

LA COLABORACIÓN DE LAS MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES EN LA GESTIÓN DEL RÉGIMEN PÚBLICO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. CONSIDERACIONES ANTE UNA ANUNCIADA REFORMA

Susana Rodríguez Escanciano

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de León*

EXTRACTO

El concepto tradicional de Mutua como asociación patronal privada, sin ánimo de lucro, cuyo fin principal es la colaboración en la gestión de los riesgos profesionales, ha sufrido una clara extensión, pasando a asumir otros muy diversos cometidos: actuar en materia preventiva; intervenir en el control de la incapacidad temporal por contingencias comunes; dispensar prestaciones por riesgo durante el embarazo y la lactancia y por cuidado de hijo enfermo o ampliar la acción protectora a los autónomos, incluyendo el cese de actividad. Este progresivo enriquecimiento de funciones ha ido acompañado de estrictos controles administrativos, circunstancia que exige una nueva regulación integral que clarifique el régimen jurídico de estas entidades con el objeto de dar oportuno cumplimiento a lo previsto en el artículo 41 de la Constitución Española, que aboga por un régimen público de Seguridad Social.

Palabras claves: mutuas, accidente de trabajo, enfermedad profesional, Seguridad Social, contingencias comunes e incapacidad temporal.

Fecha de entrada: 29-12-2013 / Fecha de aceptación: 17-02-2014

COLLABORATION FOR MUTUAL OF INJURIES AND OCCUPATIONAL DISEASES OF MANAGEMENT OF REGIME PUBLIC OF NATIONAL HEALTH SERVICE. CONSIDERATIONS IN AN ANNOUNCED REFORM

Susana Rodríguez Escanciano

ABSTRACT

The traditional concept of Mutual as employer private, non-profit-making association, which principal mission is the collaboration in the management of the professional risks, has suffered a clear extension to assume others very diverse assignments: to act in preventive matter; to catch the labour absenteeism for common reasons; to distribute presentations for risk during the gestation and the lactation and for care of sick children or to give the protective action of the autonomous, including the cessation of activity. This progressive enrichment of functions has gone accompanied of strong public controls, that demands a new integral regulation to clarifies the juridical regime of these entities in order to observe with the article 41 of Spanish Constitution, which establishes a regime public of National Health Service.

Keywords: mutual, work accident, occupational illness, National Health Service, common contingencies and temporary disability.

Sumario

- I. El régimen público de la Seguridad Social y las posibilidades de participación de la iniciativa mercantil. El papel de las Mutuas
- II. Su naturaleza jurídica bifronte. Beneficios para la viabilidad del sistema de Seguridad Social
- III. La colaboración de las Mutuas en la tutela de las contingencias profesionales
 1. La opción empresarial por una Mutua como aseguradora del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional
 2. Cobertura dispensada por las Mutuas en los supuestos de siniestro laboral
 - 2.1. Lesiones permanentes no invalidantes
 - 2.2. Incapacidad permanente: la capitalización del coste de la pensión
 - 2.3. Incapacidad temporal
 - 2.3.1. Supuestos de pago obligado
 - 2.3.2. Competencia para calificar la causa originaria
 - 2.3.3. El alta médica
 - 2.4. Asistencia sanitaria y recuperación profesional
 - 2.5. Periodos de observación
 - 2.6. Muerte y supervivencia
- IV. Incapacidad temporal por contingencias comunes
- V. La ampliación de las funciones de las Mutuas al margen de la colaboración en la Seguridad Social: el desarrollo de actividades preventivas
 1. Antecedentes
 2. Las limitaciones de actuación de las Mutuas en materia preventiva a la luz de las sucesivas reformas
 3. La necesaria imbricación de la tutela preventiva y reparadora
- VI. La gestión de determinadas prestaciones
 1. Por cese de actividad de los trabajadores autónomos
 2. Riesgo durante el embarazo y la lactancia
 3. Cuidado de hijo enfermo
- VII. Conclusiones

NOTA: El presente estudio ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación DER 2010-20663, del Ministerio de Ciencia e Innovación.

I. EL RÉGIMEN PÚBLICO DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LAS POSIBILIDADES DE PARTICIPACIÓN DE LA INICIATIVA MERCANTIL. EL PAPEL DE LAS MUTUAS

Cuando el artículo 41 de la CE establece la obligación de los «poderes públicos» de mantener «un régimen público de la Seguridad Social» indica abiertamente la consideración de tal régimen como servicio de interés general, pues «lo público» es cualidad esencial o inseparable, tanto en lo referente a la ordenación del sistema, como a su financiación mediante aportaciones estatales o cotizaciones profesionales legalmente establecidas, imponiendo, al tiempo, la asignación de la gestión a unas concretas entidades jurídico-públicas bajo la vigilancia y tutela del Estado (Instituto Nacional de la Seguridad Social –INSS– e Instituto Social de la Marina –ISM–). Ahora bien, siendo cierto lo anterior, nada impide admitir la colaboración privada y dar «participación a los interesados», tal y como ordena el artículo 129 de la CE¹.

Según la doctrina constitucional, «el carácter público de la Seguridad Social únicamente prohíbe transferir al ámbito de la iniciativa mercantil aquella gestión referida al conjunto del sistema o a determinados sectores cuya importancia haga perder el rasgo estructural de la institución»² o, dicho en otros términos, «la exigencia de un régimen público no impide que el Estado o sus organismos concierten o admitan la colaboración privada en la gestión de cualquier servicio público, siempre que esa atribución de competencias a las entidades privadas no desnaturalice la realidad de una gestión pública»³, circunstancia estrictamente observada por el Real Decreto

La Ley General de Seguridad Social permite el desarrollo del tipo de actividad genéricamente calificada como de «colaboración en la gestión de la Seguridad Social», dentro de la cual las Mutuas adquieren un papel muy destacado, no en vano se definen como entidades colaboradoras jurídico-privadas, dado que su creación y continuación depende de la voluntad de los empresarios asociados, estando sometidas, empero, a un estrecho control por parte de la Administración

¹ DE LA VILLA GIL, L. E. [1982]: «La participación en la gestión», *Papeles de Economía Española*, núms. 12-13, págs. 197 y ss.

² STCO 37/1994, de 10 de febrero.

³ MOLINER TAMBORERO, G. [2007]: «Reflexiones sobre el seguro de accidentes de trabajo y las Mutuas», en AA. VV.: *Accidente de Trabajo y Mutuas*, Madrid: La Ley, pág. 797.

Legislativo 1/1994, de 20 de junio, mediante el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (LGSS), cuando permite el desarrollo del tipo de actividad genéricamente calificada como de «colaboración en la gestión de la Seguridad Social», dentro de la cual las Mutuas adquieren un papel muy destacado, no en vano se definen como entidades colaboradoras jurídico-privadas, dado que su creación y continuación depende de la voluntad de los empresarios asociados, estando sometidas, empero, a un estrecho control por parte de la Administración⁴.

Su origen puede encontrarse en la asociación de los patronos para socializar los costes que generaba la legislación de protección de los trabajadores contra los riesgos profesionales (con origen en Ley Dato de 1990). El objetivo de estas aseguradoras se centraba en la protección del riesgo y responsabilidad empresarial surgidos a raíz de un accidente laboral o enfermedad profesional. Hasta la promulgación de la Ley de Bases de la Seguridad Social, de 28 de diciembre de 1963, estas Mutuas patronales se organizaron con una base mutualista de aseguramiento de sus empresarios y con ánimo de lucro y, por consiguiente, su naturaleza privada no daba lugar a equívocos. En 1966, con el texto definitivo de la Ley de Bases, experimentan su primer gran cambio estructural cuando se impone como principio de actuación la desaparición del ánimo de lucro y se integran en la Seguridad Social como entidades colaboradoras⁵, referencia que sigue manteniéndose hasta nuestros días, de modo que, pese a su conformación privada, las Mutuas participan de una actividad que es considerada estatal. Siguiendo la opinión de la doctrina más autorizada, tras la entrada en vigor del régimen público de Seguridad Social se ha transitado, por lo que a las Mutuas se refiere, de un «esquema inicial de la gestión privada de un seguro de finalidad social a crear un sistema bastante peculiar que responde en realidad a un modelo de gestión pública por sujetos privados»⁶.

II. SU NATURALEZA JURÍDICA BIFRONTE. BENEFICIOS PARA LA VIABILIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Configuradas normativamente, en la actualidad, como «las asociaciones debidamente autorizadas por el Ministerio de Trabajo (léase de Empleo) que, con tal denominación, se constituyan, sin ánimo de lucro y con sujeción a las normas reglamentarias que se establezcan, por empresarios que asuman al efecto una responsabilidad mancomunada y con el principal objeto de colaborar en la gestión de la Seguridad Social» (art. 68 LGSS)⁷, las Mutuas han estado siempre envueltas en una viva polémica ideológica y jurídica, con fervientes defensores que ponderan la eficacia

⁴ STS de 16 diciembre 1999 (rec. núm. 181/1994).

⁵ BLÁZQUEZ AGUDO, E. M. y SALAS BAENA, A. [2012]: «Presente y futuro de las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional», *Aranzadi Social*, núm.. 2, pág. 375.

⁶ DESDENTADO BONETE, A. [2008]: «Mutuas de Accidentes de Trabajo y Seguridad Social: puntos críticos desde la perspectiva de la gestión de la incapacidad temporal», *Actualidad Laboral*, núm. 6, pág. 2.

⁷ SEMPERE NAVARRO, A. V. [1986]: *Régimen jurídico de las Mutuas patronales*, Madrid: Civitas, pág. 206.

mostrada en el tratamiento integral de las contingencias profesionales⁸, pero también severos detractores, que argumentan precisamente la ruptura en la lógica de planificación consustancial a un sistema público de Seguridad Social básica⁹.

Pese a tales críticas, estas instituciones han conseguido sobrevivir a lo largo de su historia a los más diversos contextos sociales, económicos, políticos y jurídicos. Su capacidad de adaptación a los diferentes medios ha resultado siempre sobresaliente, hasta el punto de que, como mero botón de muestra, en el año 2012 ingresaron más de 5.300 millones de euros en concepto de cuotas por contingencias profesionales y más de 3.000 millones por contingencias comunes.

Desde su nacimiento en el ámbito de un seguro privado, atravesando su carácter prescindible cuando se produjo el cambio al moderno sistema de Seguridad Social y soportando su tránsito de un modelo político netamente autoritario a uno democrático, las Mutuas no solo han conservado su peso institucional, sino que todas estas, en otros casos adversas circunstancias, han servido para consolidarlas como piedra angular del sistema de Seguridad Social en cuanto a riesgos profesionales se refiere. Dentro de este marco principal, no cabe desconocer tampoco cómo dichas entidades han ido asumiendo progresivamente terrenos y han enriquecido sus funciones a través, primero, de la desaparición de la reserva de aseguramiento, esto es, de la prohibición relativa a que los empleadores públicos se asocien a una Mutua para proteger a sus empleados; segundo, de la admisión como asociados adheridos a los autónomos no empleadores; tercero, de la ampliación de su cobertura a los empleados de hogar; cuarto, de la asunción del control de la incapacidad temporal derivada de contingencia común¹⁰; quinto, como consecuencia de su entrada en el mundo de la prevención de riesgos laborales¹¹; sexto, a partir de la posibilidad de que los trabajadores autónomos puedan formalizar la cobertura de la incapacidad temporal con tales instituciones¹²; séptimo, asumiendo el ingreso del capital coste de las pensiones por invalidez

⁸ SUÁREZ GONZÁLEZ, F. [1982]: «Encuesta sobre la Seguridad Social española», *Papeles de Economía Española*, núms. 12-13, pág. 438.

⁹ MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y DURÁN LÓPEZ, F. [1982]: «La racionalización de la gestión en la Seguridad Social», *Papeles de Economía Española*, núms. 12-13, págs. 129 y ss.

¹⁰ VIROLÉS PIÑOL, R. M. [1997]: «Colaboración de las Mutuas de accidentes de trabajo en la gestión de la incapacidad temporal», *Actualidad Laboral*, tomo III, págs. 1.079 y ss.

¹¹ MERCADER UGUINA, J. R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A. [2005]: «Nuevas fórmulas para la revitalización de la prevención de riesgos laborales (segregación de los servicios de prevención ajenos a las Mutuas y apoyo de los funcionarios técnicos a la labor de la Inspección de Trabajo)», *Relaciones Laborales*, tomo II, pág. 1.168 o BLASCO LAHOZ, J. [2008]: «Las actividades preventivas de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales en el ámbito de la Seguridad Social (a propósito de la publicación de la Resolución de 31 de julio de 2008, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social)», *Información Laboral. Legislación y Convenios Colectivos*, núm. 38, págs. 2 y ss.

¹² Hasta el año 1998 (fecha de entrada en vigor de la [Ley 66/1997](#)), los trabajadores autónomos podían formalizar la cobertura de la incapacidad temporal con la entidad gestora correspondiente (INSS) o con una Mutua (disp. adic. 11.^a LGSS), mientras que a partir de dicha fecha, si un trabajador autónomo no quería ser excluido de la cobertura económica de la incapacidad temporal debía llevar a efecto su cobertura, necesariamente, en una Mutua. Es más, la disposición adicional 3.^a de la [Ley 20/2007, de 11 de julio](#), del Estatuto del Trabajo Autónomo establece que, desde

permanente derivadas tanto de accidente de trabajo como de enfermedad profesional; y, por no seguir, octavo, haciéndose cargo de la gestión de determinadas prestaciones como son el cese de actividad de los trabajadores autónomos, el riesgo durante el embarazo y la lactancia natural y por cuidado de hijo enfermo.

Este enriquecimiento progresivo de funciones (que se puede calificar como auténtico «cajón de sastre») se ha visto facilitado por la concurrencia de dos intereses básicos: de un lado, el interés administrativo por buscar fórmulas más flexibles y eficientes en la gestión del servicio público de Seguridad Social; de otro, el interés privado-empresarial de estas entidades por ganar terreno a la función pública, evidenciando una notable ambición de protagonismo, por la rentabilidad que de ello ha venido derivando para tales estructuras de gestión del sistema¹³.

Como no podía ser de otra manera, tal paulatina asunción de competencias por parte de las Mutuas no se ha producido tampoco al margen de una decisión legislativa firme que escapa a la libre voluntad de sus asociados, pues el artículo 68.1 de la LGSS se decanta por la heteronimia en la regulación de sus contornos en un doble sentido: de una parte, al identificar como «principal objeto» de las Mutuas la acción de «colaborar en la gestión de la Seguridad Social». De otra, al limitar la apertura a otras posibles intervenciones exclusivamente a «la realización de otras prestaciones, servicios y actividades que les sean legalmente atribuidas».

Además, las Mutuas han de ser autorizadas por la Administración con carácter previo a su constitución, debiendo inscribirse en el registro público correspondiente y siendo preceptiva la aportación de una importante fianza económica. Autorizadas e inscritas, comienzan a realizar sus actividades, sujetas a las facultades de dirección y tutela que corresponden al Ministerio de Empleo (art. 71.1 LGSS), facultades que han ido creciendo exponencialmente en las Leyes de Presupuestos de los últimos años, pudiendo citar: la eliminación

Autorizadas e inscritas, comienzan a realizar sus actividades, sujetas a las facultades de dirección y tutela que corresponden al Ministerio de Empleo, facultades que han ido creciendo exponencialmente en las Leyes de Presupuestos de los últimos años

de los llamados «extornos», esto es, de los beneficios en términos de servicios gratuitos o a bajo

el día 1 de enero de 2008, «los trabajadores por cuenta propia o autónomos que no hayan optado por dar cobertura a las prestaciones de incapacidad temporal, deberán llevarlo a cabo de forma obligatoria, siempre que no tengan derecho a dicha prestación en razón de la actividad realizada en otro régimen de la Seguridad Social... Por el Gobierno se determinarán aquellas actividades desarrolladas por trabajadores autónomos que presentan un mayor riesgo de siniestralidad, en las que será obligatoria la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales». GIL PLANA, J. y GONZÁLEZ DEL RÍO, J. M. [2008]: «Aspectos polémicos en la colaboración de las Mutuas en la gestión de la Seguridad Social», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 139, pág. 565.

¹³ MOLINA NAVARRETE, C. [2011]: «La reforma en materia de Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: modificaciones incesantes, racionalización aplazada», *Temas Laborales*, núm. 112, pág. 264.

coste ofrecidos por las Mutuas a los empresarios, como una vía de asociarlos ante la imposibilidad de competir por «tarifas», dado que se determinan legalmente; la fijación de limitaciones en las retribuciones e indemnizaciones de los cargos directivos y del resto del personal al servicio de las Mutuas, así como de los gastos de administración mutual; la nueva articulación de las reservas obligatorias de las Mutuas y de los excedentes (resultados económicos positivos) de su gestión, con clara incidencia en las ayudas de asistencia social a favor de los trabajadores protegidos por la Mutua que pasan a prestarse con cargo a los créditos presupuestarios de cada ejercicio; o –en enumeración abierta– la intensificación de la facultad de adoptar medidas cautelares ante situaciones de deficiencia financiera para garantizar la solvencia de las Mutuas, que pueden llegar incluso a la intervención de la entidad.

El carácter público de los quehaceres en los que colaboran y de los fondos y bienes con que operan justifica que las Mutuas no puedan reclamar para sí libertad de organización y funcionamiento sin injerencias administrativas tendentes al control tanto de la legalidad de sus actos como de la oportunidad de los mismos

Lógicamente, el carácter público de los quehaceres en los que colaboran y de los fondos y bienes con que operan justifica que las Mutuas no puedan reclamar para sí libertad de organización y funcionamiento sin injerencias administrativas tendentes al control tanto de la legalidad de sus actos como de la oportunidad de los mismos¹⁴. La dualidad que se observa en su propia definición técnica –de un lado, su naturaleza jurídico institucional propia de una asociación privada y, de otro, su

participación consiguiente en la gestión de la Seguridad Social pública– es la causa que, en último extremo, justifica –inclinando la balanza hacia el segundo platillo– su calificación jurisprudencial como asociaciones de interés público «que participan de la naturaleza de la Seguridad Social, siendo en cierto modo Administración»¹⁵, de tal manera que, hoy en día, estas entidades forman parte del sector público estatal en los términos establecidos en el artículo 2.1 d) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, quedando sometidas al régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y control financiero regulado por la referida ley, máxime cuando se les ha obligado a aportar sus excedentes al Fondo de Reserva de la Seguridad Social, lo que supone la descapitalización y, por extensión, la completa absorción de sus ingresos. Al tiempo, se ven afectadas por las pautas que ordenan la contratación del sector público por expreso mandato del artículo 3 g) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba la Ley de Contratos del Sector Público¹⁶. Además, el anexo II.2

¹⁴ DE MIGUEL PAJUELO, F. [2007]: «Controles administrativos», en AA. VV. (MERCADER UGUINA, J. R., coord.): *Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Madrid: La Ley, págs. 97 y ss.

¹⁵ STS de 13 de mayo de 1997 (rec. núm. 9794/1991).

¹⁶ Incluso el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido que su actividad no es una actividad económica en el sentido del Derecho de la Competencia, *STJCE 350/07, de 5 de marzo de 2009, asunto GMBH*. En la doctrina, FERRÁN DILLA, J. [2007]: «La normativa de contratos del sector público y la contratación de las Mutuas de Accidentes

g) de la Orden ESS/2541/2012, de 27 de noviembre, por la que se adoptan disposiciones para la determinación de la forma y contenido de la información estadística en aplicación y desarrollo del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, incluye, igualmente, a las Mutuas dentro del sector público. Ello sin olvidar que la disposición adicional 16.ª 3 Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2014, dispone que las retribuciones del personal al servicio de las Mutuas quedarán sometidas a lo dispuesto en relación con el personal laboral del sector público estatal.

Tal calificación legal y jurisprudencial viene a corroborar, en realidad, su naturaleza biforote, pues la Mutua es, ante todo, una persona jurídico-privada, a la cual se transmiten por parte de la Administración determinados cometidos, convirtiéndose en un ente instrumental suyo, sometido a estrecha tutela¹⁷. Concurren, por tanto, dos líneas opuestas, pero no necesariamente contradictorias: a las Mutuas se les otorgan más competencias, a ejercer directa o indirectamente, en un marcado proceso de privatización de la Seguridad Social, pero, al tiempo, se recorta su autonomía empresarial, pues quedan sometidas a un férreo y creciente régimen de tutela pública y su patrimonio lo es de la Seguridad Social¹⁸. Nuestro ordenamiento actúa respecto de las Mutuas en estos dos sentidos antagónicos, más prerrogativas pero mayor control, de acuerdo con una opción interpretativa matizada conforme a la cual lo que la Constitución pide es que los poderes públicos asuman la responsabilidad última sobre la existencia y perfiles de la Seguridad Social, vigilando el funcionamiento de las posibles fórmulas de colaboración en la gestión que se arbitren¹⁹. Y ello porque, a la postre, las Mutuas responden a un fenómeno de ascendente implantación en nuestro sistema jurídico: la colaboración de particulares en el ejercicio de funciones públicas en el denominado marco de «colaboración público privada», caracterizado por tres notas fundamentales: la estabilidad y permanencia de la relación que se establece entre la Administración y los particulares colaboradores; el reconocimiento a la Administración de una serie de poderes de control sobre la acción de estos colaboradores; y la búsqueda de una mayor eficacia en el servicio al interés general²⁰.

de Trabajo y Enfermedades Profesionales», en AA. VV. (MERCADER UGUINA, J. R., coord.): *Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales*, Madrid: La Ley, págs. 161 y ss.

¹⁷ MERCADER UGUINA, J. R. y NIETO ROJAS [2007]: «Infracciones de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Seguridad Social», en AA. VV. (MERCADER UGUINA, J. R., coord.): *Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Madrid: La Ley, pág. 586.

¹⁸ MOLINA NAVARRETE, C. [2011]: «La reforma en materia de Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: modificaciones incesantes, racionalización aplazada», *Temas Laborales*, núm. 112, pág. 268.

¹⁹ SEMPERE NAVARRO, A. V. [2009]: «Problemas normativos de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales», en AA. VV.: *La gestión del sistema de Seguridad Social*, Murcia: Laborum, pág. 131.

²⁰ POMED SÁNCHEZ, L. [2007]: «Naturaleza de las Mutuas de Accidentes de Trabajo», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 30, págs. 53 y ss.

En fin, tales reflexiones sobre la configuración de las Mutuas pueden servir como pórtico para sentar que, aun cuando son asociaciones privadas de empresarios, lo cierto es que disponen de recursos públicos (principalmente, tarifas de primas de accidentes y cuotas de incapacidad temporal), otorgando prestaciones que no dejan de ser Seguridad Social²¹. La consecución de un justo equilibrio entre ambas vertientes redundará en mayores beneficios tanto para las empresas y trabajadores protegidos como para la viabilidad del propio entramado de Seguridad Social, dentro del cual la participación de las Mutuas alcanza ya el 10% de su presupuesto²². Bajo tal premisa de sostenibilidad y a la espera de la anunciada ley por la que se va actualizar el régimen jurídico de las Mutuas, procede efectuar un repaso de las actividades sobre las que estas entidades pueden ejercer su diligencia de colaboración asentada en cuatro vértices fundamentales: gestión de contingencias provenientes de riesgos profesionales, colaboración en la administración de la prestación por incapacidad temporal originada en riesgos comunes, prevención de riesgos laborales y, finalmente, la puerta abierta que les permite, llegado el caso, ser titulares de nuevos campos de actuación.

Aun cuando son asociaciones privadas de empresarios, lo cierto es que disponen de recursos públicos otorgando prestaciones que no dejan de ser Seguridad Social. La consecución de un justo equilibrio entre ambas vertientes redundará en mayores beneficios tanto para las empresas y trabajadores protegidos como para la viabilidad del propio entramado de Seguridad Social

III. LA COLABORACIÓN DE LAS MUTUAS EN LA TUTELA DE LAS CONTINGENCIAS PROFESIONALES

Es una afirmación no controvertida que las Mutuas han tenido como función principal la cobertura de las contingencias profesionales (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales). Es más, tradicionalmente, el ámbito de la gestión de las Mutuas era más extenso en el caso de siniestro laboral, pues comprendía todas las prestaciones que se derivaran de dicho riesgo, desde las económicas por incapacidad temporal, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, a las de asistencia sanitaria y rehabilitación, incluyendo el coste de los servicios y los gastos de administración. En cambio, si se trataba de enfermedades profesionales, las Mutuas solo gestionaban las prestaciones de incapacidad temporal y el periodo de observación, mientras que las pensiones de incapacidad permanente y muerte y supervivencia derivadas de

²¹ LÓPEZ GANDÍA, J. [2006]: *Las Mutuas y la gestión de la Seguridad Social*, Albacete: Bomarzo, pág. 41.

²² CORRALES, H. [2013]: «Las MATEPSS y su lugar en el sistema de Seguridad Social», en AA. VV.: *Público y privado en el sistema de Seguridad Social*, Murcia: Laborum, pág. 313.

este riesgo eran consideradas responsabilidad directa y real de la entidad gestora y no de la Mutua, a la que solo le correspondía la contribución que se le asignara para hacer frente, en régimen de compensación, a los gastos derivados de la contingencia. En la actualidad, sin embargo, se ha equiparado el ámbito material de la gestión que llevan a cabo las Mutuas en

las prestaciones de incapacidad permanente, muerte y supervivencia, pues tanto si derivan de accidente de trabajo como si proceden de enfermedad profesional, las Colaboradoras deberán constituir el capital coste de la pensión correspondiente²³.

Es una afirmación no controvertida que las Mutuas han tenido como función principal la cobertura de las contingencias profesionales (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales)

1. LA OPCIÓN EMPRESARIAL POR UNA MUTUA COMO ASEGURADORA DEL ACCIDENTE DE TRABAJO Y DE LA ENFERMEDAD PROFESIONAL

Con carácter previo e indispensable al inicio de su actividad, y también a efectos de identificación en la apertura de cada centro de trabajo, el empresario ha de solicitar su inscripción en la Seguridad Social; al tiempo, indicar si opta por el INSS o una Mutua como asegurador de los riesgos profesionales (art. 99 LGSS), debiendo descartar cualquier viabilidad a una doble relación²⁴. La elección por articular dicha protección a través de una Mutua, como alternativa a la entidad gestora competente de la Seguridad Social, corresponde, pues, al empleador. A aquel acto inicial procederá añadir la presentación de un duplicado del oportuno documento o propuesta de asociación debidamente diligenciado por la propia colaboradora (arts. 14.1 RD 84/1996, de 26 de enero)²⁵. Rige así un principio de voluntariedad que implica la libertad empresarial para decidir si asociarse o no a una Mutua y escoger entre cualquiera de las existentes o la entidad gestora pública, máxime cuando las Mutuas, a partir del artículo 70.3 de la LGSS, deben aceptar cualquier propuesta de asociación sometida a su consideración, sabiendo como no cabe una negativa al respecto y, formulada la declaración anexa del documento de los artículos 14 y 15 del Real Decreto 84/1996, ha lugar la asunción inmediata y automática de responsabilidad en materia de riesgos profesionales²⁶; también como aun cuando los asociados

²³ GARCÍA ROMERO, B. [2011]: «La gestión de las enfermedades profesionales por las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales», *Actualidad Laboral*, núm. 5, pág. 561.

²⁴ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. [2007]: *Incumplimientos empresariales en los actos de encuadramiento y responsabilidad de las Mutuas*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 45.

²⁵ DE LA PUEBLA PINILLA, A. [2007]: «La relación prestacional del trabajador accidentado con la Mutua», en AA. VV. (MERCADER UGUINA, J. R., coord.): *Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Madrid: La Ley, pág. 337.

²⁶ SSTSJ del País Vasco de 11 de abril (rec. núm. 104/2000) y 12 de septiembre de 2000 (rec. núm. 1168/2000).

no cumplan cuanto les incumbe –fundamentalmente abonar en tiempo y forma las cuotas– no podrán suspender los efectos²⁷, ni resolver el convenio, pues para satisfacer su interés en tales cuantías les viene conferida la posibilidad de instar el procedimiento ejecutivo (administrativo o judicial correspondiente)²⁸.

Opera, además, la denominada «unidad de Mutua»²⁹, en virtud de la cual se impone que todos los trabajadores correspondientes a centros de trabajo situados en la misma provincia estén protegidos en idéntica Colaboradora, siempre y cuando dicha demarcación geográfica se encuentre comprendida en el ámbito territorial de esta (art. 70.2 LGSS). Se conjuga, de esta forma, la autonomía de la Mutua –que en sus estatutos puede acotar el ámbito territorial en que desee actuar–, la libre decisión del empresario, que puede seleccionar entre distintas Mutuas y cierta coherencia en la gestión –evitando opciones individuales y exigiendo uniformidad en el ámbito provincial–. La voluntariedad alcanza también a la decisión de dar por finalizada la relación con la Colaboradora e inclinarse por otra distinta o recurrir a la entidad gestora de la Seguridad Social³⁰, si bien la disposición transitoria 3.ª de la Ley 22/2013 permite la resolución anticipada de la vinculación con la Mutua por parte de los empresarios asociados y los trabajadores adheridos, de manera provisional, hasta la aprobación de la Ley de actualización del régimen jurídico de las Mutuas, en los supuestos de irregularidades en la dispensación de las prestaciones y servicios públicos debidos y de insuficiencia financiera de la entidad, de acuerdo con el procedimiento administrativo que desarrolle el Ministerio de Empleo.

Por último, el sector de las Mutuas está también sujeto a un proceso de reestructuración organizativa, a fin de que sean «pocas pero potentes», esto es, con elevada solvencia económica, no solo a través de fusiones sino también de la creación de grandes corporaciones mutuales, que no implican la desaparición de las entidades precedentes que simplemente se agrupan manteniendo su identidad y personalidad jurídica. El Real Decreto 1765/2007, de 28 de diciembre, reconoce la posibilidad de colaboración de las Mutuas entre sí, mediante la puesta en común de los medios y prestaciones de servicios, con la finalidad de llegar a mayores sinergias y a una racionalización en el uso de recursos públicos gestionados por ellas, constituyendo entidades y/o centros mancomunados de asistencia sanitaria y recuperadora, idea reforzada por el Real Decreto 38/2010, de 15 de enero.

²⁷ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 13 de octubre de 1992 (rec. núm. 74/1992).

²⁸ STS de 30 de marzo de 1983.

²⁹ GONZALO GONZÁLEZ, B. [2004]: «Comentario al art. 70 LGSS», en AA. VV. (DE LA VILLA GIL, L. E., dir.): *Ley General de Seguridad Social. Comentarios, Jurisprudencia, Concordancias, Doctrina*, Madrid: Colex, págs. 173 y ss.

³⁰ SEMPERE NAVARRO, A. V. [2000]: «Las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: organización, composición y funciones. La colaboración gestora de las empresas individuales», en AA. VV. (GONZALO GONZÁLEZ, B. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M., dirs.): *Cien años de Seguridad Social*, Madrid: Muprespa, pág. 585.

2. COBERTURA DISPENSADA POR LAS MUTUAS EN LOS SUPUESTOS DE SINIESTRO LABORAL

Ocurrido un accidente de trabajo y partiendo del principio general de automaticidad de las prestaciones, en virtud del cual, en caso de incumplimiento por el empresario de sus obligaciones de afiliación, alta y cotización de los trabajadores a su cargo, se genera una responsabilidad directa de este en orden al pago de las prestaciones, la Mutua queda obligada, no obstante, al anticipo de las mismas, sin perjuicio de repetir contra el empleador y, ante su insolvencia, de hacerlo contra el INSS y la Tesorería, en tanto responsables subsidiarios³¹.

Las Mutuas deben asumir, además, las aportaciones procedentes del reaseguro obligatorio (art. 201.2 LGSS) que asciende al 30% de las prestaciones de carácter público derivadas de los riesgos de invalidez, muerte y supervivencia que se asumen en relación con los trabajadores protegidos. La aplicación de dicho porcentaje se realiza directamente por la Tesorería sobre las cuotas ingresadas por tales conceptos. Cuando se genera una de esas prestaciones, como está reasegurado el 30% de su coste, la Mutua debe ingresar únicamente el 70%, mientras la Tesorería se hace cargo de la diferencia. En cambio, si se tratara de pensiones derivadas de estas mismas circunstancias, la Mutua procederá a la capitalización del importe, debiendo constituir en la Tesorería, hasta el límite de su respectiva responsabilidad. Según los artículos 201.2 de la LGSS y 63.2 del Real Decreto 1993/1995, en relación con el exceso de pérdidas no deseadas, las Mutuas deberán constituir los oportunos depósitos en la Tesorería o formalizar con la misma un concierto facultativo en régimen de compensación entre las Mutuas concertantes (reaseguros complementarios de los anteriores en las condiciones que se establezcan)³².

Bajo este régimen de financiación, cabe diferenciar los siguientes supuestos.

2.1. Lesiones permanentes no invalidantes

Es al INSS a quien corresponde verificar la existencia de este tipo de mermas en la salud, esto es, lesiones, deformidades o mutilaciones sufridas por el trabajador, recogidas en el baremo correspondiente, causadas por accidente de trabajo o enfermedad profesional, que presenten un carácter definitivo y no sean constitutivas de una incapacidad permanente pero supongan una disminución o alteración física (Orden 66/2013, de 28 de enero). A la entidad gestora le compete igualmente reconocer el derecho a las indemnizaciones oportunas [art. 1.1 b) RD 1300/1995, de 21 de julio]. El pago del auxilio deberá ser asumido, sin embargo, por la entidad que estuviera

³¹ STS de 20 diciembre de 1993 (rec. núm. 2310/1991). También **SSTS de 21 febrero de 2000** (rec. núm. 71/1999), **27 octubre de 2004** (rec. núm. 5097/2003) y **11 de julio de 2007** (rec. núm. 2967/2006).

³² GARCÍA ROMERO, B. [2011]: «La gestión de las enfermedades profesionales por las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales», *Actualidad Laboral*, núm. 5, pág. 568.

obligada al abono de las prestaciones de incapacidad permanente, de modo que si la empresa ha optado por una Mutua para la cobertura de los riesgos profesionales, habrá que interpretar que será esta la responsable del abono de las cantidades que correspondan por aplicación del baremo. Todo ello sin olvidar como en caso de que se imponga recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene el único obligado será el empresario infractor, sin que alcance ninguna responsabilidad a la Mutua³³.

2.2. Incapacidad permanente: la capitalización del coste de la pensión

La cooperación de las Mutuas en el desarrollo de un servicio público de titularidad estatal retenida por la Administración³⁴ hace fácilmente entendible el hecho de que la calificación de incapacidad permanente derivada de contingencia profesional y la determinación del grado que corresponda (parcial, total, absoluta o gran invalidez) sea competencia exclusiva del INSS, sin que las Mutuas, que en su caso son responsables de la pensión, tengan capacidad decisoria al respecto. Los artículos 143.1 de la LGSS y 1.1 a) del Real Decreto 1300/1995 atribuyen al mencionado instituto, cualquiera que sea la entidad gestora o colaboradora que cubra la contingencia de que se trate, la competencia para «evaluar, calificar y revisar la incapacidad y para reconocer el derecho a prestaciones económicas contributivas de la Seguridad Social por invalidez permanente, en sus distintos grados, así como determinar las contingencias causantes de las mismas». Lo único que sí pueden hacer las Mutuas es proponer el inicio del procedimiento de evaluación de la incapacidad cuando se trate de trabajadores de empresas asociadas, siendo consideradas interesadas y parte en todos los trámites³⁵. Conviene sentar, además, como en el supuesto de que la empresa en la que prestaba servicios el trabajador declarado incapaz permanente hubiera optado por asegurar los riesgos profesionales con una Mutua, será esta la responsable del pago de la prestación pero no lo realizará directamente sino mediante la capitalización de la pensión según exigen los artículos 87.3 y 201 de la LGSS³⁶.

En este contexto, procede abrir un breve paréntesis para aclarar que, pese al similar tratamiento que han venido mereciendo los accidentes y las enfermedades de etiología profesional, en realidad «no han sido siempre entre sí confundibles» en cuanto a la intervención de las Mutuas

³³ DE LA PUEBLA PINILLA, A. [2007]: «La relación prestacional del trabajador accidentado con la Mutua», cit., pág. 354.

³⁴ SEMPERE NAVARRO, A. V. [2006]: «Colaboración en la gestión», en AA. VV. (MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N., dirs.): *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Granada: Comares, pág. 676.

³⁵ BLASCO LAHOZ, J. [1998]: *Las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (Doctrina, Jurisprudencia, Formularios y Legislación)*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 343.

³⁶ CARRERO DOMÍNGUEZ, C. y QUINTERO LIMA, M. G. [2007]: «La gestión de las enfermedades profesionales por las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales», en AA. VV. (MERCADER UGUINA, J. R., coord.): *Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Madrid: La Ley, pág. 412.

se refiere³⁷. La enfermedad presenta ciertas peculiaridades frente al accidente, marcadas por una evolución progresiva e insidiosa en el deterioro de la salud, que suele aparecer tras un periodo de realización de una determinada actividad, lo cual determina que su reparación sea normalmente tardía³⁸. Tal circunstancia motivó que, en un principio, la responsabilidad asumida por las Mutuas no fuera tampoco totalmente idéntica a la dispensada en los supuestos de accidente³⁹: mientras el INSS podía asumir la cobertura de todas las prestaciones económicas con origen en riesgos profesionales, las Mutuas, en el caso de que las empresas asociadas a las mismas hubieran optado por asegurar esas contingencias con ellas, cubrían la totalidad de las derivadas de accidentes de trabajo, pero si se trataba de una enfermedad profesional, el ámbito de protección se restringía únicamente a la asistencia sanitaria y a la incapacidad temporal, quedando excluidas la incapacidad permanente y la muerte, cuya gestión fue reservada al servicio común de la Seguridad Social⁴⁰.

Para uniformar esta dicotomía jurídica, la disposición adicional 8.^a de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2008, modificó el artículo 87.3 de la LGSS, incorporando la siguiente aclaración: la obligatoriedad en la capitalización de las pensiones no va a operar solo respecto de las originadas a causa de un accidente de trabajo, sino también cuando deriven de enfermedad profesional, de modo que la Mutua respectiva ha de constituir en la Tesorería el capital correspondiente hasta el límite de su responsabilidad por pensiones derivadas de incapacidad permanente, determinación a efectuar en función de las tablas de mortalidad y la tasa de interés aprobadas por el Ministerio⁴¹. A su vez, las colaboradoras quedan obligadas a ingresar en la Tesorería los capitales en la cuantía necesaria para constituir una renta cierta temporal, durante 25 años, del 30 % del salario de los trabajadores que mueran por consecuencia mediata o inmediata de enfermedad profesional sin dejar desamparado a ningún familiar con derecho a pensión⁴². A estos efectos, la disposición final 3.^a de la Ley 2/2008, de 31 de diciembre,

³⁷ CORTE HEREDERO, N. [1999]: «Las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a la luz de la jurisprudencia», *Tribuna Social*, núm. 100, pág. 63.

³⁸ MORENO CÁLIZ, S. [2002]: *La enfermedad profesional. Un estudio de su prevención*, MTAS, Madrid, pág. 594.

³⁹ CRUZ VILLALÓN, J. [1996]: «El nuevo régimen de gestión por las Mutuas de la prestación económica por incapacidad temporal», *Relaciones Laborales*, tomo I, pág. 349.

⁴⁰ DE LA FUENTE LAVÍN, M. [2006]: «La financiación de las contingencias profesionales», en AA. VV. (MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N., dirs.): *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Granada: Comares, pág. 706.

⁴¹ PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J. [2007]: «Mutuas y enfermedad profesional, revisión de la tarifa para contingencias profesionales, la cotización de los trabajadores agrarios por cuenta propia, la viudedad en clases pasivas y otras previsiones en materia de Seguridad Social en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2008», *Información Laboral. Legislación y convenios colectivos*, núm. 32, págs. 18 y ss. La doctrina judicial ha dejado claro, como régimen transitorio, que es responsable el INSS y no la Mutua del pago de las incapacidades permanentes declaradas con posterioridad al 1 de enero de 2008, fecha de entrada en vigor de la Ley 51/2007, siempre que su génesis se corresponda con periodos en los que el aseguramiento de la contingencia correspondía en exclusiva al INSS. SSTS de 15 de enero, 18 de febrero, 12, 19 y 25 de marzo y 10 de julio de 2013 (RCUD 1152/2012, RCUD 1376/2012, RCUD 1959/2012, RCUD 769/2012, RCUD 1514/2012, RCUD 2868/2012).

⁴² DESDENTADO BONETE, A. [2008]: «Mutuas de accidentes de trabajo y Seguridad Social: puntos críticos desde la perspectiva de la gestión de la incapacidad temporal», *Actualidad Laboral*, núm. 8, págs. 920 y ss.

de Presupuestos Generales del Estado para 2009, procede a modificar formalmente el contenido del artículo 201 de la LGSS, añadiendo, junto al accidente de trabajo, una referencia expresa a las enfermedades profesionales⁴³.

2.3. Incapacidad temporal

Aun cuando el artículo 68 de la LGSS (tras las Leyes 22/1993 y 42/1994) ha abierto a las Mutuas la posibilidad de asegurar no solo las contingencias profesionales sino también, como después se verá, la prestación económica por incapacidad temporal derivada de accidente no laboral y enfermedad común [párrafo 2.º letra c)]⁴⁴, lo cierto es que la incapacidad temporal derivada de riesgos profesionales sigue siendo, hoy en día, una de las prestaciones fundamentales, cuya dispensa corresponde (y ha correspondido tradicionalmente) a las entidades colaboradoras aquí analizadas⁴⁵.

2.3.1. Supuestos de pago obligado

Al trabajador siempre le va a interesar la calificación de su dolencia como contingencia profesional, no en vano tal origen va a influir en casi la totalidad de los aspectos que integran el régimen jurídico de la incapacidad temporal. Las especialidades comienzan desde el momento de la fijación de los requisitos para acceder a la prestación, pues aunque siempre es necesaria el alta, en el caso de tratarse de un riesgo profesional el incumplimiento empresarial dará lugar, sobre la consideración como «alta presunta», al anticipo de la prestación por la entidad aseguradora. El origen de la contingencia influye, en segundo lugar, en la fijación de la base reguladora, siendo computables las horas extraordinarias. En tercer término, también va a quedar afectada la secuencia temporal del subsidio, pues se cobra desde el día siguiente a aquel en el que se expide el parte médico de baja y siempre se concreta en el 75 % del haber regulador⁴⁶. Sin embargo, si se trata de una incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, se empieza a percibir

⁴³ PANIZO ROBLES, J. A. [2009]: «La Seguridad Social en la Ley de Presupuestos para 2009», *RTSS.CEF*, núm. 311, pág. 74.

⁴⁴ MOLINS GARCÍA-ATANCHE, J. [2006]: «La colaboración de las Mutuas en la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes», *Aranzadi Social*, núm. 6, pág. 75 o FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M. [2008]: «El control por las Mutuas de Accidentes de Trabajo de las bajas médicas por contingencias comunes: situación actual y perspectivas», *Actualidad Laboral*, núm. 8, 2008, págs. 920 y ss.

⁴⁵ ERRANDONEA ULAIZA, E. [1997]: «La gestión de la prestación por incapacidad temporal: problemas planteados en cuanto a la competencia para determinar la causa de la baja», *Tribuna Social*, núm. 83, pág. 45. En la doctrina judicial, por todas, STSJ de Cataluña de 2 de febrero de 1999 (rec. núm. 4012/1998) y de Madrid de 14 de enero de 1999 (rec. núm. 5041/1998).

⁴⁶ MORRO LÓPEZ, J. L. [1994]: «La gestión de la incapacidad laboral transitoria», *Tribuna Social*, núms. 44-45, págs. 68-70.

la prestación a partir del 4.º día y su cuantía es del 60% de la base reguladora hasta el día 20.º inclusive y del 75% desde el día 21.º en adelante.

Respetando las especialidades previstas para los riesgos profesionales, no cabe duda de que corresponde a las Mutuas el reconocimiento y el pago de la prestación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional, debiendo hacer frente tanto al subsidio económico como a los gastos administrativos y sanitarios⁴⁷. Ahora bien y partiendo del dato cierto de que el principio de automaticidad no juega con igual intensidad cuando se trata de contingencias comunes o profesionales, no cabe ocultar tampoco como en las segundas es la Mutua (o en su caso la gestora) la obligada a abonar el pago del subsidio de incapacidad temporal, sin perjuicio de su derecho a repetir frente a la empresa si hubiera transgredido alguna de sus obligaciones, debiendo hacerlo en todos los casos y cualesquiera sea el grado de incumplimiento (falta de alta, descubiertos de cotización o supuestos de infracotización)⁴⁸. Como ha señalado la doctrina judicial, la Mutua ha de proceder al anticipo de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo, sin perjuicio de las acciones que a la misma le asisten contra la organización productiva infractora por la falta de alta y de la responsabilidad subsidiaria del INSS⁴⁹. De todas formas, la responsabilidad subsidiaria del INSS y de la Tesorería, como sucesores del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, en los supuestos de incapacidad temporal derivada de accidente laboral, no alcanza a los casos en los que el empresario, responsable por incumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social, abona la prestación de incapacidad temporal en pago delegado y descuenta luego su importe a la Mutua, descuento indebido por tratarse de una responsabilidad propia y no de un pago delegado⁵⁰.

El esquema, sin embargo, varía en los riesgos comunes en función de la categoría de la contravención empresarial, pues si el trabajador no está en alta la responsabilidad recae sobre el empleador sin obligación alguna de anticipar por parte de la entidad Colaboradora⁵¹; por el contrario, acreditado dicho requisito, y si solo constituye un defecto de aseguramiento (bien por descubiertos constantes, bien por infracotización), la aseguradora sí debe hacer frente a su compromiso y adelantar el pago de la prestación⁵², aun cuando en ese caso «no media responsabilidad subsidia-

⁴⁷ SALA FRANCO, T. y SALAS BAENA, A. [2007]: *La incapacidad temporal: aspectos laborales, sanitarios y de la Seguridad Social*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 64.

⁴⁸ **SSTS de 10 de noviembre de 2009** (rec. núm. 288/2009), y **23 de abril de 2010** (rec. núm. 2216/2009) y STSJ de Castilla y León/Valladolid de 29 de diciembre de 1997 (rec. núm. 1713/1997).

⁴⁹ **SSTS de 22 de enero de 2009** (rec. núm. 3858/2007), **21 de mayo de 2009** (rec. núm. 1515/2008), **15 de noviembre de 2009** (rec. núm. 2864/2006), **14 de junio de 2011** (rec. núm. 1921/2010) y **18 de octubre de 2011** (rec. núm. 686/2011).

⁵⁰ **SSTS de 29 de noviembre de 2011** (rec. núm. 372/2011) y **22 de febrero de 2012** (rec. núm. 1895/2011).

⁵¹ **SSTS de 9 de octubre de 1995** (rec. núm. 1238/1995) o **18 de septiembre de 2007** (rec. núm. 201/2007).

⁵² **SSTS de 16 de febrero de 2005** (RCUD 136/2004) y **10 de noviembre de 2009** (RCUD 288/2009). La responsabilidad de la Mutua en los supuestos de accidente de trabajo sobreviene incluso en los supuestos de descubiertos empresariales de corta duración en la cotización, **STS de 23 de abril de 2010** (RCUD 2216/2009)

ria por parte del INSS derivada de la insolvencia del responsable principal, por tratarse del pago de un subsidio de incapacidad temporal derivada de enfermedad común»⁵³; únicamente existirá responsabilidad subsidiaria de la entidad gestora «en caso de insolvencia de la Mutua aseguradora de contingencias comunes, no de la empresa»⁵⁴.

El panorama descrito trae aparejada la desprotección del beneficiario en una serie no desdeniable de supuestos, en tanto el cobro de los auxilios derivados de enfermedad común va a depender de la solvencia de quien previamente ha incumplido sus obligaciones; y, procede tener presente, en la gran mayoría de los supuestos en los cuales acaece la atribución de la responsabilidad, el titular de la unidad productiva presenta dificultades económicas capaces de abocarle a la insuficiencia patrimonial para hacer frente a sus deudas. En consecuencia, la vigente regulación «observa un claro sesgo restrictivo», en el cual viene a ser penalizado el trabajador ante las contravenciones cometidas por su empresario, poniendo «en cuestión la solvencia del régimen público y, una vez más, la del propio subsistema de responsabilidades empresariales»⁵⁵. Esta conclusión lleva a un amplio sector doctrinal a considerar vulnerado el artículo 41 de la CE⁵⁶ y a defender una aplicación generalizada de la automaticidad para todas las prestaciones en atención a la función implícita a un sistema público de Seguridad Social⁵⁷.

En fin, aun cuando, como ya consta, en el caso de que la Mutua anticipe el abono de la prestación de incapacidad temporal derivada de riesgos profesionales por aplicación del principio de automaticidad de las prestaciones, pudiendo posteriormente reclamar a la empresa incumplidora la devolución de las cantidades pagadas y del gasto en asistencia sanitaria que hubiera efectuado y siendo responsable subsidiario el INSS en el caso de insolvencia patronal⁵⁸, lo cierto es que el incumplimiento empresarial de las obligaciones señaladas no permite a la Mutua resolver o suspender el convenio de asociación y la obliga «a hacerse cargo de las prestaciones económicas y sanitarias a que tengan derecho los trabajadores empleados por tales empresarios, sin perjuicio de las acciones legalmente previstas para el resarcimiento de los importes correspondientes» (art.

⁵³ SSTSJ de Murcia de 15 de febrero de 2002 (rec. núm. 954/2001) y 18 de noviembre de 2002 (rec. núm. 1031/2002).

⁵⁴ SSTs de 12 de mayo de 2005 (RCUD 2434/2004), 10 de julio de 2007 (RCUD 812/2006), 30 de enero de 2008 (RCUD 4535/2002) y 22 de enero (RCUD 3858/2007) y 15 de octubre de 2009 (RCUD 2864/2006).

⁵⁵ BLASCO PELLICER, A. [2005]: *La responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones de Seguridad Social*, Pamplona: Aranzadi, pág. 161.

⁵⁶ BEJARANO HERNÁNDEZ, A. [1996]: «Responsabilidad empresarial por falta de alta del trabajador y anticipo de prestaciones de la Seguridad Social», *Relaciones Laborales*, tomo II, pág. 353.

⁵⁷ SALA FRANCO, T. [1974]: «El régimen jurídico del derecho a prestaciones de la Seguridad Social (Un estudio de la responsabilidad empresarial por falta de afiliación, alta y cotización)», *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, núm. 6, pág. 1.462.

⁵⁸ SSTs de 19 (RCUD 4533/2005) y 22 de enero (RCUD 4450/2005), 20 (RCUD 4145/2005) y 22 de febrero de 2007 (RCUD 1618/2005). También, STSJ del País Vasco de 12 de febrero de 2008 (rec. núm. 2790/2007).

70.3 LGSS)⁵⁹. Por el contrario, dada la libertad empresarial de resolver el convenio de asociación con una Mutua concreta para optar por la protección de los riesgos profesionales con otra entidad Colaboradora o con el INSS, no es infrecuente que se produzcan situaciones conflictivas asociadas al momento de cambio, sobre todo cuando se trata de prestaciones, como la incapacidad temporal aquí analizada, cuya duración, una vez generado el derecho, puede extenderse en el tiempo abarcando periodos en los que la protección de las contingencias profesionales corre a cargo de diversas Mutuas o de alguna de estas y del INSS. El criterio judicial vigente en la actualidad viene afirmando, en cuanto a riesgos profesionales se refiere, que la otra Colaboradora de origen habrá de asumir la responsabilidad por las prestaciones ya generadas anteriormente y que aún no han agotado su duración⁶⁰, incluso respecto de aquellos trabajadores en situación de incapacidad temporal que no pertenecieran ya a la plantilla de la empresa (debido a la extinción del contrato) en el momento en el que la Colaboradora asume la gestión de tal contingencia⁶¹. Considera el Tribunal Supremo que «lo importante es la relación de causalidad entre el accidente y sus secuelas, no la fecha en que se manifiesten estas, ni mucho menos la de su constatación administrativa o médica»⁶².

2.3.2. Competencia para calificar la causa originaria

No es infrecuente que surja la duda relativa a si la contingencia generadora de la incapacidad temporal deriva de contingencia común o, por el contrario, la ha motivado una contingencia profesional. Y, por tanto, cuál es la entidad competente para determinar, de entrada, si las lesiones que han dado lugar al subsidio han sido producidas por una u otra causa y, en consecuencia, quién es el responsable del pago⁶³. Así, en caso de discrepancia en la identificación del agente productor de la incapacidad (Mutua que niega sea debida a contingencia profesional frente a la entidad gestora que sostiene lo contrario), parece que la balanza, tras consolidados pronunciamientos jurisprudenciales y de la sucesiva intervención del legislador (y pese a la opinión contraria de cierto sector doctrinal)⁶⁴, se inclina a favor de la prevalencia de la calificación del INSS

⁵⁹ MERCADER UGUINA, J. R. [2002]: «Administración y contractualización de las leyes y sus efectos sobre las de acompañamiento», *Relaciones Laborales*, núm. 7, pág. 106.

⁶⁰ STS de 27 de febrero de 2001 (RCUD 1225/2000).

⁶¹ [SSTS de 25 de junio de 2003](#) (RCUD 128/2002) y STSJ de Baleares de 20 de marzo de 2003 (rec. núm. 25/2003), de Castilla y León/Valladolid de 27 de enero de 2003 (rec. núm. 3002/2002), de La Rioja de 27 de octubre de 2005 (rec. núm. 202/2005), de Navarra de 28 de julio de 2006 (rec. núm. 217/2006) o de Andalucía de 6 de abril de 2006 (rec. núm. 531/2006).

⁶² [SSTS de 1 de febrero](#) (RCUD 200/1999) y 10 de abril de 2000 (RCUD 2355/1999), 10 de junio de 2002 (RCUD 713/2002) y [15 de diciembre de 2003](#) (RCUD 12/2003) . Con carácter más reciente, [STS de 22 de enero de 2008](#) (RCUD 3998/2006) y STSJ de Cataluña de 26 de enero de 2010 (rec. núm. 7438/2008).

⁶³ LÓPEZ FERNÁNDEZ, M. [2001]: «Dinámica de la prestación y gestión de la incapacidad temporal», en AA. VV. (BLANCO MARTÍN, J. M., coord.): *Las incapacidades temporales. Un punto de vista práctico*, Valladolid: Lex Nova, pág. 106.

⁶⁴ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. [1994]: *Responsabilidad de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales*, Madrid: ADN, págs. 75 y ss.

como garante y responsable último de la organización, vigilancia y dispensa efectiva de las prestaciones del sistema público de la Seguridad Social⁶⁵, pudiendo la Mutua afectada impugnar judicialmente la resolución administrativa, si bien será inmediatamente ejecutiva.

Se diseña, así, un reparto de competencias entre la entidad gestora de la Seguridad Social y las Mutuas en materia de prestaciones por incapacidad temporal, conforme al cual la determinación del carácter profesional o común de la contingencia corresponde al INSS, en tanto que la declaración del derecho al subsidio, previo examen de la concurrencia de los requisitos que condicionan el nacimiento del derecho, compete a la Mutua colaboradora a la que estuviera asociada la empresa. El fundamento primordial para la atribución al INSS y no a la Mutua de la competencia para la calificación del origen o hecho causante de la lesión generadora de la incapacidad temporal es la condición de entidad gestora de aquel y de entidad colaboradora de esta, lo cual comporta distintas facultades de uno y de otra de acuerdo con la legislación vigente [arts. 57 y 67 LGSS y 1.1 a) RD 1300/1995]. Esta última norma –tras múltiples avatares reformistas– atribuye al INSS la facultad de evaluar, calificar y revisar la incapacidad (sin limitar –expresamente– dicho fuero competencial a la permanente), reconocer el derecho a las prestaciones económicas contributivas de la Seguridad Social por invalidez permanente en sus distintos grados, así como determinar los riesgos causantes de las mismas. Para el cumplimiento de estas tareas, y en desarrollo del artículo 143 de la LGSS, se constituye en el seno de las direcciones provinciales del INSS al menos un equipo de valoración de incapacidades (EVI), compuesto por personal facultativo, funcionario y administrativo, que asume, como función principal, la evaluación de las situaciones de incapacidad y la formulación de los correspondientes dictámenes-propuesta, preceptivos y no vinculantes (art. 3.1 RD 1300/1995).

En definitiva, la competencia expresa en la calificación de la contingencia como profesional corresponde a la entidad gestora, sin que ello sea contradictorio con la asunción de la cobertura de la misma por la entidad colaboradora⁶⁶. Tal conclusión conlleva una garantía de protección al interesado, quien no puede ni debe verse perjudicado por las divergencias entre esta y aquella, máxime tratándose de prestaciones perentorias, no permanentes en el tiempo y sustitutorias de salarios⁶⁷. De todas formas y en aras de garantizar una mayor imparcialidad en la decisión, tal vez la solución normativa más razonable hubiera sido crear un órgano colegiado constituido por facultativos especializados en medicina del trabajo, que representarían a las Mutuas, al INSS y a la Inspección sanitaria, con competencia para determinar el origen de la contingencia, lo cual con-

⁶⁵ Entre muchas, SSTS de 26 de enero de 1998 (RCUD 1730/1997 y 548/1997), cuya doctrina se invoca por cuantiosas sentencias posteriores. Más próximas en el tiempo, SSTS de 8 de febrero (RCUD 4429/2005), 30 de mayo (RCUD 2243/2006), 6 de junio (RCUD 4640/2005), 12 de junio (RCUD 1755/2006) y 26 de septiembre de 2007 (RCUD 390/2006) y 20 de enero de 2009 (RCUD 4743/2006).

⁶⁶ DE LA PUEBLA PINILLA, A. [2007]: «Relación prestacional del trabajador accidentado con la Mutua», cit., pág. 361.

⁶⁷ ALCÁNTARA y COLÓN, J. M. [1999]: «Competencia del INSS para determinar la contingencia en incapacidad temporal. Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo 6-3-1998», *Revista Técnico Laboral*, núm. 80, pág. 249.

llevaría una reducción considerable de las impugnaciones judiciales⁶⁸. No obstante, el legislador ha zanjado la cuestión, considerando, por el momento, que el INSS es el único organismo facultado para determinar la contingencia de la que deriva la incapacidad temporal aunque la gestión del correspondiente proceso sea competencia de la Mutua⁶⁹. Ahora bien, en todos estos casos, el INSS no ostenta lógicamente una facultad omnímoda, sino que «habrá de ajustarse a la normativa aplicable y, por ello, su decisión al respecto es susceptible de impugnarse judicialmente»⁷⁰.

2.3.3. El alta médica

Con la misma intencionalidad de dar pasos decisivos en el reforzamiento de la posición del INSS en materia de incapacidad temporal, cabe mencionar el hecho de que el artículo 1 de la [Ley 40/2007, de 4 de diciembre](#), haya procedido a modificar el tenor literal del artículo 128.1 de la LGSS, en el sentido de dejar clara (a nivel legal) la atribución al INSS de la facultad para reconocer la situación de prórroga expresa, determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente o emitir el alta médica en los supuestos en los que se hubiera agotado el plazo de duración de la situación de incapacidad temporal⁷¹. La actuación de la Mutua se limitará a efectuar una propuesta de actuación en alguno de los sentidos indicados, debiendo entenderse aceptada por el INSS si este no se manifiesta en contrario en el plazo de los cinco días siguientes a su recepción ([Resolución de 14 de enero de 2008](#) de la Secretaría de Estado para la Seguridad Social).

El alta médica constituye el acto administrativo por el cual finaliza la situación de incapacidad temporal, bien porque se constata la aptitud del trabajador para realizar su actividad laboral, bien porque las lesiones que merman su capacidad laboral presentan un carácter definitivo. En el primer caso, el alta médica supone la reincorporación del trabajador a su actividad laboral. En el segundo, va acompañada de la propuesta de declaración de incapacidad permanente. En principio, la emisión del alta médica es función y competencia de los facultativos de los Servicios Públicos de Salud. Sin embargo, la finalidad de aumentar los controles sobre la prestación para evitar el fraude ha determinado que, a través de sucesivas reformas legales, se hayan incrementado progresivamente las competencias de las entidades gestoras y de las Mutuas en esta materia⁷², si bien estas Colaboradoras, de momento y a la espera de una inminente reforma, no están facul-

⁶⁸ GIL PLANA, J. y GONZÁLEZ DEL RÍO, J. M. [2008]: «Aspectos polémicos en la colaboración de las Mutuas en la gestión de la Seguridad Social», cit., pág. 577.

⁶⁹ [STS de 20 de enero de 2009](#) (RCUD 4743/2006).

⁷⁰ [STS de 23 de junio de 2009](#) (RCUD 2983/2008).

⁷¹ FERRANDO GARCÍA, F. [2007]: «La incapacidad temporal», en AA. VV. (CAVAS MARTÍNEZ, F., dir.): *La reforma de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, Murcia: Laborum, págs. 37 y ss.

⁷² MUÑOZ MOLINA, J. [2005]: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, Pamplona: Aranzadi, págs. 162 y ss.

tadas para expedir altas médicas en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes. Y es que cabe apreciar una situación de provisionalidad porque la disposición adicional 4.ª de la [Ley 3/2012](#) habilita al Gobierno para que, previa consulta a los interlocutores sociales, estudie la modificación del régimen jurídico de las Mutuas en aras de una gestión más eficaz de la incapacidad temporal.

Cuando la incapacidad temporal derive de contingencias profesionales y su gestión se haya encomendado a una Mutua, a esta le corresponde la dispensa de la asistencia sanitaria y el control de la prestación económica mediante la emisión de los partes de baja y alta hasta el día 365. Tiene, por tanto, la competencia para emitir los partes de baja, confirmación de la baja y alta. No puede, sin embargo, adoptar medidas cautelares, entre las que se encuentra la suspensión en el abono de la prestación, cuando haya un incumplimiento por parte del beneficiario de presentar, en los plazos establecidos, las declaraciones, documentos o justificantes de la situación y tampoco pueden sancionar las conductas indebidas o fraudulentas de los perceptores de prestaciones por incapacidad temporal⁷³.

Ahora bien, cuando la incapacidad temporal alcanza su duración máxima, los 365 días fijados en el artículo 128.1 a) de la LGSS, la Mutua carece de competencia para decidir sobre la situación del trabajador. Alcanzado este plazo, las opciones posibles son la emisión del alta médica, la prórroga de la situación de incapacidad temporal durante 180 días más o, finalmente, el inicio de expediente de incapacidad permanente, con los consiguientes efectos en la prestación de asistencia sanitaria y en el subsidio económico, pero la decisión sobre cuál de estas alternativas es la que procede corresponde al INSS, que la ejercerá a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador. Se sustrae, de este modo, la facultad para decidir sobre la prórroga de la incapacidad temporal a los servicios médicos de la Mutua⁷⁴. Sin duda, tal previsión conlleva un importante coste de gestión paralela por parte de la entidad gestora e invade la esfera de actuación de la propia Mutua, llevando al establecimiento de una injustificada presunción de gestión abusiva generalizada por parte del Mutualismo⁷⁵.

La disposición adicional 19.ª de la Ley 40/2007 establece que «reglamentariamente se regulará el procedimiento administrativo de revisión, por el INSS y a instancia del interesado, de las altas que expidan las entidades colaboradoras en los procesos de incapacidad temporal por contingencias profesionales». Este desarrollo se encuentra regulado en el artículo 4 del [Real Decreto 1430/2009](#), que fija los trámites a seguir para la revisión por el trabajador de las altas que

⁷³ LLORENTE ÁLVAREZ, A. [2006]: «Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social», en AA. VV. (HIERRO HIERRO, F. J., coord.): *Diccionario de la Seguridad Social*, Pamplona: Aranzadi, págs. 467 y ss.

⁷⁴ DE LA PUEBLA PINILLA, A. [2008]: «El alta médica: efectos laborales e impugnación por el trabajador. Examen especial de la posición de las Mutuas de accidentes de trabajo», *Actualidad Laboral*, núm. 11, pág. 1.309.

⁷⁵ DESDENTADO BONETE, A. [2008]: «Mutuas de accidentes de trabajo y Seguridad Social: puntos críticos desde la perspectiva de la gestión de la incapacidad temporal», cit., pág. 694.

se produzcan en procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales y antes del agotamiento del plazo máximo, quedando garantizado el cobro de la prestación de incapacidad temporal hasta la resolución del INSS que confirme el alta médica o mantenga la situación de baja, de modo que «la mera iniciación del procedimiento especial de revisión suspenderá los efectos del alta médica emitida, debiendo entenderse prorrogada la situación de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional durante la tramitación de dicho procedimiento» (art. 4.3 RD 1430/2009). No obstante, esta prórroga es provisional, pues si en su resolución la entidad gestora confirma el alta emitida por la Mutua, la referida alta produce el efecto extintivo de la incapacidad temporal desde la fecha en la que se emitió, por lo que las prestaciones que se hubieran abonado desde entonces hasta la resolución que confirma el alta se considerarán indebidamente percibidas con la consiguiente obligación de reintegro de las mismas.

Por lo demás, es el trabajador el único legitimado para presentar ante el INSS la solicitud de revisión de alta emitida por la Mutua dentro de los cuatro días naturales siguientes a su notificación, sin que quepa la revisión de oficio y sin que la empresa tenga en ningún momento la condición de interesada, y ello a pesar de que resulta directamente afectada por el alta médica expedida por la Mutua o, dicho de otra manera, sufre las consecuencias de un alta médica indebida que le obliga a dar tarea al trabajador afectado aunque no esté en condiciones de prestar servicios.

Aunque el procedimiento administrativo de revisión es preferente, tal y como señala el artículo 4.12 del Real Decreto 1430/2009, la celeridad buscada puede verse empañada por defectos atribuibles al propio interesado, abriéndose el trámite de subsanación de 10 días cuando la documentación resultara incompleta. Presentada en tiempo y forma, el INSS debe comunicar a la Mutua el inicio de dicho procedimiento para que esta aporte en el plazo de 2 días hábiles los antecedentes e informe sobre los extremos que motivaron la emisión del alta. La Mutua puede no atender este requerimiento, resolviendo el INSS en función de la documentación presentada por el trabajador (art. 4.4). La resolución del INSS debe dictarse, además, previo informe preceptivo pero no vinculante del EVI, en el plazo de 15 días hábiles, determinando la fecha y efectos del alta médica con el oportuno reintegro de las prestaciones económicas percibidas o el mantenimiento de la baja médica, calificando en su caso la contingencia de la que deriva el proceso de incapacidad temporal, así como la improcedencia o nulidad de eventuales bajas emitidas por el Servicio Público de Salud durante la tramitación de este procedimiento. La resolución del INSS puede impugnarse, a su vez, en vía judicial en cuyo caso el acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes a la admisión de la demanda, y la sentencia, que no tendrá recurso, se dictará en el plazo de tres días [art. 140.3 c) [Ley 36/2011, de 10 de octubre](#), reguladora de la Jurisdicción Social (LJS)].

En suma, esta situación no genera una prórroga real del periodo de duración de la incapacidad temporal sino un mantenimiento provisional de la protección durante la tramitación de la reclamación, condicionado al éxito de la pretensión del trabajador, ya que en caso contrario la confirmación del alta le obliga a la devolución de la prestación provisionalmente percibida.

2.4. Asistencia sanitaria y recuperación profesional

Las Mutuas cuentan con una red asistencial muy amplia y cercana a los centros de trabajo donde se producen las contingencias profesionales, al tiempo que sus servicios sanitarios están altamente especializados en el tratamiento y curación de las patologías (principalmente músculo-esqueléticas) que sufren normalmente los trabajadores, razón por la cual, aun tratándose de los mismos pacientes y dolencias, los procesos de incapacidad temporal suelen tener una duración mucho menor cuando son asistidos por los servicios médicos de las Mutuas que cuando lo son por los Servicios Públicos de Salud. Sin duda, en ello incide el mayor conocimiento por parte de los facultativos de las Mutuas de las exigencias psicofísicas del puesto de trabajo que desarrolla el paciente, así como la habitual y más fluida coordinación de estas entidades colaboradoras con las empresas para facilitar la reincorporación paulatina al puesto de trabajo o, incluso, el traslado a otro compatible con la situación del trabajador, de forma temporal o permanente, siendo también indiscutible la ventaja de poder contar con la posibilidad de utilizar recursos diagnósticos y quirúrgicos sin las listas de espera que sufren los Servicios Públicos de Salud y la disponibilidad desde un primer momento de las infraestructuras rehabilitadoras con las que suelen estar dotados la mayor parte de los centros asistenciales de las Mutuas⁷⁶.

De este modo, cuando la necesidad de asistencia sanitaria (prestación de servicios médicos⁷⁷ y farmacéuticos⁷⁸ conducentes a conservar o restablecer la salud de los beneficiarios, así como su aptitud para el trabajo) deriva de un accidente laboral o una enfermedad profesional y afecta a un trabajador de una empresa que tenga asegurado el riesgo con una Mutua, será esta la responsable de la misma⁷⁹, si bien el reconocimiento de la condición de beneficiario es competencia del INSS, que la ejerce a través del INGESA, en Ceuta y Melilla, o del servicio autonómico de que se trate. A este fin, las Mutuas pondrán a disposición del afectado sus propios servicios e instalaciones, creados conforme a la normativa específica que resulte aplicable en la comunidad autónoma

⁷⁶ SALAS BAENA, A. [2012]: «El control de la incapacidad temporal», *Actualidad Laboral*, núm. 1, pág. 29.

⁷⁷ Incluyen: a) el tratamiento médico y quirúrgico de las lesiones o dolencias sufridas, las prescripciones farmacéuticas y, en general, todas las técnicas diagnósticas y terapéuticas precisas; b) el suministro y renovación normal de los aparatos de prótesis y ortopedia necesarios (productos sanitarios, implantables o no, cuya finalidad es sustituir total o parcialmente una estructura corporal, o bien modificar, corregir o facilitar su función, comprendiendo los elementos precisos para mejorar la calidad de vida y autonomía del paciente) y los vehículos para inválidos; c) la cirugía plástica y reparadora adecuada, cuando una vez curadas las lesiones hubieran quedado deformidades o mutilaciones que produzcan alteración importante en el aspecto físico del accidentado o dificulten su recuperación funcional para el empleo posterior (art. 11 [Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre](#)).

⁷⁸ Comprenden los medicamentos, que serán gratuitos, y productos sanitarios y el conjunto de actuaciones encaminadas a que los pacientes los reciban de forma adecuada a sus necesidades clínicas, en las dosis precisas según sus requerimientos individuales, durante el periodo de tiempo adecuado (art. 16 [Ley 16/2003, de 28 de mayo](#), de Cohesión y Calidad del Sistema de Salud). QUIRÓS HIDALGO, G. [2006]: *La prestación farmacéutica de la Seguridad Social*, Valladolid: Lex Nova, págs. 106 y ss.

⁷⁹ STSJ de Castilla y León/Burgos de 30 de noviembre de 1998 (rec. núm. 653/1998).

donde opere la Mutua. Es posible, no obstante, que las Colaboradoras hagan efectivas las prestaciones sanitarias y recuperadoras derivadas de riesgo profesional, mediante concierto con otras Mutuas, con las Administraciones públicas sanitarias, o, incluso, con medios privados, siempre y cuando dicho convenio sea autorizado por el ministerio con competencias en la materia (art. 12 [RD 1993/1995](#)), supuesto este último en el que, como ha señalado la doctrina, se experimenta un segundo nivel o escalón de privatización⁸⁰, que ha provocado la intervención del legislador, en el sentido de establecer mecanismos de optimización de los recursos sanitarios exigiendo la utilización prioritaria de los propios servicios de las Mutuas, reservando únicamente la posibilidad de acudir a los medios privados a los supuestos de inexistencia, insuficiencia o no disponibilidad de recursos propios o mancomunados, a la inviabilidad de utilización de instalaciones de otras Mutuas y a la inexistencia de convenios con las Administraciones públicas sanitarias, siempre y cuando, además, dichos medios privados cuenten con la aprobación de las Administraciones públicas sanitarias y se ajusten a lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (art. 11 [RD 1630/2011, de 14 de noviembre](#)). Los centros privados con los que se concierte (por un máximo de dos años) la prestación de asistencia sanitaria y recuperadora deberán contar con la dotación suficiente y adecuada para llevar a cabo la prestación objeto del concierto. Se permite también que la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social pueda autorizar, excepcionalmente, la dispensa de los tratamientos quirúrgicos o posquirúrgicos con medios personales propios de las Mutuas en centros hospitalarios concertados debidamente autorizados, cuando razones de especialidad, volumen de gestión u otras circunstancias concurrentes, suficientemente acreditadas, lo hagan aconsejable (art. 15 [RD 1630/2011](#))⁸¹.

Sea cual fuere la fórmula utilizada en los casos habilitados por el legislador, la Mutua es responsable de los daños que el defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios pueda producir en la salud de los beneficiarios. La responsabilidad en estos casos es objetiva, como lo es la de la Administración de la Seguridad Social, de modo que no se exige culpa o negligencia, si bien la fuerza mayor es causa eximente. No cabe olvidar que la asistencia sanitaria derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional que dispensan las Mutuas a los trabajadores en ellas encuadrados es una prestación claramente comprendida dentro del régimen público de la Seguridad Social, al tiempo que las instituciones y centros sanitarios de las Mutuas tienen la condición de entidades del Sistema Público de Salud⁸². Consecuencia de ambas premisas es que la exigencia de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de tal asistencia sanitaria haya de reclamarse ante los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo (disp. adic. 12.^a [Ley 30/1992, de 26 de noviembre](#), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, introducida por la

⁸⁰ LÓPEZ GANDÍA, J. [2010]: «Las Mutuas y la colaboración en la gestión de la Seguridad Social. Valoraciones críticas y propuestas», *Estudios de la Fundación Primero de Mayo*, núm. 20, pág. 4.

⁸¹ MARÍN CORREA, J. M. [2012]: «Mutuas de accidentes de trabajo y asistencia sanitaria», *Actualidad Laboral*, núm. 9, pág. 1.141.

⁸² [STS de 5 de abril de 2000](#) (RCUD 3948/1998).

Ley 4/1999)⁸³. El trabajador que haya sufrido un accidente laboral o una enfermedad profesional debe, lógicamente, acudir, para recibir dicha asistencia sanitaria, a los servicios médicos designados por la Mutua. Solo en el caso de urgencia podrá dirigirse a un servicio distinto, procediéndose después al reembolso de los gastos, una vez comprobado que efectivamente no hubo una utilización desviada o abusiva. En cualquier supuesto diferente a la urgencia de carácter vital o a la denegación injustificada de asistencia, esto es, si el trabajador opta voluntariamente por otros servicios médicos, no se le reintegrarán los gastos realizados⁸⁴.

En fin, la condición de beneficiario no se pierde en caso de incumplimiento por el empresario de sus obligaciones de afiliación y alta, de modo que el trabajador conservará el derecho a recibir esta prestación de asistencia sanitaria por la Mutua, pudiendo esta repetir contra la empresa incumplidora y, ante su insolvencia, frente al INSS⁸⁵. Idéntica regla se aplica en los supuestos en los que la Colaboradora haya proporcionado la asistencia sanitaria por error, no siendo ella la obligada, o en aquellos que la responsabilidad corresponda a un tercero, no en vano va a poder instar la reclamación correspondiente del coste que hubiere satisfecho⁸⁶, a no ser que se trate de una modificación de la calificación de la contingencia (de profesional a común) por parte del INSS⁸⁷.

Como novedad, la [Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio](#), de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, ha establecido, en su artículo 48, que en el marco de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, las actividades de protección conferidas a las Mutuas, cuando a dichas entidades pudiera corresponder la cobertura de deportistas profesionales, deberán contemplar el desarrollo de programas específicos orientados a proteger la salud y prevenir los riesgos de accidentes de naturaleza laboral a los que dicho colectivo pueda estar expuesto, así como la realización de actuaciones puntuales dirigidas a la recuperación de aquellas lesiones o patologías que pudieran derivarse de la propia práctica deportiva; y, a tales efectos, la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte facilitará a las referidas entidades los criterios, estudios, estadísticas y, en general, cuanta información tenga, para contribuir, con ello, al logro de una protección más eficaz y más especializada de tales deportistas.

⁸³ STS, Sala de lo Social, [29 de octubre de 2001](#) (RCUD 4386/2000) y SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de julio de 2004 (rec. núm. 545/2002).

⁸⁴ CORRALES ROMERO, H. [2007]: «La asistencia sanitaria prestada por las Mutuas», *Foro de Seguridad Social*, núm. 17, pág. 40.

⁸⁵ STS de 26 de septiembre de 1996 (RCUD 1166/1995).

⁸⁶ [STS de 23 de noviembre de 2004](#) (RCUD 5558/2003).

⁸⁷ [STS de 20 de julio de 2007](#) (RCUD 2026/2006).

2.5. Periodos de observación

De conformidad con lo previsto en el artículo 128.1 b) de la **LGSS**, los periodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad, tendrán la consideración de situaciones determinantes de la incapacidad temporal. Se trata, por tanto –permítase la reiteración–, de una cesación del trabajo por prescripción facultativa a efectos de estudio y diagnóstico. Y ello porque la patología profesional, de carácter lento y progresivo, puede manifestarse tras muchos años de exposición al riesgo, lo cual exige un control previo, meticuloso y prolongado a lo largo de la vida laboral del trabajador, para detectar a tiempo dolencias que, con el transcurso de los años, pueden manifestarse como profesionales⁸⁸. Se establece, pues, un lapso temporal, a fin de estudiar médicamente y obtener un diagnóstico definitivo de la potencial enfermedad⁸⁹. Conociendo el tipo de trabajo que se realiza y los síntomas normales de manifestación de la patología profesional, es aconsejable separar temporalmente al trabajador de su trabajo, para que la dolencia no siga progresando, o no lo haga con la rapidez que lo haría de continuar en el mismo lugar y en contacto con idénticas sustancias o elementos que le han podido provocar esa presunta enfermedad profesional⁹⁰.

Si se considera necesario prescribir la baja en el trabajo, apartando al enfermo de su ámbito laboral, causa originaria o desencadenante de su posible patología, es necesario, además, paliar la pérdida de rentas de trabajo sufridas a través de una prestación que se equipara a la de incapacidad temporal⁹¹. En consecuencia, corresponde a la Mutua el reconocimiento inicial del derecho al subsidio y el abono del mismo, pero es competencia del INSS –en realidad de los equipos de valoración de incapacidades– resolver la prórroga del periodo de observación médica [art. 1.1 c) **RD 1993/1995**]⁹².

⁸⁸ MORENO CÁLIZ, S. [2001]: «Medidas de prevención específicas de la enfermedad profesional», *RTSS.CEF*, núm. 225, pág. 78.

⁸⁹ TORTUERO PLAZA, J. L. y GONZÁLEZ DEL RÍO, J. M. [2006]: «La acción protectora del sistema de Seguridad Social», en AA. VV. (MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N., dirs.): *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Granada: Comares, pág. 354.

⁹⁰ GARCÍA NINET, J. I. [1999]: «Incapacidad temporal», en AA. VV. (MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M. N., dirs.): *Comentario a la Ley General de Seguridad Social*, tomo II, Granada: Comares, pág. 1.266.

⁹¹ MORENO CÁLIZ, S. [2001]: «Medidas de prevención específicas de la enfermedad profesional», *RTSS.CEF*, núm. 225, pág. 79.

⁹² CARRERO DOMÍNGUEZ, C. y QUINTERO LIMA, M. G. [2007]: «La gestión de las enfermedades profesionales por las Mutuas de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales», cit., pág. 410.

Así, el plazo inicial de duración de la incapacidad temporal se establece en el tiempo necesario para su estudio, no pudiendo superar los seis meses, prorrogables por otros seis. La declaración de prórroga de la contingencia viene atribuida, «cualquiera que sea la entidad gestora o Colaboradora que cubra la contingencia, al INSS, previo dictamen de su Equipo de Valoración de Incapacidades [arts. 1.1 c) y 3.1 g) [RD 1300/1995, de 21 de julio](#)], con seguimiento del procedimiento establecido por la disposición adicional segunda de la [Orden de 18 de enero de 1996](#), si bien la jurisprudencia ha venido entendiendo que no hace falta resolución administrativa expresa para que la prórroga sea concedida⁹³.

2.6. Muerte y supervivencia

El reconocimiento de las prestaciones por fallecimiento derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional (auxilio por defunción, pensión de viudedad, pensión de orfandad, pensión y subsidio temporal a favor de familiares e indemnización especial a tanto alzado) corresponde a la Mutua en el caso de que la empresa del trabajador fallecido estuviera asociada para la cobertura de los riesgos profesionales. En este último caso, competirá también a la Mutua asumir la responsabilidad del pago de las prestaciones, debiendo distinguir, no obstante, en función de la naturaleza de las mismas. Así, esta deberá abonar directamente a los beneficiarios las indemnizaciones a tanto alzado y subsidios; ahora bien, si se trata de pensiones de viudedad u orfandad habrá de capitalizar el coste de tal pensión. Será competencia, por tanto, de la Tesorería General de la Seguridad Social el libramiento de las cantidades necesarias para hacer frente a las pensiones de viudedad y orfandad que hayan sido reconocidas por el INSS, cuyos pagos mensuales serían ordenados por la Tesorería con los fondos ahí constituidos previamente por la Colaboradora a tal efecto.

IV. INCAPACIDAD TEMPORAL POR CONTINGENCIAS COMUNES

A tenor del artículo 128 de la [LGSS](#), la necesidad derivada de la imposibilidad momentánea de desarrollar la actividad laboral es atendida en dos planos distintos: el económico, con el pertinente subsidio de Seguridad Social; el psicofísico, mediante la dispensa de la asistencia sanitaria. La realidad que protege la Seguridad Social, en este caso, no es solo la alteración de la salud, sino también la pérdida temporal de ingresos que puede sufrir quien vive de su trabajo. Esta prestación ha sido objeto de múltiples reformas legislativas que han afectado a importantes aspectos de su régimen jurídico, desde su denominación, pasando por su duración y cuantía, hasta su gestión y control. El hilo conductor de las sucesivas intervenciones del legislador ha sido, sin duda, el de reducir las bajas de complacencia, que tanta repercusión negativa provocan sobre el dinero público y sobre los estándares de productividad empresarial, idea que cobra singular relevancia en los

⁹³ [STS de 28 de febrero de 1998](#) (RCUD 1661/1997).

momentos actuales donde la grave y global crisis económica condiciona la dimensión cuantitativa de la financiación presupuestaria de la incapacidad temporal⁹⁴.

Desde tales premisas de contención del gasto público, como consecuencia de la reforma introducida por la [Ley 42/1994](#), la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes pasa a ser también competencia de las Mutuas, bajo el pretexto de intensificar el control que llevan a cabo los Servicios Públicos de Salud de reducir el coste que esta prestación ocasiona al sistema de Seguridad Social y de rebajar el nivel de absentismo, que ocasiona problemas de competitividad a las empresas, no en vano en muchos supuestos complementan la ayuda hasta un 100% del salario, manteniendo además la obligación del pago de las cotizaciones durante el tiempo que dura la baja. Sea como fuere, admitir la colaboración de las Mutuas en la gestión de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes supone, si no un cambio, sí al menos una ampliación del enfoque que sirvió para su configuración inicial, toda vez que la prestación ya no deriva de la responsabilidad empresarial.

Admitir la colaboración de las Mutuas en la gestión de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes supone, si no un cambio, sí al menos una ampliación del enfoque que sirvió para su configuración inicial, toda vez que la prestación ya no deriva de la responsabilidad empresarial

Esta ampliación de competencias provocó numerosos problemas aplicativos en diversos órdenes, tales como la ya conocida cuestión sobre a quién corresponde determinar la contingencia que origina la prestación⁹⁵, concretar los responsables del pago cuando se produce una sucesión entre distintas Mutuas⁹⁶, determinar el alcance de la responsabilidad ante supuestos de extinción de la relación laboral⁹⁷, precisar la imputabilidad en aras de la satisfacción subsidia-

Esta ampliación de competencias provocó numerosos problemas aplicativos en diversos órdenes, tales como la ya conocida cuestión sobre a quién corresponde determinar la contingencia que origina la prestación⁹⁵, concretar los responsables del pago cuando se produce una sucesión entre distintas Mutuas⁹⁶, determinar el alcance de la responsabilidad ante supuestos de extinción de la relación laboral⁹⁷, precisar la imputabilidad en aras de la satisfacción subsidia-

⁹⁴ OLARTE ENCABO, S. [2012]: «Control y gestión de la incapacidad temporal. Análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente: el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo», *Aranzadi Social*, núm. 20, BIB 2010/3242, pág. 12.

⁹⁵ Al INSS, como ya ha quedado argumentado supra. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ, J. [2009]: «Breves consideraciones en torno a la incapacidad temporal y sus mecanismos de control en el marco de su continua e interminable reforma», *Revista Técnico Laboral*, núm. 120, pág. 168.

⁹⁶ La obligación de proteger a la totalidad de los trabajadores de la empresa asociada conlleva que la nueva Mutua asuma también las prestaciones de incapacidad temporal derivada de contingencia común que ya estuvieran en curso [[STS de 17 de julio de 2012](#) (RCUD 2516/2011)]. Sin embargo esto no ocurre cuando los procesos de incapacidad temporal derivan de un accidente de trabajo, pues en estos casos el Tribunal Supremo ha entendido que la responsable es aquella Mutua con la que la empresa tiene concertada la cobertura del riesgo en la fecha del hecho causante, coincidiendo esta con la fecha del accidente [[STS de 16 de junio de 2009](#) (RCUD 1134/2008)] y si hubiera habido recidiva de una incapacidad temporal anterior transcurrido un periodo de actividad superior a seis meses la responsabilidad corresponde a la Mutua aseguradora al acacer la segunda baja [[STS de 27 de diciembre de 2011](#) (RCUD 3358/2010)]

⁹⁷ La responsabilidad de las Mutuas alcanza a prestaciones nacidas durante la relación laboral que perviven después de extinguida esta e incluso se extiende a aquellas prestaciones que surgen tras la extinción del contrato de trabajo en

ria de la Mutua ante impago de la empresa y la posibilidad de repetir contra el INSS⁹⁸, atribuir la obligación de abonar la prestación durante la prórroga excepcional una vez transcurridos los 18 meses desde el hecho causante⁹⁹, legitimación para reclamar en vía judicial el reintegro de prestaciones indebidas¹⁰⁰, y, sobre todo, diseñar la falta de prerrogativas de las Mutuas sobre la prestación de asistencia sanitaria derivada de contingencia común, aspecto sobre el que se van a centrar las páginas siguientes.

El legislador ha dejado claro que la colaboración de la Mutua se circunscribe a la prestación económica por la contingencia de incapacidad temporal y no alcanza a la asistencia sanitaria, distinguiendo según se trate de trabajadores por cuenta ajena o trabajadores por cuenta propia. Para los primeros, la LGSS declara opcional dicha cobertura y la somete al único requisito de que previamente las empresas asociadas hayan formalizado la protección de las contingencias profesionales en las Mutuas, debiendo el empresario consultar a los representantes de los trabajadores, que deben emitir informe preceptivo pero no vinculante, permitiéndose la aplicación del coeficiente general del 0,05 sobre las cuotas íntegras ingresadas por las empresas¹⁰¹. Para los segundos, quiebra el principio de voluntariedad de cobertura, pues estos se ven obligados a formalizarla con una Mutua cuando hayan optado previamente por incluir, dentro de la acción protectora del régimen de Seguridad Social, dicha prestación¹⁰².

La dicotomía existente entre las entidades que gestionan la asistencia sanitaria y las que lo hacen sobre la prestación económica de incapacidad temporal ha generado, en la práctica, muchos conflictos, pues una institución es la que soporta el coste monetario y otra distinta la que declara y en gran medida controla su nacimiento, duración y extinción. Cuando la contingencia se califica como profesional, la Mutua gestiona tanto la asistencia sanitaria como la prestación económica, pero, por el contrario, si se califica como común, la gestión de la Mutua se limita a esta

los casos de recaída. [SSTS de 20 de noviembre de 2008](#) (RCUD 2662/2007), 26 de marzo de 2009 (RCUD 85/2008) y [25 de junio](#) (RCUD 3977/2011) y [13 de noviembre de 2012](#) (RCUD 4367/2011). También SSTSJ de Extremadura de 18 de junio de 2009 (rec. núm. 258/2009) y de Galicia de 31 de marzo de 2010 (rec. núm. 3965/2006).

⁹⁸ Entendiendo la jurisprudencia que el INSS es responsable subsidiario de la Mutua pero no de la empresa, [STS de 1 de junio de 2004](#) (RCUD 4465/2003).

⁹⁹ Que corresponde a la Mutua, [STS de 20 de febrero de 2012](#) (RCUD 699/2011).

¹⁰⁰ De la que carece la Mutua si la incapacidad temporal deriva de enfermedad común. [STS de 15 de diciembre de 2011](#) (RCUD 812/2009).

¹⁰¹ Coeficiente que puede elevarse al 0,055 en determinadas circunstancias de insuficiencia financiera a las que alude la [Resolución de 23 de julio de 2013](#), de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (BOE de 8 de agosto de 2013).

¹⁰² DEL VALLE DE JOZ, J. I. y TRILLO GARCÍA, A. R. [2007]: «Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales como Gestoras de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes», y LLORENTE ÁLVAREZ, A. y PINILLA GONZÁLEZ, M. A. [2007]: «La gestión de la incapacidad temporal de los trabajadores autónomos en el régimen especial de trabajadores autónomos y en el régimen especial agrario», en AA. VV. (MERCADER UGUINA, J. R., coord.): *Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Madrid: La Ley, págs. 487 y 539 y ss., respectivamente.

última, no en vano corresponde al Servicio Público de Salud, previo reconocimiento médico del trabajador, considerar la existencia de la alteración de la salud con efecto incapacitante, a través del parte médico de baja, así como controlar su duración a través de los partes periódicos de confirmación de la baja y declarar su extinción mediante el parte médico de alta. Por su parte, será competencia de la Mutua reconocer el derecho al subsidio de incapacidad temporal, limitándose al examen de la concurrencia de los requisitos necesarios para generar el derecho¹⁰³, procediendo a su abono a partir del 16.º día, pues está a cargo del empresario la prestación desde los días 4.º al 15.º, careciendo de auxilio económico los tres primeros.

El proceso se complica aún más porque el legislador da entrada también al INSS. Tras la reforma introducida por la [Ley 35/2010](#), tanto la inspección médica de los Servicios Públicos de Salud, como los inspectores médicos adscritos a la entidad gestora tienen competencias para emitir un alta médica a todos los efectos durante los 365 primeros días de incapacidad temporal, alta frente a la que cabe recurso administrativo por los cauces marcados en el artículo 3 del [Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre](#), en virtud del cual el perjudicado puede manifestar su oposición ante la inspección médica del Servicio Público de Salud en el plazo de cuatro días. De discrepar del sentir de la entidad gestora, la Inspección tiene la facultad de proponer en el plazo máximo de siete días naturales su reconsideración, que, si fuera aceptada por el INSS, daría lugar a la prórroga de la situación de incapacidad temporal a todos los efectos. Si la Inspección se pronunciara confirmando la decisión de la entidad gestora o no resolviera en los 11 días naturales siguientes a la fecha de la resolución, el alta médica adquirirá plenos efectos, quedando prorrogada la situación de incapacidad temporal solo hasta la fecha de la última resolución¹⁰⁴.

Es más, una vez transcurrido el periodo máximo ordinario de incapacidad temporal (365 días), la competencia exclusiva para todas las decisiones determinantes de la situación del asegurado (prórroga por otros 180 días –545 en total– o, en circunstancias excepcionales, hasta 730 días, nueva baja médica, acuerdo de inicio de expediente de incapacidad permanente, declaración de incapacidad permanente, concesión de prestaciones por lesiones permanentes no invalidantes o –por lo que aquí interesa– alta por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos convocados) corresponde al INSS, que las adoptará, como dice la propia ley, a través de los órganos competentes de evaluación, calificación y revisión de las situaciones e incapacidad o lesión [art. 128.1 a) [LGSS](#)]¹⁰⁵. Igualmente, es el INSS el competente para declarar una única

¹⁰³ FERNÁNDEZ PRATS, C. y ARADILLA MARQUÉS, M. J. [2010]: «El papel de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales en el sistema de protección social», en AA. VV. (BLASCO PELLICER, A., coord.): *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 589.

¹⁰⁴ PANIZO ROBLES, J. A. [2009]: «Un nuevo paso en el control de la prestación de Seguridad Social por incapacidad temporal: el Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación por incapacidad temporal», *RTSS.CEF*, núm. 320, págs. 35 y ss.

¹⁰⁵ GONZÁLEZ DEL RÍO, J. M. [2011]: «Competencias del INSS», en AA. VV. (SEMPERE NAVARRO, A. V., dir.): *Cuestiones en torno a la incapacidad temporal*, Madrid: Cinca, pág. 150.

nueva situación de baja a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal, después de extinguido el proceso anterior por agotamiento del plazo máximo, por la misma o similar enfermedad y sin que hayan transcurrido 180 días, siempre y cuando considere que el trabajador puede recuperar su capacidad laboral (nuevo art. 131.3 bis **LGSS**)¹⁰⁶.

La competencia plena de la Mutua durante el periodo inicial de 365 días para determinar tanto el inicio como el final de la protección por incapacidad temporal derivada solo de contingencias profesionales anteriormente analizada y, consecuentemente, la obligación del trabajador de solicitar la reincorporación a su puesto de trabajo también se difumina en la realidad porque el trabajador puede obtener una baja posterior (estratégica) del Servicio Público de Salud que inicialmente (y a salvo posterior recalificación por el INSS) lo sería por contingencia común aun tratándose de las mismas secuelas, a partir de la cual el empresario debe asumir serios problemas organizativos derivados de la situación de un trabajador que por decisión de la entidad colaboradora debe reincorporarse a su puesto de trabajo, pero que, sin embargo, no lo hace con el aval de una decisión de su médico de cabecera, que debe ser comunicada por la empresa a la Mutua¹⁰⁷. En este caso, se impone al Servicio Público de Salud la obligación de informar al interesado sobre la posibilidad de instar el procedimiento administrativo de revisión (siempre que el intento de esta nueva alta se produzca dentro del plazo de los cuatro días naturales posteriores al alta médica) y se establece la obligación de notificar a la Mutua «la existencia de dos procesos de incapacidad temporal distintos que pudieran estar relacionados». Con ello se evita el absurdo de que la entidad colaboradora desconozca este proceso de incapacidad temporal hasta el posterior proceso de calificación de contingencia, que es en el que habitualmente desemboca¹⁰⁸.

Para paliar, en parte, la falta de competencia de las Mutuas en materia de asistencia sanitaria y el incremento de atribuciones del INSS en el control de la incapacidad temporal por contingencia común, el legislador ha permitido que las Mutuas puedan efectuar propuestas de alta al médico del Servicio Público de Salud, al inspector médico o al INSS o realizar cualquier actividad que tenga por objeto comprobar el mantenimiento de los hechos y de la situación que originaron el derecho al subsidio desde el mismo momento en que les corresponda asumir el gasto de la prestación (art. 4 **RD 575/1997, de 18 de abril**). Pueden efectuar, por ende, meras propuestas de alta, bien por curación, bien por la realización de trabajos por cuenta propia o ajena durante la percepción del subsidio, bien por rechazo o abandono del tratamiento médico sin causa justificada, o bien por actuación fraudulenta en la obtención o en la conservación del subsidio. Esto supone que pueden requerir a los trabajadores para que los facultativos adscri-

¹⁰⁶ SSTS de **23 de junio** (rec. núm. 2983/2008) y **13 de julio de 2009** (rec. núm. 2576/2008), **23 de julio de 2010** (rec. núm. 3808/2009) y **10 de diciembre de 2012** (rec. núm. 3429/2011).

¹⁰⁷ MONREAL BRINGSVAERD, E. [2012]: «Control público de la incapacidad temporal y absentismo laboral: puntos de fricción», *Revista General de Derecho del Trabajo*, núm. 28, pág. 2.

¹⁰⁸ TOROLLO GONZÁLEZ, F. J. [2013]: «Las Mutuas y su lugar en los conflictos jurídicos derivados de la incapacidad temporal», en AA. VV.: *Público y privado en el sistema de Seguridad Social*, Murcia: Laborum, pág. 346.

tos al INSS o a las Mutuas les realicen los reconocimientos médicos y demás actos de comprobación que consideren oportunos. Para ello el trabajador deberá aportar el historial clínico que obre en su poder o el que le aporte el Servicio Público de Salud, siendo posible que los médicos del INSS o de las Mutuas accedan a toda la documentación clínica necesaria para llevar a cabo el control del proceso de incapacidad. En esta misma línea, la [Ley 24/2001, de 27 de diciembre](#), introdujo como causa de extinción de la prestación de incapacidad temporal la incomparecencia injustificada a las convocatorias para exámenes y reconocimientos instados por las Mutuas, entendiendo el Tribunal Supremo que esta facultad no plantea ningún problema en su ejercicio, pues no se trata de un acto que tenga naturaleza sancionadora, terreno donde la competencia es exclusiva del INSS, sino de gestión ordinaria de la prestación, presumiendo *iuris tantum* que la no asistencia a la cita equivale a la sanidad del trabajador¹⁰⁹. En todo caso, debe abrirse previamente un «trámite de audiencia» para que el interesado pueda «alegar la causa motivadora de la incomparecencia», pues en caso contrario la extinción sería nula¹¹⁰. La [Ley 22/2013](#) añade un nuevo apartado 3 en el artículo 132 de la [LGSS](#) para aclarar que «la incomparecencia del beneficiario a cualquiera de las convocatorias realizadas por los médicos adscritos al INSS y a las Mutuas para examen y reconocimiento médico producirá la suspensión cautelar del derecho, al objeto de comprobar si aquella fue o no justificada. Reglamentariamente se regulará el procedimiento de suspensión del derecho y sus efectos».

Por lo demás, la [Ley 39/2010, de 22 de diciembre](#), modifica el artículo 73.4 de la [LGSS](#) permitiendo a las Mutuas destinar una parte del resultado económico positivo obtenido en la gestión de las contingencias profesionales o de la incapacidad temporal por enfermedad común al establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias comunes de las empresas, en los términos que se establezcan reglamentariamente, siempre que hayan reducido los costes de la incapacidad temporal, por debajo de los límites establecidos, o que hayan obtenido una rebaja significativa de estos costes como consecuencia de la aplicación de planes pactados en el ámbito de la empresa con la representación de los trabajadores que modifiquen las condiciones de trabajo, flexibilicen el cambio de puesto de los trabajadores afectados por enfermedad común y mejoren el control del absentismo injustificado, debiendo ser las reducciones de cotización proporcionales a los ahorros de costes generados al sistema a través de estos procesos de colaboración ([RD 404/2010, de 31 de marzo](#)).

En fin, resta hacer mención a dos previsiones sobre Mutuas recogidas en las disposiciones normativas de reforma del mercado de trabajo: de un lado, tras la [Ley 35/2010](#), las Mutuas asu-

¹⁰⁹ SSTs de 27 de abril de 2007 (rec. núm. 900/2006), [15 de abril de 2010](#) (rec. núm. 97/2007) y [6 de marzo de 2012](#) (rec. núm. 1727/2011). Al respecto, MONREAL BRINGSVAER, E. [2012]: «Control público de la incapacidad temporal y absentismo laboral: puntos de fricción», cit., núm. 28, págs. 6 y ss.

¹¹⁰ [STS de 15 de abril de 2010](#) (rec. núm. 97/2007), citada por TORROLLO GONZÁLEZ, F. J. [2013]: «Las Mutuas y su lugar en los conflictos jurídicos derivados de la incapacidad temporal», cit., pág. 345.

mirán a su cargo, sin perjuicio del posible resarcimiento posterior por los servicios de salud o por las entidades gestoras de la Seguridad Social, «el coste originado por la realización de pruebas diagnósticas, tratamientos y procesos de recuperación funcional dirigidos a evitar la prolongación innecesaria de los procesos de baja laboral por contingencias comunes» (disp. adic. 51.^a LGSS)¹¹¹, previsión que corrobora la idea relativa a que con las Mutuas se busca una reducción de los tiempos de incapacidad temporal.

De otro, la disposición adicional 4.^a del [Real Decreto-Ley 3/2012](#) señala que «el Gobierno, previa consulta con los interlocutores sociales, estudiará en un plazo de seis meses la modificación del régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales para una gestión eficaz de la incapacidad temporal».

Todo ello sin olvidar el nuevo punto de inflexión que viene determinado por el Proyecto de real decreto por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros 365 días de su duración, que supone una ampliación de competencias otorgadas a las Mutuas, pues se acoge la posibilidad de emitir la denominada «alta presunta», de modo que estas entidades cuando «consideren que el trabajador puede no estar impedido para el trabajo» podrán formular «propuestas motivadas de alta médica dirigidas a las unidades de la inspección médica del servicio público de salud». El inspector en el plazo de cinco días tiene la opción de confirmar la propuesta, emitiendo parte de alta médica o de desestimarla motivadamente y de forma expresa. El «alta presunta» alcanza, por tanto, virtualidad en el sexto día de la propuesta dirigida a la inspección médica, bien en el supuesto de que la contestación confirme la propuesta o bien en el extremo, más polémico, de que se produzca silencio administrativo. Así, cuando alcanza virtualidad el alta presunta se extingue el subsidio de incapacidad temporal y el trabajador ha de incorporarse a su puesto de trabajo¹¹². Corresponde a la Mutua comunicar a la empresa el alta presunta producida y la fecha de efectos, así como al INSS y al facultativo que emitió la baja para su conocimiento, pudiendo concurrir varias circunstancias:

- a) Si la Inspección del Servicio Público de Salud confirma la baja médica, esto es, desestima expresamente la «propuesta de alta», la Mutua podrá trasladar la desestimación al INSS (con los informes y pruebas médicas correspondientes), en el plazo de cinco días para que este determine la procedencia del alta o de la continuidad de la baja en el plazo de los ocho días siguientes a la recepción de la petición, con arreglo al procedimiento regulado en el [Real Decreto 1430/2009](#).

¹¹¹ OLARTE ENCABO, S. [2012]: «Control y gestión de la incapacidad temporal. Análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente: el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo», cit., pág. 12.

¹¹² SÁNCHEZ PÉREZ, J. [2013]: «El papel de las Mutuas ante la inminente reforma del modelo de incapacidad temporal», en AA. VV.: *Público y privado en el sistema de Seguridad Social*, Murcia: Laborum, pág. 352.

- b) Si el trabajador está disconforme con el «alta presunta» puede solicitar su revisión ante el INSS en el plazo de diez días hábiles siguientes a su notificación, con arreglo igualmente al procedimiento regulado en el [Real Decreto 1430/2009](#)¹¹³.

Por su parte –y en esta misma línea–, el Anteproyecto por el que se modifica la Ley General de Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas, prevé, como ahora, que la Mutua pueda efectuar una propuesta de alta médica motivada. La novedad estriba en que la Inspección sanitaria dispondrá de un plazo de cinco días desde la recepción de la propuesta de alta para comunicar a la Mutua la estimación o desestimación de la misma. Si en el mencionado plazo, no se notifica a la Mutua el parte de confirmación de la baja, se considerará estimada la propuesta y emitido el parte médico de alta, procediendo la Mutua a adoptar el acuerdo de extinción del derecho y a notificarlo al trabajador y a la empresa.

V. LA AMPLIACIÓN DE LAS FUNCIONES DE LAS MUTUAS AL MARGEN DE LA COLABORACIÓN EN LA SEGURIDAD SOCIAL: EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES PREVENTIVAS

Si las Mutuas que nuestro Derecho conoce ya son, de por sí, una figura con difícil parangón en el panorama comparado, la decisión legislativa de que puedan desarrollar actividades para la prevención de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a favor de las empresas asociadas y de sus trabajadores dependientes y de los trabajadores por cuenta propia adheridos que tengan cubiertas las contingencias citadas es doblemente singular, al hacerlas intervenir en sectores ajenos a la Seguridad Social

Si las Mutuas que nuestro Derecho conoce ya son, de por sí, una figura con difícil parangón en el panorama comparado, la decisión legislativa de que puedan desarrollar actividades para la prevención de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a favor de las empresas asociadas y de sus trabajadores dependientes y de los trabajadores por cuenta propia adheridos que tengan cubiertas las contingencias citadas (art. 13.1 [RD 1993/1995](#)) es doblemente singular, al hacerlas intervenir en sectores ajenos a la Seguridad Social¹¹⁴.

En su condición de entidades colaboradoras, las Mutuas han desarrollado múltiples funciones de carácter público

¹¹³ MORENO ROMERO, F. [2013]: «El papel de las Mutuas en la gestión de la incapacidad temporal: previsiones sobre la nueva ordenación», en AA. VV.: *Público y privado en el sistema de Seguridad Social*, Murcia: Laborum, pág. 370.

¹¹⁴ Sobre la intervención de estas entidades en materia preventiva, LASHERAS GUERRERO, R. [2005]: «Actuación en el ámbito de la prevención de riesgos laborales», en AA. VV. (SEMPERE NAVARRO, A. V., dir. y DE VAL TENA, A. L., coord.): *Perfiles de las Mutuas de accidentes de trabajo*, Pamplona: Aranzadi, 2005, págs. 93 y ss.

en materia de seguridad y salud íntimamente relacionadas con la gestión de la cobertura de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que ejercen a favor de los empresarios asociados dentro de la planificación que se apruebe (capacitación empresarial, actividades de higiene industrial, estudios económicos de siniestralidad, análisis e investigación de las causas y factores determinantes de los accidentes y enfermedades, campañas de sensibilización, educación y asesoramiento en materia preventiva, recuperación profesional, actividades de carácter sanitario, etc.), funciones estas que aún perviven y para cuya satisfacción se prevé la posibilidad de que las Mutuas destinen, dentro de sus posibilidades presupuestarias, el 0,5 % de sus ingresos por las cuotas relativas a las contingencias profesionales (art. 73 LGSS). Ahora bien, en realidad, tales actuaciones han estado directamente dirigidas a dar uso a los extornos procedentes de los excedentes de gestión depositados en una cuenta que el Ministerio tenía a su disposición en el Banco de España.

Nuevas perspectivas abrió en materia de seguridad y salud el artículo 32 de la [Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales](#) (LPRL), en relación con la disposición adicional 2.ª de este mismo texto legal, que amplió las competencias de las Mutuas para actuar como servicio de prevención para sus empresas asociadas. Ahora bien, reformas sucesivas han intentado corregir tres defectos de esta posibilidad: el veto al ánimo de lucro, la necesidad de favorecer la libre competencia y la urgencia de evitar la utilización de medios humanos y materiales afectos a funciones de colaboración en la gestión de la Seguridad Social para realizar las tareas propias de los servicios de prevención ajenos. Y, así, en un primer momento, el [Real Decreto 688/2005](#) limitó esta posibilidad a la participación, bien a través de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada denominada sociedad de prevención, bien mediante una organización específica e independiente de la propia Mutua¹¹⁵. Y, en un segundo, la [Ley 32/2010](#) excluye la opción de las Mutuas de poder asumir tareas preventivas al amparo de una organización específica propia, permitiendo únicamente su mera participación como socias, con cargo al patrimonio histórico, en las sociedades mercantiles de prevención, idea que se tratará de explicar en las páginas siguientes.

1. ANTECEDENTES

Con la entrada en vigor de la [LPRL](#), las Mutuas lograron adquirir formal y definitivamente una parcela que largo tiempo ha venían cultivando¹¹⁶ –ciertamente sin mucho esmero, habida cuenta su presencia respondió, sobre todo, al hecho de crear «un medio para dar salida a los extornos depositados en la cuenta especial que el entonces Ministerio de Trabajo tenía a su dispo-

¹¹⁵ GARCÍA ORTEGA, J. [2008]: «Art. 32. Actuación preventiva de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales», en AA. VV. (PÉREZ DE LOS COBOS, F., dir.): *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con Jurisprudencia*, Madrid: La Ley, págs. 651 y ss.

¹¹⁶ SÁNCHEZ FIERRO, J. [1997]: «Mutuas de accidentes de trabajo: aportación presente y futura de la prevención de riesgos laborales», *Tribuna Social*, núm. 73, pág. 25.

sición en el Banco de España afectos a los fines generales de prevención y rehabilitación¹¹⁷ al punto de llevar a reorientar su actuación típica y tradicional para expandirse decididamente hacia las «actividades» de prevención de riesgos laborales¹¹⁸.

Cabe sostener, además, que tal ampliación en su «objeto social» vino acompañada de una «entrada con el pie derecho en este sector del mercado», pues el legislador antes de la promulgación del [Real Decreto 39/1997, de 17 de febrero](#), por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención –RSP– (cuyo art. 22 procedió a someterlas a las mismas reglas previstas para cualesquiera servicios externos), estableció en la disposición transitoria 2.^a de la [LPRL](#) la presunción de considerar que las Mutuas cumplían las exigencias para la acreditación que, en un futuro, dispondría la norma de desarrollo¹¹⁹.

El redactor de la ley fijó su atención en aquel momento en la ausencia de cultura preventiva en las unidades productivas y en las dificultades para el cumplimiento de las previsiones legislativas incorporadas con la entrada en vigor de la [LPRL](#)¹²⁰, dada la «absoluta carencia de profesionales especializados en la materia, a los que hubo que formar. Esa circunstancia hizo que las Inspecciones de Trabajo adoptaran una posición tácita de inaplicación de la ley, concediendo una moratoria en la exigencia del cumplimiento de ciertas obligaciones preventivas. Así las cosas..., las Mutuas formaron departamentos especializados para que se encargaran de llevar a cabo los trabajos y medidas exigidas por la legislación a la que se ha hecho referencia»¹²¹. De ahí que –amén de sopesar otros intereses menos espurios– considerara oportuno otorgar ese papel preponderante a la institución analizada dada su experiencia –limitada y escasa pero mayor que la de otros agentes implicados– sobre el particular¹²². El legislador sitúa, por tanto, a las Mutuas en una posición hegemónica, al menos hasta que la citada reglamentación fuera promulgada¹²³.

Las Mutuas partían, pues, con la doble ventaja de esa singular atribución legal y con la nada desdeñable dotación de medios humanos y técnicos lo suficientemente preparados como para

¹¹⁷ LOZANO LARES, F. [2003]: *El mutualismo patronal en la encrucijada. De la doctrina del riesgo profesional a la debida prevención de los riesgos laborales*, Sevilla: Carl, pág. 158.

¹¹⁸ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. [2007]: «La organización de la prevención en la empresa», *Alcordemgo*, núm. 10, pág. 52.

¹¹⁹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. [2007]: «Disposición derogatoria de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: un ejemplo a evitar», *Aranzadi Social*, núm. 1, págs. 23 y ss.

¹²⁰ VALENZUELA DE QUINTA, E. [1995]: «Las Mutuas de accidentes de trabajo: su actividad de prevención y la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 7, págs. 111 y ss.

¹²¹ SAP de León, Sala de lo Civil, de 16 de octubre de 2002.

¹²² FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. [2007]: «La organización de la prevención en la empresa», cit., pág. 52.

¹²³ LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J. M. [1999]: «La protección y prevención de riesgos profesionales: los servicios de prevención. El rol de las Mutuas de AT y EP en la prevención», en AA. VV. (AGUSTÍ JULIÀ, J., dir.): *Estudio de la prevención de riesgos laborales*, Madrid: CGPJ, pág. 295.

empezar a dominar sin dilación alguna el mercado de la prevención¹²⁴. El problema radicaba en que todo ese elenco de instrumentos preventivos puestos a disposición de las mismas no habían sido obtenidos con fondos pertenecientes al patrimonio privativo de estas o de sus empresarios asociados sino con primas por accidente de trabajo y enfermedad profesional. Activos que, pese a su equívoca denominación de primas, no dejaban de ser verdaderas cotizaciones sociales, plenamente integradas en el patrimonio de la Seguridad Social y afectas por imperativo legal a unos determinados fines relacionados con la gestión aseguradora que en materia de contingencias profesionales se habían encomendado desde antiguo al mutualismo patronal¹²⁵.

La **LPRL** estaba posibilitando, con su urgencia por hacerse valer, que determinados bienes y servicios obtenidos con fondos públicos pudieran ser utilizados para satisfacer intereses puramente mercantilistas. Fue preciso esperar a la **Orden de 22 de abril de 1997** (derogada por la **Orden TAS/3623/2006, de 28 de noviembre**) para disponer de una regulación detallada de su funcionamiento en la realización de actividades preventivas, diferenciando entre los cometidos tradicionales destinados a cubrir riesgos profesionales y cuantos realice como servicio de prevención ajeno¹²⁶. En el preámbulo de dicha orden el legislador se hacía cargo de que las Mutuas, por mantener una estrecha relación con los empresarios y con los correspondientes centros de trabajo, constituyen «un vehículo idóneo» para difundir y poner en práctica el nuevo enfoque y «la nueva cultura de la prevención; al tiempo que pueden servir a los empleadores como un medio de asesoramiento muy especializado por su intervención en el campo de los riesgos profesionales»¹²⁷ y, singularmente, en el de la enfermedad profesional.

Los esfuerzos de la derogada Orden de 22 de abril de 1997 por mantener diferenciadas las actividades preventiva y reparadora pronto se vieron truncados cuando no solo la doctrina constata como «si bien la funcionalidad preventiva de las Mutuas en el ámbito de aseguramiento de las contingencias profesionales se nutrirá exclusivamente con cuotas de la Seguridad Social, su operatividad como servicios de prevención, en cambio, contará con toda una amplia gama de fuentes financieras en las que aparecen mezcladas en un *totum revolutum* absolutamente inverosímil, tanto partidas de naturaleza privada como fondos públicos»¹²⁸, sino también cuando el Tribunal

¹²⁴ SORIANO, J. [2005]: «La complementariedad de las Mutuas y de los SPA», *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, núm. 21, pág. 27.

¹²⁵ LOZANO LARES, F. [2006]: «La funcionalidad preventiva de las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales», *Temas Laborales*, núm. 87, pág. 136.

¹²⁶ PIÑEROA DE LA FUENTE, A. J. [1997]: «Una nueva reordenación de la gestión de la Seguridad Social. Las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y la incapacidad temporal», *Relaciones Laborales*, tomo II, págs. 1.045 y ss.

¹²⁷ BLASCO LAHOZ, J. [1997]: «La actuación de las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en desarrollo de actividades de prevención de riesgos laborales», *Actualidad Laboral*, tomo II, págs. 751 y ss. o SÁNCHEZ FIERRO, J.: «Mutuas de accidentes de trabajo: aportación presente y futura a la prevención de riesgos laborales», *Tribuna Social*, núm. 73, págs. 23 y ss.

¹²⁸ LASHERAS GUERRERO, R. [2005]: «Actuación en el ámbito de la prevención de riesgos laborales», en AA. VV. (SEMPERE NAVARRO, A. V. y DEL VAL TENA, A. L., coords.): *Perfiles de las Mutuas de Accidentes de Trabajo*, Pamplona: Aranzadi, pág. 100.

de Cuentas –en el informe anual de 1998– detecta la utilización de medios personales y materiales dedicados a la cobertura de contingencias profesionales para satisfacer labores preventivas, con la consiguiente «confusión de patrimonios y servicios a costa y en perjuicio del patrimonio único de la Seguridad Social y con efectos perniciosos en la competencia con entidades mercantiles que realizan también paralelamente servicios de prevención»¹²⁹.

Pese a manifestaciones expresas de separación entre actividades preventivas y de Seguridad Social, persistían peligrosos elementos de comunicación, habida cuenta a las Mutuas les quedaba abierta la facultad de «hacer uso de las instalaciones y servicios a que se refiere el artículo 13 del Real Decreto 1993/1995», eso sí, con las debidas compensaciones; también de «los recursos humanos y dependientes de las mismas (a pesar de las «incompatibilidades parciales» –tanto subjetiva como objetivamente– establecidas en el artículo 3 de la Orden, que en nada afectaba a la afirmación anterior por cuanto su tenor solo rezaba que «las personas físicas o jurídicas que ostenten algún cargo en cualesquiera de los órganos de gobierno y participación de una Mutua o desempeñen la dirección ejecutiva, no podrán tener vinculación alguna con otro servicio de prevención distinto al establecido por la Mutua o por una organización común o asociativa en la que la misma participe, con excepción de la vinculación de las personas que participen en los órganos rectores que pertenezcan a empresas a aquellas asociadas y que tuvieran constituido un servicio de prevención propio»); en fin, del «exceso de excedentes» que resulten de la gestión, una vez cubiertas la provisión y las reservas obligatorias, según prevé el artículo 66.1 y 3 del Real Decreto 1993/1995, con sujeción al régimen jurídico y económico en el mismo establecido y en la orden tantas veces mencionada¹³⁰.

2. LAS LIMITACIONES DE ACTUACIÓN DE LAS MUTUAS EN MATERIA PREVENTIVA A LA LUZ DE LAS SUCESIVAS REFORMAS

Como era muy difícil trazar una línea tajante y rotunda de separación entre una y otra faceta¹³¹, el [Real Decreto 688/2005, de 10 de junio](#), relativo al régimen de funcionamiento de las Mutuas como servicio de prevención ajeno, tiene una pretensión fundamental: alcanzar en la práctica la segregación definitiva entre las funciones preventiva y colaboradora de estas entidades¹³².

¹²⁹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. [2007]: «La organización de la prevención en la empresa», cit., pág. 52.

¹³⁰ GARRIGUES GIMÉNEZ, A. [1998]: «La organización de la prevención en la empresa», en AA. VV. (GARCÍA NINET, J. I., dir.): *Curso de prevención de riesgos laborales*, Castellón: Universidad Jaume I, 1998, págs. 462 y ss.

¹³¹ GARCÍA MURCIA, J. [1999]: «El papel de las Mutuas en la prevención de riesgos laborales», *Tribuna Social*, núm. 100, pág. 40.

¹³² MOLINA NAVARRETE, C. [2005]: «La salud laboral como mercado y las nuevas sociedades mercantiles de prevención. Comentario del Real Decreto 688/2005, de 10 de junio, regulador del régimen de funcionamiento de las MATEPSS como SPA», *RTSS.CEF*, núm. 271, págs. 152 y 159.

El preámbulo de esta disposición reglamentaria confirma la decisión de 1995, manteniendo que la autorización a las Mutuas para desarrollar en relación con las empresas a ellas asociadas las funciones correspondientes a los servicios de prevención ajenos responde a la finalidad de «otorgar un conjunto suficiente de posibilidades para organizar de manera racional y flexible el desarrollo de la acción preventiva»¹³³. Asume, no obstante, que la regulación contenida en la orden de 1997 era realmente provisional, obedeciendo a que la naturaleza estrictamente privada de la nueva actividad exigía delimitarla respecto de la tradicional, aun cuando se permitiera la utilización de los medios personales y materiales afectos a los fines de la colaboración en la gestión de la seguridad para el desarrollo de este nuevo quehacer, condicionándola tan solo al abono de un canon como contraprestación. Al final, reconoce el fracaso de esta pauta normativa y hace suyos los criterios del Tribunal de Cuentas: «la utilización compartida de medios ha venido a introducir un obstáculo que dificulta considerablemente las tareas de control de dichas entidades en su condición de colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social... (por mor de) la restricción a la libre competencia que supone la actuación de las Mutuas, en tales condiciones, en relación con los restantes servicios de prevención ajenos»¹³⁴.

De unir tal dato a la falta de desarrollo reglamentario del artículo 32 de la LPRL, cabe entender la necesaria reacción legal, capaz, por un lado, de dar solución a los problemas indicados y, de otro y al tiempo, de desarrollar la autorización legal concedida a las Mutuas para actuar como servicios ajenos de prevención. Al primero de los fines obedece la adición de un segundo párrafo al artículo 22 del RSP; al segundo la nueva redacción de los artículos 13 y 37.3 del referido reglamento general:

- 1.º El objetivo del artículo 2 del Real Decreto 688/2005, al añadir un segundo párrafo al artículo 22 del RSP, radica en marcar el territorio entre sus dos funciones principales. De este modo, al contenido del párrafo 1.º (antes único), de conformidad con el cual cuando las Mutuas actúen como servicios de prevención ajenos, dicha actividad se llevará a cabo «en las mismas condiciones aplicables a cualesquiera de aquellos», si bien teniendo en cuenta «las prescripciones contenidas al respecto en la normativa específica aplicable a dichas entidades», se incorpora ahora un párrafo 2.º, a cuyo tenor «tales funciones son distintas e independientes de las correspondientes a la colaboración en la gestión de la Seguridad Social que tienen atribuidas en virtud de lo previsto en el artículo 68 de la LGSS», y ello tanto

¹³³ LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M. P. [2005]: «La actuación de las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales como servicios de prevención ajenos: el Real Decreto 688/2005», *Información Laboral*, núm. 33, págs. 3 y ss.

¹³⁴ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. [2007]: «La organización de la prevención», cit., pág. 54.

si se opta por desarrollar tal actividad segregándola de la Mutua a través de las sociedades de prevención o por continuar desarrollándola directamente¹³⁵.

2.º La nueva redacción que el Real Decreto 688/2005 proporciona al artículo 13 del [Real Decreto 1993/1995](#) establece, en su párrafo 2.º, que las actividades que las Mutuas pretenden realizar como servicios de prevención ajenos podrán desarrollarse a través de una de las siguientes modalidades:

- A) Por medio de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada, denominada sociedad de prevención, que se registrará por lo dispuesto en la legislación mercantil y demás normativa que le sea aplicable, sin perjuicio de lo señalado en el párrafo primero de este apartado, el cual remite a la LPRL y normas reglamentarias de desarrollo. El nuevo artículo 13, en su apartado tercero, establece determinadas reglas de constitución y desarrollo de la sociedad de prevención, como, por ejemplo, la delimitación del objeto social («será única y exclusivamente, la actuación como servicio de prevención ajeno para las empresas asociadas a la Mutua que sea titular del capital social de dicha Sociedad»), la denominación social (incluirá el término «sociedad de prevención» y no podrá incluir el de «Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social» o su acrónimo «MATEPSS», salvo para hacer referencia a su vinculación a la Mutua que sea titular de su capital social), o la total independencia y autonomía de la organización, instalaciones, personal y equipos de la sociedad¹³⁶.

Como ocurría con anterioridad, se establece expresamente que estas nuevas «sociedades de prevención» únicamente podrán prestar servicios a las empresas asociadas a la Mutua que sea titular del capital social. La razón de esta limitación encontraba fundamento, cuando era directamente la Mutua la que desarrollaba las funciones preventivas, en la propia naturaleza «mutual» que se convertía, de este modo, en un obstáculo para la prestación de servicios a las empresas no asociadas. A ello se unía, probablemente, «la prohibición de ánimo de lucro y la voluntad de impedir un recrudecimiento de la competencia entre Mutuas»¹³⁷. Pero lo cierto es que, tras la

¹³⁵ MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C. [2006]: «La reforma del marco reglamentario de la gestión preventiva "de" y "en" la empresa: otra desenfocada y confusa intervención normativa (comentario sistemático del RD 604/2006, de 19 de mayo)», *RTSS.CEF*, núms. 281-282, pág. 115.

¹³⁶ MERCADER UGUINA, J. R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A. [2005]: «Nuevas fórmulas para la revitalización de la prevención de riesgos laborales (segregación de los servicios de prevención ajenos de las Mutuas y apoyo de los funcionarios técnicos a la labor de la Inspección de Trabajo)», *Temas Laborales*, tomo II, pág. 1.177.

¹³⁷ RODRÍGUEZ CENCILLO, F. [1999]: «Presente y futuro de las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 14, pág. 86.

segregación de las sociedades de prevención y, en tanto que sociedades mercantiles, esa limitación de actuación casa mal con el principio de libertad de empresa constitucionalmente reconocido (art. 38 CE), sobre todo, si por tal consideramos aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (o principalmente de capital) para la realización de actividades económicas destinadas a la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a pautas o modelos de organización típicos del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia y, siempre, en régimen de libertad de contratación»¹³⁸.

Cuestión sumamente vidriosa es también la que se puede originar cuando la sociedad de prevención actúe como servicio de prevención de su propia Mutua matriz, pues puede ser utilizada como una vía encubierta de financiación de la primera. Para intentar remediarlo, el artículo 13.3 g) del Real Decreto 1993/1995 establece que la «actuación desarrollada por la Mutua en cuanto socio de una sociedad de prevención estará sometida al control y seguimiento de la comisión regulada en el artículo 37 de este Reglamento, en los términos establecidos en el último párrafo del apartado tercero de dicho artículo». Dada la escasa entidad de las funciones fiscalizadoras que dicho precepto atribuye a la Comisión de control y seguimiento, mera receptora de información, esta previsión resultaría irrisoria si no fuera porque además va acompañada de una segunda aseveración en la que se advierte que a la Intervención General de la Seguridad Social le corresponderán, en todo caso, «las competencias establecidas en su normativa de desarrollo». Hay que tener en cuenta a este respecto que la Intervención General de la Seguridad Social puede fiscalizar la actuación de las Mutuas por la privilegiada vía de su control financiero, por lo que será este órgano adscrito a la Secretaría de Estado, pero funcionalmente dependiente de la Intervención General de la Administración del Estado, el que podrá evitar la financiación con fondos públicos de las sociedades de prevención por la vía de una excesiva facturación por los servicios preventivos prestados a su propia Mutua matriz¹³⁹.

- B) Las actividades que las Mutuas quieran desarrollar como servicios de prevención ajenos también pueden ser realizadas directamente por ellas, a tra-

¹³⁸ PAZ-ARES, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. [2001]: «El derecho de libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación», en AA. VV. (MONEREO PÉREZ, J. L., dir.): *Comentarios a la constitución socioeconómica de España*, Granada: Comares, págs. 402 y ss.

¹³⁹ LOZANO LARES, F. [2006]: «La funcionalidad preventiva de las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales», *Temas Laborales*, núm. 87, pág. 155.

vés de una organización específica e independiente de la correspondiente a las funciones y tareas de la colaboración en la gestión de la Seguridad Social. En estos casos, las Mutuas han de contar con idénticos recursos humanos y materiales que indica el artículo 18 del RSP para los servicios de prevención ajenos. Si bien, y a diferencia de lo que ocurría con los artículos 2 y 10 de la Orden de 22 de abril de 1997, que establecían la posibilidad de que fueran los mismos que los que se emplearan para realizar las funciones de cobertura de las contingencias y prestaciones de la Seguridad Social objeto de su gestión, la nueva regulación ordena de forma taxativa que «no se podrán utilizar los medios humanos y materiales e inmateriales adscritos a la gestión de la Seguridad Social». Se evita, de este modo, el problema de confusión latente en la regulación precedente y que la nueva pretende evitar. El principio de autonomía funcional de las actividades preventivas y reparadoras se pone igualmente de manifiesto cuando se señala que la Mutua llevará contabilidad independiente de la actividad desarrollada por dicha organización específica. Dicha separación lo será respecto de la relativa a la gestión de la Seguridad Social y del patrimonio histórico por actividades distintas de las correspondientes al servicio de prevención ajeno, lo cual implica la necesidad de llevar tres contabilidades: una para la gestión de las prestaciones de Seguridad Social que las Mutuas tienen encomendadas y otras dos relativas a su patrimonio histórico¹⁴⁰, para que en el mismo pueda distinguirse entre los ingresos derivados de su intervención como servicio de prevención y los bienes que hasta el momento de actuar como tal habían venido integrando su «tradicional» patrimonio histórico¹⁴¹. La gestión de dicha organización específica se encuentra sujeta al control interno de la Intervención General de la Seguridad Social¹⁴², lo cual implica una vigilancia mucho más intensa que la prevista para el caso de optarse por la constitución de una sociedad de prevención. En definitiva, la opción por esta segunda posibilidad deberá ser aprobada por la Junta General de la Mutua prevista en el artículo 33 del Real Decreto 1993/1885, «con los requisitos y formalidades exigidos

¹⁴⁰ Es decir, el constituido antes del 1 de enero de 1967 o entre dicha fecha y el 31 de diciembre de 1975, siempre que en este último supuesto se trate de bienes provenientes del 20% del exceso de excedentes, así como los que procedan de recursos distintos de las cuotas de Seguridad Social (art. 4.1 y disp. adic. 3.ª RD 1993/1995).

¹⁴¹ LOZANO LARES, F. (2006): «La funcionalidad preventiva de las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales», cit., pág. 156.

¹⁴² MERCADER UGUINA, J. R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A. [2005]: «Nuevas fórmulas para la revitalización de la prevención de riesgos laborales (segregación de los servicios de prevención ajenos de las Mutuas y apoyo de los funcionarios técnicos a la labor de la Inspección de Trabajo)», cit., pág. 1.181.

para la reforma de sus estatutos» (art. 36.2 RD 1993/1995) y, por supuesto, con lo establecido en el propio artículo 13 de este Reglamento y en sus normas de aplicación o desarrollo.

Otro hito importante del proceso evolutivo someramente expuesto, viene de la mano de la ya citada [Orden TAS/3623/2006](#), cuya disposición derogatoria pone fin a la vigencia de la Orden de 22 de abril de 1997, lo cual es lógico teniendo en cuenta que su contenido se había visto afectado por la nueva regulación resultante del Real Decreto 688/2005, de 10 de junio¹⁴³. Su artículo 3.1 establece que las Mutuas podrán destinar «a la materia preventiva en el ámbito de la Seguridad Social hasta un máximo del 1 % de sus ingresos de sus cuotas relativas a enfermedades profesionales», previsión desarrollada por la Resolución de 2 de abril de 2007, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, por la que se determinan las actividades preventivas a realizar por las Mutuas durante el año 2007 en desarrollo de la Orden 3623/2006, centradas, sobre todo, en empresas de hasta 50 trabajadores. La decisión de reservar la tarea preventiva de las Mutuas en el ámbito de la Seguridad Social para las pequeñas y medianas empresas resulta de todo punto acertada por dos razones fundamentales: de un lado, porque la intervención de estas entidades como servicios de prevención ajenos, en la medida en que se trata de una actividad mercantil lucrativa, puede implicar un coste económico que no siempre está al alcance de las pequeñas empresas. Y, de otro, porque la acción preventiva de las Mutuas en el ámbito de la Seguridad Social aparece concebida como una actividad complementaria a las prestaciones económicas derivadas de la gestión de las contingencias profesionales, de ahí que dicha funcionalidad preventiva se financie, como las prestaciones de Seguridad Social que complementan, con capital público, puesto que de esa naturaleza son los fondos que integran la partida 34.36 («higiene y seguridad en el trabajo») de los respectivos presupuestos de gastos y dotaciones de las mismas, máxime cuando el montante de este asiento presupuestario procede de las cuotas por primas transferidas desde la Tesorería General de la Seguridad Social a cada Mutua y que estas han de destinar necesariamente a sus actividades preventivas enmarcadas en el ámbito de la Seguridad Social. Otra cosa es, sin embargo, que dicha afectación resulte realmente eficaz y controlable en la práctica, pues se deja en manos de las propias Colaboradoras la efectiva implementación del plan de actividades preventivas de la Seguridad Social. Así, según lo dispuesto en el artículo 3.3 de la Orden 3623/2006, estas deberán presentar ante la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, junto con el anteproyecto de presupuesto de cada ejercicio económico, el plan de actividades preventivas que pretendan desarrollar en dicho ejercicio, debidamente priorizado, especificando los sectores y número de empresas a las que van dirigidas, así como la cuantía de trabajadores afectados. La única forma de control consiste, por tanto, en la presentación voluntaria por parte de la Mutua, a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, de una «información detallada» sobre la aplicación de dicho plan durante el primer trimestre del año siguiente a aquel en que el mismo se haya ejecutado (art. 3.4). La creación de un Consejo Tripartito para el seguimiento de la labor preventiva a desarrollar por las Mutuas en el ámbito de la Seguridad Social tampoco servirá de

¹⁴³ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. [2007]: «La organización de la prevención en la empresa», cit., pág. 55.

mucho, pues sus funciones son de naturaleza «meramente informativa y de propuesta, carente de contenido ejecutivo» (exposición de motivos [Orden 2383/2006, de 14 de julio](#)).

A ello hay que añadir también cómo, pretendiendo incidir en la separación entre la vertiente preventiva y reparadora (nunca conseguida del todo), la disposición final 8.ª de la [Ley 51/2007](#) modifica el artículo 73 de la LGSS en el sentido siguiente¹⁴⁴:

- a) Dentro de los fines generales a los que se pueden destinar los fondos del 80% del exceso de excedentes se incluyen los de fomento de actuaciones extraordinarias de las empresas en la prevención de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales.
- b) Para la financiación de esas actuaciones extraordinarias, las Mutuas pueden destinar hasta el 15% del citado 80% del exceso de excedentes.
- c) Por razones de operatividad, se precisa que la parte que se destine a las actuaciones extraordinarias no se ingrese en la cuenta especial abierta en el Banco de España, a disposición del Ministerio.
- d) Las actuaciones extraordinarias han de tener como finalidad el incentivo de la adopción de medidas y procesos que contribuyan eficazmente y de manera contrastable a la reducción de la siniestralidad laboral, mediante un sistema *bonus-malus*, si bien se difiere a norma reglamentaria la concreción de dicho sistema.
- e) Por último, cabe la posibilidad de modificar anualmente el porcentaje del 15% en función de la efectividad de los resultados obtenidos en los ejercicios anteriores¹⁴⁵.

Ahora bien, con posterioridad, la [Ley 32/2010, de 5 de agosto](#), articula una severa vuelta de tuerca al operativo que las Mutuas podían desarrollar en el ámbito competencial de la prevención de riesgos laborales, pues prohíbe que desarrollen directamente las funciones correspondientes a los servicios de prevención ajenos, sin perjuicio de que puedan participar con cargo a su patrimonio histórico en las sociedades mercantiles de prevención constituidas a este único fin, en los términos y condiciones que se establezca en las disposiciones de aplicación y desarrollo¹⁴⁶. En consecuencia –y como medidas transitorias–, la [Resolución de 5 de noviembre de 2010](#), de la Di-

¹⁴⁴ PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J. [2009]: «Mutuas y enfermedad profesional, revisión de la tarifa para contingencias profesionales, la cotización de los trabajadores agrarios por cuenta propia, la viudedad en clases pasivas y otras previsiones en materia de Seguridad Social en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008», *cit.*, pág. 33.

¹⁴⁵ PANIZO ROBLES, J. A. [2008]: «Presupuestos y Seguridad Social (Comentarios a las novedades en materia de Seguridad Social incorporadas a la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, y de otras disposiciones reglamentarias promulgadas en los últimos meses)», *cit.*, pág. 49.

¹⁴⁶ MORENO DE VEGA Y LOMO, F. [2012]: «Una nueva dimensión para la Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales como entidad colaboradora del sistema de Seguridad Social», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núms. 29-30, pág. 455.

rección General de Ordenación de la Seguridad Social, sienta que las sociedades de prevención podrán ofrecer sus servicios a cualquier empresa aunque la misma no esté asociada a la Mutua titular del capital social de la sociedad de prevención. Además, las Mutuas no podrán realizar ninguna operación patrimonial, cualquiera que sea su naturaleza y calificación, relacionada con su sociedad de prevención, que suponga la afectación, en mayor o menor medida, de fondos integrantes del patrimonio histórico distintos o superiores a los que puedan autorizarse.

En fin, el [Real Decreto 1622/2011, de 14 de noviembre](#), viene a dejar claro que antes de adquirir o enajenar su participación en las sociedades de prevención, las Mutuas deberán presentar en el Ministerio de Empleo una auditoría de separación definitiva de su actividad como servicio de prevención ajeno, que será sometida a informe de la Intervención de la Seguridad Social, estableciendo un periodo máximo de 3 años (hasta el 18 de noviembre de 2014) durante el cual las sociedades de prevención podrán conservar en su denominación la referencia Mutua. Este real decreto tiene, por ende, como principal cometido el de suprimir cualquier referencia a la otrora organización específica de una Mutua como servicio de prevención ajeno.

Por su parte, el Anteproyecto de Ley de reforma de las Mutuas prevé la obligación de venta de las sociedades de prevención, que ha de realizarse antes del 31 de diciembre de 2014.

3. LA NECESARIA IMBRICACIÓN DE LA TUTELA PREVENTIVA Y REPARADORA

En una evolución en la que, paradójicamente, se ha incrementado el papel de las Mutuas en el terreno de la reparación, incluso fuera del ámbito de contingencias típico, pero se ha limitado contundentemente el preventivo, el legislador ha dejado claro que la actividad realizada en este segundo plano con cargo a cuotas solo puede financiarse ahora con un 0,5 de lo recaudado. Cier-to es que ha de separarse la vertiente reparadora y preventiva para evitar la confusión de fuentes de financiación, pero no menos verdad resulta que no solo la primera sino también esta última constituye un campo legítimo de actuación en el cual las Mutuas deben jugar un papel estelar, contribuyendo a la expulsión del mercado de la tutela de la salud laboral de aquellas entidades cuya constitución como servicios de prevención respondiera a intereses espurios o persiguiera pura y simplemente un beneficio mercantil. Tales incontrovertidas afirmaciones no deben hacer olvidar tampoco cómo la relación entre servicio de prevención y Mutua es esencial para evitar enfermedades profesionales, su determinación y reparación, pues todas las actividades diseñadas en el marco preventivo van a tener un reflejo directo en las actuaciones reparadoras a realizar por la entidad colaboradora. Las nuevas formas de trabajo, la introducción de novedosas tecnologías y la utilización de innovadoras sustancias y productos, han venido provocando el nacimiento de patologías profesionales anteriormente desconocidas. El papel de los servicios de prevención es fundamental en la detección precoz de los procesos patológicos relacionados con el trabajo en estas nuevas circunstancias, bien por su constatación fáctica –sobre todo mediante la vigilancia de la salud individual–, bien por los estudios que se realicen en la empresa a través de datos reco-

gidos con carácter colectivo. Este servicio se convierte, pues, en el sujeto esencial para localizar y descubrir patologías profesionales junto con las unidades básicas sanitarias que son las encargadas de gestionar la vigilancia de la salud en las organizaciones productivas.

De tales afirmaciones, cabe deducir, con claridad meridiana, que las vías de comunicación entre la Mutua y la sociedad de prevención deben ser lo más fluidas posible con el fin de que, si se produjera la actualización de la dolencia, las actuaciones de ambas vayan coordinadas en beneficio del trabajador. La información preventiva es esencial para la Mutua, pues es esta quien va a reparar la enfermedad profesional aunque su determinación corresponda a la entidad gestora. Se debería evitar, por tanto, que la Mutua se desentienda totalmente de las actividades de la sociedad de prevención que está vinculada a ella para centrarse únicamente en los aspectos puramente económicos y en las actividades propias de su carácter de entidad colaboradora en la gestión de las contingencias profesionales. Dicho de manera gráfica, el sistema de prevención de riesgos laborales y el sistema de protección de contingencias profesionales deben ir de la mano, no como dos caminos paralelos sin encuentro sino como dos sendas destinadas a superponerse e ir unidas. Esta es la única forma de que prevención y reparación constituyan un binomio operativo, eficaz y adaptado a las nuevas formas de prestar el trabajo y a las recientes necesidades demandadas en la sociedad laboral en estos momentos¹⁴⁷.

Atendiendo, en parte, a esta realidad, la disposición 4.ª del [Real Decreto 1630/2011](#) establece la posibilidad de que las Mutuas participen, en los términos y con el contenido que establezcan las disposiciones de desarrollo, en el asesoramiento e implementación de planes de prevención de la enfermedad profesional, de prevención de la enfermedad del trabajo a que alude el artículo 115.2 e) de la LGSS, y de reducción de los procesos de incapacidad temporal por contingencias comunes, que hayan sido acordados entre las empresas y los representantes de los trabajadores en el marco de la negociación colectiva. Del mismo modo, las Mutuas podrán participar en la elaboración de procesos y protocolos de reincorporación al trabajo, así como de reubicación y rediseño de los puestos de trabajo, en colaboración con la empresa y los servicios de prevención de la misma y con la participación de los representantes de los trabajadores. Asimismo, cuando concurren circunstancias objetivas que lo aconsejen, tales como factores de riesgo para la salud, patologías crónicas o bajas reiteradas, las Mutuas, con conocimiento de la empresa y consentimiento del trabajador, podrán participar en el diagnóstico precoz, el tratamiento y los procesos de rehabilitación necesarios para la reincorporación al trabajo, igualmente en los términos y con el contenido que se establezcan en las disposiciones de aplicación y desarrollo del presente real decreto.

En fin, tampoco cabe olvidar que las Mutuas podrán dispensar servicios preventivos a los trabajadores por cuenta propia que hayan formalizado la protección por incapacidad temporal consecuencia de accidente de trabajo y enfermedad profesional (art. 87.2 RD 1993/1995).

¹⁴⁷ CARRERO DOMÍNGUEZ, C. y QUINTERO LIMA, M. G. [2007]: «La gestión de las enfermedades profesionales por las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales», cit., pág. 406.

VI. LA GESTIÓN DE DETERMINADAS PRESTACIONES

Se cierra el número 2 del artículo 68 de la LGSS, con una competencia residual a favor de las Mutuas: «la realización de otras prestaciones, servicios y actividades que les sean legalmente atribuidas», que recalca la idea de que estas entidades están a disposición del sistema, de modo que en cualquier momento se les pueden atribuir nuevas funciones. Así ha sucedido, en paradigmático ejemplo, con el trabajo autónomo y ciertas prestaciones vinculadas al ámbito familiar

Se cierra el número 2 del artículo 68 de la LGSS, con una competencia residual a favor de las Mutuas: «la realización de otras prestaciones, servicios y actividades que les sean legalmente atribuidas», que recalca la idea de que estas entidades están a disposición del sistema, de modo que en cualquier momento se les pueden atribuir nuevas funciones. Así ha sucedido, en paradigmático ejemplo, con el trabajo autónomo y ciertas prestaciones vinculadas al ámbito familiar.

1. POR CESE DE ACTIVIDAD DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS

En el terreno de las prestaciones sociales destinadas a los trabajadores por cuenta propia, la ampliación de la gestión a cargo de las Mutuas ha sido especialmente acusada en estos últimos años. Con la aprobación de la [Ley 53/2002, de 30 de diciembre](#), de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y su desarrollo reglamentario mediante el [Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre](#), se procedió a incorporar a los autónomos en la protección por contingencias profesionales, de modo que si tales trabajadores autónomos deseaban tener cubiertas las mentadas contingencias podían decidir incluir su protección por un periodo de tres años prorrogables si previamente habían optado por proteger la incapacidad temporal en riesgos comunes. Aquí, la actividad colaboradora de las Mutuas no supuso ningún cambio por lo que respecta al ámbito material, puesto que la protección de los riesgos profesionales siempre ha sido su función principal, pero sí implica una ampliación subjetiva, al tener que adentrarse en el orbe de los trabajadores por cuenta propia.

El siguiente paso vino de la mano de la [Ley 20/2007, de 11 de julio](#), del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA), que establece la obligatoriedad (desapareciendo el régimen de optatividad) por parte de los autónomos de dar cobertura a la prestación por incapacidad temporal por contingencias comunes, sin olvidar, de un lado, que es preceptivo para el trabajador autónomo económicamente dependiente proteger los riesgos profesionales; y, de otro, que la protección frente a las contingencias profesionales tendrá carácter voluntario para los trabajadores por cuenta propia menores de 30 años de edad. A ello hay que añadir que la [Ley 27/2011](#) extendió el carácter

preceptivo de la acción protectora frente a riesgos profesionales para todos los regímenes del sistema institucional, si bien la [Ley 17/2012](#) retrasó hasta 2014 la norma que haría obligatoria la cobertura por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales para los trabajadores autónomos que se dieran de alta a partir del 1 de enero de 2013 (disp. adic. 58.^a LGSS, introducida por la Ley 27/2011), retraso que se amplía *sine die* en la [Ley 22/2013](#), de Presupuestos para 2014¹⁴⁸.

Cabe recordar también que la disposición adicional 4.^a de la LETA encomendó al Gobierno la elaboración de un proyecto de ley con el fin de constituir un «sistema específico de protección por cese de actividad» para los trabajadores por cuenta propia, «en función de sus características personales o de la naturaleza de la actividad ejercida». Se renunciaba, de ese modo, a incluir a los trabajadores autónomos en la protección por desempleo ordinaria, y se apostaba por crear una tutela adaptada a esta clase de dispensa de servicios¹⁴⁹. Es la [Ley 32/2010, de 5 de agosto](#), encargada de regular ese «sistema específico», desarrollado por el [Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre](#), que consiste en un auxilio económico del 70 % de la base reguladora a percibir durante un mínimo de 2 meses si se ha contribuido de 12 a 17 meses, y un máximo de 12 meses, si se ha hecho durante 48 meses o más (art. 8.1)¹⁵⁰, a no ser que el trabajador fuera mayor de 60 años, en cuyo caso la prestación tendrá una duración de 12 meses si se hubiera cotizado de 43 meses en adelante (disp. adic. 1.^a)¹⁵¹.

La gestión de esta prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos corresponde a las Mutuas (en concreto, a aquella con la que el trabajador autónomo haya concertado la cobertura de las contingencias profesionales), que tienen atribuida la competencia a efectos de reconocimiento, suspensión, extinción y reanudación del disfrute, así como su pago, sin perjuicio de las atribuciones reconocidas a los órganos competentes de la Administración en materia de sanciones por infracciones en el orden social (art. 16 Ley 32/2010)¹⁵². Ahora bien, en los supuestos en los que excepcionalmente la cobertura de las contingencias profesionales del trabajador autónomo esté conferida a la entidad gestora de la Seguridad Social, será la entidad pública pertinente –ISM o Servicio Público de Empleo Estatal– la que asuma tales atribuciones (disp.

¹⁴⁸ VALLECILLO GÁMEZ, M. R. y MOLINA NAVARRETE, C. [2013]: «La nueva ley de fomento del autoempleo: en busca de "el dorado"», *RTSS.CEF*, núm. 367, pág. 87.

¹⁴⁹ PURCALLA BONILLA, M. A. [2009]: «Trabajo autónomo y prestación por cese de actividad: la reforma anunciada sobre el "desempleo" de los trabajadores autónomos», *RTSS.CEF*, núm. 312, págs. 103 y ss.

¹⁵⁰ MOLINA NAVARRETE, C. [2010]: «La política de empleo en el ámbito del trabajo autónomo: soluciones a la crisis más allá del empleo asalariado», *Temas Laborales*, núm. 106, pág. 92.

¹⁵¹ GARCÍA VIÑA, J. [2010]: «Primeras notas sobre la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 23, pág. 13.

¹⁵² TALENS VISCONTI, E. E. [2013]: «La prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos: un nuevo papel de las MATEPSS en el sistema de Seguridad Social», en AA. VV.: *Público y privado en el sistema de Seguridad Social*, Murcia: Laborum, , págs. 371 y ss.

adic. 4.^a)¹⁵³. Por tanto, al Servicio Público de Empleo Estatal, le corresponde la dispensa y reconocimiento de la prestación por cese de actividad, únicamente respecto de aquellos trabajadores encuadrados en el régimen especial de trabajadores autónomos antes del 1 de enero de 1998 que hayan mantenido hasta la actualidad la cobertura de la protección de incapacidad temporal con el INSS, y hayan optado u opten por la cobertura de las contingencias profesionales. Por su parte, los trabajadores afiliados al régimen especial del mar, están obligados a concertar la cobertura de las contingencias profesionales, bien con el ISM, bien con una Mutua (art. 48.4 RD 84/1996). Así pues, la Ley 32/2010 ha atribuido casi con carácter exclusivo la gestión prestacional a las Mutuas, atendiendo varios extremos. Se da cumplimiento a la preferencia de distintas asociaciones profesionales de trabajadores autónomos (UPTA y ATA, en paradigmático ejemplo), atendiendo a la idea de que la naturaleza de estas entidades colaboradoras de la Seguridad Social se caracteriza por combinar el carácter público con un modo de gestión privada, lo que, a su juicio, conllevaba un factor de competencia traducible en un mejor servicio; de otro lado, entendían que la estructura mutualista es funcionalmente más ágil para facilitar el contacto con los trabajadores autónomos; además, se consideraba que las Mutuas disponían de mayor capacidad para establecer mecanismos de control antifraude; por último, el actual estado de saturación del Servicio Público de Empleo Estatal provocado por el aumento del paro ha podido actuar también como factor determinante de la decisión del legislador, que, sin embargo, tiene carácter provisional, pues la disposición adicional 10.^a de la Ley 32/2010 admite la posibilidad de cambios futuros en el modelo de gestión¹⁵⁴.

A la Mutua compete no solo gestionar la prestación económica sino también abonar la cuota correspondiente por contingencias comunes, bien a partir del mes inmediatamente siguiente al del hecho causante del cese de la actividad, siempre que se hubiera solicitado en plazo; bien, en caso contrario, a partir del mes siguiente al de la solicitud [arts. 3.1 b) y 7.4 Ley 32/2010].

A la luz de tales reflexiones, procede sentar que corresponde, con carácter general, a las Mutuas tanto el control de la situación legal de cese de actividad [la involuntariedad inicial y el cumplimiento de los requisitos de acceso a la protección –art. 4.1 c) Ley 32/2010–]¹⁵⁵, incluida la exigencia de la devolución de ingresos indebidos, como la supervisión de la disposición del autónomo para reingresar en el mercado de trabajo (las obligaciones del beneficiario –art. 17 Ley 32/2010–), si bien en esta segunda faceta el protagonismo principal lo ostentan los Servicios Públicos de Empleo de las comunidades autónomas, encargados de vigilar la observancia del compromiso de actividad y la participación en actividades formativas, de orientación profesional y de promoción de la actividad emprendedora. Y es que las Mutuas no tienen atribuida la atención de estas prestaciones en especie o de servicios, aun cuando a ellas corresponda la gestión del au-

¹⁵³ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, E. (2010): *El desempleo de los trabajadores autónomos*, Civitas, Madrid, págs. 223 y ss.

¹⁵⁴ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (2012): «El sistema de protección por cese de actividad: régimen de financiación y gestión», *Aranzadi Social*, núm. 2, págs. 132-133.

¹⁵⁵ En alguna ocasión se ha denegado el disfrute de la prestación ante la ausencia de contrato con el cliente principal. STS, Sala de lo Social, de 11 de julio de 2011 (rec. núm. 3956/2010) y STSJ del País Vasco de 24 de marzo de 2009 (rec. num. 3069/2008) o de Cataluña de 14 de septiembre de 2010 (rec. núm. 6339/2009)

xilio económico¹⁵⁶. Por lo tanto, la competencia sobre la política «activa» de empleo subsiste en manos de los Servicios Públicos de Empleo autonómicos, mientras que la vertiente «pasiva» de la prestación, es decir, su reconocimiento y cotización por contingencias comunes han sido confiados a las Mutuas. Esta situación implica que estas dos entidades deban cooperar para poder llevar a cabo satisfactoriamente sus respectivas actividades. Así, los primeros han de comunicar a las segundas los incumplimientos relacionados con las acciones de reciclaje, motivación, inserción profesional, etc. Por su parte, las Mutuas deberán informar cada mes al Servicio Público de Empleo Estatal de todas aquellas prestaciones que estas han reconocido¹⁵⁷.

En cuanto a la revisión judicial de los actos de gestión de la protección por cese de actividad, debe recordarse que se trata de una prestación de la Seguridad Social, de manera que las cuestiones litigiosas que se promuevan en torno a esta materia deberán conocerse por el orden jurisdiccional social (art. 19 Ley 32/2010). La LJS contempla expresamente esta competencia en la letra o) del artículo 2. A tal efecto y según el citado artículo 19 de la Ley 32/2010, el interesado «podrá» efectuar reclamación previa ante el órgano gestor antes de acudir al órgano jurisdiccional del orden social competente. Parece, pues, que la reclamación previa ante la Mutua tiene, en principio, carácter potestativo y no representa un requisito *sine qua non* para el acceso directo a la tutela judicial, debiendo indicar la resolución del órgano gestor la posibilidad de presentar reclamación, así como el plazo para su interposición, que será el de 30 días previsto con carácter general en el artículo 71.2 de la LJS. Sobre esta regulación ha incidido, no obstante, lo dispuesto en el artículo 140 de la LJS, en virtud del cual «en las demandas formuladas en materia de prestaciones de la Seguridad Social contra organismos gestores y entidades colaboradoras en la gestión se acreditará haber agotado la vía administrativa correspondiente», debiendo entender que ya no cabe sostener el carácter potestativo de la reclamación previa en materia de cese de actividad, debiendo la Mutua dar respuesta a los recursos planteados por los solicitantes o beneficiarios de la prestación. Ninguna duda cabe que en el caso de resoluciones dictadas por el Servicio Público de Empleo o por el ISM en los casos excepcionales que gestionan la prestación por cese de actividad, la interposición de la reclamación previa a la demanda –ante la entidad gestora correspondiente– es también preceptiva (art. 71.1 LJS).

2. RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA

Tras la promulgación de la [Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), de Igualdad Efectiva entre Hombres y Mujeres (LOIEMH), corresponde la gestión de las prestaciones por riesgo durante el

¹⁵⁶ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. [2013]: «El modelo de gestión y financiación de la protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos», en AA. VV.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 1391.

¹⁵⁷ TALENS VISCONTI, E. E. [2013]: «La prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos: un nuevo papel de las MATEPSS en el sistema de Seguridad Social», en AA. VV.: *Público y privado en el sistema de Seguridad Social*, Murcia: Laborum, pág. 380.

embarazo y durante la lactancia a las mismas entidades con las que la empresa hubiera cubierto las contingencias profesionales¹⁵⁸. Si estas estuvieran aseguradas con una Mutua, será ella la que debe proceder al abono y también emitir la certificación de la situación de embarazo y que las condiciones del puesto de trabajo desarrollado por la trabajadora influyen negativamente en su salud, la del feto o la del lactante menor de nueve meses.

Conviene recordar que el artículo 26 de la LPRL enumera las medidas a adoptar cuando la evaluación de riesgos revele peligros para el embarazo o la lactancia natural de las trabajadoras derivados de su prestación laboral¹⁵⁹, articuladas de forma subsidiaria y consistentes en la adaptación de las condiciones o el tiempo de trabajo –llegando en su caso a evitar la nocturnidad o la turnicidad–, cambio de puesto o movilidad funcional –ordinaria o extraordinaria sin ningún tipo de perjuicio económico–¹⁶⁰ y, finalmente, y cuando lo anterior no resultara técnica u objetivamente posible o no pudiera razonablemente llevarse a efecto por motivos justificados, suspensión contractual durante el tiempo necesario para la debida protección de la madre, del feto o del lactante.

Conocido el motivo y el momento inicial de su ejercicio, su límite temporal puede venir marcado por dos factores. De un lado, y en ambos casos, por la desaparición de la imposibilidad de reincorporación a su puesto o a otro compatible con su estado; de otro, por un tope máximo, que para el riesgo durante el embarazo radica en el comienzo del permiso por maternidad biológica, y para el riesgo durante la lactancia por el cumplimiento del lactante de nueve meses de vida, por mucho riesgo que pueda suponer la vuelta al trabajo, lo cual desde una perspectiva fáctica va a significar una duración real bastante reducida, atendiendo al disfrute previo de la suspensión por maternidad¹⁶¹. Tanto el riesgo durante el embarazo como el riesgo durante la lactancia natural determinan el nacimiento de una prestación económica a cargo de la Seguridad Social, reguladas respectivamente en el capítulo IV quater y quinquies título II de la LGSS y artículos 31 y ss. y 49 y ss. del Real Decreto 295/2009 y retocadas por la LOIEMH para elevar su cuantía (100% de la base reguladora equivalente a la que se establece para la prestación económica por incapacidad temporal consecuencia de accidentes de trabajo y enfermedades laborales) y configurarlas como derivadas de contingencias profesionales, de tal forma que solo imponen como requisito estar afiliadas y en alta o situación asimilada –siendo de pleno derecho en caso de incumplimiento por el empresario de tales obligaciones– y sin exigir periodos previos de cotización. Con el traslado de la carga económica desde el empleador, que es quien debería asumirla directamente por ser el

¹⁵⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. [2008]: *La familia en el ámbito jurídico laboral. Situación y protección*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 233.

¹⁵⁹ Más en extenso sobre el artículo 26 de la LPRL, AGRA VIFORCOS, B. [2007]: «La situación de la mujer en el derecho colectivo del trabajo», en AA. VV.: *Problemas de integración laboral de la mujer*, Madrid: Comunidad de Madrid, págs. 208 y ss.

¹⁶⁰ STJCE 471/08, de 1 de julio de 2010, asunto *Parviainen*.

¹⁶¹ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. [2002]: *El riesgo durante el embarazo. Régimen Laboral y de Seguridad Social*, Pamplona: Aranzadi, pág. 33.

titular del deber de protección eficaz de estas situaciones –art. 14 LPRL–, hacia los fondos públicos, se consigue evitar que dicha tutela pueda repercutir negativamente en las expectativas y oportunidades de empleo de las mujeres, ante el mayor coste que puede suponer afrontar estos riesgos profesionales específicos¹⁶².

El procedimiento para su reconocimiento y concesión exige la necesaria participación de distintos sujetos y entidades traduciéndose en un complejo entramado en el que son preceptivos, por este orden:

- a) Un informe del facultativo del Servicio Público de Salud en el que se acredite la situación de embarazo y la fecha probable del parto (si se trata de riesgo durante el embarazo) o el hecho en sí de la lactancia natural (cuando acaezca un posible riesgo durante la lactancia), pues el facultativo médico carece de competencias para valorar la incompatibilidad entre trabajo y embarazo o lactancia.
- b) Un certificado de la empresa sobre la actividad desarrollada por la trabajadora y las condiciones del puesto de trabajo.
- c) Una certificación de la Mutua (o del INSS) donde se estime la existencia de un riesgo para la embarazada o el feto (en el supuesto de riesgo durante el embarazo) o para la madre o el hijo (cuando se trate de riesgo durante la lactancia).
- d) Una declaración de la empresa sobre la inexistencia de puestos de trabajo compatibles con el estado de la trabajadora o, cuando estos existan, sobre la imposibilidad técnica u objetiva, de realizar el traslado correspondiente, o que no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, declaración que deberá ir acompañada de un informe sobre estos extremos emitido por el servicio de prevención de riesgos de la empresa, propio o ajeno (arts. 39 y 51 RD 295/2009)¹⁶³.

Será la Mutua (o el INSS) la encargada de valorar la concurrencia de estos requisitos a los efectos de lucrar la prestación correspondiente¹⁶⁴.

Si se trata de una trabajadora por cuenta propia, esta debe presentar declaración sobre la actividad desarrollada así como sobre la inexistencia de un trabajo o función en tal actividad compatible con su estado que pueda ser llevado a cabo por la misma. Tal declaración deberá ser realizada por el administrador de la sociedad, si la trabajadora autónoma presta servicios en coo-

¹⁶² MARTÍNEZ BARROSO, M. R. [2011]: «El subsidio económico de las madres lactantes. Análisis de su régimen jurídico y de la incipiente doctrina judicial a propósito de su procedencia o improcedencia», en AA. VV. (BORRAJO DACRUZ, E., dir.): *Mujer, trabajo y Seguridad Social*, Madrid: La Ley, pág. 700.

¹⁶³ BARCELÓN COBEDO, S. [2012]: «La contingencia protegida por la prestación de riesgo durante la lactancia», *Aranza-di Social*, núm. 5 (BIB 2012/2777), pág. 4.

¹⁶⁴ STSJ de Asturias de 10 de febrero de 2012 (rec. núm. 2814/2011).

perativas o sociedades laborales o mercantiles, y por la empresa cliente, de tratarse de una trabajadora autónoma económicamente dependiente.

Bajo tales premisas, procede aclarar que si bien antes de la promulgación de la LOIEMH, la gestión de la prestación por riesgo durante el embarazo (el riesgo durante la lactancia no estaba protegido con la suspensión del contrato) quedaba ceñida al ámbito de actuación de la entidad gestora (sin posibilidad de intervención de ningún otro organismo, dejando a salvo la anómala participación de las Mutuas en la certificación previa de la situación de riesgo durante el embarazo, no tanto para generar el derecho a la correspondiente prestación económica de la Seguridad Social, cuanto para dar lugar a la obligación empresarial de proceder al traslado a un puesto compatible), actualmente el artículo 135 de la **LGSS**, en su apartado cuarto, sitúa las facultades de gestión indistintamente en la entidad gestora o en la Mutua, en función del previo concierto de la cobertura de los riesgos profesionales con una u otra por parte del empresario. En la práctica esto se ha traducido en una –lógica– disminución de los expedientes administrativos gestionados por el INSS y en un incremento de las prestaciones servidas por las Mutuas, si bien bajo la sombra de que puedan tener tentaciones de no calificar una situación material concreta como de riesgo durante el embarazo o la lactancia, a la vista del coste vinculado a su reconocimiento¹⁶⁵. En cualquier caso, esta crítica no resultará «práctica», pues, en último término, si subsidiariamente se califican algunas situaciones como de incapacidad temporal por contingencia profesional (siempre, claro está, que la trabajadora sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional), las competencias de gestión y la responsabilidad del pago retornan al ámbito mutualista, al igual que ocurrirá cuando se pretenda calificar como incapacidad temporal derivada de enfermedad común y la empresa hubiera optado por la cobertura adicional por una Mutua de dicha contingencia¹⁶⁶.

3. CUIDADO DE HIJO ENFERMO

La gestión y pago de la prestación por cuidado de hijo afectado por cáncer u otra enfermedad grave corresponde a la Mutua o, en su caso, a la Entidad Gestora con la que la empresa también tuviera concertada la cobertura de los riesgos profesionales. En nuestro país se diagnostican aproximadamente 1.300 niños y adolescentes (0-18 años) al año con cáncer. Una enfermedad que puede curarse en el 68% de los casos, pero que afecta gravemente a la vida del menor y de su entorno familiar y social¹⁶⁷. Con efectos de 1 de enero de 2011 y vigencia indefinida, la **Ley**

¹⁶⁵ MARTÍNEZ BARROSO, M. R. [2009]: «La colaboración de las Mutuas en la gestión del subsidio por riesgo durante el embarazo», en AA. VV.: *La gestión del sistema de Seguridad Social*, Murcia: Laborum, pág. 205.

¹⁶⁶ CARRERO DOMÍNGUEZ, C. [2007]: «La Ley de Igualdad y la prevención de riesgos laborales: nueva protección social de los (nuevos y no tanto) riesgos laborales», en AA. VV. (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., coords.): *La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Valladolid: Lex Nova, págs. 250-251.

¹⁶⁷ KAHALE CARRILLO, D. T. [2011]: «La nueva prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave», *Temas Laborales*, núm. 112, pág. 367.

39/2010, de 22 de diciembre, ha introducido en el artículo 37.5 del ET (nuevo párrafo 3.º) un supuesto de reducción de jornada destinada al cuidado de menores a cargo, afectados por cáncer (melanoma, carcinoma o tumores malignos) o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su atención directa, continua y permanente¹⁶⁸. Este derecho se reconoce al «progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente» (e incluso al tutor), a cuyo cargo esté el menor en cuestión, siempre que aparezca acreditada la necesidad mediante informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente y responsable de la asistencia médica¹⁶⁹. Como sucede en otros casos, se trata de un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, para cuyo ejercicio no se requiere acuerdo con el empresario. No obstante lo anterior, la posibilidad de disfrute de esta reducción, cuando dos o más beneficiarios tengan derecho a ella, podrá ser limitada por el empleador en su ejercicio simultáneo, siempre y cuando se aluda a «razones justificadas de funcionamiento de la empresa» (art. 37.5.4 ET).

La reducción ha de alcanzar como mínimo a la mitad de la jornada diaria individual de trabajo de referencia, sin que se establezca tope alguno, permitiéndose que la negociación colectiva pueda establecer que se acumule «en jornadas completas» en las condiciones y en los supuestos que a tal efecto se pacten. Puede ejercitarse y mantenerse, como máximo hasta que el menor cumpla 18 años, sin que exista un tiempo mínimo de disfrute. Conlleva una disminución proporcional del salario, si bien las cotizaciones computarán incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiese correspondido si no se hubiera mantenido dicha minoración de la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia natural e incapacidad temporal¹⁷⁰.

A su vez, sobre esta reducción se asienta una prestación económica de Seguridad Social para «cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave» (art. 135 quáter LGSS, desarrollado por el RD 1148/2011, de 29 de julio), en virtud de la cual se va a suplir la parte del salario que se pierde a causa de la reducción de jornada que afecte, por lo menos, al 50% de la duración, con un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora de la situación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales y en igual proporción a la reducción de la jornada efectuada, que se extinguirá cuando el menor cumpla los 18 años o cese la necesidad de cuidado, previo informe del Servicio Público de Salud u órgano sanitario de la comunidad autónoma. Para su lucro se exige que ambos progenitores trabajen y que reúnan los mismos re-

¹⁶⁸ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. [2011]: «Un nuevo supuesto de reducción de jornada... en la LPGE para 2011», en AA. VV.: *Sobre la conciliación de la vida familiar y laboral*, *Aranzadi Social*, núm. 1, pág. 25.

¹⁶⁹ BURGOS GINER, M. A. [2011]: «Aspectos importantes en materia laboral y de Seguridad Social contenidos en la Ley 39/2010, de 22 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2011», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Iustel)*, núm. 24, pág. 20.

¹⁷⁰ PAREDES RODRÍGUEZ, J. M. [2011]: «Prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave», *Aranzadi Doctrinal*, núm. 1 (BIB 2011/258), pág. 7.

quisitos y condiciones que los previstos para el acceso a la prestación por maternidad en su modalidad contributiva, por lo que precisan estar en alta en el régimen general y acreditar un periodo de cotización que varía en función de la edad (no es necesario justificar contribución alguna si se tienen menos de 21 años; entre 21 años y 26 el periodo mínimo de cotización exigido será de 90 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores; y si se superan los 26 años, debe contar con 360 días a lo largo de su vida laboral). Es la Mutua encargada de la cobertura de los riesgos profesionales la que tiene competencia para la comprobación del cumplimiento de todos estos requisitos en aras del reconocimiento y pago de la prestación.

VII. CONCLUSIONES

En un momento como el actual, muy comprometido con los dictados de una grave crisis económica y financiera, no puede resultar extraño que el principal condicionante que inspira las intervenciones en materia de Seguridad Social sea el de mantener y mejorar, en la medida de lo posible, la sostenibilidad del sistema, objetivo que no es ajeno, lógicamente, al devenir de las Mutuas, respecto de las cuales es menester potenciar los aspectos más positivos en términos de eficiencia en su gestión y, al tiempo, enmendar los más problemáticos.

A la espera de la aprobación de la reforma del marco normativo de aplicación a las Mutuas que la Ley 27/2011 encomendó al Gobierno, y ante la incertidumbre sobre la influencia que en materia de administración institucional puede implicar la futura Agencia Estatal de la Seguridad Social, procede recordar, con ciertas dosis de provisionalidad, que el concepto tradicional de Mutua como asociación patronal, sin ánimo de lucro, cuyo fin principal es la colaboración en la gestión de los riesgos profesionales, ha sufrido una clara extensión en sus límites configuradores, hasta el punto de que en la actualidad estas entidades han asumido en exclusiva no solo la tutela reparadora de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de los trabajadores de las empresas que voluntariamente se asocian, sino también la gestión de diversas prestaciones (incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, por cuidado de hijo enfermo y por cese de actividad de los trabajadores autónomos), al tiempo que se han convertido en colaboradoras obligatorias en las contingencias profesionales de los trabajadores por cuenta propia. Puede de-

En un momento como el actual, muy comprometido con los dictados de una grave crisis económica y financiera, no puede resultar extraño que el principal condicionante que inspira las intervenciones en materia de Seguridad Social sea el de mantener y mejorar, en la medida de lo posible, la sostenibilidad del sistema, objetivo que no es ajeno, lógicamente, al devenir de las Mutuas, respecto de las cuales es menester potenciar los aspectos más positivos en términos de eficiencia en su gestión y, al tiempo, enmendar los más problemáticos

cirse, incluso, que, en muchas ocasiones, las Mutuas vienen a sustituir a la entidad gestora pública cuando así lo ha elegido la empresa en el momento de su inscripción en la Seguridad Social, tal y como sucede respecto de la imposibilidad de rechazar las ofertas de asociación que reciban (o de adhesión en el caso de trabajadores por cuenta propia), la obligatoriedad de asumir el aseguramiento y protección de la totalidad de los trabajadores de la empresa, el veto a la denuncia de los convenios de asociación, y, especialmente, la necesidad de cumplir con su cometido aun en los supuestos en los que la empresa asociada incumpla con sus obligaciones de afiliación, alta y/o cotización, en el bien entendido sentido que este último compromiso no significa que, cuando de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes se trata, deben acatar la institución del alta de pleno derecho con todas sus consecuencias, así como tampoco el principio de automaticidad que permite al trabajador, cuya empresa ha incumplido con sus obligaciones más elementales de Seguridad Social, acceder a la protección con el alcance dispuesto por la normativa específica, teniendo en cuenta además que solo en el caso de que se trate de una prestación derivada de contingencia profesional se admite la responsabilidad subsidiaria del INSS cuando la empresa responsable sea declarada insolvente, cuestión esta que se produce por la subrogación del INSS en las obligaciones del extinguido Fondo de Garantía de Accidentes y no por un presunto trato diferente hacia las Mutuas¹⁷¹.

Muy importante ha sido, por tanto, la intervención aseguradora, que en materia de contingencias profesionales se ha encomendado desde antiguo a las Mutuas y que constituye –todavía a día de hoy– su ámbito de actuación más relevante, la cual conlleva un consecuencia primera y principal: gestión pública y colaboración privada concurren en la misma actividad de tutela, pero, salvo alguna excepción (como en el reconocimiento de las prestaciones de incapacidad permanente a consecuencia de la supresión de las Comisiones Técnicas Calificadoras) se desarrollan con independencia atendiendo al criterio de elección de los interesados. Ello no impide, sin embargo, que la relación entre el beneficiario y la Colaboradora no siempre se realice en las mismas condiciones. Cuando la prestación reconocida es la de incapacidad temporal, lesiones permanentes no invalidantes, incapacidad permanente parcial y asistencia sanitaria –incluyendo en la misma las prestaciones médicas y farmacéuticas y las recuperadoras–, la Mutua actúa como una auténtica entidad gestora y asume el deber de abonar las cantidades que corresponden directamente al beneficiario. Por el contrario, cuando las pensiones reconocidas derivan de incapacidad permanente o muerte, el sistema de gestión es diferente: la Mutua está obligada a constituir en la Tesorería el capital coste de la pensión y será la propia Administración de la Seguridad Social la que se encargue de su abono. En este caso, la relación con la entidad colaboradora no es directa ni visible. Así, en lugar de imperar con total contundencia el principio de «gestión integrada» de contingencias profesionales, muchas veces se produce una criticable quiebra del siguiente aforismo: quien gestiona y soporta el coste económico de una prestación debería poder decidir sobre ella plena-

¹⁷¹ FERNÁNDEZ PRATS, C. y ARADILLA MARQUÉS, M. J. [2010]: «El papel de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales en el sistema de protección social», cit., pág. 598.

mente y debería poder controlarla en su integridad, debiendo responder de sus actos únicamente ante la jurisdicción. En otro caso, el sistema está viciado en su propia esencia.

Y si esta criticable realidad es patente en cuando de contingencias profesionales se trata, todavía lo es más en las otras funciones que han venido asumiendo las Mutuas, donde el control público al que se ven sometidas adquiere gran importancia, tal y como ha ocurrido en materia de prevención, pues para el cumplimiento de esta función se ha impuesto la separación de recursos y medios materiales y humanos, en relación con los destinados a la función de colaboración en la gestión de la Seguridad Social, concluyendo un proceso de segregación de las Mutuas y las sociedades de prevención por ellas constituidas.

Todo ello sin olvidar que –como anteriormente se apuntó– se ha recurrido a las Mutuas para otros diversos fines: para mejorar la gestión de la incapacidad temporal en términos de ahorro de costes para el sistema público; para atajar el absentismo laboral por causas comunes; para gestionar el riesgo durante el embarazo o durante la lactancia y el cuidado de hijo enfermo; para ampliar la acción protectora de los autónomos, incluidos los autónomos económicamente dependientes, que se extiende al cese de actividad. Ahora bien, el ámbito funcional de las Mutuas ha de ser respetuoso con las exigencias que la Constitución y la LGSS imponen en materia de gestión pública del sistema, razón por la cual han proliferado las exigencias y verificaciones: se multiplican las intervenciones o auditorías; se restringe su autonomía financiera; aparecen severas incompatibilidades funcionales y económicas para el personal directivo; el procedimiento a observar en la toma de decisiones se asimila al seguido en la Administración, contando con supremacía decisional la entidad gestora; se restringe el uso de los recursos corrientes; se incrementan los requisitos de solvencia y volumen; la impugnación de los actos administrativos se dificulta; etc¹⁷².

Quiebra, por tanto, el principio de especialización de las Mutuas en materia de riesgos profesionales, adquiriendo protagonismo el principio de polivalencia, acompañado, empero, de estrictos controles públicos, circunstancias que exigen una nueva regulación integral que clarifique el régimen jurídico de estas instituciones apostando por un sistema de gestión eficiente socialmente participado, en el que se implementen las necesarias garantías de actuación no desviada, con el fin de superar el modelo de autorregulación actual derivado de la proliferación de códigos éticos y de buenas prácticas que la mayoría de las veces quedan en papel mojado. Todo ello con el fin de dar cumplimiento a las previsiones del artículo 41 de la CE, en virtud del cual la responsabilidad última sobre la existencia y perfiles de la Seguridad Social corresponde a los poderes públicos, controlando el funcionamiento de las posibles fórmulas de colaboración, entre las cuales las Mutuas ocupan un lugar primero y principal, no solo por cuanto a la tutela del accidente de trabajo y la enfermedad profesional, sino también en otras importantes parcelas de la Seguridad Social.

¹⁷² SEMPERE NAVARRO, A. V. [2009]: «Problemas normativos de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales», cit., pág. 165.