por el derecho general que resulta aplicable a toda clase de sujetos.

En el supuesto que se analiza, es obvio que las normas de Seguridad Social afectan a una pluralidad determinable de sujetos que, en el ámbito establecido por las mismas, resulta excluido de las normas de Derecho común.

En esta misma línea de razonamiento, tampoco cabe duda de que en las normas de Seguridad Social está presente, con carácter necesario, una Administración Pública, por lo que se cumple el primer requisito para que exista una relación jurídico-administrativa. De igual forma, es por demás evidente que las normas de Seguridad Social constituyen, en realidad, un sector diferenciado del Ordenamiento Jurídico a través del cual se articula la forma de protección que el Estado dispensa en la cobertura de las necesidades sociales.

Con independencia de lo dicho, entiende GARCÍA DE ENTERRÍA, que para determinar la existencia de Derecho administrativo no es suficiente con la presencia de una Administración Pública y un régimen jurídico específico de Derecho público y diferenciado del Derecho común, sino que es imprescindible, que si la regulación en cuestión afecte a un ámbito sectorial susceptible de ser encuadrado en lo que él denomina «giro o tráfico administrativo».

Esta precisión nos conduce a adentrarnos en la exégesis de lo que entiende el citado autor por «giro o tráfico administrativo». Tal concreción plantea dos problemas fundamentales. Uno, el que deriva de la inexistencia de una norma específica que determine cuál es la función administrativa y, en segundo lugar, las dificultades que, aun habiendo determinado que se trata de una cuestión de Derecho administrativo, se suscitan como consecuencia de la interconexión de categorías jurídicas de carácter administrativo y de otro carácter.

Por todo lo anterior, se propone que la concreción del contenido de lo que debe entenderse por «giro o tráfico administrativo» se verifique en función de lo que ha sido tradicional en nuestro Derecho, esto es, las «obras y servicios públicos» a los que alude el artículo 3.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, si bien, hoy, es difícilmente

(37) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, ob. cit., tomo I, Madrid, 1988, pág. 36.

(38) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, pág. 36.

mantenible que la actividad de policía, encomendada a funcionarios públicos, no se incluya en el concepto legal.

A esta cuestión se refiere MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (39) cuando afirma que «la idea de servicio que configura una Administración de marcado sentido instrumental para la consecución de unos fines constitucionalmente previstos y que el Gobierno concreta...». Esta idea es perfectamente coherente con el papel de la Administración Pública en el Estado social de Derecho que implica la superación de los moldes tradicionales, e incluso de los esquemas formales de actuación.

La moderna dimensión de la Seguridad Social es susceptible de ser encuadrada en este fenómeno, es decir, en el proceso de ampliación de los fines estatales.

### B) *Tesis de Garrido Falla.*

GARRIDO FALLA (40) define el Derecho administrativo como «aquella parte del Derecho público que regula la organización y el funcionamiento del poder ejecutivo y sus relaciones con los administrados, así como la función administrativa de los diversos poderes y órganos constitucionales del Estado».

Las características de esta definición son, pues, las siguientes:

1. El Derecho administrativo es un Derecho público por el que se regulan las actividades de la Administración Pública.

2. Está compuesto por normas de organización y comportamiento.

De esta forma, la concepción de GARRIDO FALLA considera las normas de organización como normas jurídicas integradas en el Ordenamiento Jurídico-Administrativo.

3. El Derecho administrativo se aplica tanto a la Administración *stricto sensu* como a las administraciones públicas integradas en el Estado.

Esta característica permite poner el acento en el aspecto subjetivo, pero con independencia del órgano público que las realice, dando así entrada a las diferentes formas de administración directa e indirecta, es decir, con organismos interpuestos con personalidad jurídica propia.

4. Regula la función administrativa de los poderes legislativo y judicial y demás órganos constitucionales del Estado, nota que sólo aparece en las últimas ediciones de su *Tratado*.

Esta perspectiva es consecuencia de la ampliación del ámbito de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuya plasmación efectiva se produce, como se ha dicho, en el artículo 58 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, «Boletín Oficial del Estado» número 157, de 2 de julio) y, también, es una respuesta a la pregunta de por qué se han incluido legalmente estas materias entre las fiscalizables por dicha Jurisdicción.

(39) S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho administrativo económico*, Madrid, 1988, página 51.

(40) F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, décima edición, Madrid, 1987, págs. 112 y ss.

El conjunto de estas características presenta una concepción del Derecho administrativo que utiliza como parámetro la búsqueda de la Administración desde el punto de vista de los poderes del Estado, con la matización objetiva que se acaba de apuntar respecto de la actividad administrativa de los poderes constitucionales.

C) *La crisis de las teorías subjetivas.*

Analiza PAREJO ALFONSO (41) lo que denomina la supuesta crisis de las concepciones subjetivas, definidoras del Derecho administrativo. Para él, la crítica viene de la mano de la consideración del Derecho y, consecuentemente, del Derecho administrativo, como una norma positiva que, en suma, es la consecuencia o el reconocimiento explícito de la Administración Pública como una institución-ordenamiento complejo.

Los motivos fundamentales que, según el citado autor, se han esgrimido para airear la crisis de las teorías subjetivas se reducen a dos: la pérdida por los entes públicos del monopolio de la acción administrativa y la intervención directa o participación de los particulares en las tareas administrativas y, en concreto, en la Administración (42).

Frente al primer argumento se ha dicho (43) que no existe tal pérdida del monopolio, ya que en estos supuestos la persona jurídico-privada no actúa en su condición de tal, sino como agente o delegado de la Administración.

En lo que hace referencia al segundo de los argumentos, señala MUÑOZ MACHADO (44) las carencias e insuficiencias de los mecanismos de representación política y, de otro lado, la petición de un mayor control social, con nuevas fórmulas sobre la vida administrativa.

La resolución de los problemas anteriores, descontando, claro está, la posibilidad maximalista de supresión del sistema de democracia representativa por el de democracia directa, se presenta bajo la necesidad de articular nuevas fórmulas participativas.

Es aquí donde PAREJO ALFONSO (45) aborda la réplica a la presunta crisis de las teorías subjetivas que subyace en la aceptación de las fórmulas participativas que socaban, claramente, los fundamentos ideológicos de aquéllas. Para él, «el verdadero problema no reside en las disfuncionalidades generales por el modelo de gestión institucional burocrático... sino más bien en las causas más profundas que han creado y continúan manteniendo el proceso...».

Precisamente para avalar esto, señala que «en realidad la administración participada es la sustitución a nivel de causa legítima y fin del poder

(41) L. PAREJO ALFONSO, *El concepto de Derecho administrativo*, Caracas, 1984, páginas 1434 y ss.

(42) L. PAREJO ALFONSO, *ob. cit.*, pág. 147.

(43) T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Derecho administrativo, sindicatos y autodeterminación*, Madrid, 1972.

(44) S. MUÑOZ MACHADO, *Las concepciones del Derecho administrativo y la idea de la participación en la Administración*, núm. 84 de esta REVISTA, Madrid, 1977, págs. 528 y ss.

(45) L. PAREJO ALFONSO, *ob. cit.*, pág. 149.

político del interés general como algo distinto y superior a la suma o composición de los intereses individuales». De aquí que, según este autor (46), no nos encontremos ante una crisis profunda de la Administración, sino más bien del modelo de Estado y de su comportamiento ante el Derecho que no se ha acompasado a las transformaciones reales de la sociedad.

La conclusión que se deriva de la tesis anterior es que la necesidad de transformación no debe predicarse respecto de la Administración, sino respecto de los moldes tradicionales del Derecho público, para adaptarlo a las transformaciones de la sociedad.

En este estado de cosas, queda por resolver el problema que han suscitado, entre otros, LÓPEZ GUERRA (47), LÓPEZ RODÓ (48) y GARRIDO FALLA (49), para los cuales el concepto de Administración se revela insuficiente para englobar el fenómeno administrativo, tras la aparición de órganos estatales que realizan formalmente actos administrativos y que exigen, por tanto, la determinación de un centro común de imputación que sea diferente del de la Administración Pública y que para ellos se encuentra en la personalidad jurídica del Estado, en el ámbito interno.

El fenómeno de las funciones administrativas de órganos no específicamente administrativos se reconduce, según PAREJO ALFONSO (50), a la «vieja cuestión de la inexistencia de una exacta correlación entre la tripartición del poder del Estado y las funciones desarrolladas por cada uno de los tres poderes...». Sobre esta base, matiza que el hecho de que aquellos órganos realicen funciones administrativas no altera su auténtica naturaleza ni es óbice para recordar que el fundamento último de la aplicación del Derecho administrativo es la vía analógica, en aras de garantizar la tutela y los derechos de los interesados, para lo cual no es necesario efectuar una construcción teórica de cobertura, sino que sería suficiente con una determinación legal extensiva de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que en nada alteraría la concepción del Derecho administrativo como el Derecho estatutario de la Administración.

Esta circunstancia constituye, por lo demás, una manifestación de la necesidad de redefinición del concepto de Derecho administrativo para adaptarlo al nuevo marco constitucional correspondiente a un Estado social y democrático de Derecho. A este fenómeno se ha referido la doctrina, y entre ellos NIETO (51), quien ha señalado que al ser cambiante el entorno social «el administrativista debe esforzarse en un permanente proceso de adaptación que dé a sus construcciones el valor de la agilidad y la eficacia. Es un derecho que debe corresponder al reto del cambio».

(46) L. PAREJO ALFONSO, *ob. cit.*, pág. 151.

(47) L. M. LÓPEZ GUERRA, *Sobre la personalidad jurídica del Estado*, «Revista de Derecho Político», núm. 6, Madrid, 1980, pág. 17.

(48) L. LÓPEZ RODÓ, *ob. cit.*, págs. 57 y ss.

(49) F. GARRIDO FALLA, *Reflexiones sobre una reconstrucción de los límites formales del Derecho administrativo español*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1982.

(50) L. PAREJO ALFONSO, *ob. cit.*, pág. 155.

(51) A. NIETO, *La vocación del Derecho administrativo en nuestro tiempo*, núm. 76 de esta REVISTA, Madrid, 1975.

Este fenómeno es el que permite a RODRÍGUEZ ARANA (52) diferenciar el diferente modelo de sociedades, de forma que «si en el Estado liberal la Administración monopolizaba el interés general, en el Estado social ello ya no es posible. Se trata por tanto de situar a la Administración Pública y, por ende, al Derecho administrativo ante las exigencias del Estado democrático de Derecho».

El reconocimiento del Estado democrático de Derecho en la Constitución ha supuesto notables cambios en las concepciones tradicionales que para RODRÍGUEZ ARANA (53) se plasman en «la lógica constitucionalización de los derechos fundamentales sobre la funcionalidad de la Administración Pública y sus prerrogativas o potestades también son consecuencia de la promulgación de la Constitución algunos importantes cambios de rumbo en cuestiones centrales del Derecho público: organización territorial del Estado, Contencioso-Administrativo (legitimación, ejecución de sentencias, suspensión en vía de recurso), principio de legalidad, sanciones, dominio público...».

En concreto, cabe indicar que la transformación del propio concepto de derechos fundamentales que dejan de ser un límite frente a la actuación del Estado para convertirse en «un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los Poderes Públicos» (54), hasta el punto de que tras su incorporación en el artículo 9.2 de la Constitución, se afirme que los mismos generan un derecho a las prestaciones positivas del Estado «que hagan permanentemente posible su existencia, su libre desarrollo y el mantenimiento de su papel central en el sistema» (55).

Son estas consideraciones las que permiten señalar que derechos como el derecho a la Seguridad Social —con independencia de su ubicación constitucional (Título I, Capítulo 3.º)— forman parte indisociable de aquello que el Estado debe «ofertar» a los ciudadanos asegurando su desarrollo y mantenimiento permanentes.

#### 4.2. *Justificación del carácter administrativo de las normas de Seguridad Social*

Efectuado hasta este momento el análisis de los límites y características formales de las normas administrativas nos corresponde, en este momento, justificar si las normas de Seguridad Social tienen aquellas mismas características y si, por tanto, son susceptibles de ser encuadradas en los límites formales del Derecho administrativo.

La justificación teórica que se hace en los apartados siguientes permite llegar a idéntica conclusión cualquiera que sea la opción sobre el concepto de Derecho administrativo que se mantenga. De esta forma es claro, a nuestro juicio, que los apartados siguientes justifican el carácter administrativo de las normas de Seguridad Social, tanto si por Derecho

(52) J. RODRÍGUEZ ARANA, *Concepto y presupuestos del Derecho administrativo constitucional*, «Actualidad Administrativa», núms. 7 y 8, Madrid, 1990, pág. 88.

(53) J. RODRÍGUEZ ARANA, *ob. cit.*, pág. 88.

(54) A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1986, pág. 20.

(55) J. GONZÁLEZ PÉREZ, *La dignidad de la persona*, Madrid, 1986, pág. 96.

administrativo se entiende el aplicable al complejo orgánico que gestiona los intereses públicos, como si se acepta que aquél es el derecho específico de una persona jurídica. La tesis expuesta se fundamenta de la forma que sigue.

4.2.1. *Las normas de Seguridad Social definen el ámbito de aplicación de la misma y, por tanto, la actuación de los Entes que deben aplicar aquella.*

Es éste, a nuestro juicio, el punto de inflexión de las dos disciplinas jurídicas, ya que la definición del ámbito objetivo y subjetivo de la Seguridad Social debe corresponder a los estudiosos de dicha materia, a quienes corresponderá valorar si la protección dispensada a la invalidez es acorde con el planteamiento general de la protección e, incluso, si está justificada la protección de dicho riesgo.

Nos encontramos en este supuesto con una mixtificación semejante a la que se da en otros sectores del Ordenamiento Jurídico como es, por ejemplo, el hacendístico. En este caso, la determinación del régimen impositivo, su composición y estructura debe efectuarse por los teóricos en tal materia. Sin embargo, esto no constituye un obstáculo teórico para considerar que las normas jurídicas en las que se plasman y, sobre todo, la aplicación que de las mismas hacen los órganos administrativos tienen como consecuencia que éstos produzcan auténticos actos administrativos que son enjuiciados por los tribunales de dicho orden y con categorías jurídicas propiamente administrativas.

Esta debe ser la línea básica de definición de los respectivos ámbitos de actuación, de forma que las normas de Seguridad Social son el fruto de la elaboración jurídica de esta disciplina que concreta el contenido específico del derecho a la Seguridad Social que en la actualidad reconoce el artículo 41 de la Constitución. En este campo no deben resultar aceptables las injerencias de cualquier otra disciplina.

Una vez claro lo anterior, es lo cierto que dichas normas constituyen en la realidad el margen de actuación y de obligado cumplimiento por unos órganos administrativos que, al menos hasta este momento, carecen de categorías jurídicas propias y diferenciales de las del resto de sectores del Ordenamiento Jurídico.

Esta circunstancia, unida a la propia estructura de las normas y a la forma de aplicación de las mismas por un órgano administrativo, que como a continuación se verá, actúa investido de todos sus privilegios, son los que justifican que la actuación de aquéllos se someta a «su» Derecho común procedimental, esto es, al Derecho administrativo.

Es claro, por tanto, que la normativa vigente en materia de Seguridad Social es válida para delimitar el contenido material del derecho a la Seguridad Social del artículo 41 de la Constitución, pero no definen en la forma de aplicación de dichas normas ni los requisitos de los actos que concreten, en lo particular, aquellas normas, ni la forma de comunicación de los mismos, ni los supuestos de nulidad, invalidez o mera irregularidad no invalidante (especialmente las que pueden provenir de las

reglas de actuación de dichos órganos), ni los efectos jurídicos derivados de la nulidad, ni el procedimiento para declarar ésta, etc. En general, puede decirse que en todas estas cuestiones no existen reglas propias delimitadoras, lo cual plantea, a su vez, la alternativa de saber si nos encontramos ante una mera laguna legal que debe ser eliminada cuanto antes, o si es que simplemente tal laguna no existe porque resultan aplicables las reglas comunes que rigen la actuación de los órganos administrativos, con independencia de la materia que gestionen.

Aun cuando la tesis que aquí se mantiene supone optar decididamente por la segunda, es lo cierto que para llegar a tal conclusión es necesario analizar si los órganos administrativos, en esta materia, ajustan su actuación a los esquemas habituales o si, por el contrario, existen notas diferenciales que excluyan la aplicación del régimen común (56).

#### 4.2.2. *Las normas de Seguridad Social son aplicadas por Organos de la Administración Pública actuando conforme a los esquemas tradicionales de orden administrativo.*

El enunciado propuesto plantea directamente la cuestión de si los actos que dictan las Entidades Gestoras de la Seguridad Social al aplicar las normas que definen el Ordenamiento de ésta tienen la consideración de acto administrativo.

Para resolver la incógnita, analizaré dos de las definiciones más conocidas en el actual Derecho administrativo.

##### A) *García de Enterría y Fernández Rodríguez (57).*

Las notas características del acto administrativo las formulan sobre la clásica definición de ZANOBINI, en la que introducen alguna corrección que permiten definir el acto administrativo como «la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizado por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria».

Conforme a esta definición, para encontrarnos ante un acto administrativo, deben concurrir las siguientes circunstancias:

- Debe tratarse de una declaración intelectual; por tanto, no de una actividad puramente material.
- La declaración será normalmente de voluntad, si bien no se excluyen otras declaraciones como las de juicio, deseo o conocimiento.
- La declaración debe proceder de una Administración.
- La declaración es consecuencia del ejercicio de una potestad administrativa.
- La potestad administrativa es distinta a la reglamentaria.

(56) Esta cuestión ha llevado a J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA a reclamar «el derecho a que se establezcan derechos». *El servicio público de la Sanidad*, Madrid, 1984, pág. 62.

(57) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, tomo I, Madrid, 1989, pág. 530.

La cuestión debe consistir ahora en analizar si los actos de la Seguridad Social que ejecutan las normas que configuran materialmente el Ordenamiento de ésta, reúnen los requisitos propios de los actos administrativos a los que se acaba de hacer referencia.

A este respecto, no parece necesario aludir de nuevo a la consideración como Administración de los Entes y de la propia función de Seguridad Social.

Junto a éstos hay que abordar la concurrencia del segundo de los requisitos, esto es, si la actuación de los Entes Públicos Gestores de la Seguridad Social supone el ejercicio de una potestad administrativa.

Los caracteres básicos de esta figura son para GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (58) el que la misma no se genera como consecuencia de una relación jurídica previa, ni de pacto-negocio, acto o hecho singular, sino que procede directamente del Ordenamiento.

Cabalmente éste es el supuesto de las normas de Seguridad Social. La aplicación de las mismas la efectúan los órganos administrativos en razón a una facultad que deriva directamente del Ordenamiento y no de una relación jurídica preexistente entre aquéllos y los administrados.

En segundo término, la característica básica de las potestades administrativas es que la misma consiste en una posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos, que se traduce en instrucciones de carácter general y, asimismo, en actos de ejecución individual cuyos efectos pueden ser positivos o negativos.

En el supuesto que se analiza las facultades de los órganos administrativos en la ejecución de la Seguridad Social tienen, precisamente, el alcance al que acaba de hacerse referencia, ya que permite dictar resoluciones generales de aplicación y concreción del Ordenamiento en la materia y, por otro lado, las facultades de ejecución puntual e individualizada del mismo. No existe, por tanto, un objeto específico y determinado, como ocurre en los derechos subjetivos, sino un conjunto de facultades de orden abstracto para ejercitar su labor. La potestad se ejerce indetermiante y frente a quien entra en el ámbito definido por aquélla.

Si se observa con detenimiento la actuación de los órganos administrativos de la Seguridad Social, se observa que se cumplen todos los requisitos a los que acaba de hacerse referencia, esto es, la actuación de un órgano administrativo en virtud de unas facultades que se derivan únicamente del Ordenamiento Jurídico y que se traducen en facultades heterogéneas de aplicación general y singular cuyo contenido no es previamente delimitable como si se tratase del objeto de un derecho subjetivo.

Por último, al tratarse en este apartado de los actos administrativos, es decir, del ejercicio singular de la potestad administrativa, se excluye por definición la potestad reglamentaria que supone su ejercicio general y abstracto.

---

(58) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, pág. 441.

B) *Garrido Falla.*

La tesis de GARRIDO FALLA (59) no se aparta, esencialmente, de la que acabamos de analizar, y buena prueba de ello es que acepta también como punto de partida la definición de ZANOBINI, en la que ponían énfasis los autores anteriormente citados.

La nota diferencial se encuentra en que para este autor «no hay ningún inconveniente en que en el concepto de acto administrativo, en sentido amplio, abarque tanto el acto administrativo general como el concreto... Lo importantes es encontrar el conjunto de actos sometidos al régimen jurídico administrativo y, ciertamente que en este sentido hay que admitir que tanto actos administrativos son los generales, como los concretos o especiales, pues unos y otros están sometidos a los dos principios fundamentales del régimen jurídico administrativo: sumisión a la Ley y a las normas jerárquicamente superiores y la posibilidad de una fiscalización jurisdiccional para hacer efectiva dicha sumisión...» (60).

Tanto si aceptamos que el concepto de acto administrativo incluye o no los reglamentos —polémica que a los efectos de lo que aquí se analiza es irrelevante—, es lo cierto que la caracterización del acto administrativo como el dictado por una potestad administrativa es la que, realmente, nos permite afirmar que la ejecución de las normas de Seguridad Social se verifica por una Administración Pública en uso de una potestad administrativa y que, por tanto, los actos que implica aquella ejecución son auténticos actos administrativos.

4.2.3. *En su actuación, la Administración de la Seguridad Social goza de la totalidad de privilegios que corresponden a un órgano sometido al Derecho administrativo.*

En la línea de lo analizado en el apartado anterior, hay que señalar que la consideración como actos administrativos de los actos de ejecución de la normativa de Seguridad Social trae como consecuencia que ésta disfrute de la totalidad de privilegios administrativos de que goza un Ente administrativo en sus relaciones con los Tribunales.

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (61) efectúan el análisis de la posición de la Administración por contraste con la situación normal que denominan «paz jurídica» y que, básicamente, se plasma en los siguientes puntos:

- La alteración de la situación jurídica de una persona exige el consentimiento de ésta.
- En el caso de que tal consentimiento no se preste la pretensión de alteración debe ser sometida a un Tribunal, a quien corresponde

(59) F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1987, décima edición, tomo I, pág. 380.

(60) F. GARRIDO FALLA, *ob. cit.*, pág. 380.

(61) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, pág. 479.

además ejecutar la resolución final en el supuesto de que el perjudicado por la misma no lo haga voluntariamente.

- Nadie puede excluir la actuación de los Tribunales en un asunto que le afecte personalmente.

Frente a esta situación, nos encontramos con que los actos administrativos gozan de una presunción generalizada de legalidad y son ejecutivos y ejecutorios desde el momento en que se dictan, sin necesidad de acudir al juicio de un Tribunal que declare su derecho. A esto debe añadirse, además, la facultad de ejecutar las sentencias que los Tribunales dicten contra la propia Administración y una serie de privilegios en la misma representados, fundamentalmente, por la inembargabilidad de sus bienes.

Pues bien, si observamos el funcionamiento de la Administración de la Seguridad Social comprobaremos sin dificultad que goza de todos y cada uno de los privilegios, o los que se acaba de hacer referencia, no sólo cuando aplica la legislación estatal (Ley de Contratos, Ley de Patrimonio, Ley de Funcionarios), sino incluso cuando aplica la legislación específica de Seguridad Social y produce lo que hemos denominado actos prestaciones o derivados, como pueden ser todos los relacionados con la cotización y recaudación (62).

Para demostrar lo anterior debe recordarse que la Administración de la Seguridad Social dicta actos reconociendo o denegando prestaciones o determinando el incumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema (altas, bajas, cotización) que son inmediatamente ejecutivos, al punto, incluso, de iniciar el procedimiento de apremio. Dichos actos gozan de la presunción de legalidad y obligan, en su caso, al afectado por los mismos a instar su revisión judicial desde la posición procesal de demandante y tras haber cubierto el trámite del recurso o reclamación previos.

La interposición de los recursos (administrativos o judiciales) no produce la suspensión de la ejecutividad del acto, ni aun su ejecutoriedad. Asimismo, las sentencias que revisan dichos actos se ejecutan por la propia Administración de la Seguridad Social, cuyos bienes tampoco son susceptibles de embargo judicial. En esta misma línea, hay que significar, por último, que las Entidades Gestoras no pueden transigir judicial ni extrajudicialmente.

Estas consideraciones nos llevan a afirmar que la Administración de la Seguridad Social goza, en la aplicación de su propia normativa, de los privilegios de cualquier órgano administrativo sometido al Derecho administrativo.

---

(62) Sobre esta cuestión y, en concreto, sobre el alcance de los denominados actos de gestión liquidatoria como actos administrativos, puede verse nuestro trabajo: A. PALOMAR OLMEDA y H. LOSADA GONZÁLEZ, *La jurisdicción competente para conocer de la impugnación de los actos en materia de recaudación de la Seguridad Social: análisis de una controversia*, «Revista de Seguridad Social», núm. 32, octubre-diciembre 1982.

## 5. EL FUERO JURISDICCIONAL REVISOR DE LOS ACTOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

### 5.1. *Situación actual*

El análisis de la situación actual en la determinación del fuero jurisdiccional competente para conocer de los actos de la Administración de la Seguridad Social es una labor relativamente sencilla. Así, en todos los ámbitos sectoriales en los que se aplican Leyes estatales generales (contratación, funcionarios, patrimonio e, incluso, en materia recaudatoria en los denominados actos de gestión liquidatoria) el fuero jurisdiccional son los Tribunales del orden contencioso-administrativo, que aplican, como es lógico, los propios esquemas administrativos para fundar sus resoluciones.

De esta forma, resulta aplicable a este enjuiciamiento la teoría general de las nulidades administrativas y las formas de declarar las mismas a través de la revisión de los actos administrativos bien a instancia de parte (recurso), bien por la propia Administración (revisión de oficio).

Se excluyen del enjuiciamiento contencioso-administrativo los que aquí se han denominado actos prestacionales y, asimismo, todos los relacionados con la cotización y recaudación y que no puedan ser incluidos en ese nuevo concepto acuñado de «actos de gestión liquidatoria». El enjuiciamiento de dichos actos queda atribuido a la jurisdicción social por aplicación del artículo 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con los apartados del artículo primero de la Ley de Procedimiento Laboral (63).

En esta línea, no es aventurado afirmar que los Tribunales del Orden Social no aplican en sus resoluciones los esquemas y categorías consustanciales a la naturaleza jurídica administrativa de los actos de Seguridad Social. Así la distinción entre nulidad de pleno derecho y anulabilidad o bien no se aplica o bien aparece con límites tan difusos que no resulta reconocible. Es más usual encontrar la cita expresa del artículo 6.3 del Código Civil («los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de su contravención»), o que sin cita expresa las sentencias se limitan a aplicar los efectos del citado artículo.

Esta circunstancia nos sugiere dos interrogantes:

¿Todas las normas de Seguridad Social son prohibitivas o imperativas? ¿La única infracción posible en dicho Ordenamiento es la nulidad de pleno derecho? Si analizamos el contenido de los pronunciamientos judiciales en esta materia tendríamos que responder afirmativamente a ambas cuestiones. Sin embargo, en pura lógica, ni todas las normas de Seguridad Social son imperativas o contienen prohibiciones y, asimismo, no puede mantenerse que en este sector del Ordenamiento sólo existe la

---

(63) En materia de personal al servicio de la Seguridad Social, los órganos jurisdiccionales sociales mantienen, por el momento, la competencia parcial (excluye selección y régimen disciplinario) para revisar los actos relativos al denominado personal estatutario del INSALUD.

sanción más grave para los defectos y contravenciones de sus actos administrativos, esto es, la nulidad de pleno derecho.

Con independencia de esto, que es únicamente una prueba fehaciente de que las normas de Seguridad Social utilizan los criterios y categorías del Derecho común ante la inexistencia de unas propias, es lo cierto que la cuestión que aquí nos interesa resaltar es la aplicación de las categorías jurídico-administrativas a actos que formalmente reúnen tal condición, como anteriormente se ha señalado.

El problema es, en todo caso, una cuestión puramente teórica e independiente del fuero jurisdiccional por el que ha optado el legislador, ya que el enjuiciamiento por los órganos de lo social no significa una exclusión de los esquemas jurídico-administrativos por tener unos propios dichos órganos jurisdiccionales. Muy al contrario y tal como ocurre actualmente, los órganos de lo social aplican las categorías jurídicas propias del derecho que aplican, de forma que no son idénticas las reglas de actuación ni los efectos en la aplicación de normas laborales que en normas de Seguridad Social.

Partiendo de esta premisa, es claro que la tesis que aquí se mantiene no supone necesariamente un cambio o sustitución del orden jurisdiccional revisor, sino exclusivamente la aplicación por éste de las categorías jurídicas y los esquemas que se derivan de la consideración como actos administrativos de los que dicta la Administración de la Seguridad Social.

## 5.2. *La Ley de Bases de Procedimiento Laboral y el Texto Articulado de dicha Ley*

Con independencia de lo dicho en el apartado anterior, parece conveniente efectuar el análisis sobre la base de las normas vigentes. A este respecto comencemos por señalar que el artículo 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye a los órganos jurisdiccionales de lo social el conocimiento de las cuestiones:

«En materia de prestaciones de Seguridad Social frente a entidades españolas que tengan domicilio, agencia, delegación o cualquier otra representación en España.»

La concreción puntual de dichas competencias se produce por la Ley de Bases de Procedimiento Laboral, que establece las siguientes bases que afectan a lo que se está examinando:

- |                           |   |
|---------------------------|---|
| <i>Base primera:</i>      | Atribuye a los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional social el conocimiento de los litigios en materia de Seguridad Social.                  |
| <i>Base decimoquinta:</i> | Regula la obligación de interponer reclamación previa para poder demandar en juicio a las entidades Gestoras y Servicios Comunes de Seguridad Social. |

*Base vigesimoquinta:* Recoge la exigencia de la interposición de reclamación previa y regula los trámites admi-

nistrativos para la reclamación y remisión del expediente administrativo.

Admite la posibilidad de que las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social se personen y sean tenidos como parte en cualquier proceso que pueda afectar a sus intereses.

Por último, se admitía que existiese una regulación de la revisión en vía judicial de los actos declarativos de derechos de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.

Dada su naturaleza, dicha Ley de Bases necesitaba de un Texto Articulado que se dicta mediante el Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril.

Dicho Texto Articulado contiene, a los efectos de lo que aquí se analiza, las siguientes cuestiones de importancia:

*«Artículo 2.*

Atribución a los órganos jurisdiccionales del orden social de la competencia para conocer de las cuestiones litigiosas que se promuevan en materia de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo.

*Artículo 3.*

Establece la exclusión de la jurisdicción social de las pretensiones que versen sobre la impugnación de los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo en materia laboral.

*Artículos 138 a 144.*

Regulan las especialidades del proceso en materia de Seguridad Social.»

Las reglas generales que se contienen en dichos artículos se basan en la obligación de la interposición de reclamación previa para demandar a la Administración de la Seguridad Social (art. 138); posibilidad de ésta de comparecer en cualquier procedimiento que la afecte (art. 139); obligación de la Entidad Gestora de remitir el expediente administrativo antes del día de la vista y efectos de su no remisión (arts. 141 y 143).

Con independencia de lo anterior, uno de los artículos que más destaca es el relativo a la revisión de oficio de los actos declarativos de las Entidades Gestoras.

En concreto establece:

«Artículo 144.

1. Las Entidades Gestoras no podrán revisar por sí mismas sus actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios, debiendo, en su caso, solicitar la revisión ante el Juzgado Social competente, mediante la oportuna demanda que se dirigirá contra el beneficiario del derecho reconocido.

2. Se exceptúan de lo dispuesto en el número anterior la rectificación de errores materiales o de hecho y los aritméticos, así como las revisiones motivadas por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario.

3. La acción de revisión a la que se refiere el número 1 prescribirá a los cinco años.

4. La sentencia que declare la revisión del acto impugnado será inmediatamente ejecutiva.»

Al margen de otras consideraciones, la lectura de este artículo suscita, en una primera aproximación, dos cuestiones. Así, cabe indicar que es digno de elogio el que se acabe con la tradicional laguna jurídica de la inexistencia de una norma que regule un procedimiento específico para la revisión de oficio de los actos declarativos de derechos de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social.

Ahora bien, junto a esta primera idea debe resaltarse también la extrañeza de que una cuestión de índole material y sustantiva se incluya en un texto procesal y, sobre todo, la forma en que esto se ha hecho.

Así, en primer lugar, la negación de la facultad de revisión de oficio supone la privación de una forma de actuación administrativa de la que goza la Administración en el resto de las relaciones jurídicas. Es sabido que el artículo 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo admite la revisión de oficio de los actos declarativos de derecho que contraríen manifiestamente la Ley y, en tal sentido, dictamine el Consejo de Estado, y el artículo 109 del mismo Texto Legal permite la revisión de oficio de los actos cuando estén incurso en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho a las que alude el artículo 47 de la Ley Procedimental.

La objeción fundamental o, si se quiere, la reticencia histórica a la utilización de estos procedimientos y al ejercicio de la facultad se ha centrado en dos cuestiones, una de propia filosofía consistente en pensar que la Seguridad Social y los actos que dicta son una especie de actos administrativos de segunda, fruto de una inicial concepción aseguradora y asistencial. Esta concepción debe entenderse superada tras la constitucionalización del Derecho a Seguridad Social e, incluso, su desvinculación del nexo laboral, cabe afirmar que la misma constituye uno de los derechos a los que el ciudadano debe acceder en un «estado del bienestar» (64). La construcción y articulación jurídica de este derecho presenta características semejantes a las del resto de derechos de orden prestacio-

(64) I. CARLSSON, *El estado del bienestar*, diario «El País» de 29 de marzo de 1990.

nal que se recogen en nuestro Ordenamiento Jurídico, por lo que la misma valoración tradicional debe dejar paso hoy a una aceptación plena y sin complejos.

En segundo término, se han cuestionado las posibles dificultades para «acceder al Consejo de Estado». Estas dificultades son consustanciales a todos los Entes tutelados por un Departamento Ministerial, ya que sólo los titulares de éstos pueden solicitar los dictámenes (art. 20 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado).

Indica GONZÁLEZ PÉREZ (65) que este mismo problema se suscitó con la imposibilidad de las Corporaciones Locales de acudir directamente al Consejo de Estado para obtener el dictamen preceptivo. La línea jurisprudencial fue favorable a la exigencia de dicho trámite, accediendo al Consejo de Estado por medio del Ministerio de tutela, que en aquella época era el del Interior (Sentencias de 9 de diciembre de 1974 y de 3 de octubre de 1973). Sin embargo, la evolución posterior (Sentencia de 3 de junio de 1985) da un cierto giro a la cuestión indicando:

«... resulta evidente que entre tanto se resuelve legalmente tal laguna legal (posibilidad de acudir directamente al Consejo de Estado) con una nueva regulación del problema, el acuerdo resolutorio deberá, al menos, por su trascendencia ser aprobado por el Pleno corporativo y con el requisito mínimo del dictamen favorable de letrado...».

No cabe negar que la Ley de Bases de Régimen Local establece que el dictamen debe solicitarse por conducto del Presidente de la Comunidad Autónoma y a través del Ministerio para las Administraciones Públicas.

Es claro, por tanto, que cuando en otros sectores del Ordenamiento Jurídico se ha planteado el problema de la dificultad de acceso al Consejo de Estado, se ha arbitrado un mecanismo específico para permitir el acceso. En el presente supuesto y aunque las relaciones de las Entidades Gestoras y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social estén definidas por la figura de la tutela debe entenderse que, en su caso, ésta sería la vía para solicitar el dictamen.

Por último, la preocupación de que el ejercicio de la potestad revisora pudiera colapsar el funcionamiento del Consejo de Estado es un problema puramente administrativo y que, por tanto, trasciende del análisis jurídico; y, por otro lado, conlleva esa infravaloración a la que anteriormente nos hemos referido.

En todo caso debe quedar claro que este artículo priva a la Administración de la Seguridad Social de una de las potestades de la Administración, subsumible, como señala GONZÁLEZ PÉREZ (66), como una de las manifestaciones de la autotutela o autodefensa administrativa. La privación de esta potestad, además indiscriminada, sin diferenciar si se refiere

(65) J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Madrid, 1989, pág. 875.

(66) J. GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 858.

a pensiones propiamente dichas, a mejoras y revalorizaciones o, incluso, a complementos de mínimos, no aparece como plenamente justificada.

En esta misma línea, los dos párrafos siguientes del artículo 144 del Texto Refundido establecen sendas medidas que, en esencia, permiten indicar que los actos de la Seguridad Social no pueden ser nunca nulos de pleno derecho, ya que la revisión se somete a plazo perentorio y, además, no se admite que pueda producir efectos *ab initio*, características éstas indisociablemente unidas a dicha categoría de nulidad.

Las consideraciones expuestas permiten mostrar el escepticismo inicial que la regulación propuesta significa. Mientras la Ley de Bases aludía al establecimiento de un procedimiento para la revisión de oficio pero no negaba absolutamente el derecho de la Administración de la Seguridad Social a una revisión administrativa, el Texto Articulado va más allá y niega, efectivamente, el derecho a la revisión de oficio, colocando a la Seguridad Social en pie de igualdad con los particulares y obligándola a acudir a los Tribunales para revisar cualquier acto declarativo de derecho.

## 6. CONCLUSIÓN

A modo de resumen de lo dicho hasta este momento, cabe señalar que la filosofía del actual sistema de Seguridad Social se encuentra hoy en un punto muy alejado de sus orígenes. La introducción de prestaciones sin contribución previa e, incluso, completamente al margen de las relaciones laborales supone necesariamente un replanteamiento de los esquemas conceptuales y jurídicos de las normas que rigen el sector social de nuestro Ordenamiento Jurídico.

Estas circunstancias, unidas a la opción estatal por una Seguridad Social de gestión pública y conforme a las normas que rigen, con carácter general, la actuación del Estado en materias administrativas trae consigo la necesidad de plantearse la auténtica naturaleza de las normas que rigen la Seguridad Social, y no con el fin de indicar que debe ser el Derecho administrativo el que en el futuro debata sobre el ámbito subjetivo y objetivo de la Seguridad Social, cosa que, a nuestro juicio, pueden continuar realizando los estudiosos de la Seguridad Social para preservar con ello sus fines tradicionales, sino que resulta suficiente con que este trabajo sirviese para clarificar que, una vez definido el ámbito de la Seguridad Social, las normas que regulan éste, la aplicación que de las mismas hacen los Entes Públicos de Gestión y las posibles anomalías de los actos dictados deben regirse por las mismas normas que regulan esas cuestiones en el resto de actividades administrativas.

Esta conclusión se justifica en base al análisis de la actuación de la Administración Pública en este sector, que implica el ejercicio de una potestad administrativa que permite formular declaraciones de conocimiento, juicio o deseo susceptibles de ser calificados de auténticos actos administrativos sometidos, por tanto, a la regulación general de éstos.

La afirmación anterior no es inconciliable ni con el deseo de mantener los objetivos esenciales de la Seguridad Social que deberán asegurar

quienes definan el ámbito subjetivo y objetivo, ni, asimismo, con la revisión jurisdiccional por órganos no específicamente administrativos, ya que son notables los ejemplos en que los órganos sociales aplican normas y criterios administrativos, sin ir más lejos, en la resolución de las pretensiones del personal estatutario del INSALUD, cuyas normas y esquemas jurídicos con administrativos y, sin embargo, se conocen por los Organos de lo Social.

Alberto PALOMAR OLMEDA