

JOSÉ MIGUEL ALCÁNTARA Y COLÓN

Letrado de la Seguridad Social

Extracto:

EVOLUCIÓN jurisprudencial y análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1998 que, reiterando doctrina, considera al INSS como entidad principal a quien compete la determinación de la contingencia causante de las prestaciones de incapacidad temporal y el reconocimiento del derecho a las mismas, con independencia de la entidad (accesoria) a quien corresponda su cobertura y sin perjuicio de la posibilidad de reclamación que a éste le asista.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Doctrina tradicional.
- III. Doctrina actual.
- IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Una cuestión de indudable trascendencia jurídica, práctica y, sobre todo, económica, es la que viene a solucionar la Sentencia que recaída en Recurso núm. 2654/1997 ha dictado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (1), siguiendo una línea de reciente instauración.

La cuestión debatida se centra en la posibilidad o no, real y competencial, de la Entidad Gestora INSS para declarar que una prestación de incapacidad temporal (IT) deriva de contingencia de naturaleza laboral, cuando la cobertura de la misma está atribuida a una Mutua de Accidentes de Trabajo.

Mantuve en su momento, mi personal convencimiento de esta atribución competencial al INSS en base a principios de lógica jurídica, a mi juicio, básicos, como sería el hecho de la naturaleza accesoria de las Mutuas (colaboradoras de la Seguridad Social, las llama la ley) dado que, lo accesorio es subordinado a lo principal.

Obvio me parecía que la competencia para la declaración de la naturaleza de la contingencia estuviera atribuida a la entidad pública y sólo estuviera atribuida a una Mutua por la delegación que toda colaboración lleva implícita, siendo, por tanto, recuperado su ejercicio por la Entidad Gestora en cualquier momento.

Ello sin embargo, no contaba con el apoyo jurisprudencial que parecía entender que cuando podía pagar una Mutua, era ésta la que tenía que pronunciarse porque la actuación del INSS generaría obligaciones para un tercero y lo perjudicaría, siendo este tercero la propia Mutua.

(1) STS (Sala de lo Social) de 6 de marzo de 1998 (Rec. núm. 2654/1997), reproducida en la Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación y Jurisprudencia) n.º 183, junio 1998.

Este criterio subyace en el voto particular de la Sentencia de 26 de enero de 1998, que analizaremos y que viene firmada por el Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, al que se adhieren los Excmos. Sres. Campos Alonso y Marín Correa.

Esquemáticamente, los ilustres juristas citados vienen a defender la tesis, ya sostenida en Sentencia de 8 de octubre de 1997 (2), de que salvo en los supuestos de incapacidad permanente, la competencia para reconocer el derecho a una prestación corresponde a la entidad que ha asumido la cobertura, de acuerdo con, entre otros, los artículos 68.2 y 77.1 de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio), artículo 5.º de la Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967 y 30 de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967.

Así se interpreta que entre las facultades de la gestora pública no se incluye la de generar responsabilidades para un tercero (Mutua o empresa) añadiendo que la colaboración en la gestión no implica una situación de jerarquía, aunque se reconoce esta facultad a la gestora para la invalidez (*ex art. 1.1 del Real Decreto 36/1978*) y se entiende *ultra vires* lo establecido en el Real Decreto 1300/1995 regulador del procedimiento de incapacidad al hablar de incapacidad laboral en vez de incapacidad permanente.

Evidentemente, discrepo en esta ocasión con lo manifestado por D. Aurelio Desdentado, cuyos criterios he seguido (y con los que he coincidido) en múltiples ocasiones, aparte de por las consideraciones que se harán en el estudio de la última sentencia recaída, al entender que el INSS tiene atribuidas muchas actuaciones que generan obligaciones de terceros (reconocer una IT por contingencia común obliga a la empresa a pagar los 15 primeros días, por ejemplo) e incluso de naturaleza sancionatoria (cítese por ejemplo, la imposición de recargos) y, en lo relativo a la inexistencia de jerarquía, discrepar en cuanto no se profundiza en el concepto de la misma.

Evidentemente, no existe jerarquía orgánica, al ser las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales entes privados y el INSS ente público, mas sí existe, a nuestro juicio, jerarquía funcional, es decir, en relación a la materia que gestionan, plasmado en tres vertientes:

- a) La función de superior vigilancia, tutela y control de la Mutua por la Administración. Destacar el artículo 39.5 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden social, reiterado en el artículo 78 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre.
- b) La disposición general contenida en el artículo 57.1 a) de la Ley General de la Seguridad Social, en cuanto encomienda la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social al INSS, otorgándole naturaleza de Derecho público y capacidad jurídica para cumplir sus fines *ex artículo 59 (LGSS)*, cuya garantía *ex artículo 2 (LGSS)* está atribuida al Estado.

(2) STS (Sala de lo Social) de 8 de octubre de 1997 (Rec. núm. 561/1997) reproducida en la Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación y Jurisprudencia) n.º 183, junio 1998.

- c) El tan reiterado carácter «colaborador» de las Mutuas. Es claro que cuando se colabora se actúa en apoyo de un principal.
- d) La naturaleza pública de la materia sobre la que recaen estas competencias. Recuérdese que hablamos de prestaciones del sistema público de la Seguridad Social y la gestión mutualista es gestión privada de intereses públicos. De ahí los límites a la gestión de las Mutuas.

II. DOCTRINA TRADICIONAL

La doctrina tradicional viene a coincidir en lo manifestado en el voto particular citado. De hecho, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1997 (Rec. núm. 561/1997), cuenta como ponente a D. Aurelio Desdentado que en el Fundamento de Derecho Segundo resume su tesis, aceptada entonces por la Sala de que el INSS carece de competencia porque «la asunción del coste de estas prestaciones supone asunción de las facultades en orden al pago y al reconocimiento del derecho y así se reconoce claramente en el artículo 5.º de la Orden de 13 de octubre de 1967, a tenor del cual el reconocimiento del derecho al subsidio de ILT (hoy IT) corresponde en este supuesto a la Mutua de Accidentes de Trabajo o a la empresa autorizada para colaborar en la gestión cuando el subsidio se derive de las contingencias a que afecte su colaboración. La competencia sobre el tema es plena (...)».

Después, conceptúa como excepciones a esta regla general las normas contenidas en el artículo 1.º 1 del Real Decreto-Ley 36/1978, el artículo 2.º del Real Decreto 2609/1982, y el artículo 1.º del Real Decreto 1300/1995.

Ello ocasionaría, como consecuencia, que la Administración tendría que ir contra la denegación de la Mutua mediante demanda, es decir, la entidad principal ejercitaría la acción por demanda contra su colaboradora.

Esta teoría se complementa por el mismo autor en el voto particular citado por entender que el artículo 1.º 1 del Real Decreto 1300/1995 actúa *ultra vires*.

III. DOCTRINA ACTUAL

Viene recogida en Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de enero de 1998 (Rec. núm. 548/1997), 27 de enero de 1998 (Rec. núm. 1351/1997) y la más reciente, objeto de este estudio, de 6 de marzo de 1998 (Rec. núm. 2654/1997).

La primera de las citadas, aunque afirma que la cuestión tratada no es la facultad del INSS en orden a la declaración de la contingencia debatida (Fundamento de Derecho Segundo.2 y Tercero.2)

y se reitera en el Fundamento Tercero.⁷ cuando dice que «aunque, como se ha dicho, no se ha cuestionado en este proceso la competencia de la Entidad Gestora para la cualificación del origen o hecho causante de incapacidad temporal», continúa, «es de reseñar que el fundamento último es la atribución de la misma al INSS, sin perjuicio de la competencia de la Mutua de Accidente para su impugnación, lo que comporta distintas facultades de uno y de otra de acuerdo con la legislación vigente [arts. 57 y 67 de la LGSS, art. 1.º del RDL 36/1978, art. 2.º del RD 2609/1982 y RD 1300/1995 y sobre todo el apartado d) del art. 1.º que faculta para "determinar, en su caso, la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, que resulten procedentes en materia de incapacidad laboral"]».

De esta manera, esta sentencia, con cautelas curiosas, discrepa de la tesis tradicional y sienta las bases del criterio que con las siguientes, constituye doctrina jurisprudencial reiterada y consolidada.

La siguiente Sentencia de 27 de enero de 1998 (Rec. núm. 1351/1997), parte de la atribución genérica del artículo 57 de la LGSS, atribuyendo un rango de entidad de base a la gestora y un marcado carácter auxiliar a las Mutuas a las que se denominan «colaboradoras».

Se afirma igualmente que tal papel rector de la Entidad Gestora INSS venía atribuido en el artículo 1.º 1 del Real Decreto-Ley 36/1978, se ratificó en el Real Decreto 2609/1982, y se consolidó en el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, al atribuir las facultades de evaluar, calificar y revisar la incapacidad y reconocer y determinar las contingencias.

El artículo 5.º de la Orden Ministerial de 1967 no lo contradice, sino que lo completa.

Aquí añadiríamos que dado su rango legislativo, si lo contradijera sería inaplicable por romper el principio de jerarquía de normas.

Y llega a la conclusión, coincidente con la mantenida por nosotros al principio del artículo, que negar al INSS la facultad de **calificar** unas dolencias como constitutivas de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, implica otorgar a éstas, al INSS y a las empresas colaboradoras una posición de total igualdad, susceptibles de provocar situaciones de desprotección total del beneficiario, cuando todas ellas se negaran a asumir -aunque sea de manera no definitiva- la responsabilidad por una contingencia.

A lo anterior añadimos, siguiendo el criterio filosófico contenido en la *navaja de Ocam*, que ante una cuestión si se plantean dos soluciones, probablemente, la más sencilla sea la más cierta.

Y parece evidente que la posición del INSS y la de las Mutuas en Seguridad Social no está ni puede estar en un mismo plano, dada la naturaleza de lo gestionado y pese a la manifiesta importancia económica de estas últimas.

En relación con la Sentencia de 6 de marzo de 1998 (Rec. núm. 2654/1998), manifestar que su importancia es triple:

- a) En cuanto consolida como reiterada la doctrina de la competencia del INSS en esta cuestión.
- b) En cuanto resume la doctrina citada preferentemente.
- c) En cuanto sistematiza y amplía esta doctrina.

Así, se establece:

1. Que rige un criterio de oficialidad en la gestión de la IT, de acuerdo con el cual se produce un pago automático de la prestación en base a un diagnóstico y calificación provisional contenido en el parte de baja.
2. Esta calificación provisional se realiza por razones de celeridad y protección, quedando pendiente de comprobación, médica y jurídica, que se concreta en una resolución.
3. La determinación de la contingencia en el parte de baja no es acto declarativo de derechos a efectos de revisión.
4. La declaración de contingencia laboral no perjudica a efectos del artículo 145 de la Ley de Procedimiento Laboral.
5. El fundamento de la atribución al INSS de la competencia para determinar la contingencia de la IT deriva de su naturaleza de ente gestor frente al carácter de entidad colaboradora de la Mutua, y, seguidamente, la sentencia se remite a las disposiciones recogidas en las sentencias pretéritas.

Como se puede observar la gran importancia de esta sentencia estriba, amén de en su carácter reiterado, recopilatorio y sistematizador, en la determinación de qué documento califica la incapacidad temporal.

Frente a la asunción del criterio de que la entidad se ha pronunciado en el parte de baja (de donde nacen los problemas revisorios), esta sentencia establece la necesidad de resolución administrativa del INSS que lo declare, integrado tanto por aspectos médicos (parte de baja) como jurídicos (cumplimiento de requisitos legales).

Recuérdese que patología común desencadenada por el trabajo es patología laboral desde el punto de vista jurídico, aunque médicamente no cambie su naturaleza.

A ello añadiríamos que si lo que se pretende es dar naturaleza calificatoria al parte de baja, el problema planteado se complicaría ya que ello llevaría a atribuir la competencia calificatoria de la contingencia al INSALUD o Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma correspondiente, lo que, evidentemente, excede de las competencias sanitarias de éstos.

La segunda gran aportación es reconocer como evidente lo que públicamente es notorio: la posición de superioridad funcional entre la Entidad Gestora (tutelante) y la entidad colaboradora (tutelada), derivada de su naturaleza, competencia y fines, hace primar la calificación del INSS, no pudiendo negarse al abono la Mutua que podría hacer incurrir en temeridad al ocasionar desprotección al beneficiario sin perjuicio de la facultad de la misma al impugnar judicialmente tal resolución.

Aquí, el principio de automaticidad de las prestaciones, de tan honda y documentada vida laboral, ha de aplicarse sin paliativos, sin perjuicio de que, si por vía judicial se modifica tal naturaleza (recuérdese la superior tutela judicial) pueda en base a la misma solicitar el reintegro de lo abonado indebidamente.

Únase a ello el reconocimiento a la superior gestión pública de las prestaciones bajo la presidencia del principio de oficialidad.

IV. CONCLUSIÓN

A la vista de la evolución citada, parece claro que se ha producido un largo camino para llegar a la conclusión más simple y evidente: la entidad principal tiene la competencia y la accesoria puede reclamar si no está de acuerdo.

Para ello ha sido necesario un corolario de disposiciones que ha reiterado lo obvio. Lo que sí se produce, si esta posición va seguida de una mayor exigencia jurisprudencial a las Mutuas para que cumplan las resoluciones del INSS, aunque puedan recurrirlas, es una mayor garantía de protección del interesado que no debe ni puede verse perjudicado por las cuestiones competenciales entre la entidad gestora y sus colaboradoras, máxime cuando estamos hablando de prestaciones perentorias, no permanentes en el tiempo y sustitutorias de salarios.

Por ello, no es de recibo que el trabajador se vea avocado a esperar el cobro de la prestación de incapacidad temporal porque se discuta cuál es la contingencia y quién ha de pagar. **De este modo, y por la situación que se tiende a proteger**, opinamos que el anticipo de la Mutua aquí es básico e imprescindible.

Su negativa, por el contrario, la hace a nuestro juicio, reprobable por posiblemente dolosa, ya que teniendo en cuenta que la Mutua siempre tiene garantizado su reembolso en caso de cambio de contingencia a contingencia común al ser la gestora responsable en ese caso y gozar de la garantía del Estado (*ex art. 2.º de la LGSS citado*), difícilmente tiene justificación la desprotección que su negativa produce al trabajador y los gastos que le ocasiona la reclamación judicial.