

**RESPONSABILIDAD DE LAS MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO
Y ENFERMEDAD PROFESIONAL. ESPECIAL REFERENCIA A LAS
PRESTACIONES DE PAGO EN LOS SUPUESTOS DE IRREGULAR
ASEGURAMIENTO IMPUTABLE AL EMPRESARIO**

por

Juan José Fernández Domínguez

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo
y Seguridad Social (Universidad de León)*

2.º Premio Revista *Estudios Financieros* 1993.

Modalidad: *Trabajo y Seguridad Social*.

Sumario:

Abreviaturas

- I. Introducción y plan del estudio. Concepto y caracteres que definen a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.
- II. Dinámica normal en la responsabilidad derivada de contingencias profesionales. Aspectos específicos que afectan a las Mutuas.
 1. Revisión del grado de incapacidad y cambio de aseguradora. Imputación de responsabilidad.
 2. Devolución del capital-coste consignado.
 3. Problemas derivados de la negativa de la Mutua a reconocer la naturaleza profesional de un accidente o enfermedad. Especial atención al supuesto en que acaece el fallecimiento del trabajador.
 4. El reaseguro.
- III. Constitución de la relación de aseguramiento. Irregularidades.
 1. Ausencia de inscripción de empresa. Inexistencia de seguro.
 2. Defectos en alta y afiliación responsabilidad de la Mutua.
 - 2.1. El incumplimiento de la obligación empresarial de afiliación y alta en general.
 - 2.2. Afiliación o alta extemporánea.
 - 2.3. Situaciones asimiladas al alta y responsabilidad de la Mutua. El principio de automaticidad de las prestaciones.
 - 2.4. Afiliación y alta indebidas o en regímenes inadecuados.
 - 2.5. Asistencia sanitaria.

IV. Incumplimiento de la obligación de cotizar y atribución o extensión de responsabilidad a las Mutuas.

1. Criterios generales sobre atribución de responsabilidad en orden al pago de prestaciones en los supuestos de incumplimiento empresarial en materia de cotización.

1.1. Incumplimiento total de la obligación de cotizar.

1.2. Incumplimiento parcial: Infracotización o falta parcial de seguro.

1.3. Cotizaciones debidas en virtud de actuación oficial.

2. Anticipo de las prestaciones en el supuesto de descubiertos constantes y permanentes.

V. Responsabilidad de las Mutuas en prestaciones no económicas.

1. Prevención y reducción de riesgos profesionales.

2. Asistencia sanitaria.

3. Prestaciones rehabilitadoras y de reinserción profesional.

4. Tratamientos sanitarios.

5. Orientación profesional.

6. Formación profesional.

7. Subsidio de recuperación.

VI. Aspectos de los procedimientos administrativos y judiciales en la determinación de responsabilidad de las Mutuas por Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional.

1. Procedimiento previo y procedimiento administrativo.

2. Proceso especial en vía jurisdiccional social.

ABREVIATURAS

- AL:** «Revista Actualidad Laboral».
- CC:** Código Civil.
- CE:** Constitución Española.
- CEE:** Comunidad Económica Europea.
- CP:** Código Penal.
- D.-R.D.:** Decreto-Real Decreto.
- ET:** Ley 8/1980, de 10 de marzo, el Estatuto de los Trabajadores, modificada por Ley 32/1984, de 2 de agosto.
- i.l.t.:** Incapacidad Laboral Transitoria.
- INSS:** Instituto Nacional de la Seguridad Social.
- INSALUD:** Instituto Nacional de la Salud.
- INSERSO:** Instituto Nacional de Servicios Sociales.
- LAT:** Texto refundido de la Legislación de Accidentes de Trabajo. Decreto de 22 de junio de 1956.
- LGSS:** Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Decreto 2065/1974, de 30 de mayo.
- LP:** Ley de Presupuestos.
- LPL:** Texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral. Real Decreto Legislativo 521/1990.
- LRAPA:** Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

LSS:	Texto articulado de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social. Decreto 907/1966, de 21 de abril.
MTS:	Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
O.M.:	Orden Ministerial.
RAT:	Reglamento para la aplicación del Texto refundido de la legislación de Accidentes de Trabajo.
REDT:	«Revista Española de Derecho del Trabajo».
RISS:	«Revista Internacional de la Seguridad Social».
RL:	«Revista Relaciones Laborales».
RMP:	Real Decreto 1509/1976, de 21 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre colaboración de Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo en la gestión de la Seguridad Social.
Rs.:	Resolución.
RPS:	«Revista de Política Social».
RSS:	«Revista de Seguridad Social».
SCT:	Sentencia Tribunal Central de Trabajo.
STCo.:	Sentencia Tribunal Constitucional.
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo (cuando no medie otra indicación será de la Sala de lo Social).
STSJ:	Sentencia Tribunal Superior de Justicia.
TGSS:	Tesorería General de la Seguridad Social.
Trib. Soc.:	«Revista Tribuna Social».
UVLI:	Unidades de Valoración Médica de Incapacidades.

I. INTRODUCCION Y PLAN DEL ESTUDIO. CONCEPTO Y CARACTERES QUE DEFINEN A LAS MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

Identificadas como institución cualitativa y cuantitativamente relevante al tiempo que de contornos jurídicos polémicos, las «Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional de la Seguridad Social» (1) (en adelante Mutua), objeto continuo de viva polémica ideológica y jurídica (2), su relevante presencia histórica y actual como «enclave residual de intervención privada en la Seguridad Social» (3), indisolublemente unido a la protección en materia de contingencias profesionales, exige, como auténtico *prius* a cualquier estudio que sobre las mismas se efectúe un esbozo, por simple que sea, de sus características más relevantes.

(1) En nueva denominación otorgada a las «Mutuas Patronales de Accidente» por la disposición adicional 14.^a 1.º de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1990 (Ley 4/1990, de 29 de junio), omitiendo la referencia a la condición de asociaciones patronales, adicionando expresamente la mención a las enfermedades de origen profesional e incidiendo en su integración en la red pública de protección de las contingencias profesionales.

(2) Así, en su defensa, sobre la base de la eficacia mostrada en la gestión y prestación de servicios [específicamente reconocida en el «Libro blanco de la Seguridad Social», Madrid (MTS), 1977, pág. 411], su pujante realidad (fácilmente apreciable en las Memorias elaboradas anualmente por el Ministerio), los importantes logros obtenidos en el «tratamiento integral» del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional (comprendiendo la prevención, reducción de riesgos, asistencia sanitaria, rehabilitación y readaptación profesional) y la neutralidad del artículo 41 CE en lo que se refiere a las entidades gestoras de la Seguridad Social y el reconocimiento de los derechos de asociación y participación, VIDA SORIA, I.: «Comentarios al artículo 41» en AA.VV.: *Comentarios a las Leyes Políticas*, Madrid (Edersa) Tomo IV, págs. 104-105 o SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Régimen jurídico de las Mutuas Patronales*, Madrid (Cívitas) 1986, pág. 122, en extenso análisis.

Vid., igualmente, entre otros, SUAREZ GONZALEZ, F.: «Encuesta sobre la Seguridad Social española» en *Papeles de Economía Española* núm. 12/13, 1982, pág. 438. ALVAREZ JIMENEZ, C.: «Mutuas Patronales» en AA.VV.: *Mutuas, cooperativas y recursos*, Madrid, (Mapfre) 1984, págs. 166 a 169. PEREDA MATEOS, A.: *Un nuevo sistema de Seguridad Social en el marco de la Constitución y de los Tratados Internacionales*, Madrid (IELSS), 1983, págs. 465-545 o, en general, el libro *El Mutualismo Patronal en España*, Madrid (Agrupación Nacional de Mutuas de Accidente de Trabajo), 1982.

En contra, invocando como argumentos básicos los artículos 41 y 129.1 CE y la ineficacia de los mecanismos de control, entre otros muchos, los ya clásicos ensayos de DE LA VILLA GIL, L.E. y DESDENTADO BONETE, A.: *Informe sobre la reforma del sistema español de la Seguridad Social*, Madrid (IESA), 1983, pág. 153 y ss.; *Ibid: Manual de Seguridad Social*, 2.^a ed., Pamplona (Aranzadi) 1979, pág. 644 y ss. PALOMEQUE LOPEZ, M.C.: «Los derechos a la Seguridad Social y a la Salud» en AA.VV.: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid (CEC) 1983, pág. 313.

Severamente MARTIN VALVERDE, A.; RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F. y DURAN LOPEZ, F.: «La racionalización de la gestión en la Seguridad Social», *Papeles de Economía Española* núm. 12/13, *cit.*, pág. 32, sobre un doble argumento:

- Las decisiones de aseguramiento a través de Mutuas se adoptan sin la participación o, a lo sumo, con una participación indirecta, de los colectivos a los que se destinan las prestaciones correspondientes.
- La cobertura privada de estas contingencias profesionales rompe la lógica de la planificación consustancial a un sistema de Seguridad Social básica a partir de cierto desarrollo [*Contra vid.*, firme argumento de MARTIN SERRANO, A.: *La gestión privada de la Seguridad Social: las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo, los Montepíos de Previsión Social, las empresas colaboradoras*, Tesis inédita (Universidad Complutense), pág. 16].

(3) CASAS BAAMONDE, M.^a E.: «La reforma de la protección de los riesgos profesionales», *RL*, n.º 9, 1990, pág. 2, retomando la consideración ya presente en DE LA VILLA GIL, E. y DESDENTADO BONETE, A.: «Informe...», *cit.*, pág. 53.

Configuradas normativamente como «las Asociaciones, debidamente autorizadas por el Ministerio de Trabajo, que, con tal denominación, se constituyan con el único objeto de colaborar, bajo la dirección, vigilancia y tutela de dicho Ministerio en la gestión de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, sin ánimo de lucro y con sujeción a las normas que regulan su actividad por empresarios que asuman, al efecto, una responsabilidad mancomunada» (art. 2 RMP). Sobre tal definición, y atendiendo a su regulación (básicamente contenida en los arts. 202 a 207 LGSS, modificados por la disposición adicional 14.^a, de la Ley de Presupuestos de 1990 y desarrolladas -en lo no modificado por ésta- en el RMP), cabe apuntar como notas básicas que las definen, las siguientes (4):

1. Se trata de entes privados de naturaleza asociativa, exclusivamente integrados por empresarios, con personalidad jurídica propia y diferenciada de la de sus asociados, cuya constitución está presidida por el principio de voluntariedad (5).

(4) Siguiendo fundamentalmente el esquema trazado por SEMPERE NAVARRO, A.V., *op. cit.*, pág. 112 y ss. y DE LA VILLA GIL, L.E. y DESDENTADO BONETE, A.: *Manual ...*, *cit.*, pág. 667 y ss.

(5) Así, su constitución debe autorizarse -acto reglado, vinculado a que se acredite por la Mutua solicitante el cumplimiento de los requisitos establecidos, que no cabe calificar como concesión de servicio ni delegación, sino propia descentralización administrativa [por extenso, MARTIN SERRANO, A. y COLMENAR LUIS, J.: *Las Mutuas Patronales. La Gestión privada de la Seguridad Social*, Madrid (Trivium) 1989, págs. 115 a 125]- siempre que la asociación cuente al menos cincuenta empresarios y treinta mil trabajadores a su servicio [habiéndose de observarse que la disposición adicional 14.^a 2.º modifica el art. 203 b) LGSS -y el 9.1.2 RMP- «con una intención que no es otra que ... la de crear entidades más fuertes. Provocando, por esta vía, una profunda reorganización del sector, que llevará aparejada una drástica reducción de la atomización a la que condujo la anterior regulación», ESCUDERO RODRIGUEZ, R.: «Una reforma parcial de las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo. Otras novedades de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1990», *RL* núms. 15-16, 1990, pág. 87. En igual sentido, aunque ponderando la eventual limitación estatutaria del ámbito geográfico, SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Problemas actuales de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social», *RL/I*, 1992, pág. 233].

Cada Mutua se registrará por sus Estatutos, que también han de ser aprobados por el Ministerio y han de sujetarse a las prescripciones y contenidos fijados por la Ley de Presupuestos de 1990 y el RMP, y habrá de inscribirse en un registro, asimismo llevado por el Ministerio, para poder adquirir personalidad jurídica (art. 16 RMP). (Sobre el contenido de los Estatutos, órganos de gobierno, documento de asociación y consecuencias derivadas de la adquisición de personalidad jurídica, por extenso y por todos, SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Régimen ...*, *cit.*, especialmente pág. 166 y ss.).

El principio de voluntariedad en la constitución o adhesión de nuevos socios a la Mutua se ha visto también afectado de forma sustancial por la disposición final 14.^a, párrafo final, no -lógicamente- en cuanto a la opción empresarial en su favor o del INSS, sino en otros dos aspectos de singular incidencia:

- De un lado, se suprime el requisito contenido por el artículo 203 a) LGSS y desarrollado el artículo 9.2 RMP, en virtud del cual se adoptaba un criterio descentralizado (pues la regla general era la de un ámbito no superior a la provincia, admitiéndose sólo excepcionalmente la creación, previa autorización ministerial, de Mutuas en demarcaciones superiores); ahora, por el contrario, y en directa relación con la elevación del número de empresarios y trabajadores para su constitución, se suprime sin más esta limitación, en el apuntado afán de atajar la atomización que producía el sistema anterior, que en absoluto se correspondía con la modificación de los parámetros que favorecerían, al menos en un principio -no así en la realidad-, la constitución de Mutuas en las demarcaciones inferiores señaladas.

2. Estas entidades, en el concepto definido, «colaboran en la gestión» de la Seguridad Social (arts. 47.2 y 202.1 LGSS) (6).

3. Carencia de ánimo de lucro (7); principio crucial contenido en el artículo 202.3 LGSS («no podrán dar lugar a la percepción de beneficios económicos de ninguna clase en favor de los asociados») (8), en virtud del cual disfrutaban de exoneración tributaria en igualdad de condi-

- De otro, se suprime el artículo 204.2 LGSS -y el 10.2 RMP- relativo a la necesidad de que las entidades y empresas enumeradas en el mismo formalizaran la petición de aseguramiento de las contingencias profesionales en el INSS, no permitiendo a los sujetos aludidos la posibilidad de opción en favor de las Mutuas. Ahora, y con arreglo a la disposición adicional 14.^a *in fine*, se deja plena libertad a la hora de elegir su protección. «Solución comprensible en los supuestos recogidos en el artículo 202.4 b) y c), dados los problemas que había suscitado en el pasado su aplicación y que, entendida con rigor, llevaba al cambio en la protección cuando se daban las circunstancias en ellas enumeradas. Pero, por contra, es muy discutible en el supuesto del apartado a), que obligaba a los entes públicos y a las empresas nacionales o multinacionales a finalizar la cobertura de las mencionadas contingencias en el INSS. Pudiera parecer que se abre la vía a que estos sujetos opten por asociarse a una Mutua, si bien tal interpretación parece insostenible, especialmente en el caso de los entes públicos a los que aludía el derogado precepto, pues, para empezar, no son empresarios en sentido estricto, sino empleados. Por otra parte, de seguirse tal solución en el caso de las empresas públicas se llegaría a un resultado contraproducente al tratarse de la cobertura de ciertas contingencias de los trabajadores que prestan sus servicios en ellas por entidades privadas, aún fuertemente intervenidas, avanzando, de esta forma, en la privatización de la Seguridad Social», ESCUDERO RODRIGUEZ, R., *op. cit.*, pág. 87. *Contra* SEMPERE NAVARRO, A.V., *op. cit.*, págs. 233-234.

No obstante, nunca debe perderse de vista que «si bien es cierto son por su origen entidades privadas, por el hecho de administrar fondos públicos han adquirido una naturaleza *sui generis* diferenciada de otro tipo de entidades» (ALVAREZ JIMENEZ, C., *loc. cit.*), tratándose, en realidad, de «un servicio público que utiliza el cauce y la técnica del seguro, que mantiene la automaticidad entre cotización y acción protectora a cargo de la Mutua» (CREMADES SANZ-PASTOR, B.: «La responsabilidad empresarial derivada del accidente de trabajo», *RPS*, n.º 88, 1970, pág. 37). Y, por tanto, subordinada a los fines de la Seguridad Social (TIRADO SUAREZ: «Configuración jurídico-asegurativa del Mutualismo Patronal» en AA.VV.: *III Jornadas de estudios sobre Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo*, Madrid (Asociación de Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo), 1981, pág. 138.

(6) Sobre el análisis de tal concepto STS 23 de mayo de 1983.

En torno a sus implicaciones y siguiendo a SEMPERE NAVARRO, A.V., *op. cit.*, pág. 124 y ss., básicamente:

- 1.º Se trata de una mera cooperación para el desarrollo de un servicio público de titularidad retenida por el Estado y no de propia gestión (consecuentemente se encuentran sometidas al control de la Administración Pública; cuotas de la Seguridad Social de las primas recaudadas por las Mutuas y consideración de sus ingresos como parte del patrimonio de la Seguridad Social; necesaria coordinación de su actuación con las Entidades y Servicios Comunes Gestores de las prestaciones otorgadas por la Seguridad Social).
- 2.º Ausencia de ánimo de lucro e impulsión de las medidas de control.
- 3.º Carencia de la posibilidad de expedir certificados que tengan la condición de título ejecutivo, y del beneficio de la exención de depósito del capital importe de la prestación contenida en el artículo 191 LPL -que reproduce el contenido del art. 180 LPL, si bien ceñido únicamente al recurso de suplicación- (por todas y dada su claridad -luego invocada en múltiples pronunciamientos jurisprudenciales-, SCT 29-4-1980 -Ar. 2384-).

(7) Y señalado en el artículo 5.1 RMD, en traslación del artículo 3.4 LGSS: «la colaboración de las Mutuas en la gestión de la Seguridad Social no podrá servir de fundamento a operaciones de lucro mercantil», aleja de la legalidad, por tanto, la existencia de agentes de las Mutuas que se dediquen a la captación de empresarios que se asocien (STS 23-6-1982 -Ar. 4076-).

(8) No así del beneficio de justicia gratuita, habiendo por tanto de constituir los depósitos para recurrir exigidos por el artículo 226 LPL (STS 31-5-1982 -Ar. 3285-).

ciones con las Entidades Gestoras, y que se refuerza en cuanto quedan proscritos los «extornos», o devolución a los asociados de los excedentes de primas sobre gastos, los cuales tienen un destino legalmente fijado por los artículos 207 LGSS y 31 y 32 RMP (9).

4. Financiación mediante cotizaciones (10) de los empresarios (11), operando mediante un patrimonio cuya titularidad no les corresponde (12).

(9) Sobre el importante tema de los gastos de administración de las Mutuas Patronales, con interesantes reflexiones no sólo *de lege data* sino también *de lege ferenda*, ELOSEGUI ALBEA, J.M.: «Los gastos de administración de las Mutuas Patronales», en AA.VV.: *Mutuas ...*, cit., págs. 181 a 184.

Incidencia igualmente significativa presenta el sistema de incompatibilidades que diseña la Ley de Presupuestos de 1990 a fin de evitar operaciones indirectamente lucrativas en favor de la Mutua, así como de asegurarse que quienes encarnan sus órganos ejecutivos decidan sobre la base de intereses meramente particulares, prohibiendo a los miembros de la Junta -a la que no pueden acceder los agentes o comisionistas que se dediquen a la tramitación, por cuenta de la Mutua, de convenios de asociación (disp. adic. 14.^a 10.^o); tampoco pueden desempeñar cargos ejecutivos quienes personal o familiarmente estén vinculados a la Mutua (disp. adic. 14.^a 9.^o)- y a sus cargos ejecutivos comprar o vender por sí mismos activos patrimoniales de la entidad (disp. adic. 14.^a 11.^o).

(10) «Primas» cuya asimilación a las cuotas de la Seguridad Social parece indiscutible (ALVAREZ JIMENEZ, C., *op. cit.*, pág. 165) y que, a juicio de las Mutuas, imposibilita un control actualizado de las cotizaciones, ocasiona un retraso en las liquidaciones definitivas relativas al período cubierto y dificulta el cobro de cuotas de empresarios morosos [SERRA SALVADOR, V. y MUÑOZ MURGUI, F.: «Las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en la Comunidad Valenciana». *Monografies de Treball* (Generalitat Valenciana) n.º 78, 1991, pág. 6].

(11) Su exclusiva adjudicación a los empresarios se justifica porque el procedimiento recaudatorio aludido viene a sustituir lo que sería el «reparto entre los asociados del coste de protección» connatural al principio mutualista en el que se basan estas entidades. Si bien estas cotizaciones se gradúan en atención al coste de las prestaciones y las exigencias de los servicios preventivos y rehabilitadores, así como a la peligrosidad de la actividad laboral desarrollada, lo cierto es que no se puede hablar de primas obtenidas directamente de la evaluación de riesgos asegurable, sino que en buena medida se ven afectadas por decisiones de contenido social.

Sobre otros aspectos menos definidos en el procedimiento de recaudación que liga a las Mutuas con la Seguridad Social resueltos por vía jurisprudencial, *vid.* ALMANSA PASTOR, J.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, Madrid (Tecnos), 1991, pág. 195.

(12) Pues, a tenor del artículo 202.4 LGSS «forma parte [del de] la Seguridad Social», en lo que, doctrinal y jurisprudencialmente (SCT 22-7-1986 -Ar. 6694-) se consideró «expresión equívoca» o «exceso conceptual», al ser patente que las Mutuas son titulares de su propio patrimonio. Por tanto, la disposición adicional 14.^a 4.^o no constituye una real novedad, sino en el sentido de reconocer que el patrimonio formado, con carácter general, en época anterior al 31 de diciembre de 1975 corresponde a las Mutuas, sin perjuicio de la tutela prevista en el artículo 205 LGSS, estableciéndose con meridiana claridad la distinción entre patrimonio histórico y el formado con posterioridad a la fecha antecitada que ya, y a partir del artículo 1 Orden Ministerial de 2 de abril 1984, había de ser separado del patrimonio que constituyese parte de la Seguridad Social.

De igual forma, el renovado artículo 202.4.3.^o precisa que el patrimonio histórico de las Mutuas queda afectado al fin de la entidad, condicionándose la Administración del mismo a sus funciones propias. Además, añade que de la dedicación de tal patrimonio a los fines sociales no pueden derivarse rendimientos o incrementos que graven el patrimonio único de la Seguridad Social, con lo que se pretende evitar la existencia de gravámenes para ésta como consecuencia del uso por las Mutuas de bienes de su propiedad, aun cuando se hayan generado en el logro de sus fines sociales.

Como excepción a lo anterior, y previa autorización y en las condiciones reglamentariamente determinadas, las Mutuas pueden cargar en sus respectivas cuentas de gestión un «canon o coste de compensación por la utilización de los inmuebles integrantes de su patrimonio histórico, destinadas a ubicar centros o servicios sanitarios o administrativos».

5. Su actuación queda garantizada habida cuenta la responsabilidad mancomunada de sus socios (13).

6. El Ministerio de Trabajo ejerce un fuerte control sobre el funcionamiento de la Mutua, básicamente contenido en el RMP (14), que se refuerza a través de la previsión de drásticas medidas cautelares (15) -previo expediente en el que ha de darse audiencia a las Mutuas- en caso de deficiencias de aquél (16) sin perjuicio de las oportunas medidas sancionadoras específicamente contenidas en los artículos 19 a 21 de la Ley 8/1988 -que igualmente presuponen una importante labor de inspección, vigilancia y control [art. 48.1 RMP (17)]-.

- (13) A tenor del artículo 8 RMP la responsabilidad que pesa sobre los empresarios se extiende a todas las obligaciones que legal o contractualmente alcancen a las Mutuas. Y, sin embargo, esta universalidad de deudas se relativiza en un doble sentido: de un lado, cronológicamente, el empresario que se incorpore a una Mutua únicamente ha de responsabilizarse «de las obligaciones sociales correspondientes al período durante el cual haya permanecido asociado a la Mutua (art. 8.2.º RMP) y, por otra parte, no terminará tampoco hasta la liquidación de las obligaciones correspondientes»; de otro, cada uno de los empresarios queda liberado de la responsabilidad si paga la parte alícuota de la cuantía total de la obligación social que se les demanda (MARTIN SERRANO, A., *op. cit.*, pág. 175). Ello sin perjuicio de tomar en consideración que lo procedente y lógico es que la responsabilidad pasiva mancomunada no sea paritaria sino proporcional al volumen de cotización, en tanto el artículo 77 RMP prevé el funcionamiento de la Mutua «repartiendo entre sus asociados, mediante la aportación por éstos de las correspondientes cuotas y la aplicación en su caso, a los mismos, de la responsabilidad, incluyendo en el mismo plano las cotizaciones y las aportaciones subsidiarias». De ahí que la ilimitación de la responsabilidad empresarial deba entenderse «rompe en gran medida, el esquema del traslado de la responsabilidad a la Entidad Gestora que opera mediante el pago de las cotizaciones limitativas de la responsabilidad empresarial. En tales supuestos de colaboración voluntaria se produce, más bien, una autocobertura de la responsabilidad empresarial, asociada, que sólo se explica como permanencia del esquema del seguro de responsabilidad civil que fundamentó la protección de los riesgos profesionales, voluntariamente sustitutiva de aquel traslado normal de responsabilidad a la Entidad Gestora». ALMANSA PASTOR, J.M.: «Gestión pública e iniciativa privada» en *Papeles de Economía Española*, núm. 12/13, *cit.*, pág. 171.
- (14) «Férrea tutela» en afortunada expresión de VIDA SORIA, J.: «Régimen jurídico de la protección contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: Estudio crítico», *RT*, n.º 31, 1970, pág. 13.
- (15) Contenidas en la disposición adicional 14.ª, pues las situaciones que enumera su apartado 6.º (básicamente déficit acumulados, descenso de cantidades que constituyen la reserva de obligaciones inmediatas, dificultades de liquidez o desequilibrios económico-financieros que pongan en peligro la solvencia de la Mutua o la insuficiencia o irregularidad de la contabilidad o administración que impiden conocer la situación de la misma), especificando el apartado 7.º el tipo de medidas a adoptar -recurrir, adaptadas a las características de la situación e independientes de las sanciones procedentes- (requerimiento a la Mutua para que presente un plan de viabilidad, rehabilitación o saneamiento, previamente aprobado por el Ministerio de Trabajo, y por un plazo no superior a tres años; convocatoria de los órganos de gobierno de la entidad con designación de la persona que deba presidir la reunión y dar cuenta de la situación; suspensión temporal de las funciones de todos o alguno de los directivos; ejercicio de medidas correctoras de tendencias desfavorables registradas en su desarrollo económico y en el logro de sus fines sociales; e intervención de la entidad al objeto de garantizar el cumplimiento de órdenes dadas por el Ministerio con el fin de evitar que, de su infracción, se deriven perjuicios para los trabajadores protegidos y/o para la Seguridad Social).
- (16) *Vid.* sistematización en SEMPERE NAVARRO, A.V., *op. cit.*, págs. 150-151. De singular importancia las normas presupuestarias y de contabilidad -que se endurecen en la Ley de Presupuestos de 1990- y las exigencias de finanzas y reservas (con la llamativa novedad introducida en el antecitado cuerpo legal de suprimir la fuertemente contestada -y origen de abundante litigiosidad- reserva de aseguramiento).
- (17) Claramente, artículo 48.1 RMP, precepto que especifica igualmente su ejercicio «de forma regular y periódica» (párrafo 2.º), reflejándose las mismas en el Libro de Actuaciones de la Inspección de Trabajo (párrafo 3.º), y centralizándose todos los datos por parte de la Administración «a efectos del ejercicio de la dirección, vigilancia y tutela sobre las Mutuas» (párrafo 4.º).

7. Limitación de su ámbito de actividad, de su objeto social, a la cobertura del riesgo de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, si bien en tratamiento integral (18) de ambos, comprensivo de la prevención y reducción del riesgo, asistencia sanitaria en toda su amplitud, rehabilitación (y, en su caso, readaptación profesional) y prestaciones económicas de i.l.t., en ambas contingencias (únicamente de las de invalidez, muerte y supervivencia en el supuesto de enfermedades profesionales).

Sobre la persona jurídica así configurada se proyecta el objeto del presente estudio: un análisis de la responsabilidad que pesa sobre esta aseguradora con especial atención a los problemas que al respecto se detectan en la abundantísima jurisprudencia existente. Así, tras un breve análisis de los supuestos de funcionamiento normal de la relación de seguro, se abordan los supuestos de incumplimientos empresariales en la constitución y desarrollo de la relación que los vincula a la Mutua, tanto la inexistencia de tal nexo relacional -«falta total de seguro»- como las irregularidades que lo afectan sustancialmente -«falta parcial»- con especial incidencia en las eventualidades de falta de inscripción, alta o afiliación y deficiencias en la cotización. Tal análisis implica reflexionar sobre temas tan poco pacíficos como la amplitud del principio de automaticidad en el Ordenamiento español, o las relaciones Mutua-Entidades Gestoras en el marco de las responsabilidades derivadas de contingencias profesionales (anticipo en el pago, directa o subsidiaria imputación de los resultados de su acaecer, subrogación del INSS y de la TGSS en la posición de los extintos Fondo de Garantía, Fondo Compensador y Servicio de Reaseguros de Accidentes de Trabajo ...). El núcleo descrito, dedicado al estudio de las prestaciones económicas, se completa con una necesaria exposición de las responsabilidades a través de las cuales se procura la completa atención al trabajador afectado por las aludidas contingencias y de las peculiaridades de los procesos administrativos y judiciales a aquéllas referidas y que afectan a las Mutuas.

II. DINAMICA NORMAL EN LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE CONTINGENCIAS PROFESIONALES. ASPECTOS ESPECIFICOS QUE AFECTAN A LAS MUTUAS

En las situaciones de normalidad en la constitución y desarrollo de la relación jurídica de seguridad social -esto es, inscripción de la empresa (acompañada del Convenio o documento de propuesta de asociación), afiliación y alta de los trabajadores y puntual cumplimiento de la obligación de cotización- ha de considerarse al empresario, en principio, responsable directo de las resultas del accidente de trabajo (19) o enfermedad profe-

(18) Por todos, NIETO VILLANUEVA, E.: «Acción protectora» en AA.VV.: *Mutuas ...*, cit., págs. 171 a 173.

(19) Incluidos los supuestos de enfermedades comunes que lo predispusieran (STSJ Madrid 23-1-1990 -Ar. 505-).

sional (20) (incapacidad laboral transitoria, invalidez provisional, invalidez permanente -tanto parcial como total, total cualificada, permanente, absoluta o gran invalidez- o muerte) que, si se imputa a acción u omisión voluntaria o negligente, no admite otros límites que no sean los de hecho (cuantía del daño causado y capacidad de pago, presente y futura, de quien lo causa -art. 1.902 CC- con todos sus bienes presentes y futuros -art. 1.911 CC-); en tanto, si no obedece a negligencia de nadie, a pesar de mantener el mismo juego jurídico, no obstante, lleva a una tasa de su responsabilidad: el riesgo objetivo, profesional, sobre todo si tiende a ser comunitario, se consigue a partir de la referencia a la entidad aseguradora de las resultas del accidente o la enfermedad, limitándose por la LGSS las prestaciones, significativamente las económicas, a aplicar a cada tipo tanto para los riesgos genéricos como para los profesionales, aunque con reglas específicas para éstos, comprendiendo, en todo caso, la asistencia sanitaria, prestaciones de recuperación e indemnizaciones económicas -sin olvidar, al respecto, las peculiaridades propias de la enfermedad profesional relativas al período de observación (art. 131.1 LGSS), traslado de puesto de trabajo, e indeterminación de su propia fecha de inicio (21)- (22).

(20) Sobre su calificación en los supuestos de «enfermedades influidas», STS 7 de marzo de 1989, *AL*, n.º 24, 1989. Para la agravación de enfermedades comunes, por todas, STSJ Castilla-León/Burgos de 18 de octubre de 1991 (Ar. 5507); en los supuestos de enfermedades profesionales o defectos padecidos con anterioridad, STSJ Madrid de 26 de noviembre de 1990 (Ar. 3297).

(21) Por todas, *vid.*, STS de 9 de marzo de 1986, *AL*, n.º 28, 1989.

(22) Dejando para un momento posterior las primeras, respecto de las económicas cabe señalar cuentan con el límite y módulo del salario a partir de unas reglas que pueden simplificarse en las siguientes:

1.ª Para los subsidios de i.l.t., durante el mes anterior al accidente, y las pensiones por incapacidad permanente y muerte, durante el año anterior (o período proporcional al tiempo trabajado, en caso de ser menor) a aquel acaecimiento, se computan la totalidad de los salarios reales percibidos incluidas las horas extraordinarias (art. 73 LGSS) -aplicando los arts. 18 a 72 RAT para el cálculo de tales promedios mensuales y anuales-.

2.ª Existen, no obstante, un tope mínimo, representado por la íntegra cuantía del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento más sus complementos (art. 74.4 LGSS), y un tope máximo fijado y revisado anualmente por el Gobierno (art. 89.2 en relación con art. 74 LGSS), que realmente sólo jugará en los supuestos de incapacidades absolutas en tanto son las únicas que contemplan una pensión del 100% del salario -y no respecto del 50% de incremento en los supuestos de gran invalidez- (por todas, STS 3-3-1989 -Ar. 1787-).

Para los supuestos de trabajos de jornada inferior a los 2/3 de la habitual, en tanto la cotización se realiza en razón de las horas realmente trabajadas, igual proporcionalidad se mantendrá en las prestaciones económicas.

En los casos de trabajos a tiempo parcial, en cuanto se fijan mínimos de cotización, éstos jugarán igualmente como mínimos en cuanto a las prestaciones.

Para la indemnización a tanto alzado por incapacidad permanente parcial y las pensiones de invalidez permanente, los topes máximo y mínimo son los que existan al tiempo de su declaración.

Las prestaciones económicas varían según el tiempo y la gravedad del accidente, pudiendo distinguirse las siguientes situaciones:

1.ª I.l.t.: contemplada en el artículo 126.1 LGSS, conlleva un subsidio del 75% de su salario garantizado (art. 13 Decreto 1646/1972, en relación con el art. 2.1 Decreto 3158/1966), por un período máximo de dieciocho meses, (doce prorrogables por seis más en el supuesto de accidentes de trabajo, seis prorrogables por seis más si se trata de período de observación por enfermedad profesional) transcurridos los cuales, de no haber llegado a una situación de curación (alta con o sin secuelas) pasa a denominarse invalidez provisional.

No obstante el aludido principio de responsabilidad del empresario por los accidentes o enfermedades profesionales que afecten a los trabajadores a su servicio, éste [salvo la especial posibilidad de autoaseguramiento de i.l.t., asistencia sanitaria y prestaciones recuperadoras, contemplada en el art. 208.1 a) LGSS, para empresas con más de 500 trabajadores fijos siempre que medie previa autorización del MTS y se acredite disponer de instalaciones propias

2.ª Invalidez provisional: es aquella que condiciona clínicamente su tratamiento a la existencia de curación posible. La duración máxima es de seis años, contados desde la declaración de i.l.t. (art. 133 LGSS), y el subsidio del 75% del salario garantizado (art. 2.1 Decreto 3158/1966). Agotados los períodos anteriores o la curación de la lesión sufrida, si se mantienen una serie de defectos o secuelas, consecuencia del accidente, que minoren su capacidad laboral, se dictaminará el grado de incapacidad que sufre el trabajador accidentado (art. 133.2 LGSS).

3.ª Lesiones, mutilaciones y deformidades permanentes no invalidantes, esto es, mutilaciones o deformaciones de carácter definitivo a consecuencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional, que no repercutan sobre su capacidad laboral, pero que supongan una alteración o disminución de su integridad.

La prestación será única y a tanto alzado (art. 140 LGSS), resultado de multiplicar por seis (O.M. de 16-1-1991) las fijadas en el baremo que contiene la Orden Ministerial de 5 de abril de 1974, resultado incompatible con las pensiones de invalidez, salvo que la lesión determinante de la invalidez aparezca con el transcurso del tiempo, agravando una ya indemnizada con arreglo a baremo o se trate de lesiones que no hayan contado para la declaración ni fijación del grado de ésta (art. 142 LGSS).

4.ª Invalidez permanente: constituida por la situación en que se encuentra el trabajador que, tratado médicamente, presente reducciones anatómicas o funcionales graves y previsiblemente definitivas -en apreciación objetiva- que disminuyen o anulan la capacidad laboral del trabajador (art. 132.3 LGSS). Dentro de la misma pueden distinguirse:

a) Parcial para la profesión habitual, si provoca una disminución no inferior al 33% del rendimiento normal para la profesión, sin impedir al trabajador la realización de las tareas fundamentales de la misma (art. 135.3 LGSS). La prestación económica consiste en una cantidad a tanto alzado equivalente a veinticinco mensualidades de la base reguladora (art. 9 Decreto 1646/1972).

b) Total para la profesión habitual, si inhabilita al trabajador para realizar todas o las tareas fundamentales de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta (art. 135.4 LGSS). Las prestaciones económicas consisten en una pensión vitalicia, que se cifra en el 55% de su base reguladora (art. 12 Decreto 3158/1966).

En el supuesto cualificado, de ser precisa una prestación de recuperación -«por su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia no tengan posibilidades de obtener nuevo empleo» (art. 136.2 LGSS)- habrá de añadirse un 20% a la anterior base (art. 6.3 Decreto 1646/1972. Sobre su aplicación Rs. de 11-4-1990).

Excepcionalmente la pensión vitalicia -limitada al 55%- podrá ser sustituida por una indemnización a tanto alzado (de 12 a 84 mensualidades -art. 5 O.M. de 31-7-1972-) siempre que el beneficiario fuese menor de sesenta años (art. 136.2 LGSS).

c) Incapacidad permanente absoluta, que inhabilita por completo para cualquier profesión u oficio (art. 135.5 LGSS). La pensión vitalicia a abonar coincide con el salario real (art. 12.4 Decreto 3158/1966).

d) Gran invalidez, esto es, la situación de incapacidad permanente -no necesariamente absoluta a tenor de la disp. final de la Ley 13/1982- que, además de impedir a quien la sufre el trabajo, le inhabilita para realizar los actos más esenciales de la vida, necesitando para ello del auxilio de otra persona (art. 135.6 LGSS). Las prestaciones económicas suman a la prestación por invalidez permanente un 50% más «destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que la atiende» (art. 136.4 LGSS) que admite la sustitución por el mantenimiento del inválido en una institución asistencial a cargo de la Seguridad Social. (Ha de tenerse en cuenta, por último, y adicionalmente, que durante los períodos de recuperación el accidentado recibe un subsidio del 75% del salario, si no percibe indemnización o pensión de otra clase por el accidente, o un subsidio de 20%, si está percibiendo pensión por incapacidad permanente total. Se entiende, pues, que los que están en i.l.t., o tienen reconocida invalidez total cualificada, o absoluta, o gran invalidez, no lo reciben, habida cuenta del importe de su indemnización o pensiones básicas -art. 149 LGSS y 17 del Decreto 1646/1972-). Sobre el reintegro de gastos a la Mutua patronal que hizo uso de la opción del artículo 136 LGSS e internó al gran inválido en una Residencia adecuada, abonando su internamiento, STSJ Madrid de 29 de noviembre de 1989 (Ar. 2625).

suficientes] no permanece en aquél respecto a los riesgos de invalidez provisional y permanente, lesiones, mutilaciones y deformaciones definitivas no constitutivas de incapacidad, y muerte, en tanto el Ordenamiento jurídico español prevé el seguro forzoso siempre (23) (igualmente respecto a las prestaciones *supra* aludidas respecto de empresas excluidas o incluidas que no opten por el autoaseguramiento), dejando al empresario sólo la opción (art. 204.1 LGSS) de concertarlo con el INSS (24) o, y por lo que al presente estudio interesa, con una Mutua.

Para el caso de muerte se prevé, en síntesis, el siguiente cuadro de prestaciones a cargo de la Mutua:

- a) Auxilio por defunción, en favor de quien haya satisfecho los gastos de sepelio (art. 159 LGSS), en una cuantía de 5.000 pesetas (art. 30 Decreto 3158/1966).
- b) Pensión de viudedad en favor del viudo o la viuda -no exigiéndose la cotización del art. 32.1 del Decreto de 23-1-1966- que hubiera convivido con el causante [art. 160.1 a)] -incluidos los supuestos de separación judicial o divorcio, en cuyo caso, el derecho a la pensión será proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, o que existiera una convivencia de hecho con el causante sin haber podido contraer matrimonio por impedirlo la legislación entonces vigente, con la proporcionalidad aludida en la prestación- consistente en una pensión del 45% de la base reguladora -el salario-, que resulta plenamente compatible con rentas de trabajo o pensiones de vejez o invalidez (art. 10 O.M. de 13-2-1967) y que, sin embargo, se extingue al contraer nuevo matrimonio [art. 11 a) O.M. 13-2-1967].
- c) Pensiones de orfandad, en favor de los hijos del causante, con independencia de la naturaleza legal de la filiación (art. 161.1 LGSS), y que consisten en un 20% de la base reguladora por cada hijo, a abonar en favor de quien tenga a su cargo a los beneficiarios (art. 162.2), resultando compatibles con las rentas de trabajo y la pensión de viudedad (art. 166.2 LGSS).
Las pensiones son vitalicias en caso de hijos o hermanos mayores de cuarenta y cinco años, solteros, divorciados o viudos, que hayan convivido con el causante y a su cargo, con dedicación prolongada a su cuidado y que carezcan de medios de vida, siempre y cuando el causante muera en disfrute de pensión de invalidez, a poner en relación con las pensiones a favor de otros familiares.
- d) Indemnizaciones especiales a tanto alzado a favor de los derechohabientes (cónyuge y huérfanos beneficiarios, respectivamente, de las prestaciones de viudedad y orfandad) de trabajadores fallecidos a consecuencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional. La prestación del viudo/a se eleva a seis meses de la base reguladora; la prestación en favor de los huérfanos, a un mes de dicha base (art. 19 O.M. de 13-2-1967).
Si no existieran viudo/a ni huérfanos, la indemnización se abonará al padre o madre del fallecido que viviera a cuenta de éste y no tuviera derecho a pensión o subsidio por muerte del causante (art. 163.2 LGSS), teniendo una cuantía de nueve mensualidades de la base reguladora o doce si sobreviviesen ambos ascendientes (art. 12.1 Decreto 1646/1972).

Sobre sus problemas en jurisprudencia, cuando la afectada es una Mutua, *vid.*, últimamente, STS de 11 de noviembre de 1991 (Ar. 8212); SCT de 24 de febrero, 28 de septiembre, 15 de diciembre de 1988 (Ar. 1760, 5905 y 8344), 9 de mayo de 1989 (Ar. 3608); STS Valencia de 25 de julio de 1989 (Ar. 2087); STSJ Castilla-León/Valladolid de 20 de noviembre de 1989 (Ar. 2056), 8 de enero de 1991 (Ar. 365); STSJ Castilla-León/Burgos 12 de julio de 1991 (Ar. 4371); STSJ Navarra de 28 de noviembre de 1989 (Ar. 739); STSJ Andalucía/Granada de 30 de enero de 1990 (Ar. 2640); STSJ Madrid de 20 de diciembre de 1990 (Ar. 3821), 20 de septiembre de 1991 (Ar. 5310); STSJ Castilla-La Mancha de 18 de octubre de 1991 (Ar. 5777).

Vid. interesante síntesis en TATAY PUCHADES, C.: «Garantía de las prestaciones de Seguridad Social en caso de incumplimiento e insolvencia empresarial», *Revista de Treball*, n.º 17, pág. 36 y ss.

- (23) Sin perjuicio de que el empresario, obviamente, puede concertar seguros voluntarios adicionales al forzoso cuyas indemnizaciones son compatibles y no deducibles de las debidas según la LGSS.
- (24) Pues las Mutualidades Laborales a que hacía referencia se integraron en el INSS (art. 1.1.1.º R.D.-Ley 36/1978) y, dentro de él, en una Mutualidad de trabajadores por cuenta ajena (a los solos efectos de facilitar la representación y participación de los trabajadores asegurados). Así, las extintas mutualidades, si bien siguen funcionando, lo hacen como agencias administrativas del INSS, formal y real asegurador.

En este último supuesto, establecida regularmente la relación de aseguramiento, es la aseguradora quien en todo caso, y sin demora, debe hacerse cargo de la asistencia sanitaria del accidentado o enfermo, prolongándola durante el tiempo que su estado requiera, sin que en ello influya la declaración de incapacidad, e incorporando las prestaciones recuperadoras.

En cambio, respecto de las indemnizaciones, subsidios y prestaciones económicas debe efectuarse la siguiente distinción:

1. La prestación económica por i.l.t. se paga normalmente por el empresario por delegación («colaboración obligatoria») de la aseguradora.

2. El subsidio de invalidez provisional y el resto de las prestaciones por invalidez y muerte que *no* consistan en pensiones se abonarán directamente por la Mutua al trabajador. Tal pago directo se mantiene en el supuesto de indemnización por lesiones definitivas no constitutivas de incapacidad permanente, si bien es preciso exista, con carácter previo, el acto de determinación por el INSS -previo informe del INSALUD- de la cantidad a pagar en el caso concreto [arts. 2.1 c) y 3.1 b) R.D. 2609/1982].

3. Las pensiones vitalicias o temporales por incapacidades permanentes y muerte se abonan por la TGSS, Entidad Gestora ante la cual habrán de ingresar las Mutuas el valor actual (al día del alta, en el supuesto de pensiones de invalidez) del capital-coste de las pensiones -calculado según las tablas de mortalidad y tasas de interés que fija el MTS- (25) al objeto de que aquélla proceda a cumplir con la obligación que legalmente le ha sido asignada (arts. 213.3 LGSS y 9.2) (26).

El esquema anterior de aseguramiento de las contingencias profesionales se completa con la previsión de que el MTS pueda imponer a la Mutua la obligación [sustituible por otro sistema de compensación de resultados -arts. 52.3 y 213.4 *in fine* LGSS-, todos excepto los de i.l.t. y asistencia y recuperación profesional que corresponda durante la misma (art. 213.4.1)] de que reasegure el 30% del riesgo asumido con la TGSS -art. 50 Decreto 824/1976-. En virtud de tal reaseguro la Entidad Gestora habrá de participar en el coste de los riesgos, contribuyendo a la constitución de los capitales en la proporción citada, e incluso anticipando la porción no reasegurada, sin perjuicio de recabar su entrega de la Mutua (27), en lo que no es

(25) Sobre el tema de intereses en ejecución de sentencia y efectos desde la fecha de la sentencia de instancia que confirma la resolución del INSS imputando responsabilidad a la Mutua, STSJ Castilla-León/Burgos de 7 de julio de 1992 (Ar. 3829).

(26) Concluyente, STS de 13 de abril de 1988 (Ar. 2958).

(27) Y efectuar su cobro en tal eventualidad con el importe de las cuotas ingresadas por los empresarios en favor de la Mutua o, en su caso -cuando aquéllas fueran insuficientes-, acudiendo a la vía de apremio.

sino una manifestación más del principio de automaticidad de las prestaciones en el Ordenamiento español (art. 95.3 LGSS) (28) siempre que exista efectivo aseguramiento de los accidentes o enfermedades, aspecto este que, por último, hace precisa una remisión, si se pretende descubrir su verdadera operatividad, a los supuestos de irregularidades empresariales en el aseguramiento, que constituyen el objeto básico del presente estudio.

De entre los múltiples problemas que se suscitan en la aplicación de la señalada teoría general, se han seleccionado -por su específica referencia a las Mutuas e importancia de la jurisprudencia que los aborda- para un análisis más detenido los relativos a la distribución de responsabilidades en los supuestos de revisión del grado de incapacidad cuando ha existido un cambio de entidad aseguradora; devolución de las cantidades consignadas por las Mutuas para hacer frente a prestaciones derivadas de contingencias profesionales si la inicial calificación administrativa ha sido modificada (o fallecido el trabajador inválido y las prestaciones económicas que de su muerte derivan son inferiores a las que se devengaban por invalidez); solución del vacío normativo que provoca la inexistente atribución de competencias al INSS para que aclare en vía administrativa la naturaleza profesional -y responsabilidad consecuente- de una contingencia protegida por una Mutua; y, por último, implicaciones básicas de la obligación de reaseguro.

1. Revisión del grado de incapacidad y cambio de aseguradora. Imputación de responsabilidad.

El tema de la sucesión de aseguradoras (29), vinculado a situaciones en que el trabajador, tras ser dado de alta de un accidente de trabajo, se incorpora a la empresa teniendo posteriormente una recaída o, en su caso, agravación de las primitivas lesiones en fecha en que la aludida empresa ha cambiado de entidad aseguradora, ha sido resuelto con criterio uniforme

(28) Que además se completa con las garantías adicionales recogidas en el artículo 97 LGSS en relación con los artículos 42 a 44 ET.

(29) Tanto si la sucesión se produce entre distintas Mutuas como, por supuesto, si acaece entre Mutua y Entidad Gestora (SCT 7-4-1988 -Ar. 3074-).

En tanto no se califique el accidente como profesional es lógico y necesario que se haga cargo provisionalmente de las prestaciones la Entidad Gestora responsable de las contingencias comunes; pero la calificación definitiva como accidente de trabajo (recidiva), no puede traducirse en una pérdida del derecho a las prestaciones sino en una distinta imputación de responsabilidades en orden a las prestaciones y eventualmente en el reajuste en su cuantía; por lo mismo, el hecho de una calificación determinada tras el primer alta no supone que no puedan existir recidivas posteriores si se dan las circunstancias de hecho exigidas por el Ordenamiento jurídico y, en su caso, el prorrateo de prestaciones. *Vid.*, por todas, SCT 10 de febrero de 1987 (Ar. 2929).

No puede exonerarse el INSS de subsidios o pensiones originados con anterioridad a la suscripción del documento de asociación con la Mutua que en el transcurso de la situación de i.l.t. pasó a cubrir el riesgo, pues, si se plantea la incorrecta designación de la aseguradora, la Entidad Gestora, de acuerdo con el artículo 204 LGSS, habrá de seguir el procedimiento administrativo previsto en la Orden Ministerial de 21 de mayo de 1976.

por los Tribunales (30) señalando que la indemnización que ha de recibir el trabajador no es la determinada por la base que se corresponde al salario que percibía al ocurrir el accidente, sino la determinada conforme al salario real que percibía anteriormente, cuando surgen los hechos que determinan la revisión por agravación; cumpliendo así el fin básico que preside la total regulación, que no es otro sino indemnizar el defecto real de ingresos originado por la incapacidad y determinante de la causación de la prestación en términos del artículo 96.1 LGSS y del concepto de contingencias jurídicas protegidas, no de simple hecho, a que se refiere el artículo 94.1 del mismo cuerpo legal.

Los aludidos preceptos no contienen, sin embargo, reglas expresas sobre la imputación de la responsabilidad, sino que aluden genéricamente a la relación de la Seguridad Social que corresponda; que, en casos como éste, es doble y concurrente, pues como señalan los aludidos pronunciamientos jurisprudenciales, «produce efecto la inicial relación aseguradora, por su propia eficacia, hacia el futuro y acaecida la contingencia protegida, en sus propios términos, es decir, hasta el total salario real que aseguró en aquel momento; y también, por su misma vigencia, al acaecer los hechos posteriores que motivan la revisión, adquiere eficacia la segunda relación de aseguramiento, en virtud del principio de consideración conjunta de actuaciones y el de responsabilidad originada en anteriores situaciones, que también inspira el artículo 84 LGSS cuando admite y califica como accidente a cargo de otra aseguradora la apreciación de secuelas anteriores» (31).

(30) SSTs de 13 de diciembre de 1975 (Ar. 552), 4 de marzo de 1978 (Ar. 878) y 22 de mayo de 1984 (Ar. 3061); SSCT de 25 de noviembre de 1980 (Ar. 6138), 31 de enero, 15 de junio, 8 de noviembre y 15 de diciembre de 1983 (Ar. 778, 5681, 9407 y 10922), 15 de febrero de 1984 (Ar. 1398), 9 de mayo, 23 de octubre y 12 de noviembre de 1985 (Ar. 3056, 5711 y 6157), 5 de marzo, 7 de abril, 25 de junio, 8 de octubre y 3 de diciembre de 1986 (Ar. 1469, 2236, 5060, 8962 y 13107), 8 de julio de 1987 (Ar. 15474), 8 y 18 de marzo y 7 de junio de 1988 (Ar. 2332, 2324, 4521), 25 de abril de 1989 (Ar. 3034); SSTSJ Andalucía/Málaga de 31 de octubre de 1990 -para un supuesto de responsabilidad de la Mutua de empresa cesionaria en una manifestación adicional de la traslación que también opera en este ámbito- (Ar. 3060) y 15 de junio de 1992 (Ar. 3111); STSJ Las Palmas de 1 de febrero de 1991 (Ar. 1145); STSJ País Vasco de 1 de julio de 1992 (Ar. 3788).

Diverso es el supuesto en que no existe propio cambio, por apreciarse una situación de prórroga del primer convenio de asociación cuando acaeció el accidente.

En ejemplar análisis del artículo 19.2 Real Decreto 1509/1976, STS de 2 de noviembre de 1989 (Ar. 7994).

(31) SSCT de 15 de febrero de 1984 (Ar. 1320 y 1327). Si bien los órganos de la jurisdicción social han establecido con claridad meridiana la distinción entre revisión y recaída de anteriores lesiones, producidas a consecuencia de un único accidente, del supuesto de repetición del siniestro con resultado lesivo en un mismo punto anatómico de la persona, existiendo distinta aseguradora cuando se produce uno y otro evento lesivo; y, si con respecto a la primera situación la responsabilidad recae -según se ha dicho- en ambas entidades, para una justa distribución equitativa al efecto de que la primera no responda por cantidad distinta sobre la que se cotizaba, y la otra lo haga sobre la cotización existente en el momento de la revisión o recaída al tenerlo así cubierto en el último período trabajado; en el segundo caso planteado, debe responder sólo la entidad aseguradora que cubría el riesgo de ese nuevo siniestro, pues la anterior ninguna relación o vinculación tenía en ese reciente acaecimiento, además que la segunda aseguradora cuando concertó el seguro ya tuvo conocimiento de la situación anatómica en que se encontraba el trabajador, no hizo objeción alguna y se lucró de las primas, «siendo indiferente totalmente que hayan influido en la invalidez declarada, las limitaciones que el trabajador sufría con anterioridad» (SCT 15-12-1983 -Ar. 10922-); SCT de 4 de noviembre de 1986 (Ar. 10946), 18 de mayo de 1989 (Ar. 3681); STSJ Madrid de 1 de junio de 1990 (Ar. 2050).

La consecuencia de todo ello no puede ser otra que el prorrateo de la responsabilidad entre ambas entidades aseguradoras: la primera responderá por la cantidad equivalente al salario del trabajador en la fecha del primitivo siniestro y la segunda tendrá a su cargo la diferencia existente entre dicho sueldo y el salario efectivo del operario cuando padeció la recaída o agravación, «y ello es así porque, participando ambas, ninguna obtiene beneficios o perjuicios como acontecería si existiere una unilateral decisión y condena» (32). Ello no obstante, la asistencia sanitaria, en tanto prestación indivisible, debe correr a cargo exclusivo de la segunda aseguradora (33).

En definitiva «si para la calificación de la nueva situación no se tienen en cuenta las secuelas anteriores y la invalidez es imputable exclusivamente al accidente, no puede pretenderse la regla de reparto de responsabilidades del artículo 48 RAT, pues es preciso se den los mismos presupuestos necesarios para la aplicación del principio de valoración conjunta que es, a su vez, lo que lleva a la jurisprudencia a buscar una solución de equidad en orden a la imputación de responsabilidades»; STSJ País Vasco de 11 de marzo de 1991 (Ar. 1737).

(32) SCT de 7 de abril de 1988. Amén que en la mayor parte de los supuestos, la entidad aseguradora actual ha percibido cantidades en la posterior de aseguramiento que, de no intervenir en la cobertura a favor del incapacitado, originaría la obtención de un beneficio en perjuicio de la primitiva aseguradora (SCT 25-4-1989).

Especialmente interesante resulta, al respecto, la STSJ Valencia de 10 de octubre de 1991 (Ar. 1846) para un supuesto de accidente de trabajo de futbolista -lesión provocada en entrenamiento-, con anterioridad a que una Mutua asegurase con la entidad deportiva la cobertura de las contingencias profesionales, y ulterior informe de la Unidad de Valoración Médica reconociendo la incapacidad cuando ya habría sido dado de alta en cotización y se concertó las prestaciones por dicho Club con la entidad aseguradora. Sostiene la sentencia que la cuestión de imputación de responsabilidad «ha de ser resuelta en el sentido de que si la invalidez permanente se manifiesta en un grado determinado, de tal forma que no es posible declarar, sin más, una invalidez permanente, sin expresar el grado de la misma y, con carácter común a todas ellas, se ha de indicar, como hecho causante, la situación conceptual de esta contingencia, una vez que ha sido declarada jurídicamente, de tal forma que no basta la situación real o médica, sino que es menester la intervención de las Comisiones de Evaluación, debe concluirse que el hecho causante de la prestación no es la causa, sino la propia situación de invalidez permanente, que se produce con el dictamen de la Unidad de Valoración Médica de Incapacidades (Orden de 23-11-1982 y disp. adic. concordantes) e incluso con el informe clínico laboral anterior y otra fijación objetiva ... en el presente caso, cuando se produce el hecho causante de la prestación (posterior a la fecha de inicio del convenio de asociación), la Mutua ya es aseguradora y no podía excluir el aseguramiento de ningún trabajador de la empresa».

Frente a tales argumentos se sostiene en voto particular que si bien el hecho causante de la prestación se determina conforme al criterio anterior, y que ello es relevante para determinar la fecha de efectos de la declaración de invalidez, en cambio, no resulta relevante para determinar si la invalidez se ha producido por accidente laboral para atribuir, en su caso, la responsabilidad en la cobertura a la Mutua ... «y en el presente supuesto las circunstancias que llevan a la calificación de la contingencia como profesional son precisamente que la lesión se produce en un entrenamiento profesional con anterioridad a que la Mutua fuera la aseguradora del riesgo es por lo que aceptar su tesis de falta de legitimación pasiva».

(33) SCT de 8 de marzo de 1988 (Ar. 2338). La limitación referida se aplica incluso (caso de STS 22-5-1984, citada) no sólo a los supuestos de recaída sino también al del trabajador al que se reconoció una pensión por un determinado accidente y que, reintegrado a la actividad laboral, sufrió otro nuevo determinante de una nueva incapacidad permanente que da lugar a otra prestación, cuando ambas pensiones son incompatibles (art. 91 LGSS), supuesto en el que declara que si la segunda pensión es de cuantía superior, ha de adicionarse sus importes; y, dado que la primera Mutua ya respondió de su pensión, la segunda responderá de la diferencia de ambas, ingresando el capital-coste de renta para el abono del incremento de la primitiva prestación (*vid.*, en similar sentido, SSCT 6 y 12-11-1985 -Ar. 6033 y 6157-). Sobre la base de la responsabilidad en proporción a las primas abonadas por la empresa, SCT de 24 de abril de 1989 (Ar. 3014).

2. Devolución del capital-coste consignado.

Los problemas que dan título al epígrafe, relativos a la devolución de cantidades consignadas por las Mutuas para hacer frente a prestaciones derivadas de contingencias profesionales, encuentran una conexión inmediata en el más general de la ejecución de los pronunciamientos que las reconocen -que en este contexto se ciñen a las derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional sin perjuicio de que la reflexión pueda extenderse igualmente a las contingencias comunes-.

Debe efectuarse una primera y básica distinción entre la ejecutividad de las resoluciones meramente administrativas cuando se impugnan en vía judicial y la posible ejecución provisional de sentencias recurridas.

Considerando la primera de las hipótesis, no se encuentra aval suficiente en los artículos 55 LGSS, 18.4 Orden Ministerial de 23 de noviembre de 1982 y 9.2 Real Decreto de 24 de septiembre de 1982 para entender que la ejecutividad reconocida en los citados preceptos a las resoluciones en materia de evaluación y declaración de las situaciones de invalidez en la Seguridad Social permita al trabajador ejercitar el derecho al percibo de la indemnización en cualquier momento y con independencia de que la resolución administrativa fuese impugnada en vía jurisdiccional, pues ello llevaría a la inadmisibles consecuencia de fijar el *dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad a que se refiere el artículo 55.1 LGSS en la fecha de la citada resolución. Antes bien, la ejecutividad de la resolución administrativa ha de entenderse como exigencia de que la Mutua ingrese en el órgano jurisdiccional el importe de la indemnización a tanto alzado, a reserva del resultado del procedimiento y del contenido de la sentencia que se dicte en el proceso iniciado, de manera que la ejecutividad de la resolución administrativa no implica la entrega inmediata al trabajador del subsidio o pensión y, en consecuencia, carece éste de posibilidades para reclamarla.

Tesis que, por lo demás, es congruente con lo dispuesto en el artículo 1.969 CC al determinar que el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones se computará desde el día en que pudieron ejecutarse, precepto analógicamente aplicable al supuesto de caducidad aludido por concurrir la identidad de razón a que se refiere el artículo 4.1 CC: el artículo 55.1 LGSS establece un plazo de caducidad que afecta únicamente a las prestaciones ya reconocidas. La falta de firmeza del acto de reconocimiento por su impugnación jurisdiccional obliga a calificar el derecho a la prestación como expectante, y no como reconocido en sentido propio, condición esta que sólo alcanzará cuando se convierta en definitivo; por tanto, en la situación de expectativa descrita, la ejecutividad se circunscribe a la carga que sobre la Mutua pesa de consignar el importe de la prestación, pero no el derecho a su reclamación por el beneficiario (34).

(34) *Vid.*, entre otras, STSJ País Vasco de 15 de octubre de 1991 (Ar. 5699).

Situación distinta es la que se regula en el Capítulo II, Título II, Libro IV de la LPL, el cual, partiendo de la diferente naturaleza del contenido de la obligación que establezca el fallo, hace que la ejecución provisional de las sentencias que reconozcan prestaciones temporales o vitalicias serán contempladas como un derecho absoluto, en tanto que las referidas a prestaciones a tanto alzado se configuran como un derecho relativo condicionado a un posible reintegro.

Así, el artículo 292.1 LPL faculta, al que ha obtenido la sentencia reconociéndole una prestación de pago periódico de la Seguridad Social, a percibir su pago con independencia del recurso que en contra hubiere podido interponerse.

Más que un propio supuesto de ejecución provisional de la sentencia -para la que habría de mediar petición expresa del beneficiario- se trata de una ejecutividad inmediata y automática, en virtud de los artículos 292.1 y 191.2 y 4 LPL, mediante la que se busca la protección del beneficiario por la sentencia, dada la naturaleza de la prestación (35). Para ello se instrumenta otro instituto íntimamente vinculado a la ejecución provisional, cual es la consignación del capital-coste de la prestación (36), como presupuesto y requisito de admisibilidad del recurso frente a la sentencia, previsto al objeto de abonar al beneficiario la pensión o subsidio durante su tramitación (arts. 191.2 y 3 y 218.3.º LPL).

El abono de la prestación durante la tramitación del recurso se debe producir tanto si éste fue interpuesto por el condenado al pago como si lo hizo otro denunciado no condenado [aunque el art. 191 LPL lo liga exclusivamente al recurso del condenado al pago, el art. 292 LPL no distingue ni especifica que el recurso lo deba interponer el condenado al abono de la prestación (37)]; razón que igualmente avala la aplicación del artículo 292 en el caso de recurso del demandante al que el fallo reconoce una prestación de Seguridad Social distinta de la solicitada o en cuantía diversa a la postulada. Supuestos estos en que la situación no deja de ser singular ya que, al no recurrir el condenado al pago, no se dispondrá de una consignación del capital-coste de la prestación con lo que, ante el silencio legal, la solución a adoptar en casi todos los casos será la aplicación del artículo 286 LPL para que por la Tesorería se calcule aquél. El pago se deberá producir mientras dure la tramitación del recurso en ambos casos.

La obligación a cargo del sujeto condenado se extenderá tanto cuanto dure el recurso, o hasta que, por cualquier otra circunstancia, la resolución inicial adquiera firmeza, pudiendo surgir problemas en lo referente a la cuantía o la fecha desde la cual se debe producir el pago.

(35) Destinada, según se ha dejado constancia, a satisfacer las más inmediatas necesidades del demandante y su familia una vez que se han visto privados del salario.

(36) Que tiene su paralelo, cuando es la Entidad Gestora la condenada al abono, en la oportuna certificación expedida por aquélla.

(37) ANDINO AXPE, L.: *Ejecución en el orden jurisdiccional laboral*, Granada (Comares), 1992, pág. 372.

En principio, dada la dureza con la que nace esta obligación, parece que el abono de las prestaciones deberá comprender también, en su caso, las revalorizaciones que aquéllas puedan experimentar durante la tramitación del recurso, como consecuencia del nacimiento *ex lege* de la relación de protección (38), ya que en modo alguno se contraría lo ejecutoriado, «por el contrario, se ajusta la ejecutividad de la sentencia a la naturaleza de la obligación documentada en aquélla como título, y se tiene en cuenta el carácter evolutivo de la obligación» (39). Por otra parte, se debe insistir, el abono de la prestación durante la tramitación del recurso lo será «hasta el límite de responsabilidad» del condenado, lo que, a efectos de las Mutuas es trascendente, en tanto, en virtud del reaseguro obligatorio con la Tesorería, la Mutua sólo abonará normalmente el 70% de la prestación (que puede alcanzar el 50% en virtud del reaseguro facultativo y complementario, también de cuota parte, concertado con la TGSS -arts. 213.4 LGSS, 9.3 Decreto 3159/1966, 3 O.M. de 20-4-1961 y O.M. de 27-1-1981-); el 30% restante -reaseguro obligatorio- será a cargo exclusivo de la Tesorería, lo que es importante a efectos del cálculo del capital-coste de la prestación (40).

De otra parte, la Tesorería ha de comenzar el pago desde el momento de la sentencia. Mas puede acaecer que la sentencia se dicte con carácter retroactivo (*v.gr.* desde la fecha de informe-propuesta o desde la fecha de presentación de la demanda), supuesto en el que existe unanimidad al afirmar que el pago procede desde la fecha de la sentencia ya que la propia finalidad de la ejecución provisional busca que la tramitación del recurso no signifique la suspensión de la percepción de subsidios y cantidades que se consideren necesarios para la subsistencia, por ello es el período que comprende la sustanciación del recurso objeto de ejecución (41).

(38) *Contra* ANDINO AXPE, L., *op. cit.*, pág. 375, con apoyo en el tenor de la SCT de 7 de abril de 1988 (Ar. 3069): «no se puede aplicar retroactividad en la transitoria percepción de las prestaciones que se generan *ope legis*, o sea, de oficio por el INSS, pero siempre y cuando concurra en el postulante la condición de pensionista que se produce cuando la invalidez declarada en instancia se consolida en resolución definitiva».

(39) BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALON, J. y FERNANDEZ LOPEZ, M.^a F.: *Instituciones ...*, *cit.*, pág. 608.

(40) No debe olvidarse, de otra parte, que puede ocurrir se produzca una tardanza en el abono de la prestación durante el recurso si es necesario que previamente se capitalice el importe de la prestación; una vez producido dicho cálculo, y consignado su importe en la Tesorería, la duda radica en si con el primer pago se deben abonar los atrasos de las mensualidades devengadas desde la sentencia o debe esperarse a la firmeza para exigir las *ex artículo* 292.2 LPL, pues si el abono únicamente se produce una vez consignado por la Mutua el capital-coste y sólo por la mensualidad en curso sin atrasos, se produce una diferencia de protección en favor del trabajador que tiene sus riesgos profesionales asegurados con el INSS, ya que percibirá la prestación provisional con mayor prontitud que el trabajador asegurado en una Mutua.

(41) SSCT 13 y 15 de mayo de 1985 (Ar. 3126 y 3219).

Si la sentencia confirmase íntegramente el pronunciamiento de instancia, la ejecución provisional devendrá cumplimiento puro y simple de la obligación definitiva y estable (42); si se estima el recurso y se reconoce una prestación superior, el obligado habrá de ingresar en la Tesorería el capital complementario y abonar las diferencias durante la ejecución provisional; si, por el contrario, revocase en todo o en parte la sentencia de instancia, la LPL confirma algo que ya hacía tiempo había afirmado la jurisprudencia (43): el beneficiario no está obligado al reintegro de las prestaciones percibidas, que en modo alguno son indebidas, dada la ejecutividad de la sentencia [y en cualquier caso, añade la LPL, el beneficiario podrá reclamar, por vía de ejecución definitiva, las percepciones que no hubiese recibido aún a la fecha de firmeza de sentencia (44)]; no obstante, la TGSS habrá de reintegrar el capital-coste pero no sus intereses, en tanto se trata de un acto que trae causa en la gestión de una prestación y no de la gestión recaudatoria (45).

Por último, y según ya se ha apuntado, las prestaciones de pago único reciben un tratamiento radicalmente distinto en tanto se satisfacen no a través de la ejecución provisional, no mediante su pago periódico (ya que por definición son cantidades líquidas) sino mediante el anticipo reintegrable que se justifica porque, respecto de ellas, la ejecución provisional puede convertirse en definitiva si la sentencia se ejecuta y no cabe el reintegro de las cantidades percibidas, pues no se trata de una aplicación del artículo 56 LGSS sino de una previsión que trata de propiciar el que las cosas se devuelvan al «ser y estado» en que se encontraban antes de proceder a la ejecución provisional.

(42) De ahí que se afirme por el autor antes señalado que éste es el momento para exigir los atrasos de la pensión producidos desde el hecho causante hasta la fecha de la sentencia, así como el abono de los incrementos y revalorizaciones al haber adquirido el demandante definitivamente la cualidad del pensionista.

El artículo 229 *in fine* LPL 1980 posibilita rectificar cualquier error de cálculo por inexactitud de los ofrecidos, ya sea a favor, ya sea en contra del beneficiario. Rectificación que no se consideraba una *reformatio in peius* al tratarse simplemente de operaciones matemáticas, pero partiendo de los mismos supuestos fácticos y jurídicos (supuestos que actualmente podrían encajar en el art. 144.2 LPL).

(43) Por todas, SCT 16 de julio de 1986 (Ar. 6326).

(44) La justificación del artículo 292.2 *in fine* parece clara: no es sino la consecuencia de la aplicación al caso concreto de la duración del período de ejecución provisional atendiendo a su naturaleza y fines que persigue. Si se trata de garantizar la percepción de las prestaciones durante la tramitación del recurso, éstas son debidas y tienen sentido por sí mismas, porque la revocación del título originario, en el esquema legal, carece de efecto retroactivo alguno (SSCT 29-9-1973 -Ar. 3552 y 3553-), además de que si se acude a la noción de «cobro de lo indebido», consignada en el artículo 1.895 CC, sólo se da la obligación de restituir «cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar» situación que no concurría en aquellos que recibieron las prestaciones en virtud del derecho reconocido por Ley y sólo limitado en el tiempo «durante la sustanciación del recurso». Lo que es más, el beneficiario puede exigir las prestaciones devengadas desde la instancia hasta la fecha de la sentencia de la Sala -o firmeza de Sentencia del Juzgado si termina así la tramitación del recurso, p. ej., por desistimiento- que todavía no hubiese percibido (situación ciertamente singular en tanto se habilita que una persona sin derecho a prestación pueda reclamar a la Tesorería prestaciones no abonadas).

(45) STSJ Andalucía/Sevilla de 15 de abril de 1991, AL, n.º 41, 1991, pág. 2.073. *Contra* STSJ Andalucía/Sevilla de 11 de septiembre de 1989, AL, n.º 47, 1989, págs. 2.746-2.747.

Una jurisprudencia especialmente rica es la que se ha generado en la proyección aplicativa de los postulados legales anteriores, teniendo su exponente más representativo en la generada respecto del artículo 144.3 LGSS relativa a los supuestos en que la calificación en vía administrativa de la incapacidad es corregida a través de sentencia firme reduciendo o anulando la prestación reconocida (46).

Se plantea, en primer lugar, un problema de derecho transitorio derivado de la derogación que de los artículos 93.4 y 143.3 LGSS efectúa la disposición final primera del Real Decreto 2609/1982, de 24 de septiembre, solventado, en uniforme interpretación (47), entendiéndose que tal derogación solamente afecta a la organización y funcionamiento de las suprimidas Comisiones Técnicas Calificadoras para dar paso al nuevo sistema regulado para la evaluación de incapacidades en la vía previa administrativa; pero ha de entenderse que queda incólume la referente a los efectos que han de producir las sentencias firmes que anulen o reduzcan la cuantía de los derechos reconocidos por dicho Servicio Común de la Seguridad Social, hoy sustituido por las Comisiones de Evaluación de Incapacidades y la Delegación Provincial del INSS, y, por tanto, habiendo de reintegrarse a las Mutuas recurrentes la totalidad o parte, según proceda, de las cantidades ingresadas o satisfechas al interesado con cargo al Fondo de Garantía. Ello constituye un trasunto fiel de lo que ya se sostenía en el artículo 65

(46) Incluyendo, por tanto, los supuestos en que se revocan las sentencias de instancia acordadas por Tribunales Superiores y, en tanto ni el Real Decreto de 24 de septiembre de 1982 ni la Orden de 23 de noviembre de 1982 -ni tampoco el antiguo 229 LPL 1980 o el 220 de la actual- prevén nada en contrario, la finalidad parece clara «y no hay razón alguna para desviar de estos preceptos distinguiendo si la disminución del derecho concedido procede de la resolución administrativa o de un examen de dos sentencias del orden jurisdiccional social, máxime si las resoluciones administrativas, aun siendo ejecutivas, pueden impugnarse ante la jurisdicción». *Vid.*, entre otras muchas, SSCT de 22 de octubre 1986 (Ar. 9852) y 3 de marzo de 1989 (Ar. 2282). Dada su expresividad, especialmente interesante, STSJ Madrid de 23 de enero de 1992 (Ar. 487), haciéndose eco de una rica jurisprudencia en tal sentido.

Con apoyo en las SSCT de 21 de marzo de 1983 (Ar. 2299), 2 de julio de 1986 (Ar. 5540) y 8 de abril de 1988 (Ar. 3088), la STSJ País Vasco de 29 de septiembre de 1989 (Ar. 1486) señala que «si tras el reconocimiento que la sentencia de instancia haya efectuado de un grado de invalidez, su fallo es objeto de un recurso extraordinario -privado de alcance suspensivo- cuya resolución anula el beneficio otorgado o reduce su extensión económica, la Entidad Gestora -que abonó las prestaciones percibidas por el presunto invalido mientras aquél se sustanciaban puede deducir su cuantía de la del capital-coste ingresado, a su tiempo, para recurrir y luego restituirlo al recurrente que ejercita con éxito las pretensiones de reforma de la decisión adversa a su interés. Dicho resarcimiento, en cambio, es doble con cargo al Fondo de Garantía cuya gestión se encomendó a los organismos competentes por la disposición transitoria 1.ª del Real Decreto-Ley de 16 de noviembre de 1978 ya que la referencia de la disposición final 1.ª del Real Decreto de 24 de septiembre de 1982 al artículo 144 LGSS no llega al punto de extirpar de su texto un cauce que se considera subsistente».

(47) *Vid.*, como mero -pero significativo- ejemplo de pronunciamientos recientes, STS de 21 de noviembre de 1989 (Ar. 8223); SSCT de 2 de junio (Ar. 5540) y 20 de octubre de 1986 (Ar. 9852), 12 de julio de 1988 (Ar. 5127) y 14 de abril de 1989 (Ar. 2982); SSTSJ Madrid de 17 de enero (Ar. 487) -que utiliza no sólo el argumento de aplicación expresa del precepto de la LGSS sino también la función analógica en base en el artículo 180 LPL 1980-9 de marzo (Ar. 1390), 17 de octubre (Ar. 2759) y 27 de diciembre de 1990 (Ar. 3824); STSJ Asturias de 18 de septiembre de 1991 (Ar. 4863); STSJ País Vasco de 20 de diciembre de 1991 (Ar. 6884). Igualmente se ha asumido por la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social en su Resolución de 23 de diciembre de 1988.

del Decreto de 16 de agosto de 1968 y en el artículo 67.2.3.^a, en relación con el artículo 71.1.^a, ambos de la Orden de 8 de mayo de 1969 -cuyo antecedente inmediato se halla en el art. 177 RAT (48)-, disposiciones que regularon el procedimiento a seguir ante las citadas Comisiones Técnicas Calificadoras, referente a que, si por sentencia firme se anulaban los derechos reconocidos por dichos organismos o se reducía su cuantía, el reintegro a los interesados habría de hacerlo el Fondo de Garantía respecto de todas o parte de las cantidades que se hubieran satisfecho directamente a los beneficiarios o ingresadas con destino a los mismos; de todo lo cual se infiere que el legislador ha pretendido sea el citado Fondo, actualmente encuadrado en el INSS, el que haya de reparar las consecuencias del acuerdo administrativo que por sentencia no se consideró acertado y conforme con la Ley, lo que de suyo supone una normativa especial, en potencia, de prestaciones de la Seguridad Social, que absuelve al trabajador perceptor de la indemnización y condena al INSS al reintegro oportuno a la Mutua (49), si, con propiedad, el organismo condenado habría de ser la TGSS (50).

Solución por demás lógica y justa, ya que al recaer la responsabilidad en un órgano gestionado por el INSS no sólo no se desconocen los derechos de la Mutua, que cumplió el mandato legal de satisfacer la indemnización reconocida en vía administrativa, y por tanto ejecutiva, sino que se protege al trabajador que en el ejercicio de un derecho legalmente reconocido, que en la prestación de pago única ha podido ya consumir, deteriorando gravemente su situación económica si es que fuese solvente (51).

(48) Reproducido en el artículo 144 LSS y, a su vez, en el artículo 144 LGSS 1974, modificado únicamente el punto referente al servicio común responsable de aquellas pensiones ya abonadas al lesionado, ya que el Fondo Compensador había desaparecido y, por ello, encomendado esta pensión al Fondo de Garantía.

(49) SSTSJ Madrid de 1 de diciembre de 1989 (Ar. 3107), 9 de marzo (Ar. 1990) y 27 de diciembre de 1990 (Ar. 3824).

(50) Pues, según el artículo 20.1 b) de la Orden de Invalidez de 15 de abril de 1969, en relación con el artículo 213.3 LGSS, el pago de pensiones por accidente de trabajo habría de efectuarlo el Servicio Común (Fondo de Pensiones) en el que la entidad obligada debía ingresar el capital-coste de la prestación -disp.trans. 5.^a LSS-yuxtaponiendo el Fondo de Pensiones con el de Garantía, que tenía por finalidad sustituir responsabilidades en supuestos de insolvencia.

El Real Decreto 36/1978 extingue el Fondo de Pensiones -disp. final 3.4- y el Fondo de Garantía -disp. final 3.3-, mas las funciones de este último las asume el INSS y las del primero, en el que se constituían los capitales con los que afrontar las pensiones en supuestos de incapacidad derivada de accidente de trabajo, pasan a la TGSS, servicio común con distinta personalidad jurídica a la del INSS, en quien la disposición adicional 2.^a del Real Decreto 36/1978 unifica todos los recursos financieros, teniendo a su cargo la custodia de los fondos, valores y créditos. Si a tal dato se une que el artículo 1.º 1 b) y e) del Real Decreto de 29 de junio de 1984 atribuye a la Tesorería la ordenación de pagos de las obligaciones de Seguridad Social -concretamente a la Subdirección General de Pagos- y que la Resolución de 30 de mayo de 1986 viene a establecer que es a la Tesorería a quien incumbe todo lo relativo a los capitales-coste de renta, no cabe sino deducir que ésta debe ser la obligada a efectuar la devolución. Concluyente al respecto la fundamental STS de 21 de noviembre de 1989 (Ar. 8223). En igual sentido, y entre otras, SCT de 3 de marzo de 1989 (Ar. 2282); SSTSJ Asturias de 15 de diciembre de 1989 (Ar. 1071 y 1072) -resaltando la frecuencia con que ambas entidades «tratan de jugar con cuál sea la condena al reintegro», pronunciándose concluyentemente sobre la atribución legal de responsabilidad a la Tesorería- y 18 de septiembre de 1991 (Ar. 4863).

(51) SCT de 15 de marzo de 1988 (Ar. 2395).

En segundo lugar, y en directa relación con lo anteriormente afirmado, no puede entenderse que el núm. 3 del artículo 144 *in fine* al referirse a la «totalidad o parte, según proceda», únicamente aluda a la parte que queda sin abonar como consecuencia de la revocación de la resolución administrativa, en tanto si, puesto el anterior precepto en relación con el artículo 200 LPL -y su antecedente 229 LPL 1980- (que se refiere a los recursos que «prosperasen en todo o en parte, se devolverá el capital ingresado o la parte sobrante») se comprende que tal mención únicamente se refiere a cantidades provenientes de la desestimación, en una parte, de una pretensión impugnatoria de la resolución administrativa, pero estimada otra y, por tanto, a la parte sobrante que es la que se devuelve, pero no en el caso en que se estime en su totalidad el recurso, pues para ello se encuentra precisamente el Fondo de Garantía. En caso contrario se estaría cargando sobre la Mutua la responsabilidad de una prestación que no fue ajustada a Derecho y que fue revocada por el órgano jurisdiccional social *ad quem* (52).

En tercer lugar, no cabe reconocer derecho al percibo de los intereses devengados por el capital-coste cuyo reintegro se concede, ni siquiera invocando la infracción de los artículos 1.895 y 1.896 CC -normas referidas al cuasi-contrato de pago o cobro de lo indebido-, pues, en primer término, la consignación del capital es consecuencia de una previa obligación legal y, por tanto, nacida de una fuente diversa de la del cuasi-contrato; y, en segundo, porque el derecho a los intereses que establece el aludido artículo 1.896 CC procede cuando el que recibe el pago actúa de mala fe, algo que normalmente no concurre -en todo caso habrá de acreditarse en el caso en concreto- en la actuación de la TGSS (53).

(52) STSJ País Vasco de 20 de diciembre de 1991 (Ar. 6885). En definitiva, ya el artículo 136 RAT establecía expresamente la ausencia de detracción alguna en el capital-coste de renta a devolver por el concepto de rentas abonadas al beneficiario durante la sustanciación del recurso, cuyo pago no imputa a la aseguradora sino al INSS -que asumió las funciones del extinto Fondo de Compensaciones- y a la TGSS, al venir atribuida a la misma, por el artículo 1.1 b) Real Decreto de 20 de junio de 1984, la ordenación de pagos de la Seguridad Social, como servicio común con personalidad jurídica distinta del INSS, en quien la disposición adicional 2.ª del Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, que unifica todos los recursos financieros teniendo a su cargo la custodia de fondos, valores y créditos (STSJ Asturias 18-9-1991).

En todo caso, la disyuntiva que el artículo 229 LPL 1980 proponía -y mantiene el art. 200 LPL- debe ser interpretada en una correspondencia obvia: si el recurso prospera íntegramente se devuelve el capital ingresado (esto es, sin minoración alguna) y si sólo obtiene éxito en parte se restituye la proporción de capital sobrante. Ni este precepto ni otro alguno autorizan a que el capital constituido sea devuelto sólo en parte cuando el recurso interpuesto por quien haya de constituirlo haya sido totalmente estimado. Aunque basta y obliga su clara interpretación literal cabe hacer notar, como fundamento lógico del criterio legal, la improcedencia de entender consumido el capital consignado en la cuantía equivalente a las mensualidades abonadas durante la tramitación del recurso, abstracción hecha del rendimiento propio del capital, consecuentemente a su adecuada inversión, cuya obvia circunstancia conduce a entender ilógico que las pensiones se satisfagan mediante detracción pura y simple del principal constituido como capital importe de la pensión -según expresión que, para efectuar su cálculo, utilizaba el art. 180 LPL 1980-.

(53) STSJ Asturias de 15 de diciembre de 1989 (Ar. 1072).

En cuarto lugar, y por si duda hubiere, nunca podrá acogerse la excepción de incompetencia de jurisdicción frecuentemente planteada por las partes (54), que, estimando la cuestión litigiosa sometida al poder de la TGSS (ya que la misma tiene a su cargo la recaudación de cuotas de la Seguridad Social), resaltando también se trata de capital-coste para satisfacer rentas por prestaciones, y concretando que los actos de impugnación son recurribles ante la propia TGSS, concluyen que debe seguirse el trámite de un recurso ordinario (a tenor del nuevo art. 114 LRAPA) o una reclamación económico-administrativa. Tesis que no puede compartirse en tanto cabe distinguir, a los efectos de gestión recaudatoria, entre los que se refieren a la recaudación de cuotas y otros recursos distintos, de los que, como el presente, constituye una cuestión litigiosa en materia de Seguridad Social, siendo los primeros los únicos a los que se refiere la exclusión del orden social de la jurisdicción recogido en el artículo 3 b) LPL; por lo que, en cuanto la acción no versa sobre actos de contenido recaudatorio sino sobre la gestión de la cobertura ordinaria en su día arbitrada de acuerdo con el régimen legal vigente, para garantizar la pensión cuyo mérito tenía aún contenido eventual -en virtud de la definición jurisdiccional pendiente sobre la contingencia causal-, sobre la responsabilidad referente al abono de unas prestaciones y su cuantía, es claro se trata de una cuestión litigiosa en materia de Seguridad Social incluida en las competencias del orden social a que se refiere el artículo 2 b) LPL (55).

Tampoco puede prosperar la pretensión anterior sobre la base de la obtención por la TGSS de un enriquecimiento injustificado. Tal figura carece, efectivamente, de un tratamiento unitario en el Ordenamiento jurídico y es construida por la jurisprudencia a partir de la consideración del principio general del derecho relativo a la prohibición de que alguien pueda enriquecerse en perjuicio de otro, precisando para su efectividad de los siguientes requisitos (56):

(54) Al amparo siempre de los artículos 553.1.ª LEC en relación con el artículo 16.1 de la Ley 40/1980, de 5 de julio, de Inspección y Recaudación de la Seguridad Social; y artículos 185 y 188 del Reglamento General de Recaudación, de 7 de marzo de 1986.

(55) *Vid.*, entre otras muchas, STS de 20 de julio 1990 (Ar. 6444); SSTSJ Madrid de 17 de enero, 17 de octubre y 27 de diciembre de 1990 (Ar. 487, 2762 y 3824), 8 de enero y 3 de marzo de 1991 (Ar. 405 y 1578); SSTSJ Asturias de 10 de julio y 18 de septiembre de 1991 (Ar. 4339 y 4863); STSJ País Vasco de 20 de diciembre de 1991 (Ar. 6884).

Inciendiando en el ya ponderado criterio -coincidente, además, con la exigencia elemental al contenido esencial que garantiza el art. 24.1 CE- en cuya virtud, si el caso litigioso implica operaciones dirigidas a determinar la existencia o atribución de un derecho de crédito ejercitable por la Administración Pública de la Seguridad Social, no se da la hipótesis de *gestión recaudatoria*, ni la consiguiente impugnabilidad en vía contencioso-administrativa del acto que la desencadena, sino que incumbe a los órganos del orden social de la jurisdicción entender de un real *pleito sobre Seguridad Social* en que dicha controversia se ha visto plasmada. A nivel puramente ejemplificativo, *vid.* SST de 21 de octubre y 23 de noviembre de 1987 (Ar. 6220, 6800); SSTSJ País Vasco de 28 de julio y 29 de septiembre de 1989 (Ar. 1454 y 1486); SSTSJ Madrid de 1 de diciembre de 1989 (Ar. 3107), 26 de septiembre y 27 de diciembre de 1990 (Ar. 2285 y 3824); STSJ Asturias de 10 de julio de 1991 (Ar. 4339).

Sobre el plazo de prescripción juegan, por tanto, las reglas generales, STSJ Castilla-León/Valladolid, de 16 de julio de 1990 (Ar. 3380).

(56) Por todas, STS, S. 1.ª, de 13 de diciembre de 1991 (Ar. 9002).

- a) Enriquecimiento por parte de los intervinientes en el acto del contrato.
- b) Correlativo empobrecimiento para la otra parte.
- c) Ausencia de causa justificada del empobrecimiento.
- d) Inexistencia de disposición normativa que excluya ese enriquecimiento.

En la medida en que la disponibilidad por la TGSS de la cantidad ingresada tiene una justificación legal, se crea *ex lege* un derecho subjetivo a favor de la Mutua en contra del organismo obligado en funciones de caja única de la Seguridad Social, con lo que se advierte no se cumplen aquellos requisitos ni es admisible invocar la equidad para la exigencia de un tipo de interés no regulado en norma alguna (57).

(57) Sobre tales razonamientos, por extenso, STSJ Madrid de 24 de abril de 1992 (Ar. 2160). *Vid.*, igualmente, STS de 11 de abril de 1990 (Ar. 3464).

Como señala con claridad meridiana la STSJ Madrid de 27 de abril de 1992 (Ar. 2165) «no deben confundirse los intereses de capitalización fijados en el artículo 169 RAT y mantenidos en los artículos 5 del Real Decreto de 22 de abril de 1976, 86 y 87 del Real Decreto 716/1986 y en el 91 de su Orden de desarrollo, que deben ser reintegrados con los intereses que deba pagar la TGSS de sus deudas pendientes, con los intereses de 3,5% anual de la suma consignada, desde la consignación hasta que se devolvió la parte no consumada, a los cuales no se tiene derecho, pues la devolución afecta a la suma ingresada más el interés del 3,5% en la forma calculada -ya que "en cuanto han sido abonadas en su totalidad por la Mutua que cubría el seguro de la patronal ... justo es, en una función de equidad y respeto del ordenamiento y seguridad jurídicos, plasmado en el art. 9 CE, sean restituidos, por supuesto, en ese 3,5% durante el período en que indebidamente se ha tenido y dispuesto de la cantidad depositada"- sin que, a su vez, caso de devolución haya de restituir intereses del 3,5% de la totalidad de lo ingresado, incluido el 3,5% de interés mencionado».

Ahora bien, si existe resolución jurisdiccional que impone devolución de lo ingresado, se crea una situación a la que es aplicable el artículo 921 LEC, en cuyo párrafo final se remite a la Ley General Presupuestaria, regulando este punto los artículos 44 y 45 de la misma, siendo criterio consolidado que, desde el momento de la notificación de esta resolución, por ser en ella donde se resuelve definitivamente la pretensión correspondiente, es cuando se establece la viabilidad de los intereses, siempre que transcurran tres meses sin hacer pago de la deuda y se reclame por la parte actora (SSTS 10-3-1986 -Ar. 1289 y 1986- y STSJ Madrid 5-3-1990 -Ar. 1362-).

Sobre la inaplicabilidad a este supuesto de los artículos 1.895 y 1.896 CC, STSJ Asturias de 15 de diciembre de 1989 (Ar. 1072).

Debe considerarse, por último, que la inaplicación del artículo 921 LEC no puede basarse, respecto a las prestaciones de Seguridad Social consistentes en una cantidad de pago único, en la posibilidad que para la ejecución provisional prevé el artículo 293 LPL, toda vez que la posible existencia de recurso -de suplicación- que pudiera interponer la Mutua implica la subsistencia de una duda razonable sobre la legitimidad en Derecho de la prestación reconocida en la instancia, de manera tal que una parcial o total estimación del recurso generaría los efectos previstos en el artículo 290 LPL, por lo que al beneficiario asiste la posibilidad pero no la obligación de instar la ejecución provisional y, en todo caso, el derecho a no solicitar la ejecución de sentencia en tanto ésta no sea firme. Conclusión que en absoluto queda desvirtuada por la obligación legal (art. 191.2 LPL) de efectuar el ingreso en la TGSS del capital importe de la prestación inicialmente reconocida como requisito previo a la tramitación del recurso *al objeto de pagar al beneficiario aquella durante la sustanciación del recurso*, pues tal imposición constituye, para las prestaciones periódicas, el mecanismo para el comienzo de su abono en satisfactoria

No puede entenderse, sin embargo, que el artículo 144.3 LGSS haya derogado el artículo 136 RAT, pues en tanto el primero -según se ha visto- se refiere literalmente a las sentencias firmes que anulen los derechos reconocidos o reduzcan la cuantía de los mismos, en la vía administrativa, en cuyo caso el recurrente tendría derecho a percibir la devolución total o parcial de las cantidades ingresadas o satisfechas al interesado, el segundo -aunque anterior en el tiempo- se refiere precisamente al supuesto no previsto en el citado precepto de la LGSS, esto es, el reconocimiento por parte de órganos judiciales de prestaciones que posteriormente son revocadas por otra sentencia (58).

Por consiguiente, subsistirá el derecho a la devolución -total o parcial- de capital ingresado por la Mutua, conclusión que encuentra un apoyo decidido en el artículo 191.2 LPL, al establecer que el condenado al pago en la prestación reconocida al trabajador (en el caso la Mutua, como subrogada en la posición de la empresa al corriente de sus obligaciones aseguradoras) habrá de ingresar el capital importe de la prestación en la TGSS para poder recurrir en suplicación, requisito este del que sólo se exime -art. 191.4- a la Entidad Gestora. Por consiguiente, cuando el artículo 200 LPL establece que la revocación total de la sentencia de instancia conllevará la devolución de las consignaciones y la cancelación de los aseguramientos que hubieron de hacerse para recurrir, la Mutua recurrente se beneficiará de tal previsión legal (59). No se trata de una situación de desigualdad ni de privilegio de la entidad colaboradora ni tampoco de una responsabilidad estatal derivada de un anormal funcionamiento de los órganos judiciales, sino de una regulación legal que establece una solución al problema de la cobertura en favor del trabajador o los derechohabientes durante el tiempo que dure la resolución definitiva del conflicto judicial; cobertura que se materializa esencialmente en el carácter ejecutivo de las sentencias condenatorias al pago periódico de Seguridad Social -art. 292.1- y en la exención del beneficiario de la obligación de reintegrar las cantidades percibidas

respuesta a las necesidades de subsistencia que las justifica, y para las prestaciones de pago único un sistema de aseguramiento en favor del trabajador y demás personas protegidas. Precisamente de las afirmaciones anteriores se desprende la existencia (persistencia) posible en el caso concreto de un supuesto en que permanezca inalterada la finalidad del artículo 921 LEC: compensar al beneficiario de los perjuicios causados por la dilación en el percibo de lo recibido en instancia, como consecuencia de la interposición de un recurso por la parte demandada, precisamente cuando la consignación efectuada por la Mutua para recurrir no conllevó el percibo de la indemnización en favor del trabajador, habiendo de entender que aquélla genera los intereses previstos por el aludido precepto (STSJ País Vasco 24-7-1992).

(58) La circunstancia de que el precepto de 1956 aluda a organismos actualmente desaparecidos, debe insistirse, no conlleva repercusión alguna porque su extinción no obedeció a la supresión de los servicios que prestaban dentro del sistema de Seguridad Social, sino a la nueva organización de ésta, asumiendo las Entidades Gestoras y Servicios Comunes actuales las funciones de los organismos citados por la disposición final 1.ª del Real Decreto 36/1978.

(59) AVILA ROMERO, M., RODRIGUEZ SANTOS, B. y CEBRIAN BADIA, F.: «Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral», Tomo III. Valladolid (Lex Nova), 1991, págs. 529-530.

durante la ejecución provisional (art. 292.2) que, configurada de aquella forma, se produce *ex lege*, sin necesidad de que lo reclame el interesado. Si el conjunto normativo citado contempla la posibilidad de devolución a la Mutua, la única conclusión posible es -de nuevo- que la TGSS habrá de soportar la carga económica que representa la regulación actual, en tanto sucesora del Fondo de Compensación (60).

Por si alguna duda hubiese (61), los Tribunales han dejado claro que no se infringen ni los artículos 151 y 153 RAT ni el 213 LGSS si, en el supuesto de que el trabajador que tiene reconocida una prestación de pago periódico derivada de accidente de trabajo y se jubila, la entidad aseguradora que pagó el capital-coste de la renta reclama el derecho a que se le devuelva el sobrante (62), pues precisamente la aplicación analógica del artículo 15 RAT permite deducir que la circunstancia de que dicho precepto, así como el artículo 153 del propio texto, sólo hayan previsto la devolución del capital sobrante cuando, a consecuencia de la revisión, resulte modificada la renta o suprimida por modificación de las condiciones que determinaron su constitución, ello no puede entenderse como motivo impeditivo, antes bien, razón suficiente para reconocer igual derecho a quien, por haberse extinguido la obligación de satisfacer una pensión, justifica su reclamación de reintegro de un capital que fue constituido con el fin específico de asegurar el pago de una determinada prestación vitalicia mediante el sistema de financiación previsto en los artículos 52 y 213 LGSS, cuyo capital montante se estableció en función de unos índices o tablas de mortalidad que, por las circunstancias del trabajador afectado -y su opción por la pensión de jubilación-, han dejado de ser aplicables, generando, por consiguiente, la obligación de restitución del correspondiente capital en favor de quien lo impuso.

No puede contradecirse el anterior argumento sobre el pretendido obstáculo de los artículos 145 LGSS y 40 g) de la Orden de 15 de abril de 1969, que únicamente contemplan el supuesto de revisión de la invalidez permanente y modificación de las prestaciones económicas originando las oportunas compensaciones, ingresos o devoluciones entre el correspondiente Servicio Común de la Seguridad Social y las Mutuas y guarda silencio respecto del

(60) STSJ País Vasco de 29 de noviembre de 1991 (Ar. 6240). *Contra* STSJ Madrid de 8 y 23 de enero (Ar. 405 y 481) y 20 de marzo de 1992 (Ar. 1578 y 1631) para la cual la finalidad de los artículos 200 LPL y de su antecedente, el artículo 229 LPL es justamente la contraria «y no hay razón alguna para desviar los fines de estos preceptos distinguiendo si la disminución del derecho concedido procede de una resolución administrativa o del examen de dos sentencias del orden jurisdiccional social, máxime si las resoluciones administrativas de las Entidades Gestoras, aun siendo ejecutivas, pueden impugnarse ante la jurisdicción (art. 9.1 R.D. 24-9-1982). Sobre la aplicación analógica del artículo 180 LPL 1980, por todas, SSTSJ Madrid de 3 de mayo de 1990 (Ar. 1852, 1853).

(61) Y prueba de ello son pronunciamientos aún recientes, como el contenido en la SCT de 26 de abril de 1988 (Ar. 3227).

(62) SSTS de 20 de enero de 1983 (Ar. 108) y 4 de febrero de 1985 (Ar. 595).

supuesto que se analiza, pero ello no impide la aplicación de los mismos dada su analogía con los supuestos regulados en aquellos preceptos, de conformidad con el principio de que donde la razón es la misma, idéntica debe ser la regla de derecho, o del artículo 4.1 CC, el cual prevé que procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón (63).

Idéntica tesis favorable al reintegro, en este caso a cargo del trabajador, debe sostenerse en el supuesto de que la Mutua hubiere consignado el oportuno capital con que afrontar una pensión determinada y se acreditase convenientemente que el trabajador en el tiempo en que estuvo cobrando aquel subsidio percibió además, por estar trabajando, determinados salarios [emolumentos que, a todas luces, resultan incompatibles con aquéllos, en tanto la finalidad del subsidio o pensión es suplir precisamente la falta de tales percepciones, evitando que durante el período de su abono quede privado el trabajador de medios económicos con que subsistir y, por tanto, al simultanear aquél el trabajo con la prestación no cabe sino considerar que ha incurrido en un enriquecimiento injusto, y, por ende, en un cobro indebido al que le es aplicable el artículo 56.1 LGSS, del que debe ser resarcida la entidad aseguradora (64)]. Reintegro que igualmente debe efectuar si el trabajador hubiese percibido una indemnización a tanto alzado por invalidez permanente parcial -o, en un caso de más difícil acaecer, de lesión permanente calificada inicialmente como no invalidante- y ulteriormente se revocase la resolución inicial reconociendo una invalidez permanente total, en tanto, tratándose de una prestación de Seguridad Social la percibida, vendrá obligado aquél a devolver su importe al ente colaborador (art. 56.1 en relación con el art. 202.1 LGSS), pues, caso contrario, incurrirá en una incompatible duplicidad de prestaciones expresiva, de nuevo, de un enriquecimiento injusto, que el derecho prohíbe, además de no corresponderse solución diferente con lo dispuesto en el artículo 21 e) del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, ni con la Orden Ministerial de 15 de abril de 1969 (art. 40), la cual establece que no se comenzará a percibir la prestación periódica hasta que «se haya deducido de la misma el importe correspondiente a las mensualidades de la cantidad alzada percibida que excedan de las transcurridas desde que se reconoció el derecho a ello» (65).

(63) SCT de 4 de febrero de 1985.

(64) STSJ Andalucía/Granada de 18 de septiembre de 1991 (Ar. 1989).

(65) STSJ Cataluña de 8 de enero de 1992 (Ar. 260). Supuesto obviamente distinto del contemplado en los supuestos de enfermedades intercurrentes recogidos en el artículo 84 LGSS, en el que el suceso básico ha sido el determinante de la calificación de accidente laboral y de la graduación de la invalidez, resultando afectadas las enfermedades padecidas por el hecho intercurrente, apareciendo así la figura del apartado f) del núm. 2 del artículo antecitado. Por todas, STS 11 de abril de 1990 (Ar. 3465).

Debe tenerse presente, por lo demás, que la extensión del anticipo reintegrable a las prestaciones a tanto alzado corrigió el tradicional inconveniente -hoy subsanado por el art. 293 LPL- de no admisión de la ejecución provisional en estos casos por no tratarse de prestaciones de pago periódico.

Obvio resulta igualmente que la modificación operada por el Tribunal Superior de la inicial calificación efectuada en instancia -o de la administrativa que se corrige judicialmente- acerca de la causa que motiva la incapacidad, negando su carácter profesional, origina la necesaria devolución del capital-coste depositado para hacer frente a una contingencia que, si proveniente de causa común, es asegurada no por la Mutua sino por el INSS (66). Conclusión que debe extenderse a aquellos casos en que se valora la responsabilidad de la nueva situación física del inválido, determinante de un nuevo grado de invalidez, si las secuelas sobrevenidas con posterioridad al accidente de trabajo derivan no de las lesiones traumáticas por aquél originadas sino de enfermedad común distinta, debiendo procederse a deslindar adecuadamente las responsabilidades imputables al accidente profesional y entidades a las que correspondiese cubrirlas, y las correspondientes a la enfermedad común y entidades sobre las que pesa tal cobertura (67).

Con reiterada insistencia se ha invocado por las Mutuas, al amparo de los artículos 145 LSS, 151 RAT y 40 g) Orden de 15 de abril de 1969 y de la Resolución DGSS, de 20 de febrero de 1971, infracción en los pronunciamientos jurisprudenciales que niegan la posibilidad de aplicar el remanente del capital-coste en su día constituido por la Mutua para atender el pago de la renta derivada de invalidez permanente absoluta o gran invalidez, para atender la subsiguiente pensión de viudedad u orfandad (68) originada por el fallecimiento del inválido. La solicitud de reintegro se ha negado (69) a partir de una adecuada valoración de las siguientes circunstancias:

1.º La concatenación de hechos (invalidez permanente absoluta o gran invalidez, fallecimiento del trabajador que sufrió el accidente de trabajo) no puede desconocer que la muerte tiene su origen en la misma causa, y que la pensión de viudedad originada no se debe a revisión de la situación anterior ni a conversión de la misma (70), sino que lo que realmente se

(66) STSJ Madrid de 13 de diciembre de 1990 (Ar. 3807).

(67) STSJ Madrid de 26 de febrero de 1990 (Ar. 1024).

(68) Extensión lógica a esta última en SCT 9 de enero de 1987 (Ar. 312).

(69) *Vid.* entre otras muchas, SSTS de 25 y 28 de junio de 1985 (Ar. 3461, 3492), 24 de marzo y 25 de junio de 1986 (Ar. 1505 y 3738), 14 de mayo de 1987 (Ar. 3713), 11 de diciembre de 1989 (Ar. 8951); SSCT de 9 de febrero de 1974 (Ar. 454), 20 de diciembre de 1983, 7 de marzo, 28 de mayo, 24 de junio, 20 y 27 de noviembre de 1984 (Ar. 2204, 4670, 5130, 8818 y 8996), 28 de febrero de 1986 (Ar. 1070), 23 de febrero y 6 de abril de 1988 (Ar. 1751, 43061), 9 de marzo de 1989 (Ar. 2328) (y las en ella citadas); SSTSJ Madrid de 26 de febrero, 10 de diciembre de 1990 (Ar. 1020 y 3788), o las sumamente ilustrativas STSJ Navarra de 6 de mayo de 1992 (Ar. 2644) y STSJ Cantabria de 8 de mayo 1992 (Ar. 2785).

(70) Doctrina que ya sientan las SSTS de 2 de noviembre 1969 (Ar. 5549), 3 y 24 de marzo, 1 de abril y 17 de mayo de 1971 (Ar. 1355, 1873, 1385 y 2050). *Vid.*, recientemente, STS de 11 de diciembre de 1989, *AL*, n.º 17, 1990, pág. 687.

produce es la extinción de la primera pensión y el nacimiento de una nueva (71), tratándose de dos riesgos distintos -la incapacidad para el trabajo y la contingencia de muerte y supervivencia- con protección separada e independiente en cuanto a su cobertura (72).

2.º El artículo 151 RAT, que se invoca como apoyo de una pretensión devolutiva, no puede resultar aplicable en tanto únicamente alude a las revisiones en sentido estricto, entendiéndose por tales aquellas susceptibles de provocar una variación de la renta (73), algo que no acaece en el presente supuesto por lo que, ni aun entendiéndose aquel artículo 151 RAT en el sentido aludido, cabría encajar tal supuesto en el artículo 158.2 LGSS, pues la finalidad expresa para la que ha sido redactado tal precepto no es sino la de reputar, sea cual fuere la verdadera causa del fallecimiento, como de derecho muerto a consecuencia de accidente de trabajo o de enfermedad profesional al trabajador afectado, por una u otra causa, de invalidez permanente en grado de absoluta o de gran invalidez, con el objeto de que sus familiares tengan derecho a pensión aunque el extinto no hubiera cubierto el período de carencia exigido y para que cobren la indemnización que a tanto alzado les concede el artículo 157.2 LGSS, equiparándolas, de esta forma, al supuesto de que el óbito se produzca en el momento del accidente o de haber contraído la enfermedad profesional (74). En consecuencia, no resultan de aplicación ni el artículo 145 LSS ni la Orden de 1969, y no lo son porque, como se ha afir-

(71) Entre otras, STS de 25 de junio de 1986; SSCT de 7 de marzo y 8 de junio de 1984 (Ar. 2204 y 5130), 20 de febrero de 1986 (Ar. 1069 y 1070), 9 de marzo de 1989 (Ar. 2328).

(72) STSJ Cantabria de 18 de mayo de 1992 (Ar. 2784). En cualquier caso la competencia para su conocimiento no puede alterarse en base a la consideración del primer acto administrativo como de fijación, STSJ Madrid de 18 de enero de 1990 (Ar. 491).

(73) Según demuestra fehacientemente el contenido de los artículos 21 g) Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, y 50 g) Orden Ministerial de 15 de abril de 1969, los cuales prevén, al igual que el mencionado artículo del RAT, que la modificación de las pensiones, cantidades alzadas o indemnizaciones darían lugar a las oportunas compensaciones, ingresos o devoluciones, tesis continuada tanto por el artículo 145 LSS como por el propio artículo 145 LGSS (*vid.* art. 1 R.D. 1071/1984, de 18 de mayo), siempre considerando que, ante la derogación del artículo 19 Decreto 3158/1966 y la falta de vigencia del artículo 38 Orden 15 de abril de 1989, «la solicitud de revisión por parte del beneficiario se podrá efectuar en cualquier momento» -SSTS 24 de julio (6411) y 26 de septiembre (6480) de 1991- en tanto no califican el supuesto de muerte y, consiguientemente, causación de pensión de viudedad, como un supuesto de revisión.

En relación con el artículo 151 RAT es de advertir, además, que de su tenor se deduce es aplicable a las revisiones de invalidez que determinan el grado de invalidez para el beneficiario y que, adicionalmente, su último párrafo establece derecho del trabajador a que se le siga abonando la renta hasta que recaiga sentencia firme, con lo que se viene a excluir a otros familiares beneficiarios por muerte distintos del trabajador (STS 25-6-1986 -Ar. 3738-).

(74) STS de 28 de junio de 1985 (AL 1985-4, 291). SSCT de 28 de mayo de 1984, 20 de febrero de 1986. En definitiva, y como sienta la ya citada SCT de 7 de marzo de 1984, «no existe precepto legal que de manera expresa determine que por el nacimiento de tal pensión de viudedad haya lugar a verificar suplementos o devoluciones del capital-coste».

mado, ni en dichos preceptos se encuentra regulada la revisión por muerte (75), ni se produce enriquecimiento sin causa de la TGSS en perjuicio de Mutua Patronal, al no existir un patrimonio de ésta -salvo el patrimonio histórico- distinto al de la Seguridad Social, por lo que se encuentran compensadas, en el marco de una relación de aseguramiento social, las situaciones de larga supervivencia con las de pronta extinción del derecho a la pensión (76).

3.º Las consideraciones anteriores permiten deducir que la capitalización inicialmente efectuada para atender la pensión de invalidez permanente absoluta o gran invalidez derivada de accidente de trabajo es parte de la misma relación de Seguridad Social que se extiende a la pensión de viudedad, lo que quiere decir que ha de ser tenida en cuenta cuando se trata de proteger esta ulterior contingencia y, en consecuencia, únicamente habrá que suplementar aquel capital si no existiese remanente o el que quede no sea suficiente para cubrir la nueva contingencia (77), en tanto no habrá lugar a la devolución del capital-coste de la pensión de invalidez por fallecimiento de su titular tanto si éste es causante de una prestación derivada de su muerte como si no existiese derecho a esa prestación, pues, en este último supuesto, si hubiere diferencia o remanente entre el capital que en su día se constituyó y las pensiones abonadas, el saldo primitivo irá a compensar aquellos supuestos en que sucede lo contrario (78).

(75) No debe olvidarse que la causación de tal pensión y su declaración legal (que se menciona también en el Reglamento de muerte y supervivencia de 13-2-1967 -art. 2-) determinan, según disponen sus artículos 30 y 31, que el reconocimiento sea a cargo del ente que cubría el accidente de trabajo, que además es responsable del pago de las prestaciones (SCT 4-12-1984. *La Ley* 1985-I, 808), habiendo de verificar la oportuna capitalización en el correspondiente Servicio Común -art. 213 LGSS-, en cuyo momento, y ante el silencio legal, las consecuencias de la situación vienen determinadas por aplicación de los criterios comunes, uno de los cuales es que la cobertura de la nueva pensión de viudedad con la causa mencionada no es sino una desviación de las consecuencias del accidente originario, cuya cobertura, y sin limitación según las modalidades de hecho, corren a su cargo [vid. SCT 7-3-1984. Sobre el valor de la mención contenida en la disp. trans. 1.ª regla 2.ª LGSS, STS 9-2-1974 (Ar. 454) o 14-5-1987 (Ar. 3713)]. Concluyente, SCT de 23 de febrero de 1988 (Ar. 1757): «el reconocimiento de estas prestaciones ha de hacerse por la misma entidad que cubrió las consecuencias del accidente laboral, lo cual viene a constituir una dimensión del propio siniestro, lo que permite deducir que la constitución del primitivo depósito del capital-coste de renta sirve para cubrir las prestaciones subsiguientes de viudedad y orfandad, porque forman parte de la cobertura de una misma relación de Seguridad Social».

(76) STSJ Cantabria de 8 de mayo de 1992.

(77) SCT de 4 de diciembre de 1984, haciéndose eco de una doctrina que se consolida en las SSTs de 13 y 27 de noviembre de 1984. Vid. igualmente SSCT de 9 de enero de 1987 y 23 de febrero de 1988; STSJ Andalucía/Granada de 4 de febrero de 1992 (Ar. 667).

(78) Y en tal caso no puede ser admitida una equiparación de situaciones con los supuestos previstos en la derogada legislación, pues se parte de eventos rechazados expresamente por la jurisprudencia en tanto se niega la conversión de pensiones, afirmándose, por contra, la extinción de la primitiva prestación y el nacimiento de una nueva, la de viudedad, con distinto beneficiario, que en modo alguno justifica la aplicación del artículo 145 LSS, la reconversión del capital y el reintegro de la diferencia resultante. En tal sentido cabe reproducir las conclusiones de la jurisprudencia citada.

El aparente efecto desfavorable que en estos casos se produce no es sino una manifestación más del elemento aleatorio presente en todo contrato de seguro singularmente considerado (79). Los capitales-coste de las prestaciones se fijan con arreglo a previsiones generales de base estadística, procedimiento que se asume comúnmente y calificado como «no rechazable ni corregible» por el, desde un principio casi cierto, incumplimiento de tales previsiones en un caso concreto. De lo contrario podría acaecer que cuando el pensionista sobreviviera por encima del tiempo calculado, agotando el capital, la Mutua debería depositar el capital suplementario correspondiente, algo que, valorando lo reseñado, tampoco sucede (80).

No cabe duda, en definitiva, que siendo la solidaridad principio inspirador de la Seguridad Social (81) y constituyéndose capitales en función de la edad de los beneficiarios según cálculos actuariales y tablas de mortandad, no cabe pretender devolución de capitales por un fallecimiento anterior a la previsión, ni tampoco procedería suplementar dichos capitales con motivo de una supervivencia por encima del cálculo (82).

3. Problemas derivados de la negativa de la Mutua a reconocer la naturaleza profesional de un accidente o enfermedad. Especial atención al supuesto en que acaece el fallecimiento del trabajador.

El vacío normativo provocado por la inexistente atribución de competencias al INSS para que aclare en vía administrativa la naturaleza profesional de una contingencia asegurada por Mutua (y, en consecuencia, la correspondiente responsabilidad) ciertamente extraño cuando corresponde al MTS la facultad de dirección, vigilancia y tutela sobre las

(79) Aleatoriedad del contrato de seguro que se manifiesta en el de trabajo en un doble plano: en primer lugar, en cuanto a la producción o no del evento cuyo riesgo es objeto de aseguramiento; en segundo lugar, en cuanto a si los pagos exceden o no del capital-coste constituido. Por ello, la pretensión de que el capital-coste de la pensión de viudedad se impute al capital-coste de la pensión de invalidez pugna con la naturaleza de ese contrato de seguro entre las empresas y las Mutuas en el aseguramiento de los accidentes de trabajo, en tanto, cabe insistir, se trata de dos riesgos distintos, de forma que, producido cualquiera de ellos, se pone en marcha el mecanismo del seguro y se otorga la correspondiente protección, separada e independiente en cuanto a su cobertura (STSJ Madrid 20-12-1989 -Ar. 3153-, citando la SCT 20-2-1986 -Ar. 1069-).

De ahí que no sean de aplicación ni el artículo 151 ni el 153 LSS, pues, si bien el primero trata de la devolución del capital, solamente se refiere al supuesto solo cuando se revisa la invalidez permanente y se modifica la renta; en tanto que el segundo se refiere a la constitución de rentas para los derechohabientes, sin mencionar la devolución del capital constituido para garantizar la renta o pensión del inválido cuando éste fallece, aludiendo únicamente el párrafo tercero a la devolución del capital restante entregado para constituir la pensión de viuda cuando ésta contraiga nuevo matrimonio y no existan otros descendientes.

(80) STSJ Madrid de 3 de mayo de 1990 (Ar. 1855). STSJ Cantabria de 8 de mayo de 1992.

(81) Argumento básico en la STS de 11 de diciembre de 1989.

(82) STS de 25 de junio de 1986, STSJ Navarra de 6 de mayo de 1992 (Ar. 2644).

Mutuas (83), se constituye en causa directa de una posición jurídica harto difícil para el beneficiario de las prestaciones a abonar por las Mutuas, en el caso de fallecimiento de un trabajador por causa de accidente de trabajo (84) si aquélla se niega a reconocer el carácter profesional del acaecimiento. Así, si decide recurrir la resolución de la Mutua ante la Jurisdicción Social, se encontrará privado de prestación alguna en tanto se produzca el pronunciamiento de los Tribunales [algo que puede demorarse, con el riesgo adicional derivado de un eventual pronunciamiento favorable a la entidad colaboradora que forzará una repetición en la solicitud de la correspondiente prestación al INSS, no pudiendo descartarse la aplicación del artículo 54 LGSS -en relación con los arts. 156 y 165 (85)- y, por tanto, que el transcurso del plazo de tres meses desde el fallecimiento del causante limite la retroactividad de la resolución de la Entidad Gestora en sus efectos económicos al antecitado término -a computar desde la fecha en que se hubiese instado la nueva solicitud (86)-].

(83) Artículo 205 LGSS, y su desarrollo en artículo 2 Real Decreto 1509/1976, de 21 de mayo. Laguna que podría ser integrada a través de la generalización para todas las prestaciones de las atribuciones que en este sentido tiene en la actualidad el mencionado INSS de acuerdo con el artículo 2.1 e) Real Decreto 2609/1982, de 24 de septiembre, por el que se otorgan competencias al INSS como consecuencia de la desaparición de las Comisiones Técnicas Calificadoras. Pasividad que aún es más extraña si se contrasta la detallada actuación que debe llevar a cabo la Inspección de Trabajo y Seguridad Social cada vez que se produce un fallecimiento por accidente de trabajo (art. 6 O.M. de 16-12-1987), dentro de la competencia que le es atribuida por el artículo 3, II de la Ley 39/1962, de 21 de julio, de Ordenación de la Inspección de Trabajo. En la medida en que el artículo 147.2 LPL atribuye a las actas e informes de la Inspección de Trabajo presunción de veracidad, salvo prueba en contrario, y debe darse traslado por la autoridad laboral al INSS de aquellos «partes de accidente de trabajo» considerados como graves, muy graves y mortales, cuando la entidad concertada para cubrir tales riesgos sea otra distinta, no se ve razón alguna para no cerrar la regulación y atribuir al INSS la facultad de determinar, en todo caso y no sólo en el contemplado en el Real Decreto 2609/1982, la Mutua responsable de las prestaciones.

La solución propugnada (fórmula óptima para el ejercicio de las facultades reconocidas en el citado artículo 205 LGSS, en tanto parece lógico concebir que la Entidad Gestora de las prestaciones económicas del Sistema sea el órgano al que se le asigne *ab initio* la competencia para determinar el carácter profesional del accidente y la consiguiente imputación de responsabilidad a la Mutua correspondiente, sin que su naturaleza participativa en la gestión se vea sustancialmente afectada por la genérica atribución a un Órgano Público) evita que tal problema se plantee en la práctica cuando se trate de prestaciones de invalidez permanente o lesiones permanentes no invalidantes, pues expresamente se reconoce al INSS competencia para declarar la responsabilidad de las Mutuas, sin perjuicio de la posibilidad que a éstas asiste de recurrir tal decisión, ya que, al ser inmediatamente ejecutiva la resolución del mismo (art. 57 LRAPA), la Mutua habrá de capitalizar el coste de la misma y depositarlo en la Tesorería General de la Seguridad Social -que procede al pago mensual de la pensión- (art. 213.3 LGSS) efectuándose la devolución del mismo, para el caso de que proceda, una vez haya recaído resolución definitiva de la Jurisdicción Social en la que se exima de responsabilidad a la entidad colaboradora.

(84) No si la prestación de muerte y supervivencia trae causa en una enfermedad profesional ya que, de acuerdo con el artículo 202 LGSS -a interpretar en relación con el art. 96 del mismo cuerpo legal-, son siempre a cargo del INSS, en tanto respecto de las mismas, contribuyen las Mutuas con la cantidad que se les asigne para hacer frente al coste de las aludidas prestaciones (art. 7 R.D. 1509/1976, de 21 de mayo).

Vid. análisis al respecto de JUARROS, F.: «Imputación de responsabilidades en las prestaciones de muerte y supervivencia por accidente de Trabajo. Problemas prácticos», *Trib. Soc.*, n.º 3, pág. 10 y ss.

(85) En tal sentido, ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *op. cit.*, pág. 434. SCT 3 de octubre de 1980 (Ar. 4782).

(86) La interpretación literal de tales preceptos, por otra parte, podría llevar al absurdo de conceder pensiones con anterioridad a la fecha en que fueron causadas, siendo lógico entender que la pensión se causa a partir de la fecha del hecho causante, *si presentada la solicitud* dentro de los tres meses siguientes a la misma. BORRAJO DACRUZ, E.: «La imprescriptibilidad del derecho a las pensiones», *RSS*, n.º 2, 1979, págs. 23-24.

Si el derechohabiente, por el contrario, una vez denegada la prestación por la Mutua decide solicitarla al INSS, éste habrá de denegarla en la medida en que existan elementos indiciarios suficientes para su calificación de fallecimiento provocado por un accidente de trabajo protegido por una Mutua, dado que carece de competencia para reconocerlo.

La preocupante situación anterior se ve agravada por la viciosa práctica a detectar en las resoluciones denegatorias de las entidades colaboradoras, en las cuales se indica que contra sus resoluciones puede formularse reclamación previa ante el INSS. Previsión que carece de toda validez jurídica al interponerse contra un acuerdo no adoptado por una Entidad Gestora -como exigen los arts. 71 y 138 LPL (87)- y en una materia que no es de su competencia.

Al objeto de evitar la desprotección de los afectados por la negativa de la Mutua a aceptar sus responsabilidades, y en tanto se produzca la oportuna declaración judicial que determine la contingencia causante de la muerte (en lugar de optar por la vía *supra* reseñada de superior garantía y más firme apoyo legal), el INSS ha instrumentado un procedimiento que le permite conjugar la obligación, que como Entidad Gestora de la Seguridad Social tiene, de dispensar la adecuada protección a las situaciones de necesidad en que se vean los trabajadores incluidos en el campo de aplicación del Sistema y sus beneficiarios, con la imputación de responsabilidades establecida en la propia LGSS. De este modo, producido un fallecimiento por accidente laboral y denegada la responsabilidad por la Mutua con la que se encuentre concertada la póliza de cobertura de riesgos por contingencia profesional, el INSS reconocerá las prestaciones que les serían debidas por contingencias comunes siempre que el beneficiario acredite convenientemente haber presentado la correspondiente demanda ante el órgano jurisdiccional social correspondiente contra la entidad colaboradora, que resultaría en principio responsable. Recaída sentencia firme, y para el caso de que ésta se pronuncie en favor del carácter profesional de la contingencia, el INSS se resarcirá de las cantidades abonadas, que, lógicamente, serán a cargo de la Mutua condenada.

Consideraciones similares a las anteriores pueden reproducirse respecto de las prestaciones de asistencia sanitaria e i.l.t. tanto por accidente de trabajo como por enfermedad profesional [si bien con una indudable menor trascendencia práctica por cuanto la asistencia sanitaria ha de prestarse en todo caso (88) y las percepciones económicas derivadas de i.l.t. han de

(87) Con menor claridad BAYLOS GRAU, A.; CRUZ VILLALON, J. y FERNANDEZ LOPEZ, M.^a F.: «Institución de Derecho Procesal Laboral», *cit.*, 1991, pág. 348 al señalar que «La LPL parece haber optado por exigir también aquí la presentación de la reclamación previa en atención a la responsabilidad subsidiaria o indirecta de las Entidades Gestoras en estos supuestos, aunque la función de este requisito preprocesal no se pueda cumplir por cuanto estos organismos sólo entran en juego si faltan los responsables principales. En este sentido, *se podría poner en duda* que el órgano judicial exigiera el cumplimiento de dicho trámite en los términos del artículo 138».

(88) Y palmaria prueba de ello es la contenida en el artículo 95.3 LGSS.

ser abonadas siempre por aquél en régimen de pago delegado y colaboración obligatoria (89)] reintegrándose a través de la Seguridad Social; sin perjuicio, en ambos casos, de las posteriores comprobaciones y compensaciones a cargo del sujeto responsable de la misma -art. 95.1.2.ª LGSS (90)-.

4. El reaseguro.

Aunque se hayan efectuado ya puntuales alusiones al tema, un estudio sobre la responsabilidad de las Mutuas resultaría forzosamente incompleto sin el análisis específico de la posibilidad -eventualmente sustituible «por otro sistema de compensación de resultados» (arts. 52.3 y 213.4 LGSS y 9.3.1.º D. 3159/1966, de 23 de diciembre, que regula el régimen económico-financiero del Régimen General de la Seguridad Social- que el artículo 213.4 LGSS reconoce al MTS de establecer para aquéllas la obligación de reasegurar (91), en el oportuno Servicio Común de la Seguridad Social «un porcentaje de los riesgos asumidos (92) -con

(89) Artículo 208.1 c) LGSS. Para los supuestos de incumplimiento por parte de la empresa de la obligación de pago delegado del subsidio de i.l.t., sus efectos y la asunción de aquélla por parte de la Entidad Gestora -bajo el riesgo de considerar el incumplimiento como infracción muy grave del art. 14.1.6 Ley 8/1988, de Infracciones y Sanciones de Orden Social- STS de 21 de enero de 1986 (Ar. 58), SSCT de 18 de octubre de 1983 (Ar. 8588), 3 y 10 de marzo de 1986 (Ar. 1384 y 1586), 10 de febrero y 20 de mayo de 1987 (Ar. 2933 y 10591).

(90) Considerando, por último, que si la invalidez provisional deriva de accidente de trabajo, no es lógico que la Mutua que hubiere asumido el coste de la i.l.t. plantee especiales reparos a su continuación legal, mas si así fuera, la solución habría de ser la *supra* sostenida en los casos de prestaciones de muerte y supervivencia. Por contra, y cuando la causa de la invalidez provisional sea una enfermedad profesional, se abona siempre a cargo del INSS, en cuanto sucesor (disp. trans. 6.º LGSS), a efectos de prestaciones económicas, del Fondo compensador del seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (por su expresividad *vid.* STS 10-5-1986 -Ar. 2516-), al que debe asignarse por el asegurador real -la Tesorería General de la Seguridad Social- los recursos pertinentes, que, según se ha dejado cumplida constancia, son especiales para este riesgo y se integran a través de la contribución por las Mutuas con una cantidad asignada a cada una de ellas para hacer frente precisamente al coste de tales prestaciones (art. 7 R.D. 1509/1976, de 21 de mayo), por lo que aquéllas nada tienen que decir al respecto.

(91) En el sentido que le otorga el artículo 77 de la Ley 50/1980 de contrato de seguro privado: «por el contrato de reaseguro el reasegurador se obliga a reparar la deuda que nace en el patrimonio del reasegurado a consecuencia de la obligación por éste asumida como asegurador en un contrato de seguro».

(92) En la medida en que el artículo 213.4 LGSS ya tiene oportuno desarrollo reglamentario (art. 5 R.D. 824/1976; art. 1.1 O.M. de 27-1-1987) «habrá de considerarse, a contrario sensu, que se hallan amparadas y cubiertas por reaseguro todas las situaciones de invalidez, en cualquiera de sus grados, y tanto por las contingencias de prestaciones económicas como por asistencia sanitaria -para invalidez provisional, específicamente, STSJ Madrid de 7 de julio de 1992 (Ar. 3669); para invalidez permanente, STSJ Madrid de 15 de diciembre de 1989 (Ar. 3148); STSJ País Vasco de 22 de octubre de 1991 (Ar. 5703)-, derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional (incluidas las denominadas enfermedades intercurrentes, que son, entre otras, las que surgen como compli-

exclusión de la i.l.t. y asistencia sanitaria y recuperación profesional que correspondan durante la misma (93)-, sin que en ningún caso sea inferior al 10 por 100 ni superior al 30 por 100» -habiéndose elevado el porcentaje del 10 al 30 por 100 en el art. 50 del D. 824/1976 (94)- en un nuevo índice que sirve para consignar la automaticidad de las prestaciones respecto de los riesgos asegurados.

caciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente, pues, según prevé el artículo 84.2 g) LGSS tendrían la consideración de accidentes de trabajo). Por todas, evaluando la responsabilidad en el depósito de capital-coste de renta, STSJ de 19 de noviembre de 1990 (Ar. 570) como muerte o supervivencia derivada de accidente de trabajo» [Entre otras muchas STS, Cont.-admtivo., 14-5-1985 -Ar. 4758-; SAN, Cont.-admtivo., 24-1-1983 -La Ley 1984/II-; SSTSJ Madrid 15-12-1989 (Ar. 3147), 30-1-1991 (Ar. 941) y 7-7-1992 (Ar. 3669)]. De ahí que, por ejemplo, no se considere infringido el artículo 119 LGSS al no tenerse en cuenta las tarifas obligatorias por acto médico aprobadas por el MTS en la certificación de gastos asistenciales emitida por el intervector de la Mutua, en tanto esta aseguradora, de conformidad con el artículo 202.4 LGSS, debe considerarse en su función de colaboradora de la Seguridad Social en la contingencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y por estimarse que sus bienes forman parte del patrimonio de la Seguridad Social y afectados al cumplimiento de los fines de ésta, como beneficiarios de los establecidos en el artículo 117 LGSS en idéntica forma a los servicios sanitarios prestados por el INSALUD y facturándose, como efectúan esos centros, en base a costes reales según establece el Real Decreto 512/1987 (STSJ Madrid 15-12-1989).

(93) Respecto a la situación de i.l.t. en general, por todas, SCT 15 de febrero de 1983 (Ar. 303). Así, el beneficiario de la asistencia sanitaria, contingencia que incluye dentro de las prestaciones complementarias «las prótesis quirúrgicas fijas y las ortopédicas permanentes o temporales, así como su oportuna renovación, y los vehículos para aquellos inválidos cuya invalidez así lo aconseje ...» (art. 108 LGSS). No se extenderá en esta eventualidad a las Entidades Gestoras, sino que pesará sobre las Mutuas [art. 2.2 b) O.M. de 27-1-1981] que habrán de facilitar y renovar aquéllas en el período de baja durante la i.l.t., aspecto sumamente importante y que se vincula no sólo al desembolso inicial cuantitativamente importante, sino a la eventual reutilización en cuanto consideración de «bien económico del que se puede extraer algún tipo de aprovechamiento, pudiendo defenderse que la facultad de disposición que otorga la titularidad dominial, la nuda propiedad, radica y permanece en la Administración y no se transmite al beneficiario, quien únicamente disfrutará de un derecho real de goce -en oposición a los derechos reales de realización de valor- que se habilita para utilizar ese bien que pertenece a la Mutua, en tanto cumpla su finalidad recuperadora (criterio, por cierto mantenido desde un principio por la Administración sanitaria cuando ella efectúa la prestación, pues en Oficio-Circular 30/1967, de 27 de octubre, ya se dejaba constancia de que las prestaciones que se renuevan podrán ser recuperadas por los servicios de la Seguridad Social, depositándose en la Institución, previéndose su futura utilización o destino en función de las posibles necesidades)». Por extenso, SANCHEZ-TARAZAGA MARCELINO, J.V.: «La titularidad de las prestaciones sanitarias especiales», *Tribuna Social*, núms. 8 y 9, 1991, pág. 25 y ss.

(94) Sobre interesantes problemas de derecho transitorio en situaciones de i.l.t. surgidas al amparo de la Orden Ministerial de 10 de abril de 1961 -que reconocía el abono del 10% de los siniestros amparados por el Servicio de Reaseguros- pero que, sin embargo, originan invalidez permanente ya bajo la urgencia de la Orden Ministerial de 1987, complicadas por la promulgación en el *interin* del Decreto de 23 de junio de 1972, que elevaba el montante de la indemnización de 18 a 24 mensualidades y por la lógica modificación de la base reguladora de la prestación, SSCT 18 y 21 de marzo de 1988 (Ar. 2365 y 2416) que específicamente interpretan el párrafo primero de la norma «producido el accidente y reconocido el derecho a pensiones por ...» en el sentido de que ello no quiere decir que se vincule al momento de producción del siniestro sino más bien, y en un sentido racional y sistemático, «al reconocimiento del derecho», sobre todo porque nunca puede hacerse un reconocimiento jurisdiccional que provoque un enriquecimiento indebido y lleve a una situación absurda cual es que la Mutua deba pagar todos los beneficios habidos y, sin embargo, la TGSS, que tiene a su cargo una parte alícuota de los mismos cálculos, por su restrictiva aplicación, provoque una distinta participación. Sobre legislación aplicable en tales supuestos, por todas, STSJ Murcia de 27 de marzo de 1992 (Ar. 1478).

En virtud del reaseguro se produce, a efectos prácticos, la cesión de ese porcentaje, calculado sobre las cuotas de invalidez, muerte y supervivencia, a la Tesorería (95), la cual, lógicamente, debe contribuir a la constitución de los capítulos en proporción a la «cuota parte» objeto de reaseguramiento (96) -en tanto responsable solidaria dentro de los límites aludidos (97)- y anticipar -ingresar definitivamente en realidad (98)- la porción no reasegurada (99).

- (95) Con lo cual, de forma gráfica y crítica, puede seguir hablándose de un «pool oficial» en el reaseguro de los accidentes de trabajo. ALVAREZ ALVAREZ: «Pasado, presente y futuro del Mutualismo en España» en *Cuadernos de Mutualismo Social*, núm. 1, Madrid 1964, pág. 53.
- (96) Artículo 1.2 *in fine* Orden Ministerial de 27 de enero de 1981 (previendo el párrafo 3.º que las cuotas satisfechas por las empresas asociadas a una Mutua corresponden, obviamente, en un 30% a la Tesorería, que entregará a las correspondientes Mutuas el 70% restante, una vez efectuadas las deducciones que procedan por las obligaciones que éstas deban satisfacer dentro del sistema de la Seguridad Social. *Vid.* SSTSJ de 12 y 21 de marzo de 1988; SSTSJ Madrid de 15 de diciembre de 1989, 28 y 30 de enero de 1991 (Ar. 898 y 941), 7 de julio de 1992 (Ar. 3668); STSJ Murcia de 27 de marzo de 1992. El artículo 1.2 de la Orden debe ponerse en conexión con los artículos 86 del Real Decreto 716/1986, 90 y 91 de la Orden de 23 de octubre de 1986 y 191.2 LPL, entendiéndose que los citados preceptos *han de ser referidos al capital importe de la prestación declarada en el fallo*: «al examinar las normas administrativas a que se refiere la reducción del 30%, se observa que en todas ellas se están refiriendo a resoluciones o sentencias (art. 90.2 Orden 23-10-1986) que sean firmes o que se refiere a las *pensiones que se causen* (art. 86.1º R.D. 716/1986) o la expresión del artículo 1.2 de la Orden de 1981: "*reconocido el derecho a pensión*", todos ellos se sitúan en un momento fáctico de la inalterabilidad de la prestación pero en nada se refieren a prestaciones que, por recurridas, se encuentran en vía de recurso y que pueden quedar firmes o revocarse. Si, como se argumenta, en algunos casos se da la circunstancia que en una firme se deba ingresar en la Tesorería el 70% del coste renta y en una no firme el 100%, ello no perjudica a la parte que lo ingresa, puesto que ya el anterior artículo 229 LPL obligaba a devolver el capital ingresado *o la parte sobrante*». Sobre los desajustes que en la práctica produce este mecanismo, *vid. El Mutualismo Patronal en España*, editado por la Agrupación Nacional de Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo, Madrid, 1982, pág. 65.
- (97) STSJ País Vasco de 19 de noviembre de 1990.
De ahí que en todo litigio sobre accidente de trabajo deba ser demandada Tesorería ya que, en caso de una defectuosa e incompleta constitución de la relación jurídico-laboral, sería de apreciar la excepción de falta de litis-consorcio pasivo necesario, sin que se infrinja el artículo 533.4 LEC -STSJ Murcia 27-3-1992-, ni por ello se extienda, si el concreto *petitum* se refiere exclusivamente al reintegro de gastos, a trabajador, empresa o INSS -STSJ Cataluña 28-9-1992, que contiene un claro pronunciamiento sobre competencia territorial en los supuestos de Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de ámbito nacional-.
- (98) Sin perjuicio de que pueda recabar su entrega a la Mutua, pudiendo la Tesorería efectuar el cobro compensando (su importe) con el ingreso de cuotas que se efectúe en favor de aquella y -para un supuesto ciertamente excepcional, pues se limitaría a Mutuas de escasa entidad y la disp. adic. 14.ª 2 modifica el art. 203 LGSS, relativo a los requisitos para la constitución y funcionamiento de las Mutuas y, en concreto, el apartado a) exige que han de concurrir, como mínimo, 50 empresarios y 30.000 trabajadores, siempre que coticen un volumen de cuotas no inferior al límite que se establezca reglamentariamente. La simple comparación con los requisitos que preveía el art. 9.1.2 R.D. 1506/1976 pone de manifiesto con claridad la intención, ya señalada, de la reforma que no es otra que la de elevar el número de sujetos que han de asociarse para constituir una Mutua, con el fin de crear entidades más fuertes-, si éstas resultaran insuficientes, acudiendo a la vía de apremio, para lo cual resulta título suficiente el certificado de descubierto expedido por la TGSS.
- (99) Siempre y cuando exista efectivo asegurador y éste incumpla, pues si el empresario no ha asegurado -y debe corregirse, de acuerdo con lo *supra* expuesto, la tesis presente en SCT 30-1-1987 (Ar. 1896) y las que cita, a tenor de la cual los descubiertos en la cuota originaban la desaparición de la cobertura preventiva- no hay posibilidad de reaseguro (SCT 5-6-1986 -Ar. 4100- y las que cita). Obviamente no cabe apreciar condena al reaseguro por falta de medidas de seguridad o invalidez derivadas de enfermedad común -ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, 13.ª ed., *cit.*, pág. 169, nota 155 con abundante cita de jurisprudencia-. Obviamente, si la aseguradora fuese declarada insolvente, podría repercutir, en teoría, la porción no asegurada contra el Fondo de Garantía; si bien, en la práctica, ello resulta inviable dada la asunción de sus funciones por el INSS y la función de caja única atribuida a la Tesorería.

Un segundo tipo de reaseguro, constituido al amparo del artículo 213.4.2 LGSS, es el denominado «de exceso de pérdidas». Por él se limitan las responsabilidades económicas derivadas de la colaboración en la gestión de las Mutuas «en régimen de compensación de resultados entre las Mutuas concertantes» (100), siendo facultativo y complementario e igualmente de cuota parte concertado con la TGSS (101), sin que, a tenor del artículo 3 de la Orden Ministerial de 20 de abril de 1961, «pueda exceder de la cobertura ... por reaseguro obligatorio y facultativo del 50 por 100» (102).

Diversas cuestiones han merecido al respecto especial atención de los órganos judiciales, entre otras:

1.ª La legitimidad de la Tesorería para liquidar los convenios de reaseguro por exceso de pérdidas concertados con el extinguido Servicio de Reaseguro de Accidentes de Trabajo debe proclamarse a la luz del artículo 4.2 Real Decreto-Ley 13/1980, de 3 de octubre. Tal precepto declara extinguido, entre otros organismos autónomos y servicios comunes sociales, el del Reaseguro de Accidentes de Trabajo, asumiendo la TGSS la función reaseguradora prevista en el artículo 313.4 LGSS, disposición que tiene su desarrollo en la Orden Ministerial de 27 de enero de 1987, que reitera en su artículo 1.º tal asunción y subrogación; en el artículo 3.º la atribución de competencias del extinguido Servicio a la Tesorería (103); en el artículo 4.º que los bienes y derechos que tuvieran adscritos o de que dispusiera el extinguido Servicio serán asumidos por los mismos títulos por aquélla; así como, por último, en el 5.º que los recursos financieros pertenecientes a tal Servicio y los que se obtengan en el futuro por la gestión de las

(100) Artículo 2.1 *in fine* Orden Ministerial de 17 de enero de 1987.

(101) Artículos 213.4 LGSS y 9.3 Real Decreto 3159/1966.

(102) Como bien señala SEMPERE NAVARRO, A.: «Régimen ...», *cit.*, pág. 199, tal configuración normativa (en la que no puede obviarse el papel fundamental de la O.M. de 18-12-1947) no deja de convertir en semiobligatoria tal facultad, en tanto su no constitución lleva a la necesaria provisión del depósito en el MTS que prevé el artículo 1.981.

Esta especie de reaseguro comprende también las indemnizaciones a tanto alzado en favor de los ascendientes (arts. 136.2 LGSS y 12 D. 1646/1972), «ello siempre y cuando no se pacte cláusula alguna que excluya tal obligación, pues si existe pacto en contrario entra en aplicación el artículo 1.258 CC, que impone el respeto a lo convenido desde que se perfeccione el consentimiento, obligando no solamente a lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conforme a la buena fe, al uso y a la ley» (expresiva y ejemplificativa STSJ Madrid 14-12-1989 -Ar. 3144-).

(103) Que, obviamente, alcanza a todos los convenios de reaseguro complementario que tengan pendientes las pertinentes liquidaciones aun cuando los ejercicios que cubrían fueran anteriores a la fecha de 7 de octubre de 1980, que cita la disposición transitoria 2.ª de la Orden de 27 de enero de 1987, la cual sólo se refiere a los convenios facultativos de reaseguro en vigor en dicho día, sin que con ello deban entenderse excluidas de la competencia de la Tesorería las liquidaciones y demás actos pendientes de ejecución en relación a convenios suscritos para ejercicios anteriores ya vencidos, pues «entender otra cosa sería desnaturalizar el concepto jurídico de la subrogación, que significa sustitución de una entidad por otra en todas sus consecuencias y sin solución de continuidad» (STS 29-10-1984 -Ar. 6541- y SCT 23-12-1986 -Ar. 14486-).

funciones asumidas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.º de la misma, pasarán a formar parte de las disponibilidades de la Tesorería, preceptos que evidencian, «sin género de duda alguna» (104), la total subrogación y asunción por la Tesorería del Patrimonio del Servicio de Reaseguro que, como cualquier otro, está integrado por un conjunto de derechos y obligaciones, sin que tal asunción haya de interpretarse sólo para el futuro, «como si el resto de las relaciones existentes entre las Mutuas Patronales y el extinguido Servicio de Reaseguro, se hubieran extinguido sin dejar rastro o secuela de su existencia anterior y sin que, por tanto, se pudieran hacer reclamaciones de las deudas existentes» (105), y sin que a ello pueda oponerse lo previsto en la disposición transitoria 2.ª de la mencionada Orden de enero de 1987, pues «no existe una aplicación retroactiva de la citada Orden ..., ya que en virtud de la subrogación establecida en favor de la TGSS, en los derechos y obligaciones que correspondían al Servicio de Reaseguro, le correspondía el derecho a reclamar la deuda que tenía contraída la Mutua en aquel extinguido Servicio, ya que si se admitiera que por no haberse producido la acción del Consejo de Reaseguro en materias de derramas pasivas ..., la Tesorería no está legitimada para la deuda pertinente ... en un proceso de exceso de pérdidas, se llegaría al absurdo de que dicha deuda no podría ser reclamada por nadie y por tanto daría lugar a un enriquecimiento injusto de la Mutua» (106).

2.º El tema de la prescripción de la acción sobre reclamación de cantidad en concepto de extornos o derramas derivadas de la aplicación del convenio de reaseguro por exceso de pérdidas entre las Mutua y la TGSS -en su posición de subrogada legal del extinto Servicio de Reaseguro- ha sido objeto de diversos pronunciamientos jurisprudenciales tanto en referencia al *dies a quo* en el que ha de partirse para contar el plazo de la prescripción extintiva como sobre cuál sea éste.

Se señala de este modo que «se ha de atender a las particularidades que tal convenio comporta, cual la de las liquidaciones provisional y definitiva que implicarán extorno o derramas, según el resultado comprobado, para lo que se precisa de un tiempo que en las cláusulas del convenio se estableció "mínimo de un año", que en ningún caso en una interpretación lógica puede ser transformado en plazo máximo, porque el convenio no lo concretó así, indeterminación debida a la necesidad de conocer los datos de cuotas y siniestros de esta modalidad de reaseguro, siniestros cuyas consecuencias no son conocidas, necesariamente, en plazo fijo sino que siendo diversas las que en ellos influyan, también son distintos los momentos en

(104) SCT de 22 de abril de 1986 (Ar. 2685); STSJ País Vasco de 24 de febrero de 1992 (Ar. 612).

(105) STS de 23 de septiembre de 1986 (Ar. 5149), «porque si hubiera sido una visión de futuro lo hubiera dicho expresamente, con otros términos, ya que asumir es tanto como tomar para sí y es claro que no puede traerse lo que no existe, por lo que resultaría anómalo que se hubiera empleado dicho término en la disposición legal, si sólo hubiera querido atender al futuro reasegurado: es que al emplearla quiso decir, y claramente se desprende de la locución empleada, que la Tesorería atraía a sí misma todo lo existente en materia de reaseguro». *Vid.* igualmente, STS Contencioso-Administrativo de 14 de marzo de 1983 (Ar. 3406).

(106) SSTS de 1 de junio de 1984 (citada), 26 de enero de 1987 (Ar. 136) y 4 de julio de 1988 (Ar. 5754).

que los resultados se conocen, como fácilmente se colige del examen comparativo entre diversos accidentes de trabajo (107); por tanto, se desprende de cuanto se ha indicado, que se trata de una rendición de cuentas de unos resultados consecuencia del convenio aludido (108) y, al no estar establecida otra circunstancia específica delimitadora del inicio del plazo de prescripción se habrá de atender -art. 4.1.º y 3.º CC- a lo establecido en el párrafo 2.º del artículo 1.972 CC (109), puesto que los resultados no fueron conocidos y dados a conocer hasta la fecha de la liquidación definitiva, visto el procedimiento de liquidación de siniestros por exceso de pérdidas, día en que surge la posibilidad del ejercicio de la acción» (110). Doctrina que se reitera, bajo otra perspectiva, insistiendo en que «ha de partirse de la existencia de una verdadera imposibilidad de conocer, en un período relativamente corto, las consecuencias económicas de los siniestros habidos y, por consecuencia, el problema ha de centrarse en la determinación del *dies a quo* teniendo en cuenta que el plazo de prescripción, ... es el de cinco años (111) ...; y del presupuesto de que el tiempo para la prescripción de toda clase de

(107) Resultados fáciles de obtener en cuanto a las cuotas, no así en cuanto a los siniestros, porque un accidente de trabajo se conoce en el momento de su producción, pero no así las secuelas que pueden quedar al accidentado, cuya calificación influirá en la cuantía del capital a depositar, más cuando se discrepa de la calificación y se somete a la decisión jurisdiccional. En interpretación de la conflictiva cláusula 11 del convenio de reaseguro tipo se aprecia que su oscuridad en materia de plazo no puede traducirse en un límite para efectuar la liquidación, porque iría en contra de su propio tenor literal, ni puede atribuirse la oscuridad únicamente al organismo público, en tanto la celebración del contrato de reaseguro por exceso de pérdidas es voluntario, y tal apelativo acompaña no sólo su denominación, sino también sus propias cláusulas, que pueden pactarse con total libertad (STS 22-12-1986 -Ar. 7555-). Concluyente, y por todas, STS de 26 de enero de 1987 (Ar. 134).

(108) Como bien matiza la SCT 22 de mayo de 1986 (Ar. 2612), la cantidad objeto del litigio no obedece a obligación de pago de cuotas ni reconocimiento de prestaciones de la Seguridad Social, sino que es el resultado de la liquidación definitiva de las cantidades percibidas por cuotas y las prestaciones satisfechas, cantidad que resulta con la pérdida sufrida y que es lo reasegurado. Afirmando la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, STS 20 de febrero de 1991, AL, n.º 33, págs. 1.686 y 1.688.

(109) Por igual razón no resultan aplicables los artículos 1.966.3.º y 1.969 CC, pues no se trata de pagos que hayan de hacerse por años o en plazos más breves ni el plazo de prescripción puede empezar a computar a partir del año, por ser el momento inicial en que pudo ejercitarse la acción, en tanto la liquidación no está asegurada en ese plazo; así, en principio, la prescripción no empezará a contarse sino a partir de la práctica de la misma, no quedando por ello abandonada la Mutua al momento en que la recurrente quiera liquidar, pues goza de la posibilidad de exigir la rendición de cuentas, y el no hacerlo no puede favorecerla, tal como afirma la STS de 14 de mayo de 1985 (Ar. 6246). Invocando la especial naturaleza del Ente Gestor frente al que se mantuvo la actitud pasiva, STS de 24 de febrero de 1989 (art. 811).

(110) STS de 15 de febrero de 1982 (Ar. 902), 15 de diciembre de 1983 (Ar. 6242), 9 de mayo y 29 de octubre de 1984 (Ar. 2997 y 6541), 13 de mayo y 10 de junio de 1985 (Ar. 2704 y 3374), 26 de junio, 23 de septiembre y 22 de diciembre de 1986 (Ar. 3747, 5149 y 7555), 19 de febrero, 20 de marzo, 2 de julio y 30 de septiembre de 1987 (Ar. 1076, 1645, 5065 y 6441) y 4 y 26 de julio de 1988 (Ar. 5754 y 6246).

(111) Así SSTS de 10 de marzo (Ar. 1289), 23 de septiembre y 22 de diciembre de 1986, 2 de julio y 18 de noviembre -invocando el argumento analógico del art. 57 LGSS- 1987 ó 4 de julio de 1988.

Criterio diverso -y minoritario- es el que se sigue en otros pronunciamientos que estiman inaplicables por analogía los artículos 54 y 57 LGSS sobre el argumento de que éstos se refieren únicamente a la prescripción del derecho al reconocimiento de prestaciones y al pago de cotizaciones, aludiendo, por tanto, a supuestos de hecho diferentes que impiden el juego del artículo 4.1.º y 3.º CC. Ante la carencia de una normativa específica se estima aplicable el artículo 1.964 CC y, en consecuencia, el plazo de prescripción de quince años, STSJ Madrid de 9 enero 1990 (Ar. 475).

acciones, cuando no haya disposición específica que otra cosa determine, se contará desde el día en que dichas acciones pudieran ejercitarse, conforme establecen los artículos 1.969 y, más específicamente, 1.972 CC, y esta iniciación del plazo ha de hacerse coincidir con la denominada liquidación definitiva y no con la provisional en la que, como su nombre indica, el saldo final está sujeto a posteriores vicisitudes, que sólo en razón de la complejidad del sistema, cuando éstas han sido perfectamente conocidas y valoradas, pueden determinar un ajuste, liquidativo jurídicamente valorable, una vez notificada la liquidación o el ajuste de cuentas al deudor y, en definitiva, propiciar el comienzo cronológico del plazo de prescripción» (112).

3.º En referencia, por último, a la posible compensación, dentro del proceso de liquidación, entre el reintegro o ingreso de excedentes que obtenga la Mutua como resultado de su gestión con el eventual exceso de pérdidas que pudiera haber sufrido, aquélla no puede negarse en virtud de la aplicación del artículo 1.195 CC, pues lo cierto es que los requisitos de reciprocidad y propio derecho y acreedor y obligados principales -amén de su referencia a deudas y créditos consistentes en dinero, que reúnen además los requisitos de ser líquidos y exigibles-, ante los que opera la regla de la realización automática de la compensación -aceptada por el art. 1.202 CC- concurren en el supuesto en presencia sobre la base de consolidados argumentos reiteradamente puestos de manifiesto por la jurisprudencia (113) que, en síntesis, pueden ser reducidos a los siguientes:

1. Las liquidaciones de los convenios de exceso de pérdidas son gastos a soportar por las Mutuas que se reflejan indudablemente en los resultados de su gestión y, consiguientemente, en el 80% de los excedentes producidos, a que se refiere el artículo 207 LGSS, ya que el 80% es parte del superávit obtenido en la gestión anual de las Mutuas, resultado de la diferencia de ingresos y gastos, entre los que deben computarse las liquidaciones del reaseguro de exceso de pérdidas; y el exceso de excedentes de la gestión de las Mutuas ha de ingresarse a nombre de la TGSS, a disposición del Ministerio, como dispone el artículo 1 de la Orden Ministerial de 2 de octubre de 1980.
2. El importe de la liquidación definitiva del reaseguro por exceso de pérdidas realizada en un ejercicio económico puede afectarse a aquel ejercicio económico en que el exceso se produjo, de acuerdo con el criterio general ya recogido en el punto IV.3

En favor de la primera fórmula como alternativa para la cobertura de la laguna legal, por extenso, ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *op. cit.*, pág. 435.

(112) STS de 24 de septiembre de 1986 (Ar. 5164).

(113) Entre otras, SSTS de 29 de octubre de 1984 (Ar. 6541), 10 de marzo, 3 de junio y 6 de octubre de 1986 (Ar. 1289, 3455 y 5386) o 19 de febrero de 1987 (Ar. 1075).

del Decreto 530/1973, de 22 de febrero, que atiende para la imputación temporal de ingresos y gastos a una contabilidad de ejercicio (fecha de devengo) y no a una contabilidad de caja (fecha de pago o cobro), por lo que no cabe sino concluir que se pagó indebidamente en concepto de excedentes la cantidad que coincida con las diferencias existentes en una liquidación mal hecha, surgiendo por parte de la TGSS la obligación de restituirla, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.895 CC, ya que lo ingresado a favor de la Tesorería por el concepto del 80% de los excedentes de gestión debe reducirse en el importe correspondiente a aquellas diferencias imputables al mismo.

3. Aunque el MTS mantiene sobre el importe de lo ingresado en concepto de excedentes determinadas facultades de disposición derivadas de las competencias que en orden a la tutela de los organismos gestores de la Seguridad Social le atribuye el artículo 4 LGSS, estas cantidades no se incorporan al Patrimonio del Estado, sino al de la Seguridad Social, cuyo titular es la TGSS, a nombre de quien está abierta la cuenta en que han de ingresarse los excedentes, de acuerdo con el mencionado artículo 1 de la Orden de 1980, estableciendo la disposición final 1.^a del mencionado cuerpo normativo que la anterior cuenta existente en el Banco de España a nombre del Fondo de Prevención y Rehabilitación de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales será cancelada y su saldo se ingresará a nombre de la TGSS, por lo que es evidente que es ésta quien resulta deudora de la institución de lo indebidamente cobrado.

Diverso es el problema sobre la concreta constitución de los excedentes que resulten de la gestión efectuada por las Mutuas en su colaboración con la Seguridad Social, el cual se resuelve inequívocamente en el artículo 32 del Decreto RMP al establecer que esos excedentes serán distribuidos en la proporción de un 80%, que se ingresará en el Banco de España a disposición del MTS, y un 20% a asistencia social y reservas voluntarias estatutariamente previstas, lo que hace sea indiscutible que esos cálculos, al fijar los porcentajes imperativamente, lo serán sobre el 100% de los excedentes existentes, porque así se efectúa esa proporción, o sea, 80, 10 y 10 por 100. Por ello, al efectuarse por la Tesorería las operaciones contables sobre la liquidación del reaseguro de exceso de pérdidas, deberá considerarse ese capítulo como un gasto del presupuesto que obliga a confeccionar a las Mutuas el artículo 26 de la misma norma, y ello producirá un inferior resultado excedente (114).

(114) Por todas, STSJ Madrid de 24 de enero de 1990 (Ar. 506).

III. CONSTITUCION DE LA RELACION DE ASEGURAMIENTO. IRREGULARIDADES

Para que se constituya la relación jurídica de Seguridad Social entre el trabajador por cuenta ajena incluido en el ámbito de aplicación de un régimen de la Seguridad Social y la Mutua que cubre los riesgos profesionales, en virtud de la cual aquél sea titular del derecho a las prestaciones y ésta del derecho a percibir las primas necesarias para sostener el aseguramiento, es preciso medien tres actos sucesivos -normalmente a instancia de parte, excepcionalmente de oficio-, regulados en el Real Decreto 1258/1987, cuales son la inscripción de la empresa y la afiliación y alta de los trabajadores.

Su regularidad perfecciona el inicial vínculo jurídico, su defecto lo afecta sustancialmente al punto de poder generar real falta de seguro según se pasa a exponer.

1. Ausencia de inscripción de empresa. Inexistencia de seguro.

El empresario que inicialmente ocupa personas incluidas en el ámbito del régimen general -o en los especiales de minería, empleados de hogar o agrario- (115) ha de solicitar previa e indispensablemente a la iniciación de las actividades su inscripción en la Seguridad Social -asimismo, a efectos de identificación, la apertura de cada centro de trabajo- y, al tiempo, indicar si opta por el INSS o Mutua -y, en su caso, por cuál de éstas- como asegurador de accidente de trabajo y enfermedad profesional (arts. 63 LGSS y 6 R.D. 1258/1987).

Dos aspectos se encuentran afectados, por tanto, en tal obligación cuando se trata de asegurar por las Mutuas las contingencias profesionales: el acto de inscripción y la presentación de un duplicado del oportuno documento de asociación o de proposición de asociación debidamente diligenciado por la propia Mutua.

(115) Al respecto debe tenerse en cuenta que, por ejemplo, si bien en el artículo 15.1 del Reglamento del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social (Decreto 2123/1971, de 23 de julio) se dispone que la inscripción inicial en el censo agrario surtirá de oficio efectos de afiliación al sistema de la Seguridad Social de aquellos trabajadores que previamente no lo estuvieran; con no menos precisión y claridad se precisa que tal inclusión del trabajador en el censo no produce por sí misma el nacimiento del derecho al disfrute de prestaciones, debiendo estarse, a estos efectos, a lo que disponen su apartado 5.º y el artículo 46, los cuales sostienen -respectivamente- que la exclusión del censo de los inscritos indebidamente -y mucho más de los no inscritos- determinará la pérdida de todos los derechos que podría haber devengado la inscripción inválida, siendo determinante de aquélla la falta de alta y, en su caso, del documento de asociación con la Mutua en favor de la cual se hubiera efectuado la opción de aseguramiento de las contingencias profesionales (SCT 23-7-1986 -Ar. 6806-).

La no excesivamente abundante jurisprudencia que ha enunciado supuestos de incumplimiento empresarial de la obligación de inscripción pone de manifiesto que su incumplimiento total, por no solicitarla en momento alguno, o el incumplimiento extemporáneo (116), por solicitarla una vez que ya se ha iniciado la actividad, hace surgir la responsabilidad del empresario por las consecuencias que se derivan de tal falta de inscripción o inscripción tardía (117).

Sin perjuicio de poder construir sin mayores obstáculos la tesis anterior sobre la base exclusiva de falta de seguro por inscripción inexistente, no puede olvidarse que un sector de la doctrina (118), e implícitamente gran parte de los pronunciamientos jurisprudenciales mencionados, afirma «la inexistencia en la terminológica legal [en tanto en los arts. 96 LGSS y 94 a 96 LSS sólo se prevén expresamente como defectos de la relación de aseguramiento relevantes los del art. 94.2 c) *in fine* LSS -la ocultación o falseamientos deliberados en la declaración de circunstancias que hayan motivado un ingreso de cuotas o primas inferiores al precedente-] de precisión de la falta total de seguro por incumplimiento de la obligación de inscripción como supuesto legalmente relevante, por lo que ha de reconducirse al caso del artículo 94.2 a) LSS

(116) Existe abundante jurisprudencia que afirmaba que «la inscripción posterior al inicio de la actividad empresarial no tiene efectos retroactivos». *Vid.*, p. ej., SSCT de 26 y 27 de abril de 1983 (Ar. 3589 y 3641), 7 de noviembre de 1985 (Ar. 6067), 19 de diciembre de 1986 (Ar. 4349) o 22 de febrero de 1987 (Ar. 4170).

Ello es importante, aun puesto en relación con el artículo 4.1 del Real Decreto antes citado, pues «el plazo de cinco días señalado en el artículo 17 de la Orden de 28 de diciembre de 1966 se refiere exclusivamente al supuesto de alta de un trabajador cuando la empresa ya está funcionando legalmente cumpliendo todos los requisitos, incluido el fijado por el artículo 5 de la misma, que establece, como requisito previo e indispensable al inicio de sus actividades, la formulación de su inscripción previa en el Régimen General de la Seguridad Social, no pudiendo aplicarse tal eficacia retroactiva al supuesto de inscripción, que debe ajustarse estrictamente al momento de inicio de la actividad» (STSJ Galicia 30-7-1990 -Ar. 169- y STSJ Valencia 18-9-1991 -Ar. 5156-; STSJ Cataluña 8-1-1992 -Ar. 253-).

La consecuencia obvia de ello es que, igualmente, los cinco días que concede el artículo 17 citado «no pueden considerarse en este supuesto como válidos para la filiación del operario porque, precisamente, la empresa no había cumplido con la exigencia legal imprescindible de haberse inscrito, por lo que a todos los efectos y, en concreto en lo concerniente a la validez de la afiliación, ésta no puede tampoco retrotraerse sino hasta el momento en que efectivamente se produce la inscripción» [SSCT 26 y 27-4-1983 (Ar. 3589 y 3641), 17-1-1984 (Ar. 314), 7-3, 7-11 y 12-12-1985 (Ar. 1641, 6067 y 6945) o 19-12-1986 (Ar. 14349)].

Sin olvidar, por último, que la inscripción en la Seguridad Social es un requisito de expedición del «documento de calificación empresarial» en las actividades exigidas por el Real Decreto 3008/1978 y desarrolladas por Ordenes Ministeriales de 3 agosto y 25 octubre 1979.

(117) Entre otras, SSCT de 15 de marzo de 1982 (Ar. 1538) y 4 de mayo de 1989 (Ar. 3571). Concluyente, SCT 7 de enero de 1985 (Ar. 600): «los empresarios, como requisito previo e indispensable a la iniciación de sus actividades, solicitarán su inscripción en el Régimen General de la Seguridad Social, haciendo constar la entidad aseguradora que haya de asumir la protección de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional del personal a su servicio, de forma que si resultara que antes de cubrir este previo e indispensable trámite, el empresario inició su actividad laboral, no puede desplazarse la responsabilidad del accidente de trabajo de un operario, ocurrido antes de la inscripción, hacia la entidad aseguradora, no se hallaba ni podía estar asegurado, por cuanto la empresa tenía vedado comenzar su actividad, sin que pueda otorgarse eficacia retroactiva a la solicitud de inscripción de la nueva empresa, por no concederse en el ordenamiento jurídico». En igual sentido, STSJ Valencia de 28 de noviembre de 1990, *AL*, 1991/I/381.

(118) *Vid.*, p. ej., SUAREZ PALOMARES, E. y MARTINEZ ESCRIBANO, A.: *La responsabilidad en el pago de prestaciones de la Seguridad Social derivadas de accidentes de trabajo*, Madrid (La Fraternidad) 1986, pág. 36.

de falta de afiliación o alta en tanto la ausencia de inscripción precisamente determina la inexistencia de alta válida o eficaz», aplicándose, en consecuencia, las reglas que se expondrán en tales supuestos, básicamente, la responsabilidad directa y exclusiva del empresario -salvo la responsabilidad directa de la Mutua en la prestación de la asistencia sanitaria- y la responsabilidad subsidiaria del extinto Fondo de Garantía (integrado hoy en el INSS) para los supuestos de insolvencia del empresario responsable de prestaciones económicas.

Por último, la relación de aseguramiento de las contingencias profesionales con una Mutua aseguradora presenta otro elemento de singular importancia para su perfeccionamiento. Según se ha expuesto, la inscripción empresarial no exige únicamente la presentación del modelo oficial acompañado de la documentación que permita la completa identificación del empresario, sea persona natural o jurídica, en los términos de la Orden Ministerial de 27 de julio de 1989, sino que precisa igualmente la aportación del «documento o convenio de asociación» entre empresario y Mutua, salvo que no pueda suscribirse de manera inmediata, en cuyo caso le precede una «proposición de asociación» que, aceptado por la Mutua indicada y recogida en el documento correspondiente, implicará igualmente la asunción por ésta de las obligaciones derivadas de la asociación (119); si bien sigue resultando imprescindible -«lo relevante finalmente», para la posición doctrinal señalada- dar de alta al trabajador en plazo legal (o que la misma sea verificada a instancia del trabajador, proceda de oficio o retrotraiga sus efectos a un momento anterior al de los accidentes que pueda sufrir), para que aquella aseguradora sea realmente responsable (120).

(119) De ahí que ante la presentación del convenio de asociación o propuesta de aseguramiento en fecha posterior a aquella en que se produjo el evento dañoso o situación protegida haya de reputarse realmente inexistente la inscripción de la empresa en la Seguridad Social y, en consecuencia, la imposibilidad de afiliación o alta de trabajadores, resultando de aplicación la regulación de la responsabilidad para tales supuestos establecida en el artículo 94.2 LSS (STSJ Cantabria 12-3-1990 -Ar. 1873-).

Ineficaz resulta el «documento» en el que no consta sello de presentación o de recibo a la que aparentemente va dirigido y en el que adicionalmente, no aparece cumplimentado salvo en su encabezamiento (STSJ Canarias/Las Palmas 5-6-1982 -Ar. 2967-).

En absoluto puede derivarse responsabilidad para el Fondo de Garantía (INSS) en los supuestos de asistencia sanitaria devengada por la Mutua en virtud de contrato suscrito entre ésta y el empresario y no de ningún documento de asociación que cubriera el accidente de trabajo del que resulte lesionado el trabajador asegurado de los referidos riesgos (SCT 7-6-1986 -Ar. 4135-).

Reconociendo la plena virtualidad de la proposición de asociación formulada por el empresario con anterioridad a que hubiese acaecido el accidente, en tanto el artículo 10.3 RMP prescribe que las Mutuas «habrán de aceptar toda proposición de asociación, que respecto a su personal le formulen los empresarios comprendidos en su ámbito» (por todas, SCT 20-9-1988 -Ar. 5861-), y ello aunque se hubiera concertado a través de un agente de la Mutua autorizado para obligarse en nombre de ella y éste, negligentemente, no lo presentara a la correspondiente Tesorería Territorial de la Seguridad Social, «responsabilidad esta que no puede decaer por las simples sospechas de existencia de un fraude ante tales circunstancias ... y ello sin perjuicio de que la Mutua demandada pueda ejercitar ante la Jurisdicción correspondiente las acciones oportunas si se considerase sujeto pasivo de un fraude».

Extenso análisis en SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Régimen ...*, cit., págs. 175 a 178.

(120) Si bien no puede desconocerse la existencia de pronunciamientos a tenor de los cuales basta la mera comunicación del empresario a la Mutua, por cualquier medio, de que el trabajador formaba parte del personal asegurado, caso en que, se entiende, pesaría sobre la Mutua la obligación -o tendría la facultad al menos- de instar de la Inspección o de la TGSS el alta de oficio (por todas, SCT 16-3-1985 -Ar. 1905-).

En cuanto a la suspensión del contrato de seguro si se suspende el contrato por expediente de regulación de empleo, STSJ Castilla-León/Valladolid de 27 de abril de 1992 (Ar. 2035).

Obviamente no basta la simple presentación del elemento físico documental sino que éste deberá contener los derechos y obligaciones de ambas partes [art. 19.1 RMP (121)] y específicamente:

- a) La actividad de la empresa con especificación de los trabajos que se efectúen en la misma (122).
- b) Fecha y hora de comienzo y terminación de los efectos del documento de asociación, con la particularidad de que «no podrá tener un plazo de vigencia superior a un año», sin que, salvo el respeto a las normas generales y a los Estatutos, sea posible fijar períodos mínimos ni condicionantes a la libre disposición de las partes. Se establece, por último, al objeto de garantizar la continuidad del aseguramiento, la prórroga tácita anual del convenio no denunciado por el empresario previa notificación con un mes de antelación como mínimo a la fecha del vencimiento (123).
- c) Lugar donde deben desarrollarse tales trabajos (124).

(121) STSJ Cantabria de 12 de marzo de 1990 (citada).

(122) Bastando «designaciones genéricas, que incluyan todas las actividades, así normales como excepcionales y complementarias, de una explotación, con sus máquinas e instalaciones, sin que el asegurador puede prevalecerse de la falta de especificaciones, ni de la sustitución ordinaria de los medios adscritos a la explotación -SCT 3-3-1987-, ni el destino de trabajadores a tareas distintas de las suyas habituales -SCT 19-12-1983, art. 84.2 c) LGSS-, para negarse a asumir la responsabilidad». ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *op. cit.*, pág. 148.

Participando de tal opinión, aunque matizada con la jurisprudencia en el sentido de que no se incurriera por el empresario en ocultación o falseamiento deliberado y que, por tal conducta maliciosa, haya existido un ingreso por primas inferiores al precedente -que cabe calificar o equiparar por dicho precepto no a los de falta de alta o de absoluta cotización, sino a los de cotización inferior a la debida, propia falta parcial de seguro-, SUAREZ PALOMARES, E. y MARTINEZ ESCRIBANO, E., *op. cit.*, pág. 100. *Contra*, no obstante, considerando «que el riesgo no incluido es riesgo excluido, lo que equivale a inexistencia de seguro», STSJ Andalucía/Sevilla de 24 de octubre de 1990 (Ar. 4574).

Sobre la competencia jurisdiccional en las reclamaciones de cantidad contra la empresa por falsedad en los riesgos asegurados, STS de 16 de enero de 1990, *AL*, núm. 25, 1991, pág. 1.264 y ss.

(123) Artículo 12.2 RMP. Conviene tener en cuenta, al respecto, lo que pueda resultar de los oportunos documentos de cotización, pues si, pese a una inicialmente anunciada denuncia del aseguramiento, la empresa continuara indicando en aquéllos como aseguradora a la misma entidad que lo era inicialmente, y si tales documentos son recibidos por la Mutua y las cuotas ingresadas a su favor sin objeción ni salvedad alguna, cabría entender tal conducta como expresiva de una voluntad tácita a la continuidad en el aseguramiento, «más si no se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 7 de la Orden de 28 de diciembre de 1966, referentes a la necesidad de presentar las oportunas certificaciones del cese en la asociación con otra Mutua o Entidad Gestora» (SCT 15-9-1988 -Ar. 5838-). Por extenso, y contemplando la posibilidad de extender la tesis anterior a los supuestos de otra entidad aseguradora distinta a la inicial designada en los documentos de cotización que se aquietase al pago de las cuotas a su favor, SUAREZ PALOMARES, E. y MARTINEZ ESCRIBANO, A., *op. cit.*, págs. 104 y 107.

(124) Resultando válida una designación genérica del tipo «donde se realicen las actividades de la empresa» (STS 26-1-1962 -Ar. 5124-), en cuyo caso quedan cubiertos los accidentes que hubieran acaecido en el extranjero (STS 15-3-1981 -Ar. 1761-).

- d) Trabajadores asegurados -y en alta- (125) (y salarios que aquéllos perciben), si bien el aseguramiento es válido sin tales detalles (126) por cuanto existen otros medios para determinar aquéllos, singularmente la inclusión del trabajador en el Libro de Matrícula que, diligenciado por la Inspección de Trabajo, debe llevar el empresario (art. 65 LGSS) o la ya aludida inclusión en los documentos de cotización.

2. Defectos en alta y afiliación responsabilidad de la Mutua.

Inscrita la empresa, se exige la afiliación y alta del trabajador para entender perfecta la formalización de la relación de Seguridad Social y, consiguientemente, declarar la responsabilidad de la Mutua Patronal por el accidente de trabajo o enfermedad profesional que hubiere sufrido el trabajador de la empresa que hubiera suscrito el oportuno convenio de asociación con aquélla.

El incumplimiento de estas obligaciones -amén de la responsabilidad penal que pudiere derivarse de la aplicación del art. 499.1 CP- es constitutivo de una infracción laboral grave (art. 14.1.2 de la Ley 8/1988), subsistiendo la obligación de cotización (art. 70.1 LSS) y condicionando de modo fundamental la responsabilidad en orden a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales al ocasionar, como regla general, la directa y principal responsabilidad del empresario que incumple su obligación fundamental [sin perjuicio de la subsidiaria que pesa sobre el INSS en tanto en él se integra -art. 2 del R.D.-L. de 16-11-1978- el antiguo Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (127).

(125) Para un supuesto de trabajador agrícola eventual, declarando expresamente la inaplicabilidad de la Ley de Contrato de Seguros y la expresa aplicación de los artículos 2, 11, 20, 51 y 54 Decreto 3772/1972, SCT de 30 de marzo de 1988 (Ar. 2488) y STSJ Extremadura de 31 de julio de 1990 (Ar. 1308), las cuales señalan: «pues cualquiera que fuera la condición del accidentado, fijo o eventual, éste ha de ser asegurado, y de no hacerse, caso de surgir derecho a alguna prestación, será el responsable el patrono, y claro es, como dice el artículo 30 del Decreto citado, que la obligación de cotizar nace por el inicio de la actividad correspondiente aunque no se esté inserto en el censo agrario, pero en modo alguno se excluye la obligación de asegurar».

(126) Y, por supuesto, no afectan a su vigencia datos aún más tangenciales cuales pueden ser, por ejemplo, la falta de emisión o notificación en tiempo del parte de accidente por la empresa a la aseguradora, ya que «no puede sancionarse con la ineficacia del seguro ... lo que sólo podrá dar lugar a la inoperancia del documento de asociación ni aun en el caso de que se curse de manera "oscura y maliciosa"» (SCT 8-7-1987 -Ar. 15476-; STSJ Madrid 22-9-1992 -Ar. 4457-). Sobre la incidencia de las circunstancias personales del trabajador tales como la menor edad, extranjeros en situación irregular y otras, *vid.*, por todos, SUAREZ PALOMARES, E. y MARTINEZ, E., *op. cit.*, pág. 115 y ss.

(127) Entre otras muchas, específicamente, STS de 15 de abril de 1991 (Ar. 3270); SSTSJ Cataluña de 6 y 10 de abril y 9 de marzo de 1992 (Ar. 2248, 2265 y 1690); SSTSJ La Rioja de 9 de octubre de 1991 (Ar. 5370) y 10 de marzo de 1992 (Ar. 1173); STSJ Canarias/Las Palmas de 5 de mayo de 1992 (Ar. 2438).

Normalidad que exige necesaria precisión en diversos supuestos, singularmente los de afiliación o alta extemporánea, situaciones asimiladas al alta y afiliación o alta indebida o en regímenes inadecuados.

2.1. *El incumplimiento de la obligación empresarial de afiliación y alta en general.*

La regla básica al respecto se contiene en el artículo 96.2 LGSS que prevé, para los supuestos de incumplimiento de las citadas obligaciones de afiliación y alta, «la exigencia de responsabilidad, en cuanto al pago de las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación de procedimiento para hacerla efectiva», la responsabilidad del sujeto a quien se impute el incumplimiento de aquellas obligaciones sustituyendo la responsabilidad normal, en este caso, de la entidad colaboradora.

Si bien el precepto no alude al imputable de la sanción por él establecida es obvio que la misma recae sobre el sujeto responsable de las obligaciones cuyo incumplimiento la origina, es decir, sobre el empresario (128), a quien también incumbe, por tanto, la prueba en cuanto al cumplimiento de las obligaciones de afiliación y alta en relación con la fecha del hecho causante -a la que en su caso equivale la ausencia de notificación a la Mutua de la inclusión de un concreto trabajador en la relación de trabajadores de temporada que se encuentren cubiertos por la póliza de riesgos generales, ya que, por tratarse de una póliza general, el requisito de dicha notificación de la inclusión de un trabajador en la misma es básico, no pudiendo, por tanto, considerarse como de alta, en el riesgo de accidente de trabajo, precisamente por falta de dicho requisito (129)-.

(128) Sin perjuicio de la responsabilidad solidaria que pesa sobre los empresarios sucesor y sucedido en los supuestos de transmisión *inter vivos* y *mortis causa*; los empresarios cedente y cesionario -en el supuesto de cesión de mano de obra- en cuanto «al pago de las prestaciones causadas antes de la sucesión» (art. 97.2 LSS); e, igualmente empresarios asociados en unión sin personalidad (por todos, PALOMEQUE LOPEZ, M.C.: «Empresarios desprovistos de personalidad jurídica», *REDT*, núm. 2, 1980, pág. 221 y ss.; GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Régimen jurídico de la prestación de servicios profesionales por las comunidades de bienes y sociedades irregulares», *RL/II*, 1986, pág. 874 y ss.). En general, MARTINEZ GIRON, J.: *El empresario aparente*, Madrid (Cívitas) 1992. STSJ Galicia de 30 de abril de 1991 (Ar. 2812); STSJ Valencia de 31 de marzo de 1992 (Ar. 1371); STSJ Cataluña de 10 de julio de 1992 (Ar. 4030).

En los supuestos de empresario contratista o subcontratista de empresario principal, ambos han de responder, igualmente, de forma solidaria de las obligaciones referidas a Seguridad Social durante el tiempo de la vigencia de la contrata o subcontrata (art. 42.2 ET). Por contra, el dueño de la obra únicamente es responsable subsidiario (art. 97.1 LSS); *vid.*, entre otras muchas, SSCT de 7 de marzo y 24 de abril de 1986 (Ar. 2290 y 3015).

En general *vid.*, entre otras muchas, SSTS de 24 de marzo y 8 de julio de 1982 (Ar. 2148 y 3738); SSCT de 5 y 3 de junio de 1985 (Ar. 778 y 3698), 7 de octubre y 26 de diciembre de 1986 (Ar. 9086 y 14142).

(129) STSJ La Rioja de 10 de marzo de 1992 (Ar. 1173).

Téngase en cuenta, por otra parte, que el trabajador se encuentra en situación de alta en tanto continúe prestando servicios al empresario o cambie su centro de trabajo (por todas, y de forma contundente, SCT 11-1-1989 -Ar. 926-), teniendo el empresario un plazo de cinco días para cursarla (art. 17.2 de la Orden de 28 de diciembre). Adicionalmente ha de considerarse que la baja formal carece de efecto respecto de la subsistencia de la obliga-

2.2. Afiliación o alta extemporánea.

Especial tratamiento merecen los supuestos de afiliación o alta tardía, esto es, aquellos en que no se trata de un supuesto de incumplimiento puro y simple de tales obligaciones, sino del incumplimiento (que, en un principio, puede considerarse meramente accidental) cual es el de la afiliación fuera de los plazos que reglamentariamente han sido previstos y, básicamente, cuando tal formalización se ha producido después del accidente de trabajo o con efectos posteriores al accidente.

En tales casos, y a los efectos del artículo 94.1 LGSS, lo relevante es si en tal data ya existía la situación de alta, sin que importe tanto la fecha de cumplimiento formal en estas obligaciones o del acto de reconocimiento de la afiliación o alta, cuanto la fecha de efectos que este alta debe tener legal y reglamentariamente.

De este modo cabe reseñar los siguientes grupos de supuestos:

1.º Si en la fecha del accidente ya existía afiliación y alta (o la solicitud de las mismas) esto es, en la hipótesis normal de alta real y formal, la responsabilidad obviamente es de la Mutua con la que hubiera concertado la protección de las contingencias profesionales la empresa.

ción de cotizar si el trabajo se sigue prestando, lo que evidencia el carácter constitutivo de la misma, no obstante lo cual tanto el artículo 70.3 LGSS como el artículo 30.5 Real Decreto 1258/1987 establecen que la obligación de cotizar permanece aunque se haya cesado en el trabajo mientras la baja no se cause [excepcionalmente, dispensando la falta final de baja -seguida de un «alta casi inmediata» en otras empresas-, STS, Contencioso-Administrativo de 28-5-1981 (Ar. 2177)].

Igualmente debe dejarse constancia que las cotizaciones extratemporales -una vez cesada la prestación no acompañada de la comunicación tardía de la baja en modelo oficial o expresamente en los documentos de cotización- carecen de eficacia alguna en materia de prestaciones, en cuanto se prestarían a fraudes y simulaciones, y se constituye en real sanción al empresario falta de diligencia.

Sin embargo, las tesis expuestas se flexibilizan en un doble sentido:

- De una parte, otorgando validez a las cotizaciones extemporáneas si se prueba la inexistencia de voluntad de fraude en el empresario (STS 2-3-1977 -Ar. 1789-; *contra*, no obstante, SCT 4 -9-1986 -Ar. 7389-).
- De otra, afirmando (en supuestos ciertamente excepcionales) que, a pesar de haberse cursado el parte de baja con los efectos retroactivos de los cinco días aludidos (art. 18.3 de la Orden de 28-12-1966), cuando tal comunicación no va acompañada del cese efectivo de la actividad laboral, responda a un error burocrático no del empresario sino del gestor y, adicionalmente, el siniestro se produzca el día mismo en que se cursa la baja, es indudable tal remisión debe imputarse a un patente error no directamente atribuible al empresario y carente de cualquier sentido razonable, en cuanto significaría que el empresario destruye conscientemente *a posteriori* la concurrencia de las condiciones que, existiendo entonces, le exoneraban de responsabilidad en cuanto a determinadas consecuencias prestacionales derivadas del accidente y que, en adelante, pasa a correr de su cargo bien directamente, bien, en su caso, por vía de repetición (STSJ Baleares 24-1-1991).

2.º A la situación anterior equivale el supuesto de inexistencia de alta formal cuando acaeció el accidente si, no obstante, se insta aquélla -por el empresario normalmente, aunque puede que también por el trabajador- con posterioridad al mismo en el plazo de los cinco días -naturales (130)- siguientes al del inicio de la prestación, pues en tales supuestos la comunicación tiene plenos efectos retroactivos al día inicial, incluso respecto de accidentes de trabajo que hubieran acaecido con anterioridad a la misma -arts. 11.2 y 17.2 de la Orden de 28-12-1966-(131).

3.º Un supuesto límite -pero no infrecuente en la época actual (132)- es el de alta solicitada fuera de plazo legal pero en el mismo día del accidente. Dejando al margen los supuestos en que la precisión del orden cronológico de tales eventos pudiera resultar irrelevante, por no estar vigente la relación de aseguramiento, en los supuestos de vigencia pacífica de seguro de la empresa con la Mutua parece indudable que si el instante u hora de solicitud de alta es anterior al del accidente, existiría alta en el momento del hecho causante, mientras que si el accidente ocurre en momento anterior al alta no habría tal cuando acaece el evento. Si bien podrá alegarse en contra de tal consideración que «dado que la LGSS y la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966 marcan los efectos del alta y señalan los plazos para instarla empleando los

(130) Entre otras muchas, STSJ Madrid de 31 de octubre de 1990 (Ar. 2787); STSJ Cataluña de 6 de abril de 1992 (Ar. 1992). «Al constituir el precepto una excepción al artículo 60 de la Ley de Procedimiento Administrativo (actual art. 48.1 Ley 30/1992) ..., al tratarse de días naturales que, de conformidad con el artículo 5.2 CC no se excluyen los inhábiles» (STSJ Cataluña 9-3-1992 -Ar. 1690-).

(131) SSCT de 22 de octubre de 1984 (Ar. 7938), 7 de marzo de 1985 (Ar. 1641), 16 de abril y 10 de noviembre de 1986 (Ar. 2565 y 11201), 4 y 12 de febrero y 3 de junio de 1987 (Ar. 2350, 3111 y 12153), 1 de marzo de 1988 (Ar. 2289), 20 de febrero y 17 de abril de 1989 (Ar. 1708 y 2980), 10 y 18 de mayo de 1989 (Ar. 3628 y 3684); STSJ Madrid de 19 de febrero de 1990 (Ar. 994).

Ello incluso en los supuestos en que el alta se produce con posterioridad al fallecimiento del trabajador, siempre y cuando se inste en el plazo reglamentariamente previsto (*vid.*, p.ej., las citadas SCT 1-3-1988; STSJ Madrid 20-2-1990; STSJ Galicia 4-4-1991 -Ar. 2390- y STSJ Cataluña 6-4-1992), «sin que tal pueda considerarse fraude de ley ni abuso de derecho sino el cumplimiento de una obligación *ex lege* con las derivaciones consiguientes, entre ellas el desplazamiento de la responsabilidad nacida del luctuoso suceso» (SCT 17-4-1989).

Salvo, lógicamente, concurren en el supuesto de hecho concreto datos objetivos que pongan de manifiesto la contraria voluntad del empresario al cumplimiento de las obligaciones que en tal ámbito le correspondían (*vid.*, p.ej., STSJ Galicia 5-7-1991 -Ar. 4568-).

La afiliación o alta que acaezca de oficio, mediante la actuación de la Inspección, surte efectos, bien desde la denuncia (SCT 4-2-1987 -Ar. 2353-), bien desde que se produce esta actuación (SCT 24-6-1987 -Ar.14075-) -art. 18.2 de la Orden de 28-12-1966 [precepto que reconoce real eficacia retroactiva, si bien limitada, según los supuestos:

- a) A la fecha en que el empresario hubiera ingresado las cuotas correspondientes a un empresario respecto del cual se hubiera omitido la obligación de solicitar el alta.
- b) Según se ha dicho, a la fecha de actuación de la Inspección de Trabajo o de la solicitud, denuncia, queja o petición expresa que dio lugar a tal actuación.
- c) A la fecha de conocimiento por parte de la Entidad Gestora de la ausencia de alta]-.

Sin que en ningún caso el alta de oficio pueda retrotraer sus efectos más allá de lo permitido por Ley (STSJ Galicia 4-7-1991, citada).

(132) Y buena prueba de ello se encuentra en la SCT de 22 de septiembre de 1983, citada.

términos de "días" o "fechas", expresándose éstas siempre en días, es un contrasentido que pretendan limitarse los efectos del alta extemporánea al "instante" o "momento" en que se produce, debiendo, por contra, llevarse al momento de inicio del día natural, pues, como establecía el antiguo artículo 7.º CC, si en las leyes se habla de días, se entenderá que lo son de veinticuatro horas, y el cómputo entero del día inicial de los plazos es principio general de nuestro ordenamiento» (133).

4.º Por último, los supuestos de extemporaneidad en sentido estricto, esto es, cuando sólo tras el accidente se solicita o practica el alta, pero ésta no retrotrae sus efectos a un momento anterior, con arreglo a las normas antes citadas, la consecuencia no puede ser otra que negar cualquier eficacia a la solicitud (art. 66 LSS; art. 30 R.D. 1258/1987) y, por consiguiente, estimar aplicable la regla general apuntada: falta de aseguramiento (134) y responsabilidad directa y principal del empresario (135).

(133) SUAREZ PALOMARES, E. y MARTINEZ ESCRIBANO, A.: *La responsabilidad ...*, cit., pág. 55, citando, en tal sentido, la SCT 21 de mayo de 1985 (Ar. 3033) y la ya citada SCT 22 de septiembre de 1983; y, en sentido contrario, SCT 14 de febrero de 1978 (Ar. 920), que exonera de responsabilidad al empresario que dé de alta al trabajador el mismo día de sufrir éste un accidente de trabajo y fuera del plazo reglamentario, porque «no consta que hubiere sido en hora posterior al accidente, y precisamente tras haber tenido conocimiento de él» (*vid.*, igualmente, STS 29-9-1988 -Ar. 5918-).

(134) Por todas, STS de 14 de diciembre de 1983 (Ar. 6242); SCT de 3 de junio de 1987 (Ar. 12153).

(135) Entre otras muchas, SSCT de 10 de enero y 12 de diciembre de 1985 (Ar. 124 y 6945) y 7 de octubre de 1986 (Ar. 9090); STSJ Madrid de 31 de octubre de 1990; SSTSJ Cataluña de 9 de marzo y 6 de abril de 1992 (citadas); STSJ Valencia de 31 de marzo de 1992 (Ar. 1371).

Igual consecuencia lleva aparejada la inactividad del empresario tras el accidente en orden a regularizar la relación laboral del accidentado si se encontrara en el plazo de 5 días a que alude el artículo 17.2 de la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966; STSJ Galicia de 4 de julio de 1991, con cita de las SSCT de 7 de noviembre y 12 de diciembre de 1985 y 19 de diciembre de 1986.

No obstante lo anterior, si la circunstancia de «no alta» no es responsabilidad del empresario sino del proceso burocrático, aquél queda liberado de cualquier responsabilidad; SCT de 3 de diciembre de 1985 (Ar. 6760). Implícitamente («siendo el empresario el responsable») la ya citada STS de 14 de diciembre de 1983.

Ineficaz resulta la cotización efectuada en relación con personas no afiliadas o en alta (por todas SCT 15-2-1979, citada, y STSJ Madrid 19-12-1990 -Ar. 3807-) y tal regla general tiene como excepción la ya señalada de que el INSS haya practicado la afiliación o alta de oficio, remitiéndose, en su eficacia, a lo dispuesto en el desarrollo reglamentario (arts. 92.3.3 LSS y 66.2 LGSS -constituido actualmente por el art. 30 R.D. 1258/1987-).

Regla general que se corresponde con la ya aludida previsión del artículo 66.2 en materia de alta y afiliación y es, asimismo, congruente con la previsión del artículo 92.3.1 b), el cual, si bien otorga valor a las cotizaciones efectuadas fuera de plazo «a consecuencia de la acción inspectora o espontáneamente previa comprobación de la Inspección», no obstante, preceptúa que si tal cotización, aun por la acción inspectora, ocurre respecto de personas que no estén afiliadas o en alta no cabe extraer tal consecuencia [la situación de alta -y afiliación- se constituye, por tanto, en real «presupuesto mínimo y condicionante» -SCT 26-2-1987 (Ar. 4338) y las que cita-]. Cabe señalar, sin embargo, la flexibilidad que se percibe en la jurisprudencia ante los supuestos especiales en que al trabajador no se le da de alta y no se cotiza por él precisamente por discutirse -incluso en vía judicial- la propia existencia de relación laboral. Si bien se sienta en una mayoría de pronunciamientos que la sentencia no tiene efecto sanador de los incumplimientos empresariales (STS. 13-10-1983 -Ar. 8427- y las que cita), existen otros que exoneran de responsabilidad (sin perjuicio de reclamar las cuotas debidas) en tal supuesto al empresario (por todas STS 3-5-1988 -Ar. 4979-).

Sobre los efectos del alta de oficio acompañada de cotización -siempre que se produzca antes del accidente-, por todas, SSCT de 7 y 24 de abril de 1987 (Ar. 7642 y 14075).

2.3. Situaciones asimiladas al alta y responsabilidad de la Mutua. El principio de automaticidad de las prestaciones.

La significación del alta presunta o de pleno derecho -que se diferencia por el art. 95.3 LGSS de la asimilación al alta (art. 95.1.º y 2), evitando la confusión a que puede inducir el hecho de que tal precepto se titule de forma genérica «situaciones asimiladas al alta» (136)-, es decir, «la reacción del Ordenamiento de la Seguridad Social ante el incumplimiento por parte del empresario de su obligación de dar de alta a un trabajador: dado el presupuesto de hecho del alta, ésta se presume *iuris et de iure* siempre que la concurrencia de aquel presupuesto -la realización del trabajo por cuenta ajena- quede debidamente demostrada» (137), es objeto de amplio detalle doctrinal (con plasmación jurisprudencial) en orden a la aplicabilidad del principio de automaticidad (138).

(136) Especial interés presenta el supuesto de i.l.t. -e invalidez provisional (en tanto contingencia que sucede sin solución de continuidad a la i.l.t. y desde la que se accede a cualquier otra si producido en ella el hecho causante), si bien con menor relieve dada la ausencia de obligación de cotizar durante la misma, peculiaridad que sí se reflejará respecto a la i.l.t.-, que un sector de la doctrina califica de «situación asimilada al alta» (ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *op. cit.*, pág. 432); en tanto que otro, sobre la base de los artículos 70.4 LGSS, 17.1 de la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966 (cuando afirma que «no se considerará como cese -en el trabajo- la situación de i.l.t.») y 22.1 Real Decreto 1258/1987, mantiene que es un supuesto de plena alta (ALARCON CARACUEL, M.R. y GONZALEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social, cit.*, pág. 159). En tal situación subsiste el contrato tanto si éste es por tiempo indefinido como si se extingue precisamente durante la i.l.t. -básicamente cuando se trata de un contrato temporal-, aunque en este último supuesto acaece la importante circunstancia del cambio de responsable de la cotización (generalizando la regla del art. 19.4 R.D. 628/1985): al extinguirse el contrato de trabajo el empresario deja de cotizar, pese a la situación de incapacidad, y el trabajador pasa a una situación de desempleo potencial continuando percibiendo la i.l.t. hasta su extinción. Ante tal eventualidad, las normas sobre i.l.t.-desempleo son de aplicación tanto si la i.l.t. proviene de enfermedad como de accidente de trabajo y si el riesgo es cubierto, en el último caso, por el INSS o Mutua (SCT 5-11-1983 -Ar. 9319-).

Se apunta, no obstante, que se trata de una cuestión no resuelta sobre quién paga las cotizaciones durante el tiempo que se está en desempleo pero percibiendo subsidio de i.l.t. por extinción de la relación laboral durante ésta. Aunque una solución podría ser que «abone las cotizaciones quien paga el subsidio», parece más razonable que corrieran a cargo del INEM, generalizando el último inciso del artículo 19.3 de la Ley 31/1984, que remite al segundo inciso del artículo 19.4 Real Decreto 625/1985. ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *op. cit.*, pág. 212, nota 120.

En el supuesto de trabajador con contrato temporal que se encuentre en situación de i.l.t., e incumplimiento empresarial de la obligación de afiliación o alta, es obvio que el empresario va a resultar responsable de su abono por todo el tiempo que dure la situación de i.l.t., incluyendo, por tanto, el período que media entre la extinción del contrato y el fin de la circunstancia que origina la prestación (SCT 2-4-1985 -Ar. 2313-). Regla que no es sino especificación de la general -pese a las imprecisiones de alguna jurisprudencia- conforme a la cual en caso de inexistencia de alta o afiliación, las prestaciones económicas de i.l.t. son de exclusiva responsabilidad del empresario [invocando siempre los arts. 94.2 a) y 95.1.3.ª LSS] sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del INSS. Significativa muestra de pronunciamientos jurisprudenciales en SUAREZ PALOMARES, E. y MARTINEZ ESCRIBANO, A., *op. cit.*, págs. 44 a 48.

(137) En definición de ALARCON CARACUEL, M.R. y GONZALEZ ORTEGA, S., *op. cit.*, 4.ª ed., renovada, 1991, pág. 128.

(138) Esto es de la «técnica instrumental en garantía del beneficiario que supone la asunción directa e inmediata del pago de las prestaciones por la Entidad Gestora, incluso en los supuestos de incumplimiento empresarial», en definición clásica de SALA FRANCO, T.: «El régimen jurídico del derecho a prestaciones de la Seguridad Social (un estudio de la responsabilidad empresarial por falta de afiliación, alta y cotización)», *RISS*, n.º 6, 1974, pág. 1.462.

En efecto, en tanto se coincide en que la ley no se limita a una equiparación de efectos entre el alta real o formal, sino que establece una ficción jurídica, pero sólo respecto de determinadas prestaciones (asistencia sanitaria, desempleo) o en determinadas circunstancias (riesgos profesionales), se discrepa en torno a si del contenido del artículo 95.3 LGSS -al menos si considerado aisladamente- puede derivarse la regla de automaticidad.

En tanto un sector doctrinal entiende que el alta presunta o de pleno derecho sería, una ficción legal de existencia del requisito del alta -a que el art. 94.1 LGSS se refiere-, que equivaldría a la existencia de alta real o formal sólo en el sentido de presumirse cumplido por el beneficiario o causante tal requisito del artículo 94.1 LGSS al sufrir un accidente de trabajo (presunción derivada de la propia existencia de aquél): «en un sentido legal del mismo presupone la existencia de un trabajo por cuenta ajena que incluye al trabajador en el campo de aplicación del Régimen General. Sin embargo, el alta presunta no implica la existencia real a los efectos de imputación de la responsabilidad, sino sólo a los de su devengo» (139).

(139) SUAREZ PALOMARES, E. y MARTINEZ ESCRIBANO, A., *op. cit.*, págs. 49-50 y 63. Adicionalmente señalan:

- 1.º Que la regla de automaticidad no puede derivarse del artículo 95.3 LGSS «máxime si advertimos que el artículo 93.3 LSS contenía igual previsión para los accidentes de trabajo y no por ello se dice que estableciera ya la automaticidad».
- 2.º Que el artículo 96.3 tampoco implanta el principio de automaticidad para todas las prestaciones en caso de incumplimientos empresariales, «... pues tal artículo 96.3 LGSS, a nuestro juicio, remite a normas reglamentarias la determinación de los casos y alcance de automaticidad en supuestos de infracciones empresariales que el artículo 96.2 de la misma ley prevé y para los que establece, por supuesto, responsabilidad empresarial, que no necesita de normas reglamentarias de desarrollo para su exigibilidad».
- 3.º Que la automaticidad no existe si no media inscripción empresarial, afiliación y alta de trabajadores y una relación de aseguramiento vigente, «no pudiendo compartirse que exista aseguramiento y automaticidad por la mera designación por el empresario de la autoridad aseguradora..., dado que la automaticidad (salvo para asistencia sanitaria y desempleo) exige no sólo estas conductas, sino otras, en cuya virtud podría decirse juega cuando media una relación de aseguramiento, vigente con plena efectividad ..., lo que presupone la existencia de inscripción empresarial, afiliación y alta del trabajador y, además, el complemento esencial de la obligación de cotizar, sin relevancia de incumplimientos accidentales u ocasionales, por lo que, en definitiva, la existencia de altas en cualquiera de sus tipos legales (real, asimilada o presunta), no es, por sí sola, definitoria del régimen de imputación de responsabilidad».
- 4.º En directa alusión a los artículos 94.2 a) y 4 LSS, puestos en relación con el artículo 95.3, se asegura que «ni este artículo 95.3 LSS tiene el significado que se le atribuye de ... obligar a la aseguradora al anticipo de las prestaciones de invalidez y muerte en caso de falta de alta, ni puede olvidarse que para estas prestaciones existen reglas específicas, la 4.ª y la 5.ª del apartado 1 del mismo artículo 95, que, con claridad permiten negar la existencia de automaticidad ... El artículo 95.3 LSS, por lo pronto, literalmente se refiere a las pensiones y subsidios de invalidez y supervivencia de trabajadores "en alta", sin que, por tanto, los beneficios anunciados en el mismo sean aplicables al caso de inexistencia de alta, aparte de lo cual parece pensar en el caso, que el artículo 95.2 LSS regula, de empresario que no se encuentre al corriente en el pago de cuotas en relación con la pensión de vejez de trabajador que estuviese en alta».

Sobre tal tesis *vid.* los trabajos ya clásicos de SALA FRANCO, T., *loc. cit.*; ALBIOL MONTESINOS, I.: «Condicionamientos objetivos del derecho a prestaciones en el Régimen General de la Seguridad Social. La afiliación y el alta», *RISS*, núm. 5, 1970, pág. 963 y ss.; BARRIONUEVO PEÑA, J.: «La responsabilidad en el pago de las prestaciones del régimen general de la Seguridad Social», *RPS*, n.º 113, pág. 93 y ss. Sobre el específico supuesto de la invalidez permanente y el juego del artículo 95.3 LGSS, ALVAREZ DE LA ROSA, J.M.: *Invalidez permanente y Seguridad Social*, Madrid (Cívitas), 1982, págs. 300-301.

Por contra, otro sector entiende que la regla general -con la escasamente relevante excepción de las prestaciones familiares- es que el principio de automaticidad ha de operar siempre que el trabajador esté dado de alta, en situación asimilada al alta o -y también- en los supuestos en que el trabajador esté en alta presunta o de pleno derecho (140). Precisamente sobre la base del artículo 95.3 LGSS analiza la más autorizada doctrina la «instauración plena ... del principio de automaticidad absoluta de las prestaciones». Si conforme al mismo los trabajadores en régimen general «se considerarán de pleno derecho en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo ... aunque el empresario hubiese incumplido sus obligaciones, esto quiere decir o nada o que si existe aseguramiento, esto es, cobertura del riesgo con el INSS o Mutua, el asegurador es quien responde inmediatamente de las prestaciones, sin perjuicio de repercutirlas contra el empresario que hubiera incumplido sus obligaciones en materia de afiliación, alta Si el aseguramiento no existe, esto es, si hay falta total de seguro el responsable directo es el empresario ... puesto que no hay posibilidad de identificación de asegurador que pueda responder» (141).

Intimamente vinculado al propio desarrollo jurisprudencial del principio de automaticidad se encuentra el problema del anticipo por la entidad aseguradora de las prestaciones económicas derivadas de contingencias profesionales en los supuestos de incumplimiento empresarial de las obligaciones de alta y afiliación.

Tres han sido las tesis que al respecto se han sostenido:

1.^a Interpretando que la falta de desarrollo reglamentario del artículo 96.2 LGSS debe conducir, en aplicación de la disposición transitoria 2.^a del Decreto 1645/1972, a la aplicación de los artículos 94 y 95 LSS, se sostiene que el número 2.^o del primero prevé la responsabilidad empresarial por falta de afiliación o de alta, en tanto que el segundo insiste (en su n.^o 3.^o,

(140) Por todos, ALARCON CARACUEL, M.R. y GONZALEZ ORTEGA, S., *op. cit.*, págs. 137 y 144, reseñando que la consideración de su juego en este último supuesto «hace que sea extremadamente importante tener muy en cuenta los supuestos de alta presunta establecidos por el artículo 95.3 LGSS, precepto que tiene un valor instrumental, respecto del alcance del principio de automaticidad establecido por el artículo 96.3 LGSS, y desarrollado por el artículo 95 LSS».

Por su claridad, STST Baleares de 24 de enero de 1991 (Ar. 1013).

(141) ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *op. cit.*, pág. 162. Especial interés ofrece la tesis denominada de «interpretación progresiva» que, partiendo no del artículo 95.3 LGSS sino del propio 96.3 LGSS, defiende la plena implantación del principio de automaticidad, apreciando que «la recta y progresiva aplicación de este principio, propicia la imputación directa de la responsabilidad en el pago a las Entidades Gestoras, colaboradoras y servicios comunes competentes, incluso en los supuestos de ausencia afiliación, alta y cotización, con independencia de que dicha responsabilidad pueda y deba exigirse al empresario infractor, y la consiguiente subrogación en los derechos y acciones de los beneficiarios». GARCIA ORTUÑO, F.: «La responsabilidad en el pago de las prestaciones del régimen general de la Seguridad Social», *RPS*, núm. 113, 1977. Sobre las deficiencias en instrumentación jurídica de la automaticidad, básico, ALMANSA PASTOR, J.M., *op. cit.*, especialmente, pág. 362, autor presente en gran parte de las tesis en el estudio sostenidas.

en relación con el n.º 2.º) en la necesidad del alta para que la Entidad Gestora anticipe las prestaciones. Dado que la hipótesis de que se parte es precisamente el de la ausencia de tal requisito «no cabe imputar ningún género de responsabilidad al INSS, ni siquiera por vía de anticipación» (142).

2.ª La posición jurisprudencial mayoritaria sostiene que «la exoneración de las Mutuas en estos casos es absoluta y, al igual que no puede pretenderse el pago subsidiario de las prestaciones económicas, tampoco y menos se puede hacer tal respecto del anticipo» (143). Por contra, interpretando el artículo 94.4 LSS en relación con los artículos 96.3 LGSS y 124, 126 y 128 RAT, «ha de llegarse a la conclusión de que la actuación del INSS no puede condicionarse a la insolvencia del empresario responsable sino que ha de comprender el anticipo de las prestaciones también en el supuesto de falta de alta -o afiliación-» (144).

3.ª En línea con la más reciente jurisprudencia, desarrollada al respecto en materia de incumplimiento de la obligación empresarial de cotizar, se extiende tímidamente la tesis de la obligación de anticipo por la Mutua aseguradora a estos supuestos de falta de alta, «pues tal incumplimiento ... (provoca como) consecuencias en orden a la imputación de responsabilidades el mantener la responsabilidad directa de la empresa, decretar la obligación de anticipo para la Mutua, con derecho al reintegro frente a la empresa y subsidiariamente frente al INSS y de la TGSS en orden a sus obligaciones legales, que son, para el primero, la responsabilidad subsidiaria incluso frente a la Mutua en caso de insolvencia de la empresa; y, para la segunda, las derivadas de las obligaciones propias del antiguo servicio de reaseguro» (145).

(142) STSJ Cataluña de 26 de marzo de 1992 (Ar. 1762). Negando el anticipo con carácter general vid., entre otras muchas, SSCT de 1 de febrero, 13 de octubre y 19 de diciembre de 1988 (Ar. 1174, 6556 y 8363) y 28 de febrero y 3 de mayo de 1989 (Ar. 1943 y 3755).

(143) Entre otras, y con carácter general, STS de 4 de junio de 1986 (Ar. 3467), 20 y 21 de enero de 1987 (Ar. 89, 102 y 808); STS 3 de mayo de 1988 -ya citada-; SSCT de 13 de febrero, 16 de marzo, 25 de junio de 1987 (Ar. 3170, 5845, 14164) y 20 de enero de 1989 (Ar. 786); STSJ Cataluña de 9 de marzo de 1992. Vid., en idéntico sentido STSJ Cataluña de 6 de abril (citada) y 10 de julio de 1992 (Ar. 4030).

(144) SSTSJ Canarias/Las Palmas de 27 de marzo y 30 de abril de 1991 (Ar. 2247 y 2812) -sobre la base de la STS 29-9-1988 (Ar. 7148) ya implícita en, entre otras, SCT 26-12-1986-.

Se añade que la imputación señalada «armoniza con la afirmación creciente del principio de responsabilidad pública derivado del artículo 41 CE y reconocido por STCo 65/1987, de 21 de mayo, aunque no exista desarrollo reglamentario al efecto ni regulación en la LSS. Tampoco es extraño ni nuevo dentro del mecanismo de la Seguridad Social, ya que se entendía que en los supuestos de i.l.t. derivados de causa profesional, cuyas prestaciones fueron responsabilidad de la empresa, no era necesario llegar a la insolvencia de ésta para originar el abono por el Fondo, sino que bastaba el impago de la prestación para que la Mutualidad Laboral anticipara la misma con cargo al Fondo de Garantía».

(145) STSJ Canarias/Las Palmas de 5 de mayo de 1992 (Ar. 2438). Menos clara, STSJ Cataluña de 10 de abril de 1992 (Ar. 2265). Tesis que, por lo demás, tiene un importante interés adicional en el marco procesal, pues si hasta ahora se mantenía con carácter pacífico que «cabe significar que el supuesto contemplado en el artículo 95 LSS, en virtud de la aplicación a las Mutuas de lo prevenido en la regla 2.ª del artículo 96 LGSS, que ciertamente tiene gran razón de ser dada la norma referente al Fondo de Garantía, no es de aplicación al caso debatido, a los fines de litis-consorcio, pues el eventual adelanto de las prestaciones -que exigiría traer a la Mutua al proceso- tiene como requisito inexcusable la situación de alta del obrero de la Seguridad Social en relación al empresario que tiene concertado el aseguramiento con la Mutua, por lo que no dándose este requisito de alta era imposible la condena de adelanto de prestaciones» [SCT 14-6-1983 (Ar. 5654)], tal tesis debe descartarse a la vista de lo *supra* postulado.

2.4. Afiliación y alta indebidas o en regímenes inadecuados.

A partir de los artículos 59, 95.2.2.^a LGSS y 92 y concordantes LSS [teniendo igualmente en consideración preceptos semejantes que existen en Regímenes Especiales (146)] cabe entender que en los supuestos de afiliación indebida -esto es, cuando la persona afiliada no está incluida realmente en el campo de aplicación de ninguno de los Regímenes de Seguridad Social- y alta indebida -la realizada en un Régimen concreto respecto de persona no incluida en el campo de aplicación de tal Régimen- las consecuencias no pueden ser otras que privar de efectos a las cotizaciones que hubieran podido producirse (147), al padecer desde su inicio un defecto que motiva la nulidad de aquellos actos (148), sin que pueda alegar en su contra la doctrina de los actos propios de la entidad que admiten tales actos de afiliación y cotización, ni un enriquecimiento injusto de la misma, por la inadecuada aplicabilidad de esta doctrina en materia de Seguridad Social, dada la imposibilidad de invocar el actuar administrativo como fuente de derecho en el supuesto de nulidad radical o invalidez del mismo (149).

En referencia expresa al alta indebida en un Régimen acompañada de efectiva prestación en otro, la regla general no es otra sino la expuesta de falta de alta, que origina la responsabilidad empresarial y la subsidiaria del INSS -salvo la automaticidad en materia de asistencia sanitaria-, como sostienen los artículos 94.2 a), 94.4 y 95.1 LSS (150). Regla que parece cier-

(146) *Vid.*, p. ej., artículo 12 Decreto 2346/1969 o 15.5 y 17.1 b) Decreto 3772/1972.

(147) Por todas, SCT de 29 de enero y 30 de marzo -ésta para un supuesto en que además la afiliación se declara fraudulenta- 1985 (Ar. 523 y 2229). Sobre el mantenimiento de la responsabilidad en la empresa y subsidiaria de la Mutua, no del INSS, STSJ Canarias/Las Palmas de 14 de noviembre de 1990 (Ar. 1052).

(148) De forma harto concluyente -y ciertamente estricta- la STS de 27 de febrero de 1973 (Ar. 271) señala que «en materia tan polemizada como es la ineficacia de los actos y negocios jurídicos el artículo 4 (hoy 6) CC no ha de ser interpretado con criterio rígido, sino con prudente flexibilidad, pues no es preciso que la validez de los actos contrarios a ley sea ordenada de modo expreso y textual, ni siempre subsigue a toda disconformidad con una ley a toda omisión del acto de que se trata, la sanción de nulidad; el Ordenamiento, con frecuencia, establece los efectos o consecuencias de un acto celebrado en contra de sus disposiciones (en el caso afiliación y alta extemporánea y denegación de cualquier eficacia retroactiva), y así:

(...)

a) Para los supuestos de afiliación errónea, el pago de las cuotas es ineficaz, pues se las estima indebidamente ingresadas y no pueden computarse a efectos de las prestaciones (art. 63.3 LSS).

b) Con la sanción, si se ingresaron maliciosamente, de no proceder a su devolución; luego si estas cuotas no computaban para la finalidad específica de las prestaciones ... es claro que la afiliación errónea no surte efecto alguno *ab initio*, y como los actos anulables si los producen en tanto no se declara su anulabilidad o se subsana el defecto, fuerza es convenir la nulidad de la afiliación errónea ... sin subsanación posible por el transcurso del tiempo; ineficacia enérgica, con valor de nulidad a la establecida en el artículo 4 CC».

(149) ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *op. cit.*, págs. 475 y 476 con abundante cita de jurisprudencia en este sentido, señalando cómo cada vez se hace un menor uso de ella y son precisamente las Mutuas la excepción en relación con el aseguramiento de accidentes de trabajo (Nota 193).

(150) *Vid.* SSCT de 31 de enero de 1983 (citada) y 29 de enero de 1985 (Ar. 523).

tamente congruente cuando existe una diferencia esencial entre el Régimen en el que se ha producido la afiliación y alta y aquel en que se efectúa la prestación, en cuanto encubren un fraude real que, en sentido propio, puede considerarse de falta total de aseguramiento, no pudiendo dudarse, por consiguiente, que ninguna Entidad aseguradora debe (puede) considerarse responsable de las prestaciones por los accidentes sufridos por el trabajador incorrectamente encuadrado (151). No obstante, la tesis anterior debería flexibilizarse en los supuestos en que el Régimen en que se está en alta indebidamente es uno de los más próximos o similares entre los existentes para trabajadores por cuenta ajena (p. ej., Régimen General-Régimen Especial Agrario), estimando que la confusión es fácil y que el error no puede privar de vigencia a la relación de aseguramiento establecida, imputando, consiguientemente, la oportuna responsabilidad a las aseguradoras (152) y no únicamente estableciendo el derecho a la devolución de las pertinentes cuotas abonadas de forma errónea. Ello sin olvidar que inicialmente el alta en Régimen inadecuado se pone de manifiesto con motivo de una actuación inspectora que determinará el alta válida en el Régimen adecuado, con aplicación, en tal caso, de las reglas generales de responsabilidad derivada de incumplimiento empresarial de las obligaciones de Seguridad Social; y del dato relativo a que estos supuestos habrían de resolverse aplicando las reglas que aparecen como elementos necesarios en los artículos 10 y 19 Real Decreto 1509/1976 (concretamente, en este supuesto, el trabajo asegurado) y las consecuencias derivadas de la ocultación o falseamiento de los mismos, que, conforme al artículo 94.2 c) LSS, sólo determinarán responsabilidad empresarial, si son deliberadas y han motivado un ingreso de cuotas o primas inferiores al precedente.

2.5. Asistencia sanitaria.

La regla anterior de responsabilidad principal y directa del empresario por falta de afiliación y alta del trabajador (y subsidiaria de INSS) presenta como excepción más notable el supuesto de asistencia sanitaria, por cuanto el artículo 95.1.1. LSS -aplicable a las Mutuas en virtud del art. 95.5.º LSS- prevé que tal prestación, cuando se trate de trabajadores en alta o que estén comprendidos en alguno de los supuestos del artículo 93.3, será facilitada por la entidad aseguradora de forma directa e inmediata, viniendo obligado el empresario a reintegrarle los gastos correspondientes al tratamiento completo dispensado por la misma al trabajador; en tanto, el artículo 93.3 LSS incluye específicamente los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, aun mediando incumplimiento de sus obligaciones de alta y afiliación. Por ello cabe afirmar que, aun sin existencia de tal afiliación o alta, la Mutua debe ser conside-

(151) *Vid.* SUAREZ PALOMARES, E. y MARTINEZ ESCRIBANO, A., *op. cit.*, pág. 60.

(152) En tal línea, SCT de 30 de marzo de 1985 (Ar. 2229), exigiendo fraude del empresario (y, por tanto, prueba en tal sentido de la aseguradora) para que opere la exención de responsabilidad señalada. En sentido contrario, la citada SCT de 29 de enero de 1985 declara inaplicables las reglas de los artículos 94 y ss. LSS a un caso precisamente de alta inadecuada en el Régimen Especial Agrario, cuando lo procedente era el alta en el Régimen General.

rada responsable inmediata de la prestación de asistencia sanitaria en toda su extensión -esto es «desde el momento en que se produzca el accidente», «durante el tiempo que su estado patológico lo requiera» y «hasta que se le dé de alta por curación total»- si bien el empresario incumplidor devendrá responsable mediato y último resarciendo a aquella de los gastos correspondientes [en idéntico sentido art. 10.2 y 4 R.D. 2766/1967 (153) -al punto que, sin discusión, se admite como prototipo de operatividad del principio de automaticidad (154)-].

IV. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE COTIZAR Y ATRIBUCION O EXTENSION DE RESPONSABILIDAD A LAS MUTUAS

La obligación de cotizar por contingencias profesionales surge para el empresario -único sujeto obligado y responsable de su pago (155)- desde el inicio de la prestación del trabajo (incluso aunque se incumplan las obligaciones de inscripción empresarial, afiliación y alta de los trabajadores), manteniéndose en tanto perdure la prestación de servicios y extinguiéndose -con carácter general- únicamente con la baja del trabajador si es acompañada del cese efectivo de su actividad laboral (156).

(153) En general, y por todas, STSJ Madrid de 28 de mayo de 1990 -citada-; STSJ Cataluña Cataluña de 10 de abril de 1992 (Ar. 2865). En situación de afiliación y alta indebida o en Regímenes inadecuados, las ya citadas SSCT de 31 de enero de 1983 y 29 de enero de 1985. En situación de alta asimilada SCT de 25 de febrero de 1988 (Ar. 1776). Para un supuesto de alta de pleno derecho aplicada a las prestaciones de asistencia sanitaria y la correspondiente declaración de responsabilidad empresarial, SCT de 30 de noviembre de 1984 (Ar. 9078). *Contra*, aunque de forma accidental y poco clara, SCT de 10 de marzo de 1988 (Ar. 2360).

Obviamente, si la asistencia sanitaria es prestada por el INSS, sus facturas son deducidas por la TGSS del importe que ésta debe abonar a las Mutuas por cuotas (así Rs. 9-3-1981 o SCT 2-7-1984 -Ar. 5995-), sin perjuicio de que la TGSS pueda reclamar a la Entidad colaboradora su pago efectivo (SCT 27-9-1984 -Ar. 7193-).

Sobre la incidencia procesal -a efectos de un litis-consorcio pasivo necesario- cobra especial relieve la aludida STSJ Cataluña de 10 de abril de 1992, que señala la innecesariedad de demandar a los diversos servicios sanitarios autonómicos -en el caso concreto el Institut Català de la Salut-, en primer lugar, «porque no se ha declarado nunca el no derecho a la prestación sanitaria por la Mutua», y, en segundo lugar, porque la reclamación subsidiaria que se efectúe frente al INSS lo es en calidad de sucesor del Fondo Nacional de Accidentes de Trabajo, en cumplimiento de la obligación de subrogación legalmente establecida, de forma «que cualquier beneficio que por no haber tenido que hacer frente a dichos actos pudiera haberse producido, podrá ser, en su caso, objeto de acciones de reembolso, si procedieran, pero no de una exigencia derivada de la obligación de afiliación y aseguramiento del trabajador en las contingencias derivadas de accidentes de trabajo, por lo que no resultaba preciso demandar al Institut Català de Salut, ya que no se trata de cuestión relativa a enfermedad común».

(154) Incluso en las posiciones más reticentes a su operatividad ante la falta de desarrollo reglamentario -tal vez porque ésta no sea ya necesaria-, *vid.* SUAREZ PALOMARES, E. y MARTINEZ ESCRIBANO, A., *op. cit.*, págs. 39 y 40.

(155) Artículo 67.3 LGSS. Si bien, según se ha señalado, pueden existir responsables derivados en los supuestos de contratas, sucesión de empresa y cesión de mano de obra (arts. 68.1 y 97 LGSS y 42 a 44 ET).

(156) Artículo 70 LGSS.

Su importe -cuotas o primas- se determina aplicando un porcentaje, tipo o tarifa [variable según el sector productivo y tipo de actividad, en función de la mayor o menor peligrosidad e índice de accidentes y de acuerdo con el R.D. 2930/1979 -con ciertas reducciones en virtud de los Decretos anuales de cotización desde 1985 (157)-], a una base de cotización constituida por el importe de las retribuciones salariales realmente percibidas por el trabajador, o por las superiores que tuviera derecho a percibir con inclusión de las horas extraordinarias (158).

Las cotizaciones habrán de abonarse -salvo excepciones básicamente constituidas por los casos de autorización o fraccionamiento del pago de cuotas- por mensualidades vencidas, en un solo acto y durante el mes siguiente a su devengo a través de los documentos de cotización debidamente diligenciados -TC.1 y TC.2- (159), sin perjuicio de la existencia de específicas reglas sobre recaudación voluntaria y sobre recaudación extemporánea, ya tenga ésta origen en la propia iniciativa empresarial, ya en la vía de apremio -judicial o extrajudicial- tras un procedimiento administrativo iniciado bien por acta de liquidación de la Inspección de Trabajo (que de no abonarse conduce a la emisión de certificación de descubierto), bien con esta certificación sin previa Acta.

Sobre el forzosamente sucinto esquema anterior se hace preciso analizar la incidencia que el incumplimiento de la obligación de cotizar en tiempo y forma puede tener en la concreta responsabilidad que pueda derivarse para la Mutua, partiendo para ello de una perspectiva acabada de la teoría general sobre responsabilidad en el pago de prestaciones en

(157) Sobre su concreta fijación en el sector transportes, por todas, STSJ Castilla-León/Burgos de 11 de junio de 1991 (Ar. 3662). Acerca de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y no de la social cuando el asunto discutido no es el pago de una prestación de la Seguridad Social sino la procedencia o improcedencia de la inclusión de unos trabajadores en un determinado epígrafe de la tarifa y las consecuencias económicas de un error en la determinación de dicho epígrafe, STSJ Madrid de 11 de diciembre de 1990 (Ar. 3720).

(158) Artículo 73 LGSS, incluyéndose las retribuciones «salariales», excluyéndose las «extrasalariales» expresamente citadas y, en todo caso, siempre comparando la base determinada con los topes mínimos y máximos (art. 74 LGSS) fijados anualmente en las normas de cotización, sin olvidar las reglas especiales existentes en materia de pluriempleo, desempleo, trabajo a tiempo parcial, i.l.t., vacaciones o determinadas situaciones suspensoras o extintivas del contrato de trabajo.

Para un estudio de estas reglas especiales LOPEZ GANDIA, J.: «Dinámica de la obligación de cotizar: situaciones suspensivas y extintivas del contrato de trabajo y la cotización a la Seguridad Social (i.l.t., huelga, desempleo, salarios de tramitación, etc)». MORRO LOPEZ, J.J.: «La cotización en los diversos supuestos en que se aparta de la normalidad» y GARCIA ORTEGA, J.: «Supuestos especiales de cotización: trabajadores fijos discontinuos. Pluriempleo. Pluriactividad. Convenio especial», *Tribuna Social*, núm. 20/21, págs. 37 a 63.

(159) Artículo 46 Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966.

supuestos de incumplimiento de la obligación de cotizar, para, a continuación, diferenciar un triple orden de supuestos básicos: incumplimiento total de la obligación de cotizar, infracotizaciones o cotizaciones en virtud de previa actuación inspectora.

1. Criterios generales sobre atribución de responsabilidad en orden al pago de prestaciones en los supuestos de incumplimiento empresarial en materia de cotización.

Un amplio debate -y evolución- jurisprudencial ha tenido lugar con fundamento en el análisis de la responsabilidad que ha de pesar sobre las Mutuas en los supuestos de incumplimiento empresarial de la obligación de cotizar, sobre todo cuando éste ha sido constante y permanente. Equívoco y confusión (160) que no es sino trasunto de otro de mayor amplitud relativo a la funcionalidad del principio de automaticidad en las prestaciones recogido en el artículo 96.3 LGSS.

Simplificando una compleja mezcla de argumentos y contraargumentos -cuyos matices se intentará mostrar a lo largo de la exposición- cabe señalar la existencia de dos tendencias que se han sucedido en el tiempo, siempre con puntuales quiebras. Así, y frente a una primera posición, nunca del todo consolidada, que imputaba la responsabilidad al empresario en los supuestos de «falta de pago prolongada y reiterada de una envergadura tal que demuestre su voluntad decididamente rebelde al pago de las primas» -también en los de infracotización cuando tal defecto derive de salarios que no consten en norma publicada y, por ello, de difícil conocimiento para la aseguradora-, exonerando de toda responsabilidad a las Mutuas, incluso de la de anticipar la prestación, y desplazando la responsabilidad subsidiaria al Fondo de Garantía (matizada en ocasiones exigiendo un acto expreso de denuncia para privar de su efecto propio al convenio de asociación), se alza un reciente núcleo de pronunciamientos que, manteniendo la responsabilidad en las empresas, impone, no obstante, la obligación del anticipo a la Mutua como consecuencia del principio de automaticidad consagrado en el artículo 96 LGSS.

Bajo tal supuesto de hecho, velada o directamente (161), se está cuestionando la aplicabilidad de la LSS como norma supletoria -incluso la deslegalización operada en los

(160) *Vid.*, p. ej., SSCT de 10 y 12 de diciembre de 1985 (Ar. 6888 y 6948) frente a SCT de 21 de octubre de 1986 (Ar. 10001).

(161) *Vid.* la primera sentencia de la Magistratura de Trabajo n.º 18 de Madrid de 23 de julio de 1986 (AL 706/1986) y crítica que puede resultar paradigmática en sus contraargumentos de SUAREZ PALOMARES, E. y MARTINEZ ESCRIBANO, A., *cit.*, págs. 68 a 77.

arts. 96.2 y 3 LGSS (162)- o, al menos, valorando la necesidad de reinterpretar aquélla a la luz del artículo 96.3 LGSS (163).

La complejidad del problema planteado, sobre el que inciden variables fácticas que precisan un tratamiento jurídico diferenciado, exige trasladar tales postulados legales y jurisprudenciales a los diversos supuestos de incumplimientos empresariales y precisar el alcance de la concreta responsabilidad que para empresario, Mutua y Entidades Gestoras de la Seguridad Social se deriva en orden a las prestaciones por accidente de trabajo o enfermedad profesional.

(162) Paradigmática, al efecto, STSJ País Vasco de 28 de julio de 1990 (Ar. 495) para la cual la remisión en blanco a una futura fijación reglamentaria de los criterios para imputar la responsabilidad en orden a las prestaciones y al procedimiento que la haga posible, supone «un envío que, sin predecir ni enunciar las pautas inspiradoras de semejante acción, deslegaliza la regulación positiva de dicha materia y encomienda su desenvolvimiento a órganos desprovistos de potestad legislativa», tratándose, por tanto, de reglamentos autónomos -a diferencia de los ejecutivos- obedientes al libérrimo arbitrio del Ministerio de Trabajo (disp. final 2.ª 1 y 2 LGSS. Más cuando la disp. final 1.ª 1 declaró derogadas cuantas normas se opusieran a lo establecido en este texto y que no afectaba al envío que hizo la disp. trans. 2.ª afectaba al art. 94 LSS).

«La remisión quedó, pues, marcada por el signo de la interinidad desde el momento en que la regla intemporal que la establecía debía ser sustituida por el anunciado desarrollo reglamentario y, en tanto, continuó en vigor la ordenación provisional». Pero el paréntesis abierto «no podía serlo por más tiempo si una vez vigente la Constitución resultaba jurídicamente irrealizable el programa del artículo 96.2 LGSS ... (dada la) prohibición de dictar reglamentos autónomos en que había de plasmarse la remisión pendiente de cumplirse». Efectivamente, si sólo por ley se pueden desarrollar los contenidos del artículo 53.3 CE y si la Administración Pública se halla plenamente sometida a la Ley y al Derecho (art. 103.1 en conexión con el art. 9.3 CE) se explicaría el que el ejercicio de una potestad reglamentaria se constituyese en excepción a la generalidad del contenido constitucional, pudiendo considerarse, pues, que «el artículo 96.2 LGSS adolece de inconstitucionalidad sobrevenida y parcial. Lo primero porque resulta incompatible con la interdicción de la arbitrariedad que el conjunto constitucional citado conforma; lo segundo porque, esto no obstante, queda en pie el básico enunciado de que, entre otros incumplimientos de la empresa (exigiendo cumplimiento irregular con la actitud inexorablemente hostil a ejecutar lo debido a que alude el art. 1.154 CC), el de la obligación de cotizar determina su responsabilidad en cuanto al pago de las prestaciones sociales otorgadas a los beneficiarios del Régimen Público cuyo mantenimiento asegura el artículo 41 de la Ley Fundamental».

(163) Por tanto «la pervivencia reglamentaria de los artículos 94, 95, 96 y 97.1 y 2 LSS -en cuanto no se opongan a la normativa posterior- plantea evidentes dificultades si se tiene en cuenta que los mismos corresponden a un sistema no inspirado en el principio de automaticidad de las prestaciones ... En efecto, ... la primitiva LSS ... no obligaba a la entidad con la que se tuviera cubierto el riesgo de accidentes de trabajo al pago inmediato de la prestación causada por el siniestro con tal origen. De estas prestaciones respondía el Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo consecuentemente con lo que en su día había establecido el artículo 39 LAT y los artículos 124, 126 y 128 RAT ... se erigía al Fondo en único garante de los derechos de los beneficiarios, tanto ante la insolvencia del empresario directo responsable, como de la Mutua Patronal que debiera asumir el riesgo. La subrogación que establecía beneficiaba únicamente al Fondo No extendía a la subrogación a la Mutua Patronal, lo cual, era lógico, pues ésta, al no regir el principio de automaticidad de las prestaciones, lo tenía que efectuar el anticipo (STS 4-2-1991 -Ar. 797-).

Por ello, «y pese al contenido del artículo 94.4 LSS, esta norma ha de interpretarse conforme a la evolución presente en el artículo 17.2 de la Ley 24/72 y el reiterado artículo 96.3 LGSS ... y, consiguientemente las gestoras y colaboradoras deben abonar las pensiones a los beneficiarios, por aplicación de las reglas de los anticipos ... pues con independencia de la responsabilidad directa del empresario por su falta reiterada de cotización, procede declarar la responsabilidad mediante el pago anticipado de la prestación de la Mutua, sin perjuicio de que ésta puede repetir contra aquél por su falta de cotización», SSTSJ País Vasco de 21 de enero y 24 de septiembre 1991 -Ar. 272 y 4904- [desplegando los argumentos ya implícitos en SSTS 20-2-1987 (Ar. 1083) y 31-1 y 6-6-1989 (Ar. 333 y 4543)].

1.1. Incumplimiento total de la obligación de cotizar.

Si bien no existe, en ningún caso de incumplimiento del deber de cotizar, obstáculo al devengo de la prestación por el trabajador afectado de accidente de trabajo o enfermedad profesional, no por ello resultan irrelevantes las vicisitudes que siga la obligación empresarial en orden a determinar el concreto sujeto responsable de aquélla pues varían no sólo la atribución subjetiva, sino también la propia extensión objetiva de la responsabilidad según el tipo de incumplimiento de la obligación de cotizar en presencia.

Tal vez el supuesto más problemático sea el contemplado en el artículo 94.2 b) LSS, la «falta de ingreso de las cotizaciones», incluyendo tanto los descubiertos ocasionales como los duraderos, incluyendo los supuestos extremos de inexistencia de cotización alguna desde la suscripción del documento asociativo.

El artículo 96 LGSS -con apoyo (para algunas construcciones necesariamente corregido, según se ha expuesto) en, entre otros, los arts. 94.2 b), 94.4 y 95.1 LSS- diseña el siguiente marco legal de imputación:

a) Si las cotizaciones se han abonado regularmente y concurren los requisitos de alta y afiliación, esto es, en los supuestos de normalidad, será la Mutua aseguradora la responsable de la prestación. Incluso en los supuestos de irregularidades notables en la cotización, la Entidad colaboradora habrá de facilitar de forma inmediata la asistencia sanitaria (estuviese o no de alta el trabajador) y las prestaciones económicas de i.l.t. (si el trabajador estaba en alta), según establece el artículo 95.1.1.º y 2.º LSS, pudiendo repetir la aseguradora contra el empresario responsable (164).

(164) SSTs de 20 de febrero de 1987, *AL*, n.º 20, 1987, pág. 1.080 y ss. y 12 de diciembre de 1988, *AL*, n.º 17, 1989, págs. 746 a 748, 13 de junio de 1990 (Ar. 5070) y STSJ Andalucía/Granada de 15 de enero de 1991 (Ar. 454). Igualmente, el artículo 95.3 LGSS permite afirmar que, aun sin existencia de afiliación ni alta (y, por supuesto, a falta total o parcial de cotización), la entidad aseguradora es responsable automática e inmediata de la prestación de asistencia sanitaria, en toda su extensión, en favor del trabajador accidentado, si bien el empresario incumplidor resulta responsable inmediato y último -subsidiariamente el INSS- y deberá reintegrar a aquélla los gastos correspondientes al tratamiento completo dispensado (tesis que igualmente confirman los arts. 10.2 y 4 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre).

En los supuestos de insolvencia del empresario, la Mutua no puede trasladar la responsabilidad al INSS, pues es ya responsable subsidiaria, ocupando el papel que en las responsabilidades económicas tiene el INSS (SCT 23-2-1988 -Ar. 1756-). Igualmente SSCT de 30 de noviembre de 1983 (Ar. 10282), 10 de diciembre de 1985 (Ar. 6888) y 20 de febrero de 1986 (Ar. 1067). Concluyente STS de 1 de junio de 1990 (Ar. 5002). *Contra*, modificando las tesis anteriores, STS 15 de abril de 1991 (Ar. 3270).

b) El empresario (165) es responsable del pago de las prestaciones en caso de falta de ingreso de las cotizaciones (166); pero tal responsabilidad se inicia, si el impago de las prestaciones persiste, «a partir del segundo [en realidad tercero (167)] mes» desde la fecha en que expire el plazo reglamentario establecido para el pago, salvo los supuestos excepcionales de concesión de aplazamiento o fraccionamiento del pago -art. 92.4.6 LSS (168)-, pues de concurrir esos condicionantes, el artículo 15 de la Orden de 27 de abril de 1984 les considera al corriente de las mismas a todos los efectos en tanto cumplan las condiciones del aplazamiento.

(165) Empresarios, en su caso, a través de la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 43 ET que no exonera de la responsabilidad al resto de las empresas que pudieran resultar responsables en virtud del artículo 42 ET [STSJ Castilla-León 10-6-1992 (Ar. 3659)].

(166) En situaciones de pluriempleo lógicamente resulta responsable, por su parte de la prestación, el empresario en descubierto en su cotización, no el que ha cotizado. SCT 25 de mayo de 1987 (Ar. 11103). Respecto de las prestaciones anticipadas, es doctrina firme, cabe solicitar la devolución de su importe. Entre otras muchas SCT 9 de marzo de 1989 (Ar. 2327); STSJ Madrid de 4 de octubre de 1989 (Ar. 2044); y STSJ Murcia de 22 de noviembre de 1991 (Ar. 6276) y las que citan -así SSTS 12-12-1985 (Ar. 6104) y 10-12-1986 (Ar. 7320) y SCT 3-3-1989 (Ar. 2327)-.

(167) ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *op. cit.*, pág. 474.

(168) Aunque después de tal concesión acaezca algún retraso, siempre que sea razonable, en la cotización por accidentes (SCT 18-3-1987 -Ar. 6142-), no, lógicamente, si el mismo ha lugar tras el hecho causante (SCT 13-4-1987 -Ar. 7346-), no se acredita convenientemente a través de los datos de hecho que la confirman por quien lo alega como circunstancia expresiva de la ausencia de voluntad rebelde al incumplimiento [SCT 18-3-1987 (Ar. 6142); STSJ Cataluña 3-2-1992 (Ar. 759)], o se solicita con posterioridad a que acaezca el accidente (STSJ Andalucía/Granada 30-1-1990 -Ar. 2640-).

Señala la STSJ País Vasco, 3 de mayo de 1991 (Ar. 3261) que la concesión de facilidades de pago a la empresa por el Juzgado de Ejecuciones Gubernativas, aunque se produjera con anterioridad a la fecha de efectos de la incapacidad permanente reconocida al trabajador, no puede exonerar a la empresa que continúa impagando sus cuotas, porque el artículo 17.2 de la Ley 40/1980 y el artículo 40.1 Real Decreto 716/1986 establecen que los aplazamientos y fraccionamientos no podrán comprender las cuotas correspondientes a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, ni a la aportación de los trabajadores correspondiente a las cuotas aplazadas.

Ello porque «el abono de las cuotas o primas constituye, después de la afiliación oportuna, una obligación empresarial, que la Entidad Gestora puede hacer efectiva bien de modo voluntario o ya coactivamente en el procedimiento oportuno, sin que el descubierto en el pago de aquéllas, en el momento de ocurrir el accidente, sea suficiente para exonerar de responsabilidad a la entidad aseguradora, pues ello supondría la existencia de un contrato de seguro sólo en lo que favoreciera a una de las partes; y, de ahí, que si al tiempo del accidente no se ha denunciado el contrato y la empresa ha venido abonando, aunque sea en forma aplazada, las cotizaciones adecuadas, no puede el Organismo Gestor sustraerse a la obligación que le correspondía en el momento de dicho accidente, dado que tuvo en su mano medios ejecutivos para cobrarlas, y si no las percibió, se debe atribuir a su negligencia en la gestión de la Seguridad Social; pues sostener lo contrario, derivaría en un enriquecimiento sin causa, al percibir, una vez realizadas las afiliaciones, el derecho al cobro de las cotizaciones no ingresadas a su debido tiempo, con los recargos y sanciones legalmente establecidos» (STSJ Madrid 16-10-1989 -Ar. 2061-).

Sobre el carácter liberatorio de los aplazamientos otorgados por el Magistrado -Juez de lo Social- en fase de ejecución, entre otras muchas, SSCT de 20 de febrero y 20 de noviembre de 1988 (Ar. 1738 y 5870), 24 de febrero y 6 de abril (Ar. 1749 y 2948).

Al respecto señala la SCT 18 de julio de 1986 (Ar. 6533) «que una cosa es el aplazamiento y el fraccionamiento en el ámbito de la ejecución y otra su efecto en la cobertura de la relación protectora de la Seguridad Social», aspecto este segundo, que es objeto de una regulación propia y cabe señalar que tal distinción viene recogida por

c) El empresario es responsable último en lo que se refiere a todas las prestaciones, y también el responsable directo para el pago de la i.l.t. (si no estaba de alta el trabajador) y de las prestaciones de invalidez y muerte, pudiendo adoptar al efecto la forma de pago directo o ingreso de capital, en tanto modalidades ambas contempladas en los párrafos 3.º y 4.º del artículo 95 LSS.

d) Para las prestaciones de i.l.t., invalidez, muerte y supervivencia existe, según el artículo 94.4 LSS, responsabilidad subsidiaria del INSS en el supuesto de insolvencia del empresario (o empresarios) o Mutuas responsables -supuesto, este último ciertamente excepcional-.

En reiterados pronunciamientos jurisdiccionales se ha sostenido que, si bien es cierto que el artículo 95.3 establece el anticipo de las prestaciones en caso de que se haya declarado a la empresa responsable directa de un determinado beneficio de la acción protectora, esta norma se refiere a los riesgos comunes pero no se aplica a los profesionales, accidente de trabajo y enfermedad profesional, ya que éstos tienen un sistema específico para garantizar al trabajador la percepción de las prestaciones económicas que se le reconozcan a consecuencia de ellos, el cual fue previsto en el artículo 26 de la Ley de 30 de enero de 1922, que creó el Fondo de Garantía de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, que tiene como finalidad abonar a los trabajadores víctimas de un riesgo profesional las prestaciones económicas que se les hayan reconocido a consecuencia de dicho evento en el caso de que el obligado en principio, bien sea empresa o entidad aseguradora, resulte insolvente, y se nutre de unos ingresos regulados en el artículo 214 LGSS. Este Fondo se mantuvo en los sucesivos cuerpos legales que regulan esta materia y el artículo 94.5 LSS lo configuró -y la LGSS mantiene- como Servicio Común de la Seguridad Social, integrándose en el INSS a partir del artículo 2 del Decreto-Ley, de 16 de febrero de 1978, de forma tal que aquel organismo pasó a ser parte de esta nueva Entidad Gestora, la cual asume esta función, teniendo, por tanto, que pagar a los trabajadores víctimas de un riesgo profesional las prestaciones que, derivadas del mismo, correspondan cuando el obligado principal resultare insolvente y, a su vez, tiene derecho a percibir los ingresos regulados en el aludido artículo 214 LGSS. De todo lo cual se

el propio artículo 94.2 b) LSS, según el cual la exoneración de la responsabilidad empresarial cuando exista descubierto en la cotización pero se haya concedido aplazamiento o fraccionamiento de pago, se da sólo en los supuestos «que se determinen reglamentariamente con exclusión expresa de la responsabilidad del empresario»; porque en la legalidad anterior a la Ley 40/1980 solamente cuando una norma así lo previene habría lugar a la exoneración por aplazamiento o fraccionamiento en pago y pues la Orden de 7 de julio de 1960 no hace referencia a tal efecto, era necesario acudir a las normas que regulaban la materia específicamente; en este sentido, y en la vigencia del sistema de Seguridad Social originado por la Ley de Bases de 1963, «sólo se reguló el efecto del aplazamiento y fraccionamiento concedidos en vía administrativa, nunca en vía jurisdiccional ... (por ello) en tanto en vía administrativa se excluían del aplazamiento y fraccionamiento de pagos las cuotas por accidentes de trabajo y enfermedad profesional, ningún efecto rehabilitador tenía por aplicación analógica su aplazamiento o fraccionamiento en la ejecución jurisdiccional, no teniendo otros efectos sino los de cobrar la deuda sin mayores detrimentos para el deudor, aunque sí con la suficiente garantía para el acreedor; este mismo criterio se mantuvo en la redacción del artículo 57 del Reglamento de cotización operada por Orden de 26 de julio de 1977 y es el mismo que adopta, con carácter general, el artículo 17.2 de la Ley 40/1980, desarrollado reglamentariamente por Orden de 20 de enero de 1981, sustituida por la de 27 de abril de 1984».

deriva que en estos supuestos no cabe admitir el anticipo por la entidad aseguradora que contempla el artículo 96.3 LGSS (169) [pues, en definitiva, «no resultaría justo atribuir a la aseguradora no responsable obligaciones de las que se encuentra legalmente exonerada» (170)]; siempre sin perjuicio de que el INSS se pueda resarcir del empresario (171) insolvente por el procedimiento ejecutivo oportuno, esto es, a través de la vía de apremio, sirviendo de título ejecutivo la correspondiente certificación que expide la TGSS (art. 94.4 LGSS, conforme al procedimiento del R.D. 1517/1991, y de la Orden de 23-10-1986) (172), sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones que esta última debe asumir en sus funciones de reaseguradora (173) y caja única del Sistema (174) o de los eventuales anticipos que hubiere efectuado la Mutua (175).

- (169) SSTs de 19 de septiembre y 12 de diciembre de 1988 (Ar. 7145 y 9602); SSCT de 11 de febrero, 12 de mayo, 26 de junio y 12 de septiembre de 1986 (Ar. 824, 3234, 5148 y 9602), 3 y 13 de febrero y 11 de marzo de 1987 (Ar. 2256, 3186 y 5538), 27 de enero, 9 de febrero, 1 y 4 de marzo y 15 y 20 de diciembre de 1988 (Ar. 1114, 1660, 2286, 3778, 5988 y 8375), 12 de enero, 9 de marzo y 11 de diciembre de 1989 (Ar. 1730, 1852 y 3128); SSTSJ Madrid de 4 y 6 de octubre y 20 de noviembre de 1989 (Ar. 2045, 2050 y 2608) y 12 y 23 de enero, 23 de marzo, 23 de abril y 28 de mayo de 1990 (Ar. 482, 500, 1420, 1660 y 1894); SSTSJ Valencia de 7 de noviembre de 1990 (Ar. 3707) y 7 de mayo de 1991 (Ar. 3548); STSJ Castilla-León/Burgos de 12 de julio de 1991 (Ar. 4371); STSJ Cataluña de 22 de enero de 1992 (Ar. 310).
- (170) STSJ Castilla-León/Valladolid de 14 de enero de 1991 (Ar. 365); SSTSJ Madrid de 20 de noviembre de 1991 (Ar. 6198), 23 de septiembre de 1992 (Ar. 4487). *Contra*, trasladando las nuevas orientaciones jurisprudenciales sobre responsabilidad en materia de descubiertos constantes y permanentes, se entiende por la STSJ Baleares de 19 de mayo de 1992 (Ar. 2329) que «la actuación del INSS como gestor del Fondo de Garantía, no puede condicionarse a la insolvencia del empresario, si bien en el caso de autos, el existir una Mutua aseguradora, procede declarar que la obligación del pago le incumbe ... sin perjuicio de la posibilidad que a dicha Mutua asiste de ejercitar el derecho de subrogación ante el extinguido Fondo de Garantía (INSS) puesto que el empresario resulta insolvente». *Vid.*, igualmente, STSJ País Vasco de 11 de mayo de 1991 (Ar. 3270).
- (171) Tanto del directo como de los responsables subsidiarios (STS 16-6-1972 -en ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *op. cit.*, pág. 167, Nota 141-).
- (172) Mas resulta obvio que si el responsable resulta insolvente de forma definitiva -hipótesis de relativa frecuencia en el empresario y ciertamente, de difícil producción respecto de la Mutua- la imputación que inicialmente se hace al Fondo deviene definitiva (STSJ Andalucía/Sevilla 22-7-1989 -Ar. 61-).
- (173) STSJ Madrid de 27 de abril de 1990 (Ar. 1669).
- (174) SCT de 30 de septiembre de 1987 (Ar. 20140): «En virtud de ello le corresponde a esta Entidad Gestora efectuar los abonos que pesen sobre el INSS en función del extinguido Fondo de Garantía».
- (175) Y, al respecto, se establece que «en caso de insolvencia de la condenada principal, es claro que dentro de las finalidades que el artículo 124 RAT asigna al Fondo de Garantía, no está la cobertura de los anticipos abonados por la aseguradora, pues dicho Fondo tiene un fin, según la dicción del mencionado precepto, sustituir las obligaciones y responder de las entidades aseguradoras, pero no comprende el resarcimiento a éstas, cuando sea insolvente la empresa, de aquellos conceptos que hubiera anticipado ... y si a esto se añade ... que el artículo 94.4.º LSS prevé la responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía en el pago de prestaciones exclusivamente a favor del trabajador y sus derechohabientes para el supuesto de insolvencia de la empresa o Mutua aseguradora declarados insolventes pero no establece ninguna obligación de pagar a la aseguradora prestaciones anticipadas por ésta hallándose la empresa en descubierto (SCT 17-2-1988 -Ar. 1727-).

e) Según se deduce de las anteriores precisiones, es de advertir una mayor atenuación de la responsabilidad empresarial y un correlativo incremento de la automaticidad y responsabilidad de las aseguradoras en comparación con los casos de falta de afiliación y alta. Nota diferencial que alcanza significativa expresión jurisprudencial en la no exoneración de sus obligaciones a las entidades aseguradoras -salvo que hubiese previa suspensión de los efectos de las pólizas- cuando se trate de «descubiertos ocasionales».

El problema se centra, en primer lugar, en determinar cuándo debe entenderse ocasional y cuándo constante, es decir, cuándo, por su brevedad, no es indicativo de real intención de incumplir y cuándo, por contra, su extensión temporal revela tal propósito firme y continuado;

En materia de prestaciones de asistencia sanitaria la STS de 1 de junio de 1990 (Ar. 5002) señala que, si bien la Mutua debe prestar aquella dado el automatismo establecido en el artículo 96.3 LGSS en conexión con el artículo 95.1.1 LSS, se cuestiona si la aseguradora debe conservar el derecho a reclamar el reintegro de aquello no ya del empresario responsable sino, ante su insolvencia, del INSS. Reconociendo que no existe una jurisprudencia consolidada sobre tal cuestión -en tanto se mantiene en algunas sentencias la posibilidad de que la Mutua que hizo frente a los gastos sanitarios del trabajador accidentado pueda reclamar el reintegro de los mismos no ya del empresario responsable sino, ante su insolvencia, del INSS en su calidad de sucesor del Fondo de Garantía, y, en otras, absolverse al INSS de la petición de la Mutua de reintegro de los gastos sanitarios adelantados por ella a cuenta del empresario- se adhiere a esta última posibilidad, partiendo para ello del artículo 96.3 LGSS, que deja abierta la posibilidad de que las entidades colaboradoras que hubieran anticipado prestaciones a los beneficiarios se subroguen en sus derechos frente a los empresarios, responsables últimos de tales prestaciones por su conducta de incumplimiento; posibilidad de subrogación que queda circunscrita a «los casos en que así se determine reglamentariamente», por lo que llega a la conclusión que esta previsión reglamentaria no alcanza a la subrogación de la Mutua en la posición del beneficiario frente al INSS en su cualidad de entidad que garantiza el abono del importe de la asistencia sanitaria en caso de insolvencia de la empresa responsable «pues, añade el artículo 10.4 del Decreto 2766/1987, de 16 de noviembre, a la hora de fijar las responsabilidades de las prestaciones sanitarias en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional menciona únicamente la responsabilidad directa de la Mutua y la responsabilidad en caso de incumplimiento de sus deberes contributivos del empresario al trabajador lesionado, cifrando el alcance de esta última en "reintegrar el importe de los honorarios del personal sanitario que por tarifa corresponda y de los demás gastos sanitarios"; sin que para nada se hable en este precepto, que es el más próximo al supuesto de hecho de todos los que integran el Ordenamiento vigente, de una responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía (INSS), ni la de la subrogación de la Mutua Patronal en el derecho del beneficiario a recurrir el mismo en caso de insolvencia de la empresa o entidad responsable de su protección».

En definitiva «se descarta, en principio, la responsabilidad subsidiaria del INSS del reintegro de los gastos de asistencia sanitaria, afrontados por las Mutuas en relación con las empresas asociadas a la misma que incumplan sus obligaciones de pago de las primas (ni aun en el supuesto de insolvencia) ..., en tanto la responsabilidad subsidiaria tiene un límite que se encuentra en los artículos 39 LAT y 224 y ss. RAT» (STS 13-6-1990 -Ar. 5070-).

Es de destacar, al respecto, que, si bien el artículo 94.4 LSS autoriza a declarar que una vez desestimada la responsabilidad de la aseguradora, sea el INSS el responsable de suplir en su condición de gestor del Fondo de Garantía las responsabilidades de la empresa supuesta su insolvencia. Sin embargo, habida cuenta la posible descentralización de los servicios, debe tenerse presente que determinadas Comunidades Autónomas, al asumir las competencias en materia de asistencia técnica y sanitaria, asumen igualmente la responsabilidad en orden a tales prestaciones cuando la empresa es insolvente y la Mutua carece de servicio que permita una necesaria atención inmediata. *Vid.*, por todas, STSJ Madrid de 29 de mayo de 1990 (Ar. 1896).

Sobre el no reintegro por gastos sanitarios por el Fondo en el supuesto de descubiertos de cotización, SSCT de 17 y 22 de febrero de 1987 (Ar. 1726 y 1756).

que, dejado a la recta interpretación del juez (176), sin embargo, parece encontrar en el plazo de un año -tampoco fijo (177)- lapso suficiente para modificar la calificación de simple negligencia a propia voluntad rebelde -en un intento de objetivación que no deja de resultar, por su rigidez, ciertamente insatisfactorio (178)-, sin que, «en ningún caso, los descubiertos posteriores al accidente tengan incidencia para las consecuencias que deriven del mismo» (179).

Exoneración que, en última instancia, parte de un incumplimiento poco significativo que ha de obligar a la aseguradora al cumplimiento del seguro vigente, en tanto, si tal no acaeciese, resultaría aquélla favorecida al provocarse en primer lugar la conversión de un contrato de

(176) Así se han considerado como ocasionales los descubiertos que se extienden al período de un mes (SCT de 1-12-1988 -Ar. 8244-; STSJ Madrid de 11-12-1989 -Ar. 3127-; STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 17-9-1990 -Ar. 301-), tres (SCT de 30-1-1989 -Ar. 844- precisando que, lógicamente, los descubiertos con posterioridad al accidente no pueden dar lugar a la traslación de responsabilidad; STSJ Asturias de 18-9-1981 -Ar. 4872-), cinco (SCT de 13-10-1986 -Ar. 9414-, volviendo a insistir en que «a estos efectos no entra en juego, por razones obvias, la falta de ingreso de las cuotas vencidas con posterioridad al accidente»; SCT de 1-3-1988 -Ar. 2283-), seis (SCT de 25-2-1987 -Ar. 4169-; STSJ Madrid de 16-6-1989 -Ar. 611-) ocho [SCT de 6-4-1989 -Ar. 2957-, argumentando adicionalmente su carácter intermitente (frente a la, se supone, portadora de una más clara voluntad de incumplimiento que llevaría aparejado el de carácter continuado); SSTSJ Madrid de 13-12-1990 -Ar. 3810- y 8-4-1991 -Ar. 2598-; STSJ Asturias de 11-2-1991 -Ar. 1220-] nueve (STSJ Asturias de 7-5-1990 -Ar. 1593-; STSJ País Vasco de 8-4-1991 -Ar. 2510-), diez (STS de 1-6-1992 -Ar. 4502-) o incluso un año (SCT de 30-1-1989 -Ar. 847-).

Se argumenta adicionalmente que «si no se acredita cuál es el lapso concreto de tiempo de descubierto de cotización por parte de la empresa y, por lo tanto, sin perfilar si es cuantioso o transitorio, debe entrar en aplicación la obligatoriedad de la aseguradora dado que la regla general es el cumplimiento del contrato de seguro vigente, ya que si no fuera así, resultaría favorecida esa parte y la excepción la responsabilidad empresarial fundada en la recalcitrante omisión de cumplir con sus obligaciones a cotizar» (SSCT de 15-7-1986 -Ar. 6291-, 28-2-1987 -Ar. 4528-).

Con claridad en cuanto al cómputo del plazo de abono y su incidencia en la calificación del descubierto como ocasional o constante y permanente, por todas, SCT 1 de julio de 1985 (Ar. 4502) y 13 de octubre de 1986 (Ar. 9414); recogiendo la modificación del artículo 70 de la Orden de 23 de octubre de 1986 -iniciación del segundo mes siguiente a la fecha en que expire el plazo reglamentariamente establecido para el pago-, SCT 20 de abril de 1989 (Ar. 3011) y STSJ Las Palmas de 19 de septiembre de 1989 (Ar. 1332).

Si existentes descubiertos parciales, pero satisfechos con anterioridad a que el trabajador se viese afectado por el riesgo profesional, no ha lugar siquiera a plantear la existencia de un descubierto ocasional. SCT de 3 de febrero de 1989 (Ar. 1533).

(177) En dos se establece por la STSJ Asturias de 7 de mayo de 1990.

(178) Fijando tal plazo, por todas, SSCT de 25 de noviembre de 1985 (Ar. 6437) y 4 de noviembre de 1986 (Ar. 11018).

Invocando el plazo como factor determinante para mantener la obligación en la Mutua, calificándola de «descuido» o «situaciones temporalmente adversas» (SCT de 1-3-1988 y STSJ Madrid de 11-12-1989) y negando que la mora sea significativa y denote la intención, la voluntad rebelde, de la aseguradora de incumplir sus deberes sociales respecto al documento de asociación, SCT de 1 de diciembre de 1988 y STSJ Asturias de 7 de mayo de 1990.

Exigiendo actividad de la aseguradora, intentando hacer realidad esa deuda utilizando para ello medios privados o requiriendo, en vía ejecutiva, su abono, entre otras, SSCT de 20 de febrero de 1986 (Ar. 1074) y 6 de abril de 1989; SSTSJ Madrid de 16 de junio de 1989, 8 de abril de 1991.

(179) Por todas, SSCT de 13 de octubre de 1986 y 30 de enero de 1989.

seguro -por su propia naturaleza aleatoria- en una obligación que beneficiaría siempre a una de las partes (180) y, por derivación, en segundo término, un enriquecimiento injusto, en tanto se habilitaría una fórmula extraordinaria de inimputabilidad en favor de la entidad colaboradora que carece de cualquier justificación legal (181).

f) Distinta consideración han merecido los «descubiertos constantes y permanentes», ya que existiendo jurisprudencia uniforme en cuanto a sus efectos (básicamente la traslación de la responsabilidad directa e inmediatamente al empresario incumplidor manteniendo el INSS la responsabilidad subsidiaria) se constata, no obstante, una doble tendencia a la hora de determinar los requisitos que han de concurrir para que el supuesto de hecho sea apreciado, así como sobre la posición en que quedan las Mutuas una vez se ha verificado la anterior constatación.

En primer lugar, y por lo que se refiere a los requisitos que deben concurrir para que opere la traslación de la responsabilidad de la entidad aseguradora al empresario que incumple su obligación de cotizar, dos tesis se han sucedido en el tiempo, si bien de la primera, más estricta, pueden encontrarse esporádicas muestras -en algunos casos, ciertamente, a título de mero argumento adicional (182)- que impiden considerar plenamente consolidada en la actualidad la tesis ciertamente predominante en los últimos años.

Inicialmente la jurisprudencia, en cualquier supuesto de descubierto en la cotización, atendía no a su entidad o duración (183) sino al dato de si la entidad aseguradora había o no manifestado la suspensión de los efectos de la póliza, hasta el restablecimiento de la prestación con anterioridad al momento del siniestro.

Considerando que la entidad aseguradora «no sólo tiene el derecho (a recibir las primas) sino también el deber de cobrarlas» (184), puesto que sólo así cobraría sentido el contenido del artículo 10.3 Real Decreto 1509/1976 («la falta de pago por un empresario de las cuotas debidas a la Mutua no podrá dar lugar a la resolución del convenio de asociación»), en un

(180) SSCT 4 de noviembre de 1986 y 28 de febrero de 1987.

(181) Por todas, STSJ País Vasco de 18 de diciembre de 1990 y STSJ Madrid de 8 de abril de 1991.

(182) *Vid.*, por ejemplo, SCT de 3 de febrero de 1987, citada.

(183) Y basta consultar la jurisprudencia ya citada en sede de «descubiertos ocasionales».

(184) SSTS de 2 de octubre y 27 de diciembre de 1975 -Ar. 3705 y 5061- (esta última interpretando, a partir del artículo 1.6 CC, que la doctrina implícita en la afirmación «tiene trascendencia normativa en cuanto cumplimenta el precepto legal... que interpreta y aplica») y 15 de marzo de 1982 -Ar. 1538-.

contexto normativo en el que «se tiene siempre la clara tendencia a obligar a las aseguradoras -tanto INSS como Mutuas- a hacer efectivas las prestaciones, dejando a salvo su derecho al cobro de lo adeudado» (185).

De este modo, la falta de actuación de la Mutua, su inercia ante la falta de cotización del empresario, impide que pueda invocarse el incumplimiento como razón válida para su exoneración, convirtiendo así el acto expreso de denuncia en único motivo válido para aquélla (186) siempre que, lógicamente, sea anterior al accidente cuya responsabilidad se pretende rechazar

(185) SCT de 1 de febrero de 1978 (Ar. 610), 8 de noviembre de 1979 (Ar. 6282) o 23 de mayo de 1984 (Ar. 4536). Tendencia que pretende «garantizar y facilitar la percepción de prestaciones al beneficiario: su construcción implícita es que de la falta de pago de las primas son responsables el empresario (por no pagar) y la aseguradora (por no cobrar), con lo que puestos a elegir deudor directo, sin perjuicio de su derecho a repetir, es preferible la elección de la segunda, de la aseguradora, como en general más firme y solvente que el primero». ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *op. cit.*, pág. 157.

Explícitamente se señala que «la responsabilidad en el abono de las prestaciones no se excluye, dado el carácter sinalagmático del contrato asociativo que le vincula con la empresa, por el incumplimiento de ésta de sus obligaciones finales de cotización. Queda a salvo, obviamente, el derecho, que también es deber, de la Mutua de proceder por los modos adecuados al cumplimiento de aquella obligación de cotización, que es, en definitiva, el trámite a seguir dada la falta de correspondencia entre el abono de los gastos médicos y el de las cuotas, con cargo a los cuales se imputan aquéllos» (STSJ Asturias de 8-5-1991 -Ar. 3302-).

(186) O «declaración especial ... de suspender el cumplimiento de sus obligaciones». (Por todas STS de 1-6-1966). Se funda tal tesis en una adecuada interpretación del artículo 1.124 CC a la obligación de carácter recíproco que implica el documento asociativo; y se dice que tal manifestación de suspensión de efectos constituye ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus*. No obstante, se precisa por la doctrina la necesaria concurrencia de dos requisitos para su operatividad:

- 1.º Que la declaración de la aseguradora de estimar en suspenso el aseguramiento se haya verificado y comunicado al empresario incumplidor, por cualquier medio fehaciente, con anterioridad a la producción del accidente.
- 2.º Que se dé el presupuesto habilitador de un descubierto permanente o prolongado que, además, habrá de limitarse al tiempo durante el que persista el incumplimiento, cesando la suspensión si la empresa cumple sus obligaciones, aunque así no se hubiera indicado al acordarse la suspensión o aunque no exista una comunicación de restablecimiento de la relación. SUAREZ PALOMARES, E. y MARTINEZ ESCRIBANO, A., *op. cit.*, págs. 102-103.

Vid., entre otras muchas, SSTS de 28 de mayo de 1980 (Ar. 2273) y 12 de diciembre de 1985 (Ar. 6104), 12 de febrero y 10 de diciembre de 1986 (Ar. 772, 7320), 20 de marzo de 1987 (Ar. 6228), 9 de febrero y 10 de mayo de 1988 (Ar. 1661 y 3595); SSCT de 30 de abril de 1982, 3 de mayo, 20 de octubre, 3 de noviembre y 20 de diciembre de 1983 (Ar. 8653, 9224, 11117), 28 de febrero, 2 de mayo de 1984 (Ar. 1172, 3904), 10 de mayo y 6 de septiembre de 1988 (Ar. 3595 y 5787), 2 de marzo de 1989 (Ar. 2273); SSTSJ Madrid de 17 de enero de 1990 (Ar. 490) y 22 de septiembre de 1992 (Ar. 4458); SSTSJ Asturias de 7 de mayo y 3 de septiembre de 1990 (Ar. 1592 y 1704); STSJ Andalucía/Sevilla de 27 de mayo de 1991 (Ar. 3245); STSJ Extremadura de 5 de marzo de 1992 (Ar. 1188); STSJ Andalucía/Málaga de 16 de junio de 1992 (Ar. 3118).

Tesis que puede extenderse al supuesto de cuotas pagadas correspondientes a períodos antiguos aunque se hayan pagado otras correspondientes a períodos más modernos [SSTS de 10-11-1971 (Ar. 4880), 21-5-1980 (Ar. 2216) o 17-4-1982 (Ar. 2447)]. Y también al de cuotas pagadas que se esté tratando de hacer efectivas en vía de apremio (STS de 13-11-1971 -Ar. 4346-), salvo el supuesto ya analizado de insolvencia empresarial.

Obviamente la responsabilidad de la Mutua en tales hipótesis lo será por la base legal de las prestaciones y no por el que haya cotizado el empresario en descubierto (SCT de 15-2-1982 -Ar. 865-).

precisamente por el aludido defecto de cotización (187), «pudiendo entenderse, sin extremar la tesis, que aquel "deber de obrar" excluye la posibilidad de denuncia por impago -bajo el argumento del "retraso en el cobro" frente a la "demora del pago" del que también usa la jurisprudencia civil» (188)-, pero deja abiertos remedios de orden administrativo y jurisdiccional para reclamar y cobrar sus débitos de descubiertos a la Seguridad Social (189). Por todo ello, cabe afirmar que «cuando un empresario se retrasa en el pago de las primas correspondientes al riesgo profesional, si no hay una denuncia o suspensión expresa de dicho seguro, no puede quedar exonerada la entidad que cubre el riesgo, de la responsabilidad que debe asumir al ocurrir el hecho causante, porque de no ser así, subsiste la obligación de pagar las cuotas por parte del empresario, que pueden ser hechas efectivas por vía de apremio, y subsiste también la obligación por parte de la Mutua de responder al pago de las prestaciones derivadas de accidentes, manteniéndose así el debido equilibrio entre prestaciones y contraprestaciones que nacen del documento de asociación» (190), evitando la producción de un enriquecimiento injusto en su favor (191).

Sin embargo, la anterior doctrina se debilita -si se prefiere complementa o crea una excepción a la regla general anterior- cuando comienza a imponerse la tesis jurisprudencial a tenor de la cual habrá de constatarse no sólo si existe o no suspensión de la póliza, sino también -y sobre todo- si el descuberto en la cotización es prolongado u ocasional, exonerando el primero de responsabilidad a las aseguradoras como en el caso de suspensión de la póliza (192). Es más, en su desarrollo pierde importancia el dato de la inercia de la asegura-

(187) De forma implícita se puede apreciar esta doctrina en todas las sentencias mencionadas en la nota anterior. Explícitamente, SCT de 11 de febrero de 1983 (Ar. 1135) ; SSTSJ Madrid de 17 de enero de 1990 (Ar. 490) y 22 de septiembre de 1992 (Ar. 2764); STSJ Asturias de 3 de septiembre de 1990 (Ar. 1704) -no admitiéndose, por tanto, la frecuentemente invocada *exceptio non adimpleti contractus* al amparo de los arts. 1.100 *in fine* y 1.124 CC-.

(188) GARCIA ORTUÑO, F.: «Naturaleza de la relación jurídica de Seguridad Social» en *Anales de Derecho*, n.º 1, Universidad de Murcia, 1977. *Vid.* apoyos jurisprudenciales en ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L., *op. cit.*, pág. 157.

(189) Entre otras muchas, SSCT de 16 de marzo de 1974 (Ar. 1371), 5 de junio de 1975 (Ar. 5525), 24 de enero de 1976 (Ar. 343), 20 de diciembre de 1983 (Ar. 11117), 30 de mayo y 5 de junio de 1984 (Ar. 4764 y 5008), 6 de septiembre de 1988, 2 de marzo de 1989; STSJ Madrid de 17 de enero de 1990; STSJ Asturias de 7 de mayo de 1990; STSJ Extremadura de 5 de marzo de 1992; STSJ Andalucía/Málaga de 16 de junio de 1992.

(190) SCT de 6 de septiembre de 1988. En igual sentido SSCT de 19 de enero de 1982 (Ar. 192), 20 de octubre, 3 de noviembre (Ar. 8653, 9281) y 20 de diciembre de 1983 (Ar. 11117), 2 y 30 de mayo de 1984 (Ar. 3904, la segunda ya citada). Con menor razón si la Mutua asumió en principio la responsabilidad y posteriormente la ratifica -por el notable error sufrido en el tratamiento efectuado al trabajador y alta indebidamente realizada-, ya que no puede ir contra sus propios actos ni contra la asunción de su propia responsabilidad a que le obliga el contenido de los artículos 7.1 y 1.101 CC (SCT 2-3-1989).

(191) STSJ Madrid de 17 de enero de 1990; STSJ Asturias de 7 de mayo de 1990; STSJ Andalucía/Málaga de 16 de junio de 1992.

(192) De este modo, se razona que no puede compartirse la tesis de que el descuberto en el pago de las cotizaciones exonere de responsabilidad a la Mutua -o al INSS- ni aun en el supuesto de que se haya denunciado la póliza si el descuberto es «ocasional», siendo, sin embargo, factor determinante el que aquél alcance la cualificación de permanente y continuado [*Vid.*, por todas SCT de 2-3-1982 (Ar. 1289) y las decisivas SSTs de 6 y 21-3, 6 y 11-4-1984 (Ar. 1527, 1596, 2097 y 2102) y 9-7-1986 (Ar. 4004)]. Respecto a esta tesis intermedia -a la que ciertamente se vuelve de forma ocasional para supuestos con presencia de irregularidades adicionales (entre otras muchas, SSCT de 6-9 y 20-12-1988 -Ar. 5787 y 8375-) por todos, *vid.* MARTINEZ ESCRIBANO, A. y SUAREZ PALOMARES, E., *cit.*, págs. 79 a 81.

dora ante la falta de cotización (193) para cobrar protagonismo el dato objetivo de un plazo de descubierto -no determinado legalmente, de ahí que la discrecionalidad del juez en su apreciación pueda provocar en su aplicación concreta resoluciones cuestionables (194)- (195) con independencia, por ejemplo, de que exista algún pago esporádico por vía de apremio (196) o que el trabajador hubiera fallecido con anterioridad (197) o que se hubieran satisfecho las cuotas pero con posterioridad a que hubiere acaecido el hecho causante (198) -salvo, entre otros, el supuesto del Régimen Especial de Representantes de Comercio (199)- en cuanto indicativo de una «voluntad explícita de incumplimiento» (200), «intención de no atender sus obligaciones económicas» (201), «evidencia de una conducta morosa continuada» (202) «actitud

- (193) Expresivas SCT de 4 de abril de 1988 (Ar. 2931): «sin que exista ninguna circunstancia que desvirtúe tal imputación siendo suficiente el incumplimiento prolongado de su obligación»; SCT de 2 de febrero de 1989 (Ar. 1524): «son independencia de la conducta pasiva de la Mutua ...»; SCT de 12 de diciembre de 1986 (Ar. 13716) y STSJ Madrid de 23 de abril de 1990 (Ar. 1660): «aunque no haya mediado denuncia del documento de asociación».
- Es más, se llega a entender que «el impago reiterado y continuado de las cotizaciones a la Seguridad Social, que no cabe confundir con el mero retraso o descubierto ocasional o esporádico implica por sí mismo -"sin necesidad de que se haya rescindido el documento de asociación que liga a la empresa con la aseguradora" (STSJ Castilla-León/Valladolid de 27-3-1990 -Ar. 3295-)- la ruptura del vínculo asociativo entre la empresa y la Mutua exonerando a ésta de responsabilidad en el pago de las prestaciones que pudieran derivarse de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional». (STSJ Castilla-León/Valladolid de 16-10-1989 -Ar. 2005- y 14-1-1991 -Ar. 364-).
- (194) Por ejemplo, considerar el plazo de un año como descubierto ocasional (SCT 30-1-1989, ya citada) o, por contra, el inferior de 11 meses (SCT de 20-2-1987 -Ar. 3755-) o el mismo plazo de un año como realmente constitutivo de un descubierto constante y permanente (STSJ Castilla-León/Valladolid de 27-3-1990 -Ar. 3295-, citando SCT de 12-4-1988).
- (195) Y así, sobre la única base de tal plazo, se ha considerado que, por ejemplo, el transcurso de 14 meses (STSJ Madrid de 20-11-1990 -Ar. 3288-) «más de un año» (SSCT de 23-7-1987 -Ar. 1685-, 11-5-1989 -Ar. 3630-) o casi dos años (SCT de 9-2-1988 -Ar. 1661-) es un descubierto constante y permanente, siéndolo, desde luego, el de 2 años (SSCT de 6-2-1987 -Ar. 2625-, 5 abril y 22 mayo 1989 -Ar. 2943 y 3730-; STSJ Castilla-León/Valladolid de 27-7 y 20-11-1989 -Ar. 1924 y 2056- y 16-10-1990 -Ar. 3443-), 34 meses (SCT de 5-7-1988 -Ar. 5074-), 3 años (SSCT de 12-12-1986 -Ar. 13716- 16-2 y 22-3-1988 -Ar. 1717 y 2447- y 7-2-1989 -Ar. 1567-), 4 años (SSCT de 22-7-1986 -Ar. 6694-, 2-2-1989 -Ar. 1524-; STSJ Cataluña de 5-10-1990 -Ar. 4318-), 58 meses (SCT de 4-10-1988 -Ar. 6560-) o hasta 6 años (SCT de 1-2-1988 -Ar. 1655 y 1656-).
- (196) STSJ Madrid de 20 de junio de 1989 (Ar. 644).
- (197) STSJ Andalucía/Granada de 30 de enero de 1990 (Ar. 2640), en tanto «la cobertura aseguradora se concierta colectivamente para todos los trabajadores de la empresa y los incumplimientos de los deberes contractuales de las partes no pueden individualizarse».
- (198) Entre otras, SCT de 14 de febrero de 1989 (Ar. 1824) o STSJ Madrid de 11 de diciembre de 1990 (Ar. 3793).
- (199) Pues el artículo 2 de la Orden Ministerial de 30 de noviembre de 1987, con regla verdaderamente excepcional para este Régimen, establece que, en caso de descubiertos, el pago de la prestación por la aseguradora únicamente se condiciona a su abono, aunque éste se produzca con posterioridad al hecho causante (STSJ Valencia de 5-2-1992 -Ar. 894-).
- (200) SCT de 7 de febrero de 1989 (Ar. 1567) y STSJ Andalucía/Granada de 30 de enero de 1990 (Ar. 2640).
- (201) SCT de 8 de febrero de 1989 (Ar. 1552); STSJ Andalucía/Sevilla de 24 de octubre de 1990 (Ar. 4573); STSJ Cataluña de 11 de enero de 1991 (Ar. 502).
- (202) SCT de 6 de mayo de 1986 (Ar. 3093).

constante y deliberada de no cumplir sus obligaciones para con la Seguridad Social» (203) o, más explícitamente, «recalcitrante posición negativa a cumplir» (204) o «voluntad deliberadamente rebelde a la satisfacción» (205), que exonera a la Mutua y atribuye la responsabilidad directa e inmediatamente al empresario y, de forma subsidiaria, al INSS (206).

La tesis anterior se extrema en los supuestos de ausencia total de cotización ya desde el inicio mismo, desde la propia suscripción del convenio de asociación (207), en invocación expresa de los artículos 1.100 y 1.124 CC, «cuya aplicación -se entiende- no contraría ninguna de las normas o de los principios del ordenamiento de la Seguridad Social que rigen la colaboración en la gestión de la materia de accidentes de trabajo por las Mutuas; antes bien, completa e integra adecuadamente la normativa de la Seguridad Social a los principios de justicia social haciendo recaer en el infractor la totalidad de las consecuencias que previene el Ordenamiento (incluida la suspensión del documento de asociación), que son sólo las propias de la Seguridad Social» (208).

(203) SCT de 14 de octubre de 1988 (Ar. 6560), 2 de febrero y 20 de junio de 1989 (Ar. 1524 y 644).

(204) SCT de 22 mayo 1989 (Ar. 3730).

(205) STSJ Cataluña de 5 de octubre de 1990 (Ar. 4318) y STSJ Castilla-León/Valladolid de 16 de octubre de 1990 (Ar. 3443).

(206) Entre otras muchas, y amén de las ya citadas, *vid.*, p. ej., SSTS de 8 de marzo y 16 de abril de 1984 (Ar. 1527 y 2102) y 12 de diciembre de 1985 (Ar. 6104), 9 y 16 de junio y 12 de diciembre de 1986 (Ar. 4004, 4161 y 7320), 20 de marzo, 15 de junio y 6 de julio de 1987 (Ar. 1647, 4370 y 5093), 4 de abril de 1988 (Ar. 2431); SSCT de 12 de abril y 4 de julio de 1983 (Ar. 3042 y 6406), 5 de abril y 20 y 29 de noviembre de 1984 (Ar. 1969, 8818 y 9064), 15 de enero, 20 de marzo, 20 de mayo, 19 de junio, 1 de julio, 5, 6, 11 y 12 de noviembre de 1985 (Ar. 224, 1991, 3278, 4100, 4502, 6010, 6040, 6120 y 6156), 20 de enero, 11 de febrero, 24 abril, 6 y 12 de mayo, 25 de junio, 21 de octubre de 1986 (Ar. 277, 824, 2776, 3093, 3239, 5051 y 10001), 20 de enero, 6 y 20 de febrero y 29 de septiembre de 1987 (Ar. 1000, 2625, 3756 y 19956), 9 y 16 de febrero, 22 de marzo, 12 de abril, 16 de junio, 5 de julio y 14 de octubre de 1988 (Ar. 1655, 1717, 2447, 3113, 4575, 5074 y 6560), 7 y 8 de febrero, 7 de marzo y 22 de mayo de 1989 (Ar. 1567, 1582, 2316 y 3730); SSTSJ Castilla-León/Valladolid de 27 de julio y 20 de noviembre de 1989 (Ar. 1925 y 2056) y 16 de octubre de 1990 (Ar. 3443); SSTSJ Cantabria de 8 de noviembre de 1989 (Ar. 1637) y 11 de enero de 1991 (Ar. 502); STSJ Cataluña de 5 de octubre de 1990 (Ar. 4318); SSTSJ Murcia de 26 de octubre y 20 de noviembre de 1990 (Ar. 2780 y 3288). Especial interés ofrece la SCT de 11 de noviembre de 1985 (Ar. 6120) por referirse a un caso de lesiones permanentes no invalidantes otorgándole igual trato que a la invalidez.

(207) *Vid.*, por ejemplo, SSTSJ Madrid de 28 y 29 de junio y 20 de julio de 1989 (Ar. 676, 680 y 708) y 20 de noviembre de 1991 (Ar. 6198); STSJ Valencia de 7 de mayo de 1991 (Ar. 3548); STSJ Aragón de 15 de septiembre de 1992 (Ar. 4507).

(208) SCT de 22 de julio de 1986 (Ar. 6694). Sentencia de la que, por su profundo estudio de la real naturaleza de las Mutuas se reproducen algunos de los considerandos que sirven de justificación a la suspensión de la relación de aseguramiento por incumplimiento empresarial.

Así, en lo que se refiere al patrimonio de las Mutuas se señala que «el mismo concepto de colaboración en la gestión que señalan los artículos 46, 47 y 202 LGSS, es un concepto neutro y no implica otra predeterminación en régimen jurídico que la que luego le viene dada por las normas de la propia Ley y las reglamentarias que le complementan, pero sin que tales normas del Derecho común a consecuencia de las que delimitan el ámbito de actuación de aquellas Entidades, sus modalidades de funcionamiento y los controles expresamente establecidos por el Ordenamiento, la regulación contenida en los artículos 202 a 207 LGSS ... no abonan de suyo aquella exclusión, tampoco lo hace la configuración de sus cuotas como cuotas de la Seguridad Social que les consigna el artículo 17.4 LGSS y su consiguiente modo unificado de recaudación, voluntaria y en período ejecutivo (arts. 7 a 19 y 76 LGSS). La formulación de algunas normas, y tal es el caso del artículo 202.4 LGSS ... (y la) expresión patrimonio de la Seguridad Social es equívoca, pues parece referirse a la existencia de una masa única de dere-

En segundo lugar, se plantea la responsabilidad que pesa sobre la entidad colaboradora y, en concreto, si los descubiertos constantes y permanentes exoneran de toda responsabilidad a la Mutua o, por contra, sigue pesando sobre ésta la obligación de anticipar las prestaciones -sin perjuicio de mantener el lógico derecho de repetición frente al obligado principal-.

chos y obligaciones, cuando la realidad es muy distinta. Las Mutuas tienen personalidad jurídica propia por ser asociaciones de empresarios, según el artículo 202.2 LGSS, en relación al artículo 35 CC, teniendo igualmente su propio patrimonio, en aplicación del artículo 38 CC, y en el cual se integran los elementos señalados en el artículo 202.4 LGSS, junto con cualesquiera otros ingresos lícitos en derecho, pues de lo contrario ninguna razón tendría la norma sobre liquidación y ulterior destino de los bienes que establece el artículo 206.3 LGSS, tanto en los supuestos de casación voluntaria, como por ministerio de la ley, otra cosa es el verdadero sentido del artículo 202.4 LGSS en la que el patrimonio de estos entes se configura como un patrimonio de destino, lo que alcanza no sólo a lo que sean las cuotas de los asociados o bienes subrogados en lugar de aquéllas por operaciones de inversión, sino que aquel destino alcanza a toda clase de bienes de que las Mutuas sean titulares, como se desprende del artículo 206.3 LGSS, según el cual el resultante de la liquidación (sin distinguir procedencia) se destinará a los fines específicos de la Seguridad Social, que determinen los Estatutos (del ente liquidado). En todo caso ha de señalarse que el destino es el complemento de los fines para los que se crearon los entes y se les dotó estructuralmente y de manera singular a cada uno de ellos de patrimonio ...; de ello es reflejo el artículo 38 CC, de valor cuasi-constitucional, que es una especificación a nivel de ley ordinaria del artículo 33.1 CE y que se refiere no sólo a las personas físicas sino también a las jurídicas, en el caso de las Mutuas el único destino admisible es el cumplimiento de los fines de la Seguridad Social, los que dotan a su privativo patrimonio de ciertas características, en relación a aquéllos que es lo que quiere decir la expresión del artículo 204.4 LGSS, que no deja de contener un exceso conceptual al decir que los bienes de que se trata forman parte del patrimonio de la Seguridad Social, cuando es lo cierto que a salvo la situación de cotitularidad universal entre ciertos Entes Gestores, creada por el Real Decreto 36/1978, los demás entes que actúan en el campo de la actividad de la Seguridad Social, tienen cada uno su propio patrimonio como expresión de su propia, singular y necesaria responsabilidad patrimonial que es patente se da en las Mutuas ...; y más aun cabría decir, que si alguna norma tal estableciere incidiría en vicio de inconstitucionalidad por no respetar el contenido esencial del derecho fundamental establecido en el artículo 33.1 CE Por ello debe afirmarse que las Mutuas tienen patrimonio propio que, entre otros elementos, se integran con las cuotas de sus asociados que se vinculan con el ente mediante la correspondiente relación jurídica, de cuyas cuotas procede señalar que son una prestación legalmente obligatoria a cargo de los asociados que se vinculan con el ente mediante la correspondiente relación jurídica, y tiene como efecto desplazar al ente mutual. La responsabilidad empresarial según las normales previsiones legales y su incumplimiento genera la responsabilidad principal, personal y directa del empresario, en lo que ha de verse, con todas las modalizaciones previstas legalmente, una evidente relación sinalagmática y aseguradora, para cuya existencia legal es indiferente distinguir entre riesgos, contingencias y situaciones; aparte otras precisiones conceptuales y, sobre todo, de contenido jurídico, lo que hay básicamente bajo todo ello es una relación de cambio basada en la aleatoriedad y cuyo fin es el desplazamiento de las consecuencias económicas de la actuación de un riesgo a otra persona».

De otra parte, y en cuanto a la *suspensión de la relación de asociación*, «el artículo 204.4 LGSS previene la obligatoriedad de aceptación por las Mutuas de toda proposición de asociación sin que la falta de pago de las cuotas no podrá dar lugar a la resolución del convenio; con lo que se establecen dos limitaciones a la libertad de establecimiento de la relación para las Mutuas, que a no ser por aquel precepto de la LGSS, se hallaría en los artículos 1.254 y 1.255 CC; ... en otro aspecto, tal norma limita en cuanto a las Mutuas los efectos del artículo 1.124 CC en orden a la facultad resolutoria, lo que no se establece en cuanto a los empresarios. La razón de tales limitaciones se halla, en primer término, en la Ley que materialmente descansa en la propia naturaleza de los fines generales y básicos en virtud de los cuales se establece y autoriza la colaboración en la gestión, mas no han de ir las limitaciones más lejos de donde la Ley dice, la cual no excluye el carácter recíproco de las relaciones de los entes con sus asociados, máxime cuando tal exclusión no viene exigida por las características de la realidad en que actúan unas y otras. Con ello se señala no estar excluidas, en principio, la excepción de incumplimiento de contrato en una relación que funciona como recíproca por la posibilidad de la constante mudanza de los empresarios asociados, de ahí que por tal mudanza, la relación no sea una relación de unión sino un contrato, pues no es esencial la consideración del empresario asociado y por ello la extinción de la asociación no es ni mucho menos un acto de trascendencia de la separación de un socio o situación similar cuya excepción de incumplimiento no debe quedar excluida, no ya sólo porque la Ley no la prohíba, sino porque admitida la

1.2. Incumplimiento parcial: Infracotización o falta parcial de seguro.

Si el supuesto de incumplimiento total de cotización se refiere a la falta de ingreso de las cotizaciones en su importe íntegro, cabe aludir a incumplimiento parcial «falta parcial, de seguro» o «infraseguro» [art. 94.2 c) LSS], tanto en los supuestos en que el empresario ingrese cuotas correspondientes a unas bases de cotización inferiores, o, dado que las bases de cotización equivalen a salarios reales, cuando los salarios computados para la determinación de aquellas bases resulten inferiores a los reales que el trabajador percibía o tenía derecho a percibir, supuesto en que el empresario responde por la diferencia entre la prestación causada por el trabajador -la que tiene derecho a percibir- y la que corresponda asumir a la Mutua aseguradora -a calcular de acuerdo con las bases de cotización declaradas que determinaron las cuotas a ingresar- (209), como también, por último, si el empresario cometió «ocultación o falseamientos deliberados» en la declaración de circunstancias o documento asociativo (convenio) que haya motivado un ingreso de cuotas o primas inferiores a las que procediere (210).

asociación adhesiva de personas, aun debilitada en términos contractuales que acuerda la concesión administrativa, tal regulación debe ser acorde con la virtualidad de la institución, ello exige tener presente, ante los casos de incumplimiento real por parte de los asociados que mientras se modere o pueda moderarse el alcance de su responsabilidad haciendo funcionar el desplazamiento del riesgo hacia el ente, al que le resta la posibilidad de exigir sus cuotas por vía de apremio, supone tal mantenimiento a ultranza de los efectos normales de la asociación, un grave peligro para la misma subsistencia del ente y, a la vez, por aplicación de la responsabilidad subsidiaria de los demás asociados, una posible incidencia en su patrimonio no es compatible con el normal alcance del principio de solidaridad, que no puede conectarse de una manera abusiva que venga a amparar situaciones de incumplimiento total y más, cuando sin justificación alguna y amparadas en la obligatoriedad de aceptar toda adhesión y no posibilidad de solución, ..., se llegan a crear situaciones que incluso pudieran estar tipificadas en el artículo 6.4 CC; cuyas consecuencias no es justo las sufran otros sujetos asociados que cumplan puntualmente su obligación y que cuando comprometen su patrimonio lo hacen dentro de una expectativa de normalidad. Acaso contemplada la cuestión desde el punto de vista de las situaciones de fraude, pudiera ser ello un atemperamiento a la prohibición resolutive del artículo 204.4 LGSS y también a la urgencia de la relación de Seguridad Social ...; sobre todo ello gravita la sanción de nulidad para conductas que situándose al margen del Ordenamiento, no es posible admitir que se amparen en el funcionamiento normal de las instituciones ordinarias; otra cosa es que el sistema y en atención al fin para el que se instituye, disponga los mecanismos extraordinarios mediante los que confiere la protección a los beneficiarios, dañados igualmente por el incumplimiento».

(209) Entre otras, SSTs de 12 de abril de 1977 (Ar. 2429) y 2 de octubre de 1981 (Ar. 3684); SCT de 11, 17 y 24 de febrero y 20 de diciembre de 1982 (Ar. 510, 943, 1121 y 1951), 14 de septiembre de 1983 (Ar. 5655), 5 y 26 de febrero y 2 de junio de 1985 (Ar. 784, 1342 y 4732), 18 de febrero de 1986 (Ar. 1014), 11 de septiembre y 6 de octubre de 1987 (Ar. 18969 y 20950), 7 de febrero, 9 de junio, 13 de octubre y 22 de noviembre de 1988 (Ar. 2520, 4535, 6540 y 7683) y 7 de febrero de 1989 (dos) (Ar. 1561 y 1564); STSJ Andalucía/Málaga de 13 de julio de 1989 (Ar. 429); SSTSJ Galicia de 13 de septiembre de 1989 (Ar. 1705) y 24 de abril y 24 de septiembre de 1991 (Ar. 1705, 2469 y 5068); SSTSJ Madrid de 19 de octubre y 27 de noviembre de 1990 (Ar. 200 y 3310); SSTSJ Aragón de 31 de octubre de 1990 (Ar. 879) y 27 de febrero de 1991 (Ar. 1479); STSJ Andalucía/Sevilla de 24 de enero de 1992 (Ar. 1066); STSJ Navarra de 2 de abril de 1992 (citada).

Obviamente la responsabilidad puede ser solidaria de varios empresarios en los supuestos contemplados en el artículo 97.2 LGSS, en referencia a los artículos 42 a 44 ET (por todas, STS de 20-6-1974 -Ar. 3145-).

(210) SSTs de 2 de octubre de 1981 (Ar. 3684), 19 de febrero y 7 de junio de 1982 (Ar. 8604 y 3930), 30 de marzo y 15 de septiembre de 1983 (Ar. 1221 y 3798), 31 de enero de 1989 (Ar. 333); SSCT de 13 de diciembre de 1977 (Ar. 6441), 12 de diciembre de 1980 (Ar. 6622), 24 de enero de 1981 (Ar. 373), 9 de diciembre de 1982 (Ar. 7090), 5 de noviembre de 1983 (Ar. 9315) o 21 de junio de 1988 (Ar. 4595).

La Mutua aseguradora será responsable, no obstante, y en todo caso (211), por el importe del salario mínimo legal en vigor al tiempo de ocurrir el accidente aunque el salario asegurado sea menor (212) -sin que hoy sea posible, en general, que el salario asegurado sea menor por aplicación del tope mínimo de cotización- e, igualmente, por el importe del salario establecido, también al tiempo del accidente, por ordenanza laboral, convenio colectivo o laudo arbitral (213), por entenderse «ilícito admitir aseguramiento en violación de normas imperativas publicadas en periódicos oficiales», sin incluir, lógicamente, el caso en que las discrepancias entre salario asegurado y real sean de difícil o imposible conocimiento (214).

Si bien debe tenerse presente que, dada la complejidad de la normativa reguladora de las bases de cotización, otra jurisprudencia no exonera a la Entidad Gestora o colaboradora cuando no consta malicia o clara rebeldía -y el fraude no se presume nunca [aunque sí, por ejemplo, cuando se cotiza durante un período significativo por un salario inferior y una vez ocurrido el accidente se pretende completar las cotizaciones- SCT de 20-4-1978 (citada) y 9-12-1982 (Ar. 7117); cuando bajo la cobertura de una actividad concreta la empresa contrata trabajadores para realizar una actividad laboral que no se corresponde con aquella (SCT de 7-2-1989 -Ar. 1564-), o, en fin, se ocultan en las nóminas las horas extraordinarias como dietas para lograr la exclusión de cotización a la Seguridad Social (STSJ Andalucía/Málaga de 13-7-1989 -Ar. 428-)] por parte de la empresa. *Vid.* STS de 25 de abril de 1980 (Ar. 1684); SCT de 12 de febrero de 1981 (Ar. 955); STSJ Valencia de 6 de marzo de 1991 (Ar. 2003). En todo caso la conducta «maliciosa» exige una actitud consciente y voluntaria, sin mediar error inexcusable y sin necesidad de apreciar ánimo defraudatorio (SCT de 7-6-1983 -Ar. 5292-).

Incluyendo en el inciso final del artículo 94.2 c) LSS únicamente las inexactitudes dolosamente cometidas en datos que, puestos en conexión con los factores relevantes para la fijación de tipos o tarifas y, en su caso, bases de cotización, revelen que de haber sido conforme a la verdad lo declarado, las cuotas a ingresar serían mayores; en tanto las «circunstancias falseables», a que el artículo 94.2 c) se puede referir, son los datos objetivos que deben proporcionarse al finalizar el aseguramiento -de actividad empresarial y lugar de realización de los trabajos-, dado que son aquellos cuya variación podría influir en una variación de las cuotas abonables por ser distinta la tarifa aplicable.

No resulta pacífico si en estos supuestos «surte efecto» (STS de 29-3-1976 -Ar. 1302-; SCT de 12-12-1975) o no (SCT de 7-3-1978 -Ar. 1488-) la cotización por actuación de la Inspección.

- (211) Y por todo el tiempo que dure la prestación, incluso aunque ésta se derive de un contrato temporal de trabajo (SCT de 2-4-1985 -Ar. 2314-).
- (212) SSTS de 1 de abril de 1969 (Ar. 1900), 9 de junio de 1973 (Ar. 3119), 23 de abril de 1975 (Ar. 2114), 15 de enero de 1977 (Ar. 53), 25 de abril de 1980 (Ar. 1684); SCT de 7 de febrero de 1989 (Ar. 1561).
- (213) Entre otras muchas, SSTS de 15 de enero de 1977, 25 de abril de 1980 (citadas); SCT de 17 de enero de 1983 (Ar. 393), 18 de febrero de 1986 (Ar. 1013), 10 de junio de 1988 (Ar. 4335) o 7 de febrero de 1989 (citada).
- (214) De esta forma, la aludida SCT de 17 de enero de 1983 equipara los convenios colectivos provinciales a los acuerdos individuales entre empresa y trabajador, al margen de la Mutua y, en consecuencia, estima que en tal hipótesis la empresa es responsable directa por la diferencia entre lo cotizado y el salario real (lo que viene a coincidir materialmente con la tesis jurisprudencial de que los convenios colectivos no publicados en el BOE no son normas a las que alcance la regla de obligado conocimiento por todos, estableciéndose la equivalencia entre no publicación en el BOE, exoneración de la Mutua, o, su alternativa automática, responsabilidad de aquella si media la publicación en tal Boletín).
- Tesis que, no obstante, se supera en la SCT de 18 de febrero de 1986, la cual, refiriéndose a un convenio provincial, indica expresivamente la obligación de conocimiento por la Mutua en cuanto norma que afecta a la relación y se incorpora de forma tácita al convenio de asociación.

Tesis esta que debe ponerse en conexión con las previsiones contenidas en las Disposiciones Adicionales de las Normas anuales de cotización, en las que se reitera la regla a tenor de la cual cuando hayan de abonarse salarios con carácter retroactivo -en virtud de disposición legal, convenio colectivo, acta de conciliación, sentencia judicial o cualquier otro título legítimo- deben practicarse liquidaciones complementarias, para las que habrá de ajustarse al plazo del mes siguiente a aquel en que deba abonarse -salvo la hipótesis de salarios de tramitación (quince días siguientes al de la firmeza de la sentencia)-, tomando a tal efecto las bases, topes, tipos y condiciones vigentes en los meses a los que los citados salarios correspondan (215).

Nuevamente el juego del principio de automaticidad en los supuestos de falta parcial de seguro es origen de una importante confusión jurisprudencial, pudiendo señalarse la existencia de tres líneas básicas:

Una primera orientación interpretativa -ya casi superada (216)- declara que, aun admitida la tendencia a ensanchar el ámbito del principio de automaticidad de las prestaciones, en virtud del compromiso constitucional de mantener un Régimen Público de la Seguridad Social (art. 41 CE), la propensión nunca puede llegar a ampliarla a los supuestos en que, como el presente, la Entidad Gestora carece de elementos suficientes para apreciar la exactitud de las remuneraciones que deberán constituir la base de cotización y, por tanto, no puede imponerse el gravamen del anticipo si nunca conoció ni tuvo medios racionales para conocer -límite de sus deberes de diligencia- las diferencias salariales determinantes de las insuficiencias de cotización que han provocado la declaración de responsabilidad empresarial. Tratándose, pues, de «una tradicional limitación a la excepción tendencial de nuestro ordenamiento jurídico hacia el principio de automaticidad de prestaciones de los artículos 95.3 y 96.3 LGSS» (217).

Para una segunda corriente -ciertamente mayoritaria (218)- la automaticidad no es plena, en tanto se predica sólo de las Entidades Gestoras pero no de las aseguradoras por efecto de la especial subsidiariedad que la Ley pone a cargo del Fondo de Garantía, hoy gestionado por el INSS, que «no puede limitarse a la insolvencia del empresario responsable, sino

(215) *Vid.*, por ejemplo, disposición adicional 1.ª Orden Ministerial de 16 de enero de 1992 y disposición adicional 1.ª Orden Ministerial de 18 de enero de 1993.

(216) Aunque pueden señalarse pronunciamientos no excesivamente alejados en el tiempo que la acogen como plenamente vigente (*vid.*, p. ej., STSJ Aragón de 31-10-1991 -Ar. 879-).

(217) Por todas, STS de 2 de octubre de 1981 (Ar. 3684); SSCT 12 de febrero de 1982 (Ar. 943), 14 de junio de 1983 (Ar. 5655), 5 de febrero, 8 de junio y 2 de julio de 1985 (Ar. 784, 3805 y 4732), 18 de febrero de 1986 (Ar. 1014) o 7 de febrero de 1989 (Ar. 1564).

(218) SSTs de 22 de febrero, 7 y 16 de marzo, 29 de septiembre y 12 de diciembre de 1988 (Ar. 7683, 2404, 2520, 7118, 9602), 31 de enero, 7 de febrero y 15 de marzo de 1989 (Ar. 333, 1561, 1862); SSCT de 6 de octubre de 1987 (Ar. 20950), 7 de marzo de 1988; STSJ Andalucía/Málaga de 13 de julio de 1989; STSJ Aragón de 27 de febrero de 1991; SSTSJ Galicia de 29 de abril y 24 de septiembre de 1991; STSJ Navarra de 2 de abril de 1992. Confundiendo automaticidad con responsabilidad subsidiaria del INSS con anticipo de la Mutua -algo que, por

que ha de comprender el anticipo de la correspondiente prestación en los términos previstos, sin perjuicio del resarcimiento que proceda, subrogándose dicho organismo en los derechos y acciones del trabajador frente a la empresa», quedando, por tanto, exonerada la Mutua de toda obligación, incluida la de anticipo.

Por último, y en consonancia con la tesis *supra* señalada, una tercera línea extiende al máximo el principio de automaticidad e imputa a la Mutua la obligación de anticipar la totalidad de la prestación con reserva de acciones para reclamar contra la empresa «en cuanto a la diferencia resultante de la prestación»; lo que implica «la posibilidad de interesar la constitución del capital-coste que corrija la infracotización, o la de repetir las diferencias en la prestación que tengan causa en aquélla, con independencia de la responsabilidad legal del INSS, en tanto gestor del Fondo de Garantía, para el supuesto de insolvencia, y de la TGSS en tanto servicio de reaseguro» (219).

cierto, se puede entender implícito en varias de las sentencias citadas-; STSJ Madrid de 27 de noviembre de 1990, tal vez haciéndose eco de la clásica SCT de 28 de abril de 1983 en la cual, exponiendo las reglas generales en torno al infraseguro, se declara que en tales casos «debe tenerse en cuenta la regulación específica en su protección, en la que interviene el Fondo de Garantía ... Fondo que tiene encomendada la función de satisfacer las prestaciones reconocidas a trabajadores accidentados en el supuesto de insolvencias del condenado con carácter principal, ya sea el empresario ya sea la aseguradora. Por ello los artículos 94.4 y 95.3 LSS impusieron la norma específica que en los casos de aseguramiento parcial es responsable directa de las prestaciones la empresa patronal por las diferencias y, en caso de insolvencia, responderá el citado Fondo quedando exentas las entidades aseguradoras del anticipo de las prestaciones (salvo en i.l.t., si el trabajador está en alta -como analizan SUAREZ PALOMARES y MARTINEZ ESCRIBANO, A., *op. cit.*, págs. 89 y 92-), debido a que queda cubierta con la función encomendada al Fondo».

(219) *Vid.* STSJ Andalucía/Sevilla de 24 de enero de 1992 (Ar. 1066).

Con amplios fundamentos la STSJ Galicia de 13 de septiembre de 1989 señala que «muy recientes sentencias del Tribunal Supremo (así las de 21-1-1987, 16 y 20-2-1987, 20-10-1987 y 29-9-1988) sostienen que la falta del desarrollo reglamentario indicado en los apartados 2 y 3 del artículo 96 LGSS determina la vigencia de los artículos 94 y siguientes LSS, en cuyo artículo 95 se establece que los descubiertos o infracotizaciones determinan el abono anticipado de la prestación de la Entidad Gestora, sin perjuicio de que el empresario constituya en la misma o en correspondiente Servicio Común, el capital necesario para que se produzca el abono de aquélla "teniendo en consideración, cuando proceda, las especialidades que se derivan de la responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía ...". De la misma manera que la de servir como elemento interpretativo la doctrina sentada por las Sentencias del Tribunal Constitucional de 28 de noviembre de 1983 y 21 de mayo de 1987, en las que, sobre la base del artículo 41 CE, se afirma el sentido público de la Seguridad Social y la superación de antiguos principios contributivos y de cobertura, desgajando la prestación de la cotización ...". Consideraciones que llevan a concluir que la asunción directa del pago por la Entidad Gestora y su derecho a posterior repetición, equivale al pago anticipado de la prestación por aquella obligación empresarial de constituir el capital-coste, resultando así que la utilización de una u otra expresión no supone sustancial diferencia de contenido habida cuenta que el derecho a repetir no puede identificarse con el mero abono de las primas, pues aparte de ello se traduciría en una clara invitación a un beneficioso fraude, al limitarse la responsabilidad del empresario incumplidor a una hipotética reclamación de cuotas es lo cierto que por simple semántica la repetición va exclusivamente referida al anticipo la distinción aparece expresada ya con la citada STS 20-2-1987, que condena a la capitalización. Y, en todo caso, no debe impedir que sea la Entidad Gestora o colaboradora la que «en aras de la garantía de los derechos de los beneficiarios, asuma la responsabilidad de la efectividad de la prestación, con la subsiguiente subrogación de los derechos y acciones de los beneficiarios (STS 21-1-1987)» sin que en ningún caso el artículo 41 CE, y la responsabilidad pública que viene a establecer, impliquen que el empresario o la aseguradora hayan de cumplir cuanto le corresponda y no haya de responder de los incumplimientos en la medida que la ley lo impone (STS 15-3-1989).

1.3. Cotizaciones debidas en virtud de actuación oficial.

Sobre la base del artículo 92.3.1.º b) LSS, a tenor del cual «cuando la cotización se haya efectuado fuera de plazo a consecuencia de la acción inspectora ... surtirá ... plenos efectos», podría entenderse que la obligación de cotización habría sido cumplida, en su esencia, por el empresario con la fundamental consecuencia de que no le sería imputable la analizada responsabilidad por falta total de cotización o infraseguro.

A tal efecto, cabe señalar que la efectividad de cotización puede tener lugar bien voluntariamente -dentro o fuera del plazo reglamentario- bien, en su defecto, de forma coactiva, por vía recaudatoria, ejecutiva o de apremio (judicial o administrativa).

El Real Decreto 1517/1991 estructura el procedimiento de apremio a partir de una inicial certificación de descubierto expedida por la TGSS, acreditativa del débito con la Seguridad Social, que se constituye en único título suficiente para iniciar, sin otro trámite ni autorización, el procedimiento ejecutivo del débito. La certificación se produce si el empresario no abona las cuotas que previamente le deben ser exigidas por uno de los dos siguientes procedimientos de actuación de oficio:

- a) El requerimiento de pago -con las formalidades del art. 79 R.D. 1517/1991- en los supuestos de falta de cotización de trabajadores en alta cuando no se han presentado los documentos; falta de cotización de algún trabajador en alta que no figura en los documentos (con o sin su presentación); y cuando, producido el ingreso y presentada la documentación fuera de plazo, se observen errores materiales o de cálculo en la liquidación.
- b) Acta de liquidación de la Inspección o del Controlador (220), si el descubierto procede de falta de afiliación, alta o de diferencias de cotización.

Son, pues, las cotizaciones que se adeudan en virtud de las cuotas exigidas por requerimiento de la TGSS o por acta de liquidación de la Inspección o del Controlador, las que se abordan bajo la genérica de «actuación inspectora» o «actuación oficial».

(220) Una vez aquélla sea firme, pues cabe impugnación en vía administrativa, o, en su caso, contencioso-administrativa por el empresario y por los propios trabajadores, a los que ha de darse traslado del acta (art. 4.2 Ley 40/1980).

Sobre tales premisas cabe afirmar que para que las cotizaciones exigidas por tal actuación surtan plenos efectos es preciso se dé una doble condición: que los trabajadores estén en alta en el período en cuestión (221) y que se abonan antes del hecho causante (222) -más bien que la acción inspectora, no el pago a consecuencia de ella, sea anterior o posterior al hecho causante-, matizándose, no obstante, que en los supuestos de infracotización sólo pueden reconocerse efectos plenos a las cotizaciones efectuadas fuera de plazo a consecuencia de la acción inspectora en el supuesto de afiliado dado de alta con los datos exactos (entre ellos los salarios) para que el aseguramiento social se produzca, no cuando tales datos se facilitan por la empresa en ocultación o falseamiento deliberado de los reales datos (223).

2. Anticipo de las prestaciones en el supuesto de descubiertos constantes y permanentes.

Cabe señalar, por último, que frente a un grupo de sentencias favorables a la tesis de que, si bien los descubiertos de cotización prolongados resultan causa suficiente para convertir al empresario en responsable, en modo alguno exoneran a la Mutua de toda responsabilidad (224), pues continúa obligada al pago anticipado conforme previene el artículo 96.3 LGSS -que, consiguientemente, no alcanzará al INSS (225)-, otro grupo -más numeroso ciertamente,

(221) SSTS de 29 de marzo de 1976 (Ar. 1302); SSCT de 24 de febrero (Ar. 1121) y 6 de julio de 1984 (Ar. 6137).

(222) Aplicándose al supuesto de cuotas no pagadas que se traten de hacer efectivas en vía de apremio, STS de 13 de noviembre de 1971 (Ar. 4346); SSCT de 17 de octubre de 1986 (Ar. 9780) y 20 de febrero de 1987 (Ar. 1087) [Sobre supuestos de insolvencia -STS de 22-10-1975 (Ar. 3876)-].

Sobre el principio de «presunción de insolvencia», cuando menos respecto a las prestaciones que han de ser capitalizadas, y reclamación por la TGSS en apremio -tras la previa reclamación administrativa- si el comunicado no lo hace en plazo (art. 86 y ss. R.D. 1517/1991).

De manera que la actuación oficial posterior al hecho causante no libera al empresario de la responsabilidad para el pago de las prestaciones que se le atribuye por el incumplimiento de la obligación de cotizar (STS 26-3-1979 -Ar. 1497-); SSCT de 20 de diciembre de 1982, citada, y 7 de junio de 1983 (Ar. 5317). Sobre la ineficacia general de las cotizaciones ingresadas con posterioridad al hecho causante, SCT de 14 de febrero de 1989 (Ar. 1824); STSJ Madrid de 11 de diciembre de 1990 (Ar. 3793); STSJ Valencia de 5 de febrero de 1992 (Ar. 894).

(223) SSCT 19 y 24 de febrero y 22 de octubre de 1982 (Ar. 974, 1121 y 5612) y 15 de septiembre de 1983 (Ar. 7459). *Vid.* DIEGUEZ CUERVO, G.: «Responsabilidades sobre prestaciones entre Entidades Gestoras y colaboradoras del régimen general», *RPS*, n.º 82, 1969.

Terminante la doctrina en STS de 29 de marzo de 1976 (Ar. 1302) y SCT 12 de diciembre de 1975 (Ar. 5677). *Contra*, no obstante, SCT de 7 de marzo de 1978 (Ar. 1488), aunque en tal supuesto de la acción inspectora habrá resultado la «oportuna liquidación»; si bien no había sido cobrado el oportuno importe.

(224) «No, ciertamente, porque resulte innecesario para la Mutua denunciar previamente el convenio de asociación, sino porque carece de facultades para resolver de forma unitaria tal convenio». HEVIA-CAMPOMANES CALDERON, E., *et altri* ... «Los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. Gestión. Prestaciones. Procedimiento y Jurisprudencia», Madrid, 1990, pág. 242.

(225) *Vid.* SSTSJ País Vasco de 30 de junio, 24 de julio y 11 de octubre de 1990 (Ar. 468, 493, 539); STSJ Baleares de 21 de enero de 1991 (Ar. 271). *Vid.* TORTUERO PLAZA, J.L.: «Responsabilidad de empresa. Anticipo de las prestaciones y proporcionalidad por afectación del período de descubierto sobre el período de carencia», *La Ley*, n.º 4, 1988, pág. 892.

pero cuyas tesis parecen superadas-, tras imputar la responsabilidad al empresario, procede directamente a exonerar a la Mutua sin necesidad de que se denuncie el convenio de asociación (226) -en tanto «la empresa no puede aspirar a que se declare vigente el contrato asociativo existente entre ella y la Mutua» (227)-, liberación que alcanza a la obligación de anticipo de las prestaciones (228) y, por contra, supone un traslado de la responsabilidad subsidiaria al INSS (en cuanto órgano que asume las funciones del extinto Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo).

Claramente se apuntan, de este modo, las líneas de solución propugnadas por los órganos judiciales autonómicos sobre la otra cuestión apuntada. Para el segundo núcleo de pronunciamientos, poniendo en relación los artículos 94.4 LSS 1966 y 96.3 LGSS con los artículos 124 y siguientes del Decreto de 22 de junio de 1956, «la actuación del INSS, como gestor de aquel Fondo (Fondo Gestor de Accidentes de Trabajo), no puede condicionarse a la insolvencia del empresario responsable, sino que ha de comprender el anticipo de la correspondiente prestación» (229), sin que tenga la Mutua, por tanto, que proceder al anticipo de las prestaciones en tanto para este fin fue creado el Fondo de Garantía (230) y, en todo caso, si aquella hubiera anticipado la prestación, es obligado para el INSS proceder a su reintegro (231). Por contra, el primer grupo de sentencias (232), considerando la responsabilidad subsi-

(226) STSJ Madrid de 29 de octubre de 1990 (Ar. 2748).

(227) STSJ Madrid de 19 de octubre de 1990 (Ar. 2784).

(228) SSTs de 8 y 22 de marzo, 16 de abril y 9 de julio de 1986 (Ar. 1527, 1596, 2102, 4004), 21 de septiembre de 1988 (Ar. 7148); SSCT de 11 y 16 de abril y 9 de octubre de 1984 (Ar. 2079, 2102 y 7537); 5 de febrero, 27 de diciembre de 1986 (Ar. 827, 4135, 12027 y 13787), 20 de enero y 13, 18 y 20 de febrero de 1987 (Ar. 1058, 3186, 3523, 4083), 27 de enero, 16 de marzo -dos-, 10 y 28 de septiembre de 1988 (Ar. 1114, 2404, 2406, 6157, 6178), 29 de enero, 2, 9, 10 y 24 de febrero, 5 de abril, 17 de mayo, 5, 6 y 18 de octubre -dos- y 23 de noviembre de 1989 (Ar. 848, 683, 1588, 1593, 1750, 2943, 3666, 2048, 2050, 2065, 2067 y 2614); SSTSJ Madrid de 19 de junio, 11 y 13 de diciembre de 1989 (Ar. 3128, 3135), 23 de enero, 14 y 16 de febrero, 6 de abril y 19 y 23 de octubre de 1990 (Ar. 500, 986, 994, 1639, 2764 y 2769); STSJ Andalucía/Málaga de 13 de julio de 1989 (Ar. 43); STSJ Castilla-León/Valladolid de 27 de julio de 1989; STSJ Baleares de 20 de febrero de 1990 (Ar. 578); STSJ Canarias/Las Palmas de 15 de enero y 27 de marzo de 1991 (Ar. 662 y 2247); STSJ Extremadura de 24 de junio de 1991 (Ar. 3850); STSJ Murcia de 20 de junio de 1991 (Ar. 3910); STSJ Andalucía/Sevilla de 24 de enero de 1992 (Ar. 660).

(229) STSJ Madrid de 26 de febrero de 1990 (Ar. 1027); STSJ Murcia de 5 de marzo de 1991 (Ar. 1987).

(230) STSJ Madrid de 23 de octubre de 1990 (Ar. 2369).

(231) Interpretando el Reglamento de Accidentes de Trabajo y derivándolo, a *sensu contrario*, de la afirmación reiteradamente sostenida para la que «si la Mutua no hubiera anticipado la prestación, hubiera tenido que realizarla el INSS como gestor del Fondo» (STSJ Valencia de 5-5-1990 -Ar. 3476-).

(232) Entre otras las ya indicadas SSTs de 4 de junio, 27 de septiembre, 20 de octubre y 23 de diciembre de 1986 (Ar. 1986, 5185, 5438 y 7585), 20 y 21 de enero y 9 y 20 de febrero de 1987 (Ar. 89, 102, 808, 1083), 29 de septiembre y 12 de diciembre de 1988 (Ar. 7148 y 9602). De forma concluyente, STS de 4 de febrero, 15 de abril, 8 de julio, 7 y 9 de octubre de 1991 (Ar. 797, 3270, 6831, 8657 y 8658), 30 de marzo y 28 de septiembre de 1992 (Ar. 1884 y 6820). SSTSJ País Vasco de 30 de junio, 16 de octubre, 6 de noviembre de 1990 (Ar. 468, 542, 551), 21 de enero, 1 de julio y 17 de septiembre de 1991 (Ar. 272, 4428, 4896) y 17 de marzo de 1992 (Ar. 1301); SSTSJ Cataluña de 16 de octubre y 24 de diciembre de 1990 (Ar. 4354 y 4429), 13 de junio de 1991 (Ar. 4157), 16 de marzo y 10 de abril de 1992 (Ar. 1716 y 2257); SSTSJ La Rioja de 9 (Ar. 1172) y 20 de marzo de 1992 (ya citada); STSJ Aragón de 12 de febrero de 1992 (Ar. 637); SSTSJ Castilla-León/Valladolid de 25 de febrero y 1 de junio de 1992 (Ar. 707 y 3148); STSJ Cantabria de 27 de abril de 1992 (Ar. 1942).

diaria contenida en los párrafos 1.º, 2.º y 4.º del artículo 94 LSS, afirma (233) que «las Entidades Gestoras no asumen el anticipo de prestaciones previsto en el artículo 95 LSS, sino cuando el responsable principal se halla en situación de insolvencia declarada», derivando de ello que «la finalidad del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo (INSS) se limita a garantizar la efectividad del derecho del trabajador y derechohabientes al percibo de las prestaciones derivadas de dichas contingencias (accidentes de trabajo), sin que exista razón alguna para que de este beneficio pueda participar la Mutua» (234) y, por consiguiente, si ésta anticipase las prestaciones y ulteriormente deviniera responsable porque el empresario no hubiese ingresado las cotizaciones, únicamente podrá resarcirse del propio empresario, pero no del INSS que, en cuanto gestor del Fondo no es responsable más que ante el trabajador, pero no frente a la Mutua, por el hecho de que la empresa resulte insolvente (235).

Con carácter previo al análisis de la solución que en unificación de doctrina proporciona el Tribunal Supremo cabe reproducir algunas consideraciones doctrinales que, sin duda, orientan aquélla:

1. El artículo 204.4 *in fine* LGSS taxativamente prescribe que «la falta de pago de las cuotas por un empresario asociado a una Mutua no podrá dar lugar a la resolución del convenio de asociación» (236) y sí meramente a su recaudación coactiva utilizando para ello los mecanismos previstos en el Reglamento General de Recaudación de los recursos del sistema de Seguridad Social (R.D. 716/1986, de 7 de marzo) (237).

Tal *lege data* es origen de importantes controversias (238) -e incluso se discute su propia legalidad (239)-, aduciéndose como razones críticas más relevantes que «ello hace que el espíritu de solidaridad mutual quede un tanto desequilibrado, perjudicando a los no

(233) STS de 12 de diciembre de 1988 (Ar. 9602); STSJ Valencia de 5 de mayo de 1990 (Ar. 3476); SSTSJ Madrid de 13 de diciembre de 1990 (Ar. 3210) y 7 de enero de 1991 (Ar. 785).

(234) STSJ Madrid de 25 de septiembre de 1990 (Ar. 2777).

(235) SCT de 2 de marzo de 1988 (Ar. 2302); STSJ Madrid de 25 de julio de 1989 (Ar. 1097).

(236) ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L., *op. cit.*, pág. 146, nota 76. GARCIA ORTUÑO, F.: «Naturaleza de la relación jurídica de la Seguridad Social (Comentario a la SCT de 25-3-1976)», *loc. cit.*

(237) ALMANSA PASTOR, J.M.: «Derecho de la Seguridad Social», *cit.*, pág. 195, con abundante cita jurisprudencial.

(238) *Vid.* SEMPERE NAVARRO, A. V., *op. cit.*, págs. 177-178.

(239) TATAY PUCHADES, C.: «La omisión contributiva empresarial y prestaciones de la Seguridad Social», *RL*, 1991/I, *loc. cit.*, partiendo para ello de la comparación con la «resolución de la relación jurídica de protección de la Seguridad Social» que, para el supuesto de prolongada ausencia de cotizaciones, adoptan las Entidades Gestoras y aceptan los Tribunales del orden social.

La conclusión que de tal premisa se obtiene es que «resultaría ... más aceptable defender la prohibición de dicha resolución no sólo para las Mutuas, sino también respecto a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social». Pudiéndose aducir para apoyar esta opción que tanto unas como otras deben cumplir con su finalidad justificativa que no es otra sino la de otorgar una protección que se acerque a la exigencia contenida en el artículo 41 CE de «mantener un Régimen Público de Seguridad Social, y ambas tienen el derecho (correlativo deber) de recaudar las cuotas a través de idénticos mecanismos».

morosos» (240); o que, a partir de tal concepción, «la relación contractual supuesta por el documento de asociación queda alterada y obliga a una de las partes a cumplir con todas sus obligaciones aunque la otra no cumpla las suyas» (241).

2. En la medida en que uno de los propósitos expresos de la Ley de Presupuestos de 1990 es fortalecer el control ejercido por el Ministerio de Trabajo sobre las Mutuas (ciertamente sin alterar su condición de persona jurídico-privada), si se las exonerase en base a su naturaleza «privada» de poco servirían medidas como la auditoría anual obligatoria y otras medidas cautelares en *pro* de la obtención de unidades económicas de mayor solvencia que permitan una superior eficacia en todas sus responsabilidades (242), dentro de las cuales debería comprenderse la de abonar anticipadamente las prestaciones derivadas de accidentes de trabajo (243), sobre todo si se considera que «la LGSS lleva aún más hacia esa solución, puesto que el artículo 96.3 habla precisamente de Mutuas Patronales, lo que sólo a accidentes de trabajo puede referirse, y les impone el pago de las prestaciones cuando "así se determine reglamentariamente" -determinación innecesaria en accidentes de trabajo- en caso de incumplimiento "de las obligaciones en materia de ... cotización" de los empresarios (...). En suma, por la doble vía de que el impago de primas no exonera a la aseguradora ... y de que aun exonerada es responsable inmediatamente, sin perjuicio de su derecho de repetición, INSS y Mutuas están siendo elevados por la jurisprudencia, bien que ésta deje de ser terminante, a asumir los siniestros» (244).

3. Al INSS corresponde abonar no sólo las prestaciones no satisfechas por el obligado relativas a asistencia sanitaria, i.l.t. e indemnizaciones a tanto alzado, sino también de aquellas que han de ser capitalizadas, pues continúa en vigor la denominada «presunción de insolvencia», al menos en referencia a aquellos en que concurriendo el responsable a hacer el ingreso, no lo efectúa en plazo. Pero ello siempre considerando que la referencia a sujeto obligado o responsable no lo es sólo el empresario, sino también la Mutua -si bien ésta se limitaría a anticipar las prestaciones derivadas de riesgos profesionales que se estimen de responsabi-

(240) GARCIA NUEVO: «Mutuas Patronales» en *Papeles de Economía Española*, n.º 12/13, Madrid, 1982, pág. 466.

(241) ALVAREZ ALVAREZ: «Mutuas Patronales», *cit.*, pág. 458.

(242) ESCUDERO RODRIGUEZ, R., *op. cit.*, pág. 88.

(243) TATAY PUCHADES, C.: «Anticipo de prestaciones y responsabilidades en la relación empresa-Mutua-INSS», *Tribuna Social*, n.º 12, pág. 37.

(244) ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L., *op. cit.*, pág. 151. A idéntica conclusión se llegaba con anterioridad al amparo del artículo 93.3 LSS 1966 (*vid.*, en *ibid.*, jurisprudencia citada en nota 98) -solución contraria, aplicando la Ley 24/1972, de Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora del Régimen General de la Seguridad Social, para absolver a las Mutuas por estimar un inadecuado desarrollo reglamentario del art. 96.3, que sin embargo, no se admite por la doctrina ante la propia vaguedad de la expresión, «cuando procediera», contenida en el art. 17.2 de la norma aludida-.

lidad empresarial-; cerrando el sistema la lógica previsión relativa al supuesto de pago anticipado por la Mutua e imposibilidad de resarcimiento por ésta ante la insolvencia del empresario, que debe solucionarse creando en el INSS la obligación de reintegrar los aludidos anticipos (245).

Haciéndose eco del espíritu que impregna los anteriores postulados, las decisiones recaídas en diversos recursos de unificación de doctrina zanján (246) la cuestión a partir de un

(245) Solución que se acepta a partir de los fundamentos expuestos por TATAY PUCHADES, C., *op. ult. cit.*, pág. 37:

- De un lado, sólo así se explicaría la obligación que pesa sobre el asegurador de aceptar «toda proposición de asociación» por parte de empresarios hábiles para ello -art. 204.4 LGSS-.
- Igualmente, y desde un punto de vista axiológico o valorativo, parece claro que tal solución se encuentra mucho más próxima a la idea de solidaridad que a la luz de las previsiones constitucionales debe inspirar el sistema de la Seguridad Social, más si se tiene presente alguno de los recursos económicos con que se financia el INSS tales como «las subvenciones del Estado que se consignarán con carácter permanente en sus presupuestos generales, y las que se acuerden para atenciones especiales o resulten precisas por exigencias de la coyuntura» [art. 51 a) LGSS], «las sumas recuperadas de Entidad o empresario responsable a las que el INSS haya sustituido o, y entre otras, los capitales necesarios para constituir una renta durante 25 años del 30% del salario de los accidentados que fallezcan sin dejar familiares».

(246) *Vid.*, por ejemplo STSJ Navarra de 2 de abril de 1992 (Ar. 1853), aunque afortunadamente secundado por otros (así, p.ej., STSJ La Rioja de 9-3-1992; STSJ Cantabria de 27-4-1992).

Aunque no definitivamente, pues aún se ignora en algunos pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia. Así, por ejemplo, las citadas SSTSJ Canarias/Las Palmas de 15 de enero y 27 de marzo de 1991; STSJ Andalucía/Málaga de 25 de enero de 1991 (Ar. 435); STSJ Murcia de 20 de junio de 1991; STSJ Extremadura de 24 de junio de 1991; STSJ Andalucía/Sevilla de 24 de enero de 1992; STSJ Navarra de 2 de abril de 1992 (Ar. 1853).

Sobre la afirmación de que «en el ejercicio de la función de juzgar cada órgano es independiente (art. 12.1 LOPJ) y que la doctrina del Tribunal Supremo no es vinculante para los órganos judiciales inferiores en cuanto éstos basen sus decisiones en fundados y sólidos razonamientos jurídicos», la STSJ Madrid de 20 de mayo de 1992 (Ar. 2726) cuestiona la tesis del Tribunal Supremo sobre la siguiente argumentación: «Siguiendo la línea de la evolución legislativa, el artículo 17.2 de la Ley de 21 de junio de 1972, amplía el anticipo, cuando proceda, a los supuestos en que sean responsables de las prestaciones empresas desaparecidas o de las que por su especial naturaleza no puedan ser objeto del procedimiento de apremio, y aclara la disposición final segunda-uno de dicha Ley que la LSS continúa en vigor en cuanto no sea opuesta a lo establecido en la presente, y en la final segunda-dos deroga cuantos preceptos, cualquiera que sea su rango, se opongan a lo dispuesto en ésta, con lo que es clara la derogación del particular relativo a la exclusión que de empresas desaparecidas o excluidas del procedimiento de apremio había en el artículo 95.2 LSS; así las cosas, y por efecto de la derogación legislativa de la disposición final tercera de la Ley de 1972, bajo los límites que en la propia ley delegante quedaron establecidos, surge la LGSS ... a la que se incorporan preceptos en materia de Seguridad Social, contenidos en otras disposiciones de igual rango, y fruto de ello es el artículo 96 LGSS, regulador de la responsabilidad en orden a las prestaciones, que ... en su apartado 3.º efectúa una delegación reglamentaria; ... delegación que viene reconocida, en principio, por la disposición final 3.ª de la LSS y respetada por la Ley de 1972. En definitiva, ante la falta de desarrollo reglamentario del precitado artículo 96.3, no puede por menos de aplicarse el principio de automaticidad con el específico contenido normativo derivado de la LSS, y así lo viene a reconocer la disposición transitoria 2.ª del Decreto de 23 de junio de 1972, y cualquier otro alcance que se diera al artículo 96.3 precitado, no puede prevalecer frente a la propia Ley de delegación, ... por lo que no existe norma que imponga a la Mutua anticipar la prestación económica ... cuando la empresa es responsable directa a causa de hallarse en descubierto en el pago de las primas correspondientes.

«examen en profundidad del problema debatido» cuyas conclusiones más relevantes son las siguientes (247):

1. En los supuestos en que la empresa se encuentre al descubierto en el pago de las cuotas de la Seguridad Social, «la responsabilidad de hacer efectivas dichas prestaciones recae sobre la empresa» (248).

2. No obstante, y en la medida en que «la LGSS, consecuente con el principio que consagra, de automaticidad de las prestaciones, en su artículo 96.3 (249) ... expresamente dispone que la Entidad Gestora, Mutua Patronal o Servicios Comunes ... habrían de proceder, en los supuestos que reglamentariamente se determinen, al pago inmediato a los beneficiarios de las prestaciones causadas -en el caso que ahora interesa, por accidente de trabajo-, quedando subrogado quien así lo hiciese en los derechos y acciones que correspondieran a tales beneficiarios» (250). De modo que:

- a) El dato de la responsabilidad empresarial «no supone en modo alguno que la Mutua aseguradora quede libre de responsabilidad, por cuanto el principio de automaticidad de las prestaciones ... impone a la Mutua Patronal el pago inmediato de prestaciones

La tesis se extrema en los supuestos de descubiertos constantes y permanentes desde el inicio mismo del contrato, supuesto en que, entendiéndolo tácitamente suspendida la relación de aseguramiento (o, como más expresivamente reconocen algunos pronunciamientos, un auténtico supuesto de aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*) declara inaplicable la tesis que el Tribunal Supremo extrae del artículo 96.3 LGSS (implícitamente, afirmando que el contrato nunca se ha perfeccionado por burdo incumplimiento de la obligación básica por parte del empresario al no haber efectuado ninguna cotización) y, por tanto, niega que pese sobre la Mutua obligación alguna de anticipar las prestaciones económicas que se deriven de accidente de trabajo o enfermedad profesional». Vid. al respecto STSJ Madrid de 20 de noviembre de 1991; STSJ Valencia de 7 de mayo de 1991; STSJ Aragón de 15 de diciembre de 1992 (ya citadas).

(247) Pioneras fueron las SSTS de 4 de febrero y 15 de abril de 1991 y definitivas, por la contundencia de sus términos, las SSTS de 8 de julio y 7 de octubre de 1991, al punto que los pronunciamientos posteriores únicamente se limitan a reproducir algunos de sus aspectos señeros -singularmente la operatividad del principio de automaticidad en este contexto como razón última que avala el anticipo de las prestaciones a cargo de Mutua- remitiéndose en lo restante a los considerandos de aquéllas (STS de 30-3-1992).

(248) STS de 7 de octubre de 1991.

(249) Que, a pesar de la ausencia de desarrollo reglamentario, no sirve de pauta para que adquiera valor de tal lo previsto en los artículos 94, 95, 96 y 97.1 y 2 LSS 1966, según se ha dejado constancia establece la STS de 8 de julio de 1991.

Sobre los numerosos litigios generados por la ausencia de desarrollo reglamentario coherente y completo en los que únicamente se perseguía la determinación del sujeto responsable del abono de las prestaciones, entre otros muchos, AVILA ROMERO: «La responsabilidad empresarial por deficiencias en la cotización en el accidente de trabajo y su matización en la jurisprudencia», RSS, n.º 19, pág. 19 y ss. o FERNANDEZ MOLTO: «Normativa de automaticidad», en AA.VV.: «III Jornadas ...», cit., págs. 143-148.

(250) SSTS de 8 de julio de 1991 y 30 de marzo de 1992.

en el supuesto de que proceda imputación de responsabilidades al empresario incumplidor» (251), «como consecuencia del principio de automaticidad en las prestaciones y de su condición de garante en su calidad de suscriptora del correspondiente convenio de asociación» (252).

- b) La alteración del sistema que se opera al potenciar el artículo 96.3 el principio de automaticidad implica, igualmente, que «cuando la Mutua Patronal satisfaga la prestación al beneficiario ... habrá de quedar subrogada en los derechos y actuaciones de tal beneficiario» (253), «y ello no sólo frente al empresario incumplidor, sino también frente al INSS en cuanto este organismo ha asumido en la actualidad el cumplimiento de las funciones de garantía que anteriormente correspondían al extinguido Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo» (254).
- c) Por si duda hubiere, sobre el patrimonio de las Mutuas -patrimonio propio formado no sólo por el percibo de primas, así como sobre los bienes muebles e inmuebles que adquieran con dichos ingresos, sino también por el patrimonio histórico o bienes de otro origen (art. 202.4 LGSS)- no han de recaer responsabilidades distintas de las que le son propias (255), «máxime si se tiene en cuenta que, como establece el artículo 204 (LGSS), dichas Mutuas han de aceptar toda propuesta de asociación y no

(251) SSTS de 7 de octubre de 1991 y 30 de marzo de 1992.

(252) SSTSJ Cataluña de 24 de diciembre de 1990 (Ar. 4429), 13 de junio de 1991 (Ar. 4157).

«Es más, para el caso de accidentes de trabajo es innecesario a la determinación reglamentaria en virtud del principio de automaticidad absoluta de las prestaciones, conforme al cual, los trabajadores del Régimen General, se considerarán de pleno derecho en situación de alta a efectos de contingencia de los accidentes de trabajo, aunque el empresario hubiera incumplido sus obligaciones» (STSJ Cataluña de 16-3-1992 -Ar. 1716-).

(253) STS de 8 de julio de 1991. Concluyente, e inspiradora de la anterior doctrina, STS de 4 de febrero de 1991, la cual establece que «el artículo 96.3 LGSS altera el anterior sistema al potenciar el principio de automaticidad de las prestaciones ... (y origina que) cuando la Mutua satisfaga la prestación al beneficiario ... habrá de quedar subrogada en los derechos y acciones que correspondan a dicho beneficiario, pues esto es lo que determina el mencionado precepto, en concordancia con tal principio. Al ser ello así, deviene evidente que, puesto que el beneficiario, conforme al artículo 94.4 LSS, tiene acción contra el Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo para obtener el pago de la prestación causada, en tal acción queda subrogada la Mutua que hubiera anticipado a dicho beneficiario el pago de la prestación La instauración del principio de automaticidad de las prestaciones no habría de alterar el área de responsabilidad del citado Fondo ni debía suponer, por tanto, que parte de la que a éste correspondía hubiera de recaer sobre la Mutua que, como consecuencia de dicho principio, hubiera anticipado prestaciones causadas».

(254) STS de 7 de octubre de 1991, ya que como señala la sentencia *supra* aludida: «la transitoria sexta de la LGSS ... dispone la subsistencia del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, con mantenimiento de sus competencias y funciones (...), la instauración del principio de automaticidad de las prestaciones no había de alterar el área de responsabilidad del citado Fondo La Mutua Patronal que, como consecuencia de dicho principio, hubiera anticipado prestaciones causadas (habrá de poder subrogarse) en los derechos y acciones que correspondieran al beneficiario».

(255) STSJ Cataluña de 22 de mayo de 1992, para un supuesto de incapacidad permanente con origen en una enfermedad profesional.

pueden resolver los convenios inscritos (...). En esta línea de pensamiento ... el artículo 202 ... no impone a las Mutuas Patronales ... que hayan de asumir definitivamente prestaciones que ... se vieran, no obstante, obligadas a anticipar. Ello es así porque es el Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo el garante al efecto, según antes se ha razonado» (256).

V. RESPONSABILIDAD DE LAS MUTUAS EN PRESTACIONES NO ECONOMICAS

No obstante el límite establecido al estudio, que tiene por objeto fundamental el análisis de la responsabilidad económica que pudiera afectar a las Mutuas, no puede perderse de vista que estas aseguradoras tienen como objetivo último el tratamiento integral del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional abordándolo en todos sus fines, esto es, la prevención de su acaecimiento (a partir de técnicas de medicina preventiva, seguridad en el trabajo o higiene industrial), reducción de la posibilidad de acaecimiento, tratamiento sanitario al accidentado (a través de las diversas técnicas de asistencia médica) y rehabilitación y readaptación, si fuera necesario, para su reinserción en el mundo laboral (aplicación de técnicas rehabilitadoras que afectan no sólo al aspecto físico sino también a la orientación profesional, formación profesional y subsidio de recuperación que, aunque en rigor se trata de una prestación económica, debe ser contemplada en esta sede por cuanto sola carece de sentido, al estar unida radicalmente a las prestaciones recuperadoras). El cumplimiento de tan ambicioso objetivo hace que la responsabilidad de las Mutuas, considerada únicamente desde el punto de vista de las prestaciones económicas derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, no sea sino una cara de la poliédrica responsabilidad económica general que para aquéllas se derivan en cuanto unidad de intereses especializada que debe gestionar las señaladas cuatro fases como única fórmula eficaz y adecuada para el tratamiento de las contingencias profesionales (257).

En lo que no pretenden ser sino una sumaria y meramente indicativa muestra de la aludida incidencia, cabe valorar alguna de las más significativas notas que en la actualidad presenta la acción de las Mutuas en materia de prevención y reducción de los riesgos de accidente y enfermedades profesionales, tratamiento médico de aquéllos y prestaciones rehabilitadoras y de reintegración profesional.

(256) Y así, «cuando se establece que las Mutuas habían de repartir entre sus asociados el coste de las prestaciones por accidente de trabajo causadas por el personal de dichos asociados, parte del supuesto de que no procediera la imputación a éstos y no impone a las Mutuas, por tanto, que hayan de asumir definitivamente prestaciones que, aun existiendo tal imputación, se vieran obligadas no obstante a anticipar». Desarrollando la tesis anterior, STSJ La Rioja de 9 de marzo de 1992 (Ar. 1172). *Vid.* importantes matices en STSJ Madrid de 25 de septiembre de 1990 (Ar. 2283).

(257) *Vid.* al respecto ALVAREZ JIMENEZ, C.: «Mutuas patronales», *cit.*, págs. 168-169; NIETO VILLANUEVA, E.: «Acción protectora» en AA.VV.: *Mutuas, cooperativas y seguros*, *cit.*, págs. 172-173 o SEMPERE NAVARRO, A. V.: *Régimen jurídico de las Mutuas patronales*, *cit.*, pág. 205 y ss.

1. Prevención y reducción de riesgos profesionales.

Un análisis del montante económico que durante el ejercicio de 1992 han dedicado las Mutuas de Accidente al Servicio de Higiene y Seguridad en el Trabajo (258) sirve para comprobar las líneas básicas de actuación de tales entidades aseguradoras al fin de prevención y reducción de riesgos profesionales, que pueden sintetizarse en las siguientes:

1. Divulgación y organización de cursillos orientados a la prevención de accidentes.
2. Servicios de asesoramiento prestados a las empresas asociadas y a los trabajadores protegidos.
3. Investigación de accidentes de trabajo acaecidos y realización de estudios de siniestralidad con el fin de reducirla y mejorar las medidas de Seguridad e Higiene.
4. Atención de los Servicios de Medicina Preventiva y Social.

Debe dejarse constancia, como primera observación, que el calificativo que se puede efectuar respecto al contenido de estas prestaciones no es otro sino el de espontaneidad (259).

En efecto, y por ejemplo, en ningún apartado de la LGSS se señala que las Mutuas deban establecer servicios de medicina preventiva o de Seguridad e Higiene y únicamente el artículo 202 alude a que se repartirán entre sus asociados «la constitución a los servicios de prevención y recuperación y demás previstos en la presente Ley», orientado más a la contribución a unos servicios generales preventivos que a su establecimiento individual por ellos.

Tal carencia se modificó formalmente por el Real Decreto 1509/1976, que específicamente las habilita en la creación de instalaciones y servicios «para la recuperación profesional así como para la prevención de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales» (art. 12.1); y, sin embargo, en realidad no se ha desarrollado la real potencialidad en tal precepto contenida que parecía pensar en algo más que en una autorización previa y general (de la Subsecretaría de la Seguridad Social, previo informe preceptivo del Servicio de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos y del Plan Nacional de Higiene y Seguridad en el Trabajo -art. 12.2-), en una real coordinación dinámica (de ahí que el requisito de dicha autorización no sea otro que adecuarse a la finalidad y plan general de estos centros aprobados por el Ministerio de Trabajo) que la falta de regulación tanto estatal como de las Comunidades Autónomas ha dejado desierta -y que se corrige parcialmente en el Proyecto de Ley de Salud Laboral-.

(258) *Vid.*, en su evolución, Memorias económico-financieras de las Mutuas Patronales, años 1987, 1988, 1989 y 1990, Madrid (MTS), 1989, 1990, 1991 y 1992, respectivamente.

(259) Compartiendo el ya detectado en 1986 por MARTIN SERRANO, A. y COLMENAR LUIS, J.: *Las Mutuas Patronales. La Gestión Privada de la Seguridad Social*, Madrid (Trivium), 1989, pág. 255.

De igual forma tampoco se han articulado fórmulas legales definitivas que establezcan el compromiso concreto que las Mutuas deben asumir en su labor de colaboración con el empresario asociado en la prevención y reducción de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Siendo notables los esfuerzos realizados en la organización de actividades formativas, difusión de medidas preventivas, asesoramiento técnico, investigación -básicamente estudios de siniestralidad- o publicación de normas y estudios que puedan resultar útiles a los asociados para el desarrollo de su actividad prevencionista (260), se observa, no obstante, lo espontáneo de las mismas, en cuanto faltas de real obligación jurídica, que sigue pesando, en general, sobre el empresario, quien habrá de adoptar en todo caso las pertinentes medidas de seguridad (261) en tanto se le supone único que controla o puede controlar este medio y le sujeta, en consecuencia, a normas sobre seguridad e higiene en el trabajo -teniendo presente que «los factores que influyen sobre la salud del trabajo no sólo están ... en los centros de trabajo, sino también en los factores ambientales comunes» (262)-, por cuanto sigue siendo cierto que «la prevención de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales está necesariamente ligada a las (reglas sobre) la relación de trabajo» (263) y el artículo 7.2 de la Ordenación General de la Seguridad e Higiene -de la que el art. 93.1 LGSS es fiel tratamiento (264)- obliga específicamente a la organización de la producción a adoptar «cuantas medidas fueren necesarias ... (para) ... la debida prevención de los riesgos» (265).

(260) Entre otras y, por ejemplo, el elenco de publicaciones que la Mutua MUSEBA-IBESVICO ha efectuado en los tres últimos años con más de 14 monografías destinadas a este objeto.

(261) Y en tal sentido se pronuncia la Directiva Marco 89/391/CE, y aquellas que la desarrollan; entre otras, la 89/654, 89/655, 89/686, 90/270, 90/394, 90/679, 92/57, 92/58, 92/85 y 92/91. *Vid.* análisis específico en PEREZ ALENCART, A.: *El Derecho Comunitario europeo de la seguridad y la salud en el trabajo*, Madrid (Tecnos) 1993; GONZALEZ POSADA, F.: «El significado de la normativa comunitaria en materia de seguridad, higiene y salud en el trabajo. La Directiva 89/391/CE», *AL*, n.º 32, 1991, págs. 393-398; GRAU RIOS, M. y PINILLA GARCIA, J.: «La Directiva “marco” sobre seguridad y salud en el trabajo», *Salud y Trabajo*, n.º 80, 1990, págs. 25 a 39; PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «La Directiva marco sobre medidas de seguridad y salud de los Trabajadores en el trabajo y la adaptación del Ordenamiento español», *RL*, núms. 8 y 9, págs. 46 a 65 y 99 a 111; APARICIO TOVAR, J.: «Las obligaciones del empresario de garantizar la salud y la seguridad en el trabajo», *REDT*, págs. 705 a 713.

(262) LOPEZ LOPEZ, J.: «Derecho a la salud y ambiente de trabajo» en *Derecho y medio ambiente*, Madrid 1981, págs. 489-490.

(263) Según sostienen EDCHER, M.F. y KESSLEK, F. (citados por ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *op. cit.*, págs. 43-44.

(264) Sin necesidad de reclamar la presencia de una medida específica prevista e impuesta. Por todos, en general, FERNANDEZ MARCOS, L.: *La seguridad e higiene del trabajo como obligación contractual y como deber público*, Madrid, 1975.

(265) Y al respecto debe ponderarse la necesaria colaboración de las Mutuas con los Comités de Seguridad e Higiene y los Servicios Médicos de Empresa en un cuádruple orden:

1. Descubrimiento de los riesgos materiales existentes.
2. Descubrimiento y eliminación de actos arriesgados y protección de movimientos y posiciones.
3. Determinación del equipo y las herramientas necesarias para realizar el trabajo con seguridad.
4. Determinación de los requisitos necesarios para la ejecución segura del trabajo, tales como buen estado físico, facilidad de movimientos, aptitudes especiales, etc.

Dada la distribución de competencias en materia de Seguridad Social entre Estado (relación jurídica básica y las instrumentales de afiliación, cotizaciones y prestaciones y régimen económico-financiero y económico-administrativo) y Comunidades Autónomas (normativa en materia de organización, gestión y procedimientos, asistencia y prestaciones complementarias, voluntarias y libres y gestión patrimonial) cabe atribuir a estas últimas la correspondiente en torno al establecimiento de mapas de riesgos laborales para la salud de los trabajadores. Mapa-programa, aún por elaborar, que, coordinado con los Gabinetes Territoriales de Seguridad e Higiene y con los correspondientes de las autoridades laborales provinciales, debería incluir no sólo una mera descripción de riesgos sino también los programas preventivos a desarrollar y la participación que habría de corresponder a los trabajadores y a las Mutuas, pudiendo postularse que la financiación de los mapas regionales de riesgos elaborados por las Comunidades Autónomas podrían ser asumidas, en gran parte, por la cuantía que las Mutuas operantes en el respectivo territorio dedican a los Servicios de Seguridad e Higiene y a la Medicina Preventiva; los cuales deberían ver ampliado, igualmente, su campo de actuación en la prevención de accidentes en una triple dirección:

1. Insertándose sus actuaciones en la planificación regional.
2. Dotándoles de poderes de decisión para facultarles el incremento o reducción de primas en función de la actuación del empresario en materia de prevención.
3. Aplicando a estos planes gran parte de los excedentes de gestión (266).

No puede concluirse esta exposición sin el análisis de una de las obligaciones de prevención más importantes que pesan sobre las Mutuas cual es la de controlar los reconocimientos médicos efectuados a los trabajadores de las empresas asociadas que realicen actividades que entrañen riesgo profesional -arts. 192.1 y, *a sensu contrario*, 22.3 R.D. 1509/1986 (267)-, debiendo llevar al día un Libro Registro de reconocimientos médicos en el que inscribirán, por orden cronológico de ingreso en las empresas, aquellos trabajadores que hayan de ser reconocidos médicamente a efectos de enfermedad profesional, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 191 LGSS (art. 22.1 R.D. 1509/1986), conservando, igualmente, las copias a remitir por las empresas, de los certificados de los reconocimientos médicos inscritos en el mencionado Libro (268).

(266) MARTIN SERRANO, A. y COLMENAR LUIS, J., *op. cit.*, págs. 257 y 258.

(267) *Vid.*, igualmente, artículos 45 a 50 Orden Ministerial de 9 de mayo de 1962.

(268) Sobre las consecuencias derivadas del incumplimiento de esta obligación, artículo 192.3 LGSS [*vid.* Sección «Los suscriptores preguntan (pregunta 209)», *RL*, n.º 6, marzo 1993].

Esta actividad de control puramente documental debe completarse idealmente con una necesaria coordinación entre las funciones asignadas a los Médicos de Empresa y a las Unidades y Servicios de Prevención de las Mutuas -cuando tal dualidad exista, pues, y es frecuente, cabe existan conciertos en los que la labor de aquéllos sean asumidos directamente por la Mutua- al objeto de dotar a los reconocimientos médicos de la real importancia que los mismos deben tener no sólo a la hora de contratar sino a lo largo de la prestación (269), descubriendo precisamente las enfermedades profesionales, controlando a los obreros que ocupan puestos de trabajo en los que existen peligros de riesgo colectivo, indicando la necesaria reclasificación profesional por razones de seguridad y salud y, en suma, ejerciendo una educación unitaria y preventiva creando así la mística de la salud.

2. Asistencia sanitaria.

Abordada a lo largo de la precedente exposición la dinámica operativa del principio de automaticidad sobre las prestaciones de asistencia sanitaria que hubieren de proporcionarse a los trabajadores al servicio de empresas asociadas a una Mutua, la obligatoriedad de anticipo de las mismas y la posibilidad de repetición que aquéllas conservan en los supuestos de incumplimiento empresarial de la obligación de afiliación, alta y cotización (habiendo de considerarse que la presencia de eventual responsabilidad civil o penal no enerva el juego del principio de automaticidad en cuanto se otorga a la Mutua la posibilidad de personarse en el correspondiente procedimiento penal o civil -o promoverlo directamente- al objeto de resarcirse de los gastos efectuados a su costa), restaría en esta sede hacer una sumaria exposición de la organización y alcance de esta prestación a cargo de las entidades aseguradoras cuya responsabilidad se examina.

(269) Tal como reconoce el artículo 191.1 LGSS. No obstante, escasamente constructiva resulta la previsión contenida en el artículo 20 del proyecto de Ley de Prevención de riesgos laborales, cuando, en su apartado 6.º, señala que la realización de reconocimientos médicos y pruebas de verificación del estado de salud de los trabajadores sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador así lo solicite o dé su consentimiento, excluyendo los supuestos en los que éstos sean imprescindibles para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo o para terceros, entrando en clara contradicción con lo dispuesto previamente en su artículo 15.º que habla de adoptar medidas preventivas «... cuando se les haya diagnosticado precozmente un daño para la salud», algo que en numerosos casos será difícil de hacer si se deja a la voluntad del trabajador el someterse a los exámenes pertinentes para ello (incongruencia que se reitera en los párrafos 1.º, 3.º y 6.º del art. 23). La imprevisión de un necesario examen anterior a la contratación, al objeto de determinar si el trabajo a realizar no va a suponer un factor de agravamiento añadido a un proceso patológico previo que pudiera existir tampoco contribuye a mejorar las perspectivas preventivas del nuevo texto. *Vid.* MALBOYSSON CORRELHER, E.: «Valor de los Reconocimientos Médicos en la Prevención de Riesgos Laborales» en AA.VV.: *Seminario sobre Reconocimientos Médicos en la futura Ley de Prevención de riesgos laborales*, Santander (MUSEBA-IBESVICO), 1992, pág. 17 y ss.

Al efecto cabe señalar que, como modalidad de participación en la gestión de la Seguridad Social -«sustitución, en sentido pleno, de la gestión pública a la que arranca determinadas parcelas con la consiguiente atribución de ingresos derivados de las cotizaciones o el ahorro de parte de estas últimas, según los casos» (270)-, las Mutuas asumen la prestación de asistencia sanitaria, y lo pueden hacer bien a través de sus propias instalaciones sanitarias (exclusivas de una Mutua o poseídas en común con otras) -siempre que tales servicios médicos y establecimientos de consulta y hospitalización hayan sido calificados como «suficientes» por la Subsecretaría de la Seguridad Social, previo informe preceptivo de la Inspección de los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social [art. 12.1 R.D. 1509/1976 (271)]-, de concierto con la propia Seguridad Social (272) o bien con otra institución asistencial privada o de otra aseguradora e incluso optando por la utilización de servicios médicos libres que debe indicar previamente (273).

(270) ALARCON CARACUEL, M. R. y GONZALEZ ORTEGA, S., *op. cit.*, pág. 227.

(271) Si bien la referencia a la Subsecretaría debe entenderse referida en la actualidad a los Servicios Sanitarios de las respectivas Comunidades Autónomas.

(272) En el supuesto de instalaciones comunes a dos o más Mutuas la resolución que autorice esta forma de establecimiento en común determinará, a propuesta de las Mutuas afectadas, los derechos, obligaciones y aportaciones mínimas de los partícipes, así como el régimen de gobierno, administración y funciones a cumplir (art. 12.3 R.D. 1509/1976).

Según se ha dejado cumplida constancia -y establece claramente la Rs. 9-3-1981-, si la asistencia sanitaria se presta por la Seguridad Social, sus facturas son deducidas por la TGSS del importe que ésta debe abonar a la Mutua por cuotas (SCT de 2-7-1984), si bien puede reclamar directamente su pago (SCT de 27-11-1984, al igual que la anterior ya citada). Tal y como precisa la STS 26 de diciembre de 1989 (Ar. 9080), «la intervención de la TGSS ... a la que incumbe, en el ejercicio de su función administrativa de recaudación, el descuento de la facturación por asistencia sanitaria prestada en instituciones de la Seguridad Social a cuenta de las Mutuas, sin embargo, no faculta a encuadrar su pretensión en el ámbito de una reclamación contra dicha actividad administrativa de esa institución autónoma de la Seguridad Social que propicie la incompetencia de este Orden Jurisdiccional Social para conocer y resolver la controversia al efecto, ya que lo realmente discutido no es, sino, una reclamación cuantitativa entre Entidades Gestoras de la Seguridad Social y una Mutua en relación con las obligaciones y derechos que a unas y otra les incumbe de acuerdo con sus respectivos fines y cometidos asegurativos. Al ser esto así, obvio resulta que se desdibuja cualquier signo de actuación jurídico-administrativa».

Sobre su importancia cuantitativa y cualitativa, *vid.*, por ejemplo, MTS: *Centros asistenciales gestionados por las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo*. Indicadores 1988, Madrid (MTS), 1990.

(273) Sin embargo, ante la eventualidad de que la Mutua no dispusiera de servicios propios ni concertados en el lugar en que se desarrolla la prestación laboral; ni por otro lado, que aun a pesar de no poseer tales centros, indicase al operario accidentado el lugar en que la asistencia sanitaria le sería prestada, se está ante una injustificada falta de asistencia sanitaria debida, propia de la Mutua, pudiendo el trabajador acudir al centro médico que entendía mejor podría solucionar su dolencia, debiendo la entidad aseguradora abonar los gastos generados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3 del Decreto 2575/1973, de 14 de septiembre (STSJ Valencia de 4-7-1992 -Ar. 3939-), pues no se trata de una elusión pura y simple de concertos o indicaciones que le vincularían y que originaría el pago de los honorarios de los médicos que hubiese elegido.

Distinto es, igualmente, el supuesto de retribución a los médicos de la Seguridad Social que atienden en caso de urgencia a quienes hayan sufrido un accidente de trabajo y tienen el derecho subsiguiente al abono de sus retribuciones sujetas a tarifa. Si bien es indudable que entre tales médicos y la Mutua no existe vínculo laboral alguno, la competencia para su conocimiento sigue estando atribuida a la Jurisdicción Social (en virtud de los arts. 119 LGSS y 36 y 37 del Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social) (SCT 11-1-1986 -Ar. 132.-). Igual controversia se ha suscitado, con mayor frecuencia, entre Entidad Gestora de la Seguridad Social y la Mutua (p. ej., SSCT de 2 y 8-4-1976 -Ar. 1895 y 2031-, 2-7-1982 -Ar. 4130-) y no parece que exista ninguna razón convincente para entender que la competencia jurisdiccional se altere o modifique por el simple hecho de que quienes insten la reclamación fueran los médicos interesados, los cuales, incluso, deberían dirigir la acción no sólo contra la correspondiente Mutua sino también contra la Entidad Gestora.

El empresario debe poner en conocimiento de la aseguradora el hecho del accidente a través del oportuno parte de accidente (274), y la Mutua prestar los oportunos tratamientos médicos y quirúrgicos no sólo de las lesiones o dolencias que sufrieran las víctimas, sino también de las secuelas residuales tras su curación (275), sin que se le pueda establecer un límite temporal -frecuentemente se pretende el agotamiento con la declaración de invalidez permanente del accidentado o enfermo- sino quedando vinculado al hecho causante, que le obliga a asumir cuantas atenciones médicas exija el tratamiento de las lesiones y secuelas derivadas del mismo, incluyendo las prótesis quirúrgicas fijas y las ortopédicas permanentes o temporales, así como su oportuna renovación y los vehículos para aquellos inválidos cuya invalidez así lo aconseje (276).

3. Prestaciones rehabilitadoras y de reinserción profesional.

Un último aspecto restaría por analizar en el tratamiento integral del accidente de trabajo y enfermedad profesional: la recuperación profesional. Bajo tan genérica denominación deben comprenderse las prestaciones siguientes en favor de los trabajadores que hayan sido declarados inválidos en los grados de incapacidad permanente parcial o total para la profesión habitual, con posibilidad razonable de recuperación (art. 26.1 O.M. 15-4-1969), o, más bien, tan pronto como se aprecie la procedencia de llevar a cabo aquélla y sin que sea precisa la existencia previa de invalidez permanente (art. 146.1 LGSS), ampliada a la i.l.t. e invalidez provisional [art. 18.2 a) Decreto 1646/1972]: tratamiento sanitario adecuado, especialmente rehabilitación funcional, orientación profesional y formación profesional, por readaptación al trabajo habitual anterior o por reeducación para un nuevo oficio o profesión [arts. 147.1 LGSS y 26.2 O.M. 15-4-1969 (277)], a través del plan o programa individual de recuperación que atienda a las aptitudes y

(274) Sobre los requisitos de la «notificación de los accidentes de trabajo» y la «expedición y tramitación de partes a efectos de prestaciones», artículos 20 y 21 Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967 y Orden Ministerial de 16 de diciembre de 1987, que modifica la redacción anterior del artículo 21 antecitado y aprueba el vigente modelo de parte.

Es dudoso determinar las consecuencias de la omisión de los partes. La más autorizada doctrina entiende que «para decidir sobre aquéllos lo general es si la aseguradora conoció o pudo conocer de los hechos por otras vías -SSCT de 10 y 13-12-1974-; por supuesto ninguna que perjudique los derechos del accidentado. Si se trata de un simple retraso en su envío, la aseguradora, no el empresario sigue siendo responsable de la prestación» (SCT de 7-12-1976 -Ar. 5917- y 15-10-1984 -Ar. 7662-).

(275) Incluida, en su caso la cirugía reparadora precisa (STSJ Navarra de 17-11-1989 -Ar. 723-).

(276) *Vid.* STSJ Cantabria de 10 de marzo de 1992 (Ar. 1362) y STSJ Navarra de 17 de noviembre de 1989. Debe tenerse en cuenta la especialidad derivada de asistencia médica en el supuesto de declaración y reconocimiento de enfermedad profesional cuando proceda un período de observación para el estudio médico de la enfermedad profesional si existe necesidad de aplazar el diagnóstico definitivo (art. 131.1 LGSS), pues si el trabajador debe dejar de trabajar «preventivamente», aun sin incapacidad, su situación se asimila a la de i.l.t. [art. 126.1 b) LGSS]; y si debe dejar de trabajar, por estar incapacitado, su situación es de i.l.t. común [art. 126.1 a) LGSS]. En ambos supuestos percibe una prestación del 75% del salario mientras dure la baja.

(277) Habiendo de tenerse en cuenta siempre las previsiones del Capítulo VI de la Ley 13/1982 de Integración Social del Minusválido, desarrollado por el Real Decreto 383/1984.

facultades residuales -o que se prevean tales-, edad, sexo, y residencia familiar del trabajador; así como, en el supuesto de inválidos permanentes recuperables, a las características de su antigua ocupación y a sus deseos razonables de promoción social, siempre dentro de las exigencias técnicas y profesionales derivadas de las condiciones de empleo [art. 148.1 LGSS (278)].

La determinación de tal plan o programa requerirá, obviamente, se lleve a efecto tras los asesoramientos técnicos en medicina, orientación profesional, psicología, ocupación y empleo que resulten precisos en cada caso (art. 27.2 O.M. 15-4-1969) -sin perjuicio de que el beneficiario aporte en el plazo de 20 días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución definitiva por la que se haya declarado la existencia de posibilidad razonable de recuperación (art. 27.3 O.M. 15-4-1969), los dictámenes y propuestas que estime convenientes para la mejor formulación del programa (art. 148.2.2.º LGSS)- y se procederá por la Mutua, en el plazo de los 25 días siguientes a aquel en que se hayan aportado por el beneficiario los dictámenes o propuestas oportunos o en que haya expirado el plazo señalado sin llevarse a cabo tal aportación (art. 27.4 O.M. 15-4-1969); pudiendo, igualmente, a la vista de los resultados obtenidos en los tratamientos sanitarios, tanto solicitar el trabajador a la Mutua que haya fijado el plan o programa de recuperación, que lo considere en la parte relativa a la readaptación o recuperación profesional, cuanto proponer la Mutua al beneficiario la modificación del plan o programa a la vista de los aludidos resultados (art. 27.7 O.M. 15-4-1969).

4. Tratamientos sanitarios.

Los tratamientos sanitarios serán los mismos que los dispensados en la asistencia sanitaria por accidente de trabajo o enfermedad profesional, comprendiendo de un modo especial los de recuperación funcional, medicina preventiva y ergoterapia y cuantos otros se consideren necesarios para la recuperación del trabajador (art. 147.2 LGSS y 28.1 O.M. 15-4-1969), pudiéndose dispensar por las Mutuas en los ya aludidos Servicios de Prevención y Recuperación Profesional contemplados en el artículo 12.2 Real Decreto 1509/1976 (279) o en concierto con centros de la Seguridad Social o privados que sean reconocidos por la autoridad sanitaria competente [actualmente de las Comunidades Autónomas (280)], y siempre previo informe de la Inspección de los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social.

(278) Que resultará obligatorio para los beneficiarios, quedando condicionado el disfrute de las prestaciones recuperadoras a su fiel observancia. Sancionando al trabajador que rechace o abandone el tratamiento sanitario sin causa razonable -de acuerdo con el D. 2766/1967- con la aplicación de las normas previstas en los artículos 22 y 23 (O.M. 15-4-1969, art. 27.8).

Si bien, en el caso de que la recuperación pudiera efectuarse indistintamente con arreglo a varios planes o programas, el beneficiario tendrá derecho a optar entre los mismos (art. 148.2.1 LGSS).

(279) Los Centros Intermutuales son calificables como «asociaciones de interés público reconocido por la ley que se rigen por sus Estatutos y por las normas amparadoras», «con personalidad propia distinta de la de cada una de las Mutuas que lo integran» y «con un patrimonio que forma parte íntegramente del de la Seguridad Social» (arts. 202.4 y 174 y 48 LGSS), sin que respecto al mismo las Mutuas tengan la más mínima capacidad de disposición (SSTS de 27-10-1987 -Ar. 7207- y 18-7-1988 -Ar. 6170-).

(280) Aunque el artículo 147.2 LGSS aluda al Ministerio de Trabajo.

5. Orientación profesional.

Que se prestará -por la Mutua en este caso-, siempre que se estime preciso antes de terminar el proceso de recuperación, durante los tratamientos sanitarios y al finalizar éstos, pudiendo el beneficiario solicitar, a la vista de los resultados obtenidos en los tratamientos sanitarios, que se considere el proceso de recuperación prescrito en la parte relativa a su readaptación o recuperación profesional (arts. 147.3 LGSS y 29 O.M. 15-4-1969) (281).

6. Formación profesional.

La formación profesional se dispensará al trabajador de conformidad con la orientación profesional antecitada, pudiendo la Mutua llevarla a cabo directamente o a través de las oportunas conciertos, debiendo contemplar los diversos sistemas o métodos de capacitación y rehabilitación profesional; entre otros (282), la adaptación y/o adiestramiento profesional, formación profesional en sentido estricto y, en su caso, nivelación cultural previa y reconversión profesional (283).

7. Subsidio de recuperación.

Según ya se hizo mención, aunque se trata en rigor de una protección económica, cabe ubicarla en esta sede al presentarse íntima e indisolublemente unida a las prestaciones recuperadoras. Tal y como señala el artículo 149 LGSS, a él tendrán derecho los trabajadores que reciban las prestaciones de recuperación profesional y no tengan derecho al subsidio por i.l.t. o invalidez profesional, habiendo de distinguirse en la fijación de su cuantía entre aquellos trabajadores que no tengan derecho a las prestaciones anteriores -y perciban un subsidio equivalente al 75% de la base reguladora que hubiere de servir para determinar la cuantía de la prestación por i.l.t. en la fecha en que se inicie la recuperación- y los trabajadores declarados en situación de invalidez permanente, parcial o total para la profesión habitual que se sometan a procesos de recuperación, cuya cuantía será, respectivamente, del 75 y del 20 por 100 de la base que hubiera servido para fijar la cuantía del subsidio por i.l.t. de la que se haya derivado la invalidez, teniendo en cuenta que dicho 20% será complementario de la invalidez permanente total

(281) En general *vid.* TOMAS, L. CH.: *Le handîqué physique. Son orientation*, Bruselas (Presses Universitaires), 1973, Trad. esp. Madrid (SEREM), 1978, Tomo I, pág. 115 y ss.

(282) *Vid.* a nivel orientativo, el artículo 28 a), b) y c) de la Resolución del INSERSO de 27 de enero de 1981.

(283) Si bien «toda esta formación profesional carece de sentido si al tiempo no se articulan unos mecanismos de política social referidos al empleo del disminuido, pues es éste el fin, la conclusión lógica de todo un proceso de recuperación profesional». ALVAREZ DE LA ROSA, M., *op. cit.*, pág. 309.

(art. 17.3 O.M. 15-4-1969). En cualquier caso este subsidio será incompatible con la percepción de cualquier salario (284) y habrá de reconocerse por la Mutua en caso de accidente de trabajo [art. 174 b) O.M. 15-4-1969].

VI. ASPECTOS DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y JUDICIALES EN LA DETERMINACION DE RESPONSABILIDAD DE LAS MUTUAS POR ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL

No puede concluirse una exposición acerca de la imputación de responsabilidad que para las Mutuas resulta del accidente de trabajo y enfermedad profesional sin efectuar un análisis, por somero que pueda resultar, de algunos aspectos procedimentales, tanto administrativos como judiciales, que alcanzan relieve especial en el camino a seguir para obtener la efectividad de las reglas sustantivas sobre prestaciones a su cargo analizadas.

1. Procedimiento previo y procedimiento administrativo.

Acaecido accidente o diagnosticada enfermedad que el trabajador o sus beneficiarios entiendan protegidos como accidente de trabajo o enfermedad profesional, y si la Mutua no cumple voluntariamente con las obligaciones que le corresponden, deberán solicitar de aquélla el abono de las prestaciones oportunas, teniendo presente siempre las reglas particulares de reconocimiento del derecho y pago (285), que en el primer caso se establece corresponde a la Mutua, a la cual, por tanto, deberán dirigirse aquellas solicitudes (286).

Como bien señalaba la doctrina «no existe (existía) procedimiento previo de obligada tramitación en las prestaciones de accidente salvo cuando de invalidez permanente se trate; en los demás casos, no obstante la innecesariedad de seguir vía previa alguna a la posible recla-

(284) «Pues se trata de compensar la pérdida de salario mientras se asiste al curso de recuperación, y por ello se declara incompatible con el percibo de salarios y de prestaciones reconocidas salvo para complementarlas, y lógicamente el comienzo de su devengo debe coincidir, no con el momento en que se reconozca el derecho a las prestaciones recuperatorias y disponga su concesión, sino desde que se comienza la ejecución del plan establecido» (SSCT de 17-2-1977 -Ar. 915- y 6-2-1978 -Ar. 710-).
Vid. ALMANSA PASTOR, J. M., *op. cit.*, pág. 434.

(285) Sin olvidar las reglas particulares sobre el reconocimiento del derecho y pago, especialmente las de colaboración obligatorias, de las empresas en las situaciones de i.l.t. (arts. 5 y 8 O.M. de 13-10-1967, O.M. de 25-11-1967 y Rs. de 12-2-1979) -esta última reguladora de la colaboración de las empresas respecto a los trabajadores fijos discontinuos en situación de i.l.t.- en cuanto a los de invalidez provisional, artículo 7 la Orden Ministerial de 15 de abril de 1967; respecto de la muerte y supervivencia, artículos 30, 31 y 33 -este último en los supuestos de pluriempleo (habiendo de tener presente también la O.M. de 14-4-1980)-. Sobre la imposibilidad de que las Mutuas revisen sus actos por la vía del artículo 144 LPL, ALVAREZ DE LA ROSA, M.: «Un nuevo proceso de lesividad: el artículo 144 de la Ley de Procedimiento Laboral», *RL*, n.º 20, 1990, pág. 12.

(286) De doctrina inopinada y dudosa, SSCT de 28 de septiembre y 15 de diciembre de 1988 (Ar. 5905 y 48346).

mación judicial cuando de accidentes se trate -art. 21 de la O.M. de 23-11-1982- no deja, sin embargo, de ser práctica habitual la solicitud previa para conocer la decisión de la entidad aseguradora antes de iniciar un litigio que pudiera resultar innecesario. Pero es más, cabría pensar, respecto a toda aseguradora ..., que la lógica exige esa solicitud previa a la vía judicial y su denegación, pues sólo en tal caso existiría el conflicto o controversia entre las partes que justifica la intervención de los órganos jurisdiccionales» (287).

El procedimiento administrativo sí resulta necesario en los supuestos de calificación que deben ser informados por las Unidades Médicas de Valoración con carácter preceptivo y previo a la resolución de la Dirección General de la Seguridad Social (288). En tales informes habrá de determinarse la responsabilidad que debe pesar sobre las Mutuas [las cuales pueden igualmente iniciar la propia actuación de las Direcciones Provinciales del INSS (289)] -extremo que, por otra parte, si hubiese existido solicitud previa, habría de ser resuelto en la decisión adoptada por la entidad aseguradora- [art. 2 e) R.D. 2609/1982], la cual, habrá de aportar al expediente los datos y documentos que al efecto le sean solicitados en el plazo improrrogable de diez días (art. 14 *in fine* O.M. 23-11-1982) y podrá plantear reclamación

(287) Vid. SUAREZ PALOMARES, E. y MARTINEZ ESCRIBANO, A., *op. cit.*, pág. 166. Sobre la trascendencia de la modificación operada en virtud de los artículos 71 y 138 LPL, *vid. infra*.

(288) Por lo que aquí interesa:

1. Declaración de situaciones de invalidez permanente.
2. Declaraciones de nuevo grado invalidez o inexistencia de la misma.
3. Declaración de existencia -e indemnización- de las lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo, no invalidantes, causadas por accidente de trabajo o enfermedad profesional.
4. Procedencia o no de la prórroga del período de observación médica en enfermedades profesionales.

Vid. Real Decreto 2609/1982 y Orden Ministerial de 23 de noviembre de 1982.

(289) En los supuestos de invalidez permanente y lesiones permanentes no invalidantes, artículo 7 b) Orden Ministerial de 23 de noviembre de 1982; en los supuestos de revisión de la invalidez permanente y prórroga del período de observación en enfermedades profesionales, artículo 8 b).

Cuando la actuación se inicie a instancia de la Mutua se atenderá a las reglas establecidas en el párrafo 2.º del artículo 9 de la Orden Ministerial de 23 de noviembre de 1982, básicamente:

- Si la Mutua considera -por cualquier motivo, básicamente el informe médico- que el trabajador se encuentra en un estado que puede constituir una invalidez permanente, solicitará de la Unidad de Valoración Médica de Incapacidades el dictamen médico oportuno y, simultáneamente, procederá a instruir el expediente previo, poniéndolo en conocimiento del trabajador afectado el día siguiente a aquel en que haya lugar la iniciación de la indicada actuación.
- En el expediente previo deberán constar, debidamente advertados, todos los datos que sean necesarios para la identificación del trabajador y empresa o empresas en las que prestase sus servicios, y para el reconocimiento del derecho a la prestación, así como la profesión habitual del trabajador, su categoría profesional y función y descripción del trabajo realizado al producirse el accidente; así como el parte de accidente de trabajo, el dictamen de la UVMI, la declaración de existencia o no de posibilidades de recuperación -acompañados, en su caso, del programa que contenga las medidas recuperadoras fijadas al trabajador y la copia de la comunicación al INSERSO sobre el resultado obtenido en la ejecución del programa- y copia, en su caso, del acuerdo de la Mutua en el que se estime probable la existencia de una invalidez permanente, así como de cuantos otros documentos que la Mutua entienda pueden facilitar la actuación de la Dirección Provincial del INSS.

administrativa con carácter previo a la formulación de la demanda ante la Jurisdicción Social (290). En todo caso, si no se da participación ni se tiene en cuenta a la Mutua a la que se declare responsable en el informe de la UVMI, se conculcará el artículo 9 de la Orden Ministerial de 13 de noviembre de 1992 y habrá de declararse la nulidad de aquella actuación resultando preciso reponer las actuaciones a aquel trámite procesal (291).

2. Proceso especial en vía jurisdiccional social.

A continuación de este procedimiento previo puede plantearse el proceso especial de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, cuyas más destacadas peculiaridades (292) pueden cifrarse en las siguientes:

1. La vigente LPL en su artículo 138 no exceptúa de la necesidad de reclamación previa -regulada en el art. 71 del citado cuerpo legal- a las demandas presentadas frente a la Mutua o al empresario como responsables principales en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, cuando no se discutan temas de invalidez permanente, como hacía, por el contrario, el artículo 63.2 LPL 1980 (293) [siguiendo una línea tradicional en el Ordenamiento español (294)] en una opción que valora la responsabilidad subsidiaria o indirecta de las

(290) Ya en tal sentido, bajo la vigencia de la LPL 1980, el artículo 21 de la Orden Ministerial de 23 de noviembre de 1982 insistía en su necesidad a partir de la regulación prevista en los artículos 58 y ss. LPL 1980, «sin perjuicio de lo dispuesto en el último inciso del n.º 2 del artículo 63 LPL (1980)». *Vid.* SCT de 13 de febrero de 1987 (Ar. 3184).

En sentido contrario, la SCT 7 de abril de 1986 (Ar. 2332) señalaba, interpretando el artículo 21 de la mencionada Orden en relación con los artículos 58 y ss. y 63 LPL, que «la consecuencia que cabe obtener de la normativa aplicable viene dada por la aplicación necesaria del artículo 63.2 LPL. Y es que en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales no es necesaria y por tanto se halla eliminada de tal requisito la reclamación previa; entendiéndose eliminada en tanto no es necesaria y no se halla establecida como facultativa, pues lo contrario significaría poder dilatar sin base legal alguna la resolución de las cuestiones controvertidas, infringiéndose en tal caso el derecho fundamental y constitucional a la tutela judicial que ha de dispensarse "sin dilaciones indebidas", como señala el n.º 2 del artículo 24 CE».

(291) SCT de 7 de octubre de 1986 (Ar. 9098).

(292) Peculiaridades no sólo frente a otros procesos que no hagan referencia a la Seguridad Social, sino incluso respecto a éstos, en cuanto versan sobre riesgos profesionales cuya protección sigue gravitando sobre la responsabilidad empresarial, en cuyo lugar se subroga la Entidad Gestora o colaboradora. *Vid.* esquema seguido en ALMANSA PASTOR, J. M., *op. cit.*, pág. 655 y ss.

(293) Así, por ejemplo, STS de 26 de diciembre de 1989 (Ar. 9080); SCT 19 de febrero de 1986 (Ar. 1038). Extrayendo de ello la consecuencia de que tales resoluciones se hallaban sometidas al término de la caducidad de 30 días hábiles, pues únicamente cabía impugnar su resolución directamente ante la Jurisdicción Social, sin que, por tanto, la reclamación previa (en tanto innecesaria) pudiera constituir causa de interrupción del plazo aludido (SSCT de 11-2 y 7-4-1986 -Ar. 822, la segunda ya citada- y SCT 5-10-1988 -Ar. 6468-). Sobre la innecesariedad de reclamación previa ante la Mutua -reiteradamente invocada al amparo de los arts. 118 y 120 LPL/1980-, por todas, STS de 18 de marzo de 1988 (Ar. 2324).

(294) Al punto que su quiebra ha sido considerada por un sector doctrinal como «una laguna del legislador delegado, pues quizás la Ley de Bases estaba pensando en dichos procesos al indicar que en las denuncias formuladas contra las Entidades Gestoras o los Servicios Comunes de la Seguridad Social, se acreditará haber interpuesto la reclamación previa, "salvo las excepciones que se determinen", excepciones que luego no contempla el Texto articulado». MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J., SEMPERE NAVARRO, A. V. y RIOS SALMERON, B.: *El nuevo procedimiento laboral*, 2.ª ed., Madrid (Tecnos), pág. 123.

Entidades Gestoras de la Seguridad Social en estos supuestos «aunque la función de este requisito preprocesal no se pueda cumplir por cuanto estos organismos sólo entran en juego si fallan los responsables principales. En este sentido, se podría poner en duda que el órgano judicial exigiera el cumplimiento de dicho trámite en los términos del artículo 138 LPL» (295).

2. En las demandas sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, dado el cúmulo de responsabilidades en presencia a las que se ha hecho alusión, la demanda debe dirigirse, en primer lugar, contra el empresario en cuanto responsable directo de estos riesgos. Igualmente habrá de demandarse a la Mutua en la que aquél hubiera asegurado el riesgo, pues resulta responsable por subrogación (art. 204.1 LGSS). Por otra parte, en los supuestos de incumplimiento de los empresarios no asegurados o insolventes, o insolvencia de las Mutuas, debe citarse a juicio al INSS, en su calidad de Entidad Gestora en la que se ha integrado el Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, responsable subsidiario en último grado (art. 94.4 LSS) (296) -igualmente si se trata de enfermedad profesional como Entidad Gestora de las prestaciones económicas y heredera del extinto Fondo Compensador del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (297)-, y, en fin, también a la TGSS como gestora del extinto Servicio de Reaseguro de Accidentes de Trabajo (298).

Si no se demanda a alguno de los anteriores sujetos se está en presencia de una deficiencia de la demanda a corregir por el juez de oficio a través de la vía del artículo 81.1 -disponiendo su subsanación en el plazo de cuatro días, ordenando, en caso contrario, el archivo de la demanda sin más trámite (299)-; no corregida la deficiencia, provoca ésta la nulidad de actuaciones (300).

(295) BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALON, I. y FERNANDEZ LOPEZ, M. F., *op. cit.*, pág. 348.

(296) En realidad, cuando se demande por cualquier prestación de accidente de trabajo. En tal sentido, con sólida argumentación, GOMEZ GIL, A.: «La configuración de la relación jurídico-procesal en los procesos por accidente de trabajo» en AA.VV.: *Jornadas Técnicas sobre Seguridad Social*, Madrid, 1984.

Se participa de la tesis a tenor de la cual no se estima correcto que por el Fondo comparezca el INSALUD si la demanda se refiere a asistencia sanitaria. ALONSO OLEA, M. y MIÑAMBRES PUIG, C., *op. cit.*, pág. 181 -quienes citan las SSCT de 20-9-1983 y 20-2-1986-.

(297) STS de 10 de abril de 1986 (Ar. 2516); SSCT de 20 y 30 de mayo y 30 de noviembre de 1988 (Ar. 3901, 3964 y 7744).

(298) Como señalan ALONSO OLEA, M. y MIÑAMBRES PUIG, C., *op. cit.*, pág. 182, Nota 20 *in fine* «tener que demandar al INSS (como sucesor del Fondo de Garantía) y a la TGSS (como sucesora del Fondo compensador) es complicar de nuevo tediosamente la legitimación; pero así es».

(299) Sobre su operatividad en el caso concreto, por todas, SCT de 7 de enero de 1986 (Ar. 18).

(300) Pues como el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente «cuando por la naturaleza jurídica material del derecho ejercitado no pueda pronunciarse una declaración sino con referencia a varias partes, éstas han de figurar como denunciadas o como demandadas en el proceso, dado su interés en el derecho sometido a controversia, pues el principio de orden público de la veracidad de la cosa juzgada, exige la presencia en el procedimiento de todos los que debieran ser demandados, cuidando de que el litigio se ventile con los que claramente puedan resultar afectados por las declaraciones de la sentencia, de tal modo que incumplido este presupuesto procesal de audiencia bilateral, la relación jurídico-procesal queda viciada e irregularmente constituida, impidiendo cualquier pronunciamiento sobre el fondo, defecto revelable de oficio por el juez o Tribunal que advierte

Iguales razones de procurar la presencia en el proceso de todas las Entidades responsables -y asegurar así la responsabilidad por tales riesgos- es la que motiva la exigencia de consignar en las demandas por accidentes de trabajo o enfermedad profesional el nombre de la Mutua con la que el empresario tenga cubierto el riesgo correspondiente.

En caso contrario, el juez, antes del señalamiento para el juicio, habrá de requerir al empresario demandado para que en el plazo de cuatro días presente el documento acreditativo de dicha cobertura. Si transcurrido este plazo, el empresario no lo hubiera acreditado «vistas las circunstancias que concurren y oyendo a la TGSS, acordará el embargo de bienes del empresario en cantidad suficiente para asegurar el resultado del juicio» (art. 140.1 LPL) (301).

tal anomalía. Tal doctrina tiene una clara y concreta manifestación en los supuestos de acciones relativas a procesos sobre Seguridad Social, respecto de los cuales no pueden los Tribunales pronunciarse cuando no figuran en las litis las personas o Entidades Gestoras o colaboradoras que actúen como partes o sus respectivos causahabientes o en las siguientes, cuando se debate en el pleito materia confiada a su gestión, o aseguramiento por las Leyes de Seguridad Social ... sobre el juez o Tribunal pesa, pues, la obligación de evitarlo, o *ab initio*, mediante la advertencia a que se refiere el artículo 72 LPL (actual 81.1), o absteniéndose de entrar en el fondo cuando se alegó, so pena de incurrir en nulidad de actuaciones» [entre otras muchas, con carácter general, SSTs de 30-9-1950 (Ar. 1412), 4-6-1962 (Ar. 2669), 13-4-1966 (Ar. 1772), 11-3 y 24-4-1975 (Ar. 1272 y 2111), 4-10-1976 (Ar. 4023), 20-3-1981 (Ar. 1388); SSCT de 7 y 8-5 y 22-6-1985 (Ar. 3596, 3035 y 4158), 18-6, 28-10-1986 (Ar. 4597 y 10427); 6-4 y 8-10-1987 (Ar. 7425 y 2110); 17-10-1988 (Ar. 6578); STSJ Andalucía/Sevilla de 15-1-1990 (Ar. 3768)].

En concreto se declara (en una selección de los muchos pronunciamientos al respecto existentes) admitida la excepción de falta de litis-consorcio en los supuestos en que no se demanda a la empresa en que prestaba sus servicios el trabajador en el momento del accidente (SCT 30-9-1986 -Ar. 8663-) -empresas y sus respectivas aseguradoras si fueran varias aquellas en las que prestó servicios el trabajador-; a la Mutua con la que la empresa tenía aseguradas las contingencias profesionales [SSCT de 18-6 y 28-10-1986, 10-2 (AL, n.º 16, 1987, pág. 871 y ss) y 8-10-1987, 17-10-1988]; o a la Tesorería General de la Seguridad Social [STS de 1-12-1986 -Ar. 7229-; SSCT de 10-6-1981 (Ar. 3968) 9-3 y 30-4-1982 (Ar. 1449 y 2538), 10-3-1983 (Ar. 1989), 12-2-1985 (Ar. 977), 20-2 y 22-9-1986 -Ar. 1105, 8242- 24-9-1987 -Ar. 19778-; STSJ Andalucía/Sevilla de 15 -1-1990]. Sobre la innecesaria llamada del INSALUD (STSJ Madrid de 4 -9-1989 -Ar. 1478-).

La incomparecencia de la Mutua en el juicio a la que fue llamada no empece su legitimación para combatir la sentencia adversa, interponiendo el pertinente recurso, SCT 4 de noviembre de 1986, AL, n.º 8, 1987, pág. 427 y ss. Flexibilizando la aplicación de una medida tan grave como es la anulación de actuaciones a aquellos supuestos en que la infracción de normas esenciales de procedimiento coloca a alguno de los litigantes en notoria situación de indefensión (SCT de 15-10-1986 -Ar. 9660-) y 11 de marzo de 1988 -Ar. 1393-. Contundente la citada STS de 26 de diciembre de 1989 para un supuesto en que, reconociendo la distinta competencia y autonomía del INSS y TGSS, afirma la correlación que en general, existe entre ellos -que se percibe en el caso concreto cuando el INSS, originariamente demandado consta ha dado traslado a la TGSS- y niega la excepción de falta de litis-consorcio.

Especial relieve cobra la legitimación en materia de devolución de cantidades a la que se ha hecho oportuna alusión y que no ha de ajustarse a las reglas expuestas, como señalan la SCT 8 de octubre de 1986 (Ar. 9170) -en un supuesto de devolución de capital-coste de renta para el abono de una pensión cuya nulidad se solicita, en el que es innecesario traer a juicio a la empresa en que trabajaba el accidentado, pues aunque la responsabilidad de la misma es principal y subrogada la de la aseguradora, desde el momento que ésta hizo el ingreso, quedó consumada aquella subrogación, no pudiendo alcanzar ya responsabilidad alguna a la empresa- o la SCT 28 de noviembre de 1986 (Ar. 12679) -para un supuesto de devolución de la cantidad no consumida y ambigüedad en la demanda al dirigirse genéricamente frente al INSS-TGSS sin deslindar cuál era la entidad responsable o, si fueran las dos, el tipo de responsabilidad de cada una-.

Sobre la excepción de litis-consorcio pasivo necesario, por todos, MARTINEZ GIRON, J.: «Litis-consorcio pasivo necesario y procesos de Seguridad Social», RPS, n.º 121, pág. 219 y ss.

(301) En aplicación del artículo 123 de la LPL 1980, que contenía una norma de igual tenor, sancionando la omisión de la consignación del nombre de la aseguradora y la falta de advertencia por el juez con la nulidad de actuaciones, SCT de 10 de febrero de 1987 (Ar. 2904).

Pudiendo calificarse como «forma especial de embargo preventivo (art. 79 LPL) justificada porque el empresario -responsable directo- puede no estar asegurado, tratándose entonces de prevenir su insolvencia».

Si bien la LPL no las exige, parece desprenderse de la fórmula abierta del artículo 80 LPL que deben tener cabida en la demanda las prescripciones que el anterior artículo 71 LPL 1980 señalaba (302), aunque ciertamente tales prescripciones bien se deducen del propio objeto de la enfermedad profesional, bien del preceptivo informe de la Inspección de Trabajo (303). Congruentemente con las exigencias de citación antes expuestas, el demandante habrá de presentar tantas copias de su demanda como demandados existieran, así como las precisas para trasladarlas a la Mutua, INSS y TGSS -así como a los eventuales responsables subsidiarios-.

Con carácter necesario el juez, antes de la celebración del juicio, habrá de solicitar -si no figurase en los autos por haber sido ya aportado por la Inspección de Trabajo- informe relativo «a las circunstancias en que sobrevino, trabajo que realizaba el accidentado, salario que percibía y base de cotización», informe que ha de ser expedido en el plazo máximo de diez días (art. 140.2 LPL). La omisión del informe puede determinar la nulidad de la sentencia si éste es realmente necesario (304) -apreciación que, lógicamente, corresponde al juez y no a la Inspección-.

No deja de observarse por un sector doctrinal que «el derogado artículo 123 facultaba simplemente al Magistrado a adoptar esta medida ("podrá acordar"), en cambio el presente artículo parece conminarlo en cuanto obliga a acordar esa medida ..., medida (que) puede resultar injusta o arbitraria en los supuestos en que el trabajador, errónea o maliciosamente dirija su demanda contra quien no sea su empresario, pues en este caso, careciendo de aseguramiento, la empresa podría verse afectada por un embargo que no debía sufrir». Ello no obstante, dadas las facultades del juzgador, si éste, atendidas las circunstancias, estima que no procede, podrá obviamente denegar la medida aseguratoria. RUIZ JIMENEZ, R., en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Madrid (Dykinson), 1991, pág. 514.

- (302) Para el accidente de trabajo: el trabajo habitual, fecha de accidente, salario y base de cotización, fecha de alta, incapacidad resultante o pretendida, lugar y fecha de nacimiento de los beneficiarios. Para la enfermedad profesional: salario, base de cotización, grado de enfermedad e indemnización pedida.
- (303) Igualmente ha desaparecido en la nueva regulación la exigencia de que se unan a la demanda las certificaciones de nacimiento de los interesados o de sus beneficiarios, ante cuya ausencia el juez podía requerir a las partes para su aportación en el plazo de cuatro días o reclamarlas de oficio, pudiendo interpretarse que su exigencia queda comprendida en la fórmula abierta del artículo 80.1 c) LPL y, en todo caso, pudiendo sustituirse por cualquier medio de prueba que evidencie tales datos.
- (304) Así lo es si versa sobre la existencia de discrepancias precisamente sobre los elementos a consignar en el informe, pues «resulta imprescindible que el referido informe sea decisivo para acreditar la existencia del accidente, las circunstancias de su producción o el salario y base de cotización, no si todas estas circunstancias constan pacíficamente en los autos» (SCT de 25-4-1986).
Con carácter general resulta innecesario si no existe contradicción en los hechos o el juez tiene ya suficientes elementos de juicio, pues «no dejaría de constituir un trámite dilatorio». Entre otras muchas, SSCT de 31 de enero, 12 y 14 de marzo y 4 de abril de 1984 (Ar. 755, 2341, 2452 y 3219) y 25 de febrero y 24 de abril de 1986 (Ar. 2775).