

LA RESPONSABILIDAD EN EL PAGO DE LAS PRESTACIONES DEL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—I.1. El pago de determinadas prestaciones, finalidad específica del sistema de Seguridad Social.—I.2. Normas generales de la LGSS sobre imputaciones de responsabilidades en orden a las prestaciones.—II. CONDICIONES DEL DERECHO A LAS PRESTACIONES DEL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y RESPONSABILIDADES EN ORDEN A LAS MISMAS.—II.1. Supuesto general de normalidad constitutiva de la relación jurídica de Seguridad Social.—II.2. Imputación de responsabilidades a otros sujetos: el artículo 96, 2 y 3 de la LGSS.—II.3. Remisión a la normativa vigente en el momento de la promulgación del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y necesidad del análisis del régimen de responsabilidad en el ámbito de cada una de las contingencias o situaciones protegidas; «especificidad» del accidente de trabajo.—II.4. Responsabilidad en orden al pago de las prestaciones del Régimen General en cada una de las diversas contingencias protegidas: 1. Asistencia Sanitaria: A) Supuesto de normalidad constitutiva de la relación jurídica de Seguridad Social; B) Supuesto de anormalidad: el principio de automatización en esta contingencia. 2. Incapacidad laboral transitoria: A) Supuesto de normalidad constitutiva; B) Supuesto de anormalidad constitutiva: 1) I. l. t. derivada de accidente no laboral y enfermedad común; 2) I. l. t. derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional. 3. Prestaciones de invalidez, recuperadoras, lesiones permanentes no invalidantes y muerte o supervivencia derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional: A) Supuesto de normalidad; B) Supuesto de anormalidad. 4. Prestaciones por invalidez, recuperadoras, lesiones permanentes no invalidantes y muerte o supervivencia derivadas de enfermedad común y accidente no laboral: A) Supuesto de normalidad constitutiva; B) Supuesto de anormalidad. 5. Contingencia de jubilación: A) Supuesto de normalidad; B) Supuesto de anormalidad. 6. Prestaciones de protección a la familia: A) Su-

puesto de normalidad; B) Supuesto de anormalidad constitutiva. 7. Protección del desempleo: A) Supuesto de normalidad; B) Situación de anormalidad constitutiva.—III. SUPUESTOS ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD.—III.1. Cotización por base inferior a la que legalmente se determine.—III.2. Responsabilidades subsidiarias y solidarias: III.2.1 Responsabilidades subsidiarias y acción de reembolso; III.2.2. Responsabilidades solidarias y acción de regreso.—III.3. El Servicio de Reaseguro, el Fondo Compensador y el Consorcio de Compensación del Seguro: III.3.1. El Servicio de Reaseguro de Accidentes de Trabajo; III.3.2. El Fondo Compensador del seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; III.3.3. El Consorcio de Compensación del Seguro.—III.4. Concurrencia de responsabilidades civiles y criminales: efectos.—III.5. El artículo 499 bis del Código penal: III.5.1. El artículo 499 bis del Código penal y las obligaciones de los empresarios en materia de Seguridad Social; III.5.2. La aplicación del artículo 499 bis.

I. INTRODUCCION

I.1. *El pago de determinadas prestaciones, finalidad específica del sistema de Seguridad Social*

El Ordenamiento de la Seguridad Social posee una finalidad concreta y específica: mediante su implantación, el Estado garantiza a las personas comprendidas en su campo de aplicación y a sus familiares y asimilados «protección adecuada en las contingencias y situaciones que en esta ley se definen», según dispone expresamente el artículo 2.º de la ley General de la Seguridad Social de 20 de julio de 1974 (LGSS); protección adecuada que, a la hora de hacerse efectiva, se consigue —se trata de conseguir— *mediante el otorgamiento de determinadas prestaciones*, cuya finalidad esencial no es otra que deliberar de necesidades económicas concretas a los beneficiarios de las mismas (1).

En este contexto, el artículo 20 de la LGSS establece «la acción protectora del sistema de la Seguridad Social» española, y lo diversifica en *un conjunto*

(1) Véase, entre otras, la concepción de M. PERSIANI, que, contemplando la Seguridad Social desde esta perspectiva finalista, la define como «el complejo sistema a través del cual la Administración Pública, u otros entes públicos, realizan el fin público de la solidaridad mediante la concesión de prestaciones de bienes en dinero o en especie, y de servicios, a los ciudadanos que se encuentran en situación de necesidad al verificarse determinados riesgos» (*El Sistema Giuridico della Previdenza Sociale*, Padova, 1960, pág. 34).

de prestaciones de dar —dinero o bienes— y de hacer —servicios— (2); su otorgamiento constituye, repetimos, el fin práctico y próximo del sistema, o como escribe Montoya Melgar, «su eje o razón de ser» (3).

* * *

Dichas prestaciones, como todas las que se otorgan en el ámbito de las relaciones jurídico-patrimoniales, constituyen a su vez el objeto de determinadas obligaciones de índole asimismo patrimoniales (4) que, por razón del vínculo jurídico, pueden ser exigidas a determinados sujetos pasivos. Sobre tales sujetos recae la responsabilidad de su cumplimiento (5); precisamente este trabajo tiene por objeto determinar —en el movedido y complejo contexto de la normativa sobre el tema— cuáles son esos sujetos de derecho que deben realizar el pago o cumplimiento de las citadas obligaciones en el marco de las citadas obligaciones en el marco del Régimen General de la Seguridad Social española; Régimen General que, como enseña Alonso Olea (6), constituye el ideal de cobertura de todo el sistema, con el que los regímenes especiales tienden, necesariamente, a homogeneizarse.

Con este fin, debemos partir de la exposición, aunque somera, de los principios y normas «más» generales en materia de responsabilidad en orden a las prestaciones —que se contienen, como es sabido, en el título I de la LGSS—, para concluir, una vez contraído el estudio al Régimen General, con el análisis del problema en cada concreta contingencia y prestación.

(2) Las prestaciones de la Seguridad Social son prestaciones de acción, como bien se infiere del artículo 20 de la LGSS. Y ello porque, como es lógico, los defectos de ingresos y/o los excesos de gastos de la población activa no pueden indemnizarse por omisión. El artículo 20 extiende la protección a la Asistencia Sanitaria, Recuperación, Prestaciones económicas y Servicios Sociales.

(3) *Derecho del trabajo. Sistema de relaciones laborales*, Murcia, 1976, pág. 245.

(4) Cfr., por todos, L. DÍAZ PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, Madrid, 1970, pág. 323.

(5) Es perfectamente aplicable la distinción entre relación de deuda y relación de responsabilidad en el ámbito de las obligaciones que impone el sistema de Seguridad Social; la deuda «indica solamente el deber de realizar una prestación», mientras que la responsabilidad es «la sumisión o sujeción al poder coactivo del deudor». Ambos elementos están comprendidos en cada una de las obligaciones que pesan sobre las entidades gestoras, colaboradoras, servicios comunes, empresarios, etc., al amparo de las normas de Seguridad Social (véase L. DÍAZ PICAZO, *op. cit.*, págs. 329 y sigs.).

(6) *Instituciones de Seguridad Social* (5.ª ed.), Madrid, 1974, pág. 40.

1.2. Normas generales de la LGSS sobre imputación de responsabilidad en orden a las prestaciones

El cumplimiento de estas obligaciones patrimoniales, razón de ser de la Seguridad Social, y cuya «garantía», según el dictado de las Leyes Fundamentales y la propia LGSS (7), corresponde al Estado español, *recae en primer término* sobre aquellos entes de la propia Seguridad Social, «instrumentales» según la consagrada expresión de Ottaviano (8), que el Estado mismo reconoce o crea para tal fin. Estos «entes instrumentales» encargados de cumplimentar la finalidad específica del sistema, *no son otros que las entidades gestoras de la Seguridad Social*. Así, expresamente, el artículo 23 de la LGSS establece la responsabilidad de las mismas «respecto de aquellas prestaciones cuya gestión les esté atribuida»; sobre estos sujetos recae, pues, y sin otras consideraciones en este momento, la responsabilidad de hacer frente a los resultados económicamente dañosos de las contingencias protegidas. El esquema de atribución de responsabilidades no ofrece en este punto mayor dificultad.

* * *

Y, sin embargo, este esquema de imputación de responsabilidades patrimoniales, en cuanto se atribuye a las entidades gestoras competentes, no consigue agotar la extensa problemática que se nos plantea; constituye, sin duda, el «supuesto perfecto» (9), la situación de total normalidad, para la que se exige que *la relación jurídica de Seguridad Social* —aquella que vincula «a la persona

(7) Véase declaraciones III y X del Fuero del Trabajo; artículo 28 del Fuero de los Españoles; punto IX de la Ley de Principios del Movimiento Nacional; artículos 1, 2 y 3.1 de la LGSS. «Todos los españoles tienen derecho —dirá el punto 9 de la Ley de Principios del Movimiento— a los beneficios de la asistencia y seguridad sociales.»

(8) *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, 1959. PERSIANI aplica la categoría de entes instrumentales a las entidades gestoras de la previsión social (*op. cit.*, págs. 181 y sigs.), tesis que asimismo recoge RODRÍGUEZ PIÑERO: «El Estado y la Seguridad Social», RPS, núm. 61, Madrid, 1964, págs. 68 y sigs.; VIDA SORIA la ha recogido asimismo en diferentes estudios (cfr. «Aspecto jurídico de la gestión de la Seguridad Social», en RPS, cit., págs. 133 y sigs.).

(9) SALA FRANCO distingue entre «situación de normalidad» y «situación de anormalidad»: véase «El régimen jurídico del derecho a las prestaciones de la Seguridad Social. (Un estudio de la responsabilidad empresarial por falta de afiliación, alta y cotización)», RSS, núm. 6, 1974; ALBIOL MONTESINOS distingue asimismo entre «supuesto normal» y «supuesto anormal», en «Condicionamientos objetivos del derecho a las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social. La afiliación en alta», RSS, núm. 5, 1970.

incluida dentro del ámbito de aplicación y a la entidad que tiene a su cargo la cobertura de los riesgos protegidos» (10)—, haya sido constituida con todo rigor; es decir, que se hayan cumplido toda una «serie» de *obligaciones* por aquellos sujetos designados por la ley (11), y cuyo cumplimiento es necesario para «tener derecho» a la protección que otorga la Seguridad Social; y además que se hayan cumplido también toda otra serie de «condiciones» o *requisitos particulares*, éstos ya propios y exigidos por cada concreta prestación.

Así, y todavía en el ámbito legal del título I de la LGSS, en cuanto que es «programador» de todo nuestro sistema, determina el citado artículo 23 que para que la entidad gestora sea efectivamente responsable de las prestaciones, es necesario que «se hayan cumplido los requisitos generales y particulares exigidos para causar derecho a las mismas», y efectúa, seguidamente, una remisión a la normativa propia y específica de cada uno de los diversos regímenes, en la que debe contenerse una apropiada descripción tanto de los *requisitos generales* para *tener derecho* a la protección del sistema, cuanto de los *requisitos particulares* para *causar derecho* a la prestación concreta.

Grosso modo, debemos adelantar que aquéllas —las generales— se refieren al cumplimiento por quien legalmente corresponda de las obligaciones en materia de afiliación-alta y cotización, y los requisitos particulares, al transcurso de ciertos plazos de «carencia» o espera, generalmente.

E contrario, en consecuencia, el artículo 23, 1 de la LGSS parece que debe ser interpretado según el siguiente razonamiento (12): si se han incumplido alguno o algunos de los requisitos generales o particulares, las entidades gestoras deben quedar exoneradas de responsabilidad; y el presunto beneficiario o bien carece absolutamente de protección, o bien únicamente puede exigirla a otras personas, *distintas* de las entidades gestoras. Y en este sentido, el artículo 23, 2, parece confirmar la tesis cuando dispone que para la exigencia de responsabilidad «en orden a las prestaciones a *entidades o personas distintas* a las determinadas en el número anterior —las entidades gestoras—, se estará a lo dispuesto en la presente ley, en sus disposiciones de desarrollo y aplicación o en las normas reguladoras de los regímenes especiales» (13); nueva re-

(10) ALONSO OLEA, *op. cit.*, pág. 329.

(11) Estas obligaciones han sido denominadas «funcionales» —sobre todo la de cotización— con respecto a la obligación de pago que pesa sobre las entidades gestoras (véase M. PERSIANI: *El sistema jurídico de la Previsión Social*, Madrid, 1965, pág. 307).

(12) Este argumento es empleado por SALA FRANCO, *op. cit.*, pág. 1447.

(13) La referencia genérica a entidades o personas distintas se debe sin duda a que no se piensa solamente en la responsabilidad empresarial; el empresario responde, desde luego, en caso de incumplimiento de sus obligaciones (Cfr. ALONSO OLEA, *op. cit.*, pág. 339), pero no solamente responde el empresario y, además, no siempre —ni mucho menos— responde en el mismo grado.

misión legal, pues, a las normas reguladoras de los diversos regímenes, las cuales deben determinar qué entidades y personas, en qué supuestos y con qué extensión, ausentes determinados requisitos legales, se puede imputar la responsabilidad.

Y estas normas específicas, como podremos comprobar en su momento, *contradirán* la interpretación *sensu contrario* del artículo 23, 1, de la LGSS, según el cual las entidades gestoras no responden del pago en los casos en que hayan sido incumplidas alguna o algunas de las condiciones legales, porque precisamente en múltiples supuestos, y precisamente pese al incumplimiento de las citadas «condiciones» o requisitos, la propia entidad gestora —u otro ente de la Seguridad Social— va a ser declarada responsable del pago de las prestaciones en algún momento, ya directa ya indirectamente (14).

* * *

Una vez sentados estos ineludibles presupuestos, es posible centrar la exposición en el Régimen General; para ello se acude, en primer término, a aquellas que, en expresión de Alonso Olea, constituyen sus normas generales (15).

II. CONDICIONES DEL DERECHO A LAS PRESTACIONES DEL REGIMEN GENERAL Y RESPONSABILIDAD EN ORDEN A LAS MISMAS

II.1. *Supuesto general de normalidad constitutiva de la relación jurídica de Seguridad Social*

El título II de la LGSS contiene la normativa básica del Régimen General de la Seguridad Social española, el cual se destina, como bien se sabe, a proteger a los trabajadores por cuenta ajena de la industria y los servicios y a toda una larga serie de asimilados que la propia ley se ocupa de enumerar en el artículo 61.

El capítulo III de dicho título se ocupa de *la acción protectora* que otorga este Régimen a tales sujetos, y que efectivamente se diversifica en un conjunto de *prestaciones en dinero, especie o servicios*. Tales prestaciones se otorgan tras el acaecimiento de determinados riesgos o contingencias, unos propios y exclusivos de los trabajadores por cuenta ajena —los riesgos específicos, en

(14) Véase *infra*, II.2 y sigs.

(15) *Op. cit.*, págs. 328 y sigs.

la conocida expresión de Carnelutti (16)— y otros que pueden afectar a cualesquiera personas, y entre ellas a los propios trabajadores dependientes (los riesgos genéricos).

La obligación de pago de tales prestaciones gravita, en primer lugar y como es lógico, sobre las entidades gestoras, colaboradoras y servicios comunes según sus competencias, según dispone el artículo 96 de la LGSS; norma que sigue la pauta establecida en el artículo 23 de la misma ley, en cuanto esta disposición, según vimos, es «programadora».

Ahora bien, para que las citadas entidades se hagan *efectivamente* cargo de su responsabilidad, *es preciso* que «se haya causado derecho a una prestación por haberse cumplido las condiciones a que se refiere el artículo 94 de la presente ley» (art. 96 LGSS); *artículo 94 que recoge, siguiendo también la pauta marcada en el título I, las condiciones indispensables para causar derecho a las prestaciones del Régimen General*, y que son las siguientes:

a) *Condiciones particulares exigidas para causar derecho a cada prestación «individualizada» y para cuya determinación será necesario acudir no sólo a los correspondientes capítulos de la LGSS, sino también a las disposiciones dictadas para su complemento y desarrollo.*

b) *Condiciones generales*, las muy importantes condiciones generales, necesarias para «tener» derecho a la cobertura y que, adecuadas a este Régimen, son:

a') *El cumplimiento de las obligaciones de afiliación y alta de forma absoluta y necesaria*, de modo que, como preceptúa el artículo 18 de la OAAC (17), en su núm. 1, «la situación de alta del trabajador en este Régimen *condicionará* la aplicación al mismo de las normas que regulan dicho Régimen»; «las altas solicitadas fuera de plazo no producen efecto retroactivo» (núm. 2 del mismo artículo).

En consecuencia, la protección desaparece absolutamente en caso de que el trabajador no se halle en situación de alta; así lo ha estimado unánimemente la jurisprudencia (18). Lo que ocurre, y debe ser tenido muy en cuenta, es que *los trabajadores del Régimen General se consideran de pleno derecho en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo* —los riesgos específicos—, así como respecto de

(16) Cfr. ALONSO OLEA, *op. cit.*, pág. 27; E. BORRAJO DACRUZ: *Estudios jurídicos de Previsión Social*, Madrid, 1962, pág. 144.

(17) Orden de 28 de diciembre de 1966 sobre campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación en periodo voluntario del Régimen General de la Seguridad Social.

(18) Véase, como botón de muestra, las sentencias del TCT de 24 de enero y 27 de junio de 1973, Ar. 287 y 2982.

la prestación de *asistencia sanitaria* por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral —un riesgo genérico— (art. 95.3 de la LGSS, en concordancia con las normas complementarias y de desarrollo); y ello aunque el empresario hubiese incumplido sus obligaciones de afiliación/alta de trabajadores, y sin perjuicio de la obligación de solicitar el alta *formal o real*, y de la responsabilidad que nazca del incumplimiento, ya administrativa, ya de cualquier otro orden (19). Y téngase también en cuenta que existen una serie de *situaciones asimiladas a la de alta* que, en general, y por disposición del artículo 95 de la LGSS, son las siguientes:

- La situación de desempleo involuntario, total y subsidiado.
- Los casos de excedencia forzosa, suspensión del contrato de trabajo por servicio militar, traslado por la empresa fuera del territorio nacional, convenio especial con la entidad gestora.
- Demás situaciones asimiladas expresamente por el Ministerio de Trabajo, con el alcance y condiciones que reglamentariamente se establezcan (20).

Todo ello quiere decir que el cumplimiento de estos requisitos es de tal importancia, que la protección dispensada por el Estado en materia de Seguridad Social, por medio de las entidades legalmente instituidas para ese fin, desaparece en absoluto cuando no hay afiliación-alta (21), lo que desde nuestro punto de vista viene a significar que *la relación jurídica de Seguridad Social* se origina con el cumplimiento de la obligación de afiliación-alta —o de alta, en su caso— y que, consecuentemente, a falta de alta corresponde falta de cobertura o protección (22). Por último, y como ya hemos señalado, el cumplimiento y la responsabilidad de tales obligaciones corresponde al empresario (art. 64 de la LGSS, en concordancia con las normas de la OAAC).

b') *El cumplimiento de la obligación de cotizar* constituye la siguiente y última de las condiciones generales para causar derecho a las prestaciones con cargo a las entidades gestoras; aunque el alcance de su ausencia o defectuosidad —incumplimiento, cumplimiento impuntual o incompleto— no

(19) Véase el artículo 94,3 del T. A., I.

(20) Véase sobre esta materia A. MONTOYA MELGAR: «La inscripción, la afiliación y el alta en el Derecho español de la Seguridad Social» (conferencia pronunciada en el ciclo sobre Seguridad Social, O. S. E., Madrid, 1975).

(21) Véase F. GARCÍA ORTUÑO: «Seguros privados y Seguridad Social» (tesis doctoral, inédita), págs. 172 y sigs.

(22) Véase BORRAJO DACRUZ, *op. cit.*, pág. 23.

resulta «sancionado» de modo tan grave por el ordenamiento como en los casos de ausencia de alta. No obstante, debemos señalar que este requisito es legalmente necesario *en principio*, como se deduce de la mera lectura del artículo 96, 2, de la LGSS (23).

A la obligación de cotizar «están sujetos» ya el empresario únicamente (accidente de trabajo, enfermedad profesional), ya el empresario y el trabajador respecto de las demás contingencias (art. 67 de la LGSS y normas concordantes). Sin embargo, el sujeto responsable del cumplimiento es el empresario (art. 68 LGSS), que debe efectuar el descuento de las cuotas sobre los salarios e ingresarlas en determinado plazo.

Cumplidas las *condiciones generales* del artículo 94 de la LGSS y normas concordantes, y cumplidos *además* los requisitos particulares a los que también nos remite el propio artículo, la obligación de pago recae directa y exclusivamente sobre las entidades gestoras o colaboradoras, o los servicios comunes competentes.

II.2. *Imputación de responsabilidad a otros sujetos: el artículo 96, 2 y 3 de la LGSS*

Si del mismo modo que hemos hecho en la interpretación de las normas del título I, tratamos de aplicar el argumento *e contrario*, parece necesario admitir que las entidades gestoras o colaboradoras o los servicios comunes competentes, cuando hayan incumplido las obligaciones de afiliación-alta y cotización, *deben quedar exonerados*, y la responsabilidad se traslada invariablemente *al empresario infractor* (24) (véase el art. 96, 2, de la LGSS).

Pero esta afirmación es también y nuevamente precipitada ya que la propia LGSS parte de un principio totalmente diverso a este respecto. Así, el artículo 96, 3, de la LGSS dispone, y por vez primera *con carácter general*, la aplicación de un régimen de *automaticidad en el pago* de las prestaciones, y que, en términos legales, consiste en que «las entidades gestoras, mutuas patronales o, en su caso, los servicios comunes, procederán de acuerdo con sus respectivas competencias al pago de las prestaciones a los beneficiarios»; pago que procederá pese al incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, alta y cotización (art. 96, 3, en relación con el 96, 2), e incluso cuando se trate de «empresas desaparecidas o de aquellas que por su especial naturaleza no puedan ser objeto de procedimiento de apremio. Igual-

(23) Más expresivo, en este sentido, que el artículo 96,2 de la LGSS, es el artículo 94,2 b) del T. A., I.

(24) Véase *supra*, I.2.

mente, las mencionadas entidades, mutuas o servicios asumirán el pago de las prestaciones en la medida en que se atenúe el alcance de la responsabilidad de los empresarios respecto de dicho pago» (art. 96, 3, *in fine*).

Además, para que *la responsabilidad* por incumplimiento de los requisitos generales *pueda ser imputada a personas distintas a las gestoras*, es preciso, según dispone el núm. 2 del mismo artículo, la «previa fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva». Pero, en todo caso, y pese al establecimiento de esta responsabilidad y de su alcance, repetimos que el principio general de automaticidad que implanta el artículo 96, 3, *deberá* respetarse y exigirse su cumplimiento en primer lugar; o en otras palabras, *la recta y progresiva aplicación de este principio, de este importante principio, propicia la imputación directa de la responsabilidad en el pago a las entidades gestoras, colaboradoras y servicios comunes competentes, incluso en los supuestos de ausencia de afiliación-alta y cotización, con independencia de que dicha reponsabilidad pueda y deba exigirse al empresario infractor, y la consiguiente «subrogación en los derechos y acciones de los beneficiarios»* (art. 96, 3, LGSS).

II.3. *Remisión a la normativa vigente en el momento de la promulgación del Texto refundido de la ley General de la Seguridad Social, y necesidad del análisis del régimen de responsabilidad en el ámbito de cada una de las contingencias o situaciones protegidas; «especificidad» del accidente de trabajo*

Sin embargo, estas ambiciosas prescripciones legales carecen de verdadera eficacia por el momento, porque a nivel reglamentario —nivel al que se remiten tanto el núm. 2 como el 3 del artículo 96 de la LGSS— nada ha cambiado con respecto al régimen vigente en el momento de la publicación de la LGSS, en 1974, en lo que a este tema interesa. El Ministerio de Trabajo no ha hecho uso de la facultad de dictar normas de desarrollo; facultad que le reconoce la disposición final II de la LGSS. En consecuencia, a la normativa complementaria y de desarrollo del Texto articulado I de la ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, vigente en el momento de la aparición de la LGSS, es preciso remitirnos. Tales normas, en lo que no se opongan a la LGSS —véase la amplitud de la disposición final primera, 1, de la LGSS—, están, sin duda, en vigor hasta la aparición de los nuevos y previsiblemente próximos reglamentos (25). Por su parte, la disposición fi-

(25) Cfr. ALONSO OLEA: *Instituciones...*, cit., pág. 37.

nal I, 2, de la ley ordena la publicación de una muy problemática tabla de vigencia, y que hasta la fecha tampoco ha sido promulgada.

Pero no sólo debe ser permitido el empleo de los reglamentos anteriores en el tiempo a la LGSS, sino también, y pese al problema que a nivel teórico pueda plantearse, el empleo de determinadas disposiciones contenidas en el Texto articulado I de la ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966; primero, porque en determinados supuestos es absolutamente necesario para rellenar ciertos «vacíos» normativos de la LGSS, ciertas lagunas legales, y segundo, porque dicha remisión puede ser justificada al amparo de la amplia cláusula general derogatoria, que admite la posibilidad de empleo de la normativa anterior en lo que no se oponga a la LGSS (26).

Y como lógica consecuencia de todo ello, la regulación de esta importantísima materia, recogiendo las palabras de Montoya Melgar que sin duda expresan el sentir común de la doctrina científica, «aparece diseminada en múltiples normas» que la hacen aparecer como «extremadamente confusa e incompleta» (27). Aunque no sin reservas, reservas motivadas por «la ambigüedad e indecisión del legislador» (28), tratamos a continuación de abordar el tema de la responsabilidad en el pago de las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social española en el ámbito de cada uno de las contingencias protegidas; tarea para cuya consecución nos parece necesario partir de los siguientes postulados:

1) Es preciso, junto con la interpretación en cada una de las normas concretas, acudir a una labor de indagación «lógico-jurídica» (29), como único medio de solucionar los problemas de lagunas legales que continuamente se plantean.

2) Para que la investigación produzca un resultado práctico es necesario también plantearse el tema de la responsabilidad en orden a las prestaciones en el ámbito propio de cada una de las diversas contingencias, como hemos anunciado; podrá observarse que la «mecánica operativa» es invariablemente distinta en cada una de ellas.

3) Por último, ya en el ámbito propio de cada contingencia, y siempre que sea susceptible ésta de proceder tanto del accidente de trabajo y enfermedad profesional, cuanto del accidente común y la enfermedad no profesional, *es totalmente necesario*, salvo contadísimas excepciones, hacer una nueva distinción basada precisamente en los *riesgos causantes*; es decir, resulta preciso

(26) SALA FRANCO pone en duda la legalidad de la técnica de refundición empleada por el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo («El régimen jurídico...», cit., pág. 1483).

(27) *Derecho del Trabajo...*, cit., pág. 246.

(28) *Op. y loc. cit.*

(29) MONTROYA MELGAR, *op. y loc. cit.*

individualizar la protección que se dispensa en materia de riesgos profesionales, porque también la mecánica de atribución de responsabilidades es diversa según el siniestro se haya originado por un accidente o una enfermedad comunes o por un accidente o una enfermedad profesionales.

Ello acredita que el régimen jurídico del accidente de trabajo —y la enfermedad profesional—, que ya es diverso e individualizable —«aislable»— en todos los demás aspectos —gestión, cotización, financiación, prestaciones...— también lo es en el importante tema de responsabilidad en orden al pago de las prestaciones, y además, así como el Régimen General es el «prototipo» del sistema español con respecto a los demás regímenes, el tratamiento legal del accidente de trabajo —y la enfermedad profesional— es una especie de *modelo*, de «meta a alcanzar» con respecto a contingencias idénticas, pero resultantes de riesgos genéricos. Y, a su vez, y conjugando estos dos últimos factores —individualidad del accidente de trabajo y Régimen General como prototipo del sistema—, como ocurre que el tratamiento cualitativo y cuantitativo más amplio y perfeccionado del accidente de trabajo y la enfermedad profesional se produce en el ámbito del Régimen General, la regulación en el mismo de tales contingencias constituye el paradigma de toda la Seguridad Social española (30).

II.4. *Responsabilidad en orden al pago de las prestaciones del Régimen General en cada una de las diversas contingencias protegidas*

1. *Asistencia sanitaria*

A) *Supuestos de normalidad constitutiva de la relación jurídica de Seguridad Social.*—Si el trabajador se halla afiliado y en alta formal o real (números 1 y 2 del art. 100 de la LGSS, en relación con los arts. 2.º y 3.º del reglamento de Asistencia Sanitaria de 16 de noviembre de 1967) y el empresario se halla al corriente en el pago de las cotizaciones (31), la responsabilidad se imputa directamente a la entidad gestora o colaboradora. Como es sabido el I. N. P. hace frente a la asistencia sanitaria derivada de accidente no laboral, enfermedad común —y maternidad—, y la Mutuality o la Mutua Patronal a la derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesio-

(30) Este fundamentado razonamiento invita a un cualificado sector de la doctrina a exponer didácticamente nuestro derecho de la Seguridad Social a partir de dichas contingencias.

(31) Artículo 3.º del Reglamento de Asistencia Sanitaria.

nal (32). Las empresas, por su parte, pueden colaborar voluntariamente en la gestión de la asistencia sanitaria [art. 208, I, a) y b) de la LGSS, en relación con el art. 4.º de la orden de 25 de noviembre de 1966, sobre colaboración de las empresas en la gestión de la Seguridad Social].

B) *Supuesto de anormalidad: el principio de automaticidad en esta contingencia.*—En caso contrario, a saber, cuando se hayan incumplido alguna o algunas de las *condiciones generales*, la responsabilidad debe corresponder al empresario infractor. Sin embargo, rige en esta materia el principio de automaticidad en el pago de las prestaciones en una de sus manifestaciones más correctas. Los trabajadores se hallan «de pleno derecho» en situación de alta aunque no lo estén realmente (art. 95, 3, de la LGSS) (33). Como consecuencia de ello, el deber «inmediato» de prestar la debida asistencia al trabajador corresponde al I. N. P., Mutualidad o Mutua Patronal. No obstante, y como es lógico, las gestoras o colaboradoras podrán resarcirse a costa del empresario infractor, sin perjuicio de que, además, éste deba abonar las cuotas insatisfechas si de tal incumplimiento se tratase, y de las sanciones administrativas a que hubiese lugar (34).

2. Incapacidad laboral transitoria

A) *Supuesto de normalidad constitutiva.*—El trabajador, desde luego, debe estar afiliado y en situación de alta (art. 128 de la LGSS en relación con el 4.º del Reglamento General de Prestaciones del Régimen General de

(32) Las Mutualidades Laborales o las Mutuas patronales que se encarguen de la cobertura del riesgo de accidente de trabajo y enfermedad profesional deben capitalizar, junto con la pensión propiamente dicha, la cantidad oportuna a los efectos de la asistencia sanitaria futura y posible de *los pensionistas* como consecuencia de tales riesgos; capitalización referida a los diversos conceptos del artículo 11 del RAS. Para los restantes conceptos, es decir, aquellos no relacionados con el accidente de trabajo o la enfermedad profesional, la responsabilidad debe correr por cuenta del I. N. P. (cfr. art. 2,1 b) del RAS, en relación con el 196 de la LGSS).

(33) Esta disposición extiende la automaticidad prevista en el RAS únicamente para los supuestos de accidente de trabajo y enfermedad profesional, a todas las situaciones que precisen de asistencia sanitaria, con independencia del riesgo causa, lo cual nos aproxima un paso más a la *conjunta consideración de las contingencias*, uno de los principios consagrados en la exposición de motivos de la Ley de Bases de la Seguridad Social (II,2) y nunca plenamente conseguido.

(34) En síntesis, la automaticidad ha efectuado el traslado de responsabilidades de tal modo que realmente es el empresario el responsable del pago, *pero no* ante el posible beneficiario, sino ante la entidad que lo ha efectuado (cfr. GARCÍA ORTUÑO, *op. cit.*, página 221).

la Seguridad Social) cuando acaezca el supuesto de hecho contemplado en el citado artículo 128 de la LGSS, que define la contingencia; cumplidas estas condiciones generales —y cubiertos los periodos de cotización que se exigen como requisitos particulares (35)— la responsabilidad se atribuye, como es obvio, a la gestora o colaboradora: al I. N. P. si la incapacidad deriva de accidente no laboral y enfermedad común —y maternidad, nuevamente— y a la Mutualidad o a la Mutua si deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional; todo ello sin perjuicio del pago delegado del subsidio por las empresas, en régimen, esta vez, de colaboración obligatoria (art. 6.º de la orden sobre incapacidad laboral transitoria de 13 de octubre de 1967) (36).

B) *Supuesto de anormalidad constitutiva.*—1) Incapacidad laboral transitoria derivada de accidente no laboral y enfermedad común (y maternidad):

a) Si el incumplimiento del empresario se refiere únicamente a la *obligación de estar al corriente en el pago de las cotizaciones*, pero el trabajador se halla en situación de alta, puede solicitar el subsidio a la entidad gestora, al I. N. P., que efectuará el pago; después, ésta deberá repetirlo contra el empresario infractor (regla 2.ª del núm. 1, del art. 95 del Texto articulado I de la ley de Seguridad Social, sin duda vigente en este extremo) (37).

b) Por el contrario, *si el trabajador ni siquiera se halla en situación de alta*, el empresario infractor parece que debe hacerse cargo del pago de las prestaciones directamente. Bien entendido que debe ser así por aplicación de la regla 3.ª del núm. 1 del artículo 95 del Texto articulado I de la LSS, por cuanto el vigente Texto refundido de la LGSS nada dispone expresamente al respecto. Sin embargo, la remisión, en este caso, al Texto articulado I no parece que produzca un resultado satisfactorio, porque significa la aplicación de unos principios totalmente diversos —incluso opuestos— a los que inspiran las normas sobre responsabilidad de la LGSS; normas que parten de *aplicación general* de la técnica de automaticidad en el pago de las prestaciones, según hemos comprobado (38). Sería, pues, de desear, a fin de que los progresos alcanzados en esta materia no se conviertan en simple papel mojado hasta la aparición de la nueva normativa reglamentaria, una *interpretación progresiva* y, *si se quiere, correctiva* de la disposición que parece aplicable a este supuesto. El resultado de esta corrección no debe ser otro que admitir la responsabilidad del I. N. P., pese a la ausencia del requisito de

(35) Véase artículos 128 de LGSS, 8 de la orden de 13 de octubre de 1967, 14,1 del decreto de 23 de junio de 1972, etc.

(36) Véase artículo 208 de la LGSS.

(37) Véase sentencia del TCT de 18 de diciembre de 1974, Ar. 5529.

(38) Véase *supra*, II.2.

afiliación-alta, con independencia de que pueda repetir contra el empresario responsable (39).

2) Incapacidad laboral transitoria derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional.—Anticipamos que en esta materia rige efectivamente el principio de automaticidad en el pago; no obstante, deben distinguirse nuevamente *dos supuestos*:

a) Si la infracción empresarial se refiere a la obligación de pago de las cotizaciones, pero el trabajador se encuentra en *situación de alta formal o real*, se hará cargo de la prestación, e inmediatamente la entidad gestora o colaboradora, la repetirá contra el empresario (40); subsidiariamente, puede ser declarado responsable el Fondo de Garantía de accidentes de trabajo (art. 94, 4, del Texto articulado I de la LSS) (41).

b) Para los supuestos de ausencia de *alta formal o real* el trabajador se encuentra en situación de *alta presunta* —alta de pleno derecho; art. 95, 3, de la LGSS y art. 4.º de la OILT—. No obstante, la mecánica de atribución es bastante compleja, por lo que debemos proceder a su exposición: el subsidio corre, en primer término, por cuenta del empresario, *pero* si el empresario no lo hace efectivo, el pago se llevará a cabo, a instancias del trabajador, por la Mutualidad Laboral que hubiera reconocido el derecho a la prestación. La Mutualidad puede reintegrarse con cargo al Fondo de Garantía, que, a su vez, se resarcirá del empresario en la medida de lo posible (art. 6.º, 3, de la OILT).

Para el caso, perfectamente previsible, de que el empresario *hubiese cumplido su obligación de inscribir la empresa*, y optado, mediante la presentación de oportuno documento de asociación, por la cobertura de una Mutua Patronal, pero a continuación incumpliera sus obligaciones en materia de afiliación-alta, la responsabilidad parece que debe atribuirse a la Mutualidad Laboral en que se encuadre la actividad [art. 5.º b) de la OILT, en relación con el núm. 2 del art. 4.º de la misma norma].

3. *Prestaciones por invalidez, recuperadoras, lesiones permanentes no invalidantes y muerte o sobrevivencia derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional*

A) *Supuesto de normalidad constitutiva*.—Se exige desde luego el cumplimiento de los requisitos generales —afiliación-alta y cotización—, junta-

(39) Ninguna de las disposiciones contenidas en la orden sobre incapacidad laboral transitoria imposibilita esta interpretación.

(40) Véase artículo 95, regla 2.ª, del T. A., I.

(41) Véase sentencia del TCT de 17 de diciembre de 1974, Ar. 5523.

mente con el de los particulares correspondientes (42). En tal supuesto, la responsabilidad se atribuye a la entidad gestora competente, Mutualidad Laboral o Mutua Patronal.

B) *Supuesto de anormalidad.*—Como se trata de contingencias resultantes de accidentes o enfermedades profesionales, según dispone el artículo 95, 3, de la LGSS, los trabajadores se hallan en situación de alta presunta o ficticia, alta de «pleno derecho», y «aunque su empresario hubiere incumplido sus obligaciones; esto significa que la automaticidad en el pacto va a operar de algún modo. Dicha operatividad presenta, sin embargo, numerosas dudas, y se hace necesaria una exposición detallada de varios supuestos:

a) El primer supuesto que debemos plantearnos es el del trabajador en *situación de alta real o formal* —alta efectiva—, pero el empresario *no se halla al corriente en el pago de las cotizaciones*. En este caso, *la gestora debe anticipar* las prestaciones (núm. 3 del art. 95 del T. A. I. de la LSS) y se resarcirá con cargo al empresa infractor, y en el caso de que éste resulte insolvente, del Fondo de Garantía.

b) Pero si el trabajador no se *halla en situación de alta efectiva o real* —repetimos que lo está de «pleno derecho»— pueden plantearse los siguientes supuestos:

1) Supuesto de mera designación de la Mutualidad Laboral o Mutua Patronal por el empresario. En este caso podemos afirmar que rige el principio de automaticidad en el pago, porque las gestoras responden sin perjuicio de repetir contra el empresario infractor de sus obligaciones en mate-

(42) Para el supuesto, quizá hipotético, de la insolvencia de la Mutua patronal, se nos plantea un problema de colisión de normas entre el número 4 del artículo 93 del T. A., I, que establece la responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía, con el artículo 4 del Reglamento de las Mutuas Patronales de 6 de julio de 1967, a cuyo tenor la responsabilidad mancomunada de los asociados será ilimitada y se extenderá a todas las obligaciones que *legal* o contractualmente alcancen a la Mutua, cuando ésta por cualquier causa, no las cumpliera a su debido tiempo. Según lo dispuesto en esta última norma, y en conexión con el artículo 1138 del Código civil, debe entenderse que el crédito o la deuda se presumen divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros. El Fondo de Garantía, por definición, es siempre responsable subsidiario de último grado (véase, v. g., para un caso de responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, la sentencia TS, Sala VI, de 13 de marzo de 1971, Ar. 2544, donde se determina el alcance de la responsabilidad del Fondo con toda claridad, y cfr., ALONSO OLEA, *op. cit.*, página 152). No obstante, y previsiblemente por razones de economía procesal, parece lógica la aplicación inmediata del número 4 del artículo 93 del T. A., I. El Fondo de Garantía contará, a fin de efectuar el resarcimiento, no sólo con el patrimonio de la Mutua, sino también con el de sus asociados.

ria de afiliación-alta o cotización, o contra el Fondo de Garantía si el empresario fuere insolvente (43).

2) Si ni siquiera se ha producido la designación, la responsabilidad directa corresponde al empresario; sin embargo, subsidiariamente, se hará cargo de las prestaciones el Fondo de Garantía (44).

A este supuesto de «ausencia total de seguro», un sector de la doctrina científica y la jurisprudencia en general (45) asimila el supuesto de que «la póliza» (46) sea denunciada por el asegurador por impago de primas; consecuentemente, *a sensu contrario*, si no se denuncia el impago de primas, la aseguradora no se exonera, y estaríamos ante un supuesto asimilable al de meros defectos de cotización. No obstante, algunas sentencias, a nuestro entender con mayor acierto, niegan operatividad a la «denuncia» en el ámbito de la Seguridad Social, y cuyo único fundamento pudiere hallarse en una vieja norma del casi totalmente derogado Reglamento de Accidente de Trabajo de 1956 (47); la consecuencia lógica de nuestro razonamiento no es sino ignorar cualquier efecto de estas resoluciones unilaterales y asimilar el supuesto al de meros defectos de cotización y no al de «ausencia total de seguro».

(43) Cfr. ALONSO OLEA, *op. y loc. cit.* Al supuesto de mera designación de Mutua o Mutualidad, sin más, deben asimilarse los supuestos en que resulta forzoso para el empresario concertar la cobertura con la Mutualidad Laboral; la designación se ha producido *ope legis* (arts. 204, núm. 2 de la LGSS y normas concordantes, donde se enumeran las empresas obligadas a concertar el seguro con la Mutualidad Laboral).

(44) Artículo 94,4 y concordantes del T. A., I.

(45) Cfr. sentencias del TS/VI, de 6 de noviembre de 1973, Ar. 4322; de 9 de abril de 1973, Ar. 1963. Del TCT, de 26 de enero de 1973, Ar. 334; de 28 de febrero de 1973; de 4 de abril de 1974, etc.

Cfr. ALONSO OLEA, *op. y loc. cit.*

(46) En cuanto a la supervivencia de la «póliza» en la relación jurídica de Seguridad Social que se establece al amparo de nuestro derecho, véase VIDA SORIA: «Régimen jurídico de la protección contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales», RT, núm. 31, 1970; sus conclusiones son opuestas a tal posibilidad, si bien no niega la existencia de ciertos vestigios de técnicas antiguas. Sobre esta materia, véase M. ALONSO OLEA: «El aseguramiento de los accidentes de trabajo», RPS, núm. 110, abril-junio 1976, págs. 96 y sigs.

(47) Artículo 8.º, párrafo 2.º, *in fine*.

4. *Prestaciones por invalidez, recuperadoras, lesiones permanentes no invalidantes y muerte o sobrevivencia derivadas de enfermedad común y accidente no laboral*

A) *Supuesto de normalidad constitutiva*.—Según disponen los artículos 137, I, 146, I, de la LGSS y normas concordantes que, como es obvio, remiten al artículo 94, 1, de la misma norma, deben haberse cumplido las condiciones generales de afiliación-alta y cotización, para que, en principio, se haga cargo directamente de las prestaciones la entidad gestora competente: el I. N. P., para los casos de invalidez provisional, y la Mutualidad Laboral para las restantes contingencias.

B) *Supuesto de anormalidad*.—El responsable del pago de las prestaciones, en los casos de defectuosa constitución de la relación jurídica, es el *empresario infractor*; no obstante, y lo que es muy importante, el Fondo de Garantía de accidentes de trabajo desempeña un papel esencial con respecto a la contingencia de *invalidez permanente*. En efecto, si el trabajador se encuentra en situación de alta real, la entidad gestora —la Mutualidad Laboral— *anticipará las prestaciones*; se resarcirá a continuación del empresario, y si éste resultare insolvente, del Fondo de Garantía (art. 95 del Texto articulado I de la LSS, en relación con el 25 de la Orden de invalidez de 15 de abril de 1969).

Para el caso contrario —trabajador que *no se encuentra en situación de alta real o efectiva*— parece improcedente el anticipo, de modo que el empresario debe efectuar el pago de las prestaciones en la forma prevista en la norma 4.ª del núm. 1 del Texto articulado I de la LSS; esta es, sin duda, la interpretación más generalizada. Sin embargo, al amparo de los principios inspiradores del sistema español de Seguridad Social, que deben encontrar su mejor reflejo en el Régimen General, creemos que deben hacerse algunas consideraciones:

1) *Si la invalidez permanente deriva de accidente no laboral*, es procedente el anticipo, según dispone el artículo 95, 3, del Texto articulado I de la LSS, para trabajadores «en alta y sus derechohabientes», textualmente. Para el *supuesto de trabajadores que no se encuentren en situación de alta*, cabe la duda de la procedencia del anticipo; de hecho, la opinión generalizada es contraria a su procedencia. Sin embargo, apoyados en la disposición contenida en el artículo 96 de la LGSS —imputación directa en todo caso a la gestora—, e incluso en una interpretación amplia y beneficiosa del artículo 94, 5, del Texto articulado I de la LSS, que asimila el accidente común

al profesional, a efectos precisamente de la contingencia que nos ocupa, cabe realizar de nuevo una interpretación progresiva e incluso correctora de las normas legales en presencia; dicha interpretación abundaría en la posibilidad legal del anticipo en este supuesto, como lo hace un sector de la doctrina científica (48).

2) En los restantes supuestos, a saber, *supervivencia e invalidez permanente* derivada de enfermedad común, de nuevo la situación de alta del trabajador permite el anticipo; pero *si éste no se encuentra en situación de alta* no parece posible ni el anticipo ni la responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía —repetimos que tanto el núm. 2 como el 3 del artículo 95 del Texto articulado I de la LSS disponen el anticipo únicamente para trabajadores en alta—; el empresario infractor es el que debe efectuar el pago, constituyendo el capital necesario para tal fin en el correspondiente servicio común de la Seguridad Social, de acuerdo con la norma 4.ª del núm. 1 del artículo 95 del Texto articulado I de la LSS (49), con los graves peligros que esta solución entraña.

5. Contingencia de jubilación

A) *Supuesto de normalidad.*—Una vez más, las correspondientes normas de la LGSS y disposiciones de desarrollo exigen los requisitos generales de afiliación-alta y cotización (art. 154 en relación con el 94, 1, de la ley; orden de 18 de enero de 1967); en tal supuesto, la responsabilidad recae sobre la Mutualidad Laboral competente.

B) *Supuesto de anormalidad.*—Si el trabajador se encuentra en *situación de alta*, pero ha sido incumplida la obligación de cotizar, la entidad gestora debe proceder al anticipo de las prestaciones, resarcándose a costa del empresario infractor, y si éste es insolvente, con cargo al Fondo de Garantía (art. 95, 2, del Texto articulado I) (50). Sin embargo, para los casos de *ausencia de alta* no opera el anticipo; como en el supuesto de *supervivencia e invalidez permanente* derivada de enfermedad común, el empresario responsable, y según las regla 4.ª del núm. 1 del artículo 95 del Texto articulado I, constituirá el capital oportuno en el servicio común para que con él se proceda al pago de las prestaciones; solución que dista mucho de ser satisfactoria y que debe ser corregida al amparo de los nuevos principios (51).

(48) Véase MONTOYA MELGAR: *Derecho del Trabajo...*, cit., pág. 247.

(49) Cfr. ALONSO OLEA: *Instituciones...*, cit., págs. 213-214.

(50) ALONSO OLEA, *op. cit.*, pág. 267.

(51) Véase *supra*, II.2.

6. Prestaciones de protección a la familia

A) *Supuesto de normalidad.*—Para ser beneficiario de tales prestaciones es preciso una vez más que los trabajadores por cuenta ajena y asimilados estén afiliados y en situación de alta, y el empresario al corriente en el pago de las cotizaciones (art. 168, 1 a) de la LGSS, que remite de nuevo, y como para cada contingencia, al artículo 94, 1, del mismo texto; en relación, el artículo 3.º del decreto de 22 de noviembre de 1966).

La entidad gestora responsable del pago en situación de normalidad es el I. N. P.; no obstante, como es sabido, el pago se realiza, respecto de las asignaciones por esposa e hijos, por conducto de las empresas, como manifestación de colaboración obligatoria en la gestión de la Seguridad Social (artículo 16, 1, de la orden de 25 de noviembre de 1966).

B) *Supuesto de anormalidad constitutiva.*—En el supuesto de trabajadores que *no se encuentren en situación de alta*, el pago de las prestaciones se imputa al empresario infractor «directamente y a su cargo», según dispone el artículo 95, 1, regla 3.ª del Texto articulado I.

Si el trabajador se halla afiliado y en alta, pero el empresario hubiere incumplido la obligación de cotizar, éste deberá hacerse cargo de las prestaciones cuya gestión le esté encomendada, mientras que las que corresponden a la gestora, deberán ser pagadas por ésta, que repetirá contra el empresario infractor (52).

7. Protección del desempleo

A) *Supuesto de normalidad constitutiva.*—De nuevo la entidad responsable del pago, una vez cumplidos los requisitos generales, es el I. N. P. (artículo 174 de la LGSS).

B) *Situación de anormalidad constitutiva.*—Frente a la contingencia de desempleo, el trabajador, como es notorio y también tradicional en nuestro sistema (53), se encuentra en *situación de alta de pleno derecho* (art. 95, 3, de

(52) Cfr. MONTOYA MELGAR, *op. y loc. cit.*

(53) Cfr. ALONSO OLEA, *op. cit.*, pág. 195 y nota 14.

No obstante, la determinación legal de alta de pleno derecho —asegurado de pleno derecho— se efectúa por primera vez en el párrafo segundo del artículo 38 del decreto de 8 de octubre de 1932 sobre Accidentes de trabajo en la industria; la diferencia con la que estableció la ley de 22 de julio de 1961 para el desempleo es notoria. En el

la LGSS; artículo 9.º, 3, de la orden de 5 de mayo de 1967); ello quiere decir que, acreditado el período de trabajo suficiente para cubrir la carencia exigida, las prestaciones son satisfechas directamente por el I. N. P., que se resarcirá del empresario infractor.

III. SUPUESTOS ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD

III.1. Cotización por base inferior a la que legalmente se determine

La responsabilidad en el pago de las prestaciones en estos casos debe ser compartida entre la entidad gestora y el empresario infractor; así, el Texto articulado I parte de la base del reconocimiento de esta conjunta responsabilidad (art. 92, 5), y la doctrina y la jurisprudencia han sentado la regla general de que la cotización efectuada por base inferior a la normal «surte efecto en cuanto a ésta, siendo responsable el empresario por la diferencia» (54). Por su parte, la LGSS contempla este supuesto —entre todos los restantes de incumplimiento de condiciones generales— en el número 2 del artículo 96; en consecuencia, esta materia también se ofrece al oportuno desarrollo reglamentario. Sin duda, respecto de la «parte» de responsabilidad que correspondiere al empresario, deben regir las normas sobre pago automático, anticipos, etcétera, que hemos expuesto en cada una de las contingencias, como se deduce del análisis conjunto de los artículos 92 y sigs. del Texto articulado I.

III.2. Responsabilidades subsidiarias y solidarias

Con el fin de *prevenir* el incumplimiento empresarial de las obligaciones de afiliación-alta y cotización, y a la vez de *garantizar* la responsabilidad directa o indirecta, total o parcial del empresario, la LGSS establece un sistema de responsabilidades subsidiarias y solidarias.

Efectivamente, y sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria que en último grado pueda corresponder al Fondo de Garantías (55), el trabajador o la

régimen del accidente de trabajo, el aseguramiento de pleno derecho significaba la asunción de responsabilidad por el Fondo de Garantía; en el desempleo, la responsabilidad es de la aseguradora, o mejor, de la entidad gestora; en el primer caso, se habla de «automaticidad atenuada (cfr. G. DIÉGUEZ CUERVO: *Responsabilidad directa de las prestaciones de Seguridad Social*, Pamplona, 1968, pág. 35 y nota 54).

(54) ALONSO OLEA, *op. cit.*, pág. 357; véase sentencia TS, Sala VI, de 1 de diciembre de 1972 (Ar. 5509), que se expresa en términos de «responsabilidad compartida».

(55) Véase *supra*, B.2.1 y notas.

entidad que hubiese efectuado el anticipo o el pago pese al incumplimiento empresarial, pueden dirigir sus acciones contra ciertos responsables subsidiarios y solidarios (art. 96, 3, de la LGSS).

III.2.1. *Responsabilidades subsidiarias.*

Si la obra o industria está contratada, la responsabilidad subsidiaria recae sobre el dueño de la obra, salvo que la contrata se refiera únicamente a las reparaciones que pueda contratar un amo de casa respecto de su vivienda (artículo 97, 1, de la LGSS).

No obstante, si el empresario insolvente «viniere a mejor fortuna», el dueño de la obra podrá ejercitar, a fin de resarcirse la *acción de reembolso* (56); o las acciones que pueden ejercitarse al amparo de las normas contenidas en los artículos 1.837 y sigs. del Código civil (57) o quizá más sencillamente, la acción subrogatoria (58).

III.2.2. *Responsabilidades solidarias*

Contrariamente responden solidariamente, de modo que el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores o contra todos simultáneamente (59) (surtiendo el pago sus efectos propios) (60):

a) El empresario transmitente y el adquirente, en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria negocio, respecto de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión (arts. 97, 2, LGSS y 18, 2, de la ley de Relaciones Laborales).

b) Las personas naturales o jurídicas que recluten o contraten trabajadores y los proporcionen, presten o cedan temporalmente a las empresas, cualesquiera que sean los títulos de dicho tráfico (art. 19, 1 a) de la ley de Relaciones Laborales).

c) Los empresarios que utilicen los servicios de los trabajadores conside-

(56) Véase artículo 1.101 del Código civil.

(57) Normas relativas a la garantía que se presta mediante la fianza.

(58) Se trataría de acción similar a la que puede ejercitar el propietario del vehículo, en caso de insolvencia del conductor, al amparo de las normas del seguro obligatorio de responsabilidad por el uso de vehículos automóviles (cfr. J. GARRIGUES: *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, 1973, págs. 507 y sigs.).

(59) Artículo 1.144 del Código civil, que concluye: «Las reclamaciones entabladas contra uno de los deudores no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte la deuda cobrada por completo.»

(60) Véase artículo 1.145 del Código civil. Cfr. Díez PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil...*, cit., págs. 426 y sigs.

rados en el apartado anterior sin incorporarlos a su empresa (art. 19, 1 b) de la misma ley).

d) Por último, el subcontratista y el contratista principal, durante el periodo de vigencia de la subcontrata (art. 19, 2, de la ley de Relaciones Laborales, en relación con las disposiciones específicas contenidas en el decreto-ley de 15 de febrero de 1952 y 19 de diciembre de 1970).

III.3. *El Servicio de Reaseguro, el Fondo Compensador y el Consorcio de Compensación del seguro*

III.3.1. *El Servicio de Reaseguro de Accidentes de Trabajo*

El reaseguro es un mecanismo esencial e insustituible para la técnica del aseguramiento, porque permite asumir grandes masas de riesgos, homogeneizarlos, transformarlos y transferir los anormales, así como fraccionar la suma asegurada, mediante la transformación de un excedente (61); tanto más preciso será su empleo cuanto más preciso sea homogeneizar cuantitativa o cualitativamente los riesgos asegurados, es decir, tanto más necesario será el reaseguro cuanto mayor sea el índice de siniestralidad, porque el reaseguro es fundamentalmente una ayuda financiera para el asegurador (62). Por todo ello es muy lógico que se aplique en el contexto del seguro de accidentes de trabajo, que debe individualizarse plenamente a estos efectos. Así, el Servicio de Reaseguro de Accidentes de Trabajo, que tiene naturaleza de servicio común de la Seguridad Social, participa del costo de los siniestros en la proporción reasegurada; la proporción mínima obligatoria viene establecida en el 30 por 100 de la cartera global de riesgos por invalidez y muerte; ésta es la misión propiamente aseguradora del Servicio. Pero junto a esta función, el reaseguro cumple en el ámbito de la Seguridad Social *una segunda y más completa misión* de garantía de pago, y que viene a consagrar en la práctica, como indica Alonso Olea (63) una especie de automatidad en el cumplimiento. En efecto, el Servicio de Reaseguro ingresa los capitales en los supuestos en que no lo haga la aseguradora en los plazos establecidos.

(61) Cfr. GARRIGUES, *op. cit.*, pág. 133; A. DONATI: *Los seguros privados. Manual de Derecho*, Barcelona, 1960, pág. 11.

(62) Cfr. E. PRIETO PÉREZ: *El reaseguro: función económica*, caps. IV y VII, Madrid, 1973. En gráfica expresión de GARRIGUES, el reasegurador es una especie de banquero del asegurador (cfr. *op. cit.*, pág. 134).

(63) «Instituciones...», *cit.*, pág. 155.

Como es obvio, para que exista reaseguro debe existir aseguramiento (64).

Por último, y como es lógico, el Servicio goza de la posibilidad, cuando ha efectuado la capitalización tras el incumplimiento de la aseguradora, de resarcirse a costa de ésta, y para los casos de que resultare insolvente, puede repercutir la porción del capital no reasegurado —70 por 100 del capital— contra el Fondo de Garantía. En resumen, el Servicio facilita el pago de los capitales, tanto en la porción reasegurada cuanto en la no reasegurada (65).

III.3.2. *El Fondo Compensador del Seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*

Por el contrario, para las enfermedades profesionales no está previsto el reaseguro; no obstante, función similar —y sólo similar— desempeña otro servicio común de la Seguridad Social. Este Fondo —Fondo Compensador— se nutre de un porcentaje sobre las primas de accidente de las Mutualidades Laborales y Mutuas Patronales, o sobre el equivalente en cuanto hay empresas que autoaseguran parte de los riesgos, con cargo a las mismas; a este ingreso se suman las primas adicionales o sobreprimas que pueden imponerse a las empresas con riesgo de enfermedad profesional (LGSS, art. 72, 2). La operación de seguro se lleva a cabo mediante la fórmula de reparto simple, frente al sistema de capitalización que emplea el Fondo de Garantía. Pues bien, a este Servicio le corresponde una importante misión en la cobertura del riesgo de enfermedad profesional, de modo que muy bien ha podido decirse que el Fondo Compensador es el asegurador real (66); efectivamente, este Fondo abona todas las prestaciones derivadas de dicha contingencia, salvo que el empresario no haya designado Mutua o Mutualidad, o que no haya cumplido sus obligaciones en materia de reconocimientos médicos. En todo caso, si el empresario resultare insolvente (67), el Fondo Compensador abona las prestaciones, subrogándose en todos los derechos del enfermo profesional. Y si la gestora ha sido la responsable del incumplimiento, el Fondo podrá asimismo repetir contra ella.

(64) Véase sentencia del TS, Sala VI, de 19 de diciembre de 1973, Ar. 4814; de 8 de octubre de 1973, Ar. 4068; de 16 de octubre de 1973, Ar. 4069, etc.

(65) Véase decreto de 22 de abril de 1976, en relación con el artículo 213,4 de la LGSS.

(66) ALONSO OLEA, *op. cit.*, pág. 170.

(67) ALONSO OLEA, *op. y loc. cit.*

III.3.3. *El Consorcio de Compensación del seguro*

El asegurador no tiene —y normalmente no puede— por qué responder de los llamados riesgos catastróficos, bien que en el aseguramiento privado las condiciones generales de las pólizas incluyen ciertas catástrofes; excluyen expresamente, no obstante, la mayoría. La Seguridad Social no puede gravarse con el costo de tales siniestros, porque las previsiones financieras nunca permiten alcanzar su montante y la planificación sería imposible. Así, el artículo 88 de la LGSS remite, previa exclusión de responsabilidad para las gestoras, a la legislación especial sobre la materia. Esta normativa «especial» está contenida fundamentalmente en la ley sobre el Consorcio de Compensación del Seguro de 16 de diciembre de 1954 y su reglamento de 1956, modificado posteriormente; normas que recogen los diversos tipos de catástrofes y riesgos excepcionales o extraordinarios, e implantan un régimen de compensación obligatorio para los aseguradores respecto de aquellos riesgos no absolutamente exentos de cobertura. La compensación mutua no es muy elevada ciertamente, y opera tras el acaecimiento de ciertos siniestros «listados» —y sólo para ellos—, previa declaración de excepcionalidad o catástrofe por el órgano competente (68). Con referencia a la Seguridad Social, se incluye la protección de los accidentes laborales en condiciones catastróficas o especiales, en el capítulo de siniestros personales. El Consorcio procede, tras la declaración de su competencia, al abono de ciertas cantidades en formaalzada.

En los demás riesgos o contingencias, los siniestros catastróficos o extraordinarios quedan al descubierto.

III.4. *Concurrencia de responsabilidades civiles y criminales: efectos*

Para los supuestos de concurrencia de responsabilidades, la ley realiza una previsión específica; en efecto, el artículo 97,3 determina que «cuando la prestación haya tenido por causa, o como origen, supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona, incluida el empresario, la prestación será hecha efectiva por la entidad gestora». La prestación será hecha efectiva, desde luego, si se cumplen, o mejor, si se han cumplido las demás condiciones, aquellas generales y particulares exigidas en el reiterado artículo 94 de la LGSS. Y ello sin perjuicio de aquellas responsabi-

(68) Normalmente, la declaración de zona catastrófica corresponde al Gobierno; sobre esta materia, véase ALONSO OLEA: *Instituciones...*, cit., págs. 140 y 141; GARRIGUES, *op. cit.*, págs. 186 y sigs.

lidades que puedan ser exigidas por el trabajador o sus herederos a los presuntos responsables civiles y criminales. Las prestaciones de la Seguridad Social son perfectamente compatibles con las indemnizaciones penales o civiles a las que tuvieren derecho las víctimas y sus herederos; además, tal indemnización no debe ser aplicada «a resarcir al empresario ni a su asegurador del coste de ésta», —de la prestación— según considera el TS (69).

No obstante, la subrogación para resarcirse en favor de la gestora, muy propia del ámbito del seguro privado de daños (70), está reconocida en la LGSS respecto de las prestaciones de asistencia sanitaria; las entidades colaboradoras, ya las Mutuas, ya las propias empresas, poseen a estos efectos legitimación en causa «directa», para personarse o promover los procedimientos oportunos como terceros perjudicados, a los efectos, en su caso, del artículo 104 del Código penal.

Por el contrario, la subrogación no está prevista para las restantes contingencias y prestaciones; no obstante, es principio general del derecho que, mediando culpa o negligencia, el causante del daño debe repararlo (artículo 1.902 y concordantes del Código civil, etc.), y ello con independencia de toda relación obligatoria nacida previamente, *ex lege o ex contractu*; mucho más si se trata de responsabilidades criminales (71). Consecuentemente, la gestora, para impedir menoscabos injustos en su patrimonio, debe ejercitar las oportunas acciones de resarcimiento (72); patrimonio que está formado, esencialmente, por el patrimonio de los empresarios y los trabajadores.

(69) Sentencia del TS, Sala I, de 2 de febrero de 1971; cfr. ALONSO OLEA, *op. cit.*, página 71.

(70) Algunas legislaciones también admiten el ejercicio de esta acción en el ámbito de los seguros de intereses en las personas (seguros de accidente, enfermedad, invalidez), que cubren riesgos similares a los propios del ámbito de la Seguridad Social; así, la legislación italiana lo prevé expresamente (cfr. sobre esta materia A. DURANTE: *Il contratto per l'assicurazione Privata contro gli infortuni*, Milán, 1974, págs. 275 y sigs.).

Por el contrario, en nuestro país ha sido prohibida expresamente la inclusión en las condiciones generales o particulares de los contratos de seguro privados o mercantiles de accidentes individuales, cláusulas que establezcan implícita o explícitamente la facultad del asegurador para subrogarse en los derechos del asegurado frente al tercero responsable del accidente (Orden del Ministerio de Hacienda de 31 de mayo de 1960). Véase sobre esta materia A. MONTOYA MELGAR: «Acto de tercero y concurrencia de responsabilidades», en *Estudios homenaje a Jordana de Pozas*, vol. III, Madrid, 1961, páginas 443 y sigs. En particular, sobre esta materia, págs. 454 y sigs.

(71) Cfr. A. MONTOYA MELGAR: «Acto de tercero...», cit.; J. CABRERA BAZÁN: «La responsabilidad del tercero causante del daño y el nuevo régimen de la Seguridad Social», RPS, núm. 61, Madrid, 1964, págs. 304 y sigs.

(72) Véase *supra*, nota 69; ALONSO OLEA, *op. cit.*, pág. 139.

III.5. *El artículo 499 bis del Código penal*

La ley 44/1971, de 15 de noviembre, incorpora al Código penal, bajo el título XII de los delitos contra la libertad y seguridad, y en el capítulo VIII (de los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo), el artículo 499 bis. Esta disposición penal establece los siguientes tipos:

1.º La imposición, usando maquinaciones o procedimientos maliciosos, a los trabajadores a su servicio, de condiciones laborales o de *Seguridad Social* que perjudiquen los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales o convenios colectivos sindicales.

2.º La cesión de mano de obra, la simulación de contrato, sustitución o falseamiento de empresa o cualquier otra actuación maliciosa que suprima o restrinja los beneficios de estabilidad en el empleo y demás condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores por disposiciones legales.

3.º El tráfico de mano de obra o la intervención en migraciones fraudulentas, así como las actuaciones maliciosas destinadas a hacer ineficaces los derechos de los trabajadores en caso de crisis de empresa.

Sainz Cantero se planteaba, en 1972, entre otras y prioritariamente, dos cuestiones fundamentales en torno al llamado *delito social* (73):

En primer término, la pregunta versa sobre su contenido sustancial; que es, en esencia, lo que pretende tutelarse y cuáles son las conductas punibles.

En segundo lugar, la pregunta versa sobre un problema fáctico: si los tipos penales contenidos en la norma iban a ser aplicados realmente (74).

En relación con la primera de las cuestiones —figuras delictivas—, debe plantearse aquí la relación del artículo 499 bis con la Seguridad Social, o lo que es lo mismo, cuáles son las conductas relativas a materias de Seguridad Social que pueden considerarse antijurídicas y tipificadas en el contexto del delito social. En cuanto a la segunda cuestión, creemos que es posible darle una, aunque quizá somera, respuesta.

(73) *En torno a los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo*, Publicaciones de la Escuela Social de Murcia, Murcia, 1972, pág. 2.

Sobre este material puede consultarse *Protección penal de los derechos laborales. El llamado delito social*, Publicaciones de la Organización Sindical, Madrid, 1975.

(74) *Op. y loc., cit.*

III.5.1. *El artículo 499 bis del Código y las obligaciones de los empresarios en materia de Seguridad Social*

Las figuras delictivas contenidas en este artículo brillan, en palabras de Rodríguez Devesa (75), «por las extraordinarias dificultades de interpretación»; se intuye que el legislador las destina «a la protección del trabajador, asegurando el más estricto cumplimiento de la legislación laboral en materia de contrato de trabajo, *seguros sociales* y convenios colectivos» (76). Pero, en realidad, esta opinión no aporta novedades, porque es lógico y coherente que se trata de proteger las condiciones laborales de los trabajadores mediante disposiciones de carácter social, y lo contrario, a la luz de los principios generales del Derecho español, constituiría un atentado a la justicia. En las Comisiones Legislativas se aludió expresamente a las siguientes conductas (77):

a) Descontar las cuotas obreras y no hacerlas efectivas. Descontar las cuotas y no ingresarlas en el I. N. P. es una conducta que reúne todos los requisitos de la apropiación indebida (artículo 535 del Código penal), delito que tiene señalada pena más grave que la prevista en el artículo 499 bis, por lo que la doble tipificación ni era necesaria ni acertada.

b) No dar de alta a los trabajadores.

c) Las simulaciones contractuales a efectos de Seguridad Social.

La oportunidad de la tipificación de la conducta recogida en el apartado b) era innegable; la recogida en el apartado c) ya estaba tipificada como estafa (art. 529, 1.º del Código penal), y se le señalaba pena más grave (78).

En consecuencia, y quizá lógicamente, el proyecto de 25 de junio de 1971 se expresaba de forma concluyente: «Será castigado (...) el que repetidamente incumpliere las disposiciones establecidas en *materia de alta y cotización* a la Seguridad Social, si, como consecuencia de ello, se produjera para alguna persona privación o disminución de los beneficios o prestaciones que aquélla tenga establecida.»

Este párrafo, precisamente, fue el más discutido del proyecto; hasta tal extremo que la ponencia hubo de modificar el texto, de forma que se adoptó

(75) *Derecho penal español. Parte especial* (5.ª ed.), Madrid, 1973, pág. 301.

(76) E. CUELLO CALÓN: *Derecho penal*, tomo II (13.ª ed.), Barcelona, 1972, página 811 (el subrayado es nuestro).

(77) RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, págs. 300 y sigs.

(78) Si la simulación de contrato se realiza directamente en perjuicio del trabajador, corresponde aplicar el artículo 532,2 del Código (cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, página 311).

una dicción mucho más laxa y problemática (79), en perjuicio de los posibles sujetos protegidos evidentemente. En consecuencia, la doctrina se muestra perpleja, confusa e indecisa, con la redacción del texto vigente: ¿qué quiere significar exactamente «imponer condiciones de Seguridad Social que perjudiquen los derechos que tengan reconocidos los trabajadores»? ¿Incorre en el tipo el empresario que a sabiendas incumple las obligaciones de afiliación, alta o cotización? Y si efectivamente incurre, ¿por qué el legislador no lo ha dejado dicho con toda claridad y expresamente?

Necesidad de clarificación que viene exigida también porque se abunda en un terreno de responsabilidades ya de por sí muy complejo y ramificado, difícil de seguir por el intérprete, ya que:

1) Como infractor de sus obligaciones de afiliación, alta y cotización, el empresario sería responsable, directo o indirecto, total o parcial de las prestaciones, aplicando las normas propias del ordenamiento de la Seguridad Social; y

2) De resultar su conducta tipificada, estaría además obligado a responder civilmente (arts. 19 y concordantes del Código penal), y no sólo ante el presunto beneficiario, sino ante cualquier perjudicado.

III.5.2. *La aplicación del artículo 499 bis*

La segunda de las cuestiones —alcance efectivo del artículo 499 bis— se pone en tela de juicio inmediatamente «porque los lindes fronterizos entre lo que no es más que infracción de la legislación laboral y lo que entra en el campo de los nuevos delitos son de difícil precisión, por lo que, en los expedientes laborales se necesitará el olfato, fino y cercano del experto, que descubra el matiz penal de cada asunto. Sin él nos tememos que el nuevo artículo no sea otra cosa que uno más de los preceptos de papel que nuestro Código penal contiene» (80). Parece, con todo ello, que el legislador ha tratado de echar una cortina de humo ante determinados ilícitos que —paradójicamente— se proponía tipificar con cierta claridad, a fin de que su aplicación resultase verdaderamente dificultosa.

La jurisprudencia, empero, en ocasiones, no se ha mostrado vacilante;

(79) Los argumentos esgrimidos para la modificación del precepto iban desde la consideración de la existencia de un Reglamento de faltas y sanciones de la Seguridad Social, o la existencia de un Fondo de Garantía, hasta el quizá más peregrino de que «no era psicológicamente el momento oportuno para verter conceptos en el Código penal que perjudicaran al empresario; RODRÍGUEZ DEVESA, *op. y loc. cit.*; la dialéctica no necesita aclaraciones.

(80) SAINZ CANTERO, *op. cit.*, pág. 30.

así, la sentencia de la Audiencia provincial de Palma de Mallorca de 24 de julio de 1973 (81), y ante un supuesto de hecho en que el sujeto activo no dio de alta a los trabajadores —cinco en total—, ni realizó las cotizaciones oportunas ni los inscribió en el libro de matrícula del personal conociendo las obligaciones que le incumbían en relación con la Seguridad Social, así como el perjuicio que con su proceder se ocasionaba, *considera*:

1) Que el bien jurídico protegido es el derecho de los españoles a los beneficios de la Seguridad Social.

2) Que maliciosamente, esto es, conociendo las obligaciones legales para con aquéllos —los obreros—, no los dio de alta ni cotizó por ellos, colocándolos así fuera de la esfera protectora de la Seguridad Social.

3) Que con todo ello les ha causado un perjuicio económico evidente, debido a la influencia de los períodos de cotización sobre las prestaciones, paralelo a su beneficio producido por no efectuar los ingresos.

Y *falla* condenando al empresario infractor, señalando asimismo expresamente *su responsabilidad civil*.

Debemos seguidamente señalar que las responsabilidades civiles *ex delicto* alcanzan no sólo al autor, sino también a los cómplices y encubridores, y que, además, el artículo 499 bis establece la responsabilidad subsidiaria de la empresa si el autor es un mero gerente o administrador de la misma. El abanico de responsabilidades es verdaderamente amplio en este contexto.

* * *

Por último, el impago del subsidio de Incapacidad Laboral Transitoria por la empresa, en régimen de delegación obligatoria, efectuado el descuento en el boletín de cotización, aunque el empresario no lo hubiese confeccionado directamente, sino por medio de gestor, no constituye delito tipificado en el artículo 499 bis, sino delito de estafa, cuyo sujeto pasivo es el I. N. P. (82).

FRANCISCO GARCÍA ORTUÑO

(81) Cfr. *Protección penal de los derechos laborales...*, cit., págs. 113 y sigs.

(82) Sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida de 28 de enero de 1974.