

*María José Rodríguez Ramos **
*y Gregorio Pérez Borrego ***

Participación de trabajadores y empresarios en el Sistema de la Seguridad Social y colaboración en su gestión

Sumario: I. *La participación de los interesados en la Seguridad Social como postulado constitucional.* II. *La colaboración de trabajadores y empresarios en la gestión de la Seguridad Social.* A) *La colaboración de trabajadores y empresarios en la gestión de la Seguridad Social a través de Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.* B) *La colaboración de las empresas en la gestión de la Seguridad Social.* III. *La participación de los trabajadores y empresarios en las instituciones de la Seguridad Social en nuestro ordenamiento jurídico.* A) *La participación de los trabajadores en la Administración de la Seguridad Social a través de sus representantes.* B) *La participación de empresarios y trabajadores en el control de la gestión de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.* C) *Reflexión final.*

I. LA PARTICIPACION DE LOS INTERESADOS EN LA SEGURIDAD SOCIAL COMO POSTULADO CONSTITUCIONAL

La participación de los ciudadanos en las Administraciones públicas puede instrumentarse de muy variadas formas, cumpliéndose así el principio de democratización de las instituciones mediante la participación de los interesados ¹, tanto para la defensa de sus propios intereses, fundamentalmente los colectivos, como del interés general. De ahí que se haya afirmado que los fenómenos participativos se articulan con técnicas de representación de intereses ².

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla.

** Abogado.

¹ La idea de «democratización mediante la participación» también fue puesta de manifiesto por BORRAJO DACRUZ, E.: *Presentación del número monográfico de la Revista de Seguridad Social*, núm. 4, de 1979, sobre la participación en la gestión de la Seguridad Social: modelos europeos, I, pág. 5. Un análisis de distintas fórmulas y su delimitación sobre si son o no participación de los interesados en la Administración, en SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Sobre el concepto de participación en la Administración pública*, «Revista de Seguridad Social», núm. 4, 1979, págs. 26 y sigs.

² GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La participación del administrado en funciones administrativas*, «Revista de Seguridad Social», núm. 4, 1979, pág. 17. Sobre la diferencia entre interés difuso e interés colectivo, SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Sobre el concepto de participación en la Administración pública...*, *op. cit.*, págs. 39 y sigs. A los efectos que nos interesan no es rele-

Es en base a este principio de democratización de las instituciones a través del mecanismo participativo por el que se produce una práctica generalización de este fenómeno, fundamentalmente a partir de la Constitución de 1978; aunque ya existían muestras en normas internacionales por lo que a la participación de los interesados en la Seguridad Social afecta ³, e incluso reminiscencias en los comienzos de la legislación de trabajo ⁴. La participación de los interesados en la gestión de la Seguridad Social, como elemento democratizador de las estructuras del Estado, se aborda en la problemática global de la necesidad de la presencia ciudadana en la planificación y toma de decisiones del Estado-Administración o Estado gestor ⁵.

A esta cuestión —participación de los interesados en las instituciones— dedica la Norma Suprema varios preceptos ⁶, algunos de los cuales tratan específicamente este derecho concreto de un sector determinado de la sociedad: la población asalariada. Identificándose el concepto de *interesados* ⁷, por lo que a la materia laboral y de Seguridad Social afecta, con los empresarios y sus representantes y con los representantes de los trabajadores y éstos mismos en cuanto sujetos beneficiarios

vante tal diferenciación, ya que, claramente, en la participación de los interesados en la gestión de la Seguridad Social estamos ante intereses colectivos y no difusos.

³ Un análisis de la participación de los interesados en la gestión de la Seguridad Social en los Convenios y Recomendaciones de la OIT, en CREUTZ, H.: *La organización administrativa de la Seguridad Social. En los grandes textos internacionales con especial referencia a la participación de los interesados*, «Revista de Seguridad Social», núm. 4, 1979, págs. 66 y sigs.

⁴ Sobre el reconocimiento del derecho de participación institucional a las organizaciones obreras y patronales, MARTÍN VALVERDE, A.: *Estudio preliminar. La Legislación social en la Historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, pág. LXXXV. Como ya refiere este autor, desde comienzos de la legislación de trabajo se reconoció a las organizaciones obreras y patronales, de forma paulatina, un amplio derecho de participación institucional —en la Administración Laboral, en los Tribunales Industriales, en los organismos de conciliación y arbitraje y en la gestión de la previsión social—; derecho que iría acrecentándose a partir de los últimos años de la Restauración y fundamentalmente con el Decreto-ley de Organización Corporativa nacional de 1926. Como ya apunta DE LA VILLA GIL, L. E.: *La participación social en la gestión*, «Papeles de Economía Española», núms. 12-13, 1982, pág. 198, «el nacimiento escalonado de los seguros sociales favoreció la gestión fraccionada de ellos, y de modo inevitable, su pluralidad [...]» facilitando la participación de organismos gestores profesionalizados; véase asimismo una evolución de las formas de participación en la gestión de la Seguridad Social, y en su forma más arcaica de los seguros sociales, en las págs. 200 a 202.

⁵ GONZALO GONZÁLEZ, B./FERRERAS ALONSO, F.: *La participación de los interesados en la gestión de la Seguridad Social española*, «Revista de Seguridad Social», núm. 5, 1980, págs. 15-16.

⁶ Si bien ello no quiere decir que el principio de participación de los interesados en la gestión de la Seguridad Social se instaure a partir de la Constitución, pues ya se establecía en normas preconstitucionales, caso del Real Decreto-ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo, junto a otros principios como los de descentralización, racionalización, simplificación, solidaridad financiera y caja única. La importancia de la participación de los interesados en la gestión de la Seguridad Social sería utilizada incluso con fines electoralistas por diversos partidos políticos. Sobre este aspecto puede verse el trabajo de GONZALO GONZÁLEZ, B./FERRERAS ALONSO, F.: *La participación de los interesados en la gestión de la Seguridad Social española...*, op. cit., págs. 7 y 8.

⁷ Se ha entendido por interesados cualquier persona física o jurídica que ostente un interés directo en la materia, SEMPERE NAVARRO, A. V.: *Régimen jurídico de las Mutuas Patronales*, Editorial Civitas, Madrid, 1986, pág. 119.

de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social. Entendiendo por tales, no el concepto clásico utilizado por el Derecho del Trabajo —art. 1 TRET—, sino uno mucho más amplio, que englobaría a todo aquél que vive de su salario aunque técnicamente escape del objeto de estudio del Derecho laboral. Al tiempo se ocupa de quienes proporcionan los empleos de los que derivan estos salarios, los empresarios, entendidos igualmente en sentido amplio, excediendo de las delimitaciones que de ellos realizan ramas del ordenamiento como el Derecho del Trabajo, Mercantil o Fiscal, al incluir en los mismos a los poderes públicos como empleadores de relaciones de trabajo reguladas por otras parcelas del Derecho.

La Constitución contiene una serie de preceptos que aluden a dichos sujetos; así el artículo 7, que determina que «*los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios*», el 9.2, que asigna a los Poderes Públicos la tarea de «*promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sea real y efectiva; remover los obstáculos que dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*»; el 28.1, que consagra el derecho de libertad sindical; el 105.a) que mandata al legislador regular «*La audiencia a los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten*», o el propio artículo 129.1, que determina que «*La ley establecerá las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de vida o al bienestar general*»; donde se contiene un mandato claro para el legislador: que regule las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social.

Tales normas, como ha precisado el Tribunal Constitucional, han de interpretarse de manera que resulten compatibles los postulados que propugnan, que unos no interfieran sobre otros, puesto que «*la unidad de la Constitución no toleraría que una de sus disposiciones se desvirtuara íntegramente por lo establecido en otra (STC 26/1987)*». Esta circunstancia es tenida en cuenta por el legislador, que al desarrollar algunos de estos derechos realiza un tratamiento global de los mismos. Así, la configuración legal del derecho de participación de los trabajadores como grupo social en las instituciones públicas determina que éste se realizará a través de sus representantes, que a tenor de los artículos 7 y 28.1 de la Constitución son los sindicatos, y no cualquiera sino los expresamente previstos por el ordenamiento. La Ley Orgánica de Libertad Sindical recoge en el párrafo segundo de su Exposición de Motivos que «*en nuestro ordenamiento constitucional, la facultad de actuar en tutela y defensa de los intereses colectivos de los trabajadores se atribuye a los propios sujetos protagonistas del conflicto*», y en su artículo 6.3.a) establece como derecho de los sindicatos más representativos la participación institucional ante las Administraciones Públicas u otras entidades u organismos de carácter estatal o de Comunidad Autónoma que la tengan prevista, para lo que establece asimismo reglas en su disposición adicional primera; correspondiendo a los propios sindicatos la designación del órgano sindical que ejerza las funciones participativas dentro de su propia autoorganización ⁸. Estas normas han sido objeto de una interpretación restrictiva por la jurisprudencia constitucional, que, al tiempo que

⁸ Como precisa la STS (3.ª, 4.ª) de 15 de septiembre de 1998 (RJCA 6915).

restringe el concepto de participación institucional limitado de forma exclusiva y excluyente a sindicatos más representativos, amplía la extensión del derecho a participar en instituciones públicas a sindicatos que gocen de al menos un *quantum* de representatividad del diez por ciento en cada ámbito concreto.

Tanto en uno como en otro caso —ejercicio del derecho de participación institucional ya por sindicatos más representativos, ya por sindicatos suficientemente representativos— estamos ante lo que se ha denominado como una *representatividad de intereses en sentido relativo*, al otorgarse tal potestad sólo y exclusivamente a determinadas organizaciones, diferenciando en este sentido unas de otras en base a distintos criterios⁹; que en relación al supuesto que analizamos ha sido debidamente justificado por el Tribunal Constitucional en reiteradas sentencias en las que se ha considerado constitucional el criterio de la mayor representatividad, aunque haya sido, como hemos apuntado, matizado en posteriores pronunciamientos del Alto Tribunal.

Una vez identificado el interlocutor de una de las partes —sindicatos/trabajadores— se hace preciso delimitar la otra, lo que hace la disposición adicional sexta del Estatuto de los Trabajadores; que siguiendo la idea de tratamiento paralelo que esboza el constituyente en el artículo 7 de la Constitución¹⁰ determina que «A efectos de ostentar representación institucional en defensa de intereses generales de empresarios ante las Administraciones Públicas y otras entidades y organismos de carácter estatal o de Comunidad Autónoma que la tengan prevista, se entenderá que gozan de esa capacidad representativa las asociaciones empresariales...», en definitiva, más representativas a nivel estatal o de Comunidad Autónoma. Esta disposición la habremos de completar con las prescripciones de la disposición adicional primera 2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, que ordena al Gobierno dictar las disposiciones que sean precisas para el desarrollo de los preceptos legales que regulan tanto la representatividad empresarial como sindical, lo que en este momento sigue pendiente de cumplimiento.

Delimitados los sujetos con capacidad para ostentar el derecho de participación institucional —sindicatos y asociaciones empresariales más representativas en sus distintos niveles, con la matización realizada—, se hace preciso referir el contenido del derecho de participación en las instituciones en el que se enmarca el reconocido por el artículo 129.1 de la Norma Suprema.

El Tribunal Constitucional considera que este precepto constitucional «entiende por participación la desarrollada en el seno de "organismos públicos", fuera de la cual, otras formas de participación no están prohibidas por la Constitución pero tampoco reguladas por ella [...] Esto es, existe una estrecha vinculación entre la participación prevista en el artículo 129 de la Constitución y la estructura organizativa de la Administración Pública o de "entidades" y "organismos" de naturaleza pública que se cualifican por su naturaleza y su adscripción orgánica, y no tanto por la mayor o menor trascendencia que puedan tener» (SSTC 39/1986 y 184/1987). Esto implica que si no se trata de órganos públicos difícilmente estaremos ante un supuesto de parti-

⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Sobre el concepto de participación...*, op. cit., pág. 55.

¹⁰ GALLEGO MORALES, A.: *Comentario a la disposición adicional sexta del Estatuto de los Trabajadores*; VV.AA.: «Comentario al Estatuto de los Trabajadores», Coord. J. L. MONE-REO, Editorial Comares, Granada, 1998.

cipación del artículo 129 de la Constitución (STC 39/1986). En otros términos, no toda fórmula de intervención en los órganos de las Administraciones públicas puede ser entendida como participación institucional, sino que ésta conecta con la representación de intereses de un determinado colectivo, en este caso el de los trabajadores, en las instituciones públicas¹¹. Además, debe tenerse en cuenta «que todas las fórmulas de participación —incluso las que pueden reconducirse al artículo 129 de la Constitución (SSTC 37/1983 y 118/1983)—, quedan remitidas por el propio texto constitucional a la normativa legal y a la norma que la crea quedan confiadas sus condiciones de funcionamiento» (SSTC 39/1986 y 184/1987). En estos casos estamos ante un interés colectivo que «adquiere efectividad práctica a través del derecho de participación¹²». Por último, señalar que la jurisprudencia constitucional considera que la naturaleza del derecho de participación institucional es contenido adicional del derecho de libertad sindical consagrado en el artículo 28.1 de la Norma Suprema; para lo que habrá que estar a verdaderas fórmulas de participación institucional, pues no es posible en otro caso considerar vulnerado este último precepto¹³.

En estos términos, se plantea si cumple el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social por sí este mandato del constituyente. La respuesta es en principio negativa, pues del artículo 4.2 TRLGSS se deduce que este derecho de los interesados no se agota en esta norma («sin perjuicio de otras formas de participación [...]»¹⁴). Resuelta esta cuestión habremos de solventar si es propiamente la colaboración en la gestión del artículo 4.2 TRLGSS una forma de participación de los interesados en la Seguridad Social en los términos previstos en el artículo 129.1 de la Constitución. El interrogante merece una respuesta más detenida.

II. LA COLABORACION DE TRABAJADORES Y EMPRESARIOS EN LA GESTION DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La gestión de la Seguridad Social podría realizarse por las propias autoridades públicas de forma exclusiva, por representantes de los sujetos protegidos —trabajadores— y eventualmente por los de los empresarios¹⁵, de forma compartida o exclusiva. Si la primera fórmula pudiera parecer más respetuosa con el carácter público del Sistema de Seguridad Social, bien es verdad que, como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional entre otras en la STC 129/1994, «el carácter público del Sistema no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas¹⁶». Si bien todo ello sin que implique una fór-

¹¹ En términos semejantes, PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Derecho Sindical...*, pág. 151.

¹² Así, SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Sobre el concepto de participación...*, op. cit., pág. 35.

¹³ Así puede verse la STC 39/1986, que no considera vulnerado el derecho de libertad sindical al no ser participación institucional si no se trata de órganos públicos.

¹⁴ No es de extrañar que se haya hablado de ambigüedad conceptual e ideológica de la participación, en cuanto que en la misma «se cobija una amplísima gama de modelos históricos y de utopías que van desde la más refinada forma de autogestión a la más elemental presencia de órganos desprovistos de potestades decisorias», VILLA GIL, L. E.: *La participación social en la gestión...*, pág. 198, citando a CARINCI.

¹⁵ CREUTZ, H.: *La organización administrativa de la Seguridad Social...*, op. cit., pág. 66.

¹⁶ Esta misma idea es la que defienden algunos autores, al considerar que se trata de una colaboración en la gestión que no desvirtúa el carácter público del Sistema de Seguri-

mula de autogestión de la Seguridad Social por los interesados, que ha sido obviamente criticada por la doctrina¹⁷.

El Capítulo XI del Título II TRLGSS, bajo la rúbrica «Gestión», contiene dos artículos (198-199), el primero de los cuales dispone que «*La gestión del Régimen General de la Seguridad Social, así como la colaboración en la gestión por parte de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social y las empresas se regirá por lo dispuesto en el Capítulo VII del Título I de la presente Ley*» (art. 198 TRLGSS). Por su parte, el Capítulo VII del Título I TRLGSS rubricado «Gestión de la Seguridad Social» titula su sección cuarta «Colaboración en la gestión de la Seguridad Social». El primero de los preceptos ubicados en esta parte del TRLGSS, su artículo 67, determina que «*La colaboración en la gestión del Sistema de la Seguridad Social se llevará a cabo por Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social y empresas, de acuerdo con lo establecido en la presente sección*», prosiguiendo en su siguiente apartado que esta función se podrá realizar también por «*asociaciones, fundaciones y entidades públicas y privadas previa su inscripción en un registro público*». A la realización de esta actividad por Mutuas y empresas dedica el TRLGSS las subsecciones segunda y tercera de la sección cuarta del Capítulo VII del Título I. Así, el artículo 68.1 TRLGSS se limita a proclamar lo tan repetido de que «*Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales colaborarán en la gestión de la Seguridad Social*», si bien, aportando que esta función se extenderá, o mejor restringirá, «*en relación con las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional*», así como respecto de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes del personal protegido por la Mutua (disposición adicional undécima TRLGSS). De todo ello se deduce que la colaboración en la gestión de la Seguridad Social se llevará a cabo a través de Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, por las empresas o por asociaciones, fundaciones y entidades públicas y privadas previa su inscripción en un registro público. Dando por buena que la gestión de la Seguridad Social comprende «el desarrollo de las actividades de distribución de prestaciones que constituyen la razón de ser de la misma [...] o más brevemente, la puesta en práctica de su acción protectora [...] en cuanto la actividad de gestión requiere necesariamente un soporte orgánico, un aparato de medios personales y materiales... una organización¹⁸».

La existencia de sujetos privados —Mutuas Patronales y empresarios— que participen o colaboren en la gestión de un Sistema de Seguridad Social eminentemente público, derivado del artículo 41 de la Constitución, es tenida en cuenta con cautelas, aunque constituyen hoy día instrumentos incuestionados. Habiéndose afirmado que «la Seguridad Social tiene todos los problemas lógicos que se derivan de la gestión del más importante servicio público de la sociedad contemporánea con las técnicas del aseguramiento privado¹⁹»; debiendo interpretarse dicho

dad Social. Por todos, PÉREZ ALONSO, M.^a A./MAGALLÓN ORTÍN, M.: *La colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional en la gestión de la incapacidad temporal por contingencias comunes*, «Tribuna Social», núm. 70, pág. 41.

¹⁷ DE LA VILLA GIL, L. E.: *La participación social en la gestión...*, op. cit., pág. 199.

¹⁸ MARTÍN VALVERDE, A./RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F./DURÁN LÓPEZ, F.: *La racionalización de la gestión*, «Papeles de Economía Española», núms. 12-13, pág. 129.

¹⁹ CABRERA BAZÁN, J.: *Encuesta sobre la Seguridad Social española*, «Papeles de Economía Española», núms. 12-13, 1982, pág. 426.

precepto constitucional con la prescripción del artículo 129 de la Norma Suprema, que establece la participación de los interesados en la gestión de la Seguridad Social. A ello nos referiremos seguidamente.

A) LA COLABORACIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESARIOS
EN LA GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL A TRAVÉS DE MUTUAS
DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

El alcance de este derecho legal de colaboración en la gestión se deduce del concepto que de esta institución proporciona el artículo 68.2 TRLGSS, si bien matizando que «a los efectos de este artículo». Dicho precepto las define como «*asociaciones legalmente constituidas con la responsabilidad mancomunada de sus asociados, cuyas operaciones, sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional undécima de esta Ley, se reduzcan, a repartir entre sus asociados: a) el coste de las prestaciones por causa de accidente de trabajo sufrido por el personal al servicio de los asociados. b) El coste de las prestaciones por enfermedades profesionales padecidas por el personal al servicio de los asociados, en la situación de incapacidad temporal y su período de observación y, en las demás situaciones, la contribución que se les asigne para hacer frente, en régimen de compensación, a la siniestralidad general derivada de la aludida contingencia. c) La contribución a los servicios de prevención, recuperación y demás previstos en la presente Ley, en favor de las víctimas de aquellas contingencias y de sus beneficiarios. d) Los gastos de administración de la propia entidad*». Este reparto de costes no puede en ningún caso alterar la ausencia de ánimo de lucro que debe inspirar la actividad de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales, para lo que se hace necesario controlarlo mediante auditoría por la Administración. Habiendo sido «una constante en la evolución normativa relativa a las Mutuas [...] limitar progresivamente sus facultades económicas de disposición y garantizar realmente que no se producía ningún lucro indirecto²⁰».

Por su parte, la meritada disposición adicional undécima TRLGSS establece determinadas reglas sobre la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, cerrando la posibilidad de colaboración por las empresas en la gestión de las prestaciones económicas por maternidad.

Los rasgos definitorios de estas Mutuas, a los efectos que nos ocupan, se completan con las prescripciones del artículo 2 del Reglamento sobre Colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (aprobado por Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre —en adelante RMAT—), que reproduce en su apartado primero el concepto que de esta institución da la ley, si bien aportando dos novedades: 1.^a) que la actividad económica que realizarán estas entidades privadas estará sometida a la técnica administrativa de intervención de la autorización previa para su funcionamiento a otorgar por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y 2.^a) que las Mutuas gozarán de personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines una vez inscritas en el registro existente al efecto.

²⁰ SEMPERE NAVARRO, A. V.: *Régimen jurídico de las Mutuas Patronales...*, op. cit., pág. 144, y es que «a través de los gastos de administración o de la realización de operaciones irregulares se puede propiciar la obtención de un lucro para terceros o a los propios mutualistas».

El círculo se cierra con las relaciones entre las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales y el Sistema de Seguridad Social a cuya gestión contribuyen mediante su colaboración, por las que se caracterizan como Entidades colaboradoras del Sistema cuya actividad es no lucrativa²¹, sin que pueda asimilarseles a compañías de seguros²². Ello es así porque los entes que colaboren en la gestión de la Seguridad Social han de atenerse al principio de ausencia de ánimo de lucro, por lo que son controladas, como ya hemos apuntado, mediante auditorías²³.

Así, éstas quedan sometidas al control de la Administración, y respecto de éstas, el Departamento Ministerial responsable del Sistema de Seguridad Social, hoy Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, ejerce funciones como la autorización de la aprobación de la Mutua y ordenar su inscripción en el registro (art. 18 RMAT), requisito constitutivo para la adquisición de su personalidad jurídica; participa en los procesos de disolución (arts. 38.5 y 6; 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46 RMAT), fusión y absorción de éstas (arts. 47 a 49 RMAT); controla su patrimonio histórico (arts. 50.3 y 52 RMAT); las inspecciona (art. 54 RMAT); autoriza determinadas operaciones financieras (arts. 27.1 y 28.1 RMAT), participa en el control interno de la gestión económico-financiera (arts. 56 a 60 RMAT), y realiza funciones de Policía Administrativa (art. 42 LISOS) mediante el control de las infracciones y sanciones (art. 55 RMAT). Intervenciones en las Mutuas que se han justificado, respecto del régimen ordinario de las asociaciones, por el hecho de que, a pesar de su naturaleza jurídico-privada, son el resultado de la descentralización administrativa de la gestión de la Seguridad Social²⁴.

Los preceptos referidos nos proporcionan los rasgos definitorios de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales: carácter de asociaciones de empresarios constituidas expresamente para el cumplimiento de una finalidad específica, cual es gestionar determinados fondos de carácter público (cotizaciones al sistema de Seguridad Social) para proporcionar prestaciones a los trabajadores incluidos en su ámbito de cobertura, donde la intervención administrativa se reduce a funciones registrales, de autorización de determinadas operaciones financieras y de ejercicio de la policía administrativa. La intervención de los trabajadores en las mismas, salvo en su condición de beneficiarios pasivos de la gestión de las Mutuas, no se produce en virtud del TRLGSS sino de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, de acompañamiento de la Ley 41/1994, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1995, en los términos que veremos.

La concurrencia de estas circunstancias nos llevan a preguntarnos si la terminología utilizada por el legislador «colaboración en la gestión» es la más adecuada a la institución que denomina, y no por el hecho de que este tipo de «participación en el Sistema de Seguridad Social» esté prácticamente limitado a los empresarios,

²¹ STS (Sala 3.ª, Secc. 2.ª) de 31 de marzo de 1998 (RAJ 2287).

²² STS (Sala 3.ª, Secc. 4.ª) de 30 de marzo de 1998 (RAJ 2874).

²³ SEMPÈRE NAVARRO, A. V.: *Régimen jurídico de las Mutuas Patronales...*, op. cit., pág. 126, citando a ALMANSA PASTOR.

²⁴ SEMPÈRE NAVARRO, A. V.: *Régimen jurídico de las Mutuas Patronales...*, op. cit., pág. 111, que precisa que lo decisivo es que su intervención en la gestión de la Seguridad Social no queda garantizada por los principios reguladores del derecho de asociación privada.

puesto que ningún precepto establece que éstos y trabajadores deban colaborar con igual alcance en este cometido.

El Sistema de Seguridad Social como Servicio Público está obligado por ley a dispensar la acción protectora establecida en los artículos 38, 114 y siguientes y sus concordantes de la Ley General de Seguridad Social. Entre éstas se encuentran la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo, así como prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal [art. 38.1.a) y c) TRLGSS]. Ahora bien, salvo contadas excepciones (v. gr. la contemplada en la disposición adicional undécima 3 TRLGSS sobre las prestaciones económicas por maternidad que deberán ser gestionadas directamente por la Entidad Gestora) la ley no establece la forma en que este servicio público ha de prestarse. En definitiva, cómo debe dispensarse la prestación a sus beneficiarios. Sobre esta cuestión bien pudieran aplicarse los postulados de la teoría general del Servicio Público, en concreto los que atañen a su forma de prestación, bien a través de gestión directa por el Estado, bien a través de Organismo Autónomo (ejemplo de ello sería la prestación de desempleo gestionada por el INEM, si bien se ha destacado el carácter de Entidad Gestora de éste pese a la terminología legal²⁵), o de Entidad Gestora (organismo de gestión genuino del Sistema de Seguridad Social), mediante empresa pública, gestión mixta, o incluso indirecta en aplicación de las diversas modalidades contempladas en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (contrato administrativo de gestión de servicios públicos, concesión²⁶, concierto, fórmulas de descentralización administrativa...). Sólo se excluye que la gestión quede exclusivamente en manos privadas y marginando los organismos encargados de desempeñarlas²⁷, por cuanto ello supondría contravenir lo dispuesto en el artículo de la Constitución. Así, no es una novedad la previsión en los artículos 90 y siguientes de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, de que una de las prestaciones más importantes de nuestro Sistema de Seguridad Social, la asistencia sanitaria, sea dispensada por entidades estrictamente privadas mediante la técnica de prestación de servicios públicos del concierto administrativo con instituciones de carácter no lucrativo.

En estos casos, pese a que sea un sujeto privado el que dispense la prestación del Sistema público, entendiendo como tales a aquéllos que no están al servicio de los poderes públicos actuantes en cada situación²⁸, ésta debe considerarse como dispensada por el ente público, incluso a efectos de responsabilidad patrimonial por defectuoso funcionamiento de los servicios públicos prevista en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Proce-

²⁵ ALARCÓN CARACUEL, M. R./GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991.

²⁶ La fórmula de la concesión ha sido expresamente excluida por un sector de la doctrina, al considerar que, mientras que la participación de las Mutuas deriva de que el legislador lo previene, en la concesión la causa inmediata se encuentra en el contrato, SEMPÈRE NAVARRO, A. V.: *Régimen jurídico de las Mutuas Patronales...*, op. cit., pág. 97; MARTÍN SERRANO, A./COLMENAR LUIS, J.: *Las Mutuas Patronales. La gestión privada de la Seguridad Social*, Editorial Trivium, Madrid, 1989, págs. 121-122.

²⁷ SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: *La Seguridad Social. La Constitución de 1978*, «Papeles de Economía Española», núms. 12-13, 1982, pág. 125.

²⁸ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

dimiento Administrativo Común. Ello porque el sujeto que dispensa la prestación no actúa como medio de realización de ésta.

Parece clara tanto la naturaleza estrictamente privada de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, lo que corrobora el Preámbulo de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social al justificar el cambio normativo que efectúa en el régimen jurídico de esta institución²⁹, como que la labor que éstas realizan no es de colaboración en la gestión de la Seguridad Social sino de gestión propiamente dicha de las prestaciones que se les encomiendan. Tal vez a ello se deba el *lapsus* del legislador en el número Cinco 1 del artículo 39 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, que los órganos que califica como de participación institucional en las Mutuas —Comisiones de Control y Seguimiento— se refiere al *control y seguimiento de la gestión desarrollada por éstas*, y no a la pretendida colaboración a la que se refiere el artículo 4.2 TRLGSS. En cualquier caso, la consideración de la labor que desarrollan las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social como forma privada de gestión es constatable en la doctrina³⁰.

En definitiva, no parece afortunada la terminología utilizada por el legislador al establecer la institución de colaboración de los empresarios en la gestión de la Seguridad Social, al responder los contenidos de ésta más a fórmulas de prestación indirecta del Servicio Público con peculiaridades que no podemos ignorar, que hacen que tampoco ajusten sus parámetros milimétricamente a la teoría clásica de la gestión de los servicios públicos, que a una mera fórmula de colaboración en la gestión pública realizada directamente por instituciones públicas distintas de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional, sujetos estrictamente privados.

B) LA COLABORACIÓN DE LAS EMPRESAS EN LA GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Además de esta peculiar forma de «participación en la gestión de la Seguridad Social» mediante las asociaciones de empresarios que son las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, el artículo 77.1 TRLGSS dispone que las empresas individualmente consideradas y en relación con su propio personal, podrán colaborar en la gestión de la Seguridad Social *exclusivamente* en alguna o algunas de las formas relacionadas en dicho precepto, y que constituyen por este motivo *numerus clausus*, sin que sea posible añadir otras; salvo, como es el caso, que el propio precepto permita dentro del marco ya establecido ampliar el campo subjetivo de tales formas de colaboración. Un botón de muestra es el caso del apartado 3 del artículo 77, donde se permite que el Ministerio de Trabajo establezca una colaboración obligatoria para todas las empresas en el supuesto previsto en la letra *c*) del artículo 77.1 TRLGSS.

²⁹ Así la Exposición de Motivos establece que «se reforma el TRLGSS en lo que atañe a la regulación de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional, con el fin de reforzar la transparencia en la gestión de estos entes, que sin perjuicio de su carácter privado, administran recursos de naturaleza pública».

³⁰ SEMPERE NAVARRO, A. V.: *Régimen Jurídico de las Mutuas Patronales...*, op. cit., pág. 43; ALARCÓN CARACUEL, M. R./GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social...*, op. cit.

El artículo 77 TRLGSS es desarrollado básicamente por la preconstitucional norma de ínfimo rango Orden de 25 de noviembre de 1966, por la que se regula la colaboración de las empresas en la gestión del Régimen General de la Seguridad Social, recientemente modificada por la Orden Ministerial de 26 de enero de 1998. Hemos de observar que, aunque de la ubicación de los artículos 4 y 77 TRLGSS, se deduce su aplicación a todo el Sistema de Seguridad Social, resulta cuanto menos curioso que la Orden de 1966 desarrolle, como su propia rúbrica indica, la colaboración de las empresas en la gestión del Régimen General de la Seguridad Social. Igual referencia se hacía en la LGSS/1974, cuyo artículo 208, ubicado entre los preceptos reguladores del Régimen General de Seguridad Social al que en exclusiva se refería. No cabe duda que la regulación actual y sobre todo su ubicación es más acorde con la realidad del Sistema de Seguridad Social, al incluir a todos los Regímenes integrantes del mismo, debiendo considerarse la regulación anterior un defecto de técnica legislativa.

Si del artículo 77.1 TRLGSS no se deducen las formas de colaboración de las empresas en la gestión de la Seguridad Social, de la lectura de su apartado 2.º y del artículo 1.2 de la Orden de 1966 puede diferenciarse entre colaboración voluntaria y obligatoria. De ello es muestra que el artículo 77.1 TRLGSS utiliza el potestativo «podrán» y, sin embargo, en su apartado *c*), en conexión con el 77.2 TRLGSS, el legislador se refiere a la colaboración obligatoria. Incluso podemos afirmar que respecto al supuesto del artículo 77.1.c) TRLGSS el legislador instaura una fórmula de supuesta colaboración que bien puede ser voluntaria («podrán»), bien obligatoria³¹. No obstante, ni la colaboración voluntaria lo es tanto, ni la obligatoria es verdadera colaboración, aproximándose más esta institución a obligaciones empresariales de tipo fiscal, sancionable según los parámetros de la LISOS³².

¿Quiénes pueden o, en su caso, deben colaborar en la gestión del Sistema de Seguridad Social? La regla general es que son las empresas —en realidad empresarios, como precisa ALONSO OLEA³³— individualmente consideradas las encargadas de tal colaboración. A esta afirmación hemos de realizar dos precisiones:

Primera. No obstante, si de la lectura del artículo 77.1 TRLGSS pudiera deducirse que todas las empresas pueden colaborar voluntariamente en la gestión, sin embargo, la Orden de 1966 exige determinados requisitos: cuantitativos —un número determinado de trabajadores a su servicio—, y cualitativos —tener instituciones sanitarias—, a lo que ha de añadirse la necesidad de autorización administrativa.

Segunda. Junto a estos sujetos también pueden colaborar en la gestión de la Seguridad Social las agrupaciones de empresas, constituidas a este único efecto, y

³¹ El artículo 77.2 TRLGSS prevé que el Ministerio de Trabajo podrá establecer, con carácter obligatorio para todas las empresas o algunas con determinadas características, la colaboración en el pago de prestaciones del apartado *c*).

³² Ello no ha impedido que algunos autores consideren que se trata de una descentralización administrativa de segundo grado, encontrándose el ente descentralizado sometido a un control primario del ente gestor público, MARTÍN SERRANO, A./COLMENAR LUIS, J.: *Las Mutuas Patronales. La gestión privada de la Seguridad Social*, Editorial Trivium, Madrid, 1989, pág. 123.

³³ ALONSO OLEA, M./CASAS BAAMONDE, M.ª E.: *Derecho del Trabajo...*, op. cit.

que reúnan asimismo determinadas condiciones; aunque éste parece configurarse como un supuesto excepcional.

En cuanto a la *colaboración voluntaria en la gestión del Sistema de Seguridad Social*, el Tribunal Supremo ha considerado que *en realidad implica materialmente una forma de autoaseguramiento en la medida en que la empresa asume el pago a su cargo de las prestaciones con la consiguiente reducción de la cuota correspondiente*³⁴. El artículo 77.1 TRLGSS configura la colaboración exclusivamente en determinadas formas: mediante pago directo a su cargo por las empresas, mediante pago delegado, a cargo de la Entidad Gestora obligada y asumiendo la prestación de asistencia sanitaria y recuperación profesional, con determinados condicionantes.

Llama poderosamente la atención que el legislador sólo aluda a colaboración en la gestión en el apartado *b)*, en relación a la asistencia sanitaria y la incapacidad temporal derivadas de enfermedad común y accidente no laboral; y que, sin embargo, en sus apartados *a)* y *d)*, relativos a colaboración voluntaria, aluda a pago directo en dichos supuestos, cuando en realidad es también una forma de colaborar en la gestión de la Seguridad Social, aunque sin perjuicio de la acción de regreso por el empresario.

La colaboración voluntaria de las empresas en la Seguridad Social ha de referirse al personal de la propia empresa, como indica el artículo 77 TRLGSS, dato que opera en el momento del autoaseguramiento y en el del hecho causante, pues *una vez causada la prestación, la Entidad que practica el autoaseguramiento responde plenamente de aquella con independencia de las incidencias que puedan producirse con posterioridad a la relación laboral, porque por ello ha percibido la correspondiente partida económica (la participación en la fracción de cuota correspondiente) [...] pues la responsabilidad del pago de la prestación no depende del mantenimiento de la relación de cotización hacia el futuro, sino de la vigencia de ese aseguramiento en el momento en que se produjo el hecho causante. No se paga la prestación porque continúe la obligación de cotizar en beneficio de la Entidad aseguradora, sino porque en su día se percibieron esas cotizaciones y las correspondientes reducciones*³⁵.

Esta colaboración voluntaria de las empresas en la gestión de la Seguridad Social podrá realizarse:

— Con una fórmula de pago directo: Asumiendo el empresario el pago a su cargo de las prestaciones por incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional y las prestaciones de asistencia sanitaria y recuperación profesional, incluido el subsidio consiguiente que corresponda durante la indicada situación [letra *a)*]; y de las prestaciones económicas por incapacidad temporal derivada de enfermedad común o accidente no laboral, en las condiciones que establezca el Ministerio de Trabajo [letra *d)*]. En cuanto al primer grupo, se exige a la empresa que desee colaborar en la gestión del Sistema tener más de 250 trabajadores fijos afiliados y en alta en el Régimen General de la Seguridad Social, precisión que habrá de hacer extensiva, por la ubicación del artículo 77 TRLGSS, a todos los Regímenes Especiales de Seguridad Social. Incluyéndose asimismo aquellas empresas con más de 100 trabajadores si cumplen el segundo requisito de

³⁴ STS (Social) de 23 de diciembre de 1997 (RAJ 9556) en unificación de doctrina.

³⁵ STS (Social) de 23 de diciembre de 1997 (RAJ 9556) en unificación de doctrina.

tener instalaciones sanitarias adecuadas; debiendo la empresa poseer instalaciones sanitarias propias y eficaces para prestar adecuadamente la asistencia sanitaria de incapacidad temporal derivada de riesgos profesionales, con excepción hecha a la hospitalización quirúrgica [art. 4.1.b) de la Orden de 1966].

— Asumiendo la colaboración en la gestión de la asistencia sanitaria y de la incapacidad temporal derivada de enfermedad común y de accidente no laboral, con derecho a percibir por ello una fracción de la cuota correspondiente a tales situaciones y contingencias que se determinará por el Ministerio de Trabajo [letra *b)*]. Para ello se exige tener a su servicio más de 250 trabajadores fijos titulares del derecho a la asistencia sanitaria en el Régimen General de la Seguridad Social, debiendo aplicar las precisiones anteriormente apuntadas de su extensión al resto de Regímenes de Seguridad Social; así como poseer instalaciones sanitarias eficaces y con nivel adecuado, llevando a cabo dicha colaboración con personal sanitario que preste servicios en la Seguridad Social.

— Con una fórmula de pago delegado: pagando a sus trabajadores, a cargo de la Entidad Gestora obligada, las prestaciones económicas por incapacidad temporal, así como las que puedan determinarse reglamentariamente. Pudiendo ser obligatoria tal participación para todas las empresas si así lo establece el Ministerio de Trabajo (art. 77.2 TRLGSS). Extendiéndose esta obligación de pago de prestaciones económicas por incapacidad temporal incluso aunque se hubiera producido la extinción de la relación laboral³⁶; donde el Tribunal Supremo ha mantenido que al mismo tiempo que la colaboración implica consiguientemente una reducción de la cuota, de la misma forma el INSS se libera de la responsabilidad de estas prestaciones derivadas de tales contingencias. Por ello, *cuando se produce el hecho causante que determina el nacimiento del derecho a las prestaciones de incapacidad temporal la empresa que colabora voluntariamente en la gestión es la responsable del abono de esas prestaciones hasta tanto se produzca su extinción por causa legal, sin que pueda liberarse de esta obligación como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, porque esa extinción no extingue el derecho al subsidio, ni altera el sujeto responsable del pago del mismo*. Cuando esta colaboración es obligatoria, se ha previsto en el artículo 19 de la Orden de 1966 que *cuando el trabajador, con derecho a percepción de las prestaciones no las perciba en la cuantía y plazo que se establecen en el artículo 17, lo pondrá en conocimiento de la Entidad Gestora correspondiente o, en su caso, de la Mutua patronal, que adoptará con toda urgencia las medidas necesarias, para que se corrija la falta o deficiencia y lo comunicará a la Inspección de Trabajo a los efectos consiguientes*. En estos casos la Entidad Gestora pagará la prestación cuando la empresa incumple la obligación de colaboración³⁷. Lo que resulta curioso que cuando se trata de colaboración voluntaria no se hayan previsto iguales consecuencias.

Si bien es una opción de la empresa colaborar en la gestión de la Seguridad Social, excepto para aquellos casos en los que se configura como obligatoria, una vez ha sido autorizada para realizarla, si la empresa incumpliere será sancionada en los términos previstos en la LISOS, en cuya sección cuarta Capítulo III LISOS

³⁶ STS (Social) de 23 de diciembre de 1997 (RAJ 9556) en unificación de doctrina, citando a la STS (Social) de 18 de noviembre de 1997 (RAJ 9155) también en unificación de doctrina.

³⁷ STS (Social) de 6 de marzo de 1997 (RAJ 2253) en unificación de doctrina.

(arts. 22 a 24) se tipifican tales infracciones. A ellas ha venido a añadirse por Ley 50/1998 «no proceder, en tiempo y cuantía, al pago delegado de las prestaciones que correspondan», considerándose infracción grave. En este último caso, si bien la colaboración puede ser voluntaria, en lo que a opción se refiere, una vez que se opta por esta fórmula pasa a ser de obligado cumplimiento, inscribiéndose en el artículo 77.2 TRLGSS y en el Capítulo III de la Orden de 1966.

El legislador ha previsto específicamente otras sanciones para aquellos empresarios que, habiendo solicitado voluntariamente la colaboración en la gestión, incumplieran la misma. Para ellos el artículo 43 LISOS establece que *el órgano directivo responsable de la vigilancia, dirección y tutela de la Seguridad Social, podrá aplicar además las sanciones de suspensión temporal de la autorización para colaborar por plazo de hasta cinco años y la retirada definitiva de la autorización para colaborar con la pérdida de la condición de Entidad colaboradora.*

Respecto a la *colaboración obligatoria en la gestión del Sistema*, ésta consiste en el pago por la empresa de determinadas prestaciones a sus trabajadores por delegación de la Entidad gestora obligada, aunque en determinados supuestos se trata de pago directo (v. gr. casos de los arts. 16.2 y 16.4 de la Orden de 1966). El fundamento de la misma se encuentra en «la necesidad de agilizar los pagos eludiendo la costosa y compleja tramitación de estas prestaciones»³⁸. Serán objeto de colaboración obligatoria el pago de las prestaciones económicas por incapacidad temporal, aunque es posible su ampliación por regulación reglamentaria. Específicamente el artículo 16 de la Orden de 1966 añade la del subsidio por desempleo parcial, como consecuencia de la reducción de la jornada laboral o de los días de trabajo, previa autorización de la Autoridad Laboral. Habiéndose eliminado del supuesto las prestaciones económicas por hijo a cargo (DA 4.ª RD 356/1991).

Las indicadas formas de colaboración serán obligatorias para todas las empresas, cualquiera que sea el número de trabajadores empleados, si bien su alcance podrá reducirse en los supuestos y términos que se regulan en el capítulo III de la Orden de 1966. El incumplimiento de la obligación de colaborar en la gestión de la Seguridad Social, que será corroborado por la Inspección de Trabajo, como prevé el artículo 21 de la Orden de 1966, es considerado infracción grave (art. 14.1.6 LISOS); aplicándose las consideraciones que ya hicieramos al aludir a las formas de colaboración voluntaria mediante pago delegado cuando entra en el supuesto de colaboración obligatoria.

III. LA PARTICIPACION DE LOS TRABAJADORES Y EMPRESARIOS EN LAS INSTITUCIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO

Al margen de las peculiares formas de colaboración en la gestión de la Seguridad Social estudiadas, existen otras que, en mayor o menor medida, encajan en el concepto de participación institucional en el Sistema de Seguridad Social previsto en el artículo 129.1 de la Constitución. Nos referimos a la participación de los traba-

³⁸ RODRÍGUEZ RAMOS, M.ª J./GORELLI HERNÁNDEZ, J./VILCHES PORRAS, M.: *Sistema de Seguridad Social*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999.

adores en la Administración de la Seguridad Social a través de sus representantes y a la participación de empresarios y trabajadores en el control de la gestión de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

A) LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL A TRAVÉS DE SUS REPRESENTANTES

En los preliminares de la aprobación de la Constitución de 1978, se promulga el Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre Gestión Institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo, calificado como norma con «escaso rigor lógico y escasa calidad técnica», que «vendrá a sustituir un régimen de participación social activa por otro en que la presencia popular asume una actividad estática y exterior a la propiamente gestora»³⁹. Su artículo tercero facultaba al Gobierno para «regular la participación en el control y vigilancia de la gestión del Instituto Nacional de la Seguridad Social, del Instituto Nacional de la Salud y del Instituto Nacional de Servicios Sociales»⁴⁰, que se efectuará desde el nivel estatal al local, por órganos en los que figurarán, fundamentalmente, por partes iguales representantes de los distintos sindicatos, de las organizaciones empresariales y de la Administración Pública». Nótese, como ya puso de manifiesto un sector de la doctrina, que se trata de participación en el control y vigilancia de la gestión y no de verdadera participación en las decisiones, que se abriría con normas posteriores, con lo que se les negaba indirectamente competencia gestora activa⁴¹. Y que, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo, esta norma sólo enuncia un mandato genérico necesitado de ulterior concreción, en una materia que se configura como de organización administrativa y no de naturaleza sindical, con regulación emanada mediante desarrollo del artículo 129 de la Constitución⁴².

Tal mandato, hoy integrado en el artículo 60 TRLGSS, se cumple con la promulgación del Real Decreto 3064/1978, de 22 de diciembre, por el que se regula provisionalmente la participación en la Seguridad Social, la Salud y el empleo, preconstitucional en su aprobación por escasos días, aunque no en su incorporación al ordenamiento jurídico, puesto que la Constitución entra en vigor el 29 de diciembre de 1978 y este Real Decreto aunque se aprueba el 22 de diciembre de este año, no entra en vigor hasta el día siguiente a su publicación en el BOE que sería 30 de diciembre.

Posiblemente sea esta circunstancia, las fechas de aprobación de las normas referidas, que prácticamente coinciden con el nuevo orden que instaura la Constitu-

³⁹ DE LA VILLA GIL, L. E.: *La participación social en la gestión...*, op. cit., pág. 203, citando a BERNARDO GONZÁLEZ Y FERRERAS ALONSO.

⁴⁰ Que serían denominados «los tres gemelos», al darse una misma organización y gestión de éstos, PENDÁS DÍAZ, B.: *Organización administrativa de la gestión de la Seguridad Social española*, Tesis inédita, Facsímil, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1983, pág. 386.

⁴¹ GONZALO GONZÁLEZ, B./FERRERAS ALONSO, F.: *La participación de los interesados...*, op. cit., págs. 13 y 25, muestran su sorpresa, no porque el contenido fiscalizador sea secundario y menor, sino porque sea ese el único que se asigna, cuando al mismo tiempo se asegura un control estatal suficiente de la gestión de la Seguridad Social».

⁴² STS (3.ª, 4.ª) de 15 de septiembre de 1998 (RJCA 6915).

ción, la determinante del contenido de esta forma de participación institucional. El artículo 1 del Real Decreto 3064/1978, de 22 de diciembre, determina que «La participación de los Sindicatos, empresarios y Administración Pública en el funcionamiento de la Seguridad Social, la salud y el empleo se regulará provisionalmente por lo dispuesto en el presente Real Decreto». Concreta esta norma en su artículo siguiente que: «en el Instituto Nacional de la Seguridad Social, el Instituto Nacional de la Salud, el Instituto Nacional de Servicios Sociales (hoy Instituto de Migraciones y Servicios Sociales) y en el Instituto Nacional de Empleo existirán Consejos Generales integrados por trece representantes de los sindicatos de más significación, en proporción a su representatividad, trece representantes de las organizaciones empresariales de más representatividad y trece representantes de la Administración Pública». No será ésta la primera ni la última vez que se utilice esta forma de participación paritaria —igual número de representantes de trabajadores que de empresarios y de representantes de la Administración—, al partirse de la idea de que «sólo el equilibrio numérico garantiza el que los acuerdos que se adopten sean verdaderamente comunes»⁴³, aunque en realidad no exista en esta materia una verdadera contraposición de intereses en juego».

Este criterio, convalidado por la STC 53/1982, de 22 de julio, que resolvió la constitucionalidad del mismo respecto a la composición de las Comisiones Provinciales del Instituto Nacional de Empleo, corregido en lo que atañe a la selección de los sujetos sindicales flexibilizando el de mayor representatividad y convalidado en lo demás por la STC 184/1987, se ha consolidado en normas posteriores. Así, el artículo 40 de la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo, regula como órganos de este organismo autónomo, de «estructura orgánica piramidal»⁴⁴ y composición paritaria, al Consejo General, integrado por 13 representantes de las organizaciones sindicales más representativas, 13 representantes de las Asociaciones Empresariales de más significación y 13 representantes de la Administración Pública (apartado 4), cuyas funciones han sido calificadas como irrelevantes, cuestionando por ello la eficacia de la participación institucional⁴⁵; la Comisión Ejecutiva, integrada por el Director General del Instituto que será su presidente y ocho vocales, tres en representación de las organizaciones sindicales más representativas, tres de las Asociaciones Empresariales de más significación y tres de la Administración Pública (apartado 5); las Comisiones Ejecutivas Provinciales y, en su caso, Insulares, a nivel territorial, integradas por el delegado provincial del Ministerio de Trabajo y nueve vocales, tres en representación de los sindicatos más representativos, tres en representación de las Asociaciones empresariales... (apartado 6 y art. 8 del Real Decreto 1458/1986, de 6 de junio, por el que se determina la estructura orgánica del Instituto Nacional de Empleo).

En lo que atañe a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, el Real Decreto 2583/1996, de 13 de diciembre, por el que se regula la estructura orgánica y funciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social, prevé que el Consejo General estará integrado por 13 representantes de las organizaciones sindicales más repre-

sentativas en proporción a su representatividad, 13 representantes de las organizaciones empresariales de mayor representatividad y 13 representantes de la Administración General del Estado (art. 3.1); la Comisión Ejecutiva se compone por nueve vocales, tres en representación de los sindicatos, tres de las organizaciones empresariales y tres en representación de la Administración General del Estado (art. 4.1); las Comisiones Ejecutivas Provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social estarán integradas por nueve vocales, tres en representación de los sindicatos más representativos, igual número representando a las organizaciones empresariales... (art. 14.1), y amplían su competencia y funciones al ámbito de las estructuras provinciales del Servicio Común de la Seguridad Social que es la Tesorería General⁴⁶. Respecto al Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMERSO), antes Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO), el Real Decreto 1856/1979, de 30 de julio, que regula su estructura y competencias, dispone en su artículo segundo que esta Entidad Gestora se estructura en los siguientes órganos superiores: a) De participación en el control y vigilancia de la gestión: Consejo General y Comisión Ejecutiva, a las que añade en su artículo noveno las Comisiones Ejecutivas Provinciales. Las funciones y composición de cada uno de estos órganos son similares a las previstas para sus homólogos del Instituto Nacional de la Seguridad Social según se deduce de los artículos 3.1, 4.1 y 9.1 del reglamento referido. En cuanto al Instituto Nacional de la Salud, el artículo 10.3.a) Real Decreto 1893/1996, de 2 de agosto, de estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Consumo, de sus organismos autónomos y del Instituto Nacional de la Salud, dispone que esta Entidad Gestora se estructura en los siguientes órganos: de participación y control en la vigilancia de la gestión: el Consejo General y la Comisión Ejecutiva, y que la composición y las funciones de uno y otra son las que les atribuyen, respectivamente, los artículos tercero y cuarto del Real Decreto 1855/1979, de 30 de julio, en virtud de sendas normas de reenvío contenidas en los apartados 4 y 5 del Real Decreto 1893/1996, de 2 de agosto. Así, el primero de estos órganos estará integrado por 13 representantes de los sindicatos más representativos en proporción a su representatividad, 13 representantes de las organizaciones empresariales de mayor representatividad y 13 representantes de la Administración Pública, y la segunda, se compone por nueve vocales, tres en representación de los sindicatos, tres de las organizaciones empresariales y tres en representación de la Administración Pública⁴⁷.

No acabará aquí el reconocimiento y desarrollo del derecho de participación de los interesados en la gestión pública de la prestación de asistencia sanitaria dispensada por el Sistema Nacional de Seguridad Social, puesto que el legislador, sensible a que la estructura del Estado diseñada por la Constitución supone la participación de las Comunidades Autónomas con capacidad de gestión, establece prescripciones específicas para esta circunstancia. Así la Ley 14/1986, de 25 de

⁴⁶ Artículo 1 de la Orden de 16 de noviembre de 1981, reglamento de las Comisiones Ejecutivas Provinciales de los Institutos Nacionales de la Seguridad Social, de la Salud y de Servicios Sociales. Las Entidades gestoras son las que elaboran su propio reglamento de funcionamiento, lo que ha sido visto como una fórmula para reducir a puro formalismo la actividad de los representantes de los interesados, GONZALO GONZÁLEZ, B./FERRERAS ALONSO, F.: *La participación de los interesados...*, pág. 29.

⁴⁷ Artículos 3.1 y 4.1 del Real Decreto 1855/1979, de 30 de julio, sobre estructura y competencias del Instituto Nacional de la Salud.

⁴³ GONZALO GONZÁLEZ, B./FERRERAS ALONSO, F.: *La participación de los interesados...*, op. cit., pág. 20.

⁴⁴ En términos de ALVARELLOS GALVE, C.: *Ley Básica de Empleo. Texto y comentarios*. Servicio de publicaciones del Ministerio de Trabajo, Madrid, 1981, pág. 165.

⁴⁵ DE LA VILLA, L. E.: *La participación social en la gestión...*, pág. 204.

abril, General de Sanidad, determina que «los servicios públicos de Salud se organizarán de manera que sea posible articular la participación comunitaria a través de las Corporaciones Territoriales correspondientes en la formulación de la política sanitaria y el control de su ejecución. A efectos de dicha participación se entenderán comprendidas las organizaciones empresariales y sindicales. La representación de cada una de estas organizaciones se fijará atendiendo a criterios de proporcionalidad, según lo dispuesto en el Título III de la Ley Orgánica de Libertad Sindical» (art. 5.1 y 2); y que «las Comunidades Autónomas ajustarán el ejercicio de sus competencias en materia sanitaria a criterios de participación democrática de todos los interesados, así como de los representantes sindicales y las organizaciones empresariales» (art. 53.1). Asimismo, en su artículo 58.1, la Ley General de Sanidad insta los órganos territoriales de participación de los interesados, los *Consejos de Salud de Área*.

La claridad con que se define el esquema, que se repite en una y otra Entidad Gestora, se manifiesta en la opción reglamentaria no sólo de crear simultáneamente estos órganos, sino en haber promulgado un único reglamento, común a los diversos órganos estatales de participación y control (Consejos Generales y Comisiones Ejecutivas) de cada una de estas Entidades Gestoras (INSS, INSALUD e IMSER-SO), aprobado por Orden de 17 de enero de 1990, y otro, también común, para los órganos provinciales de seguimiento y control de la gestión de éstas (Comisiones Ejecutivas Provinciales), aprobado por Orden de 16 de noviembre de 1981.

Este planteamiento se traslada a la participación institucional de sindicatos y empresarios en los organismos específicos de gestión de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social. Así ocurre con el de funcionarios civiles del Estado, cuya Entidad Gestora, la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), tiene como órganos de participación institucional el *Consejo General*, compuesto paritariamente por nueve representantes sindicales e igual número de miembros de la Administración del Estado⁴⁸, que, si bien es órgano de participación, lo es fundamentalmente «de control y vigilancia del funcionamiento de esta Entidad Gestora del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado»⁴⁹; a la *Comisión Permanente del Consejo General*, donde estarán representadas por un vocal todas y cada una de las organizaciones sindicales representadas en el Consejo General⁵⁰; y las *Comisiones Provinciales y de Ceuta y Melilla*, integradas paritariamente por representantes de la Administración Civil del Estado y un vocal por cada una de las centrales sindicales de ámbito nacional representadas en el Consejo Nacional y un vocal por cada una de las centrales sindicales de ámbito autonómico representadas en el Consejo General en aquellas comisiones provinciales, y de Ceuta y Melilla, que se constituyan en el respectivo territorio autonómico⁵¹.

No obstante, este modelo quiebra en parte en las Entidades Gestoras de los otros dos Regímenes especiales de Seguridad Social de los funcionarios públicos: la Mutualidad General Judicial (MUGEJU) y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas

⁴⁸ Artículo 2.1 del Real Decreto 577/1997, de 18 de abril, sobre estructura de los órganos de gobierno, administración y representación de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado.

⁴⁹ STC 184/1987 y STS (3.ª, 7.ª), de 23 de enero de 1995 (RAJ 614).

⁵⁰ Artículo 8.1 del Real Decreto 577/1997, de 18 de abril.

⁵¹ Artículo 10.1 del Real Decreto 577/1997, de 18 de abril.

das (ISFAS), lo que tiene su lógica. Hemos visto en un apartado anterior cómo el derecho de participación institucional de los sindicatos, reconocido en el artículo 6.3.a) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, forma parte del contenido adicional del derecho de libertad sindical, con lo cual, la participación institucional del artículo 129.1 de la Constitución en el modelo que estudiamos se relaciona íntimamente con este derecho. Por ello, dado que esta Entidad Gestora gestiona el Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración de Justicia, que incluye en su ámbito a los miembros del Poder Judicial (Jueces, Magistrados y Fiscales) excluidos del derecho de libertad sindical⁵², amén de los funcionarios de carrera de los Cuerpos de la Administración de Justicia, que sí tienen reconocido este derecho, se hace preciso conjugar estos preceptos para satisfacer el derecho de participación. Así, el Real Decreto 3283/1978, de 3 de noviembre, que aprueba el Reglamento de la Mutualidad General Judicial proporciona una solución salomónica: en uno de sus órganos de participación, la *Junta de Gobierno*, sus componentes —consejeros— serán elegidos por la Asamblea General, uno por cada grupo diferenciado (art. 10), por voto personal, directo y secreto, entre los incluidos en las listas que concurran a la elección para cada una de las consejerías, donde cada miembro de la Asamblea dará su voto a uno sólo de los candidatos por cada grupo, siendo proclamado quien tenga mayor número de votos, pudiendo presentar listas de candidatos las organizaciones representativas de intereses profesionales y corporativos, asociaciones, sindicatos o colegios profesionales (art. 11).

Respecto al Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS) que gestiona el Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, ninguno de los dos órganos colegiados que existen en su estructura, el *Consejo Rector y la Junta de Gobierno*⁵³, contempla la participación sindical, lo que resulta lógico en cierta medida; pues, como ya hemos apuntado, este derecho de participación está íntimamente relacionado con la libertad sindical, derecho de cuyo ejercicio están excluidos los militares, llegando incluso a tipificarse como delito en el Código Penal Militar. De la postura contraria —mantener a ultranza el derecho a la participación institucional en tales organismos— sólo resultaría la exclusión de tal cauce de la casi totalidad del personal afectado.

Con independencia de estas lógicas excepciones, el planteamiento vuelve a repetirse en la Entidad Gestora del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar: el Instituto Social de la Marina (disposición adicional decimoviena TRLGSS); que se estructura en los siguientes órganos superiores: de participación en el control y vigilancia en la gestión: *Consejo General y Comisión Ejecutiva*, constituidos por representantes de los sindicatos de trabajadores y de las

⁵² Artículos 127.1 de la Constitución, 1.4 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, 401 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 54 y 59 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre.

⁵³ Artículo 1 del Real Decreto 296/1992, de 27 de marzo, sobre composición, funcionamiento y atribuciones de los órganos de gobierno del Instituto Social de las Fuerzas Armadas. Esta norma ha sido impugnada por CCOO, por considerar que podría, entre otros derechos, vulnerar el derecho de participación sindical. El Tribunal Supremo ha resuelto en su sentencia (3.ª, 4.ª) de 15 de septiembre de 1998 (RJCA 6915) que tal derecho no se ha visto afectado, por cuanto los militares están excluidos del derecho de sindicación, con lo cual no tiene sentido en este ámbito la participación institucional de los sindicatos.

organizaciones empresariales, de la Administración Pública y de las Corporaciones de Derecho Público relacionadas con el sector marítimo-pesquero ⁵⁴. Para que el esquema de representación y participación de los interesados en el Sistema de Seguridad Social sea idéntico al previsto para las Entidades Gestoras del Régimen General, el artículo 1.2 de la Orden de 11 de mayo de 1983 prevé la existencia de órganos colegiados provinciales de control y vigilancia de la gestión: el *Consejo Provincial y las Comisiones Ejecutivas Provinciales*, compuestos por representantes de la Administración, sindicatos, organizaciones empresariales y demás organizaciones representativas de intereses corporativos en el sector marítimo-pesquero (arts. 14 y 22 de la Orden de 11 de mayo de 1983).

También será éste el esquema utilizado para la participación institucional en Organismos del Sistema de Seguridad Social cuando, amén de prestaciones del Régimen General, gestionan asimismo las correspondientes a Regímenes Especiales. Es el caso del órgano previsto en la disposición adicional sexta del Real Decreto 1387/1990, de 8 de noviembre, por el que se regula el subsidio por desempleo en favor de los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social; donde encontramos los *Consejos Comarcales de Empleo*, que se configuran como «*órganos de participación institucional dependientes de las Comisiones Ejecutivas Provinciales del Instituto Nacional de Empleo*», y cuya composición es amplia, si bien estarán en todo caso presentes dos vocales designados por las Organizaciones Sindicales en igual número al de las Asociaciones empresariales representadas en cada Comisión Ejecutiva Provincial correspondiente. La previsión reglamentaria sobre la creación de los Consejos Comarcales de Empleo es, en los términos del Preámbulo del Real Decreto 1387/1990, de 8 de noviembre, «*de extraordinaria importancia [...], con objeto de posibilitar la participación y corresponsabilización de los agentes sociales en funciones de análisis, propuesta y evaluación de los planes y programas, no sólo de los relacionados directamente con el sistema de subsidio agrario, sino en general, con el conjunto de actuaciones del Estado en materia de empleo, formación profesional y protección social que se desarrollen en el ámbito rural de las Comunidades en que se aplica el subsidio*».

Los caracteres de la participación analizada se repiten caso por caso desde las primeras manifestaciones de su regulación en el año 1978. El Tribunal Constitucional ha sentenciado que «*se trata de una fórmula de participación en el sentido constitucional del término, de conformidad con el artículo 129 de la Constitución, debiendo tenerse en cuenta como la STC 39/1986, que toda fórmula de participación queda remitida por la Constitución a la normativa legal, o en su caso, reglamentaria que la crea*» (STC 184/1987). Ello significa que el modelo está definido, y, en base a lo argumentado en un apartado anterior, sí puede calificarse como participación institucional de los interesados a través de sus representantes en el Sistema de Seguridad Social, con independencia de que el alcance de ésta pudiera haber sido mayor, menor o incluso distinto.

Resulta llamativo, no obstante, que estas fórmulas de participación en la Seguridad Social que se instrumentan mediante la presencia de organizaciones sindicales y empresariales como miembros de pleno derecho en órganos administrativos

⁵⁴ Artículos 3, primero y tercero, del Real Decreto 1414/1981, de 3 de julio, por el que se reestructura el Instituto Social de la Marina, y 1.1 de la Orden de 11 de mayo de 1983, sobre estructura y funcionamiento de los órganos de participación colegiados de este Ente.

incardinados en la estructura del Sistema, con funciones de control y vigilancia de la gestión de cada Entidad Gestora u organismo análogo, están relacionadas sólo indirectamente con la Ley General de Seguridad Social, puesto que la mayoría se desarrollan a partir de las leyes específicas reguladoras de cada institución del sistema (v. gr. *Leyes Básicas de Empleo y General de Sanidad*) y de sus reglamentos o incluso del propio desarrollo reglamentario del TRLGSS pero no del propio texto legal. En definitiva, este modelo de participación de trabajadores y empresarios en el sistema de Seguridad Social, pese a las críticas recibidas, que objetan que «*no constituyen el cauce adecuado para representar a todos los grupos y sectores de la población interesados en la gestión de la Seguridad Social*»⁵⁵, resulta más acorde, no sólo con las prescripciones del artículo 129.1 de la Constitución, al haber sido consolidado por la jurisprudencia constitucional, sino con la propia terminología utilizada por el legislador al referirse a colaboración como forma de participación.

B) LA PARTICIPACIÓN DE EMPRESARIOS Y TRABAJADORES EN EL CONTROL DE LA GESTIÓN DE LAS MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Además de las formas de colaboración y participación en la gestión de la Seguridad Social vistas en apartados anteriores, existe otra institución expresamente regulada, no en el TRLGSS sino en un precepto legal específico, el número cinco del artículo 39 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. Este determina literalmente que «*como órgano de participación institucional en el control y seguimiento de la gestión desarrollada por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, se establece una Comisión de Control y Seguimiento, que deberá constituirse y actuar en cada una de estas entidades*», redacción que es básicamente reproducida por el artículo 37.1 RMAT.

Estas normas son desarrolladas por Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 2 de agosto de 1995, por la que se aprueba la composición de las Comisiones de Control y Seguimiento en la gestión desarrollada por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, que en su artículo primero las define como «*el órgano a través del cual se realiza la participación institucional de los trabajadores y empresarios en el control y seguimiento de la gestión desarrollada por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social*». Determina asimismo esta Orden en su artículo segundo, en consonancia con los preceptos legal y reglamentario que desarrolla que «*existirá una Comisión de Control y Seguimiento en cada una de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social*».

La composición de estos órganos es de carácter paritario. Así, del número de miembros de cada Comisión de Control y Seguimiento corresponderá la mitad a la representación de los trabajadores protegidos por la Mutua, a través de las Organizaciones Sindicales más representativas en el ámbito territorial de actuación de la Entidad. La otra mitad, salvo el presidente de la Comisión, correspon-

⁵⁵ Aunque al mismo tiempo que lo critican justifican tal actuación en la idea de que hubiera sido difícil articular una representación distinta, ALARCÓN CARACUEL, M. R./GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social...*, op. cit.

derá a la representación de los empresarios asociados a la Mutua, a través de las organizaciones sindicales de mayor representatividad (art. 4.2 de la Orden de 2 de agosto de 1995). Será presidente de la Comisión de Control y Seguimiento el que lo sea de la Junta Directiva de la Mutua ⁵⁶.

La cuestión que se plantea es si esta forma de participación de los trabajadores y empresarios en esa *peculiar forma de colaboración en la gestión de la Seguridad Social* que realizan las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales puede calificarse como participación institucional. En caso afirmativo, nos encontraríamos con un curioso supuesto de participación institucional dentro de la participación institucional (puesto que el precepto comentado califica como tal la colaboración de las Mutuas como hemos visto). No será éste el caso.

La jurisprudencia constitucional en la configuración que ha realizado sobre el derecho de participación institucional ha reiterado que ha de entenderse como tal *la que se desarrolla en el seno de organismos públicos, con lo que existe una estrecha vinculación entre la participación prevista en el artículo 129 de la Constitución y la estructura organizativa de la Administración Pública o de «entidades» y «organismos» de naturaleza pública que se cualifican por su naturaleza y su adscripción orgánica* (SSTC 39/1986 y 184/1987). Las Comisiones de Control y Seguimiento de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales tienen unas características que no permiten considerarlas incardinadas en un organismo administrativo, al menos de naturaleza pública.

El artículo 39.5 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, determina que «se establece una Comisión de Control y Seguimiento, que deberá constituirse y actuar en cada una de estas entidades». La redacción del precepto sugiere que estas instituciones son órganos internos de la propia Mutua y no de la Administración con la que ésta colabora en la terminología del TRLGSS. Esta es la interpretación que se deduce del artículo 37.1 RMAT. No es casualidad que el precepto reglamentario que regula esta institución se ubique en el Capítulo IV del referido reglamento, rubricado «Órganos de gobierno y participación».

Así las cosas, nos queda que las referidas Comisiones de Seguimiento y Control de las Mutuas se configuran como un órgano interno de control, de cada una de estas asociaciones de empresarios. Ello denota la falta del principal elemento exigido por la jurisprudencia constitucional para hablar de participación institucional: la incardinación del órgano a través del cual se instrumenta este derecho en la Administración Pública. Por si cupiera alguna duda sobre la naturaleza estrictamente privada de las Mutuas, la propia Exposición de Motivos de la Ley que instituye estos órganos de participación justifica su creación, por cuanto las mismas administran recursos de naturaleza pública, pese a su carácter estrictamente privado.

La situación creada no es precisamente un prodigio de claridad: primero, se regulan expresamente unas asociaciones privadas de empresarios con el único fin de que éstos, como interesados, colaboren a través de las mismas en la gestión del sistema de Seguridad Social, lo que se concibe como una forma de participación ⁵⁷; en segundo término, se crean legalmente unos órganos internos de control y

⁵⁶ Artículos 4.3 de la Orden de 2 de agosto de 1995 y 37.2.2 y 3 RMAT.

⁵⁷ Artículos 4.2 y 68 TRLGSS y 1 y 2 RMAT.

seguimiento de la gestión de las Mutuas, donde participan los representantes de los trabajadores protegidos por éstas a través de sus organizaciones sindicales más representativas, así como los empresarios asociados a la Mutua, a través de sus organizaciones sindicales de mayor representatividad ⁵⁸.

Los caracteres referidos resultan suficientes para negar el carácter de participación institucional en los términos del artículo 129.1 de la Constitución a los sindicatos de trabajadores, al no incardinarse este derecho en un órgano de las Administraciones Públicas; participación sí es, pero no institucional al no ser desarrollada en el seno de organismos públicos, fuera de la cual otras formas de participación no están prohibidas por la Constitución pero tampoco reguladas por ella (STC 39/1986). Teniendo en cuenta el ámbito de este derecho de participación, que se restringe a cada Mutua, como persona jurídica (asociación de empresarios) que a su vez es un empresario laboral; y considerando asimismo el contenido del derecho reconocido, consistente en el control y seguimiento de la gestión realizada por esta institución, esta atribución se asemeja más a algunas funciones de los órganos de representación unitaria (comités de empresa y delegados de personal) y comités intercentros, constituidos por el legislador en cumplimiento del artículo 129.2 de la Norma Suprema, que determina que sin perjuicio de otras formas de participación los trabajadores participarán en las empresas a través de los órganos de representación referidos (art. 61 del Estatuto de los Trabajadores). No obstante, existen sensibles diferencias entre representación electiva en la empresa y comisiones de control y seguimiento de las Mutuas, al ser la naturaleza de esta última sindical, con lo que, dado su ámbito, se identificaría con las secciones sindicales de empresa, amén de ser este derecho de participación, reconocido en el seno de órganos de carácter paritario sindicatos-empresarios.

En lo que atañe a los empresarios, no deja de resultar curioso y redundante el derecho que se regula, al establecerse un derecho de participación, que se controla mediante otro derecho de participación en el órgano de participación (valga la redundancia). El legislador crea unas asociaciones de empresarios, las Mutuas, para participar mediante su colaboración en la gestión, en el Sistema de Seguridad Social, y después, crea unos órganos de participación de carácter paritario, para controlar la gestión de estas asociaciones de empresarios. Curiosa forma de participación dentro de la participación.

En cualquier caso, señalar que esta forma de participación de los trabajadores en la empresa, que no institucional, resulta más acorde con el artículo 129.2 o incluso con el 28.1 de la Norma Suprema y que con el artículo 129.1 de la Constitución y el 6.3.a) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

C) REFLEXIÓN FINAL

El artículo 4.2 TRLGSS establece un derecho de participación de los interesados en la gestión de nuestro sistema de Seguridad Social, bien mediante las formas de colaboración que hemos visto en el presente apartado (Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales), y sin perjuicio de otras formas de partici-

⁵⁸ Artículos 99, Cinco 2, de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, y 37.2.2 RMAT y 4.2 de la Orden de 2 de agosto de 1995.

pación derivadas del artículo 129.1 de la Constitución. La primera parte del precepto comentado procede del artículo 3.3 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1974 y la segunda, relativa a la participación institucional en los términos del artículo 129.1 de la Constitución, es una novedad introducida en la refundición. Obviamente, la intención del legislador preconstitucional era diferente en sus orígenes a la del refundidor y habrán de ser reinterpretadas a la luz de la Norma Suprema las intenciones de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Seguridad Social, plasmadas en principios que se enunciaban *«la participación real y efectiva de los trabajadores y empresarios en la gestión de la Seguridad Social se garantizará a través de sus representantes sindicales y se ajustará a las normas y procedimientos reguladores de la representación sindical»* (Base primera 3); o el contenido en la Base decimoséptima 75: *«Conforme a lo establecido en la base primera se garantizará la real y efectiva participación de los trabajadores y empresarios en los órganos de Gobierno de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, tanto en el Régimen General como en los especiales comprendidos en el apartado f) del número 10 —trabajadores por cuenta propia o autónomos— y en el número 11 —trabajadores del mar y agrarios—, a través de la oportuna elección efectuada por las Juntas Económicas y Sociales de las Entidades Sindicales, con arreglo a las normas de procedimiento electoral de la Organización Sindical»*; o incluso: *«se ajustará a criterios y procedimientos de máxima eficacia dentro de una coordinación técnica de los servicios para conseguir el puntual cumplimiento tanto de las funciones que tengan a su cargo las Instituciones de la Seguridad Social como de las que realicen las empresas, la Organización Sindical y las Entidades que participen o colaboren en la gestión de la Seguridad Social»* (Base primera 4).

El derecho de participación de los interesados en la Seguridad Social previsto en el artículo 129.1 de la Constitución en nada se parece a la colaboración que hemos visto. El legislador, conservando un precepto de la Ley General de Seguridad Social de 1974, se aprovecha de una terminología confusa que pese a su desarrollo por el reglamento de colaboración, que desarrolla asimismo un precepto no integrado en el TRLGSS, el número cinco del artículo 39 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre (curiosamente los otros cuatro números de este precepto sí se integran en el TRLGSS) no podemos calificar como participación institucional de los interesados en la Seguridad Social como hemos visto. Gestión privada de determinados servicios públicos y participación en las empresas que realizan esta tarea son los rasgos que definen esta institución, amén de determinadas obligaciones empresariales de carácter cuasitributario. La segunda parte del precepto parece haber sido cumplida antes de que el mismo apareciera en el BOE. La labor de constitucionalización de la legislación sobre Seguridad Social que realiza el TRLGSS no obsta para que el cumplimiento del artículo 129.1 de la Norma Suprema se haya producido antes, con normas muy anteriores a la refundición, donde la regulación posterior se ha limitado a mínimas reformas formales, derivadas de reorganizaciones administrativas que afectaron a los órganos de participación institucional por el mero hecho de incardinarse en el Departamento u organismo cuya estructura se reformaba.