

LOS REQUISITOS DE AFILIACION Y COTIZACION EN LA SEGURIDAD SOCIAL: EFECTOS RESPECTO A PRESTACIONES Y RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS (*)

(CONCLUSION)

SUMARIO:

V. *La responsabilidad de las Empresas por incumplimiento de las obligaciones de afiliación y cotización. Criterio de los distintos regímenes:* 17. Consideraciones de carácter general. 18. La deseada irrenunciabilidad de los derechos de previsión social. 19. Seguros de Vejez. 20. Seguros de Enfermedad. 21. Subsidios Familiares. 22. Mutualismo Laboral. 23. Subsidios y Seguros unificados.—VI. *Soluciones «lege ferenda».*

17. CONSIDERACIONES DE CARÁCTER GENERAL.—Partiendo de que lo fundamental, a los efectos de este trabajo, es que se estime si el patrono tiene o no la culpa de que el productor no perciba prestaciones a causa de no estar afiliado, o hallarse al descubierto en la cotización, resulta una cuestión accesoria la de si tal culpa ha de entenderse contractual o extracontractual. Aparte de que nosotros ceñimos el comentario a la interpretación del derecho positivo, la autoridad de quienes propugnan las distintas opiniones hace ya recelar intuitivamente el adscribirse sin reservas a una de ellas, ya que para fundamentar ambas se aducen argumentos nada despreciables.

Adelantamos que al decir responsabilidad no nos referimos a la de carácter «penal» que pudiera derivarse de las omisiones en que

(*) Véase la primera parte de este trabajo en CUADERNOS DE POLÍTICA SOCIAL, núm. 14.

NOTAS

incurran las Entidades patronales; aludimos exclusivamente a aquella responsabilidad que adquieren ante el productor perjudicado por tales omisiones; no nos interesa, pues, en absoluto, el examinar en este aspecto el recargo por demora ni las sanciones previstas con carácter general en la Ley de Delegaciones de Trabajo y Reglamento de Inspección de Trabajo. Tampoco el Decreto de 16 de junio de 1950, que sanciona a las Empresas que descuentan cuotas a los productores sin ingresarlas posteriormente; ni las sanciones que el Decreto de 15 de febrero de 1952 establece para aquellos patronos que eludan en combinación con otros intermediarios la afiliación y cotización a los Seguros Sociales. El concepto que nos interesa de responsabilidad de las Empresas es el que ya indicamos: la que contrae con los trabajadores a su servicio cuando no perciben las prestaciones por culpa o negligencia de aquéllas.

Parece estar fuera de duda que cuando la Ley concede con carácter general determinados derechos a los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación del Seguro, no resulta justo que se condicione el ejercicio de aquellos derechos a que una persona —moral o física— haya cubierto determinados requisitos, para cuya cumplimiento, el productor, en ocasiones, no tiene intervención alguna.

No obstante, ha de pensarse asimismo que la organización técnica de la previsión se basa en las fórmulas matemáticas del Seguro, y que si en cualquier régimen de seguridad social abstrayéramos su carácter «social» o tuitivo de protección o defensa del trabajador, nos encontraríamos fatalmente con un Seguro colectivo, de análogas características, en términos generales y encerrándonos en el marco de la técnica actuarial, a la de cualquier otro que pudiera constituirse privadamente. Quiere esto decir, que la condición de ser «social» el Seguro no le exime, sino diríamos que más bien le obliga especialmente, a seguir las directrices de la técnica aseguradora.

De ahí la forzada necesidad de los Seguros Sociales de exigir unos requisitos mínimos a los trabajadores comprendidos en su ámbito, con objeto de organizar racionalmente el Seguro, de prever actuarialmente los riesgos y de conocer, en una palabra, el importe de las cargas que contrae y los recursos económicos con que cuenta para hacer frente a ellas.

NOTAS

Esto se traduce fatalmente, en papeles, documentos, declaraciones. Supondría para el organismo gestor de la seguridad social una tarea ímproba la organización técnica a que aludimos si tuviese que entenderse directamente con los millones de afiliados al régimen de que se trate. Nada más natural que el vincular a la Empresa la obligación de presentar tales declaraciones y documentos, aun comprendiendo que la obligación puede resultar en extremo onerosa tanto para el pequeño patrono que personalmente repele lo que denomina Pérez Botija «papeleo de previsión», que a veces no sabe materialmente cómo cumplimentar, como para el gran empresario, que se ve precisado a organizar incluso departamentos «sociales» o de «Seguros Sociales» para mantenerse al corriente en los trámites administrativos que la seguridad social impone, recargando en consecuencia el capítulo de gastos generales en el balance de su explotación (13). El pequeño patrono encomienda generalmente tales funciones a una persona asalariada con este fin o a gestorías administrativas que en muchos casos se dedican a este tipo de gestión casi con exclusividad.

En realidad, los Seguros Sociales no han arbitrado una fórmula nueva en este sentido, ya que el Ministerio de Hacienda utiliza el mismo sistema para la exacción del impuesto de Utilidades. Lo que sucede es que la complejidad de los Seguros Sociales va *in crescendo*, tendiendo a ser instituciones omnicomprendivas de los riesgos que amenazan al trabajador por lo cual ha de estar comprobándose con gran frecuencia —en cuanto cualquier riesgo se produce— la situación de aquél con el Seguro, y de ahí el cúmulo de incidencias que se suscitan en cuanto es descubierta cualquier anomalía, en muchos casos involuntariamente cometida.

La organización técnica de la seguridad social —la ciencia actuarial o de Seguros— impone, como antes hemos dicho, el conocimiento más exacto posible de la población asegurada, del colectivo, dicho sea en términos actuariales. Ha de conocer la edad del trabajador, su

(13) PÉREZ BOTIJA, Eugenio: «Aunque la obligatoriedad del Seguro revierte tanto sobre el empresario como sobre el trabajador, en generalidad se estima que (la obligación de asegurar) es un deber de aquél y un derecho de éste.» (*Curso de Derecho del trabajo*, Madrid, 1950, pág. 485.)

estado civil, el número de familiares y tantos otros datos que todos hemos tenido ocasión de ver en algún padrón de afiliación. Necesita también el órgano gestor del Seguro precaverse contra los fraudes de los presuntos beneficiarios y de las evasiones de cotización. No sólo se trata de dar prestaciones al trabajador que tiene derecho, sino de evitar que quien no tiene derecho las perciba. Las exigencias técnicas del Seguro y el temor a fraudes son las causas que originan las declaraciones y relaciones que el Seguro exige y las especiales disposiciones que cada Reglamento contiene condicionando la percepción de beneficios a que concurren determinadas condiciones de afiliación, cotización, cobertura de período de carencia, etc., etc. De todas formas se advierte en los últimos tiempos, al acentuarse el carácter de franca protección al trabajador de las instituciones de Seguros Sociales, una tendencia a la supresión de requisitos técnicos que en nuestra patria ha culminado con el Mutualismo Laboral, que en alguna de sus prestaciones no exige más «condición» que el estado de necesidad del productor.

Coincide esta tendencia que apuntamos con un nuevo enfoque de la política de Seguros Sociales que engloba a éstos dentro del plan general de política social de los Gobiernos, desorbitando el antiguo campo de aplicación de aquéllos y concibiéndolos como un servicio público cuyos gastos han de preverse en los presupuestos del Estado, cuya gestión compete a éste; en este sentido no interesa la salud de un productor —llevando el ejemplo al riesgo de enfermedad— en el cual concurren determinados requisitos, sino la de cualquier persona que se encuentre desasistida y enferma. Interesa la salud total, nacional. En el caso de ancianidad, tendrán derecho a ser asistidos con determinadas prestaciones para su subsistencia, no los poseedores de un carnet del Seguro Social, sino todos los ancianos que no cuenten con medios para vivir. Países avanzados en estas modernas y amplias concepciones de la seguridad social son Nueva Zelanda y Argentina.

Pero sea cual sea el concepto de seguridad social que se tenga o la política de Seguros Sociales que se practique, siempre existirá la necesidad de una organización técnicoadministrativa.

En nuestra patria, la gestación aislada e inconexa de los distin-

NOTAS

tos regímenes de seguridad social ha originado una quizá exagerada proliferación de impresos, requisitos y trámites administrativos que por productores y Empresas han de cumplimentarse, exacerbada últimamente con la creación del Mutualismo Laboral, absolutamente independiente de los Seguros Sociales y con características distintas. Por otra parte, al no existir tampoco una unificación legislativa —ni aun en los Subsidios y Seguros Sociales unificados— cada régimen conserva sus condiciones privativas para la concesión de beneficios, y algunos, sus peculiaridades en el procedimiento administrativo.

Es de justicia consignar que el Estado no ha subestimado la gravedad que encierra el problema de la complicación que reviste una atomizada organización de la seguridad social y constantemente viene dictando consignas de unificación que a veces provocan fallidos intentos como el de Seguro Total previsto en el Decreto de 23 de diciembre de 1944 y otras alcanzan estimables frutos como el que se logra con los dos Decretos de unificación de 29 de diciembre de 1948 y de 7 de junio de 1949. Sin embargo, hemos de apuntar el temor de que mientras subsista la actual configuración legal de los Seguros Sociales en nuestra patria, la supresión de algunas obligaciones declarativas para las Empresas, si bien alivia a éstas puede ocasionar en los servicios administrativos de los Seguros Sociales una cierta anarquía por falta de antecedentes y una considerable merma en los ingresos de cuotas al hacerse sumamente difícil el comprobar si las liquidaciones se practican por los salarios efectivamente devengados. En nuestra opinión, y refiriéndonos por el momento al Seguro Obligatorio de Enfermedad, suponemos habrá sido contraproducente la supresión que en aras a la simplicidad se dispuso, de la relación nominal de productores cotizantes que antes acompañaba al boletín de liquidación.

Volviendo a las consideraciones con que iniciamos este apartado, hemos de insistir nuevamente en la necesidad —más que en la conveniencia— de que los regímenes de seguridad social utilicen a las Empresas como intermediarias para sus relaciones con los productores, cuya representación se les confía explícitamente por la Ley y en lo injusto que sería el privar a aquéllos de prestaciones porque éstas hayan omitido requisitos.

Entre el *Scyla* de conceder prestaciones en todo caso y el *Caribdis* de denegarlas ante un incumplimiento empresarial, los Seguros Sociales —no todos, por desgracia— han arbitrado soluciones intermedias que en algunos casos, como en el Seguro de Accidentes de Trabajo y en el Mutualismo Laboral, hemos de estimar, salvo reparos de detalle, francamente felices y de absoluta eficacia.

Perpiñá Rodríguez ha tratado las cuestiones a que nos referimos ahora, y lo ha hecho, a nuestro juicio, con sencillez y agudeza, penetrando valientemente en el verdadero meollo del problema y exponiendo, con absoluta independencia de criterio, nueva doctrina y opinión propia; sin duda el haber unido a su condición de especialista en Derecho del Trabajo la de funcionario administrativo de los Seguros Sociales le ha facilitado el llegar a felices construcciones (14).

Para Perpiñá «el sistema administrativo de los Seguros Sociales configura una especie de representación legal y obligatoria del obrero por el patrono: si éste es contraparte del primero en el Derecho laboral, en el de Previsión asume una especie de «patronato» o gestión por cuenta de él, patronato que se le impone con carácter forzoso, tanto más cuanto que en su desarrollo el propio empresario ha de cumplir obligaciones exclusivamente suyas frente al organismo gestor (fundamentalmente ha de pagar cuotas o primas patronales). Y es perfectamente lógico que si en la realización de este patronato incurre en desidia o negligencia que daña a su patrocinado, deba reparar el perjuicio, como el mal tutor que hace padecer los intereses de su pupilo. Por eso, aun no habiendo precepto legal expreso que le imponga el deber de resarcimiento de daños, debería resolverse en su contra, no como simple culpa aquiliana, sino como sanción de tipo civil-social, sin tener en cuenta la culpa «concurrente» del obrero...» «... la falta de afiliación y cotización dará lugar a un perjuicio para el organismo recaudador y para el obrero: en ambos, con infracción de la Ley; el primero dará lugar al recargo de demora y aun al pago de intereses legales; el segundo originará el deber de indemnizar, en su caso, al perjudicado».

(14) «La responsabilidad patronal en el derecho de previsión social», *Revista de Trabajo* de mayo de 1946, págs. 482 y siguientes.

«Vemos, pues, reconocida y ratificada la doctrina de la obligación «legal» de resarcir en todos los sistemas menos en el de Vejez; mas creemos que en éste debería llegarse a igual resultado, no sólo por el principio general de la representación obligatoria del obrero por el patrono a efectos administrativos de Seguros Sociales, sino por perfecta razón de analogía con lo que sucede en aquéllos.»

De acuerdo en líneas generales con la teoría de Perpiñá, no lo estamos en alguna de las consecuencias que de la misma deduce, entre ellas con la de que el patrono ha de tener *siempre* abierto el camino de la reposición natural de las cosas a su estado legal antes de imponerle el resarcimiento y en tal supuesto la negligencia no debe engendrar más que la multa y recargo correspondientes.

Entendemos que el patrono tiene abierto el camino de la reposición natural de su omisión ante los Seguros Sociales en la forma en que cada Seguro ha previsto, pero ello no quiere decir que, como al parecer sugiere Perpiñá, tal reposición sea posible siempre y en cualquier momento: en particular, la subsanación del descubierto en afiliación y cotización del Subsidio de Vejez no puede tener efecto retroactivo en relación con la adquisición del derecho a prestaciones, todo ello imperativamente dispuesto en los preceptos que regulan aquel Seguro; no caben, pues, reposiciones naturales en este caso. Aunque quizá haya querido decir el tratadista que debe entrar en juego la reposición natural «siempre que sea posible»; en este caso no cabe duda alguna de que procederá tal reposición y a nadie se le ocurrirá discutirlo.

18. LA DESEADA IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS DE PREVISIÓN SOCIAL.—No vamos a discutir ahora si el derecho de previsión social está insito en el general complejo del Derecho del Trabajo, como opinan los más autorizados tratadistas, o tiene características propias que le diferencian y aun independizan de aquél, como opinan Perpiñá Rodríguez y otros. Creo que en cualquier postura que se adopte, se considerará que el principio de irrenunciabilidad de derechos del Derecho del Trabajo debe aplicarse, incluso con especialísima predilección, al Derecho de Previsión Social.

El Seguro Social, o es obligatorio o no lo es. El Seguro Social, dicho con palabras claras, es un ahorro forzoso; «... bien puede afir-

marse que no existe tal derecho a la imprevisión, porque nadie tiene derecho a hacerse desgraciado, contribuyendo con la suya a la desgracia de los demás», decía ya en 1910 Alvaro López Núñez (15). Resultaría paradójico el que se hiciese abonar —cotizar— a la fuerza a los trabajadores, para otorgarles en consecuencia las prestaciones de los Seguros y se admitiese, en cambio, que éstas pudieran no otorgarse «por culpa del asegurado» o «porque no quiso el asegurado», a lo cual equivale el mantener que no tienen derecho a ellas porque no han «querido» afiliarse. Aun cuando admitiéramos la dudosa, culpable o negligente «no afiliación» del trabajador, habrían de otorgárseles las irrenunciabes prestaciones que la Ley le conceda, y más especialmente todavía, cuando los beneficiarios fuesen los derechohabientes. Las consecuencias que se derivarían de aceptar la pasividad del asegurado como fundamento para no otorgarle prestaciones serían del mismo tipo que las que suscitase ante una preceptiva obligación de vacunarse, una persona que renunciase a tal operación. Si es la salud y la seguridad del cuerpo social lo que se pretende, resulta absurdo que pueda quedar a merced del capricho subjetivo de las personas el que tal objetivo se logre.

Y conste que aducimos esta serie de consideraciones admitiendo a efectos polémicos la tesis de la culpa del asegurado por la no afiliación, que ya es sabido no compartimos; pero la admitimos para demostrar que aun con aquella culpa no debe ser acreedor a que se le prive de las prestaciones. Coactivamente, con el imperio de la Ley, se recaudan los fondos del Seguro; coactivamente, por el imperio de la Ley, deben hacerse efectivas las prestaciones, hasta el límite humanamente posible; no se trata de introducir a la fuerza el jarabe o la pócima por la boca de un enfermo que rehusa tomarla: se trata de dar la asistencia sanitaria al hijo enfermo del productor no afiliado y la pensión de viudedad al cónyuge supérstite de un productor

(15) *Régimen de transición entre el seguro libre y el seguro obligatorio*, Madrid, 1910. Citado por el mismo autor en «Ideario de Previsión Social», discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en 6 de junio de 1920. Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión, Madrid, 1943, página 64.

al que su Empresa no afilió al Montepío correspondiente. El que estas prestaciones se hagan efectivas, se deban hacer efectivas en todo caso, creemos no puede discutirse a poco espíritu de justicia social que se tenga y por muy escasas que sean las nociones con que se cuente de las directrices del Derecho Social o del Derecho del Trabajo o —si se quiere— del Derecho de Previsión Social.

19. SEGURO DE VEJEZ.—En la Orden de 2 de febrero de 1940, artículo 3.º, se faculta a los trabajadores para solicitar su afiliación si es que los patronos no la han realizado.

El Tribunal Supremo alude frecuentemente a una supuesta igualdad de condiciones en el mecanismo de afiliación del extinguido Régimen Obligatorio de Retiro Obrero y el actual de Seguro de Vejez. Así, la sentencia de 30 de octubre de 1945 dice que «cuando la Ley concede al obrero titular de un derecho los medios precisos para adquirirlo, conservarlo y consumarlo, y aquél omite en absoluto su puesta en práctica es necesario acusar la negligencia del mismo y para eximir de las consecuencias de tal negligencia no le es lícito invocar la del patrono obligado, pues ambos con pasividad contemplaron un derecho que no pasó del estado de posibilidad. Y si la Ley para la protección del obrero dispuso en el art. 52 del Reglamento de 21 de enero de 1921 que los patronos expusieran a la contemplación pública la relación de inscritos en el Retiro Obrero y el art. 46 del mismo cuerpo legal facultó a los no inscritos para reclamar la corrección de la omisión es visto que se dieron los medios suficientes para corregir la falta de afiliación y por ello no pueden ahora repararse las consecuencias de la voluntaria abstención del obrero ni pretender que se imponga al patrono la obligación de constituir un capital que produzca renta equivalente a la que hubiera debido percibirse por subsidios de Vejez, ya que esa responsabilidad es distinta de la exclusivamente social restablecida con carácter ordinario y no pudiendo para tal finalidad invocarse la teoría de la culpa del art. 1.902 del Código civil».

Entendemos que es abusivamente extensiva la interpretación que el Alto Tribunal da al art. 46 del Reglamento del Retiro Obrero. Este decía textualmente que la falta de pago en las cuotas patronales podrá directamente ser denunciada al Juez de Primera Instancia, por el

Instituto Nacional de Previsión, por las Instituciones de Seguro o de Ahorro que con él colaboren a la aplicación del Régimen de Retiro, y por el personal al que esté encomendada la afiliación y la inspección del nuevo Régimen. Ante la Inspección correspondiente cualquier individuo o colectividad podrá hacer la denuncia oportuna en escrito autorizado en el primer caso por la firma del denunciante y en el segundo por la del Presidente o Secretario de la colectividad denunciadora. En dichos documentos habrá que expresar el domicilio del firmante. Será materia denunciabile la ocultación o no inscripción de asalariados que tengan derecho a ser inscritos, la falta de pago de las cuotas patronales durante el tiempo que el patrono estaba obligado a satisfacerlo y el haber hecho la inscripción en Instituciones aseguradoras que no sean las autorizadas para ello.

Creemos que hay bastante distancia de lo que el anterior precepto dispone a la consideración de que el trabajador puede solicitar su afiliación subsidiariamente tal como expresamente establece el artículo 3.º de la Orden de 2 de febrero de 1940.

Antes de la creación del Subsidio de Vejez por Ley de 1.º de septiembre de 1939 los Tribunales que entendieron en contiendas por falta de afiliación al Retiro Obrero fallaron estimando de plano la responsabilidad de las Empresas.

El Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián en 25 de septiembre de 1930 condenó a un patrono a abonar a un trabajador no afiliado el importe que le hubiera correspondido por la capitalización de su libreta de ahorro si no se hubiera omitido aquel requisito. Fidel M. Urbina al comentar la sentencia en *Anales del Instituto Nacional de Previsión* (1930, pág. 616) dice que es ejemplar por tres motivos: «porque demuestra que se va despertando la conciencia de los obreros que se aperciben ya a la defensa de sus derechos utilizando la fuerza reparadora de los Tribunales de Justicia; porque los Jueces, comprensivos e identificados con el espíritu protector de las Leyes Sociales, no dejan que el egoísmo o la negligencia lesionen ese derecho de los trabajadores; y porque los patronos, advertidos por la lección que se desprende de esta sentencia, estarán más atentos al cumplimiento de sus obligaciones con lo cual además atenderán a sus propios intereses».

En el mismo sentido dictó sentencia el Juzgado de Primera Instancia de Huelva en 22 de agosto de 1931.

El Tribunal Supremo expone por primera vez la tesis de la responsabilidad contractual del patrono por no afiliación de sus trabajadores al Retiro Obrero en sentencia de 17 de marzo de 1932 en los siguientes términos: «Considerando que los Reales Decretos de 11 de marzo de 1919 y de 21 de enero de 1921 que intensificaron el Seguro de Vejez y regularon su funcionamiento definieron, al imponer a los patronos la obligación de inscribir en este Seguro a sus obreros y de satisfacer las cuotas correspondientes, los efectos en cuanto a dicho particular del Contrato de Trabajo, que, como todos los contratos, obliga a los contratantes a tenor del art. 1.258 del Código civil no sólo a lo expresamente estipulado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley, por lo que aquellas obligaciones del patrono relativas al Seguro de Vejez, aunque regidas por las mencionadas disposiciones, provienen del Contrato de Trabajo y, por tanto, las acciones que el obrero o sus causahabientes ejerciten encaminadas a obtener de sus patronos el cumplimiento de esas obligaciones o la indemnización procedente por el incumplimiento de ellas que es lo reclamado en el juicio del que dimana el presente recurso, derivan indiscutiblemente del referido contrato.» Y en sentencia de 1.º de abril de 1932 ratifica la anterior doctrina en cuanto parte del supuesto del derecho del obrero no inscrito a obtener indemnización, pero lo deniega el recurrente basándose en que cuando se implantó el Régimen de Retiro Obrero había cumplido ya sesenta y cinco años, por lo que le faltaba esa condición para poder ser inscrito en el mismo, no habiendo alcanzado, por tanto, al patrono en ningún momento la obligación de afiliarlo, por lo cual no viene obligado a satisfacer indemnización alguna. Esta sentencia, como expone un anónimo comentario en los mencionados *Anales* (1932, pág. 569), «tiene, pues, el interés general de declarar que todo obrero que haya reunido las tres condiciones requeridas por el art. 1.º del Reglamento de 21 de enero de 1921 para ser incluido oportunamente en el Régimen, tiene derecho a obtener indemnización por los prejuicios que su patrono le infirió al no cumplir la obligación de afiliarle. Ya tiene, pues, una consagración en la

jurisprudencia del Tribunal Supremo, el derecho del obrero a indemnización, la acción utilizable para hacerlo efectivo y el procedimiento adecuado para ello. El ejemplo debe aleccionar a los patronos para no incurrir en omisiones cuyas consecuencias pueden serles tan graves».

Por su parte, el Real Decreto de 22 de marzo de 1929 que establece el Seguro de Maternidad —que en su mecanismo administrativo y legal estaba íntimamente ligado al de Retiro Obrero— disponía en su art. 13 que el patrono que no hubiera satisfecho la cuota correspondiente, aparte de las sanciones por incumplimiento, quedaba obligado a satisfacer a las obreras todos los beneficios que hubiesen perdido a consecuencia de la infracción.

En 22 de febrero de 1936 declara el Tribunal Supremo que «es evidente que el actor ejecutó un trabajo manual mediante salario bajo la dependencia ajena o, lo que es lo mismo, que ambas partes se hallaban obligadas por un contrato de trabajo en el que el demandante tuvo la condición de asalariado, consideración que es suficiente para estimarle incluido en el art. 4.º del Reglamento de 21 de enero de 1921 a los efectos de disfrutar del Seguro Obrero Obligatorio». Y que el patrono que por no afiliar en los Seguros Sociales a un obrero le priva de los beneficios del Retiro viene obligado con arreglo a los artículos 1.106, 1.101 y 1.902 del Código civil, a indemnizar al mismo con la suma que debió entregar para su retiro, más las aportaciones del Estado y demás aportaciones legales, no pudiendo en modo alguno atribuirse al operario responsabilidad por no pedir la afiliación...». Aquí el Tribunal Supremo «se pasa» a la doctrina de la responsabilidad extracontractual.

En 26 de junio de 1936 al resolver una cuestión de competencia expresa el Alto Tribunal que «si surgiera alguna cuestión contenciosa distinta del pago de la cuota patronal se ventilará ante el Juez de Primera Instancia por los trámites señalados en la Ley de Enjuiciamiento civil en los juicios verbales cualquiera que sea su cuantía»; y que entre ellas se encuentra la reclamación que pueda hacer el obrero para que el patrono le indemnice de los perjuicios que le hubiera irrogado por haber dejado de afiliarle a aquel Régimen.

Con estos precedentes resulta verdaderamente extraño, no ya el

cambio de criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo, sino la continua referencia que hace en sus considerandos al Régimen de Retiro Obrero, pretendiendo establecer su analogía, a los efectos de exención de responsabilidad empresaria, con el Régimen de Seguro de Vejez.

Después de la Orden de 2 de febrero de 1940 el Tribunal Supremo entiende que la culpa por la omisión de afiliación queda diluida e indeterminada entre ambas partes —patronos y trabajador— sin que quepa por ello hacer responsable a la Empresa. El criterio del Tribunal Supremo al respecto es terminante; y para darse idea de él basta leer varias sentencias en que así se establece (16).

(16) La acción ejercitada en la demanda se hace derivar del derecho que la actora invoca a ser indemnizada en la forma que expresa por haber omitido la demandada voluntariamente el deber legal que como patrono le impone la vigente legislación reguladora del Subsidio de Vejez; por tanto, la expuesta pretensión ha de juzgarse en el terreno que se planteó, o sea viéndola como indemnización de perjuicios originados en acontecimientos de tipo social, fórmula que por su propia naturaleza a los fines de este enjuiciamiento excluye la idea de sanción penal, quedando en función tan sólo las nociones de culpa o negligencia o contravención en el cumplimiento de una obligación nacida directamente de la ley (art. 1.101 del Código civil), con consecuencias puramente reparadoras en la esfera de un patrimonio individual. Esta delimitación aparece rubricada por el legislador en los arts. 73 del Decreto de 13 de julio de 1940, 30 a 37 de la Orden de 2 de febrero de 1940 y concordantes de todos ellos, así en lo que respecta a la sustancia del caso como en sus derivaciones jurisdiccionales y de procedimiento.

Que la obligación de reparar daños o perjuicios exige para su existencia que la causa de incumplimiento de un deber del cual aquélla emane sea imputable con relación de antecedente a consiguiente necesario a la voluntad remisa de quien debió proceder con adecuada diligencia. En el caso de autos la obtención del derecho a subsidios se condicionaba por la afiliación en tiempo oportuno, mas el cumplimiento de esta condición no estaba atribuido exclusivamente a la voluntad del patrono, sino que como tal condición se imponía a la voluntad del obrero como medio necesario —apartado b) del art. 1.º de la Orden de 6 de octubre de 1939— para la obtención de aquel derecho, y a cuyo cumplimiento podría llegar con actuación completamente independiente de la del patrono, porque para ello le faculta expresamente lo dispuesto en los arts. 1.º, apartado b), y 3.º de la Orden de 6 de octubre citada y 3.º de la de 2 de febrero de 1940. Síguese de todo ello que si ante la condiona-

Tal criterio creemos no se compagina con el carácter tuitivo que a la legislación social ha de distinguirla del derecho común. El productor se ve prácticamente inerme cuando al llegar a la edad de ju-

alidad impuesta por la ley la conducta de actor y demandado ha sido idéntica, caracterizándola la pasividad, ni uno ni otro en el campo del derecho patrimonial privado en que se ejecuta la acción pueden aducir en su beneficio un título que cada cual llevó en sí el mismo vicio opuesto al derecho que se invoca, ni en nombre de este título reclamar indemnización de perjuicios que en todo momento pudo evitar la actora con sólo la determinación de su voluntad. (Sentencia de 31 de marzo de 1942.)

Para que tenga efectividad la acción de daños y perjuicios derivada de negligencia civil, es preciso que no resulten esos daños también de la actitud culpable del reclamante, y si un retardo en la inscripción patronal en régimen del Retiro de Vejez se debió no sólo a la omisión del patrono, sino también a la negligencia de la obrera, que no se cuidó ni de promover su inscripción y de reclamar en tiempo contra la omisión, no procede que prospere posteriormente su pretensión, encaminada a que se condene al patrono a constituir un capital suficiente para que perciba completo su subsidio de vejez. (Sentencia de 25 de enero de 1944.)

La falta de afiliación al Régimen de Subsidio de Vejez puede ser castigada con las sanciones de los arts. 31 y 37 de la Orden de 2 de febrero de 1940, pero no puede producir la condena del patrono para que consigne capital suficiente que produzca renta vitalicia equivalente a la que hubiera debido percibir en régimen de Subsidio de Vejez, y ello porque la culpa de afiliación fué debida tanto a la omisión del patrono como a la omisión del obrero, que pudiendo hacerlo no lo solicitó a tiempo oportuno, omisión del obrero que no puede escudarse en la patronal, según declararon sentencias de 31 de marzo de 1942 y 5 de octubre y 21 de noviembre de 1944. (Sentencia de 7 de febrero de 1945.)

No puede condenarse a una empresa a entregar capital suficiente para la formación de una renta mensual de 90 pesetas en favor de un obrero al que no afilió al Subsidio de Vejez, si éste en su demanda únicamente pidió que se exigieran responsabilidades, porque habiéndosele descontado cantidades de sus salarios para el Retiro Obrero Obligatorio no se le declaró con derecho a subsidio al cumplir los sesenta y cinco años, pues tal declaración incidiría en incongruencia de la sentencia. Pero aunque hubiera sido pedida concretamente la condena del pago de tal capital no sería posible otorgarla, ya que según han declarado las sentencias de 31 de marzo de 1942, 5 de octubre y 21 de noviembre de 1944 y 7 de febrero de 1945, tanta responsabilidad como el patrono la tuvo el obrero al no solicitar su afiliación al régimen de vejez, no

bilarse comprueba que su patrono ha omitido la afiliación. Téngase en cuenta, además, que en el Seguro de Vejez hasta el 1.º de julio de 1949 (según Decreto de 29 de diciembre de 1948) el productor no

pudiendo alegar para disculparse de tal omisión la culpa patronal. (Sentencia de 28 de febrero de 1945.)

Solicitado en la demanda el cumplimiento de prestaciones concretas nacidas de la obligación legal, y los beneficios de ésta, y modificando tal pretensión en el acto del juicio por la que se le abonasen indemnizaciones por los perjuicios derivados de la omisión voluntaria de afiliación al Retiro Obrero, sustituyéndose así una acción de cumplimiento por una acción reparadora, ha habido un cambio sustancial, prohibido por los arts. 465 y 467 del Código de Trabajo, y por ello la Magistratura obró acertadamente al aceptar lo primeramente pedido por el actor, porque de lo contrario hubiera incidido en incongruencia. (Sentencia de 26 de noviembre de 1945.)

Si un patrono cumplió su deber de afiliar en los seguros obligatorios a los obreros que con él trabajaban no podrá imputársele responsabilidad alguna por el hecho de que éstos no lleguen a adquirir el derecho al percibo del subsidio de vejez. (Sentencia de 23 de abril de 1946.)

Es ya reiterada jurisprudencia que concediéndose por las disposiciones relativas al Retiro Obrero y Subsidio de Vejez facultades a los obreros que no hubiesen sido afiliados por el patrono el derecho a solicitar de los órganos competentes tal afiliación, la omisión por el trabajador del deber de hacer tal petición le coloca en la categoría de negligente, en paridad con la Empresa, paridad que impide descargar las consecuencias de tal negligencia en el patrono y exigir que mediante una indemnización se subsanen en su favor las consecuencias para él perjudiciales de tal falta de afiliación. (Sentencia de 8 de marzo de 1946.)

Es imputable la falta de afiliación al Retiro Obrero no solamente al patrono, sino también al operario, que debió solicitar oportunamente subsanar la omisión, y por ello no puede pretender cuando ya anciano se ve privado de la correspondiente pensión vitalicia que la empresa constituya un capital suficiente para constituirle dicha pensión. (Sentencia de 14 de octubre de 1946.)

El trabajador anciano que se ve privado de su pensión de subsidio de vejez no puede eficazmente pretender que la empresa a que sirvió ingrese un capital suficiente para constituir dicha pensión, porque la responsabilidad de la falta de afiliación corresponde tanto como al patrono al propio trabajador, y éste no puede hacer recaer dicha responsabilidad exclusivamente en su empresario. (Sentencia de 29 de octubre de 1946.)

El auxiliar de Recaudaciones que tenía independencia en la realización de su trabajo y no estaba, en consecuencia, sujeto por vínculo contractual laboral no puede pretender que le indemnice su supuesto patrono por no haberle afi-

satisface cuotas, con lo cual le era más difícil el constatar en la práctica si estaba o no inscrito en el régimen. La ignorancia y el temor habrá sido probablemente la causa de que tantos y tantos productores hayan quedado sin afiliarse al régimen de Subsidio de Vejez, ya que no puede pensarse en que voluntariamente hubiesen renunciado a una pensión que nada les costaba.

El criterio de exonerar de responsabilidad a la Empresa es natural que haya fomentado en ésta la negligencia para cubrir unos requisitos con el régimen de Subsidio de Vejez cuya omisión no puede irrogarle mayores perjuicios; otra cosa hubiera sido si se supiese responsable ante el productor de tal falta. Indudablemente, un criterio más social hubiera sido el que no se considerase la facultad de afiliarse al productor como suficiente para eximir de responsabilidad a la Empresa, o, partiendo de lo contrario, haber estructurado la legislación positiva en forma de que el trabajador no resultase, como ha resultado en muchas ocasiones, absolutamente perjudicado. Una tendencia acorde con lo que indicamos se observa en las disposiciones del Mutualismo Laboral que después comentaremos.

En la actualidad no existe responsabilidad alguna —ante el productor— para el patrono que no le ha afiliado a los regímenes de Subsidio y Seguro de Vejez. Este criterio es más recusable si se piensa que la obligación fundamentalmente onerosa para la Empresa es la cotización.

Vemos que la afiliación no se realizaba individualmente y que en realidad el requisito básico es el de cotización. ¿Quiere esto decir que pudiera considerarse afiliado a un productor por el cual se había cotizado aun cuando no se le hubiese hecho constar expresamente en los modelos establecidos al efecto? En nuestra opinión el criterio afirmativo es más acorde con la lógica, ya que estima-

liado al Subsidio de Vejez, inclusión que al no haber sido solicitada en el momento oportuno por el pretendido obrero no podrá dar lugar, aun cuando hubiera existido relación laboral, a tal indemnización, por no ser lícito que cargue con la responsabilidad sólo una parte cuando resulta que las dos partes obraron con manifiesta pasividad, doctrina que ya se estableció en sentencia de 31 de marzo de 1942 y que se reafirma una vez más. (Sentencia de 18 de mayo de 1948.)

mos que en este Seguro, diferentemente de lo que ocurre con el de Enfermedad o Mutualidades Laborales, la afiliación puede entenderse como un requisito accesorio y en este sentido ya no parece tan absurda la resolución del Servicio jurídico del Instituto Nacional de Previsión que antes hemos citado, por la que se permite conceder prestaciones a productores que no habían sido afiliados al Seguro de Vejez por los cuales se había cotizado.

La responsabilidad de la Empresa ante el productor por la no afiliación al Seguro de Vejez es la que más atención ha merecido de los tratadistas, quizá porque es el Seguro que más contiendas ha originado y en relación con el que el Tribunal Supremo ha prodigado sentencias resolviendo con absoluta uniformidad de criterio, a partir de la Orden ministerial de 2 de febrero de 1940, las materias planteadas por la omisión del requisito de afiliación.

Nosotros entendemos que tanto los tratadistas como nuestro más alto Tribunal han abordado el tema con un criterio un tanto simplista, sin hacer distinción entre las obligaciones, perfectamente diferenciadas, de afiliar y cotizar. Damos por sobreentendido que las contiendas que se han suscitado han tenido lugar a consecuencia de descubiertos totales, es decir, de falta de afiliación y de falta de cotización. Pero queremos suponer también que no estaría tan clara la actitud que el Instituto Nacional de Previsión ha adoptado al respecto —ratificada por el Tribunal Supremo— si se hubiesen dado omisiones exclusivas de una u otro requisito.

Vamos a admitir —aunque, como luego explicaremos, sea muy discutible— que el productor está obligado a realizar su afiliación si la Empresa no la realiza. Admitido esto por nosotros, el lector convendrá en que no es posible el seguir análogo criterio en cuanto a cotización. Esta obligación incumbe plenamente a la Empresa; es más, hasta el Decreto de 29 de diciembre de 1948, su importe corría a cargo exclusivo de la Empresa.

Sentadas estas premisas imaginemos el caso de un afiliado al Subsidio de Vejez por el que no se ha abonado absolutamente ninguna cuota. Al llegar a la edad necesaria y solicitar el subsidio, éste, como es natural, se le denegaría por la falta de cobertura del período de carencia de cotización; creo que en este caso, al plantearse

antes los Tribunales de Trabajo la reclamación del productor, aquéllos fallarán, sin duda alguna, condenando a la Empresa, ya que por su exclusiva culpa, negligencia o dolo el productor se encontrará sin percibir el subsidio.

Pensemos ahora en el caso inverso: la Empresa está, desde que el productor ha entrado a su servicio, completamente al corriente en su obligación de cotizar por el mismo, aunque por negligencia no ha cumplimentado debidamente el requisito de afiliar. En este caso creo que el propio Instituto Nacional de Previsión vacilaría antes de denegar sin más la prestación que el productor solicitaba; se encontraría con un expediente en que el solicitante cubría todos los requisitos técnicos del seguro, por el cual había abonado religiosamente las primas la empresa y al que únicamente le faltaba el requisito adjetivo de declarar su nombre como titular de las cotizaciones que el Instituto Nacional de Previsión había venido percibiendo durante toda su vida laboral. Las dudas que el Instituto Nacional de Previsión tendría antes de rechazar la solicitud se reproducirían ante el Alto Tribunal si denegada la prestación y ratificada ésta por el Tribunal de instancia el litigio alcanzase la vía de casación. La índole especial del Derecho del Trabajo y aun la especialísima que dentro de éste tiene el Derecho de Previsión Social, autorizaría sin detrimento alguno de los principios jurídicos, a que se concediese al productor la prestación una vez cubierto el requisito adjetivo de la afiliación. Aquí creemos que cabe la denominada por Perpiñá Rodríguez «reposición natural».

¿Qué deducimos de todo esto? Sencillamente, que el criterio de no responsabilizar a las empresas por la falta de afiliación lo creemos aceptable cuando sea sólo la «afiliación» estrictamente considerada la que falte, pero lo creemos francamente recusable si lo que ha omitido es la cotización, conjuntamente con aquélla. Adviértase que lo que cobra importancia para el Seguro no es ni el recibir un impreso ni el constatar un nombre entre varios, trámite que a la Empresa no le cuesta dinero ni trabajo, sino recaudar las cuotas que garantizan la cobertura técnica del Seguro y que es lo que la Empresa trata de eludir.

Queremos decir con todo esto que el requisito que estimamos fun-

damental y básico es el de cotizar y que en relación con este Seguro, si bien la afiliación tiene relativa importancia a efectos de su organización administrativa, no creemos que deba pasar a primer término, estimándola fundamental y subestimando aquél. La afiliación no realizada por un cotizante la estimamos subsanable; la cotización que se pretenda realizar después de cansada la prestación, no, por oponerse a ello la técnica actuarial y disposiciones taxativas del Seguro de que tratamos.

Consecuencia que obtenemos de esto es que siempre que el descubierto que ha originado la denegación del expediente fuese de afiliación y cotización conjuntamente procedería el condenar a la Empresa, dando por sentado que el exacto cumplimiento de esta última obligación sería suficiente para que el organismo gestor del Seguro no pudiera desestimar la solicitud. No creemos aventurado suponer que en el pensamiento del legislador el término «afiliación» significó afiliación-cotización y no el mero acto de cubrir un impuesto. El juego legal del Tribunal Supremo se basa sólo en la afiliación independiente, sin examinar la responsabilidad en que por no haber cotizado —y ésta sí que no es posible compartirla— ha incurrido la Empresa y que es la que, en nuestra opinión, justificaría el que ésta pechase con la reparación de daños y perjuicios. Tan artificioso resulta el centrar exclusivamente sobre la operación administrativa de afiliación el derecho a las prestaciones y la responsabilidad del pago de éstas, que *Hernández Márquez*, cuando se refiere a estas materias, habla de la reclamación contra el patrono «que no afilió ni cotizó» (17), con lo que implícitamente admite distintas consecuencias para el que realizó una u otra operación.

Otra duda que cabe concebir, vista la legislación positiva de los regímenes de Subsidio y Seguro de Vejez, es la de si el trabajador está obligado a afiliarse si la Empresa incumple esta obligación. El artículo 3.º de la Orden de 2 de febrero de 1940 dice que la afiliación deberá ser hecha por los patronos y en su defecto podrá ser solicitada por los obreros. Nosotros entendemos sinceramente que no está obligado y sería difícil citar un solo precepto que des-

(17) *Tratado elemental de Derecho del trabajo*, Madrid, 1947, pág. 584.

virtuase nuestra creencia. Tanto la Orden de 2 de febrero de 1940 como el Decreto de 7 de junio utilizan el término *podrá*, al referirse a la facultad subsidiaria de afiliación por parte de los trabajadores, claramente indicativo de que se trata de eso, de una facultad y no de una obligación. Toda la construcción jurídica de las sentencias del Tribunal Supremo sobre la materia adolece de firme basamento al considerar gratuitamente como una obligación lo que no es más que una facultad, utilizable o no, cuya omisión no puede suponer el eximir de responsabilidad a las Empresas que sí la tienen obligatoriamente impuesta. En términos primarios, ¿estaba la Empresa obligada a afiliarse?: Sí. Si hubiese afiliado, ¿hubiese percibido prestaciones el productor?: Sí. Ergo, si no afilió, es responsable del perjuicio que ha sufrido aquél.

Casi todos los autores que se han ocupado del problema discrepan de la solución dada por el Tribunal Supremo.

Hernández Márquez (18), ya citado, estima que «para un más fácil entendimiento de la cuestión cabe distinguir dos posiciones netamente distintas: una, de interpretación positiva de nuestro Derecho vigente, y otra, teórica, basada en lo que el problema debe realmente ser. Las soluciones contradictorias a que una y otra han de conducirnos son fruto de la especial posición del Derecho del Trabajo que, con principios e instituciones propios, sigue viviendo en nuestro derecho positivo a expensas y a remolque del Derecho privado común». El Seguro social, según este autor, no es una institución privada, sino como la efectividad de un servicio social y público, cuya naturaleza ha de repercutir claramente en las acciones que hayan de ejercitarse y que están relacionadas con él.

«... consecuencia de este carácter público —nosotros lo llamaríamos mejor laboral— del seguro social, y por tanto del de vejez, es la necesidad de buscar una solución positiva mediante la oportuna acción a concretar y por medio del oportuno procedimiento a establecer para conseguir que, sea la razón que haya habido para ello, no deje el trabajador anciano de percibir su debida pensión de vejez. De todos modos, en este esbozo teórico creemos que habría de sepa-

(18) Obra citada, pág. 584 y siguientes.

rarse la reclamación del trabajador ante el Instituto Nacional de Previsión para solicitar el pago del subsidio y la posible de tal Entidad contra el patrono que no afilió ni cotizó.»

«Mas esta postura, anteriormente descrita, la reputamos tan sólo como de derecho constituyente, en su más amplio sentido, precisando, por tanto, buscar la solución del problema cuando éste se plantea ante la realidad legislativa nacional. Una aclaración queremos hacer ante la interpretación que damos a nuestro derecho positivo, y es su carácter transitorio, que veremos influye en su resultado, toda vez que es una cuestión a resolver legislativamente, pues constituye una evidente laguna de nuestra legislación.»

«... debe tenerse en cuenta, para la resolución de cada caso concreto, la posición dolosa o culposa a que haya sido debida la no afiliación del trabajador por el patrono, así como la posible culpa del obrero.»

Abundamos en el criterio de Hernáinz respecto a la necesidad de arbitrar soluciones para el anciano trabajador que se encuentre desvalido y a la urgente necesidad de un régimen legal que determine claramente la responsabilidad de no afiliación, no obstante nuestra opinión de que en la actual regulación legal se encuentra implícitamente atribuída a la Empresa omitente. Por el contrario, discrepamos de dicho autor cuando cree que en la solución del problema, mientras esté planteado en los términos actuales, debe tenerse en cuenta para la resolución de cada caso concreto, la posición dolosa a que haya sido debida la no afiliación del trabajador por el patrono, así como la posible culpa del obrero. Recoge Hernáinz el criterio de Olavarría (19); cabe, según aquél, la no afiliación dolosa o culposa del trabajador por el empresario sin culpa del obrero que la neutralice o con otra menor que no la desvirtúe, y el caso contrario.

Solución bizantina y ecléctica que no soluciona nada, ya que ante el hecho objetivo de la no afiliación no creo quepa el discriminar atenuantes ni paliativos ni justificaciones, ni menos referir estas posibles

(19) «La reclamación judicial por incumplimiento de la obligación de afiliar en los regímenes de vejez», *Boletín de Información del Instituto Nacional de Previsión*, septiembre de 1941, pág. 1 y siguientes.

causas de exención de plena responsabilidad para la Empresa a la conducta del trabajador que para nada interviene en el acto material de afiliación que la Empresa puede realizar en cualquier momento. Preferible a tal doctrina estimamos la de terminante exención de responsabilidad que sigue el Tribunal Supremo. El dilema está, a nuestro juicio, entre esa o la que propugnamos de total asunción de responsabilidad empresaria; todo ello, como es natural, mientras subsista el régimen legal vigente.

Para los casos en que pudiera existir sentencia condenatoria cree Hernáinz lo más aconsejable condenar al empresario a que satisfaga el subsidio de Vejez a que tenga derecho mientras viva; en el caso de que este tipo de resolución judicial no se estimase adecuado cabrá formular sendas reclamaciones temporales por períodos vencidos y no devengados; con esto se evitaría la solución que Olavarría propugna y que Hernáinz estima injusta, de «pagar el capital que rente tal pensión que por su edad no es lógico que cobre muchos años el trabajador» medida que le parece un tanto desproporcionada.

No ha reparado Hernáinz en que para fijar el capital que la Empresa debiera abonar se tienen en cuenta ya los años del trabajador y que la fórmula que ofrece no reviste para éste garantía alguna, ya que estaría al albur de posibles quiebras e insolvencias, aparte de la molestia de reclamar los períodos vencidos si la Empresa no los abonaba espontáneamente. Existió además una señalada analogía entre la situación contemplada y la de la Empresa o entidad aseguradora a quienes se ha condenado en accidentes de trabajo a garantizar una renta a un beneficiario y no hay motivos que aconsejen solución distinta a la de aportar el capital técnicamente necesario para garantizar la pensión.

Pérez Botija abordó con acierto el problema de que tratamos en un artículo publicado en la *Revista de Trabajo* (20).

Conocida es la posición de tan calificado especialista de derecho de trabajo para el que las obligaciones derivadas de los seguros sociales

(20) «Naturaleza jurídica del Subsidio de Vejez. Especial consideración de la responsabilidad del empresario en el caso de no afiliación», *Revista de Trabajo* de junio de 1942, pág. 561 y siguientes.

no son deberes que provengan directamente del contrato o relación del trabajo. Expone el autor citado que «el trabajador es innegable que tiene un derecho subjetivo a percibir el salario; pero en relación con el pago de las cuotas a lo más que tiene derecho es a un interés legítimo, un derecho objetivo, incluso en algún caso (diríamos con arreglo a la técnica italiana de lo contencioso administrativo) lo que puede esgrimir es simplemente un derecho subjetivo debilitado».

¿Puede y debe responder una empresa —continúa el autor— por el hecho de que la institución gestora del seguro social niegue el beneficio de dichas prestaciones a determinado trabajador? Sinceramente —opina— creemos que no, pues trátase aquí de una serie de relaciones jurídicas que directamente no tienen conexión alguna, aunque indirectamente puedan tener cierta dependencia una de otras».

Rechaza Pérez Botija por estos razonamientos la teoría de la culpa contractual del art. 1.258 del Código civil y abunda en el mismo criterio que el Tribunal Supremo para desechar asimismo la culpa aquiliana del art. 1.902 del mismo Cuerpo legal.

Propugnando una solución concreta que evite el lamentable resultado de que los ancianos trabajadores queden sin percibir las pensiones cuando su Empresa no los ha afiliado, defiende Pérez Botija la teoría del riesgo administrativo al encontrarse en los casos apuntados cierta negligencia imputable a la falta de propaganda de la Entidad del Seguro y a la actividad fiscalizadora de Inspección que no han podido hacer saber a las empresas y trabajadores la necesidad de afiliación. Sugiere Pérez Botija la creación de un Fondo de Garantía, cuyos ingresos serían el importe de las multas y recargos sobre las cotizaciones no abonadas a su debido tiempo por los empresarios y además aquellas cantidades que destinase el Estado como consecuencia de ese riesgo administrativo a que antes nos referimos.

Aparte del olvido que en aras a las especiales características del derecho del trabajo había que hacer del art. 4.º del Código civil, la solución propuesta por el profesor antes citado —supuesta la exoneración de culpa empresarial— era la más acorde con la realidad legislativa —y «social»— del momento en que la hacía pública. Efectivamente, en el año 1942, sea por los motivos que fueren, gran cantidad de productores y empresas ignoraban prácticamente sus obligaciones

y derechos respecto al Subsidio de Vejez. Pero como el propio autor habrá previsto, el basar en cierto modo la imputación de responsabilidad de los descubiertos al organismo gestor e inspector era una solución transitoria que no podía fundamentarse cuando el seguro fuese suficientemente divulgado y conocido y nadie —como en el momento actual— pudiera alegar ignorancia para justificar su negligencia. No obstante, y mientras la legislación no se modifique y el Tribunal Supremo no cambie de criterio, la idea del Fondo de Garantía expuesta por Pérez Botija continúa con el mismo vigor como solución para el desamparo de los ancianos trabajadores, haciendo abstracción de las cuestiones adjetivas de su fundamento teórico y financiación.

Para reforzar el criterio de exención de responsabilidad de la Empresa que aquel autor comparte, señala que la Orden de 6 de octubre de 1939 dice en su art. 3.º que la afiliación se hará por los patronos respectivos o a solicitud del propio interesado, y que en este caso sería abiertamente injusto el hacer responsable al patrono. De acuerdo en absoluto con que en el especialísimo caso que contempla la Orden no pueda responsabilizarse a la Empresa de los perjuicios que al productor derivan de la falta de afiliación. Pero adviértase que se trata de casos que no afectan en absoluto a la legislación común del Subsidio de Vejez, y el criterio sentado acerca de ellos no puede hacerse extensivo a los previstos en dicha común legislación. La Orden de 6 de octubre de 1939 afecta exclusivamente en su artículo 3.º a los trabajadores mayores de sesenta y cinco años y a los inválidos mayores de sesenta años que no hayan estado inscritos en el Retiro Obrero, y la vigencia de tal posibilidad de afiliación terminaba, según el art. 4.º, el día 1.º de enero de 1940. No cabe establecer analogía con los preceptos de la Orden de 2 de febrero de 1940 todavía vigentes.

El distinto carácter que respecto al régimen general de Subsidio de Vejez tienen las disposiciones que se citan y cuya analogía con aquél pretende establecer indebidamente el Tribunal Supremo, trasciende la de la mera lectura de aquéllas. Así, el preámbulo de la Orden de 6 de octubre de 1939 señala que la rápida implantación del régimen exige la promulgación de disposiciones complementarias que resuelvan las cuestiones planteadas en el período de implantación. En

su art. 1.º, al referirse a los trabajadores que hayan cumplido o cumplan los sesenta y cinco años antes de 1.º de enero de 1940, dice que tendrán que solicitar su inscripción —ellos, no las Empresas— con la documentación señalada, antes de 1.º de enero de 1940. El art. 3.º dice que la afiliación de los trabajadores mayores de los sesenta y cinco años y de los inválidos mayores de sesenta que no hayan estado inscritos en el Retiro Obrero se hará por sus patronos respectivos o a solicitud del propio interesado. La intervención activa de éste es ineludible, ya que en uno u otro caso habrá de presentar el trabajador la documentación justificativa de su condición de trabajador habitual durante cinco años con anterioridad a los sesenta y cinco o a la invalidez.

Por otra parte, la Orden de 12 de enero de 1942 que concedió un plazo para la formación de un censo que comprendiese los trabajadores incluidos en el supuesto que preveía el apartado a) del art. 1.º de la Orden de 6 de octubre de 1939 —a los que luego se concedió el subsidio por Orden de 10 de febrero de 1943—, decía en su art. 2.º que los afectados deberían presentar, en el plazo que señalaba, una declaración jurada acompañada de diversos documentos.

Resalta el carácter transitorio de ambas disposiciones y la taxativa forma en que el legislador, en este caso particular, responsabiliza al obrero del trámite de afiliación.

Dice el Tribunal Supremo, en su sentencia de 31 de marzo de 1942, que a modo de comprobación exegética —para comprobar el supuesto criterio del legislador de eximir de responsabilidad por no afiliación a las Empresas— puede observarse que en la Orden de 12 de enero de 1942, filial de la idea contenida en el párrafo 3.º del artículo 6.º de la de 6 de octubre de 1939, es a los obreros tan sólo a los que se otorga el derecho, pero también se les impone la obligación de ser ellos quienes gestionen si quedaron excluidos del régimen de Subsidio a la Vejez «por no haber presentado sus solicitudes» en el plazo concedido.

Efectivamente, no cabe duda alguna de que en el régimen transitorio previsto por la Orden de 6 de octubre de 1939 no puede responsabilizarse a la Empresa de la falta de afiliación, circunstancia que pudiera hacer pensar que al ser distintos los términos lega-

les utilizados por la Orden de 2 de febrero de 1940 respecto a la obligación de afiliar, otro pudiera ser el criterio que en cuanto a responsabilidad patronal se adoptase para los casos que se susciten en el Régimen general de Subsidio y Seguros de Vejez (21).

C. Macías de Aguirre, en su trabajo «La afiliación de los trabajadores industriales en el Régimen de Subsidio de Vejez» (22), opina que al no hacerse especial mención en la ley del destino que ha de atribuirse a las cuotas recaudadas en períodos anteriores a la afiliación tales cuotas deben computarse para el período de carencia; deduce tal conclusión de que, para el mismo supuesto, en el antiguo Régimen de Retiro Obrero las cuotas atrasadas por falta de afiliación se destinaban a mejorar las pensiones de determinado sector de afiliados. Como ya hemos expuesto, entendemos que en ningún caso procede el computar retroactivamente cuota alguna a efectos de prestaciones. A efectos de prestaciones «nace» el productor en el momento de ser afiliado, o en último término desde el momento en que inicia su cotización; nunca antes.

El débil argumento que *a sensu contrario* de lo dispuesto por el antiguo Régimen de Retiro Obrero obtiene Macías de Aguirre se desvirtúa con la simple analogía de lo que sucede con los restantes seguros sociales y teniendo en cuenta que el destino de las cuotas es el previsto en las disposiciones que se refieren al mismo y que la propia Orden de 2 de febrero contiene, es decir, el constituir fondos de reserva y garantía necesarios para hacer frente a las prestaciones. El artículo 18 de dicha Orden dice que para atender al Régimen de Subsidio de Vejez se utilizarán los recursos que menciona, en primer lugar (apartado «a»), las cuotas patronales proporcionadas a los salarios o

(21) Resulta paradójico que en cuanto a cotización, aun dando por sentado la fraudulenta inteligencia entre el trabajador y el empresario, se responsabilice sólo a éste. En efecto, el art. 36 de la Orden de 2 de febrero de 1940 dispone que la confabulación entre las empresas, patronos y los trabajadores para burlar la afiliación y no satisfacer el abono de las cuotas reglamentarias se sancionará con multa de 250 a 2.000 pesetas, que el patrono o empresa pagará íntegramente.

(22) Publicado en el *Boletín del Instituto Nacional de Previsión* en noviembre de 1944 (págs. 1.413 y siguientes).

sueños que los patronos satisfagan por sus asalariados afiliados al Régimen de Subsidio de Vejez. El término afiliados ha de entenderse, en correcta exégesis, en el sentido de «comprendidos en el campo de aplicación del Seguro» si no quiere llegarse a conclusiones absurdas, tales como la de que el Seguro debe rechazar y devolver, si ha percibido, las cuotas que se abonen por las Empresas relativas a productores no afiliados.

Abunda Aguirre en la misma opinión que tienen todos los tratadistas en este punto al afirmar que no debe abandonarse el anhelo de lograr que productores ancianos ignorantes no caigan en la miseria por causa de la desaprensión o negligencia de sus patronos; propone para evitarla un conjunto de medidas que partiendo de la imposición de sanciones muy graves a los casos de incumplimiento de la obligación concreta de afiliar conduzcan por último a permitir el goce del Subsidio si se dan ciertas circunstancias o se reúnen unos requisitos especiales diferentes de los comúnmente exigidos». Opina que el problema «no admite una solución radical al estilo del Fondo de Garantía en el Seguro de Accidentes del Trabajo», de lo cual discrepamos haciendo nuestro el criterio del profesor Pérez Botija que estima viable tal Fondo.

20. SEGURO DE ENFERMEDAD.—El art. 27 del Reglamento dice que la afiliación se hará por los empresarios. Si el empresario incumpliese esta obligación deberá el productor acudir inmediatamente al Seguro para que su afiliación tenga lugar sin perjuicio de la sanción que corresponda a aquél. No quedaba claro con este artículo si las prestaciones que los productores no percibieran por no estar afiliados —indemnización económica, asistencia sanitaria e incluso indemnización por daños y perjuicios derivados de la falta de ésta— serían a cargo de la Empresa, pues pudiera interpretarse (y en rigor lógico sería la interpretación ortodoxa) que la sanción a que se refiere el artículo 27 es la gubernativa, impuesta por los Organismos que tienen a su cargo la vigilancia del cumplimiento de la legislación laboral.

Pero el alcance que la falta de afiliación había de tener para la Empresa quedaba perfectamente precisado en el art. 178 del mismo Cuerpo legal que después de especificar el importe de las multas que han de imponerse a las Empresas por la falta de afiliación y todo acto

que de algún modo pueda contribuir a un fraude en la cotización, decía en su último párrafo que, «sin perjuicio de la sanción que corresponda, se impondrá al empresario incurso en la falta de afiliación y cotización la obligación de satisfacer al productor perjudicado todos los beneficios que hubiese perdido como consecuencia de dichas faltas y al pago de las primas no satisfechas».

No cabe más interpretación del artículo que la que se desprende unívocamente de su terminante redacción; la Empresa debe abonar al productor perjudicado los beneficios que hubiese perdido.

Este régimen estuvo vigente hasta que por Decreto de 13 de agosto de 1948 se modificó el art. 178 al mismo tiempo que el 147, rectificando totalmente el criterio anterior. El último párrafo del art. 178 ha quedado así: «Sin perjuicio de la sanción que corresponda se impondrá al empresario incurso en la falta de afiliación y cotización la obligación de pagar íntegramente las primas no satisfechas». Obligación que por la forma en que está redactado el párrafo parece quiere indicar una sanción, pero que no constituye más que una pena ficticia. En la fecha en que se rectifica el artículo, reiteradas resoluciones de la Dirección General de Previsión habían ya dispuesto que el importe de las primas no satisfechas fuesen abonadas íntegramente por la Empresa en los casos —los más, cuando se omite la cotización— en que no se hubieran descontado en tiempo oportuno las primas (23). Y en los casos en que se hubieran descontado supone una sanción ínfima la devolución de su importe a los productores. El efecto fundamental del art. 178 —su finalidad sin duda— fué el de exonerar a la Empresa de responsabilidad alguna ante el productor por la falta de afiliación y cotización, repercusión indirecta de los fines que con un alto criterio social se pretenderían esencialmente, es decir que éstos no se viesen desasistidos en circunstancias tan perentorias como son las que requieren la asistencia sanitaria; esto se deduce paladinadamente del preámbulo del Decreto: «... la práctica ha demostrado que el

(23) Aparte de que en correcta interpretación del art. 141 del Reglamento ha de estimarse que el descuento a los productores de la parte que les corresponda debe realizarse «al abonarles sus haberes», es decir, los sueldos a que afecta el descuento, y no posteriormente.

asegurado enfermo económicamente débil, cuando no es asistido por el Seguro, se encuentra desorientado al tener que acudir a un facultativo particular al cual tendrá que abonarle sus honorarios y desembolsar las cantidades necesarias para su medicación, gastando una crecida suma de la que no puede disponer las más de las veces. Aunque pueda reclamar a su patrono a fin de que le reintegre los gastos ocasionados, en caso de negativa de éste —obligado ya a pagar íntegramente al Seguro las cuotas atrasadas con recargo y las sanciones en su caso— habrá de promover una acción contra él para ser amparado en su derecho». Por el juego de los arts. 178 y 147 (24) rectificadas, se trasla-

(24) Art. 147 antiguo: «La falta de pago de la prima producirá la suspensión de todas las prestaciones del Seguro, salvo lo dispuesto en los artículos 41, 63 y 83.»

Art. 147 rectificado: «La interrupción en el pago de la prima no producirá la suspensión de las prestaciones del Seguro, viniendo obligada la Caja Nacional del mismo o entidad colaboradora donde se hallen adscritos los asegurados de la empresa responsable de la falta de cotización a dar conocimiento a los servicios de Inspección del Trabajo en el plazo de un mes de advertido el descubierto para que proceda a levantar las actas correspondientes.»

Art. 178 antiguo, último párrafo: «Sin perjuicio de la sanción que corresponda, se impondrá al empresario incurso en las faltas de afiliación y cotización la obligación de satisfacer al productor perjudicado todos los beneficios que hubiese perdido como consecuencia de dichas faltas y al pago de las primas no satisfechas.»

Art. 178 rectificado, último párrafo: «Sin perjuicio de las sanciones que corresponda, se impondrá al empresario incurso en las faltas de afiliación y cotización la obligación de pagar íntegramente las primas no satisfechas.»

A pesar de esta reforma la afiliación sigue siendo requisito indispensable para adquirir derecho a los beneficios del régimen.

El productor podrá seguir percibiendo prestaciones o iniciar su percibo aunque la empresa no esté al corriente, e incluso cuando se encuentre en descubierto total, si es que está afiliado. En caso contrario, y si la empresa no le afilia, deberá hacerlo él directamente, tal como señala el art. 27 del Reglamento.

De la redacción del art. 147 rectificado parece deducirse que el legislador contempla el caso de productor al servicio de una empresa afiliada y adscrita a Caja Nacional o a entidad colaboradora. Pero será frecuente en casos de descubierto el caso de empresa que no ha realizado ningún trámite en relación con el Seguro de Enfermedad. En este supuesto creemos que será ante

da a la Caja Nacional o Entidades Colaboradoras la obligación de satisfacer las prestaciones de productores al descubierto en cotización que antes incumbía a la Empresa. Sin embargo, y dado el mecanismo administrativo del Seguro, creemos que a veces le será un tanto difícil a un productor no afiliado ni cotizante, del que el Organismo Gestor del Seguro no tiene noticia alguna, el obtener las prestaciones, sobre todo con la urgencia que su índole reclama en muchos casos. En el supuesto que apuntamos, y al tratar de discriminar la responsabilidad, resulta arduo el imputarle con sólido basamento jurídico a la Empresa o al Organismo Gestor. De todas formas el productor no podrá ampararse en algunos casos (empresa no adscrita al Seguro directo ni a Entidad Colaboradora alguna) para reclamar la indemnización por daños y perjuicios en ningún precepto legal de Seguridad Social, sino en los preceptos de derecho común con que el Código civil regula con carácter general la responsabilidad por culpa o negligencia.

Como se deduce claramente, en el Seguro de Enfermedad no es necesario hallarse al corriente en la cotización para percibir prestaciones, con lo cual queda establecida la posibilidad de subsanar, *a posteriori* del hecho causante, la falta de cotización con total eficacia respecto a la dación de prestaciones. Suponemos que la modificación del art. 147 habrá ocasionado no pocos conflictos a los organismos gestores del Seguro Social y, en definitiva, se habrá traducido en un apreciable incremento de sus gastos en el capítulo de prestaciones.

En 21 de septiembre de 1946, en plena vigencia del primitivo texto del art. 147 del Reglamento, se dictó por la Dirección General de Previsión una resolución (25) que contiene una manifiesta contradicción con los imperativos preceptos que regulaban la materia. Dice la resolución mencionada que «si la falta del pago de las primas del Seguro es imputable a la Empresa el asegurado tiene derecho a seguir percibiendo los beneficios del Seguro, debiéndose poner el hecho en

la Caja Nacional ante quien el productor pretenda las prestaciones; no obstante, y desde el punto de vista jurídico, parece ser que lo mismo podría deducir su pretensión ante cualquier entidad colaboradora, aun cuando la afiliación la solicitase de aquella Caja, único organismo autorizado al efecto.

(25) *Recopilación legislativa del Seguro de Enfermedad*, pág. 184; Madrid, 1947.

conocimiento de la Inspección de Trabajo para que proceda a levantar a la Empresa morosa las actas correspondientes, y en tal supuesto, los médicos que tengan adscritos o asegurados al servicio de tales Empresas deben seguir percibiendo los honorarios señalados de tales asegurados». Como la resolución no perjudica a nadie, sino que, por el contrario, favorece a los médicos, que siguen percibiendo honorarios; a los productores, que reciben las prestaciones inmediatamente, y a las Empresa, a quien se la exime de la responsabilidad que señalaba el último párrafo del art. 178, es natural que nadie le haya puesto tacha de ilegalidad. —que la tiene manifiesta—; sólo el Seguro —Caja Nacional o Entidad Colaboradora— quedaba perjudicado al abonar por su cuenta las prestaciones que la Empresa debiera hacer efectivas. Las palabras iniciales son incongruentes, ya que en el Seguro de Enfermedad la falta de pago de las primas es siempre imputable a la Empresa. Y el último párrafo de la resolución nos da quizá la clave de la misma, ya que aparte de la indirecta repercusión benéfica para el trabajador lo que se trató de remediar a cambio de una premeditada ignorancia de la legalidad al respecto fué que los médicos dejaran de percibir sus honorarios como consecuencia también indirecta de la no prestación de asistencia a los asegurados al servicio de Empresas al descubierto de cotización. La resolución de 21 de septiembre de 1946 supuso, pues, un anticipo de la doctrina que dos años más tarde tomaba cuerpo legal por el Decreto de 13 de agosto de 1948 (26).

A pesar de cuanto exponemos, el único considerando de la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de fecha 16 de abril de 1951 (27) alude todavía, indebidamente, a la responsabilidad subsi-

(26) En sentido contrario, el mismo centro resolvió tres meses antes: «De acuerdo con el informe de la Asesoría Técnica de esta Dirección, se resuelve que el art. 147 del Reglamento del Seguro Obligatorio de Enfermedad ha de ser interpretado en un sentido literal de que la falta de pago de la prima, aunque no sea imputable al asegurado, produce la suspensión de todas las prestaciones del Seguro, excepto en los supuestos regulados por los artículos 41, 63 y 83 del citado Reglamento.» (Resolución de 7 de junio de 1946.)

(27) *Revista de resoluciones del Tribunal Central de Trabajo*, núm. 4, página 603.

diaria de la Empresa por falta de afiliación, refiriéndose a los requisitos que tienen que concurrir para que el trabajador «tenga derecho a la prestación por enfermedad, bien directamente de éste o de su patrono».

Opina Serrano Guirado (28), siguiendo el criterio de Pérez Botija, que el trabajador comprendido en el campo de aplicación del Seguro tiene un derecho subjetivo a las garantías del mismo otorgado por la Ley, cuyo derecho «no puede» condicionarse a que una tercera persona cumpla o no sus peculiares obligaciones. De acuerdo con lo que este autor expone, doctrina que, por lo demás, ha sido siempre plenamente aceptada tanto por los técnicos que se han ocupado de la materia como por los organismo gestores del seguro social. Jamás se ha pensado en que un productor perdiera el derecho a las prestaciones por no estar la Empresa al corriente en sus deberes de afiliación y cotización; lo que sí se estableció en la primera etapa del Seguro —hasta la publicación del Decreto de 13 de agosto de 1948— es que si la Empresa no estaba al corriente correrían a su cargo las prestaciones, que en ningún caso el productor, al menos en el terreno legal, dejaba de percibir con aquel motivo.

Indica Serrano Guirado que, en su opinión, la petición del trabajador al Seguro de su afiliación directa, acompañada de los documentos acreditativos de su situación activa laboral al servicio de un tercero, debe producir los mismos efectos que la afiliación realizada en tiempo y forma por la Entidad Patronal, opinión contradictoria con la que el mismo formula al decir que, como «los efectos de la afiliación por petición directa del trabajador, sólo debe producir efectos para lo futuro los perjuicios que pueden irrogárseles a consecuencia de no haberla formulado en tiempo han de exigirse del patrono o Empresa por demanda ante la Magistratura».

Notamos en la obra del señor Serrano Guirado —sin duda la más considerable aportación que en nuestra patria se ha realizado al estudio del Seguro de Enfermedad— una completa y extraña ausencia de comentario a la responsabilidad de las Empresas por falta de

(28) *El Seguro de Enfermedad y sus problemas*, Madrid, 1950, pág. 421 y siguientes.

cotización, no obstante el existir en el capítulo XVII un párrafo con el título «Contiendas referidas a la cotización»; hemos de interpretar la omisión por un excesivo apego, en este terreno, a la tónica legislativa marcada por el Decreto de 13 de agosto de 1948 que al modificar el art. 178 del Reglamento del Seguro habrá hecho pensar al autor en que ha desaparecido en absoluto la responsabilidad de las Empresas por perjuicios derivados de la falta de cotización, ya que ésta no impide la concesión de prestaciones, opinión en la que abundamos.

El art. 141 del Reglamento dice que el empresario «será responsable» del pago de las primas abonándolas íntegramente al Seguro, debiendo descontar a los productores la parte que les corresponda al abonarles sus haberes. Esta responsabilidad, a partir de la nueva redacción de los arts. 141 y 178 del Reglamento, queda circunscrita a la que contraen ante el Seguro (29).

En el Seguro de Enfermedad el acto de afiliarse directamente el productor, que hemos visto era facultativo en el Seguro de Vejez, es absolutamente obligatorio según el art. 26, último párrafo: «Si el empresario no cumplierse esta obligación (la de afiliar) *deberá* el productor acudir *inmediatamente* al Seguro para que su afiliación tenga lugar, sin perjuicio de la sanción que corresponda a aquél». El carácter imperativo del precepto queda resaltado por el «*inmediatamente*» que matiza la ineludibilidad del deber. A esta regulación legal —y a partir del Decreto de 13 de agosto de 1948 y no antes— creemos que es perfectamente adecuada la doctrina que, a nuestro juicio indebi-

(29) El Reglamento establecía para el empresario, en relación con el asegurado, la obligación de satisfacer al productor perjudicado todos los beneficios que hubiere perdido como consecuencia de la falta de afiliación o cotización (artículos 174 y 178, último párrafo). Pero hoy ha desaparecido aquella, de acuerdo con el art. 2.º del Decreto de 13 de agosto de 1948, que da nueva redacción al art. 178 del Reglamento, cuyo nuevo texto debe entenderse en su doble acepción de que el pago «íntegro» sea tanto de las cuotas o primas atrasadas como incluso de la parte correspondiente al trabajador.

BERNAL MARTÍN, Salvador: *El Seguro Obligatorio de Enfermedad*, Madrid, 1949. pág. 119.

damente, ha sustentado el Tribunal Supremo referente a la falta de afiliación al Seguro de Vejez.

No cabía aplicar al Régimen de Seguro de Enfermedad, durante el tiempo en que subsistió la primitiva redacción del art. 178, el criterio que el Tribunal Supremo ha sentado para el Subsidio de Vejez, como efectúa Bernal en su trabajo «Aspectos procesales del Seguro de Enfermedad» (30). Dice el autor que «muy pocos serán los casos, o ninguno mejor, en que se llegue a la conclusión de la responsabilidad en cuanto a dicha obligación del patrono». Dejando aparte la mayor o menor perfección de la técnica jurídica y aun de la redacción del Reglamento, resulta claro que la imputación de responsabilidad al patrono que no afilió ni cotizó quedaba bien explícita en el párrafo suprimido por el Decreto de 13 de agosto de 1948. Tan explícita que quizá ese fuese el motivo de su derogación, con lo cual sí son ya aplicables a partir de ésta —y aún con ciertas reservas— al Seguro de Enfermedad los considerandos que el Tribunal Supremo ha dictado refiriéndose a casos del Seguro de Vejez.

Si bien es cierto —como señala Bernal— que la afiliación requiere que el asegurado aporte los datos precisos a tal fin, no es exacto lo que afirma a continuación de que con la no afiliación se exime el productor del pago de primas, puesto que al mismo tiene que concurrir con el empresario. Sin necesidad de la afiliación previa, el empresario habrá descontado las cuotas del productor en el momento de abonar el salario; independientemente de la afiliación, abonará las cuotas totales —de empresa y productor—, al régimen. En el fondo de todas estas cuestiones de falta de afiliación a los seguros sociales late, implícita y fundamental, la cuestión básica de la falta de cotización. Al empresario no le importa firmar «unos papeles» que su gestor o su empleado le presenta o que ni siquiera ve porque los firmaron estos últimos; sí le interesa, y ello ya requiere su previa conformidad y exacto conocimiento, el desembolsar el importe de las

(30) Boletín del Instituto Nacional de Previsión, año V, núm. 3, marzo de 1945, pág. 429.

cuotas y, por consiguiente, también prestará su conformidad y conocimiento cuando de eludir dicho acto se trate (30 bis).

21. SUBSIDIOS FAMILIARES.—El art. 28 del Reglamento del Régimen de Subsidios Familiares obliga a satisfacer a la Empresa la cotización total al mismo descontando a los productores la parte que éstos han de abonar.

La obligatoriedad de realizar la afiliación queda establecida en el art. 42: «Toda Entidad que ocupe trabajadores, empleados o funcionarios en territorio español tiene la obligación de presentar en la Caja Nacional o en una de sus Delegaciones las declaraciones y documentos que aquélla exija para la aplicación de este Régimen».

La responsabilidad viene determinada en principio por el art. 46 que señala que en el caso de que por culpa de la Entidad patronal un asegurado no pueda percibir el subsidio que supuesto el cumpli-

(30 bis) El presente trabajo fué escrito en mayo de 1952 y comenzó a publicarse en el número 14 de los CUADERNOS, correspondiente al segundo trimestre de dicho año. Con posterioridad a su redacción ha aparecido la Orden de 30 de junio de 1952, que dicta normas en relación con el sistema de cuotas de los seguros sociales y sobre la responsabilidad de las empresas por los descubiertos de aquéllas.

Dispone la Orden que transcurrido el plazo de los veinte primeros días naturales de cada mes sin que la empresa verifique el ingreso de la cuota unificada correspondiente al mes anterior, acompañada de la relación nominal de productores cotizantes, el organismo o entidad colaboradora con quien tenga concertado el Seguro Obligatorio de Enfermedad deberá interrumpir la indemnización económica de sus asegurados, comunicándolo así a la propia empresa y a la Jefatura provincial del Seguro. Desde la fecha de esta comunicación hasta el día en que la empresa morosa reanude el pago de sus cuotas, la efectividad de la indemnización económica del productor enfermo será de cuenta exclusiva de la empresa.

Más adelante, cuando tratemos de soluciones *lege ferenda*, volveremos a referirnos a esta disposición; por ahora nos basta sólo significar que con ella se retorna, aunque tímidamente, al criterio del art. 178 del Reglamento del Seguro de Enfermedad antes de ser modificado por el Decreto de 13 de agosto de 1948. Y que se rectifica la alegre simplicidad de que el Instituto Nacional de Previsión había revestido a sus relaciones administrativas con las empresas, imponiendo nuevamente la relación nominal de cotizantes. A los perturbadores efectos de su supresión nos hemos referido anteriormente.

miento de las obligaciones patronales le hubiera correspondido al perjudicado, aparte la reclamación que pueda hacer en la jurisdicción competente, denunciará el hecho a la Inspección para que se impongan al patrono culpable las sanciones prevista en los arts. 78 y 79.

No cabe duda de que la jurisdicción a que se refiere el art. 46 es la Magistratura del Trabajo y el supuesto que prevé es el de perjuicios inherentes a la carencia de prestaciones.

En el Régimen de Subsidios Familiares no existe la posibilidad de que el productor realice su afiliación independientemente en el caso de que no la haya verificado su patrono, y ello ha permitido el imputar a éste la plena responsabilidad de tal omisión con sus efectos de abonar subsidiariamente las prestaciones perdidas por aquél.

En los casos en que el pago se efectúa directamente por la Caja Nacional de Subsidios Familiares se matiza más por el Reglamento la responsabilidad el expresar el art. 57 que la falta de presentación de los documentos precisos hará recaer sobre el patrono responsable de la omisión y hasta que ésta quede reglamentariamente subsanada la obligación de pagar por su cuenta los subsidios correspondientes a aquellos que habiendo estado a su servicio y debiendo figurar como subsidiados no hubieren sido dados de alta, y motivará además la aplicación de las sanciones a que se refieren los arts. 78 y 79. Esta responsabilidad queda inexplicablemente atenuada, a nuestro juicio, por la resolución de la Dirección General de Previsión de 16 de noviembre de 1943 que sustenta la doctrina de que la obligación patronal del pago de los subsidios correspondientes, cuando éstos no fueron percibidos a su debido tiempo por el trabajador por falta de presentación de los documentos precisos, solamente se entiende para aquellos casos en que se cause un perjuicio irreparable en el cobro de los subsidios, o sea, cuando hubiera pasado el plazo de un año fijado como término de prescripción.

Discrepamos de la interpretación dada por Perpiñá Rodríguez (31) y por la resolución de la Dirección General de Previsión de 16 de noviembre de 1943 al artículo 57 del Reglamento de Subsidios Fa-

(31) «La responsabilidad patronal y el derecho de Previsión Social», *Revista de Trabajo* de mayo de 1946, pág. 489.

miliares; nos parece artificiosa la interpretación de que lo que se exige es lo que llama Perpiñá «reposición natural» (formulación, aunque tardía —según sus palabras—, de la declaración de subsidiados, completada con el abono anticipado de los subsidios por la Empresa tan pronto sean conocidas las faltas). En el mismo sentido, la citada resolución entiende que el art. 57 debe aplicarse cuando por negligencia patronal se causa un perjuicio irreparable a los obreros, o sea, cuando los subsidios hubieran prescrito. Según esta resolución, al no poner más impedimento que el de que haya transcurrido el plazo de prescripción, el cobro de los subsidios ha de facilitarse por la Caja Nacional con efectos retroactivos, lo que ya hemos dicho que no era posible sin violar la letra de la ley y lo que creemos fué el espíritu del legislador, que al referirse a la subsanación de las faltas suponemos lo hizo pensando en sus efectos para el futuro.

Nosotros discrepamos igualmente del criterio expuesto por el Instituto Nacional de Previsión al contestar a una consulta sobre la retroactividad que a efectos del Subsidio Familiar ha de concederse a la presentación de partes de alta (32). Fundamenta el Instituto Nacional de Previsión su criterio favorable a la retroactividad, en el que el art. 20 del Reglamento de 20 de octubre de 1938 que determina que el derecho a percibir los subsidios vencidos y no cobrados prescribe al año de la fecha en que se entienden devengados continúa vigente por no haber sido derogado por ninguna de las disposiciones promulgadas.

Pretende reforzar el Instituto Nacional de Previsión su criterio en esta forma: «... la Dirección General de Previsión, en 5 de noviembre de 1942, ha resuelto, con carácter general, que, para los trabajadores subsidiados que acrediten haber trabajado al servicio de una Empresa que ha satisfecho las cuotas correspondientes, la percepción del Subsidio Familiar queda solamente diferida al instante en que merced al visado de la Declaración de Familia (hoy Libro de Familia) obtienen el reconocimiento administrativo de su condición de subsidiado, teniendo derecho al abono de las sumas correspondientes desde el día en que fué alta en el R. O. S. F., o adquirido la condición de subsidia-

(32) *Procedimiento unificado de afiliación y cotización*, publicaciones del Instituto Nacional de Previsión, Madrid, 1950, pág. 123.

cio, salvo el caso de transcurso del plazo prescriptivo determinado en el art. 20 del Reglamento de 20 de octubre de 1938».

Ni el artículo del Reglamento ni la resolución de la Dirección General de Previsión sacadas a colación resuelven la cuestión planteada ni se refieren directamente a ella. Es natural que las «disposiciones últimamente promulgadas» (Decreto de 7 de junio de 1949 y complementarias) no deroguen el art. 20 del Reglamento que en nada se opone a ellas. Dicho artículo determina los plazos de prescripción de prestaciones no los efectos retroactivos de la afiliación, inscripción o «declaración» necesarias para percibir o tener el derecho a aquéllas. El reconocimiento administrativo de la condición de subsidiado a que alude la resolución de 5 de noviembre de 1942 no puede obtenerse legalmente si no está afiliado el productor. Ni antes ni después del Decreto de 7 de junio de 1949 cabe dar efectos retroactivos a la afiliación, inscripción o declaración de productores al Régimen de Subsidios Familiares, salvo, quizá, en los ocho días previstos en la disposición últimamente citada.

Tan artificiosa como la anterior nos parece la resolución de la siguiente consulta: ¿El reconocimiento del derecho a la percepción del Subsidio Familiar exige la previa comprobación de que el productor figura afiliado, bien consultado el modelo 10 o por otro medio cualquiera?

No. En primer lugar, porque no existe establecido período de carencia para disfrutar los beneficios del R. O. S. F.

En segundo término, porque la legislación de Subsidios Familiares, acaso por aquella razón, no ha exigido en ningún caso la previa afiliación del productor, considerando como asegurado del Régimen a todo trabajador por cuenta de su patrono afiliado, ya que expresamente el art. 9.º del Reglamento de 20 de octubre de 1938 determina que «serán asegurados obligatoriamente todos los españoles que trabajen por cuenta ajena».

Por último, el art. 45 del citado Reglamento sólo exige para percibir el Subsidio Familiar que el productor asegurado tenga derecho a él, que haya presentado el documento relativo al estado de familia y que la Empresa patronal esté al corriente en el cumpli-

miento de sus obligaciones de declaración y cotización por todo el personal ocupado en el mismo centro de trabajo.

Por consiguiente, lo que necesariamente habrá de acreditarse es el cumplimiento de estos tres requisitos, efectuando, con respecto al último, la oportuna comprobación de la Intervención C. Y. E. en sus periódicas visitas a las Empresas afiliadas» (33).

Ciertamente que no existe período de carencia en el Régimen de Subsidios Familiares, pero sí existe la necesidad de afiliación para percibir prestaciones, tal como exponen algunas resoluciones mencionadas y varias más que señalamos. Es inútil que pretenda el Instituto Nacional de Previsión escudarse en la imprecisión que el término «afiliación» tienen a efectos de subsidios familiares. Ya se considere que es la mera constancia en el Libro de Haberes y Salarios, ya se estime que es la consignación en la relación de productores que en el procedimiento administrativo se exige a las Empresas, bien la inclusión de la cotización del afectado en las liquidaciones practicadas, es bien cierto que hace falta previa constancia e inscripción (¿qué entender si no por «inscrito» cuando tal cualidad se requiere al marido de la presunta subsidiada de viudedad?) (34);

(33) *Procedimiento unificado*, citado ya, pág. 123.

(34) A partir de la fecha de promulgación de esta ley quedan extendidos los beneficios establecidos en la de 18 de julio de 1938, sobre Subsidios familiares, a las viudas y huérfanos de los trabajadores en los que concurren las siguientes condiciones: a), que el jefe de la familia difunto haya figurado inscrito en el Régimen Obligatorio de Subsidios Familiares. (Art. 1.º de la ley de 23 de septiembre de 1939.)

Las viudas a que se refiere el apartado a) del art. 1.º deberán reunir los siguientes requisitos: primero, que el jefe de la familia difunto haya figurado inscrito en el Régimen Obligatorio de Subsidios Familiares. (Art. 3.º de la Orden de 11 de junio de 1941.)

Para la concesión del premio de nupcialidad se exige asimismo que los productores estén asegurados o inscritos, ya que por no cubrir ese requisito se desestiman frecuentemente solicitudes.

«Para comprobar si el solicitante cumple la condición de estar asegurado en el R. O. S. F., inmediatamente después de recibida su solicitud (de premio de nupcialidad) se consultará al Negociado de Afiliación por medio del mo-

y no es otro, creemos, el significado de la palabra «declaración» del art. 43 del Reglamento. De nada vale el que no exista taxativa norma requiriendo la afiliación del productor si esta afiliación (o declaración o como se llame) ha de efectuarla la Empresa, no ya por el interesado en percibir el subsidio, sino por todo el personal ocupado en el mismo centro de trabajo, y todo ello para que el productor asegurado tenga derecho a aquél. En otro supuesto, bastaría la cotización como requisito ineludible.

La propia resolución dice que el último requisito, «cumplimiento de sus obligaciones de declaración y cotización», habrá de comprobarse en visita directa de la Intervención C. Y. E. Es natural que si no existe afiliación expresa de los productores al Régimen de Subsidios Familiares haya de comprobarse la misma si en el Instituto Nacional de Previsión no existen los antecedentes necesarios, viendo el Libro de Salarios o constatado que el productor concreto se le tuvo en cuenta al efectuar la cotización.

A no ser que entienda el Instituto Nacional de Previsión que el Régimen de Subsidios Familiares ha llegado a la fase óptima de la seguridad social en cuanto a campo de aplicación: considerar *de facto* asegurados a cuantos productores estén comprendidos en su campo de aplicación, criterio que resulta un tanto atrevido atribuir al primer régimen de seguro social que se implanta en nuestra patria por el Nuevo Estado.

Creemos que la siguiente resolución abunda en nuestro criterio de irretroactividad:

«¿Puede afectar al cómputo del plazo la prescripción del subsidio familiar la fecha de abono, por la Empresa, de las cuotas correspondientes? La percepción del subsidio se encuentra subordinada al instante en que, merced al visado de la declaración de familia, se obtiene el reconocimiento administrativo de la condición de subsidiado, teniendo derecho al abono de las sumas correspondientes desde el día que fué asegurado en el régimen, salvo el transcurso

delo R.N.4, que una vez cumplimentado se elevará a esta Dirección con el expediente.» (*Procedimiento administrativo del Régimen Obligatorio de Subsidios Familiares*, publicación del I. N. P., Madrid, 1949, pág. 81.

desde uno a otro momento del plazo prescriptivo establecido en el artículo 20 del Reglamento General de Subsidios Familiares, sin que sea de apreciación ni enterés que la entidad patronal se hallara o no al corriente en el pago de las cuotas reglamentarias por el tiempo a que se contrae la reclamación, sin que sea de estimar la alegación de que, al no encontrarse asegurados en el régimen y no se pagasen las cuotas patronales no podían ejercer sus derechos, ya que ello en nada es imputable a los organismos gestores, sino a la entidad patronal infractora, por lo que queda expedito a los peticionarios usar el derecho que les concede el art. 57 del Reglamento citado de 20 de octubre de 1938» (35).

La responsabilidad de las Empresas y la imposibilidad de subsanar las omisiones de afiliación y cotización con efectos retroactivos se aprecia en la resolución que transcribimos seguidamente: «Abono, por el patrono, de la mejora retroactiva en el supuesto de no haber incluido a una trabajadora en la nómina especial correspondiente. Como quiera que la legislación especial dictada en beneficio de la clase trabajadora tiene por su especial carácter un cometido que no puede ser burlado, máxime cuando, como en los hechos producidos, los interesados no han podido tener otra participación que la pasiva en espera del cumplimiento, por parte de los interesados, de los requisitos necesarios para ser partícipes de los beneficios otorgados a su favor —y en este caso concreto el art. 7.º de la Orden de 8 de marzo de 1941 sanciona expresamente a las Empresas que por su actividad puedan producir perjuicios a los asegurados atribuyéndoles directamente el pago de los mismos beneficios—, esta previsión es sin duda aplicable al caso de que se trata» (36).

22. MUTUALISMO LABORAL.—Teniendo en cuenta el criterio francamente generoso y amplio que el Mutualismo Laboral ha seguido, que ha permitido el abonar prestaciones siempre que en cualquier momento y después hecho del causante de la misma —incluso de fallecimiento— se pusiese la Empresa al corriente, sólo una inexplicable obstinación por parte de ésta podría originar cuestiones de carácter

(35) Resolución de la Dirección General de Previsión de 3 de marzo de 1943.

(36) Resolución de la Dirección General de Previsión de 17 de junio de 1942.

contencioso sobre la responsabilidad subsidiaria. Nada establecen al respecto los Estatutos de las diversas Entidades y en donde aparece por primera vez una regulación de la materia es en la Orden ministerial de 7 de julio de 1948, cuyo art. 17 expone que para que un trabajador asociado o sus derechohabientes puedan percibir de su Entidad Laboral de Previsión la prestación que le corresponda será preciso:

- 1.º Que tenga derecho a la misma de acuerdo con lo dispuesto en los Estatutos de la Entidad.
- 2.º Que exhiba, debidamente diligenciado, el título de asociado.
- 3.º Que su Empresa se halle al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones de afiliación y cotización por todo el personal ocupado en el mismo centro de trabajo.

La publicación de la Orden de 16 de mayo de 1950 no supone un cambio de criterio en cuanto al que antes aludíamos, amplio y benévolo, que el Mutualismo Laboral ha observado de siempre con respecto a la subsanación de omisiones de afiliación y cotización con eficacia incluso para prestaciones causadas anteriormente, aunque sí supone el establecer una atenuada responsabilidad subsidiaria para aquellas Empresas recalcitrantes en el incumplimiento de tales obligaciones que habrán de satisfacer las prestaciones a sus productores en los casos y en la forma que ahora detallaremos.

La Orden de 16 de mayo de 1950 supone, en el aspecto que comentamos, un hallazgo feliz para solucionar el arduo problema de imputación de la responsabilidad por omisión sin graves quebrantos económicos para las Empresas y sobre todo sin perjuicio para los productores. Su art. 2.º indica que si las Empresas no cumplieren la *ineludible* obligación de afiliar a sus productores *podrán* éstos solicitarla directamente. Pero aparte del carácter obligatorio para la Empresa y facultativo para el productor del acto de afiliación, el artículo se preocupa de señalar que el no uso por éste de tal facultad no exime a la Empresa de su responsabilidad ni causará perjuicios al interesado. Queda bien claro que la Empresa ha de res-

ponder de la falta de afiliación. Señalan Laraña y Selma (37) que muy oportunamente se indica que el no uso de esa facultad no podrá perjudicar al interesado ni eximir de responsabilidad a la Empresa, ya que de no haberse consignado taxativamente cabría suponer, análogamente a lo que ha sucedido con el Seguro de Vejez del Instituto Nacional de Previsión, que no prosperarían las demandas de los trabajadores contra las Empresas cuando fuesen éstas motivadas por falta de afiliación, por entender los Tribunales que el productor es tan responsable como aquéllas de la omisión de tal requisito.

Ya hemos indicado reiteradamente que el Mutualismo Laboral admite en cualquier momento la afiliación de los productores, así que resulta difícil pueda plantearse cuestión contenciosa alguna al respecto, ya que la Empresa puede hacerlo y nada le cuesta antes de que el asunto tome la vía judicial; claro está que nos referimos a la afiliación de productores en el caso general de que no exista duda alguna sobre la procedencia de la misma, ya que sería un asunto contencioso independiente del tema que tratamos el que el productor, la Empresa o la Entidad discutiesen o no sobre el carácter de presunto afiliado de este último.

Supuesta la coincidencia en el conocimiento de la obligación de afiliar por parte del productor y de la Empresa, ningún litigio se planteará por exclusiva omisión de aquel acto que nada cuesta a ésta.

Otra cosa es lo que se refiere a cotización, ya que la Empresa en ocasiones no podrá pagar materialmente por carecer de recursos o no pagará porque prefiera dar otro destino inmediato al importe de las cuotas, pechando con las responsabilidades inherentes a tal incumplimiento de la legislación laboral, o también —desgraciadamente es un caso de bastante frecuencia— confiando en poder eludir el cumplimiento de las obligaciones omitidas.

Para estos casos de descubierto en la cotización ha habilitado la Orden de 16 de mayo un original mecanismo con el fin de que el presunto beneficiario no sufra los perjuicios derivados de la falta de cotización; la Mutualidad o Montepío Laboral o la Delegación, en su caso,

(37) LARAÑA, Manuel, y SELMA, Manuel: *Mutualidades y Montepíos laborales*, Barcelona, 1949, pág. 292.

NOTAS

tramitará el expediente de prestación hasta su conclusión; acreditadas debidamente las demás condiciones exigidas para su otorgamiento requerirá a la Empresa para que en el plazo de diez días naturales, a contar del de notificación, justifique haber ingresado en la Entidad Recaudadora correspondiente el importe de las cuotas que tuviera en descubierto. Transcurrido dicho plazo sin ser atendido el requerimiento o sin que se haya probado su improcedencia se libra al beneficiario un certificado acreditativo del importe de la prestación a que tuviera derecho, el cual servirá para fundamentar la reclamación amistosa cerca de la Empresa o la demanda ante la Magistratura cuando la anormal o irregular cotización haya impedido satisfacer aquélla.

Si por mutuo acuerdo de las partes, bien espontáneo o como resultado de acto de conciliación o por ser firme la sentencia dictada por la Magistratura, la Empresa satisface las prestaciones, cuando se ponga al corriente en su cotización el Montepío reintegrará a aquélla el importe de la cantidad entregada al trabajador menos un 10 por 100 si se trata de prestaciones de entrega de capital por una sola vez; si las prestaciones consistieran en pensión, el Montepío asumirá el pago a partir del día primero del mes siguiente al que la empresa abone las cuotas, no teniendo derecho la misma al reintegro de las pensiones devengadas hasta dicho día. El indicado 10 por 100 y el importe de las pensiones devengadas a cargo de las Empresas será ingresado por el Montepío o Mutualidad correspondiente en la Caja de Coordinación y Compensación. Sintetizando, vemos que la responsabilidad de la Empresa tiene cuando por su descubierto en la cotización el productor no puede percibir las prestaciones es:

Si no subsana el descubierto, el importe total de la entrega de capital por una sola vez y el total importe de las prestaciones consistentes en pensión *sine die*, y en el caso de que se ponga al corriente, el 10 por 100 de las prestaciones de pago único y el importe de las pensiones hasta el mes, inclusive, dentro del cual la Empresa se ponga al corriente.

Para el pago de las pensiones, la fecha inicial de reconocimiento del derecho viene determinada por la solicitud del productor de acuerdo con el art. 19 de la Orden que así lo dispone; si se solicita dentro de los tres meses a partir del hecho causante de las mismas se per-

cibirá desde el día siguiente a aquél. Si se hace posteriormente, se percibirán con una retroactividad de tres meses. Aun cuando la Entidad es la que reconoce el derecho y en caso normal de Empresa al corriente en sus obligaciones abona las pensiones con los tres meses de retroactividad señalado, esta obligación se traslada a la Empresa en caso de descubierto. La Entidad al hacerse cargo de la prestación no abonará cantidad alguna con efecto retroactivo, sino que, como dice sin lugar a dudas el art. 14, asumirá el pago a partir del día primero del mes siguiente al que la Empresa abona las cuotas.

Aun cuando se sale del marco del presente estudio, es interesante consignar que el cuadro de protección al trabajador queda cerrado con una *justeza inédita* en nuestros regímenes de Seguridad Social al prever los casos en que la Empresa recurra contra la sentencia condenatoria y los de insolvencia de la Empresa condenada y conforme. A evitar el ilusorio derecho que entonces tendría el trabajador vienen los artículos 13 y 15 de la Orden que comentamos. En caso de que la Empresa recurra contra la sentencia condenatoria se librárá por la Magistratura testimonio de aquélla al Montepío afectado para que éste, sin perjuicio de la sentencia definitiva que en su día recaiga, haga efectivas las cantidades que procedan de conformidad con el fallo durante la tramitación del recurso. Si el recurso fuera desestimado perderá el recurrente, en favor del Montepío o Mutualidad que viniera pagando las cantidades reconocidas en la sentencia, la totalidad de las consignadas, quedando la Institución obligada asimismo a continuar satisfaciendo la prestación y subrogada en los derechos reconocidos en favor del mutualista o beneficiario para instar la ejecución del fallo en aquello que exceda de lo consignado.

El procedimiento contencioso que habrá de observarse para recurrir contra las sentencias que dicte la Magistratura será el establecido con carácter general por la Ley de 22 de diciembre de 1949, con la salvedad de que si la condena fuera de pago de prestación periódica, la consignación para entablar el recurso será del importe de la condena más seis mensualidades.

Exponen los tan citados autores Laraña y Selma (38) que se esta-

(38) *Obra citada, pág. 298.*

blece una consignación especial aparte de la preceptuada en la Ley de 22 de diciembre; la condena ha de ser forzosamente indeterminada en cuanto a su duración, ya que ésta depende del momento en que la Empresa se ponga al corriente en el pago de cuotas. Como puede apreciarse, cabe sustentar varias interpretaciones de este precepto, y una de ellas es la de que dichos autores han efectuado entendiendo que cuando se alude al importe de la condena quiere expresarse el de una mensualidad que, en unión de las otras seis, serían siete las que en definitiva constituirían el importe de dicha consignación especial.

El criterio definitivo que se ha establecido por la Jefatura del Servicio de Mutualidades y Montepíos Laborales respecto al importe de la consignación especial de que se trata es que ascenderá al de las pensiones devengadas hasta el momento de producirse la demanda, más seis mensualidades.

El artículo 15 dispone que en el caso de que la Empresa fuere declarada insolvente, lo que se acreditará mediante auto que dicte la Magistratura de Trabajo al sustanciarse la reclamación del productor, la Mutualidad o Montepío se subrogará en la obligación de pago de la prestación a que tuviera derecho y en el crédito por el valor capitalizado de la misma frente a la Empresa, con el fin de que por ésta se haga efectivo cuando llegue a mejor fortuna. Las cantidades abonadas por las Mutualidades y Montepíos Laborales a causa de la insolvencia empresarial se compensarán por la Caja de Coordinación y Compensación en la forma que se determine.

Laraña y Selma señalan que mediante esta disposición de fundamental importancia se establece un auténtico fondo de garantía y una doble subrogación: en la obligación del pago de la prestación causada y en el crédito contra la Empresa por el valor capitalizado de aquélla, y que aun cuando no se alude expresamente a las Empresas extinguidas, será de aplicación este artículo, ya que en caso contrario quedaría esencialmente desvirtuada la finalidad de protección al trabajador que informa dicha disposición. Entienden dichos autores que supuesto lo que antecede, una vez conocida por la entidad laboral la extinción de la Empresa, se procedería al abono de la prestación en la misma forma que en los casos de insolvencia. No obstante, el criterio de la Jefatura del Servicio es de que el mecanismo establecido en la Orden de 16

de mayo no es de aplicación a Empresas desaparecidas. Por ello, los productores al servicio de éstas quedarán absolutamente desamparados de sus derechos a prestaciones si existen descubiertos. El caso indicado es uno de los dos únicos en que tal desamparo puede darse, aun cuando el que vamos a tratar a continuación sea transitorio; nos referimos al caso de Empresas que se encuentren en suspensión de pagos.

Debido a que en la práctica el trámite de la suspensión de pagos establecido en la Ley de 22 de julio de 1922 puede prolongarse durante un tiempo considerable, a pesar de la teórica solvencia de la Empresa, el productor se encuentra sin posibilidad de percibir el importe de la prestación hasta que aquél concluya, irrogándosele los consiguientes perjuicios. Es de suponer que esta situación, que se habrá producido en bastantes casos, dé lugar a que el legislador la tenga en cuenta en su día y arbitre el procedimiento para evitar tales perjuicios, ya que en principio resulta absurdo que se encuentre más garantizado el pago de prestaciones a productores al servicio de Empresas insolventes que el de aquellos que trabajan por cuenta de patronos en estado legal de suspensión de pagos, en las que, como es sabido, ha de existir un activo superior al pasivo.

23. SUBSIDIOS Y SEGUROS UNIFICADOS.—El Decreto de 7 de junio de 1949 señala que la afiliación de los productores por cuenta ajena estará a cargo de las respectivas Empresas, que vendrán obligadas a comunicar el alta de aquéllos dentro del plazo de ocho días naturales contados a partir de la fecha en que se hubieran producido. De igual forma y en el mismo plazo estarán obligados a comunicar la baja ocasionada por el cese en el trabajo. Si la Empresa no cumpliese dichas obligaciones, el productor «podrá» solicitar directamente del Instituto Nacional de Previsión el alta o la baja correspondiente sin perjuicio de la sanción en que aquélla hubiera incurrido.

Se suscita la misma duda que la que surge ante el artículo 2.º del Reglamento del Seguro de Vejez. ¿Quiere decir esto que se exonera a la Empresa del pago de prestaciones que el productor no perciba por causa de haber omitido la afiliación? No creemos que así sea, ya que entonces habrá que entender modificado todo el mecanismo de sanciones y responsabilidades que establece el Régimen de Subsidios Familiares. También nos inclina a esta opinión el carácter facultativo de

la palabra «podrá», a la que damos análoga interpretación que la que expusimos al referirnos a los regímenes de Subsidio y Seguro de Vejez.

Estimamos que el artículo 1.º del Decreto de 7 de junio no modifica en nada el Régimen que hemos comentado de cada uno de los Seguros y Subsidios unificados de Vejez, Enfermedad y Familiares, excepto en que transforma en facultativa la obligación de afiliarse subsidiariamente el productor en el Seguro de Enfermedad, deber que antes era imperativo.

El párrafo 1.º del artículo citado dispone que la afiliación es requisito indispensable para adquirir el derecho al disfrute de los beneficios que conceden los Seguros Sociales obligatorios unificados.

El artículo 2.º del Decreto dispone que el derecho a las prestaciones establecidas en el Reglamento del Seguro de Enfermedad y el cómputo para los plazos de carencia del Subsidio a la Vejez se contarán desde la fecha de afiliación de los trabajadores, cuya formalidad se cumplirá por el Instituto Nacional de Previsión en el plazo máximo de quince días a partir de la presentación de la solicitud en sus dependencias. No podrán concederse a los partes de alta efecto retroactivo superior al plazo de ocho días inmediatamente anteriores a su presentación ni aun en el caso de que se produjesen en virtud de acta de inspección; todo ello sin perjuicio de la acción que pueda ejercitar el trabajador contra el patrono o patronos causantes del retraso en la afiliación.

El artículo 4.º de la Orden de 15 de junio de 1949, que desarrolla los principios de los Decretos de 29 de diciembre de 1948 y 7 de junio de 1949, sobre los Seguros Sociales unificados, especifica, como ya indicamos anteriormente, que para el cumplimiento de las obligaciones de afiliación y cotización y para el trámite administrativo a que diera lugar se utilizarán necesariamente los impresos oficiales que se establezcan por el Instituto Nacional de Previsión. Y en su artículo 20, al disponer que dicha entidad «organizará un procedimiento administrativo y contable de afiliación y cotización sobre la base de una máxima simplificación» señala que para la implantación, desenvolvimiento y conservación de dicho procedimiento podrá aquel Organismo en cualquier momento exigir de las Empresas afiliadas la presentación de una

relación nominal de los trabajadores a su servicio que deben figurar asegurados en los distintos regímenes de seguros sociales obligatorios, con los datos y circunstancias que se estimen precisos.

El artículo 2.º del Decreto se presta al comentario. ¿Qué quiere decir eso de «sin perjuicio de la acción» que pueda ejercitar el trabajador contra el patrono o patronos causantes del retraso en la afiliación? ¿Es que en virtud de ese párrafo se hace exclusivamente imputable al empresario la falta de afiliación con el fecundo haz de consecuencias que tal criterio traería? No creemos que esa haya sido la intención del legislador, en cuyo caso el tan aludido párrafo sólo será aplicable al régimen de Subsidios Familiares. En el de Vejez ya hemos visto cómo se estima al productor tan responsable de la afiliación como el patrono; en Enfermedad hemos visto igualmente cómo la falta de afiliación no es motivo para que la Empresa se haga cargo de las prestaciones.

En las circulares, instrucciones y resoluciones de consultas que la Dirección General de Previsión y el Instituto Nacional de Previsión han dictado respecto a incidencias producidas por el procedimiento administrativo unificado, se apunta con bastante firmeza el criterio de la responsabilidad patronal por omisiones de afiliación y cotización o trámites conexos con ambas. Al resolver que la fecha de efectividad de las altas, a efectos de prestaciones, ha de establecerse con una retroactividad máxima de ocho días, y la de las bajas en la fecha real, indica el Instituto Nacional de Previsión (39) que si las Empresas incumplen sus obligaciones de afiliación podrá ocurrir que el productor pierda y no adquiera derechos, y que ante esto la Empresa incurre en las responsabilidades y el productor puede ejercitar las acciones que en los artículos 1.º y 2.º del Decreto de 7 de junio de 1949 se establecen.

En oficio circular de la Caja Nacional del Seguro de Enfermedad de 11 de junio de 1949 se dispuso que para poder iniciar el procedimiento administrativo unificado, todas las Empresas deberían presentar en el Instituto Nacional de Previsión durante los quince prime-

(39) *Procedimiento unificado de afiliación y cotización*, Madrid, 1950; publicaciones del Instituto Nacional de Previsión, pág. 144.

ros días de julio de 1950 una relación nominal de todos los productores a su servicio referido al día 1.º de dicho mes (40). Esta obligación se hizo pública por los medios informativos usuales —comunicaciones directas, Prensa y radio— y el plazo para cumplimentarla fué ampliado posteriormente.

La circular de la Caja Nacional del Seguro de Enfermedad de 19 de octubre de 1949 (autorizada por la Dirección General de Previsión en resolución de 17 del mismo mes) expresa terminantemente que causarán baja automática en el Seguro Obligatorio de Enfermedad con efectos a partir del día 30 del mes de septiembre último, todos aquellos productores que por sus respectivas Empresas no hayan sido incluidos en las relaciones 1-A exigidas según el nuevo procedimiento de afiliación en el régimen de Seguros Sociales unificados, sin perjuicio de que puedan ser afiliados posteriormente mediante el cumplimiento de tal requisito por parte de la Empresa y satisfacer ésta al productor perjudicado todos los beneficios que hubiere perdido como consecuencia de dicha falta y del pago de las primas no satisfechas.

Los trabajadores que se encuentren al servicio de Empresas que hubieran dejado incumplida la obligación expresada, de conformidad con el párrafo tercero del artículo 1.º del Decreto de 7 de junio de 1949, podrán solicitar directamente su afiliación en el Instituto Nacional de Previsión, adonde también deberán acudir aquellos que hayan causado baja en la Empresa a cuyo servicio estaban en 30 de junio de 1949, sin que por ésta se hubiera formulado la relación nominal ni tampoco el parte de baja; a tal efecto, la Caja Nacional le reconocerá los beneficios al Seguro de Enfermedad siempre que hubieren estado en alta en aquella fecha y hubieren cotizado en los 365 días anteriores a la misma 181 días al menos.

Se vuelve a apuntar —no sabemos, en realidad, con qué eficacia coactiva— el criterio del derogado párrafo último del primitivo artículo 178 del Reglamento del Seguro de Enfermedad.

Tanto más de extrañar la vuelta de ese criterio si se tiene en cuen-

(40) *Procedimiento* citado, pág. 84.

ta que por primera vez el Instituto Nacional de Previsión se ocupa (41), aunque muy someramente, del trámite y consecuencias de la afiliación directa del trabajador.

Interesada directamente por el trabajador su afiliación, se practicará ésta de oficio, con inmediata efectividad, con el fin de no causarle perjuicio alguno. En la misma fecha en que la afiliación se formalice se cursará escrito a la Empresa a la que preste servicio el solicitante, dándole cuenta de la obligación que tiene de presentar la afiliación del productor de que se trate y de todos los demás que de ella dependan y se encuentren comprendidos en el campo de aplicación de los Seguros Sociales, advirtiéndole que de no cumplimentar dicha afiliación en el plazo máximo de ocho días, contados a partir de la fecha de la comunicación, se dará cuenta a la Inspección de Trabajo para que levante la oportuna acta e imponga la sanción que estime procedente.

De no ser cierta la relación de trabajo entre el productor solicitante y la Empresa de quien declare depender, además de la devolución del importe de las prestaciones que se le hayan podido conceder, se le impondrán las sanciones a que hubiere lugar.

La mencionada circular de la Caja Nacional del Seguro de Enfermedad afectaba a todos los Seguros y Subsidios unificados y señaló que las relaciones 1-A tenían efectos de afiliación (42).

Bernal Martín, a raíz de la publicación del Decreto de 7 de junio de 1949, ha estudiado las repercusiones que esta disposición legal causa en el régimen contencioso de Seguros Sociales, refiriéndose, en consecuencia, a la responsabilidad patronal (43). Deduce este autor, a nuestro modo de ver, exageradas consecuencias de la publicación de aquel Decreto, que si tienen gran importancia en el aspecto de teoría procesal del que preferentemente se han ocupado tanto el autor como Perpiñá Rodríguez, son prácticamente nulas en el terreno que

(41) *Procedimiento unificado*, pág. 137.

(42) *Boletín divulgador* citado, año 1950, pág. 27. y *Procedimiento unificado* citado, pág. 410.

(43) «Nuevas notas sobre jurisdicción de previsión», *Revista Española de Seguridad Social*, pág. 2.027 y siguientes.

nosotros estudiamos: la responsabilidad del empresario ante el productor.

Al aludir el artículo 2.º del Decreto de 7 de junio a la acción que el trabajador pueda ejecutar contra el patrono o patronos causantes del retraso en la afiliación, da pie para que Bernal encuentre un aspecto privatista, de relación onerosa de hombre a hombre —de trabajador a empresario— expresamente establecida, que Perpiñá echaba de menos al estudiar el tema (44). Pero nosotros creemos que tal acción no le valdrá más que para reclamar un ilusorio derecho, ya que el sistema general de atribución de responsabilidad del empresario sigue invariable, derivándose de las disposiciones particulares de cada régimen y ya hemos visto cómo en el Seguro de Vejez jamás alcanza el obrero reparación alguna y cómo en el Seguro de Enfermedad hay que obtener idéntica conclusión a partir del Decreto de 13 de agosto de 1948.

En efecto, podemos repasar las líneas generales que en cuanto a las obligaciones de afiliación y cotización establece el Decreto de 7 de junio de 1949 y veremos que apenas suponen innovación alguna, por lo que es inoperante la facultad de accionar que expresamente concede al productor.

La afirmación de que la afiliación es requisito indispensable para adquirir los derechos que conceden los Seguros sociales obligatorios estaba ya explícitamente establecida en el artículo 26 del Seguro de Enfermedad y en el artículo 7.º del Reglamento de Seguro de Vejez; el que la afiliación así como la comunicación de altas y bajas de los productores por cuenta ajena estará a cargo de las respectivas empresas, y que si éstas no cumplieren dichas obligaciones, el productor podría solicitar del Instituto el alta y la baja correspondiente se consigna también en el art. 3.º del Reglamento del Seguro de Vejez (Orden de 2 de febrero de 1940) y en el Reglamento del Seguro de Enfermedad en su artículo 27. La no retroactividad de la afiliación a efectos de prestaciones, la hemos estudiado ya, y aun cuando no se establecía taxativamente en ningún precepto legal, se deducía del or-

(44) «El llamado Derecho social», *Revista de Trabajo* de junio de 1947, página 645.

denamiento general de cada régimen y del criterio jurisprudencial y de los organismos administrativos.

Opinamos, pues, que no hay que hablar en pretérito, como hace Bernal cuando al referirse al Seguro de Enfermedad dice (45) que «en el Seguro de Enfermedad ya no cabía otra responsabilidad a la Empresa que la sanción por no afiliación y el pago íntegro (es decir, la cuota patronal y la obrera) de las primas, y, por tanto, si las prestaciones se daban o no a partir de dicha disposición (Decreto de 13 de agosto de 1948) era cosa que había de ventilarse el interesado y el Seguro». Exactamente, se da en la actualidad la misma situación, y tomando como precedente el criterio que el Instituto Nacional de Previsión y el Tribunal Supremo han adoptado sobre responsabilidad de las Empresas en materia de afiliación, no hay por qué suponer lo tengan distinto aunque el productor invoque la acción que le «concede» el Decreto de 7 de junio, que copia en la práctica el mecanismo de afiliación de aquellos Seguros, considerándola obligatoria para las Empresas y facultativa para los trabajadores (46).

Tampoco creemos que podría prosperar ninguna demanda producto de la actuación de oficio de los organismos de trabajo a que se refiere Bernal, ya que mal puede estimarse como productora de per-

(45) Trabajo citado, pág. 2.033.

(46) Nos parece inocua, por consiguiente, la terminante atribución de responsabilidad que se realiza en esta resolución del Instituto Nacional de Previsión:

«En el caso de que una empresa presente un parte de alta con retraso, después de haber sido baja el productor, sucederá en algunos casos que la fecha de la baja que se consigne en la ficha no será anterior a la efectividad del alta. ¿Qué período de permanencia se computaría en estos casos?»

Ninguno. La fecha de efectividad de las altas ha de establecerse con una retroactividad máxima de ocho días, y la de las bajas en la fecha real a efectos de prestaciones.

Si las empresas incumplen sus obligaciones de afiliación podrá, efectivamente, ocurrir que el productor pierda o no adquiera derechos.

Ante esto la empresa incurre en las responsabilidades y el productor puede ejercitar las acciones que en los arts. 1.º y 2.º del Decreto de 7 de junio de 1949 se establecen.» (*Procedimiento unificado de afiliación y cotización*, Madrid, 1950; publicaciones del Instituto Nacional de Previsión, págs 143 y 144.)

juicio económico para los productores una infracción por parte de las empresas, de la afiliación a los Seguros Sociales, si el propio productor ha podido subsanar la omisión en cualquier momento, todo ello de acuerdo con el criterio —que una vez más hemos de repetir estimamos desacertado— que siguen el Tribunal Supremo y el órgano gestor de los Seguros Sociales «unificados».

Igualmente disentimos de la opinión que el autor más arriba citado sustenta de que la cotización, en los regímenes de vejez e invalidez y enfermedad no determina el derecho a los beneficios, dando por supuesto que el patrono está a cubierto de presuntas responsabilidades ante el productor con tal de que le haya afiliado. Olvida Bernal que para disfrutar del Seguro de Vejez e Invalidez es necesario (artículo 7.º de la Orden de 2 de febrero de 1940 y 2.º de la de 18 de junio de 1947, respectivamente) haber cotizado el período de carencia. Tanto más de extrañar este olvido por cuanto el mismo tratadista, al estudiar hace años las previas reclamaciones administrativas y la jurisdicción de trabajo (*Boletín del Instituto Nacional de Previsión* de diciembre de 1945) decía que el trabajador, en el Subsidio de Vejez, sólo podrá reclamar «por falta de cotización del empresario que sea determinante de alcanzar un período de carencia», aunque añadiendo un requisito que nosotros estimamos caprichoso; el de que «sea después de rota la relación, pues si subsiste ésta, la vía procedente es la Inspección o el Seguro». La Inspección o el Seguro actuarán, a requerimiento del interesado, para que la Empresa se ponga al corriente en sus obligaciones; pero ello no quiere decir que ni uno ni otra hagan efectiva la prestación que por culpa de la Empresa no percibe, al menos con la inmediatividad necesaria.

Creemos —contrariamente a lo que Bernal opina— que el Tribunal Central de Trabajo entendió adecuadamente en Sentencia de 10 de abril de 1948 (antes, por consiguiente de la modificación del artículo 178) que el productor en el Seguro de Enfermedad tenía acción contra el patrono para que éste le indemnizase por los perjuicios sufridos por falta de afiliación. Y el que en Sentencia de 7 de diciembre siguiente, ya en vigor el Decreto de 13 de agosto de 1948, absuelva al patrono de unos gastos derivados de la hospitalización que *motu proprio* y al no estar afiliado, resolvió un productor, no quiere

decir, como Bernal deduce (47) que aquel Tribunal haya rectificado para suscribir la doctrina que el Tribunal Supremo ha prodigado por falta de afiliación al régimen de Vejez. Está claro que en la última sentencia mencionada, lo que el Tribunal declara acertadamente es que en la prestación concreta de «hospitalización» se requieren unos especiales requisitos —aun supuesta la afiliación y cotización perfectamente en regla— cuya estimación no pueden quedar al arbitrio del asegurado. De todas formas, al dictar sentencia pudo muy bien el Tribunal declarar que en aquella fecha el empresario estaba ya eximido de culpa y responsabilidad ante el productor en virtud de la rectificación del artículo 178 del Reglamento (48).

No nos explicamos cómo Bernal, después de repudiar la tesis extracontractual, indica que «en el nuevo derecho» (y ya hemos dicho cómo en lo fundamental ese derecho —Decretos de 29 de diciembre de 1948 y 7 de junio de 1949— no tiene nada de nuevo en la materia discutida) únicamente podrá ejercitarse contra el patrono por el obrero acción derivada de la falta de afiliación: hemos de repetir que la situación es idéntica a la contemplada por el juzgador en casos de Subsidio de Vejez, y el propio autor cita varias sentencias cuyo contenido le parece bien, en el que se desestiman demandas de productores basándose en la acción que da como posible. Bernal propugna, al parecer, la teoría de la culpa contractual, aunque, a su juicio, el obrero, al no gestionar o impelir su afiliación, incumple su contra-

(47) *Nuevas notas*, ya citado, pág. 2.046.

(48) Indebidamente vuelve a referirse el Tribunal Central de Trabajo a la responsabilidad subsidiaria por falta de afiliación en sentencia de 16 de abril de 1951, a la cual pertenece este considerando:

«... Que independientemente del valor probatorio que pueda darse a los documentos relacionados con la enfermedad del actor para que tenga derecho a la prestación de enfermedad, bien directamente de éste o de su patrono, por la responsabilidad subsidiaria por falta de afiliación, es necesario que el interesado, por su condición de trabajador a domicilio, por ser voluntaria la afiliación, que de forma expresa y por escrito lo solicitase, y no habiéndose justificado este extremo no puede imputarse una responsabilidad a la Empresa por un acto que dependía de la exclusiva voluntad del interesado, y los daños que por la dejación de un derecho que había de ejercitar voluntariamente a su propia culpa han de achacarse, por lo que decae el recurso.»

to de trabajo de la misma manera que el patrono, «por lo que su pasividad purga la de la Empresa»; con esto poco provecho obtiene el productor de que se estime «contractual» la obligación del patrono de afiliarle.

VI. SOLUCIONES «LEGE FERENDA»

La solución ideal, óptima y un tanto utópica, es la de considerar *de facto* asegurada a toda la población comprendida en el campo de aplicación de la seguridad social y visto el estado de necesidad, es decir, la situación carencial (carencia en su acepción propia, ausencia de la salud, de dinero, de seguridad) aplicar las prestaciones sin supe- ditar la dación de las mismas a ningún requisito técnico ni burocrático o haciendo éstos tan elementales y sumarios que se cubran en la práctica sin dilación ni dificultad alguna. Filosóficamente no cabe repudi- ar esta solución que garantizaría una efectiva e inmediata seguridad a los afectados por los riesgos «sociales». En la práctica la estimamos un tanto peligrosa para países como el nuestro de cultura latina; y desde el punto de vista del Seguro técnico, el sistema sería franca- mente revolucionario y encajaría, mejor que en un plan de «seguro» social —con su secuela de determinación de riesgos y previsión de cantidades necesarias para cubrirlos— en un plan de «servicio» social, asumido ya sin reservas y plenamente por el Estado, que consignaría en su presupuesto el gasto necesario para atenderlo, sin perjuicio de que su política fiscal gravase especialmente a los actuales sostenedores de los Seguros Sociales —productores y Empresas— cuya cotización individualizada desaparecería (49).

Pero, como decimos antes, tal solución es un tanto utópica, posible final de una lenta y dilatada evolución de nuestros sistemas de se- guridad social. Descendamos a la realidad de la actual legislación oo- sitiva y obtendremos estas consecuencias:

- 1.^a Es absolutamente necesario que para que a un productor se

(49) En el mismo sentido se pronuncia BERNAL MARTÍN en su trabajo «Nuevas notas sobre jurisdicción de previsión», varias veces citado, pág. 2.049.

NOTAS

le otorguen prestaciones, tenga cubiertos determinados requisitos de afiliación, cotización, plazos de carencia, etc.

2.^a Es absolutamente necesario el encomendar a las Empresas el papel de mandatario o gestor de los productores a su servicio ante el Seguro Social.

3.^a Perfectamente conocidas por las Empresas o, al menos, perfecta y fácilmente cognoscibles sus obligaciones ante el organismo gestor del Seguro, sólo a culpa o negligencia cabe achacar el incumplimiento de aquéllas.

Las tres consecuencias que anteceden no creo se presten a discusión —en el presente esquema legal—; no así la premisa que a continuación sentamos para que, conjugándola con dichas consecuencias, nos sirva de apoyatura a nuestra construcción:

No debe imputarse al productor, por su pasividad —negativamente manifestada en la falta de afiliación directa o en la falta de denuncia—, la culpa por el incumplimiento de requisitos administrativos cuyo trámite se encomienda imperativamente a las Empresas: todo ello por los siguientes motivos:

a) Por el principio «pro operario», general en el derecho del trabajo, en virtud del cual ha de protegerse la parte más débil en la relación Empresa-trabajador, ya que éste, en la práctica, se indispondría con aquélla al denunciarla, irrogándosele los consiguientes perjuicios y porque, aunque así no fuese, no puede desconocerse la predisposición psicológica de temor por parte del trabajador, pese al ingente avance que en este sentido se va experimentando y que es consecuencia directa de la «despersonalización» de la Empresa, cada vez mayor y de la consciencia que de sus derechos van adquiriendo los productores.

b) Porque al trabajador hay que protegerle con las leyes de previsión social «aunque él no quiera».

c) Porque los derechos de prestaciones a la seguridad deben calificarse de irrenunciables, según el principio general del derecho del trabajo.

d) Por el propio juego de las disposiciones vigentes, que determinan que la afiliación «debe» realizarse por las Empresas y «puede» verificarse por los productores.

Aceptando esta premisa, el sistema legal que estimamos procede adoptarse sin dislocar los actuales ordenamientos es, en líneas generales, el que el Seguro de Enfermedad tenía establecido hasta la modificación del artículo 178 de su Reglamento combinado con el que el Mutualismo Laboral sigue respecto a las Empresas al descubierto en cotización. Sería, en síntesis, el siguiente :

Para que un productor tenga derecho a las prestaciones será preciso que haya cubierto los requisitos que para cada una de ellas establecen los distintos regímenes *en el momento de causarla*. Si en ese momento aquellos requisitos están incumplidos, su subsanación, si es posible, se admitirá, a efectos de prestaciones, *sin efectos retroactivos*, corriendo a cargo de la Empresa incumplidora el importe de las prestaciones económicas y el abono de los honorarios que normalmente abona el Seguro de que se trate a sus facultativos, amén del coste de medicamentos recetados cuando de prestaciones de enfermedad se trate. No obstante, el Seguro hará inmediatamente efectiva la prestación, sin perjuicio de exigir a la Empresa las cantidades anteriormente indicadas, para cobrar las cuales gozarán los órganos gestores de la Seguridad Social de facultades análogas a las que la Orden de 8 de octubre de 1949 concede para la exacción de cuotas a Empresas morosas (50). El legislador determinará el alcance de esta

(50) Como ya indicamos en la nota 30 bis, se ha promulgado con posterioridad a la redacción de este trabajo la Orden ministerial de 30 de junio de 1952 (*B. O. del E.* del 18 de julio siguiente).

Aun cuando esta Orden ministerial aparece bajo el modesto enunciado de «por la que se dictan normas en relación con el sistema de cuotas de los seguros sociales», su contenido tiene mucha más trascendencia, hasta el punto de que «deroga» prácticamente el Decreto de 13 de agosto de 1948. En efecto, y en contra de lo dispuesto en este precepto legal, se restablece el criterio del art. 147 del Reglamento del Seguro en su primitiva redacción, en cuanto a las prestaciones económicas, suspendiéndose la efectividad de las mismas e imputando a la empresa su abono cuando no se encuentre al corriente en cotización, tal como disponía el art. 178 del Seguro antes de ser modificado por el tan citado Decreto de 13 de agosto.

El procedimiento que la Orden de 30 de junio establece para los casos de descubierto con objeto de que el productor perciba directamente de la empre-

sanción en forma análoga a como en el Mutualismo Laboral lo ha efectuado, estableciendo en qué cuantía ha de repercutir sobre la Empresa el importe de las prestaciones que el órgano del Seguro otorgue hasta que aquélla se ponga al corriente en sus obligaciones.

Cuando la «reposición natural» no sea posible (Seguros Sociales que, como el de Vejez, no admitan la afiliación *a posteriori* del hecho causante y casos análogos) correrá a cargo de la Empresa incumplidora el abono íntegro de la prestación, estableciéndose un fondo de garantía —es accesoria la cuestión de cómo éste ha de financiarse— para el caso de insolvencia. En el primer supuesto —cuando quepa la reposición natural—, el Seguro comunicará a la Empresa incumplidora las anomalías en que ha incurrido, requiriéndola para su subsanación. En el segundo entregará al productor o derechohabientes perjudicados un certificado expresivo de las causas que han motivado la denegación del beneficio, mencionando concretamente los preceptos que,

sa los beneficios que el Seguro no le otorga a consecuencia de aquél, es análogo al regulado por la Orden de 16 de mayo de 1950 para el Mutualismo Laboral. El Seguro, a petición del productor (requisito que no exige el mutualismo laboral, que actúa de oficio), expide el certificado comprensivo del número de días de prestación económica que le correspondan y de su importe, documento que servirá de título ejecutivo ante la Magistratura de Trabajo.

El documento servirá de título ejecutivo. Aquí se da un paso adelante hacia la mayor rapidez y expeditividad en relación con el sistema que el Mutualismo Laboral sigue. El certificado que el Montepío o Mutualidad facilitan en caso de descubierto sirve para fundamentar la reclamación amistosa o la demanda ante la Magistratura, pero no constituye un título que lleve aparejada ejecución.

La Orden de 30 de junio prevé el caso de insolvencia de la empresa deudora a quien se impone la obligación de la efectividad de la prestación económica del productor, disponiendo que ésta se abone por el Instituto Nacional de Previsión o entidad colaboradora.

Resumiendo, y en relación con el sistema que nosotros apuntamos como deseable, vemos que el de la Orden de 30 de junio es análogo en sus esenciales características, aunque suaviza la responsabilidad al no exigir a la empresa incumplidora el abono de los gastos de asistencia sanitaria; difiere asimismo en que la prestación se *interrumpe* hasta que la ejecución se practica, y en nuestro sistema se abona sin solución de continuidad.

NOTAS

al incumplirse por la Empresa han originado aquélla. Dicho documento basará la reclamación del productor ante la jurisdicción competente (51.)

Todo este mecanismo es independiente en absoluto del procedimiento que las diversas entidades gestoras de seguros sociales tienen establecido para la recaudación de cuotas e independiente por completo de las sanciones de toda índole que las disposiciones legales determinan para los diversos tipos de incumplimiento de obligaciones. Se trata exclusivamente de un procedimiento para resarcir a las instituciones aseguradoras del importe de las prestaciones que abonan por cuenta de las Empresas cuando se satisfacen a productores a su servicio, no obstante la omisión padecida por aquéllas, de requisitos subsanables.

Resultados de este sistema: se determina claramente la responsabilidad de las Empresas induciendo en ellas un sano temor al incumplimiento; hoy está comprobado que este temor es relativo, ya que las Empresas pueden prever con bastante exactitud los riesgos en que incurren, sin importarles demasiado el correrlos ya que se saben liberadas del principal, la responsabilidad por la denegación de prestaciones o, mejor dicho, la repercusión económica de tal responsabilidad.

(51.) Tanto en el procedimiento que se sugiere como en el establecido por la Orden de 16 de mayo de 1950 para el Mutualismo Laboral y por la Orden de 30 de junio de 1952 para los seguros sociales, cabe el supuesto, no previsto por estos ordenamientos legales, de que la empresa se muestre disconforme con la cantidad que el órgano de la seguridad social de que se trate ha determinado como módulo para el cálculo de la prestación. En el procedimiento del Mutualismo Laboral la empresa demandada ante la Magistratura de Trabajo podrá manifestar aquella opinión en el acto del juicio. En este caso, ¿puede el magistrado modificar la cuantía de la prestación que la entidad laboral ha determinado previamente o debe darse al certificado que expide un valor de hecho probado?

En el sistema que la Orden de 30 de junio dispone para los seguros sociales la empresa no cuenta con momento hábil para impugnar la cuantía de la prestación en cuyo pago se le subroga. Suponemos que cabrán contra la resolución del Seguro los recursos ordinarios en la vía administrativa, y agotada ésta la acción ante los Tribunales de Trabajo contra el organismo gestor.

NOTAS

Se logra la inmediata efectividad de las prestaciones en todo caso y se evita el dislocamiento de las bases técnicas del seguro.

No cabe argüir que con ello se proporciona un duro trato a las Empresas; se trata duramente, en último término, a las Empresas que lo merecen.

JUAN EUGENIO BLANCO RODRÍGUEZ