

Un nuevo avance en la delimitación del alcance de la responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones. Comentario a la STS de 16 de febrero de 2005 (RJ 3492)

Dra. Carolina Gala Durán
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona

1. Hechos

El supuesto de hecho se concreta en la reclamación presentada por una trabajadora frente a su empresa ante un supuesto de infracotización (la empresa había cotizado por un salario inferior al realmente percibido por la trabajadora) vinculado a una prestación por incapacidad temporal derivada de una enfermedad común.

En todas las instancias judiciales se declaró –siguiendo, por otra parte, el criterio que ha sido tradicional en esta materia- la existencia de responsabilidad empresarial por la diferencia de prestación derivada de la infracotización, así como la obligación de anticipo de la totalidad de la prestación a cargo de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social a la que estaba asociada dicha empresa. La base legal de tal solución se situó en los artículos 126.2 y 3 del TRLGSS y 94 de la Ley de Seguridad Social de 1966 (vigente todavía con valor reglamentario).

Y partiendo de ello, la reclamación que resuelve la presente sentencia es todavía más concreta y, a la vez, muy importante: se centra en determinar, ante el recurso interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), si teniendo en cuenta la solución anterior podría reclamarse, además, la responsabilidad subsidiaria del citado Instituto ante una eventual insolvencia, ya sea de la empresa incumplidora de la obligación de cotizar o ya sea de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

2. Fundamentos de derecho

Ante tales hechos, el Tribunal Supremo opta, tal y como ya había hecho con anterioridad en este ámbito de la responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones y como hace la propia Ley, por diferenciar claramente entre las contingencias profesionales y las contingencias comunes, llevando a cabo, además, -y aquí precisamente se encuentra uno de los puntos fuertes de esta sentencia-, un repaso muy clarificador de cuáles son los criterios actualmente aplicables, con carácter general,

en el marco de este tipo de responsabilidad, no limitándose, por tanto, a los casos en que se produce una situación de infracotización.

De este modo, el Tribunal Supremo lleva a cabo las siguientes consideraciones:

1ª) En el ámbito de las contingencias profesionales (accidente de trabajo y enfermedad profesional) siempre existirá responsabilidad de la empresa respecto al pago de la prestación –sea cual sea ésta- y obligación de anticipo a cargo de la Mutua de Accidentes de Trabajo, sobre la base de la aplicación del denominado “*principio de automaticidad*”. Ese anticipo corresponderá realizarlo al INSS cuando la empresa haya incumplido totalmente su obligación y, en consecuencia, no haya suscrito siquiera una póliza de asociación con una Mutua de Accidentes de Trabajo.

Y, además, esta solución se aplicará en todos los casos, es decir, ya se trate de un supuesto de falta de afiliación y/o alta, de un descubierto reiterado de cotizaciones o de un supuesto de infracotización.

Y, en fin, también podrá exigirse la responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo-INSS en los casos en que se produzca la insolvencia de la empresa o de la Mutua de Accidentes de Trabajo.

A este respecto, cabe destacar que esta postura, derivada de lo dispuesto no sólo en los artículos 126.2 del TRLGSS y 94 de la Ley de Seguridad Social de 1966, sino también del artículo 61.2 del RD 1993/1995, viene defendiéndose por los Tribunales, de forma uniforme, desde hace ya bastantes años.

2ª) En cambio, la solución es muy diferente, según el Tribunal Supremo, cuando se trata de contingencias comunes (accidente no laboral o enfermedad común), donde incluso cabe distinguir dos situaciones:

a) Cuando el trabajador no se encuentra en situación de alta en el sistema de Seguridad Social la responsabilidad del pago de la correspondiente prestación recae, única y exclusivamente, sobre la propia empresa, sin que exista ninguna obligación de anticipo, ni a cargo del INSS ni a cargo de la Mutua de Accidentes de Trabajo (si es ésta la que cubre la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes). Tampoco existe responsabilidad subsidiaria ni por parte del INSS ni por parte de la Mutua.

Cabe apuntar que, si bien esta solución deriva de lo dispuesto en el TRLGSS y en la Ley de Seguridad Social de 1966 y es defendida también, de forma uniforme, por los Tribunales desde hace años, comporta una importante desprotección para el trabajador

afectado o sus derechohabientes, cuando, además, como sabemos, el único responsable del cumplimiento de la obligación de afiliación y/o alta es el empresario. Y también cabe tener presente que esta misma solución se aplicaría si se tratase de una prestación por maternidad o por riesgo durante el embarazo o de una pensión de jubilación.

Y, b) en cambio, cuando el trabajador está en alta y se produce un descubierto reiterado en el pago de las cotizaciones o un supuesto de infracotización, existirá responsabilidad empresarial en orden al pago de las prestaciones, así como la obligación de anticipo de la prestación a cargo del INSS o de la Mutua.

Resulta sorprendente, no obstante, que el Tribunal Supremo utilice aquí el término “*descubierto reiterado*” para determinar la existencia de responsabilidad empresarial, ya que en los últimos años la exigencia de responsabilidad en el marco de los riesgos comunes sólo era posible cuando el descubierto –fuese o no reiterado- afectase al período mínimo de cotización exigido para tener derecho a la correspondiente prestación. Esa referencia al carácter “*reiterado*” del descubierto introduce, por tanto, un cierto –y discutible- elemento de confusión, a los efectos de delimitar cuándo existe responsabilidad en estos casos.

3ª) Entrando ya en la cuestión concreta objeto del recurso, el Tribunal Supremo señala que, ante una prestación por incapacidad temporal derivada de riesgos comunes, el INSS responderá subsidiariamente en el caso que se produzca la insolvencia de la Mutua de Accidentes de Trabajo pero no cuando es la empresa responsable del pago de la prestación la que resulta insolvente. Los argumentos que utiliza son los siguientes:

a) Ni las entidades gestoras ni las Mutuas de Accidentes de Trabajo pueden reasegurar el riesgo derivado de los incumplimientos empresariales de la obligación de cotizar, ni, por ende, resarcirse de lo que satisfagan al trabajador-beneficiario.

b) La responsabilidad subsidiaria del INSS en el caso de las contingencias profesionales surge de su propia condición como sucesor del extinguido –en 1978- Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo. Además, esa responsabilidad subsidiaria está prevista en el artículo 94 de la Ley de Seguridad Social de 1966.

Y, c) no existe una norma específica que imponga esa responsabilidad subsidiaria en el caso de las contingencias comunes y, además, no hay que olvidar que la Mutua es una entidad colaboradora del sistema y que recibe una parte de las cotizaciones correspondientes con la finalidad precisamente de que cubra dichas contingencias.

Por el contrario, según el Tribunal Supremo, existen sólidos argumentos que sí fundamentarían la responsabilidad subsidiaria del INSS en el caso de que se produjese la insolvencia de la Mutua, así:

1º) El artículo 41 de la Constitución impone a los poderes públicos establecer o mantener un sistema protector que se corresponda con las características técnicas de los mecanismos de la cobertura propios de la Seguridad Social.

2º) La protección de las contingencias básicas –recogidas en el artículo 38 del TRLGSS– es responsabilidad de los poderes públicos y, como función del Estado se recoge en los artículos 2 y 4 del TRLGSS.

3º) La “*colaboración*” en la gestión tiene como finalidad facilitar y garantizar la eficacia del sistema de Seguridad Social y tiene como límite las exigencias del bien común (artículo 129 de la Constitución).

4º) Los objetivos anteriores quedarían incumplidos y desdibujada la protección si ante la insolvencia de una Mutua, el INSS, como “*garante último*” de las prestaciones, no respondiera y desprotegiera al trabajador afiliado y en alta, precisamente respecto de una prestación –la incapacidad temporal– donde aquél está más necesitado de una protección sin fisuras.

Y, 5º) finalmente, es irrelevante la ausencia de normas expresas que impongan esa responsabilidad subsidiaria al INSS, y ello por dos motivos:

- Su inexistencia se debe, posiblemente, a un simple olvido del legislador que, al autorizar a las Mutuas a asegurar la incapacidad temporal, no tuvo en cuenta que cuando se crearon las entidades gestoras como garantía de cierre del sistema el único ámbito de actividad de las Mutuas eran las contingencias profesionales.
- Esa ausencia no es obstáculo para que el Estado deba hacer frente por medio de sus entidades gestoras a las obligaciones que asumió al ratificar el Código Europeo de Seguridad Social, que sustituye parcialmente al Convenio 102 de la OIT, donde se prevé que deben garantizarse “*prestaciones monetarias –o indemnizaciones– de enfermedad a las personas protegidas*” .

En definitiva, la garantía de cierre del sistema público quedaría incumplida, con la consiguiente desprotección de los beneficiarios, si no existiera la responsabilidad subsidiaria del INSS ante la insolvencia de la Mutua en el caso de una prestación por incapacidad temporal derivada de riesgos comunes.

3. Valoración

Desde una perspectiva general esta sentencia plantea varios elementos interesantes:

a) En primer lugar, recoge, tal y como afirmábamos anteriormente, todos los criterios que se han venido aplicando por los Tribunales en los últimos años respecto de los distintos supuestos posibles de incumplimiento (falta de afiliación/alta, cotización, infracotización...). Criterios que ratifica y da por buenos.

b) Tal y como hemos señalado, algunos de esos criterios implican una clara desprotección para el trabajador implicado o sus derechohabientes. En efecto, como hemos visto, si se produce una situación de falta de alta y se trata de riesgos comunes, maternidad o de la jubilación, la única responsable del pago de la correspondiente prestación es la empresa incumplidora y si ésta resulta insolvente el trabajador o sus derechohabientes quedarán totalmente desprotegidos (dejando al margen el posible recurso a las prestaciones no contributivas), solución que resulta muy discutible y que se sigue fundamentando en la voluntad de dar un trato diferente (más favorable) a los riesgos profesionales frente a los comunes, opción que responde a un modelo de Seguridad Social que ya debería haberse superado, optando simplemente por proteger de la misma forma las diferentes situaciones de necesidad que pueden plantearse.

c) En esta sentencia se da un nuevo avance en la delimitación del alcance de la compleja responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones prevista en el artículo 126.2 del TRLGSS, en el sentido de reconocer la existencia de una “nueva” responsabilidad subsidiaria del INSS ante la eventual insolvencia de la Mutua de Accidentes de Trabajo que cubre la incapacidad temporal derivada de riesgos comunes de los trabajadores de una empresa.

Sin embargo, ello supone también una nueva prueba de que, al margen de que la solución sea o no adecuada, la interpretación de la normativa vigente que están llevando a cabo los Tribunales desde hace ya bastantes años puede estar excediendo el modelo de responsabilidad empresarial recogido en el TRLGSS. O en otras palabras, tal y como reconoce la sentencia, no se prevé en la normativa aplicable este tipo de responsabilidad subsidiaria pero, a pesar de ello, debe reconocerse, y cabe plantearse si debe ser así y si ello responde precisamente al modelo perseguido por la Ley.

A nuestro entender, estamos ante una nueva prueba de que es necesario que se produzca lo antes posible el desarrollo reglamentario del artículo 126.2 del TRLGSS y se dé por finalizada, de una vez por todas, la vigencia de la Ley de Seguridad Social de 1966 y sus sucesivas reinterpretaciones judiciales, procediendo a una regulación clara, rigurosa

y actualizada de los supuestos y del alcance de este tipo de responsabilidad empresarial. Cabe recordar, no obstante, que no podemos ser muy optimistas, ya que el citado desarrollo reglamentario lleva un retraso de casi 40 años.

Y, d) resulta un tanto sorprendente que, a pesar de no estar prevista esa responsabilidad subsidiaria ante los supuestos de insolvencia de la Mutua, se concluya que debe existir en aras de garantizar la protección de los posibles beneficiarios. Nos parece, sin duda alguna, un criterio defendible, pero también cabe poner de manifiesto que el Tribunal Supremo no utiliza ese mismo argumento –la protección– para ampliar la obligación de anticipo de la prestación en los casos en que se trata riesgos comunes y se da una situación de falta de alta, optando, como hemos visto, por dejar desprotegido al trabajador o a sus derechohabientes. A nuestro entender, esa ampliación de la protección y esa idea de atribuir a las entidades gestoras el papel de “*garante último de las prestaciones*” también debería aplicarse en esos casos.

Y junto a lo anterior, también resulta curioso que el Tribunal Supremo concluya que, aunque no está prevista, existe la responsabilidad subsidiaria antes apuntada y, a la vez, utilice el criterio de que no existe una norma expresa que la fije para negar la existencia de ese mismo tipo de responsabilidad cuando la insolvente es la empresa y no la Mutua de Accidentes de Trabajo. Esta última situación resulta, ciertamente, un tanto paradójica.