



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en: Relaciones Laborales
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna

Curso 2014/2015
Convocatoria: Julio 2015

**RESPONSABILIDAD EN
ORDEN A LAS PRESTACIONES
DERIVADA DE INCUMPLIMIENTO EMPRESARIAL**

(RESPONSIBILITY OF BENEFIT DERIVED BUSINESS BREACH)

Realizado por la alumna: **Dña. Viviana La Paz Álvarez**

Tutorizado por el Profesor D. Brais C. Iglesias Osorio

Departamento: Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa

Área de conocimiento: Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

ABSTRACT

This paper attempts to systematize the legislation and case law relating to liability of employers with regard to Social Security when their business fails.

The need for this systematization is given by the lack of regulatory development and contradictory Court decisions in the matter. In so doing, an analysis has been performed with regard to the different liabilities that a company may incur: direct responsibility for payment of temporary disability benefits, —as a partner in the system—, lack of affiliation, registration or lack of regular contribution, among others.

A review of the principle of automaticity is provided distinguishing between different degrees of protection in relation to the type of contingency, particularly regarding the responsibility of collaborating entities in the Social Security system.

This paper also reviews those cases in which there is an obligation for The National Institute of Social Security to advance benefits, due to the existence of its subsidiary responsibility as the ultimate guarantor of the system

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

El presente trabajo intenta sistematizar la normativa y jurisprudencia referente a la responsabilidad en orden a las prestaciones cuando existe un incumplimiento empresarial en materia de Seguridad Social. La necesidad de esta sistematización viene dada por la falta de desarrollo reglamentario así como resoluciones judiciales contradictorias en la materia.

Para ello, se lleva a cabo un análisis de las diferentes responsabilidades en las que puede incurrir una empresa: responsabilidad directa del pago de la prestación por incapacidad temporal, como colaboradora en el sistema, por falta de afiliación, alta o cotización, entre otras. En relación a la responsabilidad de las entidades gestoras y colaboradoras del sistema de



Universidad
de La Laguna

Facultad de Derecho



Seguridad Social se efectúa un examen del principio de automaticidad distinguiendo entre los diferentes grados de protección del mismo en relación al tipo de contingencia. En los casos en los que exista una obligación de anticipo de prestaciones se determinará la existencia o no de responsabilidad subsidiaria del último garante del sistema: el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

ÍNDICE	<u>Página</u>
INTRODUCCIÓN	5
CAPITULO I	
LA CONFIGURACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL COMO ASISTENCIA Y PREVISIÓN SOCIAL: ANTECEDENTES HISTÓRICOS	6
CAPITULO II	
RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN EL PAGO DE LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL	18
I. Responsabilidad empresarial del pago directo por incapacidad temporal	18
II. Colaboración de la empresa en la gestión de la Seguridad Social	19
1. Pago delegado por la empresa de la prestación a cargo de la Entidad Gestora o Colaboradora	21
III. Responsabilidad empresarial por falta de alta o afiliación	23
IV. Responsabilidad empresarial por falta de cotización	27
V. Responsabilidad por descuento indebido en la liquidación	30
VI. Declaración de responsabilidad empresarial	32
CAPITULO III	
AUTOMATICIDAD DE LAS PRESTACIONES	34
I. Régimen de automaticidad absoluta	35
II. Régimen de automaticidad limitada	37
CAPITULO IV	
RESPONSABLE DEL ANTICIPO	40
I. Mutuas de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional	40
II. Entidades Gestoras de la Seguridad Social	43
III. Responsabilidad subsidiaria del INSS	45
1. Responsabilidad subsidiaria del INSS en orden a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales	45
2. Responsabilidad subsidiaria del INSS en orden a las prestaciones derivadas de contingencias comunes	48
3. Responsabilidad subsidiaria del INSS en orden a la prestaciones de riesgo durante el embarazo	50
CONCLUSIONES	52
BIBLIOGRAFÍA	54

INTRODUCCIÓN

El artículo 126 de la vigente Ley General de la Seguridad Social desde su título “responsabilidad en orden a las prestaciones” intenta establecer la regla por la cual el conjunto de entidades, organismos o sujetos que integran o colaboran en nuestro sistema de Seguridad Social tengan encomendada su responsabilidad en orden al pago de las prestaciones a los sujetos protegidos por el mismo. Sin embargo, esta tarea no resultará tan sencilla. Determinar, en el caso concreto, la responsabilidad en orden a las prestaciones del sistema de Seguridad Social supone un verdadero esfuerzo interpretativo cuando existen incumplimientos en los requisitos de acceso a las prestaciones. El objeto del presente trabajo constituye un acercamiento a la determinación de dicha responsabilidad, intentando sistematizar la regulación en la materia y las cuestiones que esta suscita.

Para lograr este acercamiento, creemos necesario partir desde la configuración de la Seguridad Social como asistencia y previsión social hasta la evolución en el sistema que conocemos hoy. Desde este cimiento realizaremos un estudio de las distintas responsabilidades en las que puede incurrir la empresa empleadora en orden a las prestaciones de Seguridad Social. Una vez determinada esta responsabilidad imputada a un sujeto ajeno al verdadero sistema, con la relevancia que ello conlleva, nos introduciremos en uno de los principios básicos de nuestro sistema: la automaticidad de las prestaciones, una técnica jurídica que intenta corregir la desprotección en la que puede caer el beneficiario de las prestaciones cuando concurra un incumplimiento empresarial. A partir de este, y sirviéndonos de la normativa, la doctrina científica y la jurisprudencia, intentaremos determinar cuándo concurre este principio de automaticidad, ante qué prestaciones y tipos de incumplimiento, y quién será responsable del anticipo de cada una de las prestaciones.

La doctrina científica se ha ocupado ampliamente de abordar nuestro objeto de estudio, sobre todo en lo referente a la determinación de la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones, debido a la inseguridad jurídica existente en esta materia. Esta inseguridad deriva de la inexistencia de desarrollo reglamentario por parte del legislador aunque exista un llamamiento a este desde la Ley de Seguridad Social de 1966. Por ello, el estudio de la imputación de responsabilidad en orden a las prestaciones supone una labor más que necesaria para intentar clarificar y sistematizar esta materia tan relevante, pues supone determinar quién se hará cargo de la protección de los beneficiarios del sistema cuando el mecanismo de previsión anterior, que hubiese configurado una relación de protección ordinaria, ha fallado.

LA CONFIGURACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL COMO ASISTENCIA Y PREVISIÓN SOCIAL: ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

La Seguridad Social no puede concebirse como un concepto único e inamovible. De ella pueden darse varias acepciones. Partiendo de una acepción muy amplia se ha entendido que dentro de la misma “caben todas las medidas que tienden a garantizar una cobertura contra toda suerte de riesgos individuales emanados de la mera existencia y de la convivencia humana”. Otra dirección del concepto de Seguridad Social aparece ligada al “remedio de las consecuencias económicas desfavorables procedentes de riesgos previsibles de naturaleza estrictamente laboral o que, por lo menos, afectan a las personas ligadas al trabajo”. De esta manera nos aproximamos a una concepción cada vez más concreta.¹

Entre estas dos acepciones, versan múltiples definiciones de Seguridad Social provenientes de una multiplicidad de autores, de la jurisprudencia y la doctrina. Entre los que entienden la Seguridad Social como un concepto amplio vamos a encontrar a Colombo para quien hay que entender la Seguridad Social como “la actividad tendente a garantizar a los ciudadanos su bienestar físico y su elevación moral e intelectual y, en general, garantizar todos los medios para satisfacer las exigencias vitales”. En su acepción contraria vamos a encontrar, por ejemplo, la sustentada por el Alonso Olea² quien determina que “el ámbito objetivo de la Seguridad Social consiste en prestaciones que miran a la restauración de la capacidad de ganar una renta, bien de una manera directa (la asistencia sanitaria, por ejemplo), bien, cuando aquella restauración es imposible, de manera sustitutiva (prestaciones económicas), o complementaria. Como la renta a que nos referimos es la renta de trabajo, el ámbito subjetivo de la Seguridad Social se reduce al de los trabajadores por cuenta ajena; es decir, aquellos que prestan su trabajo para obtener una remuneración como medio de vida. [...] Estos remedios se contemplan como consecuencia de la previsión de los riesgos de naturaleza económica que influyen en la capacidad de ganar de los trabajadores”.³

Esta concepción del concepto de Seguridad Social, que hoy podríamos entender como la base de nuestro sistema, ha sido el desenlace de sus antecedentes. Para hablar sobre ellos debemos, ineludiblemente, acudir a la beneficencia y la asistencia social pública de los siglos XIX y XX. Desde un punto de vista ideológico, estos dos mecanismos se diferencian en que la beneficencia “parte de la premisa liberal de que todo sujeto es responsable de su devenir”, lo

¹ MELIAN GIL, Jose Luis, *El Mutualismo Laboral*, 1963, C.E.S.I.C. Madrid, p. 31.

² *El Régimen Jurídico de la Seguridad Social “RAP”*, enero-abril 1956.

³ MELIAN GIL, Jose Luis, *El Mutualismo Laboral*, 1963, C.E.S.I.C. Madrid, p. 35.

que conlleva que “la ayuda que se recibe se da por un acto benéfico, acto que puede provenir de un sujeto individual o de los poderes público”.⁴ Por su parte, con la asistencia social, el Estado considera que hay determinadas situaciones de extrema necesidad que deben quedar cubiertas para el conjunto de la población. Por lo tanto, si estas situaciones se dan, será el Estado quien tenga atribuido el deber de satisfacerlas, eliminando la responsabilidad propia del sujeto necesitado. Se ha llegado a concluir que la ideología en la que se basa la asistencia social, viene determinada por la consideración de que la situación de necesidad en la que se encuentra el sujeto se debe a un fallo colectivo de la sociedad, por lo que es la sociedad la que debe actuar frente a esta. Técnicamente hablando, la divergencia entre beneficencia y asistencia social atiende a que la primera se limita a atender únicamente las necesidades básicas de la vida utilizando un sistema discrecional, mientras que la segunda busca el mantenimiento del nivel de vida de cada individuo y se enmarca dentro de un servicio público frente al cual “es posible realizar exigencias jurídicamente fundadas en Derecho”.⁵

Existe otra distinción que se presupone básica para poder entender nuestro sistema actual de Seguridad Social: la diferencia entre asistencia y previsión social. Ambas tienden a suprimir un estado de necesidad. En cuanto al ámbito subjetivo, la asistencia no efectúa ningún tipo de discriminación, sin embargo, la previsión social opera para determinado grupo, establecido por la condición del trabajo. Otra característica que establece una brecha de separación entre estos dos conceptos será que mientras la asistencia acude a poner remedio una vez que se ha producido el estado de necesidad, en la previsión, a pesar de darse también esta situación, “se constituyen de antemano los fondos para ayudar a los que caigan en estado de necesidad”. Además, en el caso de las prestaciones derivadas de un sistema de previsión social, los beneficiarios tienen un derecho subjetivo a estas que pueden hacer valer jurisdiccionalmente, sin embargo, no ocurrirá lo mismo, normalmente, en el caso de la asistencia. En conclusión, según José Luis Meilan Gil (1963) la asistencia observa a los ciudadanos que se encuentran en un determinado estado de necesidad mientras que la previsión observa concretamente a los trabajadores.⁶

Ambas actividades: previsión y asistencia social están encuadradas dentro del sistema de Seguridad Social que hoy conocemos. Resulta improbable la existencia de un sistema

⁴ VIDA SORIA, J., 1968, “Asistencia Social en el ordenamiento de la Seguridad Social Española” RT, núm. 21., p. 69.

⁵ GARCÍA MURCIA, Joaquín. CASTRO ARGÜELLES, María Antonia. RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio., *Legislación Histórica de Previsión Social*, Editorial Aranzadi, SA, 2009, Cizcur Menor, Pamplona. p. 27-29.

⁶ MELIAN GIL, Jose Luis, *El Mutualismo Laboral*, 1963, C.E.S.I.C. Madrid, p. 41-44.

institucionalizado que no lleve a cabo estas actividades de forma conjunta. “Por una parte, los organismos de previsión social, por razones de eficacia y de economía, realizan funciones de asistencia. Y por otra, las instituciones de asistencia, es decir, el estado, para proveer a nuevos fines sociales, que se entienden justos y atendibles en un concreto momento histórico se vale de la técnica de la previsión social”.⁷ Esta divergencia sigue presente, de alguna manera, en los modernos sistemas de seguridad social cuando se establecen diferencias en la naturaleza de determinados riesgos. De esta forma, cuando se pretende con alguna de las prestaciones sustituir inmediatamente una renta del trabajo, si además el riesgo fue previamente contemplado, nos encontramos ante un caso de previsión social, por lo que cuando no se de esta situación nos encontraremos ante medidas de asistencia simplemente.⁸

En España el organismo primario de previsión social fue la Cofradía, que no tiene una base laboral sino religiosa. Más tarde, una vez se organizan los oficios y se constituyen los gremios, serán estos los que absorban las funciones que llevan a cabo las Cofradías hasta el momento, subsistiendo estas junto con el Gremio. Durante el siglo XVIII, se produce una conversión al gremio-mutualista a través de que las sociedades de socorro, laicas esta vez, que formaron parte de las ordenanzas de los gremios.⁹

Durante el siglo XIX se produjo una institucionalización de la beneficencia pública en España, superando el anterior esquema. La raíz de esta institucionalización la vamos a encontrar en la Constitución de 1812 que fue desarrollada por la Ley de 23 de enero de 1822 que configuró un sistema público básicamente municipal que no pudo aplicarse en la práctica debido a la vuelta del absolutismo. Por ello, el relevo de esta institucionalización no se dará hasta la Ley General de Beneficencia de 20 de junio 1849 que se dedica a ampliar la intervención del Estado más allá de lo municipal, responsabilizando al Gobierno. Durante esta época, los continuos cambios legislativos y administrativos supusieron que la beneficencia española fuera precaria e insuficiente.¹⁰

La beneficencia fue dando paso, tímidamente, a una “intervención estatal más racional y sistemática”.¹¹ Será la Ley de 30 de enero de 1900 la primera norma en España en proteger de manera generalizada a los trabajadores en los accidentes de trabajo. Esta no establece un

⁷ MELIAN GIL, Jose Luis, *El Mutualismo Laboral*, 1963, C.E.S.I.C. Madrid, p. 44-46.

⁸ *Ibíd.*, p. 47.

⁹ MELIAN GIL, José Luis, *El Mutualismo Laboral*, 1963, C.E.S.I.C. Madrid, p. 47-50.

¹⁰ GARCÍA MURCIA, Joaquín *et al*, *Legislación Histórica...* cit., Editorial Aranzadi, SA, 2009, Cizcur Menor, Pamplona. p. 29-31.

¹¹ GARCÍA JIMÉNEZ, Manuel, *Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales: Gestión Privada de la Seguridad Social*. 2011, Universidad de Córdoba, Córdoba, p. 36.

seguro obligatorio de responsabilidad empresarial, ni privado ni público, sino que se limita a imponer un doble régimen jurídico de responsabilidad empresarial objetiva y por culpa. Teniendo en cuenta esta situación, se ha concluido que esta ley no puede ser entendida como el origen de la previsión social en España porque no establece ningún seguro social.¹² Sin embargo, en esta ley estaba sustentado el centenerio de la Seguridad Social celebrado en el año 2000. Esto se debe a que, a pesar de que la ley de 1900 no supuso la existencia de un aseguramiento obligatorio del accidente de trabajo ni se socializó el riesgo, propició que los empresarios concertaran seguros sociales ya que a partir de este momento tendrían responsabilidad sobre los riesgos profesionales. Tal es su influencia en la posterior previsión social que el actual sistema de contingencias profesionales, según algunas tesis, es considerado un seguro social de la responsabilidad objetiva empresarial de la Ley de 1900 que establecía un sistema de responsabilidad objetiva empresarial con indemnizaciones tasadas en supuestos de incapacidad temporal, permanente y fallecimiento del trabajador.¹³ La Ley no interviene en la forma de afrontar estas responsabilidades por parte de la empresa, dejándolo a la libertad de la misma, que podía “asumir personalmente el riesgo o transferir la responsabilidad que se le imputa mediante aseguramiento voluntario” de este.¹⁴ Sin embargo, esta no será una libertad absoluta ya que el Estado delimitará qué entidades pueden actuar en el aseguramiento siendo estas una sociedad de seguros, mutuas, acciones o seguros hechos a su costa sobre el obrero que se trate, todos debidamente constituidos y aceptadas por el Ministerio de la Gobernación.¹⁵ Ya desde el desarrollo reglamentario de esta Ley se establecerán pautas para la creación y funcionamiento de las Mutuas patronales, que podrán crearse en cada municipio, o municipios limítrofes, empleando a más de cien empleadores y reconociéndole capacidades de actuación pero bajo importantes controles públicos.¹⁶

La situación política y legislativa que propició la creación de la Comisión de Reformas Sociales, creada a partir del Real Decreto de 5 de diciembre de 1883, así como los trabajos preparatorios desarrollados en el Instituto de Reformas Sociales, Real Decreto de 23 de abril de 1903, supusieron que se llevara a cabo una labor de persuasión e insistencia por parte de

¹² BORRAJO DACRUZ, Efrén, *Estudios jurídicos de Previsión Social*, 2000, Aguilar, Madrid, p. 88-89.

¹³ GARCÍA MURCIA, Joaquín *et al.*, *Legislación Histórica...* cit., 2009, Editorial Aranzadi, SA Cizcur Menor, Pamplona. p. 43-46.

¹⁴ SEMPERE NAVARRO, Antonio. *Régimen Jurídico...* cit., 1986, Ediciones Civitas. Madrid, p. 54-55.

¹⁵ GARCÍA JIMÉNEZ, Manuel. *Las Mutuas de Accidentes de...* cit., 2011, Universidad de Córdoba, Córdoba p. 56.

¹⁶ GARCÍA MURCIA, Joaquín *et al.*, *Legislación Histórica...* cit., 2009, Editorial Aranzadi, SA., Cizcur Menor, Pamplona. p. 124

las autoridades públicas del momento que buscaban una nueva institución que se encargara de los nuevos fines de previsión social.¹⁷

En este momento, se comprende la necesidad de poner en marcha instituciones capaces de abordar y gestionar la actividad previsoras con mayor alcance y con mayores garantías frente a la limitación de las instituciones previsoras existentes hasta el momento. En este sentido, se prepara la creación del Instituto Nacional de Previsión, teniendo muy en cuenta que “tan importante como poner en marcha una instituciones de estas características era organizar su propaganda entre la generación trabajadora actual y educar en ella a las siguientes”.¹⁸ El primer proyecto para la creación del Instituto Nacional de Previsión llevaba aparejado la necesidad de que este tuviera carácter nacional, y de esta manera, estuviera abierto a todos los territorios del país así como a todos los sectores productivos superando por fin las acciones de previsión que se habían realizado hasta el momento, que se encontraban limitadas geográfica y sectorialmente. Otra de las especificaciones que se implantó es una cuestión que sigue vigente hoy en día, este primer proyecto animó a que la nueva institución actuara como modelo de la previsión social pero no en régimen de monopolio, lo que significó que el Instituto Nacional de Previsión aceptaría la colaboración de otras instancias públicas así como, hecho relevante, otros instrumentos privados para llevar a cabo esta nueva tarea de aseguramiento.¹⁹

Finalmente, será la Ley 37 de febrero de 1908, de Organización por el Estado de un Instituto Nacional de Previsión la que implanta y establece el régimen jurídico del nuevo organismo público. Entre los fines que se atribuyeron a esta nueva organización se desarrolla la idea, desde el primer artículo, que fue apuntada por los anteriores proyectos: la necesidad de “difundir e inculcar la previsión popular”, hacer tomar conciencia a la población de “la necesidad de asegurarse frente al infortunio”. A partir de esta premisa, y de los siguientes artículos, podemos inferir que el Instituto Nacional de Previsión fue concebido como un instrumento de gestión de los seguros que podrían tomarse por parte de la población en el momento, dándoles a los mismos un carácter público. De este hecho, nace la noción de

¹⁷ GARCÍA MURCIA, Joaquín *et al.*, *Legislación Histórica...* cit., 2009, Editorial Aranzadi, SA., Cizcur Menor, Pamplona. p. 54.

¹⁸ *Ibidem*, p. 55.

¹⁹ *Ibidem*, p. 55-57

Entidad Gestora, ya que, estamos hablando de una entidad de naturaleza pública pero especializada en las operaciones de carácter asegurador.²⁰

Cobra especial importancia, con respecto a nuestro estudio, la relación del Instituto Nacional de Previsión con otras instituciones de aseguramiento. Según la Ley de 1908, que determinaba su régimen jurídico, el Instituto se colocaba en una posición principal respecto de otras entidades o instancias de aseguramiento. Esta relación se materializaba a través del artículo 35 de dicha norma, que preveía que estas otras instituciones pudieran asegurar en el Instituto público “la totalidad de las pensiones de retiro que pretendan sus asociados”²¹, así como, la previsión de que estas entidades pudiesen reasegurar en el mismo Instituto Nacional de Previsión una parte de sus operaciones. La ley reguladora del Instituto determinó el régimen de las relaciones entre este nuevo organismo y unas instituciones tan tradicionales como las cajas de ahorro y las cajas de pensiones a través de dos previsiones principales. Una de ellas, implicó que el Instituto debía procurar “organizar su representación provincial y local sobre la base de tales instituciones”, pero que siempre se impusiera la completa separación de sus funciones y responsabilidades a través de convenios. Por otra parte, se buscaba que estas otras instituciones siguieran actuando en el terreno de la previsión de forma equivalente al Instituto Nacional de Previsión aunque esto también implicase sujetarse a nuevas reglas de actuación.²²

Una vez institucionalizado el sistema de previsión social, se continuó por la senda establecida por la básica Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 en aras de un sistema de mayores garantías para la clase trabajadora, hecho que se verá materializado con la Ley de 10 de enero de 1922, de accidentes de trabajo. Esta normativa tendrá el papel fundamental de crear el Fondo Especial de Garantía, cuya gestión se le encomienda al Instituto Nacional de Previsión. Su función será la de efectuar el pago inmediato de indemnizaciones por incapacidad permanente y absoluta y muerte, cuando el patrono, las Mutualidades Patronales o Sociedades de Seguros dejaren de satisfacerlas.²³ De esta manera, y tal y como se estableció en la exposición de motivos de esta ley el Fondo sería el “encargado de la loable finalidad de poner a salvo de posibles insolvencias, las indemnizaciones por accidentes de trabajo, y al que ahora se otorga verdadera, justa y eficaz viabilidad”. Este hecho se verá reforzado por otra normativa, como es el caso del establecimiento del principio de automaticidad del

²⁰ GARCÍA MURCIA, Joaquín *et al*, *Legislación Histórica...* cit., Editorial Aranzadi, SA, 2009, Cizcur Menor, Pamplona. p.57-58.

²¹ Ley de 27 de febrero de 1908, de Organización por el Estado de un Instituto Nacional de Previsión, art. 35.

²² GARCÍA MURCIA, Joaquín *et al*, *Legislación Histórica...* cit., 2009, Editorial Aranzadi, SA., Cizcur Menor, Pamplona. p. 70-72.

²³ SEMPERE NAVARRO, Antonio. *Régimen Jurídico...* cit., 1986, Ediciones Civitas. p. 65.

aseguramiento y de las prestaciones²⁴ por el que estas se garantizan a cargo del Fondo de Garantía frente a los incumplimientos de pago.²⁵ Por otro lado, esta norma introduce elementos que reflejan la preferencia del mutualismo patronal como fórmula para la gestión del seguro de accidentes de trabajo: exención de impuestos, sustitución de la responsabilidad solidaria de los asociados por la mancomunada, encargo al Instituto Nacional de Previsión de la tarea de atender al fomento del seguro mutuo de accidentes de trabajo a través de una reglamentación de las mutualidades territoriales, procurando su organización, asesorándolas.²⁶

La verdadera regulación garantista para la clase trabajadora va a venir establecida por la imposición del seguro obligatorio a través del Decreto Ley de 8 de octubre de 1932. A partir de esta regulación a todo empresario se le impone la obligación legal de estar asegurado contra el riesgo de accidente de sus obreros, esta ley supone la unificación de la obligación puesto que esta ya había sido impuesta en una multiplicidad de sectores productivos, como es el caso, de forma novedosa, del Real Decreto de 15 de octubre de 1919 por el que se establecía a las Compañías de navegación y propietarios de buques la obligación de asegurarse contra los accidentes del mar.²⁷ El aseguramiento seguirá, en el sentido que impone la Ley de Accidentes de 1900, manteniendo la estructura del seguro de responsabilidad civil de gestión privada, aunque se puede ver “un avance hacia la publicación del sistema”.²⁸

Para asegurar la eficacia del nuevo aseguramiento obligatorio, y como manifestación de este avance, se crea la Caja Nacional de Accidentes de Trabajo, controlada desde el Instituto Nacional de Previsión, sus funciones suponían, por una parte, las de una entidad financiera ya que se encargaba del depósito de las cantidades que los patronos aportaban dependiendo del riesgo de su actividad, número de obreros y salario, y por otro, se trataba de una entidad aseguradora. A pesar de su creación, las compañías de seguros y las mutualidades aseguradoras siguen actuando, normalmente cubriendo la asistencia médica y farmacéutica del accidentado.²⁹

Con respecto a los riesgos profesionales, se buscó la unificación de los seguros sociales a cargo de una única institución aseguradora. Sin embargo, este objetivo se ve truncado por la

²⁴ Ley 4 de julio de 1932, Base 2ª.

²⁵ GARCÍA JIMÉNEZ, Manuel. *Las Mutuas de Accidente...* cit., 2011, Universidad de Córdoba, Córdoba, p. 76.

²⁶ *Ibíd.*, p. 78.

²⁷ GARCÍA JIMÉNEZ, Manuel. *Las Mutuas de Accidente...* cit., 2011, Universidad de Córdoba, Córdoba., p.72.

²⁸ *Ibíd.*, p.74.

²⁹ GARCÍA MURCIA, Joaquín *et al.*, *Legislación Histórica...* cit., 2009, Editorial Aranzadi, SA., Cizcur Menor, Pamplona. p. 127-128.

guerra civil española por lo que no será hasta la Ley de 22 de diciembre de 1955 que se lleve a cabo esta unificación. Se trata de una época legislativa de contradicciones e incoherencias, mientras que por una parte podemos inferir que se avanza hacia la unificación y un sistema público de Seguridad Social, por otra, existe una multiplicación de órganos gestores, como podemos observar a partir de la Ley de 6 de diciembre de 1941 relativa a los Montepíos de Previsión Social en general, que pudo suponer una vuelta al sistema anterior de gestión privada.³⁰

La proliferación de Mutualidades al amparo de las nuevas regulaciones hizo necesario establecer una normativa que organizara esta nueva situación que habría caído en un caos considerable. La culminación de esa regulación llega con el Decreto de 10 de agosto de 1954.³¹ Se trata de un Reglamento General del Mutualismo Laboral que nos recuerda la evolución que ha sufrido esta institución, es decir, en un primer momento podemos definirlos como Cajas de Empresa, ya que su ámbito asignado por la Ley de 1941 las dotaba de un carácter privado. Una vez se establece un sistema de previsión obligatorio y de ámbito nacional, el mutualismo se convirtió en un sistema paralelo al del Instituto Nacional de Previsión, suponiendo un momento expansivo del mismo.³² Sin embargo, el Mutualismo tal y como venía existiendo se modificó con la llegada de la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963 que creó un Sistema de Seguridad Social en el que se incluyó a todo aquel que realizase una actividad profesional, lo que supuso relegar el Mutualismo a “la posición de complemento voluntario” con el que se inició. Reflejo de ello es la base 13ª de esta ley que señala que el régimen de mejoras voluntarias podría realizarse, a elección de las empresas, bien directamente o a través de una multiplicidad de organismos: fundaciones laborales, obras sindicales, mutualidades de previsión o entidades aseguradoras de toda clase.³³

La unificación de los seguros sociales, intentada durante la II República Española, llegó, finalmente, con la Ley de Bases de 1963, suponiendo “un tránsito desde un conjunto de seguros sociales a un sistema de Seguridad Social”.³⁴ Podemos atrevernos a definir esta nueva organización como un sistema estatal integrado de cobertura universal soportado por la solidaridad nacional. Las Leyes Fundamentales del Régimen declaran el derecho de los

³⁰ GARCÍA JIMÉNEZ, Manuel. *Las Mutuas de Accidentes de...* cit., 2011, Universidad de Córdoba, Córdoba. p. 80-81.

³¹ GARCÍA MURCIA, Joaquín *et al.*, *Legislación Histórica...* cit., 2009, Editorial Aranzadi, SA., Cizcur Menor, Pamplona. p. 167.

³² MELIAN GIL, José Luis, *El Mutualismo Laboral*, 1963, C.E.S.I.C. Madrid, p. 93.

³³ GARCÍA MURCIA, Joaquín *et al.*, *Legislación Histórica...* cit., 2009, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 169.

³⁴ *Ibidem*, p. 377.

españoles a la Seguridad Social, y será la nueva Ley la que establezca el principio de universalidad, implicando que todos los españoles, cualquiera que sea su actividad profesional y este realizada tanto por cuenta ajena como propia, quedarán encuadrados en el campo de aplicación del sistema, ya que existe una obligación de afiliación que podrá incluso efectuarse de oficio.³⁵ Partiendo de la idea de mutualismo, la nueva ley reconoce el derecho a la participación de los integrantes que conforman el sistema así como la prohibición de actuar con ánimo de lucro. Supuso, por una parte, que a pesar de establecerse un modelo de gestión pública, se permitió la colaboración de las empresas, en especial en “materia de accidente, enfermedad, protección familiar y pago delegado de las prestaciones a corto plazo”.³⁶ Por otra, supuso poner fin a la participación de las aseguradoras mercantiles en el sistema, claramente permitiendo a las mutuas patronales continuar participando en la gestión, pues esto implicaba que el aseguramiento de las contingencias estaría sujeto a los intereses del mercado.³⁷

Estas bases “adquirirán rango legal tres años más tarde con la promulgación del Decreto 907/1966, de 21 de abril, Texto articulado de la Ley de Bases de la Seguridad Social, que será modificado por la Ley 24/1972, de 21 de junio, sobre financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, que finalmente serán ambas refundadas por el Decreto 2.065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social”.³⁸

A pesar del afán unificador de toda esta nueva legislación en la materia siguió existiendo una pluralidad gestora, sin embargo, se consiguió sistematizar los ámbitos de actuación de estas distintas entidades. La nueva normativa contempló la existencia de dos modalidades de gestión del Sistema de Seguridad Social. Una de estas modalidades le correspondería a las Mutualidades Laborales, integradas institucionalmente en el sistema, entendidas como corporaciones de Derecho Público de base profesional, de afiliación obligatoria, estarían adscritas al Instituto Nacional de Previsión o al Servicio de Mutualismo Laboral constituido como Entidad Gestora. La otra modalidad, por su parte, correspondía al Instituto Nacional de Previsión. Ambas tenían unas facultades que alcanzaban los tres tipos de actuaciones: la

³⁵ GARCÍA JIMÉNEZ, Manuel. *Las Mutuas de Accidentes de...* cit., 2011, Universidad de Córdoba., Córdoba, p. 84-86.

³⁶ GARCÍA MURCIA, Joaquín *et al.*, *Legislación Histórica...* cit., 2009, Editorial Aranzadi, SA., Cizcur Menor, Pamplona. p. 380.

³⁷ GARCÍA JIMÉNEZ, Manuel. *Las Mutuas de Accidentes de...* cit., 2011, Universidad de Córdoba., Córdoba, p. 86-90.

³⁸ *Ibidem*, p.88.

formalización del aseguramiento o actos de encuadramiento, la financiación, a través de la recaudación, y la acción protectora de las contingencias y prestaciones.³⁹

Se produce un cambio significativo en la gestión del sistema a la par que cambia la situación política del país. En esta coyuntura, surge en 1977 dos documentos denominados Pactos de la Moncloa y Libro Blanco de la Seguridad Social que supusieron una preparación para la reforma que se efectuó a través del Real Decreto Ley 36/1978, de 16 de noviembre. Contemporánea a estos hitos, nos vamos a encontrar con la creación de la Tesorería General de la Seguridad Social, que ostentaría las competencias en materia de recaudación de cuotas. De la nueva normativa podemos destacar dos grandes objetivos. Uno de ellos, será la delimitación del ámbito de la Seguridad Social que se llevará a cabo a través del establecimiento de tres áreas de actuación del sistema: las prestaciones de carácter económico, la asistencia sanitaria y los servicios sociales complementarios. Otro de sus objetivos esenciales será el de “simplificar y reducir las entidades gestoras y servicios” del sistema. Para cumplirlos, se crea el Instituto Nacional de la Seguridad Social, consolidándose como gran Entidad Gestora de la acción protectora del sistema, el Instituto Nacional de la Salud y el Instituto Nacional de Servicios Sociales a los que se les asigna la gestión de las tres áreas de acción protectora mencionadas anteriormente. Además, se extinguen las entidades gestoras existentes hasta entonces, entre las que nos encontramos con el Instituto Nacional de Previsión o el Servicio de Mutualismo Laboral, por ejemplo.⁴⁰

Una vez se efectúa la legislación sobre un verdadero sistema de Seguridad Social, superando el régimen de seguros anterior, se produce también una institucionalización de las mutuas patronales en este, lo que supuso una transformación de estas en su naturaleza, estructura y funcionamiento en busca de un ajuste con el resto del sistema. Desde la Ley de Bases de la Seguridad Social se estima que las Mutuas ya no podían concebirse como aseguradoras privadas sino como instituciones cuya actividad queda reducida a colaborar en una parcela de la Seguridad Social. Para poder ejercer esta actividad, la nueva normativa estableció una serie de directrices, que en sus aspectos sustanciales se sigue manteniendo en la legislación vigente. Entre ellas, nos encontramos con que las mutuas mantienen su personalidad jurídica como asociaciones privadas y voluntarias de empresarios, aunque con importantes limitaciones. Se les impuso el objetivo exclusivo de colaborar en la gestión de las contingencias de accidentes

³⁹ GARCÍA MURCIA, Joaquín *et al.*, *Legislación Histórica...* cit., 2009, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 399-401.

⁴⁰ GARCÍA MURCIA, Joaquín *et al.*, *Legislación Histórica...* cit., 2009, Editorial Aranzadi, SA., Cizcur Menor, Pamplona. p. 403-407.

de trabajo y enfermedades profesionales, aunque esta exclusividad no está presente hoy en día, con ausencia de ánimo de lucro, lo que implica que no podrá existir una percepción de beneficios económicos de ninguna clase a favor de sus asociados. En conclusión, sus operaciones quedan reducidas al reparto entre los empresarios asociados de los costes de la contingencia. Tal fue su integración en el sistema que el Texto Refundido establecía que las “primas” del régimen de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales tendrían, a todos los efectos, la condición de cuotas de la seguridad social. Por otra parte, la nueva normativa estableció una libertad de adhesión para la protección de las contingencias profesionales por parte de los empresarios, sin embargo, esta libertad no se configura a favor de las Mutuas: obligadas a aceptar toda proposición de asociación que les fuera formulada por los empresarios comprendidos en su ámbito de actuación, se establece que en la misma entidad se debe proteger a la totalidad de los trabajadores de los centros de trabajo comprendidos en el ámbito de la mutua de este empresario asociado, la falta de pago de las cuotas por un empresario no podría dar lugar a la resolución del convenio de asociación. Todo ello supone que la protección se efectuaría en los mismos términos y alcance que las entidades gestoras del sistema de Seguridad Social.⁴¹

Esta nueva normativa estableció una amplia regulación que concierne a numerosas materias, ya desde la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1966 se incluyó una serie de preceptos relacionados con nuestro objeto de estudio que han sido los criterios en los que se ha inspirado la regulación actual. Estos versan sobre la responsabilidad en materia de prestaciones que ya desde entonces fue encomendado a la entidad gestora, a la Mutua o al empresario, así como de la aplicación de un principio de automaticidad de las prestaciones por el cual se “neutraliza la inestabilidad de la protección”. La Ley en esta materia de responsabilidad de prestaciones preveía, desde entonces, un desarrollo normativo que nunca llegó a producirse, lo que demuestra que el legislador ya desde su promulgación era consciente de las limitaciones de esta regulación.⁴²

La nueva regulación, a pesar de que consiguió configurar un verdadero sistema de seguridad social, podemos afirmar que su cometido no llegó a cumplirse totalmente. Es decir, al unificar los diferentes seguros se intentó establecer un sistema que se basara en “la uniformidad de las contingencias protegidas” intentando socializar la responsabilidad prestacional a través de las

⁴¹ GARCÍA JIMÉNEZ, Manuel. *Las Mutuas de Accidentes de...* cit., 2011. Universidad de Córdoba, Córdoba, p. 99-106.

⁴² BLASCO PELLICER, Ángel, *La Responsabilidad Empresarial en el Pago de las Prestaciones de Seguridad Social*, 2005, Editorial Aranzadi, SA., Cizcur Menor, Pamplona. p.21- 22.

entidades gestoras y colaboradoras del sistema, siendo este el encargado de todas las prestaciones legalmente previstas. Sin embargo, esto deja de ser posible desde que se configura la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones de Seguridad Social.⁴³

⁴³ BLASCO PELLICER, Ángel, *La Responsabilidad Empresarial en el Pago de las Prestaciones de Seguridad Social*, 2005, Editorial Aranzadi, SA., Cizcur Menor, Pamplona. p. 23.

RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN EL PAGO DE LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL.

En nuestro sistema de seguridad social la responsabilidad empresarial en el pago de las prestaciones supone una excepción al principio constitucional establecido en el artículo 41 de la Constitución Española de 1978 “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos...”. Puesto que se trata de un precepto que “no consagra el derecho de los ciudadanos a la Seguridad Social, sino más bien el deber de los poderes públicos de estructurarla”.⁴⁴

Esta excepción a la regla general puede derivarse de mandato legal, de la colaboración voluntaria de la empresa en la gestión de la Seguridad Social, o bien, de un incumplimiento empresarial en sus obligaciones en materia de seguridad social. Por lo que podemos distinguir una serie de responsabilidades empresariales en este sentido.

I. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL DEL PAGO DIRECTO POR INCAPACIDAD TEMPORAL

El artículo 131 párrafo segundo de la Ley General de la Seguridad Social determina que estará a cargo de la empresa el abono directo de la prestación al trabajador desde los días cuarto al decimoquinto de la baja, ambos inclusive, en caso de enfermedad común o accidente no laboral. Por lo que nos encontramos ante un tipo de responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones de seguridad social originada por una imposición legal y no por algún tipo de incumplimiento empresarial,⁴⁵ lo que llevó a un debate doctrinal sobre la constitucionalidad del precepto con respecto a la naturaleza pública de la Seguridad Social configurada en el ya citado artículo 41 de la Constitución Española.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional determinó la conformidad de este precepto con dicho principio constitucional. Entendiendo que la obligación empresarial en cuestión afecta sólo a un aspecto concreto de la protección de la incapacidad temporal y, por lo tanto, “no altera el papel predominante de la protección pública frente a esta contingencia”.⁴⁶ No queda cuestionado el carácter público del sistema de seguridad social por “la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas”, según el Tribunal Constitucional, debido a

⁴⁴ SUAREZ GONZÁLEZ, Fernando, “La Seguridad Social y la Constitución de 1978”, *Papeles de Economía Española*, 1982, núm. 12/13, p. 121.

⁴⁵ BLASCO PELLICER, Ángel, *La Responsabilidad Empresarial en...* cit., 2005, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 33.

⁴⁶ CARACUEL, M. R. & RODRIGUEZ RAMOS VELASCOS, P.T., *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, 2003, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 876.

que la fórmula flexible “empleada por la Constitución impide hablar de un modelo único de Seguridad Social”.⁴⁷

Por otra parte, y para apoyar su decisión, el Tribunal Constitucional determina que el artículo 131 de la Ley General de la Seguridad Social implica una medida de carácter urgente destinada a reducir el crecimiento del déficit público, haciendo hincapié en que los derechos de prestación se verán efectivamente ejercidos dependiendo de los medios económicos disponibles.⁴⁸

II. COLABORACIÓN DE LA EMPRESA EN LA GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

El artículo 77 de la LGSS establece una enumeración de posibles colaboraciones de la empresa en la gestión de la seguridad social con respecto a su propio personal: asumir el pago, a su cargo, de las prestaciones por incapacidad laboral transitoria derivada de contingencias profesionales; pagar a cargo de la entidad gestora obligada las prestaciones económicas; asumir directamente el pago, a su cargo, de las prestaciones económicas por incapacidad laboral transitoria derivada de contingencias comunes. La expresión del legislador “exclusivamente en alguna o algunas” determina que la colaboración de las empresas solo puede desarrollarse respecto a las actividades y con el alcance que el artículo consagra.⁴⁹

Esta regulación se complementa con dos previsiones importantes: la primera, que las empresas que se acojan a esta colaboración tendrán derecho a reducir la cuota a la Seguridad Social, mediante la aplicación del coeficiente que fije el correspondiente ministerio y, la segunda, que el propio ministerio “podrá establecer, con carácter obligatorio, para todas las empresas o para algunas de determinadas características, la colaboración en el pago de las prestaciones señaladas en el apartado c) del artículo 77, esto es, el pago delegado de las prestaciones de incapacidad temporal, lo que sucede, con carácter general, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 16 de Orden Ministerial de 25 de noviembre 1996”.⁵⁰

Por lo tanto, como colaboración voluntaria exclusivamente encontramos los supuestos regulados en los apartados a) y d) del artículo 77. Según establece el Tribunal Constitucional la colaboración voluntaria de las empresas supone “una forma de autoaseguramiento en la

⁴⁷ BLASCO PELLICER, Ángel, *La Responsabilidad Empresarial en...* cit., 2005, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p.102.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 162/1989, de 16 de octubre.

⁴⁹ ALARCÓN CARACUEL, M. R. *et al*, *Comentarios a la Ley...* cit., 2003, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 544.

⁵⁰ BLASCO PELLICER, Ángel, *La Responsabilidad Empresarial en...* cit., 2005, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 95.

medida en que la empresa [...] asume el pago a su cargo de las prestaciones con la consiguiente reducción de la cuota correspondiente”, hecho comparable con el seguro mercantil.⁵¹

Podemos distinguir, por tanto, una colaboración voluntaria respecto a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional (regulada en los artículos 4 a 6 y 10 a 15 de la OCEG)⁵². Esta exige una autorización administrativa de naturaleza constitutiva que tendrá que suscribir la empresa que voluntariamente desee colaborar en la gestión de las contingencias profesionales. El artículo 4.1 de OCEG establece una serie de requisitos en relación al número de trabajadores de la empresa, las instalaciones sanitarias necesarias y un correcto cumplimiento de la legislación laboral. Entre sus obligaciones, por asumir esta colaboración voluntaria, encontramos: prestar a su cargo la asistencia sanitaria que corresponda a la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, pagar directamente y a su cargo la prestación económica correspondiente a la situación, sin que pueda ceder, transmitir o asegurar la gestión de cobertura de la prestación con otra persona o entidad. “Como contraprestación, las empresas retendrán, al efectuar la cotización, la parte de cuota correspondiente a las mencionadas prestaciones sanitarias y económicas. No obstante, la retención no es de la totalidad de las primas de accidente de trabajo relativas a las contingencias de asistencia sanitaria de incapacidad temporal, [...] ya que las empresas deberán ingresar, en concepto de aportación al sostenimiento de los servicios comunes y los demás gastos generales y a la satisfacción de las exigencias de la solidaridad nacional, la cantidad resultante de la aplicación de un coeficiente fijado anualmente por el ministerio”.⁵³

Por otro lado, distinguimos una colaboración voluntaria respecto al abono de las prestaciones económicas por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, es decir, enfermedad común o accidente no laboral, regulada en los artículos 14 bis a 15 quater de la OCEG. La diferencia fundamental con respecto a la otra modalidad de colaboración voluntaria será que no se requiere autorización administrativa previa, sino que es suficiente con que “los empresarios que deseen acogerse a ella efectúen la oportuna opción en la Dirección Provincial de la TGSS donde el empresario solicite la apertura de la

⁵¹ BLASCO PELLICER, Ángel, *La Responsabilidad Empresarial en...* cit., 2005, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 96.

⁵² Orden Ministerial, de 25 de noviembre de 1966, por la que se regula la colaboración de las empresas en la gestión de Régimen General de la Seguridad Social.

⁵³ ALARCÓN CARACUEL, M. R. *et al*, *Comentarios a la Ley...* cit., 2003, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 547

correspondiente cuenta de cotización o, en su defecto, en la que el mismo tenga su domicilio”.⁵⁴

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1997⁵⁵ establece una serie de características de la colaboración voluntaria, resultando práctica su mención, entre ellas determina: la participación de la empresa se inserta en un sistema público presidido por el principio de gestión única; la colaboración exige el cumplimiento por la empresa de unos previos y exigentes requisitos legales; las empresas colaboradoras siguen estado obligadas a abonar la cuota única a la Seguridad Social conforme al régimen ordinario, y solo están limitadas para retener el coeficiente que fija unilateralmente el Ministerio de empleo que puede ser inferior al gasto que están obligadas a realizar; no pueden obtener lucro alguno de su gestión; están obligadas a asumir el déficit que esta pueda producir, cualquiera que sea la causa, incluido un aumento anormal e imprevisto de las prestaciones; el INSS mantiene en todo momento facultades para instar la inspección y la extinción de la colaboración.

1. Pago delegado por la empresa de la prestación a cargo de la entidad gestora o colaboradora.

Como hemos apuntado anteriormente, el apartado c) del artículo 77 de la LGSS regula una modalidad de colaboración de las empresas en la gestión del sistema que resulta obligatoria. En estos supuestos, la responsabilidad del pago de la prestación recae sobre la entidad gestora, la empresa solo se encuentra ante “la obligación legal de pagar por cuenta de la entidad gestora” con la finalidad de “agilizar el pago y la gestión de prestaciones periódicas y de corta duración”.⁵⁶

Según determina la OCEG en su artículo 3.2, en principio, el pago delegado será obligatorio para todas las empresas cualquiera que sea el número de trabajadores empleados. Sin embargo, el artículo 16 de la citada norma determina una serie de excepciones: las empresas que empleen menos de 10 trabajadores y lleven más de seis meses consecutivos pagando a alguno de ellos una prestación económica por IT; la empresa que tenga concedido un aplazamiento o fraccionamiento para el ingreso de las cuotas podrá exceptuar el pago delegado durante el periodo que alcance el aplazamiento; cuando la situación económica de la

⁵⁴ ALARCÓN CARACUEL, M. R. *et al*, *Comentarios a la Ley...cit.*, 2003, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona, p. 549.

⁵⁵ (RJ 1998, 9155).

⁵⁶ ALARCÓN CARACUEL, M. R. *et al*, *Comentarios a la Ley...cit.*, 2003, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 551

empresa así lo aconseje, ante estas situaciones se podrá trasladar la obligación de pago directo a la Entidad Gestora o la Mutua por cuya delegación viniesen efectuando el pago delegado.

Sustancialmente, “la obligación de la empresa se limita a pagar, por delegación, la prestación sobre la que incide la colaboración, sin mayores facultades en lo que concierne a su reconocimiento o control. En consecuencia, [...] implica que las empresas se reintegrarán de la cuantía íntegra de las cantidades satisfechas descontándolas del importe de las liquidaciones que han de efectuar para el ingreso de las cuotas de la Seguridad Social que correspondan al mismo período que las prestaciones satisfechas”.⁵⁷ Este mecanismo de pago con reintegro es una de las cuestiones más conflictivas en los supuestos de pago indebido de prestaciones.

El pago indebido de prestaciones por parte de la empresa, en muchas ocasiones, es consecuencia de la propia finalidad del pago delegado, es decir, para agilizar el pago de las prestaciones el empresario no tendrá que esperar a la confirmación del INSS para proceder al pago de la prestación de incapacidad temporal, por ejemplo, sino que deberá efectuar el mismo tan pronto como el trabajador justifique que se encuentra en tal situación mediante la presentación del correspondiente parte facultativo de baja y de los sucesivos de confirmación de la misma,⁵⁸ así lo determina el artículo 17 de la OCEG.

Según el artículo 18 de la OCEG, que regula el régimen jurídico del pago indebido, cuando los empresarios abonen a su trabajadores el subsidio del desempleo parcial, sin que se haya reconocido el derecho al mismo o cuando lo abonen en cuantía superior a la reconocida el importe de las cantidades indebidamente satisfechas no podrá ser objeto de reintegro y el empresario podrá exigir su devolución a los trabajadores afectados. Se extiende la regulación al subsidio por incapacidad temporal, salvo en el supuesto de que el no reconocimiento del derecho a la prestación económica por incapacidad temporal derivada de enfermedad común o accidente no laboral sea debido a inexactitud de la declaración formulada por el trabajador en la acreditación del periodo de carencia, en cuyo supuesto el empresario podrá efectuar el correspondiente reintegro, sin perjuicio de que la Entidad gestora exija esta última prestación.

A partir de esta regulación, se cuestionó la posibilidad de exigir al empresario la obligación de comprobar que efectivamente se cumplen los requisitos exigidos antes de proceder al pago de

⁵⁷ ALARCÓN CARACUEL, M. R. *et al*, *Comentarios a la Ley...cit.*, 2003, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 552.

⁵⁸ PÉREZ GUERRERO, M. Luisa. *La Responsabilidad de las Empresas Colaboradoras en la Gestión de la Seguridad Social: El Reintegro de Prestaciones Indebidamente Percibidas*, 2003, *Revista Andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº 72.

la prestación, especialmente cuando el período de carencia exigido no ha sido completado en la empresa. Por ello, nos vamos a encontrar con pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios. Algunos entienden que existe una clara imputación al empresario de la obligación de realizar, previamente al pago de las prestaciones, las comprobaciones necesarias para constatar que se cumplen los requisitos exigidos para generar el derecho a la prestación, y si no se lleva a cabo, no podría deducir el pago realizado.⁵⁹ Esta ha sido la línea jurisprudencial seguida por la mayoría de la jurisprudencia y la doctrina. Sin embargo, nos vamos a encontrar con la sentencia de 2 de abril de 2003 del Tribunal Supremo⁶⁰ que modifica esta posición determinando: “según la disposición del artículo 17 de la Orden de 25 de noviembre de 1966, el empresario comenzará a hacer efectivo el pago tan pronto como el trabajador justifique que se encuentra en tal situación [...] y no alude aquí a otros deberes que haya de asumir y cumplir el empresario [...] porque no se impone aquí ninguna obligación al empresario, sino al trabajador beneficiario de la prestación, que es quien debe justificar que cumple todos los requisitos necesarios para lucrar la prestación, y por esa razón no hay base legal que permita gravar al pagador delegado con la obligación de constatar el cumplimiento de las condiciones legales en cada caso”

III. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR FALTA DE ALTA O AFILIACIÓN.

El sujeto obligado a solicitar la afiliación y/o el alta del trabajador es el empresario, así lo dispone el artículo 100 del la LGSS. Las solicitudes de alta deben presentarse por los sujetos obligados con carácter previo al comienzo de la prestación de servicios del trabajador, sin que en ningún caso puedan serlo antes de los sesenta días naturales anteriores al previsto para la iniciación de la misma.⁶¹ Sin embargo, no será hasta el momento en el que se inicie la actividad que el alta realizada previamente surta sus efectos.

El alta formalizada fuera de plazo no tiene ningún efecto retroactivo, y según establece la norma surte efectos desde el día en que se presente la solicitud.⁶² Sin embargo, la jurisprudencia ha ido matizando esta expresión determinando que el alta solo surtirá efectos desde el momento en que se tramita, no cubriendo el día entero. Así lo determinó el Tribunal

⁵⁹ PÉREZ GUERRERO, M. Luisa. *La Responsabilidad de las Empresas Colaboradoras en la Gestión de la Seguridad Social: El Reintegro de Prestaciones Indebidamente Percibidas*. 2003, *Revista Andaluza de trabajo y bienestar social*, N° 72.

⁶⁰ (RJ 2003, 4048).

⁶¹ Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, artículo 35.3 apartado 1º.

⁶² *Ibidem*, artículo 35.1.

Supremo en los supuestos que se tramitó el alta al trabajador el mismo día que se había producido un accidente de trabajo aunque algunas horas después de acaecido el siniestro.⁶³

Mas existen una serie de excepciones con respecto a la irretroactividad del alta tardía. Entre ellas, nos encontramos con las altas tramitadas de oficio por la administración, estas retrotraen sus efectos al momento en que los hechos que las motiven hayan sido conocidos por la misma. Si se realizaran como consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, los efectos se retrotraen al momento en el que se haya llevado a cabo la actuación de esta, salvo los casos en los que la actuación hubiera sido promovida por orden superior, a instancia de las entidades gestoras o como consecuencia de denuncia, queja o petición expresa, en cuyo caso los efectos se retrotraerán a la fecha en que se hayan producido tales situaciones.⁶⁴ Otra de las excepciones se dará cuando el empresario lleve a cabo el ingreso de las cuotas en el plazo reglamentario, entonces el alta retrotraerá sus efectos a la fecha en la que se hayan ingresado las primeras cuotas correspondientes al trabajador. Por lo tanto, el alta tiene efectos desde que se ingresan las cotizaciones, y no desde que estas se devengan, llevándonos a un periodo de desprotección del trabajador que puede durar dos meses desde el inicio de la relación laboral,⁶⁵ ya que el artículo 56.1 Real Decreto 1415/2004 establece que “las cuotas de la seguridad Social [...] se ingresarán dentro del mes siguiente al que corresponda su devengo”. En esta argumentación se basa la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2006 al estimar que “la retroactividad o eficacia de las cuotas ingresadas dentro del plazo reglamentario, pero en casos en los que al alta en Seguridad Social es posterior al hecho causante, queda limitada a la fecha en la que se produjo el ingreso de aquellas cuotas y en ningún caso al momento al que corresponda la primera de esas cuotas”. Por lo tanto, “el legislador niega cualquier eficacia retroactiva al alta cuando esta ha sido solicitada extemporáneamente por el empresario o por el propio trabajador y atribuye eficacia retroactiva limitada al alta tardía producida de oficio”.⁶⁶

Las obligaciones instrumentales de alta y afiliación, tienen una gran relevancia en el sistema, puesto que implican que el trabajador se incluye dentro del sistema de protección. “La constitución de la relación de seguridad social, con los efectos específicos tanto de prestación

⁶³ Sentencia del tribunal Supremo de 27 de octubre de 2004, (R° 5097,2003), 21 de septiembre de 2005, (R° 3175,2004), de 28 de abril de 2006, R° (2260,2005) y 18 de enero de 2007, R° (3253,2005).

⁶⁴ Real Decreto 84/1996... cit. artículo 35.1.2

⁶⁵ ARANGÓN GOMEZ, Cristina. *La Prestación Contributiva de Seguridad Social*, 2013, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 221

⁶⁶ BEJARANO HERNÁNDEZ, Andrés, *Seguridad Social y protección social: Temas de actualidad*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 329.

como de pago y cotización, se vinculan a estos actos esenciales”.⁶⁷ Estos actos llevan aparejada unas consecuencias igualmente trascendentales, y es que nuestro sistema condiciona el derecho a las prestaciones a la concurrencia del requisito de alta, según establece el artículo 124.1 de la LGSS. Por lo tanto, la falta de este requisito puede llegar a impedir el acceso a la protección, suponiendo un más que considerable perjuicio para el trabajador que no es quien está obligado a cumplir con los actos de encuadramiento legalmente establecidos.⁶⁸

La reparación de este perjuicio se da con la responsabilidad empresarial por falta de afiliación y/o alta. El artículo 126.2 de la LGSS determina la exigencia de responsabilidad, en cuanto al pago de las prestaciones, por el incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas. Sin embargo, el citado artículo no determina cuales serán los supuestos de responsabilidad, el alcance de esta, ni los procedimientos para que la responsabilidad empresarial sea efectiva, sino que se remite a un posterior desarrollo reglamentario que no ha llegado nunca, por lo que la jurisprudencia ha determinado que se mantenga la vigencia con valor reglamentario de los artículos 94 a 97 de la Ley de la Seguridad Social de 1966 en lo que no se oponga a la posterior normativa. No obstante, la anterior regulación no resuelve todos los supuestos que se plantean y su interpretación debe hacerse con cuidado, tal y como determina la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1991,⁶⁹ debido a que estos preceptos fueron “concebidos en una situación jurídica y social diferente a la actualidad”.

Con respecto al alcance de la responsabilidad empresarial, podemos citar el artículo 94.1 de la Ley de la Seguridad Social de 1966 que determina que el empresario será responsable del pago de las prestaciones de seguridad social por falta de afiliación o alta sin que le exonere de responsabilidad el alta presunta o de pleno derecho. Es decir, aunque se trate de los supuestos establecidos en el artículo 125.3 de la LGSS “se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo...”, incluso, aunque existan prestaciones en las que se suprima la exigencia del requisito de alta para poder acceder a estas⁷⁰ y no supongan, por tanto, un perjuicio para el trabajador el empresario incumplidor es, en principio, responsable de la prestación causada con la extensión que corresponda.

⁶⁷ BLASCO PELLICER, Ángel, *La Responsabilidad Empresarial...* cit., 2005, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 35-36.

⁶⁸ ARANGÓN GÓMEZ, Cristina. *La Prestación Contributiva...* cit., 2013, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 226.

⁶⁹ (RJ 1991, 1511)

⁷⁰ Véase las prestaciones de incapacidad permanente y jubilación reguladas en los artículos 138.3 y 161.4, y pensiones de viudedad u orfandad regulados en los artículos 174.1 y 175.1 de la LGSS.

Por otro lado, tampoco exonera de responsabilidad al empresario el alta de oficio o por actuación inspectora, salvo que esta se lleve a cabo antes del hecho causante de la prestación. Y es que al empresario incumplidor se le imputa “la responsabilidad por las prestaciones que se causen durante el periodo comprendido entre el comienzo real de la prestación de trabajo y la fecha de efectos del alta, pues en aplicación de lo previsto en el artículo 35.3 del Real Decreto 84/1966, los sujetos obligados a solicitar el alta incurrirán en las responsabilidades que de su falta de solicitud se deriven con anterioridad a su fecha de efectos”.⁷¹ Por lo tanto, en los supuestos de formalización extratemporánea del alta o afiliación el tiempo que media entre el inicio de la actividad laboral y los efectos de estos actos de encuadramiento suponen un espacio de responsabilidad empresarial futura inamovible.

Con respecto a esta responsabilidad futura es trascendental la aplicación por parte de la jurisprudencia de la no prescripción de la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones de seguridad social, en tanto no prescriba el derecho a obtener la prestación, y así lo ejemplariza la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1998⁷² que impone responsabilidad empresarial por falta de afiliación, alta y cotización en relación a trabajadores que prestaron sus servicios con anterioridad a la normativa de 1966 y que en la actualidad impide su acceso a la jubilación anticipada como mutualistas.

A pesar de esta exigente normativa, excepcionalmente, se ha admitido el error de derecho o los errores formales sin relevancia como exoneradores de la responsabilidad. Es el caso de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 20 de diciembre de 1994⁷³ que contempla un caso de error de régimen de Seguridad Social por el que se cursó el alta, o el supuesto de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de septiembre de 2002⁷⁴ relativa al supuesto de falta de alta y cotización, con ingreso posterior en virtud de Acta de Liquidación, en un asunto de un transportista con vehículo propio cuya relación laboral era discutida, pues la laboralidad de los transportistas no quedó clara hasta la reforma del Estatuto de los Trabajadores operada por la Ley 11/94 de 19 de marzo, entre otras.⁷⁵

⁷¹ ARANGÓN GOMEZ, Cristina. *La Prestación Contributiva...* cit., 2013, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 221

⁷² (RJ 1999, 441)

⁷³ (AS 1994, 4922)

⁷⁴ (AS 2002, 3015)

⁷⁵ BLASCO PELLICER, Ángel, *La Responsabilidad Empresarial en...* cit., 2005, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 35.

IV. **RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR FALTA DE COTIZACIÓN.**

A pesar de que la cotización previa no se menciona en el artículo 124.1 de la LGSS como un requisito general para causar derecho a las prestaciones, por lo que cabría calificarla de requisito particular en tanto que es exigido para cada prestaciones, la habitual exigencia del mismo en la mayoría de las prestaciones lo convierte en uno de los requisitos generales.⁷⁶

Será el artículo 126.2 de la LGSS el que determine que el incumplimiento de la obligación de cotización va a conllevar la exigencia de responsabilidad en cuanto al pago de las prestaciones, previa fijación de los supuestos de imputación y de su alcance. Sin embargo, esta regulación se completa, por una parte, con el artículo 94.2 b) de la Ley de Seguridad Social de 1966 que determina que la responsabilidad aparece por falta de ingreso de las cotizaciones a partir de la iniciación del segundo mes siguiente a la fecha en que expire el plazo reglamentario establecido para el pago, ya analizado con respecto al alta extratemporánea, y además establece que las cotizaciones que se realicen fuera de plazo no exonerarán al empresario salvo los casos de aplazamiento o fracción en el pago. Por otra parte, el artículo 95.4 completaría la regulación determinando que el alcance de la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones se podría moderar reglamentariamente cuando el empresario ingrese las cuotas correspondientes a la totalidad de sus trabajadores, y en tal caso, la entidad gestora asumiría, en la medida en que el empresario quede exonerado, la responsabilidad resultante. Sin embargo, hay que tener en cuenta que hace un llamamiento a un desarrollo reglamentario que nunca se ha producido, al igual que ocurre con el artículo 126 de la LGSS, como hemos mencionado anteriormente.⁷⁷

Esta falta de regulación provoca una laguna legal en nuestro sistema de responsabilidad prestacional, por lo que la jurisprudencia ha tenido que realizar un sobre esfuerzo interpretativo y ha sido quien ha modulado el alcance de la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones por falta de cotización.

En principio, nos podemos encontrar con una serie de cuestiones que no plantean prácticamente dudas o divergencias para la jurisprudencia y la doctrina interpretativa. Una de ellas será la fecha del hecho causante, esta determina el sistema de responsabilidades. Es decir, el Tribunal Supremo ha apuntado en varias ocasiones que “las cotizaciones efectuadas fuera de plazo si lo son con anterioridad al hecho causante no determinan la responsabilidad

⁷⁶ OLARTE ENCABO, S., *Derecho a las Prestaciones de Seguridad Social*, 1998, Consejo Económico y Social de España. Madrid, p. 178.

⁷⁷ BLASCO PELLICER, Ángel, *La Responsabilidad Empresarial en...* cit., 2005, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 37.

empresarial”. Además, los descubiertos posteriores al hecho causante carecen de toda relevancia para la aplicación de esta responsabilidad. Otra de las cuestiones, que resulta especialmente relevante, será que tal responsabilidad se genera incluso en el caso de que las cotizaciones no ingresadas ya no sean exigibles por haber prescrito por el transcurso del tiempo, las deudas para con la seguridad Social cuentan con un plazo de prescripción de 4 años, sin embargo, la responsabilidad empresarial seguirá siendo exigible.⁷⁸

Con respecto a otras cuestiones, nos vamos a encontrar que el Tribunal Supremo ha articulado la responsabilidad empresarial a través de la introducción de criterios interpretativos propios del derecho de daños que toman en consideración la gravedad de la conducta empresarial, la voluntad del sujeto en el incumplimiento de sus obligaciones y la repercusión de dicho incumplimiento en la relación de protección. Con respecto a esta división, llevada a cabo por Cristina Aragón Gómez (2013), analizaremos la interpretación del Tribunal Supremo.

En relación a la ponderación de la voluntad del agente hay que tener en cuenta que se trata de uno de los primeros criterios de los que se valió el Tribunal Supremo para la determinación de la responsabilidad empresarial, fue utilizado por toda la jurisprudencia unificada a partir del año 1991. En base a este criterio, se distingue entre descubiertos empresariales que “pudieran ser considerados ocasionales o esporádicos y aquellos otros que, por su trascendencia, deberían de valorarse como rupturistas en cuanto aparecieran como demostrativos de la intención empresarial de no cotizar”.⁷⁹ Para poder diferenciarlos, el Tribunal determinó que la voluntad de incumplir ha de ser “nítida y persistente”. De esta forma, el Tribunal Supremo acuerda que no debe producirse un desplazamiento de responsabilidad al empresario en orden al pago de las prestaciones cuando los descubiertos de cotización no constituyen en sí mismos una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de la obligación⁸⁰ o cuando el incumplimiento proviene de un error jurídico excusable.⁸¹ Por lo tanto, lo relevante en aplicación de este criterio será la evidente intención de la empresa de no cotizar, por lo que no se tendrá en consideración tanto “la duración del descubierto en sí como la proporción que este representa con respecto al periodo de aseguramiento”.⁸²

⁷⁸ BLASCO PELLICER, Ángel, *La Responsabilidad Empresarial en...* cit., 2005, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. 37-38.

⁷⁹ *Ibidem*. p. 39.

⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1992, (Rº. 1302, 1991).

⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1997, (Rº. 3974, 1996).

⁸² ARANGÓN GOMEZ, Cristina. *La Prestación Contributiva...* cit., 2013, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 349.

Otro de los criterios dispone sobre la repercusión del incumplimiento empresarial en el acceso a la protección. Su aplicación por la jurisprudencia comienza a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1997.⁸³ En ella se acuerda que la exoneración de la responsabilidad empresarial debía definirse tanto sobre el criterio anterior como sobre esta nueva determinación basada en los principios constitucionales de *non bis in ídem* y de proporcionalidad. A pesar de que nuestro análisis se centra en la responsabilidad empresarial en orden al pago de las prestaciones de Seguridad Social los incumplimientos en materia de cotización llevan aparejadas otras consecuencias, es decir, estos constituyen una infracción administrativa que da lugar a una multa económica establecida en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social y el abono de las cuotas no prescritas junto con el recargo correspondiente. Por lo tanto, para poder establecer la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones debe existir una conexión entre esta y el perjuicio que el incumplimiento del deber de cotizar ha producido en el derecho del trabajador⁸⁴, por ejemplo, que la falta de cotización imputable al empresario impida la cobertura del período de cotización exigido para acceder a la prestación. Si esto no ocurriese, e igualmente se imputase esta responsabilidad empresarial, se estaría sancionando “dos veces la misma conducta sin que exista una justificación en el marco de la relación de protección”.⁸⁵ En base a este criterio, Cristina Aragón Gómez (2013) distingue tres supuestos:

Conducta empresarial que incide en el derecho a la prestación. Esta conducta puede repercutir en la acción protectora desde varias perspectivas. Por una parte, el incumplimiento puede impedir al trabajador cubrir el periodo de carencia para acceder a la prestación, con respecto a ello la jurisprudencia determina que “la responsabilidad empresarial alcanzará la parte proporcional correspondiente al periodo no cotizado sobre el total de la prestación”. Por otra parte, el incumplimiento puede afectar únicamente a la intensidad de la prestación, bien por condicionar el importe de la base reguladora, el porcentaje aplicable sobre esta última o la duración de la prestación. En estos casos, cuando se vea afectada la cuantía de la prestación “el principio de proporcionalidad obliga a imputar a la empresa la responsabilidad por la

⁸³ (R°. 3824,1996).

⁸⁴ ARANGÓN GÓMEZ, Cristina. *La Prestación Contributiva...* cit., 2013, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 350.

⁸⁵ BLASCO PELLICER, Ángel, *La Responsabilidad Empresarial en...* cit., 2005, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 40.

diferencia. De todas formas, el Tribunal establece un reparto de responsabilidades entre la empresa y la entidad gestora que no se encuentra previsto en la legislación”.⁸⁶

Incumplimiento empresarial que no repercuta en la acción protectora y la situación de necesidad deriva de una contingencia común. En el caso de que existan descubiertos de cotización pero estos no influyan en el período previo de carencia, debido por ejemplo a que a pesar de este el causante acredita el periodo exigido por la norma, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2004⁸⁷ determina que no habrá responsabilidad empresarial con independencia de la gravedad que pudiera tener tales descubiertos.

Incumplimiento empresarial que no repercuta en la acción protectora y la situación de necesidad derive de una contingencia profesional. A diferencia de las contingencias comunes, las prestaciones que deriven de contingencias profesionales no exigen periodos previos de cotización según establece el artículo 124.4 de la LGSS, además los incumplimientos de la obligación de cotizar tampoco afectarían a la intensidad de la prestación puesto que, por norma general, la cuantía de la prestación no viene determinada por las bases de cotización sino por los salarios reales. Con todo ello, el criterio de proporcionalidad que había sido aplicado por la jurisprudencia en orden a las prestaciones derivadas de contingencias comunes quedaría vacío puesto que implicaría exonerar de responsabilidad al empresario ya que su incumplimiento no tiene incidencia en la relación de protección.⁸⁸ Por lo tanto, el Tribunal Supremo, a través de sentencias como la de 1 de febrero de 2000,⁸⁹ establece que lo relevante en estos casos será la intensidad del incumplimiento de la obligación de cotizar. Es decir, si el incumplimiento es esporádico, irrelevante o revela una voluntad definitiva de incumplimiento, y de esta forma se aplicará el primer criterio determinado por el Tribunal que explicamos.

V. RESPONSABILIDAD POR DESCUENTO INDEBIDO EN LA LIQUIDACIÓN.

Las empresas se reintegrarán de las cantidades satisfechas a sus trabajadores en régimen de pago delegado, descontándolas del importe de las liquidaciones que efectúan para el ingreso de las cuotas de la Seguridad Social que correspondan al mismo período que las prestaciones satisfechas. Para ello, las empresas reflejarán en los impresos correspondientes a la

⁸⁶ ARANGÓN GOMEZ, Cristina. *La Prestación Contributiva...* cit., 2013, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 351.

⁸⁷ (RJ 2005,1729)

⁸⁸ ARANGÓN GOMEZ, Cristina. *La Prestación Contributiva...* cit., 2013, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 352.

⁸⁹ (R.º 694, 1999)

liquidación de cuotas el importe de las prestaciones abonadas, de forma detallada y con determinación nominal de los trabajadores a quienes se hayan satisfecho aquellas.⁹⁰

Cuando los empresarios abonen a sus trabajadores un subsidio sin tener derecho al mismo o en cuantía superior a la reconocida no podrán reintegrarse de las cantidades indebidamente satisfechas, tal y como hemos apuntado anteriormente. No obstante, en este sentido la cuestión que subsista mayor complejidad en orden a la responsabilidad empresarial del pago de prestaciones de la seguridad social viene dada por aquellos casos en los que la empresa obligada al pago delegado, en virtud del artículo 77 de la LGSS comentado, no abona la prestación al trabajador beneficiario de la misma, pero a pesar de ello descuenta en las liquidaciones realizadas ante la Entidad Gestora las cantidades correspondientes a un pago que no ha sido efectuado.

Esta cuestión carece de regulación específica por lo que para su clarificación debemos acudir, una vez más, a la jurisprudencia, la propia sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2002⁹¹ hace referencia a esta laguna jurídica resolviendo que: “la normativa específica de la Seguridad Social carece de una previsión concreta que regule el supuesto de la conducta que aquí se enjuicia y consistente en la necesidad de reintegro a la Mutua aseguradora de lo que le fue detráido en su día por el empresario.”

El debate se centra en determinar si el incumplimiento empresarial, producido al haber descontado indebidamente en los boletines de cotización la suma correspondiente al abono por pago delegado de una prestación cuando en realidad no había realizado tal abono, suponen imponer responsabilidad a la empresa en orden a esta prestación. Así lo interpretó la sentencia del 7 de julio de 2011 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha⁹² estimando que cuando se produce este incumplimiento en orden al pago delegado en realidad nos encontramos ante un incumplimiento en relación a la obligación de cotizar, acarreando, por lo tanto, una responsabilidad empresarial en el pago de la prestación que no fue abonada. Sin embargo, esta sentencia fue recurrida en casación para la unificación de doctrina resolviendo el Tribunal Supremo que este incumplimiento no puede suponer responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones, amparándose en el pronunciamiento de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012⁹³ relativa a una empresa que en el momento de actualizarse

⁹⁰ MUÑOZ MOLINA, Julia. *La Incapacidad Temporal como Contingencia Protegida por la Seguridad Social*. 2005, Editorial Aranzadi, SA., Cizcur Menor, Pamplona. p. 257.

⁹¹ (RJ 2002, 10910)

⁹² (JUR 2011, 275952)

⁹³ (RH 2012, 3755)

la contingencia se encontraba totalmente al corriente en el pago de las cuotas de Seguridad Social, interpretando el Tribunal que no cabe hablar en estos casos de descubiertos, sino de falta de abono de las cantidades que en ejecución de las obligaciones derivadas del sistema de pago delegado del subsidio venía la empresa obligada a realizar y a cuyo efecto hizo los descuentos en las liquidaciones giradas a la Entidad Gestora, aunque nunca llegó a pagarlas. Así como de dos sentencias de la misma sala⁹⁴ que sostienen que la responsabilidad empresarial trae causa de su actuación al momento de producirse el hecho causante, y no posteriormente, de forma que sólo cabe tener en cuenta los descubiertos que puedan seguir a la fecha en la que se actualice la contingencia. Y por lo tanto, determinan que no hay responsabilidad directa de la empresa que se derive de la contingencia que tenía correctamente asegurada con la entidad gestora o colaboradora sino que será ésta la que haya de hacer frente a las responsabilidades que aquella origine, tal y como se desprende del artículo 126.1 de la LGSS. Finalmente, la sentencia que resuelve el recurso de casación⁹⁵ dictamina que la circunstancia de que la empresa haya incumplido sus obligaciones en orden a la colaboración en el pago del subsidio, tiene también relevancia jurídica pues la obligación de su abono, aunque de manera delegada, no desaparece, pero se proyecta no en el plano de las responsabilidades derivadas de la propia contingencia, sino de aquellas otras que traen causa del incumplimiento de las referidas obligaciones de colaboración, tal y como se desprende del artículo 17. 1 b) y 19 de la Orden de 25 de noviembre de 1966.

VI. DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL.

El procedimiento para la exigencia de responsabilidad al empresario viene invocado desde el propio artículo 126.2 de la LGSS. Sin embargo, no será hasta la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que se añade por su artículo 34.3 el precepto del artículo 126.4 de la LGSS que determina que corresponderá a la Entidad Gestora competente la declaración, en vía administrativa de la responsabilidad en orden a las prestaciones cualquiera que sea la prestación de que se trate. Pero además, faculta a la misma ser quien dictamine la Entidad que, en su caso, deba anticipar la prestación o constituir el correspondiente capital coste.

Por lo tanto, la responsabilidad es declarada por la Administración en procedimiento en el que se oye al empresario y la decisión del ente gestor puede ser revisada ante la jurisdicción social, teniendo en cuenta que, como ocurre en las sanciones administrativas rige el principio

⁹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2001(RJ 2001, 2814); 24 de marzo de 2000 (RJ 2000, 2814).

⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2012 (RJ 2012,10306).

de ejecutividad inmediata⁹⁶, todo ello en base a la jurisprudencia de la sala de lo social del Tribunal Supremo puesto que la regulación del artículo 126.2 de la LGSS que condiciona la responsabilidad empresarial a la “previa fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación para hacerla efectiva” no ha sido objeto de desarrollo, con la excepción a algunos aspectos de la prestación por desempleo.

En el caso del desempleo, el artículo 32.1 del RD 625/1985 de 2 de abril dispone que cuando se solicite la prestación por desempleo y se compruebe que el interesado no figura dado de alta en la Seguridad Social se procederá de acuerdo a unas determinadas reglas que consisten en poner el hecho en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para que esta informe sobre la efectiva prestación de servicios por el trabajador en la empresa incumplidora. Una vez recibido el informe de la inspección, se emplazará al empresario responsable para que comparezca en el procedimiento a efectos de alegar lo que estime oportuno. Si existiera responsabilidad se dictara resolución señalando la cuantía y el alcance de la responsabilidad del empresario debiendo hacer efectivo el importe de la prestación en el plazo de treinta días.

⁹⁶ BLASCO PELLICER, Ángel, *La Responsabilidad Empresarial en...* cit., 2005, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 126.

AUTOMATICIDAD DE LAS PRESTACIONES

El principio de automaticidad de las prestaciones es una técnica jurídica por la que la entidad gestora o colaboradora anticipa las prestaciones causadas por el beneficiario en los casos de responsabilidad empresarial por incumplimiento de sus obligaciones y, posteriormente, repite contra el empresario responsable.⁹⁷ Es un elemento de corrección de la desprotección a la que podría conducir el sistema de responsabilidad empresarial actual. Sin embargo, a partir de la regulación establecida en el artículo 125.5 de la LGSS se dispone que el anticipo a cargo de la entidad gestora o colaboradora funciona como “garantía del trabajador y no una exoneración de las obligaciones del empresario de dar de alta y cotizar. Por ello no impide la declaración de responsabilidad de este, que se configura como concepto separable del anticipo”.⁹⁸

Este principio no opera siempre y en todos los casos, y aunque lo hiciese, en muchas ocasiones, tampoco será de forma completa. El propio artículo 126.3 de la LGSS, en el que se encuentra positivizado el principio de automaticidad, determina que las entidades responsables del anticipo lo llevarán a cabo en aquellos casos en los que se determine reglamentariamente, es decir, el principio se encuentra limitado “por lo que el Estado decida en cada momento”.⁹⁹ No obstante, como ya viene siendo habitual en la materia que nos ocupa, no ha habido desarrollo reglamentario del precepto por lo que ante esta situación también se considera en vigor la Ley de Seguridad Social de 1966, en concreto sus artículos 94 y siguientes. La jurisprudencia¹⁰⁰ estimó que mantener reglamentariamente estos preceptos plantea dificultades, pues corresponden a un sistema no inspirado en el principio de automaticidad de las prestaciones, por lo que su interpretación requiere especial cuidado.

Otra de las limitaciones al principio de automaticidad viene establecida por el propio artículo 126.2 de la LGSS que, tras la Ley 24/2001¹⁰¹, fijó un límite cuantitativo al anticipo que se define en dos veces y medio el salario mínimo interprofesional, por ello, lo que exceda de esta cantidad no será objeto de anticipo sino que el trabajador tendrá que dirigirse contra la empresa responsable para obtener la parte de su prestación no cubierta por el principio de

⁹⁷ SALA, T. *El Régimen Jurídico del Derecho a Prestaciones de la Seguridad Social*, 1974, RISS, nº 6.p. 22.

⁹⁸ ALARCÓN CARACUEL, M. R. *et al*, *Comentarios a la Ley...cit.*, 2003, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 821

⁹⁹ BLASCO PELLICER, Ángel, *La Responsabilidad Empresarial... cit.*, 2005, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 154.

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 julio 1991 (RJ 1991,6831)

¹⁰¹ En desarrollo del Acuerdo de mejora y desarrollo del sistema de protección social de abril de 2001

automaticidad. Esta limitación se entendió como medida antifraude pero busca, sobre todo, aligerar las cargas económicas del sistema.¹⁰²

Se intenta desligar la protección del incumplimiento empresarial, dando seguridad y certeza, al garantizar la acción protectora por parte del ente público y evitar, así, que sea el trabajador quien tenga que dirigirse contra el empresario responsable, ya que es obvio que este no cuenta con los mismos medios que las entidades gestoras o colaboradoras de la Seguridad Social para hacer frente a esta reclamación, que gozan de una organización que puede enfrentarse al empresario incumplidor “en una posición de equilibrio de fuerzas a la que no tiene acceso el beneficiario”¹⁰³. En los casos en los que no opere el principio de automaticidad el beneficiario de la prestación deberá dirigirse contra el responsable y exigirle el pago de esta. Si en esta situación, el empresario fuera insolvente, es el trabajador quien corre con los riesgos, puesto que, en este caso, no hay garantía por parte de la Seguridad Social. No hay una cobertura a cargo de un Fondo de Garantía que, como sucede en los salarios e indemnizaciones, se ocupa de las insolvencias empresariales. El Fondo de Garantía Salarial cubría estas situaciones en su regulación inicial pero su actuación se ha limitado.¹⁰⁴

La doctrina ha distinguido entre prestaciones en régimen de automaticidad absoluta o plena y prestaciones en régimen de automaticidad relativa o condicionada¹⁰⁵ aunque no se trata de una clasificación que responda de forma exacta a la realidad.

I. RÉGIMEN DE AUTOMATICIDAD ABSOLUTA

La automaticidad absoluta implica que el principio opera y se aplica con independencia del incumplimiento empresarial. Es decir, la prestación se anticipa por la entidad gestora o colaboradora siempre, sin tener en cuenta el tipo de incumplimiento: falta de afiliación, alta o cotización.¹⁰⁶ El artículo 125.3 de la LGSS regula el alta de pleno derecho suponiendo la consagración del principio de automaticidad. Esta se refiere a “aquella situación en que existe actividad normal de trabajo, y por lo tanto, debería existir alta real, pero el empresario ha incumplido sus obligaciones, ante lo cual el legislador otorga la protección automática.” Se anticipa la prestación al trabajador por parte de la Entidad Gestora o la Mutua, “sin hacerle

¹⁰² ALARCÓN CARACUEL, M. R. *et al*, *Comentarios a la Ley...cit.*, 2003, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 818-819.

¹⁰³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía del 22 mayo 1995(AS 1995, 2112)

¹⁰⁴ ALARCÓN CARACUEL, M. R. *et al*, *Comentarios a la Ley...cit.*, 2003, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 818-819.

¹⁰⁵ CAMPS, L., *Prestaciones y Responsabilidades de la Seguridad Social*, 2000, Tirant lo Blanch. Valencia, p. 554-558.

¹⁰⁶ BLASCO PELLICER, Ángel, *La Responsabilidad Empresarial... cit.*, 2005, Editorial Aranzadi, SA,, Cizcur Menor, Pamplona. p. 154.

correr con los riesgos del incumplimiento empresarial de sus obligaciones que no jugarían ya como requisitos asegurativos, publicándose la relación de Seguridad Social.” En este sentido, el artículo 125.3 solo contempla las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, desempleo y asistencia sanitaria.¹⁰⁷ Por lo tanto, la característica que opera en el régimen de automaticidad absoluta es que el anticipo de la prestación no está condicionado al cumplimiento del requisito de alta.

Con respecto a la asistencia sanitaria, desde la Ley de Seguridad Social de 1966 el artículo 95.1.1 determina que esta se anticipara por las entidades gestoras o mutuas a los trabajadores en situación de alta de pleno derecho a los efectos de accidente de trabajo, enfermedad profesional y accidente no laboral. Sin embargo, el actual artículo 125.3 de la LGSS amplía el alta de pleno derecho, y por lo tanto el régimen de automaticidad absoluta, a los efectos de asistencia sanitaria causada por enfermedad común y maternidad.

Las prestaciones derivadas de contingencias profesionales estarán supeditadas al régimen de automaticidad absoluta teniendo en cuenta que a efectos de accidente de trabajo o enfermedad profesional el trabajador se encuentra en situación de alta de pleno derecho (artículo 125.3 LGSS) y no se exigirá períodos previos de cotización para acceder a las prestaciones (artículo 124.4 LGSS). La entidad que hubiera asumido la cobertura de estas contingencias profesionales debe anticipar el pago al trabajador que resulte beneficiario pudiendo, obviamente, dirigirse contra la empresa responsable a fin de resarcirse de la prestación abonada.¹⁰⁸ Aunque en estos casos, existirá una garantía adicional de reintegro, el Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, a la hora de subrogarse en los derechos y acciones contra el responsable de la prestación, como veremos, con mayor detenimiento, más adelante.

A pesar de no encontrarse previsto por el artículo 125.3 de la LGSS, en el caso de la prestación derivada de riesgo durante el embarazo, así como riesgo durante la lactancia natural, hay que tener en cuenta que el artículo 29.2 del RD 84/1996 establece que se considerarán en situación de alta de pleno derecho a efectos de estas contingencias, debido a que la presunción del artículo 125.3 LGSS no queda cerrada, pues se reconoce la posibilidad de que el Gobierno la haga extensiva a otras contingencias¹⁰⁹. Inicialmente, esta prestación tuvo un tratamiento en asimilación a la Incapacidad Temporal derivada de contingencias

¹⁰⁷ ALARCÓN CARACUEL, M. R. *et al*, *Comentarios a la Ley...* cit., 2003, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 817.

¹⁰⁸ BLASCO PELLICER, Ángel, *La Responsabilidad...* cit., 2005, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 154-155.

¹⁰⁹ ARANGÓN GOMEZ, Cristina. *La Prestación Contributiva...* cit., 2013, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 526

comunes. Sin embargo, será la Ley 3/2007 la que le atribuye naturaleza de contingencia profesional y por lo tanto, los requisitos que se exigen para su prestación cambiaron, ya no se exige carencia ni tan siquiera el alta en el sistema. Por lo tanto, rige sobre esta prestación un principio de automaticidad absoluto en aplicación del artículo 32.3 del RD 295/2009.¹¹⁰

En relación al régimen de automaticidad, la prestación por desempleo presenta una regulación autónoma al resto a través del artículo 220 de la LGSS. Su importancia en el régimen actual ha hecho que tenga una regulación específica que aborde el procedimiento para la exigencia de responsabilidad empresarial determinado en el artículo 32.1 del RD 625/1985, que dispone que la entidad gestora tiene la obligación de anticipar el pago de las prestaciones, sin esperar a la resolución final del procedimiento administrativo para la exigencia de responsabilidad empresarial, desde el momento en que quede constatada la prestación de servicios del trabajador en la empresa sin haberse efectuado el alta por incumplimiento empresarial.

II. RÉGIMEN DE AUTOMATICIDAD LIMITADA

El requisito de alta anterior al hecho causante constituye la condición del anticipo para aquellas prestaciones que no están protegidas por el principio de automaticidad absoluta. Por lo tanto, el régimen de automaticidad limitada o relativa se va a producir en algunos casos en los que “el empresario ha incumplido la obligación de cotizar pero ha cumplido su obligación de alta, o se da el caso de un alta presunta”.¹¹¹

Es el caso de la incapacidad temporal por contingencias comunes. En esta situación, se exigirá el alta del trabajador para hacer efectivo el anticipo por la entidad correspondiente, por lo que según clarifica la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2000¹¹² la ausencia total de alta al tiempo de producirse la actualización de la contingencia conlleva que la entidad gestora queda exenta de toda responsabilidad. En correlación el artículo 133 *ter* de la LGSS que asimila la prestación de Maternidad a la situación de incapacidad temporal,¹¹³ esta se someterá a un régimen de automaticidad limitada exigiéndose el alta del trabajador.

Con respecto a la pensión de jubilación, el artículo 95.2 de la Ley de Seguridad Social de 1966 determina que la pensión será anticipada por la entidad gestora para aquel trabajador que estuviese en alta. La jurisprudencia amplía esta posibilidad permitiendo que se acceda al

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 mayo 2014 (RJ 2014, 3869).

¹¹¹ BLASCO PELLICER, Ángel, *La Responsabilidad Empresarial...* cit., 2005, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 155.

¹¹² (RJ 2000, 5116)

¹¹³ BLASCO PELLICER, Ángel, *La Responsabilidad Empresarial...* cit., 2005, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 155.

anticipo de la prestación desde una situación asimilada al alta como es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2004¹¹⁴ que plasma la situación de una trabajadora en situación legal de desempleo que accede a la pensión de jubilación. Por otro lado, la misma sentencia clarifica que el principio de automaticidad se aplica a aquellos supuestos en los que la empresa viene condenada al abono de parte de la prestación de jubilación, en este caso a la trabajadora se le había denegado el acceso a la pensión de jubilación porque no cubría los periodos de carencia exigidos debido a defectos de cotización por parte de la empresa, con lo que el Tribunal condena a la entidad gestora al anticipo total de la prestación, es decir, también de la parte de la que resulta responsable la empresa incumplidora.

Con respecto a las pensiones y subsidios de invalidez o por muerte y supervivencia, el artículo 95.3 de la Ley de Seguridad Social las equipara a la situación de jubilación, con lo que se extiende el requisito de alta para proceder al anticipo de las prestaciones. Así lo ha confirmado la jurisprudencia en repetidas ocasiones como la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1993¹¹⁵ sobre la prestación de viudedad, que considera que una vez determinada la responsabilidad empresarial por incumplimiento de sus obligaciones para con la seguridad social y el trabajador se encuentre en alta o situación asimilada no es necesaria la concurrencia de ningún otro tipo de requisito para condenar al anticipo de la prestación. No obstante, en relación a la incapacidad permanente derivada de contingencias comunes en los grados de absoluta y gran invalidez operaría el régimen de automaticidad absoluta puesto que se trata de una prestación que puede ser causada desde una situación de inactividad o que no requiere el requisito de alta¹¹⁶ tal y como lo determina el artículo 138.3 de la LGSS.

Todas estas situaciones en las que opera el principio de automaticidad relativa, la falta de alta habría conducido a una situación de desprotección en la no se llevaría a cabo el anticipo de la prestación por la entidad responsable, lo que ha producido cierta polémica jurisprudencial. En un principio, fundamentalmente a través a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1991¹¹⁷ se buscó la extensión de la aplicación del principio de automaticidad considerando que no es razonable la aplicación del tenor literal de la ley de 1966 ya que supondría admitir la existencia de distintos niveles de protección así como transformar la responsabilidad pública declarada en el artículo 41 de la Constitución por responsabilidades privadas. Esta línea de interpretación fue cortada por el Tribunal Supremo a partir de la sentencia de 22 de

¹¹⁴ (RJ 2004, 2854)

¹¹⁵ (RJ 1994, 555)

¹¹⁶ ARANGÓN GOMEZ, Cristina. *La Prestación Contributiva...* cit., 2013, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 525.

¹¹⁷ (RJ 1991, 6831)

abril de 1994¹¹⁸ determinando que los supuestos en los que se debe proceder al anticipo es tarea que no incumbe a los Tribunales de Justicia y si al Gobierno, y resolviendo que el artículo 41 de la constitución no puede conducir a aplicar la automaticidad en cualquier situación de desprotección porque ello supondría desnaturalizar el carácter contributivo del régimen de Seguridad Social.¹¹⁹

¹¹⁸ (RJ 1994, 3271)

¹¹⁹ BLASCO PELLICER, Ángel, *La Responsabilidad...* cit., 2005, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 156-158.

RESPONSABILIDAD DEL ATICIPO

La función de colaboración de las empresas, y su ámbito de responsabilidad en el sistema, no puede ser una equiparación al autoaseguramiento que implique que la protección de la contingencia asegurada quede fuera del sistema de la Seguridad Social, a cargo, siempre, de la empresa, y permita a la Entidad Gestora desentenderse de sus obligaciones de protección.¹²⁰

El propio artículo 126.3 la LGSS, encargado de proclamar el principio de automaticidad de las prestaciones, determina que las entidades gestoras, las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional o, en su caso, los servicios comunes procederán, de acuerdo con sus respectivas competencias, al pago de las prestaciones a los beneficiarios. La determinación de la responsabilidad de un ente concreto, entre las entidades gestoras o colaboradoras, viene establecida por la responsabilidad que se deriva en orden al aseguramiento de la contingencia. En principio, la entidad que resultase responsable de la prestación a la que tuviese acceso el beneficiario, si no se hubiera producido el incumplimiento empresarial, será la misma que resultará responsable del anticipo cuando nos encontremos ante un régimen de automaticidad absoluta o relativa.

Hemos podido comprobar que la determinación de la contingencia común o profesional define una serie de diferencias en el régimen de su gestión. La responsabilidad en el pago de las prestaciones, así como el anticipo de estas cuando concurra una responsabilidad empresarial por incumplimiento en orden a las prestaciones, estará igualmente condicionada por la determinación de la contingencia, por lo que resulta práctico desglosar el estudio del anticipo atendiendo a esta diferencia.

I. MUTUAS DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL

Partiendo de la obligación empresarial de protección hacia sus trabajadores frente a los riesgos profesionales, el artículo 70.1 de la LGSS, establece la posibilidad de formalizar esta protección, bien en la entidad gestora correspondiente o bien a través de la asociación empresarial a una Mutua. De esta forma, el legislador posibilita que la protección de tales contingencias por medio de la pertenencia a una mutua pueda ser configurada como una opción de la empresa accediendo de forma voluntaria.¹²¹ Es cierto que el legislador permite que, cuando el empresario formalice la protección de las contingencias profesionales con una

¹²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 1 junio 2004. (RJ 2004, 5385).

¹²¹ ALARCÓN CARACUEL, M. R. *et al*, *Comentarios a la Ley...cit.*, 2003, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 516.

mutua, también puede optar por que se lleve a efecto por la misma la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. Esta novedad introducida por la Ley 42/1994 en su artículo 35 supuso que las mutuas empezaran a asumir tareas de gestión hasta entonces reservadas de forma exclusiva a las entidades gestoras de la Seguridad Social, permitiendo extender “la típica labor de autoaseguramiento empresarial para la que habían sido constituidas” las mutuas, ya que, de alguna forma, podemos considerar que comienzan a actuar como “entidades gestoras privadas de un servicio público”.¹²²

En definitiva, los empresarios podrán optar entre formalizar con la Entidad Gestora la protección de sus trabajadores por causas profesionales, o asociarse para ello a una Mutua. Esta integración en la Mutua se materializa a través del denominado Convenio de Asociación, que recoge los derechos y obligaciones de los asociados y de la Mutua y que, previsto inicialmente para un año, se prorroga anualmente salvo denuncia en contrario.¹²³ A diferencia de otros tipos de asociación, hay que tener en cuenta que, como consecuencia de su función social, las mutuas se configuran como asociaciones abiertas, suponiendo esto que habrán de aceptar toda proposición de asociación y de adhesión que se les formule por empresarios comprendidos en su ámbito de aplicación en los mismos términos y con igual alcance que las entidades gestoras, tal y como determina el artículo 70.3 de la LGSS, aunque ahora solo resulte operativo para el ámbito provincial en aplicación del artículo 70.2 de la misma ley.¹²⁴ Resulta práctico tener en cuenta que la mutua, como entidad colaboradora de la Seguridad Social, asume la gestión integral de la incapacidad temporal por riesgos profesionales, entendiendo por esto: partes de baja, de alta, prestación económica, asistencia sanitaria y recuperación. Sin embargo, será el INSS el que asume la competencia de declarar la entidad responsable, es decir, Entidad Gestora o Mutua, de las prestaciones de incapacidad temporal, y también tendrá la competencia para calificar la contingencia.¹²⁵

En virtud del principio de automaticidad que nos ocupa podemos plasmar su incidencia sobre el mutualismo laboral desde la LSS de 1966¹²⁶, que determina en su artículo 96.3 la

¹²² ALARCÓN CARACUEL, M. R. *et al*, *Comentarios a la Ley...cit.*, 2003, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 505.

¹²³ CAVAS MARTINEZ, Faustino, FERNANDEZ ORRICO, Francisco Javier. *La Cobertura de las Contingencias Profesionales en el Sistema Español de Seguridad Social*, 2006, Editorial Aranzadi SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 210.

¹²⁴ ALARCÓN CARACUEL, M. R. *et al*, *Comentarios a la Ley...cit.*, 2003, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 517.

¹²⁵ CAVAS MARTINEZ, Faustino *et al.*, *La Cobertura de las...cit.*, 2006, Editorial Aranzadi SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 210

¹²⁶ Decreto 2824/1974, de 30 de mayo. Texto Refundido de la Seguridad Social.

obligación de anticipo de la mutua, y se considera en vigor con valor reglamentario tal y como acontece con respecto a la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones. En nuestro sistema, por tanto, el principio de automaticidad de las prestaciones responsabiliza del anticipo tanto a las entidades gestoras como colaboradoras, a ello hace referencia el artículo 70.3 de la LGSS cuando establece que “la falta de pago de las cuotas por un empresario asociado a una mutua no podrá dar lugar a la resolución del convenio de asociación”. En virtud del carácter abierto de las Mutuas estas deberán asumir, como responsables inmediatos, las prestaciones sanitarias y económicas que se deriven de los incumplimientos de los empresarios asociados.¹²⁷ La intensidad de esta protección es tal que la jurisprudencia tiene declarado reiteradamente que el anticipo por parte de las Mutuas aseguradoras alcanza a las prestaciones causadas por accidentes de trabajo sufridos por trabajadores de las empresas con las que se encuentren asociadas cuando el trabajador no había sido dado de alta en el momento del accidente.¹²⁸ Es decir, las Mutuas protegen a todos los trabajadores de un empresario asociado, independientemente de que estos estén o no dados de alta en el sistema, cuando concurra el régimen de automaticidad.

La Mutua que debe de afrontar el pago es aquella con la que la empresa tuviera concertada la cobertura de los accidentes de trabajo en el momento de producirse el accidente, y no, por ejemplo, la concertada al declararse la incapacidad por la entidad gestora de la Seguridad Social.¹²⁹ Según define la jurisprudencia es la producción del accidente la que determina la mutua responsable, aunque el daño aparezca con posterioridad. Lo importante es “la relación de causalidad entre el accidente y sus secuelas, no la fecha en la que se manifiestan estas, ni [...] la de su constatación administrativa o médica”.¹³⁰ En definitiva, la protección se otorga por la entidad gestora o colaboradora que tuviera establecida la cobertura en el momento del accidente. Esta es la que responde de todas las consecuencias del accidente, aunque se manifiesten con posterioridad. Además, cumpliendo el trabajador con los requisitos para acceder a la prestación en el momento de actualizarse la contingencia, o pueda acceder en régimen de automaticidad, no es necesario el requisito de alta en el momento posterior de manifestarse la secuela correspondiente para que se otorgue la protección.¹³¹

¹²⁷ ALARCÓN CARACUEL, M. R. *et al*, *Comentarios a la Ley...cit.*, 2003, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 518.

¹²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 junio 2011 (RJ 2011/5338)

¹²⁹ 7 de febrero 2000 (RJ 2000,2035), 10 de abril 2000, 16 de febrero 2000, 11 julio 2001 (RJ 2001, 7467); 15 de enero de 2003 (RJ 2004, 1477); 30 septiembre 2003 (RJ 2003, 7452) y 15 de diciembre 2003 (RJ 2003, 9571).

¹³⁰ 1 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1069).

¹³¹ 1 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1069).

II. ENTIDADES GESTORAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

A partir del artículo 41 de la LGSS serán las Entidades Gestoras de la Seguridad Social las responsables de las prestaciones cuya gestión les esté atribuida. Se trata, en este sentido, de una responsabilidad ordinaria. Es decir, “son las Entidades Gestoras las que, como sujeto pasivo de la relación de aseguramiento social, están obligadas y responden de dicho pago”. Para que se de esta responsabilidad se necesita que la relación de aseguramiento esté correctamente constituida, es decir, que se hayan cumplido los requisitos exigidos para causar derecho a las mismas.¹³² Superado este esquema de responsabilidad ordinaria, el artículo 126.3 de la LGSS determinará que las Entidades Gestoras también serán responsables del anticipo de prestaciones cuando concorra una responsabilidad empresarial en orden a estas.

Las prestaciones de las que las Entidades Gestoras resultarán responsables del anticipo serán, en principio, aquellas que se encuentren aseguradas con esta. Desde hace décadas, sin embargo, el número de prestaciones aseguradas con las entidades públicas ha disminuido por un continuo proceso privatizador. Este es el caso del aseguramiento de las contingencias profesionales, sobre todo desde que ha desaparecido, la obligación de la reserva de aseguramiento que tenía el Estado, las Administraciones y empresas públicas, entidades o empresas concesionarias o contratistas de obras y servicios públicos y subcontratistas, empresas calificadas de intereses nacional, etcétera, de formalizar la protección de las contingencias profesionales de sus trabajadores con el INSS.¹³³ Esta reserva de aseguramiento suponía “una limitación a la libre concurrencia entre Mutuas y Entidad Gestora pública”.¹³⁴

Por lo tanto, las entidades gestoras resultarán responsables del anticipo de las contingencias profesionales solo cuando se haya optado por el aseguramiento de estas con las entidades públicas y no una mutua. Sin embargo, puede darse la situación en la que las entidades gestoras resulten responsables del anticipo de la prestación sin que haya existido una opción de aseguramiento. Por ejemplo, si la empresa inició su actividad laboral sin estar inscrita, desde el antiguo Tribunal Central de Trabajo¹³⁵ ya entendían que no puede desplazarse la responsabilidad del accidente que se produzca entonces hacia la entidad aseguradora que en el

¹³² ALARCÓN CARACUEL, M. R. *et al*, *Comentarios a la Ley...* cit., 2003, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona, p. 277.

¹³³ GARCÍA JIMÉNEZ, Manuel. *Las Mutuas de Accidentes de...* cit., 2011, Universidad de Córdoba, Córdoba, p. 139.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 105.

¹³⁵ Sentencia del antiguo Tribunal Central de Trabajo de 7 de noviembre de 1985. –RA 6067- y de 25 de febrero de 1987 –RA 4170- y del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía-Sevilla, de 6 de abril de 1995 –Rec n° 2722/92

momento del siniestro no estaba asegurada. Entenderlo de otro modo llevaría a “otorgar un efecto retroactivo a la solicitud de inscripción que el ordenamiento jurídico no concede”.¹³⁶

Para establecer una delimitación negativa de las competencias del INSS hay que tener en cuenta que a través del artículo 68 de la LGSS podemos inferir que el objetivo perseguido por el legislador, con respecto a la constitución de las mutuas, es la “gestión de las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y la prevención de los riesgos laborales”¹³⁷ ya que son las actividades que puede desempeñar como colaboración en la gestión de la Seguridad Social. Por lo que supondría entender que la competencia de las Entidades Gestoras alcanza el resto de prestaciones.

La regulación de las competencias de las entidades gestoras reguladas por el artículo 57.1 y el RD 2583/1996, en caso del INSS, no se dedica a “enumerar cuales serán las prestaciones económicas, en su modalidad contributiva, que habrán de ser reconocidas y controladas por el INSS, con lo que viene a darse por sobreentendido que serán todas las prestaciones económicas de naturaleza contributiva enumeradas por el artículo 38 LGSS, donde se regula la acción protectora del sistema de Seguridad Social”. Por lo tanto, nos estaríamos refiriendo a los subsidios por incapacidad temporal, salvo que su gestión esté atribuida a una mutua como hemos apuntado anteriormente, riesgo durante el embarazo y maternidad, pensión por jubilación en su modalidad contributiva, prestaciones por incapacidad permanente de naturaleza contributiva (cualquiera sea la contingencia común o profesional de la que deriven), prestaciones por muerte o supervivencia (igualmente debidas a cualquier tipo de contingencia) y asignación por hijo a cargo en su modalidad contributiva.¹³⁸ Por otra parte, el citado Real Decreto si se detiene a determinar la exclusión de las prestaciones por desempleo como competencia del INSS, ya que esta prestación será competencia de otra entidad Gestora: el Sistema Nacional de Empleo, compuesto por el Servicio Público Estatal y los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas, encargado del anticipo de las prestaciones por desempleo a través del procedimiento que hemos explicado en el régimen absoluto de automaticidad.

¹³⁶ HEVIA-CAMPOMANES CALDERÓN, Enrique, MIRANDA RICAS, Francisco, VIVANCO BUSTOS, María del Carmen, GÓMEZ COMPOY, Florentino. *“Los Accidentes de Trabajo y las Enfermedades Profesionales. Incapacidad Temporal por Contingencias Comunes”*, 2000, Ed. Colex, Madrid. p. 255.

¹³⁷ ALARCÓN CARACUEL, M. R. *et al*, *Comentarios a la Ley...cit.*, 2003, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 488.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 374-375.

III. RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL INSS.

Desde la exposición de motivos de la LGSS de 1974 se determina que el INSS, como entidad gestora, será el garante último del sistema público del sistema de Seguridad Social. Inferimos, desde entonces, que a pesar de la colaboración en la gestión del sistema, finalmente, el INSS tendrá una última responsabilidad sobre las prestaciones. El desplazamiento de la gestión, tiene clara limitación, que no se altere “el papel predominante y el compromiso de los poderes públicos en su labor articuladora de la tutela frente a las contingencia, descartándose toda prevalencia de la autonomía privada en el diseño de la acción protectora dispensada”¹³⁹

De forma semejante al principio de automaticidad, la responsabilidad subsidiaria del INSS no se aplica de forma unánime en la doctrina judicial, lo que implica un cierto factor de inseguridad jurídica.¹⁴⁰ Tal y como apuntábamos anteriormente, el estudio de la responsabilidad en orden a las prestaciones no se puede hacer de manera autónoma a la determinación de la contingencia, pues es esta la que determina, muchas veces, el régimen de aquella responsabilidad.

1. Responsabilidad subsidiaria del INSS en orden a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales.

Respecto de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, “el artículo 126.3 de la LGSS establece una responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, procedente de la legislación de accidentes de trabajo de los años cincuenta, aplicable a los supuestos en los que las empresas responsables del ingreso de capitales-coste de pensiones o del pago de las prestaciones no cumplieren sus obligaciones.” Sin embargo, este Fondo de Garantía fue suprimido por el Real Decreto-Ley 36/1978 y sus funciones han sido asumidas por el INSS,¹⁴¹ junto a la TGSS. Por ello, ambas entidades deben hacer frente en relación a las competencias de este fondo, cuando concurra el régimen de automaticidad de las prestaciones, de las insolvencias de los empresarios que resultaran responsables directos de dichas prestaciones por incumplimiento de sus obligaciones, pero también de la insolvencia de las Mutuas en las que estuvieran asegurados aquellos.¹⁴² Además, en virtud del artículo 94.5 LSS de 1966 citada con anterioridad, como herederos del Fondo de Garantía tanto el INSS como la TGSS serán responsables subsidiarios de las

¹³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 1 junio 2004. (RJ 2004/5385)

¹⁴⁰ BLASCO PELLICER, Ángel, *La Responsabilidad...* cit., 2005, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 156-158

¹⁴¹ ALARCÓN CARACUEL, M. R. *et al*, *Comentarios a la Ley...* cit., 2003, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 819.

¹⁴² *Ibidem*, p 820.

prestaciones por incapacidad permanente derivadas también de accidente no laboral, en caso de insolvencia del empresario incumplidor.¹⁴³

Distintas situaciones pueden darse con respecto a la responsabilidad subsidiaria del INSS como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo en torno al pago de las prestaciones derivadas de contingencias profesionales.

Ante la situación de responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones por accidente de trabajo o enfermedad profesional, en la que opera, por tanto, un régimen absoluto de automaticidad podemos encontrarnos, de forma ordinaria, un anticipo por parte de la Mutua que hubiese asegurado la contingencia. Tal y como determina el artículo 126.3 de la LGSS tanto las mutuas como entidades gestoras, o en su caso, los servicios comunes anticiparán las prestaciones con la consiguiente subrogación en los derechos y acciones de los beneficiarios. Es decir, se lleva a cabo el anticipo sin perjuicio de que posteriormente, la entidad gestora o colaboradora, se dirija contra el empresario a fin de resarcirse de la prestación abonada.¹⁴⁴

Sin embargo, una vez la mutua cumple con su obligación de anticipo, hay que tener en cuenta que estas “no tienen la obligación de cargar finalmente con el pago de la prestación”.¹⁴⁵ La jurisprudencia ha precisado que, si bien las normas sobre las funciones de garantía en la legislación anterior sólo preveían la subrogación a favor del Fondo, hoy INSS, por parte de los beneficiarios, como único garante de los derechos de estos, a partir del principio de automaticidad la subrogación se extiende a las Mutuas ya que asumen el anticipo de la prestación. La subsistencia de las competencias y funciones del Fondo (INSS) demuestra que “la instauración del principio de automaticidad de las prestaciones no debe alterar el área de responsabilidad de este organismo”, ni que parte de la responsabilidad recaiga sobre la Mutua que hubiera anticipado las prestaciones, ya que tal pago, produce subrogación en los derechos y acciones que correspondieran al beneficiario.¹⁴⁶ Por lo tanto, para cumplir con su cometido, si la empresa resultase insolvente la mutua podrá reclamar el reintegro del anticipo de la prestación al INSS como responsable subsidiario.¹⁴⁷ El conflicto se planteó por la jurisprudencia a través de la tesis de que no era necesaria acreditar la insolvencia de la empresa, sino es suficiente el mero incumplimiento por parte de esta de su obligación del

¹⁴³ ALARCÓN CARACUEL, M. R. *et al*, *Comentarios a la Ley...cit.*, 2003, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 377.

¹⁴⁴ BLASCO PELLICER, Ángel, *La Responsabilidad Empresarial... cit.*, 2005, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 153

¹⁴⁵ ALARCÓN CARACUEL, M. R. *et al*, *Comentarios a la Ley...cit.*, 2003, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 820.

¹⁴⁶ Sentencias de 4 de febrero (RJ 1991,797) y 8 de julio de 1991 (RJ 1991,6831).

¹⁴⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 7 octubre 1993 (RJ 1993, 7577).

pago de la prestación para solicitar su reintegro al INSS. Entendiendo esta parte de la doctrina que la mutua se subroga y puede pedir el reintegro de lo anticipado y ejercitar esta pretensión en la vía de lo social. Por otro lado, se entendía que para que opere la responsabilidad subsidiaria del INSS debe acreditarse la insolvencia de la empresa pues la responsabilidad de este es subsidiaria en último grado.¹⁴⁸ Finalmente, el legislador entiende esta tesis como la correcta estableciendo una nueva regulación del tercer párrafo del artículo 126.3 de la Ley General de la Seguridad Social, a través de la Ley 24/2001, declarando que “únicamente podrán ejercitarse contra el responsable subsidiario tras la previa declaración administrativa o judicial de insolvencia, provisional o definitiva, de dicho empresario”.¹⁴⁹

Sin embargo, esta no ha sido la única situación en la que se ha solicitado el reintegro del INSS por parte de la Mutua ante el anticipo de prestaciones derivadas de contingencias profesionales. Es el caso del descuento indebido del empresario en los boletines de cotización a la Seguridad Social pues este no ha cumplido con su obligación de pago delegado de la prestación por contingencias profesionales. Sin embargo, la jurisprudencia determinó que si la empresa tenía debidamente cubierto el riesgo y estaba al corriente del pago de las cuotas en el momento del hecho causante, la responsabilidad directa, y no por vía de anticipo, es de la Mutua. Debido a que no se produce un incumplimiento empresarial en la cotización sino otro diferente que determina una responsabilidad de la Mutua de distinta naturaleza, como responsable directa de la prestación y no como anticipadora del pago de la misma, al mismo tiempo que excluye la responsabilidad subsidiaria del INSS porque falta el presupuesto de la misma: la responsabilidad empresarial. En definitiva, la jurisprudencia determina que no puede derivarse la responsabilidad subsidiaria porque el INSS asegura la eficacia de los derechos del trabajador accidentado o de sus causahabientes, pero no interviene en las responsabilidades derivadas de la relación de aseguramiento entre empresa y Mutua.¹⁵⁰

Nos encontramos ante una situación análoga cuando el empresario, que incurre en incumplimiento, y es declarado responsable directo en orden a la prestación derivada de contingencias profesionales paga la prestación al beneficiario pero descuenta a la Mutua en los boletines de cotización el pago realizado como si de pago delegado se tratase. El problema planteado es, por tanto, el mismo: si la Administración de la Seguridad Social debe responder subsidiariamente ante la Mutua de las cantidades que ésta no ha anticipado al trabajador, pero

¹⁴⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 10 de abril de 2003 (JUR 2003, 131063).

¹⁴⁹ ALARCÓN CARACUEL, M. R. *et al*, *Comentarios a la Ley...cit.*, 2003, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 820.

¹⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 octubre 2012 (RJ 2012, 10306).

que le han sido deducidas indebidamente de las cotizaciones por el empresario responsable directo. Finalmente se entendió que esa infracción no puede dar lugar a una acción de garantía por parte de la Mutua frente al INSS, porque la Mutua no ha realizado ningún pago al trabajador para cubrir la desprotección causada por el incumplimiento del empresario y por lo tanto, la responsabilidad que se pide esta fuera de la función de garantía.¹⁵¹

2. Responsabilidad subsidiaria del INSS en orden a las prestaciones derivadas de contingencias comunes.

Debemos partir del presupuesto de que no existen normas concretas sobre la responsabilidad subsidiaria del INSS en orden a las prestaciones derivadas de contingencias comunes y anticipadas por la mutua en caso de la responsabilidad directa de la empresa. Por ello, es, una vez más, la jurisprudencia la que dará respuesta a esta cuestión. En su labor clarificadora la jurisprudencia ha basado su declaración en una serie de argumentos que vamos a exponer a continuación.

Entre ellos, debemos tener en cuenta, como hemos expuesto anteriormente, que el legislador permite que, cuando el empresario formalice la protección de las contingencias profesionales con una mutua, también puede “optar por que la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes se lleve a efecto por la misma”.¹⁵² En base a ello, y teniendo presente el artículo 71.1 del Real Decreto 250/1997,¹⁵³ que establece que las citadas mutuas “deberán asumir la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes con igual alcance que las entidades gestoras de la Seguridad Social, con sujeción a las normas reguladoras de dicha prestación”, la jurisprudencia ha declarado que la incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes y aseguradas, por opción del empleador, en una Mutua, está sometida al mismo régimen jurídico de la Seguridad Social, y por lo tanto, esto supone que en este régimen las entidades gestoras no pueden reasegurar el riesgo derivado de la responsabilidad empresarial por incumplimiento en orden a las prestaciones, ni tampoco resarcirse de las prestaciones que se satisfagan al trabajador o beneficiario a través de otro organismo o entidad. Una vez que la Mutua asume la función aseguradora de la incapacidad temporal derivada de contingencias

¹⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero 2012 (RJ 2012, 3903).

¹⁵² ALARCÓN CARACUEL, M. R. *et al*, *Comentarios a la Ley...cit.*, 2003, Editorial Aranzadi, SA, Cizcur Menor, Pamplona. p. 516.

¹⁵³ Real Decreto 250/1997 por el que se modifica el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, y el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores e la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero.

comunes, la regulación de esta contingencia debe ser igual a la establecida en el régimen general de la Seguridad Social. Para apoyar esta argumentación la jurisprudencia cita la siguiente normativa: artículo 71.2¹⁵⁴, “la financiación de las funciones y actividades atribuidas a las Mutuas se efectuará mediante la entrega a las mismas, a través de la TGSS de la fracción de cuota que determine el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”, o el apartado segundo de la misma norma “como contraprestación, las mutuas percibirán la fracción de cuota que se determine por el Ministerio de trabajo y seguridad social”.¹⁵⁵

Por otro lado, la jurisprudencia basa su declaración negativa con respecto a la responsabilidad subsidiaria del INSS en el hecho de que aunque la contingencia común haya sido concertada con una Mutua no cambia la naturaleza de la contingencia, por lo que, una vez clarificada esta situación, debemos recordar que la responsabilidad subsidiaria del INSS se le ha atribuido en el concepto de sucesor del extinguido Fondo de Garantía de accidente de trabajo y enfermedad profesional, es decir, de contingencias profesionales.¹⁵⁶

Asimismo, el Tribunal Supremo ha llegado a determinar que el INSS no debe responder subsidiariamente de la mutua, ya que esta es, de una parte una entidad colaboradora de la seguridad social, sujeta a las facultades de dirección y tutela del ministerio de trabajo y seguridad social¹⁵⁷ por lo que la protección queda suficientemente asegurada, y además, percibe, por la función aseguradora asumida respecto a la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes como contraprestación la fracción de cuota que se determine por el Ministerio de trabajo y Seguridad social.¹⁵⁸

Diferente, evidentemente, es el supuesto de extender esta argumentación de la responsabilidad subsidiaria del INSS al caso de insolvencia de la mutua. Por ello, la jurisprudencia ha definido una serie de conceptos con respecto a la gestión del sistema disponiendo finalmente que los “objetivos de la colaboración en la gestión quedarían incumplidos y se desdibujaría la imagen del aseguramiento público de la contingencia común si ante la insolvencia de una Mutua aseguradora, la Entidad Gestora, ignorara los principios rectores del sistema público de prestaciones y su condición de garante última de todas ellas, se desentendiera y dejara desprotegidos a trabajadores afiliados y en alta respecto de los que siempre opera el principio de automaticidad.” Esta argumentación se hace con respecto al caso concreto de la

¹⁵⁴ Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, y el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores e la Seguridad Social.

¹⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 abril 2005 (RJ 2005, 5058).

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ Artículos 69 y 71 Ley General de la Seguridad Social.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, determinando que esta situación supondría una desprotección justo en el momento en el que el trabajador se muestra más necesitado de una protección sin fisuras.¹⁵⁹

En su defensa, el INSS ha alegado en múltiples recursos la ausencia de normas reguladoras específicas en materia de responsabilidad subsidiaria del mismo ante la insolvencia de la Mutua en contingencias comunes como argumento absolutorio de esta responsabilidad. Sin embargo, el Tribunal Supremo ante esta situación se ha pronunciado conforme a dos argumentaciones. Por una parte, entiende que esta inexistencia se debe, posiblemente, al olvido del legislador que, al autorizar a las Mutuas a asegurar tales contingencias, no tuvo en cuenta que, cuando se creó el Fondo de Garantía, la única actividad aseguradora de las Mutuas eran las contingencias profesionales. Por lo que el tribunal entiende que, por ello, el legislador omitió establecer mecanismos de garantía iguales para las contingencias comunes, pese a la identidad de razón que existe entre uno y otro supuesto.¹⁶⁰

Por otra parte, y como argumento defensor de esta teoría que impone al INSS responsabilidad subsidiaria ante la insolvencia de la Mutua, la jurisprudencia llega a la conclusión de que la citada ausencia de normativa en esta materia no es obstáculo para que el Estado deba hacer frente, a través del INSS, a las obligaciones que asumió al ratificar el Código Europeo de Seguridad Social¹⁶¹ que sustituye parcialmente el Convenio núm. 102 de la O.I.T.¹⁶², ratificado igualmente por España¹⁶³, conforme a los cuales, los artículos 13 de ambos Convenios, se debe garantizar “prestaciones monetarias, o indemnizaciones, de enfermedad a las personas protegidas”. Garantía que quedaría incumplida si se aceptase la tesis del INSS que implica que no existe responsabilidad subsidiaria ante la Mutua.¹⁶⁴

3. Responsabilidad subsidiaria del INSS en orden a la prestación de riesgo durante el embarazo.

Especial atención nos requiere la determinación de la responsabilidad subsidiaria del INSS frente a la prestación derivada de la contingencia de riesgo durante el embarazo. Tal y como hemos comentado con anterioridad, esta ha sido una contingencia que ha sufrido cambios en su calificación. En su tratamiento inicial tuvo una asimilación a la Incapacidad Temporal derivada de contingencias comunes, siendo exigible para su devengo los requisitos de esta

¹⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 febrero 2005 (RJ 2005, 3492).

¹⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 febrero 2005 (RJ 2005, 3492).

¹⁶¹ B.O.E. de 17/3/95. (RCL 1995, 885, 1382)

¹⁶² (RCL 1988, 2049 y RCL 1989, 771)

¹⁶³ B.O.E. de 6/10/88

¹⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 febrero 2005 (RJ 2005,3492).

contingencia: alta, periodo de carencia. Sin embargo, fue la Ley Orgánica 3/2007 en su Disposición Adicional 18.9 la que le atribuyó naturaleza de contingencia profesional. Por lo tanto, el derecho a la prestación deja de requerir periodo de carencia, ni tan siquiera alta, rigiendo un principio de automaticidad absoluto.

La responsabilidad subsidiaria del INSS, respecto de los supuestos de insolvencia empresarial cuando resulte responsable de la prestación, es una materia sobre la que nada se dispone, no cuenta con una regulación específica, hecho frecuente en la materia que nos ocupa. Por ello, será la jurisprudencia la que nos determine si opera o no la responsabilidad en este caso. El Tribunal Supremo entiende que el mecanismo de responsabilidad subsidiaria que se le atribuye al INSS está referido a contingencias profesionales de carácter “lesivo”, y alega que la prestación por riesgo durante el embarazo tiene una naturaleza “preventiva” pues el riesgo tiene origen en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.¹⁶⁵ El Tribunal Supremo declara que la cualidad profesional no se predica de la contingencia en sí, riesgo durante el embarazo, sino de la prestación, entendiéndose este que la decisión legislativa de cambiar la calificación de la contingencia obedeció solamente al deseo de proteger más adecuadamente a la trabajadora, puesto que la prestación por contingencias profesionales recibe una protección mayor por parte del sistema, y que este cambio no es un intento de rectificar la naturaleza de la contingencia que inicialmente se hubiese calificado de forma incorrecta.¹⁶⁶

Sentencia el Tribunal Supremo argumentando que no solamente no existen disposiciones que atribuyan responsabilidad subsidiaria al INSS, pero que hay datos a través de los que podemos inferir que tal posibilidad se excluye. Estos son las normas legales de cotización a la Seguridad Social, en concreto, las aportaciones de las mutuas para el sostenimiento de los servicios comunes de la Seguridad Social, que suponen la financiación, también, de la responsabilidad última de garantía. Como estas no han sufrido modificación alguna desde que el riesgo durante el embarazo cambio su calificación entiende el Tribunal que se trata de una argumento más que apoya que no existe responsabilidad subsidiaria del INSS en esta situación porque no resultaría lógico entender que se incrementa la responsabilidad de garantía con una nueva prestación pero no se acompaña con un correlativo aumento de la aportación financiadora por parte de las Mutuas.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Artículo 26. (RCL 1995,3035).

¹⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 mayo 2014 (2014/3869).

¹⁶⁷ *Ibidem*.

CONCLUSIONES

“Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad”¹⁶⁸. En base a este principio rector se fundamenta nuestro sistema de Seguridad Social. Sin embargo, nuestro estudio nos ha dado la posibilidad de poner de relieve que la estructura del actual sistema puede conducir a situaciones de desprotección de los ciudadanos así como a supuestos de responsabilidad privada que contraríen el mandato constitucional de un régimen público.

La responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones de Seguridad Social suponen una excepción a este principio rector aunque el Tribunal Constitucional la haya avalado fundamentando que el precepto constitucional en cuestión no excluye la incidencia en el sistema de fórmulas privadas, tal y como hemos apuntado. Su existencia se justifica, según el tipo de responsabilidad empresarial, por una medida de recorte del gasto público o bien como sanción impuesta por el Estado ante el incumplimiento empresarial de sus obligaciones de Seguridad Social. Sin embargo, es posible que esta forma de sancionar a las empresas incumplidoras no sea la más eficaz.

La ineficacia de este sistema de responsabilidad empresarial, desde una visión particular, se origina por las situaciones de desprotección a las que conduce, y así lo hemos podido comprobar a lo largo del estudio de esta materia. Es decir, una vez se declara una responsabilidad en orden a las prestaciones derivada del incumplimiento empresarial, la prestación ya no se encuentra garantizada por un sistema público de Seguridad Social sino por un sujeto privado. El remedio a esta situación se ha configurado a través de principio de automaticidad, sin embargo, este no opera ante todas las prestaciones del sistema con el mismo grado de protección. Aquellos beneficiarios de una prestación derivada de una contingencia común que no se encuentren encuadrados en el sistema por incumplimiento empresarial, por ejemplo, se hallarán ante una situación de desprotección por parte del ente público que está exonerado de anticipar la prestación en este caso. Si el empresario no hiciese efectiva su obligación de pago nos encontramos con un trabajador, imposibilitado para el trabajo, que debe hacer frente a un litigio ante un sujeto que, como norma general, cuenta con distintos medios por lo que no existirá un enfrentamiento en equilibrio de fuerzas. Hecho que podríamos evitar si la entidad gestora o colaboradora, cumpliendo con su función de protección, anticipara la prestación al beneficiario y fuese ésta quien se enfrentara al

¹⁶⁸ Artículo 41 de la Constitución Española.

empresario incumplidor como organización que cuenta con los medios económicos y materiales suficientes. Por el contrario, si finalmente el empresario resultase insolvente, el trabajador correrá con los riesgos sin ningún tipo de garantía o protección ante su situación de necesidad.

El régimen de responsabilidad empresarial podría devenir en un sistema más eficaz si la protección de los ciudadanos no dependiese del incumplimiento de otros sujetos, los empresarios, sino que las prestaciones quedasen garantizadas en todos los casos por el ente público, así, una vez que se ha determinado que se tiene derecho a la prestación, estas se hagan efectivas, el derecho se vea materialmente cumplido porque sino la base constitucional sobre la que se configura nuestro sistema se convierte en un precepto nimio.

El efecto disuasorio que puede tener la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones, como sanción por parte del Estado, puede verse sustituido por un endurecimiento de las sanciones derivadas de incumplimientos en las obligaciones de Seguridad Social. De esta manera, la empresa es igualmente condenada pero los beneficiarios del sistema no tienen que sufrir las consecuencias de este incumplimiento, encontrándose desprotegidos en el momento de mayor vulneración, un hecho que no es conciliable con el precepto constitucional sobre el que se configura nuestro sistema pues ante estas situaciones es cuando se debe actuar como un verdadero sistema de Seguridad Social público configurado jurídica y materialmente para prestar protección ante determinadas situaciones de necesidad. Nuestro ordenamiento jurídico admite la existencia de la prestación al beneficiario pero permite que este no pueda acceder a la misma por el incumplimiento de un tercer sujeto en la relación. En este sentido, hasta dónde es lícito hacer correr con estos riesgos al beneficiario cuando el propio sistema podría haber evitado el incumplimiento si contara con una organización inspectora verdaderamente eficaz. De esta manera, el sistema que hemos creado traslada la responsabilidad de previsión a sus ciudadanos, abandonándolos a su suerte, recordándonos a sistemas de previsión y asistencia que creíamos haber dejado en la historia.

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN CARACUEL, M. R. & RODRIGUEZ RAMOS VELASCOS, P.T., *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, 2003, Editorial Aranzadi, SA., Cizur Menor, Pamplona
- ARANGÓN GOMEZ, Cristina. *La Prestación Contributiva de Seguridad Social*, 2013, Editorial Aranzadi, SA., Cizur Menor, Pamplona.
- BLASCO PELLICER, Ángel, *La Responsabilidad Empresarial en el Pago de las Prestaciones de Seguridad Social*, 2005, Editorial Aranzadi, SA., Cizur Menor, Pamplona.
- BORRAJO DACRUZ, Efrén, *Estudios jurídicos de Previsión Social*, 2000, Aguilar, Madrid.
- CAMPS, L. M., *Prestaciones y Responsabilidades de la Seguridad Social*, 2000, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CAVAS MARTINEZ, Faustino, FERNANDEZ ORRICO, Francisco Javier. *La Cobertura de las Contingencias Profesionales en el Sistema Español de Seguridad Social*, 2006, Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor, Pamplona.
- GARCÍA MURCIA, Joaquín. CASTRO ARGÜELLES, María Antonia. RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio. *Legislación Histórica de Previsión Social*, 2009, Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor, Pamplona.
- GARCÍA JIMÉNEZ, Manuel, *Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales: Gestión Privada de la Seguridad Social*. 2011, Universidad de Córdoba, Córdoba
- HEVIA-CAMPOMANES CALDERÓN, Enrique, MIRANDA RICAS, Francisco, VIVANCO BUSTOS, María del Carmen, GÓMEZ COMPOY, Florentino. “*Los Accidentes de Trabajo y las Enfermedades Profesionales. Incapacidad Temporal por Contingencias Comunes*”. 2000, Ed. Colex, Madrid.
- MELIAN GIL, José Luis, *El Mutualismo Laboral*, 1963, C.E.S.I.C. Madrid.
- MUÑOZ MOLINA, Julia. *La Incapacidad Temporal como Contingencia Protegida por la Seguridad Social*. 2005, Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor, Pamplona.
- OLARTE ENCABO, S., *Derecho a las Prestaciones de Seguridad Social*, 1998, Consejo Económico y Social de España, Madrid.
- PÉREZ GUERRERO, M. Luisa. “La Responsabilidad de las Empresas Colaboradoras en la Gestión de la Seguridad Social: El Reintegro de Prestaciones Indebidamente Percibidas”, 2003, *Revista Andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº 72.
- SALA, T. “El Régimen Jurídico del Derecho a Prestaciones de la Seguridad Social”, 1974, *RISS*, nº 6.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio. *Régimen Jurídico de las Mutuas Patronales*. 1986, Ediciones Civitas, Madrid.
- SUAREZ GONZÁLEZ, Fernando, “La Seguridad Social y la Constitución de 1978”, *Papeles de Economía Española*, 1982, núm. 12/13,
- VIDA SORIA, J. “Asistencia Social en el ordenamiento de la Seguridad Social Española” *RT*, núm. 21. 1968.