

# De nuevo, el conflicto entre el instituto nacional de la seguridad social y las mutuas colaboradoras a cuenta de las prestaciones derivadas de enfermedad profesional (ahora en el ámbito procesal)

Again, the conflict between national institute of social security and mutual in relation with occupational disease benefits (now, in procedural area)

ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD JAUME I-CASTELLÓN

## Resumen

La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2008 modificó, con efectos de 1-1-2008, el alcance de la colaboración de las Mutuas en la gestión de las prestaciones derivadas de enfermedad profesional. En un primer momento, se impugnó por parte de las Mutuas las resoluciones por las que se les imponía la responsabilidad en el pago de estas prestaciones para hechos causantes posteriores a 1-1-2008 cuando el trabajador no había desarrollado con posterioridad a dicha fecha actividad con riesgo de enfermedad profesional. La doctrina del Tribunal Supremo sentada el año 2013 por la que se resuelve la doctrina discrepante en suplicación imputando finalmente esa responsabilidad al INSS ha determinado que las Mutuas soliciten la devolución del capital coste que constituyeron para su abono, recurriendo ahora contra las resoluciones que devinieron firmes en su momento por falta de la oportuna reclamación administrativa previa. Se plantea si resulta de aplicación a las Mutuas el art. 71.4 Ley de Jurisdicción Social.

## Abstract

State Budget Law (2008) amended the Mutual Societies collaboration scope in the management of benefits derived from occupational disease. At first, Mutuas challenged the administrative resolutions that imposed them the responsibility for the payment of such benefits for events caused after 1-1-2008 when the worker had not developed after that date activity risk of occupational disease. The Supreme Court jurisprudence (2013) imputing responsibility to the National Institute of Social Security has resulted that Mutual request the return of capital cost constituted for payment, now turning against firm decisions. The question is whether it should apply to mutuals article 71.4 Social Jurisdiction Act.

## Palabras clave

Enfermedad profesional; Mutuas Colaboradoras; Instituto Nacional de Seguridad Social; Financiación; Responsabilidad en materia de prestaciones; Fondo Compensador de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

## Keywords

Professional illness; Collaborating mutuals; National Institute of Social Security; Financing; Benefits Responsibility; Accident Compensation Fund and Occupational Diseases.

## 1. INTRODUCCIÓN

En los últimos meses, el Tribunal Supremo ha tenido que pronunciarse en reiteradas ocasiones, nuevamente, sobre la responsabilidad de las Mutuas Colaboradoras en relación con las prestaciones derivadas de enfermedad profesional, si bien en esta ocasión el tema tiene, estrictamente, carácter procesal. En concreto, la cuestión que se debate es la aplicabilidad a las Mutuas Colaboradoras del art. 71.4 LJS o, lo que es lo mismo, si la ausencia de reclamación administrativa previa en el plazo legal contra la resolución

administrativa por la que se imputaba a la Mutua la responsabilidad en el pago de prestaciones económicas derivadas de enfermedad profesional constituye un impedimento para que la Mutua reinicie el procedimiento, con ulterior reclamación, solicitando la imputación de dicha responsabilidad al INSS.

Dos sentencias del Tribunal Supremo de 15-6-2015 (ambas dictadas en Pleno)<sup>1</sup> que son continuadas por otras muchas en idéntico sentido<sup>2</sup> –la última de la que se tiene conocimiento es de 7-4-2016 (núm. rec. 44/2015)– cierran definitivamente la puerta a la posibilidad de que las Mutuas Colaboradoras puedan instar la solicitud de revisión de la responsabilidad en el pago de las prestaciones derivadas de incapacidad permanente cuando no impugnaron en el plazo previsto en el art. 71.2 LJS aun cuando no haya prescrito el derecho sustantivo<sup>3</sup>.

Nos hallamos, pues, ante un tema procesal, pero que hunde sus raíces en un tema de derecho sustantivo sin el que no se comprende la situación ahora debatida: la determinación de la responsabilidad en el abono de las prestaciones derivadas de enfermedad profesional causadas después de 1-1-2008 por trabajadores que ya no se encontraban en situación de alta cuando ocurre el hecho causante de la prestación (incapacidad permanente o fallecimiento). La unificación de doctrina alcanzada el año 2013 en esta materia es lo que explica la actual proliferación de reclamaciones por parte de las Mutuas solicitando la revisión de una responsabilidad que les fue imputada por el INSS inicialmente, tras la modificación operada por la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2008 (D.F.8ª) en el alcance de la gestión de las Mutuas en materia de prestaciones económicas derivadas de enfermedad profesional.

Es preciso abordar la cuestión sustantiva como presupuesto previo para la debida comprensión de la cuestión procesal, ahora resuelta en sentido desfavorable para las Mutuas, cerrándose así una situación jurídica que lleva ya más de 10 años generando una abundante litigiosidad.

## **2. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PRESTACIONES DERIVADAS DE ENFERMEDAD PROFESIONAL: EL PROBLEMA DE FONDO O SUSTANTIVO.**

### **2.1. La regulación normativa.**

Efectivamente, la Ley 51/2007 de 26 de diciembre, por la que se aprobaron los Presupuestos Generales del Estado para 2008 modificó (a través de su D.F.8ª), varios artículos de la entonces vigente Ley General de Seguridad Social (Real Decreto-Legislativo

---

<sup>1</sup> Núms. rec. 2766/2014 y 3477/2014.

<sup>2</sup> STS de 20-7-2015 (núm. rec. 3420/2014), STS de 14-9-2015 (núm. rec. 3775/2014), STS de 15-9-2015 (núm. rec. 3477/2014), STS de 15-9-2015 (núm. rec. 3745/2014), STS de 15-9-2015 (núm. rec. 96/2015), STS de 15-10-2015 (núm. rec. 3852/2014), STS de 1-3-2016 (núm. rec. 1526/2015), STS de 2-3-2016 (núm. rec. 3945/2014), STS de 2-3-2016 (núm. rec. 995/2015), STS de 2-3-2016 (núm. rec. 1244/2015), STS de 3-3-2016 (núm. rec. 1491/2015), STS de 8-3-2016 (núm. rec. 1098/2015); STS de 8-3-2016 (núm. rec. 1099/2015), STS de 4-3-2016 (núm. rec. 686/2015), STS de 15-3-2015 (núm. rec. 1448/2015), STS de 15-3-2015 (núm. rec. 2029/2015), STS de 31-3-2016 (núm. rec. 749/2015).

<sup>3</sup> En sentido contrario, sí aplica este precepto a los beneficiarios de prestaciones de desempleo la STS de 29-3-2016 (núm. rec. 2996/2014), reiterando que resulta inaplicable a las Mutuas.

1/1994, de 20 de junio) en relación a la responsabilidad de las prestaciones derivadas de enfermedad profesional y su sistema de financiación, con efectos de 1-1-2008.

Con anterioridad a dicha reforma y a tenor de lo que disponía el art. 68.3.a) TRLGSS-1994, la colaboración de las Mutuas en relación a las prestaciones derivadas de enfermedad profesional distintas de la IT y el periodo de observación se concretaba en el abono de la contribución que se les asignaba para hacer frente, en régimen de compensación, a la siniestralidad general derivada de esta contingencia, contribución que quedaba comprendida en la aportación que las Mutuas debían llevar a cabo para el sostenimiento de los Servicios Comunes del Sistema. Esta aportación se cuantificaba mediante la aplicación a las cotizaciones o primas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de un coeficiente, fijado anualmente por las normas de cotización (Ley de Presupuestos y Orden de desarrollo de la misma). La diferencia entre la financiación de las prestaciones de IT y el resto de prestaciones estribaba en que las primeras eran financiadas directamente y de forma individualizada por las Mutuas, mientras que las segundas, aun siendo financiadas también por éstas, lo eran colectivamente, en régimen de compensación, mediante la aplicación del citado coeficiente sobre sus ingresos por las cuotas de contingencias profesionales. Como señalara MORENO PUEYO<sup>4</sup>, la razón de ser de esta diferenciación había que buscarla en la incertidumbre que caracteriza la gestación y aparición de la enfermedad profesional, de lo que se derivaba la dificultad de imputar la responsabilidad a una u otra Mutua, frente a la certeza propia del accidente de trabajo y la facilidad en la imputación de la responsabilidad a la entidad gestora que tuviera asumida la gestión de las prestaciones en el momento de actualizarse la contingencia<sup>5</sup>. De esta forma, todas las Mutuas acababan asumiendo el coste de estas prestaciones y no una Mutua de manera individualizada, por la dificultad de concretar cual debiera ser esta: si aquella que tuviera asumida la gestión de la prestación en el momento de materializarse la enfermedad profesional; todas aquellas en las que el trabajador hubiera podido estar comprendido durante la prestación de servicios susceptible de ser la generadora de la enfermedad profesional; o aquella a la que, en su caso, pudiera realmente imputarse, mediante una difícil carga probatoria, la responsabilidad en la enfermedad profesional, por señalar sólo algunas posibilidades o hipótesis.

Sobre esta regulación legal incide la reforma de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre. A través de la modificación de los artículos referidos a la concreción del alcance de la colaboración de las Mutuas en la gestión de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (art. 68 TRLGSS-1994) y del precepto referido al sistema financiero (art. 87 TRLGSS-1994), la reforma supuso la equiparación del alcance de la colaboración de las Mutuas en materia de enfermedades profesionales con el régimen aplicable a los accidentes de trabajo<sup>6</sup>, cambiando también el sistema financiero aplicable a las prestaciones derivadas de enfermedad profesional, a las que se extendió el sistema de

---

<sup>4</sup> MORENO PUEYO, M. J., “Pensiones de enfermedad profesional: el conflicto entre Mutuas e INSS”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 168, 2014.

<sup>5</sup> Esta doctrina se recoge de forma reiterada a partir de la STS de 1-2-2000 (núm. rec. 200/1999), seguida, entre otras, por STS de 19-1-2009 (núm. rec. 1172/2008), STS de 14-4-2010 (núm. rec. 1813/2009).

<sup>6</sup> Reforma que se llevó a cabo mediante la supresión del entonces epígrafe b) art. 86.3 TRLGSS-1994 que es el que establecía la asunción del coste de las prestaciones distintas de la IT y el periodo de observación mediante el sistema de compensación, otorgando nueva redacción al epígrafe a) del mismo precepto en aras a incluir la enfermedad profesional entre aquellas cuyo coste debían asumir las Mutuas en su colaboración en la gestión.

capitalización previsto para las prestaciones económicas derivadas de accidentes de trabajo<sup>7</sup>. Así pues, la reforma supuso un completo viraje, pero no tanto en la atribución de las responsabilidades previstas para la protección de las enfermedades profesionales –que siempre correspondió a las Mutuas aunque se hiciera efectiva a través del INSS en tanto sucesor del Fondo Compensador del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales tras el RDL 36/1978, de 16 de noviembre, que vino a suprimirlo y con cargo a los recursos financiados de las Mutuas–, sino en el sistema financiero, que pasaba del anterior sistema de compensación a la capitalización, con carácter obligatorio.

Y es que, en realidad, la reforma operada por la Ley 51/2007 no surgió intempestivamente. Como ha expuesto detenidamente MORENO PUEYO<sup>8</sup> cabe ubicar en el año 2005 el inicio del proceso de cambio a través de dos normas de bajo rango: la Orden TAS/4054/2005, de 27 de diciembre<sup>9</sup> (D.A.1ª) y la Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 16 de febrero de 2007<sup>10</sup>.

Mediante la primera Orden, cuya finalidad era desarrollar los criterios técnicos para la liquidación de capitales coste de pensiones y otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social, se recogió la posibilidad –que no la obligación, todavía, que no llegaría hasta la Ley 51/2007, como se ha señalado– de que las Mutuas pudieran sustituir su contribución en régimen de compensación para la financiación de las prestaciones derivadas de enfermedades profesionales distintas de las correspondientes a la situación de incapacidad temporal, por el ingreso del capital coste correspondiente de la pensión u otras prestaciones económicas de carácter periódico, opción que llevaba aparejada la reducción de su contribución en la aportación a los Servicios Comunes de la Seguridad Social, en los términos que estableciera la normativa sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social pues, como se ha señalado, la contribución de las Mutuas al sistema de compensación se ingresaba conjuntamente con la aportación para la financiación de los Servicios Comunes.

Así, pues, esta norma reglamentaria no instituyó propiamente un sistema de capitalización de la prestación causada –pues la cantidad capitalizada no se destinaba al pago de la prestación concreta– sino una forma diferente de atender la obligatoria contribución de la Mutua al sistema de compensación, en tanto que ese capital coste se integraba en el conjunto del presupuesto con el que el INSS atendía el pago de las pensiones derivadas de enfermedad profesional. Que esta era la opción preferida o a promocionar lo pone de manifiesto la importante reducción en el coeficiente de aportación al sostenimiento de los servicios comunes del que se beneficiaba la Mutua, así como el hecho de que se previera una compensación económica a las Mutuas que, optando por este nuevo sistema, pudieran verse perjudicadas financieramente (D.A.2ª).

El problema de identificar qué Mutua debía ser la responsable de dicha capitalización se resolvió por esta norma reglamentaria (D.F.1ª) atribuyendo a la TGSS la facultad para establecer el importe del capital coste de estas prestaciones en proporción al tiempo de

<sup>7</sup> Reforma que se llevó a cabo mediante la inclusión en el art. 87.3 TRLGSS-1994

<sup>8</sup> MORENO PUEYO, M. J., “Pensiones de enfermedad profesional: el conflicto entre Mutuas e INSS”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 168, 2014, págs. 130-134.

<sup>9</sup> BOE de 28-12-2005

<sup>10</sup> BOE de 27-2-2007.

prestación de servicios en cada empresa (y en los regímenes de trabajadores por cuenta propia que tuvieran cubierta dicha contingencia), incluidos los periodos de inactividad, durante los cinco años anteriores a la fecha de efectos económicos de la prestación.

Y llegamos así, en segundo lugar, a la Resolución de 16-2-2007 con la que se inicia la litigiosidad en esta materia pues al establecer las normas para el ingreso del capital coste por parte de las Mutuas se apartó del criterio previsto en la D.F.1ª de la Orden TAS/4054/2005, de 27 de diciembre –es decir, la atribución de la responsabilidad de forma proporcional entre aquellas Mutuas que hubieran tenido asegurada dicha protección dentro de los cinco años anteriores–, para atribuirle en exclusividad a una de ellas, diferenciando diversos supuestos. En la fijación de estos supuestos atendía al tipo de prestación (incapacidad permanente/muerte y supervivencia) y a las situaciones en las que podía encontrarse el trabajador en relación a la realización de su actividad laboral, en definitiva, distinguiendo si el trabajador se encontraba o no en alta (incapacidad permanente) o si se encontraba en activo o era pensionista (muerte y supervivencia). También es de significar que la Mutua quedaba expresamente exonerada<sup>11</sup> de la constitución del capital coste en varios supuestos<sup>12</sup> en los que se mantuvo el sistema tradicional de pago por el INSS con cargo al coeficiente de aportación de las Mutuas y, por tanto, con cargo al sistema tradicional de compensación. Dicha Resolución, además, atribuyó al INSS la competencia para la determinación del carácter profesional de la enfermedad, así como para la determinación de la Mutua que, habiendo optado por el sistema de capitalización, sería responsable del ingreso del capital coste por la aplicación de las normas que la propia Resolución establecía.

Precisamente en la impugnación de las Resoluciones dictadas por el INSS imputando a las distintas Mutuas la responsabilidad en la constitución del capital coste cabe situar el inicio de la litigiosidad en esta materia. Con independencia de otras consideraciones y de su fallo<sup>13</sup>, lo relevante ahora es poner de manifiesto que el Tribunal Supremo<sup>14</sup> consideró nula la Orden TAS/4054/2005, de 27 de diciembre por infracción del principio de jerarquía normativa, al entender que la modificación que operaba sobre el régimen de responsabilidad previsto para las Mutuas en materia de pensiones derivadas de enfermedad profesional iba en contra de lo previsto en el TRLGSS-1994.

Con todo, el legislador ya se había anticipado a este reproche de antijuridicidad acometiendo en norma con adecuado rango legal (Ley 51/2007, de 26 de diciembre) la

---

<sup>11</sup> Además, MORENO PUEYO indica otros supuestos no expresamente considerados por la Resolución citada como las pensiones de muerte y supervivencia cuando el fallecido no está en activo ni tampoco es pensionista. Vid. MORENO PUEYO, M. J., “Pensiones de enfermedad profesional: el conflicto entre Mutuas e INSS”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 168, 2014, pág. 133.

<sup>12</sup> Los supuestos eran: A) INCAPACIDAD PERMANENTE: 1º) cuando la IP se causaba desde una situación de no alta del trabajador, salvo en determinados casos en relación al R.E. Minería del Carbón; 2º) Cuando se causaba la incapacidad permanente precedida de una situación de IT iniciada por el trabajador en situación de desempleo contributivo; 3º) En relación a las prestaciones de incapacidad permanente, siempre que la Mutua no hubiera optado por el sistema de ingreso del capital coste, como hemos dicho voluntario en estos momentos.

<sup>13</sup> Dicha sentencia niega legitimidad a las Mutuas para impugnar las Resoluciones del INSS por las que se reconoce el derecho a las pensiones derivadas de enfermedad profesional sobre la argumentación de que la citada Orden no alteraba el sistema clásico de compensación sino que se limitaba a establecer un sistema alternativo y voluntario para dar cumplimiento a dicha compensación a través de la capitalización.

<sup>14</sup> STS de 14-7-2009 (núm. rec. 3987/2008) y STS de 10-5-2011 (núm. rec. 2739/2010).

reforma cuestionada, abriéndose así un nuevo conflicto jurídico: el que deriva de la aplicación de la nueva regulación a las pensiones causadas con posterioridad a 1-1-2008 por quienes no estaban en alta o en activo en el momento en el que se manifiesta la enfermedad profesional, y tanto respecto de las prestaciones de incapacidad permanente como de muerte y supervivencia; es decir, su aplicación a aquellos supuestos en los que la enfermedad, dado su carácter profesional, necesariamente tuvo que contraerse antes de la entrada en vigor de la reforma (1-1-2008). Y nuevamente para aclarar las reglas para la atribución de la responsabilidad a las diferentes Mutuas la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social dictó una nueva Resolución, de 27-5-2009<sup>15</sup>. Esta Resolución “adapta y revisa” las reglas para determinar la entidad responsable de las prestaciones derivadas de enfermedad profesional declarando su aplicación a las prestaciones derivadas de enfermedad profesional cuyo hecho causante se produzca con posterioridad a 1-1-2008.

En lo que ahora interesa, para los supuestos de incapacidad permanente en el supuesto de asimilación al alta previsto en el art. 36.9 RD 84/1996, de 26 de enero, Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (es decir, la situación de aquellos trabajadores que no se encuentren en alta ni en ninguna otra de las situaciones asimiladas a la misma, después de haber prestado servicios en puestos de trabajo que ofrecen riesgo de enfermedad profesional y a los solos efectos de que pueda declararse una invalidez permanente debida a dicha contingencia) impone la responsabilidad en los siguientes términos:

a) Para las prestaciones de incapacidad permanente, a la Entidad Gestora o Mutua que tuviera la cobertura de las contingencias profesionales en el momento del cese en el último puesto de trabajo en el que existiese riesgo de la enfermedad profesional que motivase la incapacidad permanente;

b) Para las prestaciones de muerte y supervivencia causadas por pensionista de incapacidad permanente o jubilación derivada de incapacidad permanente, a la entidad gestora o Mutua que conforme a la regla anterior, hubiese sido responsable de la pensión de incapacidad permanente que venía percibiendo el trabajador fallecido, aún cuando se tratara de una pensión causada en un momento en que la Mutua asumía su responsabilidad respecto de las enfermedades profesionales mediante el pago de un coeficiente sobre las cuotas por dichas contingencias, es decir, mediante el sistema de compensación.

En definitiva, cuando el sujeto causante no estaba en activo (y tanto para incapacidad permanente como para muerte y supervivencia) la citada Resolución imputa la responsabilidad a la entidad gestora que cubría los riesgos profesionales en el momento del cese en el último puesto de trabajo generador del riesgo de la enfermedad profesional.

A esto se añade que, en relación a las pensiones de muerte y supervivencia causadas por enfermedad profesional, la Resolución dispone la aplicación del régimen jurídico vigente a la fecha del fallecimiento del causante, aún cuando éste hubiera sido beneficiario de pensión de incapacidad permanente o jubilación derivada de incapacidad permanente por enfermedad profesional con efectos anteriores a 1-1-2008.

---

<sup>15</sup> BOE de 10-6-2009

Aunque muchas Mutuas impugnaron las resoluciones administrativas en las que se les imputaba dicha responsabilidad, es de suponer que otras muchas no lo hicieron, aquietándose a las resoluciones administrativas que, en el reconocimiento de las prestaciones derivadas de enfermedad profesional por quienes no eran trabajadores activos con posterioridad a 1-1-2008 les imputaban la correspondiente responsabilidad, tanto en el pago de las pensiones mediante la capitalización del oportuno capital coste como de las restantes prestaciones, de pago directo por las Mutuas.

## **2.2. La unificación de doctrina por la STS de 15-1-2013 y sus continuadoras: la imputación de la responsabilidad al INSS**

Y llegamos así, por fin, al pronunciamiento judicial en el que cabe anclar el origen de la controversia procesal a la que ahora ha tenido que enfrentarse nuevamente el Tribunal Supremo<sup>16</sup>.

La STS de 15-1-2013 (núm. rec. 1152/2912), en resolución de recurso de casación para unificación de doctrina, continuada por numerosos pronunciamientos posteriores<sup>17</sup>, zanja el conflicto que venía siendo resultado en sentido diferente en suplicación y concluye que es el INSS quien debe hacerse cargo del abono de la prestación en aquellos casos en los que los trabajadores ya habían cesado en su actividad laboral antes de 1-1-2008, siendo con posterioridad a esta fecha cuando se materializó la enfermedad profesional y reconocieron las prestaciones de incapacidad permanente o en su caso, las de muerte y supervivencia.

La argumentación del Tribunal Supremo se basa en que era el Fondo Compensador – integrado en el INSS desde 1978– el que antes de 1-1-2008 tenía asumida la cobertura del riesgo de la enfermedad profesional por lo que *el INSS no puede*, mediante la citada Resolución “(...) –sin base legal alguna y contra toda lógica– imputar la responsabilidad a quien no aseguraba el riesgo ni por él percibía cotización alguna y excluir precisamente a quien sí cubría la contingencia de incapacidad permanente y recibía las correspondientes cuotas (el INSS)”. La sentencia resulta de gran importancia por sus consecuencias prácticas en tanto exonera a las Mutuas de responsabilidad en estos casos y también, desde el punto de vista teórico o dogmático, porque vuelve a poner sobre el tapete la siempre controvertida noción o concepto de “hecho causante”, así como el debate sobre el fundamento o base técnica de nuestro sistema de Seguridad Social.

<sup>16</sup> En realidad, con carácter previo, el Tribunal Supremo ya había anticipado parte de la argumentación en la que luego se basa la STS de 15-1-2013, en una serie de pronunciamientos en los que niega legitimidad a las Mutuas para impugnar las resoluciones del INSS reconociendo derecho a pensiones derivadas de enfermedad profesional [STS de 14-7-2009 (núm. rec. 3987/2008) y STS de 10-5-2011 (núm. rec. 2739/2010) en relación al periodo intermedio 2006-07 derivado de la aplicación del sistema implantado –voluntariamente– por la Orden de 27-12-2005. En dichas sentencias lo que afirma el Tribunal es que las Mutuas no asumían el aseguramiento de la responsabilidad empresariales por enfermedades profesionales –que correspondía al INSS y a la TGSS como sucesores del Fondo Compensador del Seguro de Accidentes de Trabajo– siendo la contribución de las Mutuas una mera contribución a la prevención de la siniestralidad.

<sup>17</sup> STS de 18-2-2013 (núm. rec. 1376/2012), STS de 12-3-2013 (núm. rec. 1959/2012), STS de 19-3-2013 (núm. rec. 769/2012), STS de 25-3-2013 (núm. rec. 1514/2012), STS de 26-3-2013 (núm. rec. 1207/2012), STS de 10-7-2013 (núm. rec. 2868/2012), STS de 22-10-2013 (núm. rec. 161/2013), STS de 4-11-2013 (núm. rec. 2691/2012), STS de 25-11-2013 (núm. rec. 2878/2012), STS de 12-2-2014 (núm. rec. 898/2013), STS de 4-3-2014 (núm. rec. 151/2013), STS de 8-6-2014 (núm. rec. 610/2013) y STS de 4-2-2015 (núm. rec. 610/2013).

Para el Tribunal Supremo, lo determinante para fijar la responsabilidad no es el hecho causante, acaecido en estos casos cuando ya se han modificado las normas relativas a la atribución de responsabilidad de las prestaciones derivadas de enfermedad profesional –lo que determinaría, a su parecer, la imputación de la responsabilidad a la Mutua– sino el riesgo y ello sobre la base de que la protección del accidente de trabajo en nuestro sistema de Seguridad Social continúa, básicamente, anclada en la técnica del seguro privado. Así pues, para el Tribunal Supremo la responsabilidad hay que atribuirla a quien tenía asumida la gestión del riesgo en el momento en el que el trabajador desarrollaba la actividad generadora de la posterior incapacidad permanente, residenciándola en el INSS, en tanto sucesor del Fondo Compensador del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

Con independencia de lo certera o no de esta doctrina, a la que algún autor<sup>18</sup> ha criticado el error que supone considerar que era el Fondo Compensador (y por sucesión, el INSS) el asegurador del riesgo cuando su función o papel se limitaba a hacer efectivo el pago con cargo a los recursos recaudados a las Mutuas a través del sistema de compensación resultante de aplicar el coeficiente fijado anualmente a las cuotas de riesgos profesionales (o en su caso, en el sistema alternativo y voluntario de capitalización del capital coste en el periodo 2006-07), no es este el tema que ahora nos interesa sino meramente como prolegómeno o punto de origen del debate procesal, que constituye la segunda fase del conflicto. Lo cierto es que la doctrina del Tribunal Supremo supuso la pérdida de fundamento jurídico de las resoluciones del INSS por las que se había declarado la responsabilidad de las Mutuas en el pago de las prestaciones derivadas de enfermedad profesional aunque el hecho causante se hubiera producido cuando ya se había operado el cambio legislativo examinado.

### **3. EL DEBATE PROCESAL: SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE LAS MUTUAS PUEDAN INSTAR LA SOLICITUD DE REVISIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN EL PAGO DE LAS PRESTACIONES DERIVADAS DE INCAPACIDAD PERMANENTE CUANDO NO INTERPUSIERON RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA EN EL PLAZO PREVISTO EN EL ART. 71.2 LJS**

No había que aventurarse mucho para prever que las Mutuas a las que se impuso la responsabilidad en el pago de estas prestaciones en aplicación de los criterios contenidos en la Resolución de 27 de mayo de 2009 iban a solicitar de forma inmediata su revisión tras la unificación de doctrina señalada. Y se abre así una nueva serie de pronunciamientos judiciales, que se inicia con sendas sentencias del Pleno del Tribunal Supremo de 15-6-2015 (núms. rec. 2766/2014 y 3477/2014) que son continuadas por otras muchas en idéntico sentido<sup>19</sup>. En todas estas sentencias concurre como presupuesto previo el mismo: el

<sup>18</sup> MORENO PUEYO, M. J., “Pensiones de enfermedad profesional: el conflicto entre Mutuas e INSS”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 168, 2014, pág. 141-142.

<sup>19</sup> STS de 20-7-2015 (núm. rec. 3420/2014), STS de 14-9-2015 (núm. rec. 3775/2014), STS de 15-9-2015 (núm. rec. 3477/2014), STS de 15-9-2015 (núm. rec. 3745/2014), STS de 15-9-2015 (núm. rec. 96/2015), STS de 15-10-2015 (núm. rec. 3852/2014), STS de 1-3-2016 (núm. rec. 1526/2015), STS de 2-3-2016 (núm. rec. 3945/2014), STS de 2-3-2016 (núm. rec. 995/2015), STS de 2-3-2016 (núm. rec. 1244/2015), STS de 3-3-2016 (núm. rec. 1491/2015), STS de 8-3-2016 (núm. rec. 1098/2015); STS de 8-3-2016 (núm. rec. 1099/2015), STS de 4-3-2016 (núm. rec. 686/2015), STS de 15-3-2015 (núm. rec. 1448/2015), STS de 15-3-2015 (núm. rec. 2029/2015), STS de 31-3-2016 (núm. rec. 749/2015).

aquietamiento de la Mutua ante la resolución del INSS por la que se le impuso la responsabilidad en el pago de estas prestaciones, resoluciones que se impugnan posteriormente –transcurridos dilatados periodos de tiempo– en la búsqueda de la exoneración de responsabilidad que se deriva para las Mutuas de la STS de 15-1-2013 (núm. rec. 1152/2912).

Como es sabido, el art. 71 LJS impone, con carácter general, como requisito previo para la interposición de demandas en materia de seguridad social por parte de los interesados, la reclamación previa ante la Entidad Gestora, preceptivo trámite para el que concede un plazo de 30 días, a contar desde la notificación de dicha resolución inicial o, en su caso, desde la fecha en la que debe entenderse denegada por silencio administrativo (art. 71.1 y 2 LJS). Este régimen es aplicable también cuando la resolución, expresa o presunta, hubiera sido dictada por entidad colaboradora, en cuyo caso se debe interponer, en el mismo plazo, ante la propia entidad colaboradora si tiene atribuida la competencia para resolver, o en otro caso, ante el órgano correspondiente de la entidad gestora pública encargada de su gestión (art. 71.3 LJS). La demanda debe formularse en el plazo de 30 días a contar desde la fecha en que se notifica la denegación de la reclamación previa o desde el día en que se entiende denegada por silencio administrativo (art. 71.6).

Se mantiene, en esencia, en la LJS la regulación que ya se contenía en su antecesora la LPL-1995 y cuya finalidad es poner en conocimiento del órgano administrativo el contenido y fundamento de la pretensión, permitiéndole, por un lado, la evitación del proceso mediante la resolución directa de la pretensión, y por otro, la preparación de su oposición a la demanda [STC 60/1989, de 16 de marzo; STS de 5-12-1988 (RJ 1988, 9549); STS de 17-3-1997 (RJ 1997, 2569)], en tanto la propia LJS (art. 72) prohíbe a ambas partes aducir en el proceso hechos distintos a los alegados en el expediente administrativo, salvo que sean nuevos o se hayan conocido con posterioridad<sup>20</sup>.

Por su parte, el art. 71.4 LJS recoge en su último inciso la previsión ahora controvertida, y cuya presencia en la norma legal es fruto de la recepción de una consolidada doctrina jurisdiccional iniciada con la STS de 7-10-1974 (en interés de ley) según la cual el transcurso de dichos plazos no conduce, por sí misma, a la pérdida de derechos, sino únicamente a la pérdida de la eficacia de la reclamación previa (es decir, la caducidad de la instancia) por lo que nada impide reiniciar el procedimiento de solicitud<sup>21</sup>. Dicha doctrina ha sido plasmada por dicho precepto de la norma rituarial en los siguientes términos: “(...) *del mismo modo podrá reiterarse la reclamación previa de haber caducado la anterior, en tanto no haya prescrito el derecho y sin perjuicio de los efectos retroactivos que proceda dar a la misma*”, previsión que se predica también del “interesado”, al igual que el resto del precepto. No hay pues, expresa referencia al “beneficiario” sino exclusivamente al “interesado”.

<sup>20</sup> Recuérdese que este precepto ha sido modificado por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que entrará en vigor el 2-10-2016. Con todo se trata de una modificación muy limitada: la adjetivación de la reclamación administrativa previa en relación a la materia de Seguridad Social.

<sup>21</sup> Entre muchas, STS de 3-3-1999 (núm. rec. 1130/1998), STS de 25-9-2003 (núm. rec. 1445/2002) y STS de 5-11-2003 (núm. rec. 2341/2002).

Y es precisamente la aplicación de este precepto la que se invoca por las Mutuas –que se consideran interesadas– para solicitar la revisión de las resoluciones del INSS en las que se les impuso la responsabilidad en las prestaciones derivadas de enfermedad profesional causadas con posterioridad a 1-1-2008 por sujetos que habían dejado de realizar actividad profesional con anterioridad, aplicación que es negada por el Tribunal Supremo quien, tras recordar la jurisprudencia señalada y el tenor de la norma rituaria niega su aplicación a las Mutuas en base a los siguientes argumentos:

1º) El carácter excepcional de la previsión en relación al régimen administrativo común fundamentando dicha excepcionalidad en el desvalimiento jurídico de los beneficiarios de las prestaciones de Seguridad Social, lo que no es predicable de las Mutuas Colaboradoras: *“En primer lugar, no ha de perderse de vista que la previsión del referido art. 71.4 LRJS significa una excepción al régimen común administrativo, en el que en aras al principio de seguridad jurídica, al interés general en juego y a la «ejecutividad» propia del acto administrativo (arts. 56 y 57 LRJAP/PAC), se dispone la inatacabilidad del acto que gana firmeza por haber sido consentido [al no haberse recurrida en tiempo y forma] o por ser reproducción de otro consentido (art. 28 LJCA). Y si se excepciona de tal consecuencia a la «materia de prestaciones de Seguridad Social», hoy en el art. 71 LRJS y antaño en nuestra más temprana jurisprudencia muy posiblemente ello sea atribuible al presumible desvalimiento jurídico de los beneficiarios y a la consideración de que ciertos mecanismos protectores –frente a su desconocimiento legal– no solamente no están privados de justificación, sino que incluso responden más adecuadamente al principio de irrenunciabilidad de los derechos al que en ocasiones alude el Tribunal Constitucional (así, SSTC 120/1984, de 10/Diciembre; STC 14/1985, de 1/Febrero; y STC 97/1987, de 10/Junio) y que, en todo caso, ha sido consagrado por nuestra más antigua doctrina (vid., por ejemplo, las SSTS 07/05/53 [Ar. 1217]; 14/02/61 [Ar. 1596]; 04/04/61 [Ar. 1419]).*

2º) La limitada funcionalidad de la excepción, que debe entenderse referida exclusivamente a las reclamaciones relativas al reconocimiento de prestaciones y, por tanto, restringida a los beneficiarios de dichas prestaciones, sin comprender tampoco a las Entidades colaboradoras: *“(…) una cuidada lectura del referido art. 71 LRJS nos induce a pensar que la excepción va exclusivamente referida al «reconocimiento» de las prestaciones, que era precisamente a lo que se limitaba la jurisprudencia que el precepto ha positivizado, y que la misma –la excepción– tiene por destinatario implícito al «beneficiario», no a las Entidades colaboradoras, las que incluso se contemplan –apartado 3– como sujetos pasivos de la reclamación previa. Así, las expresiones utilizadas por la norma [«materia de prestaciones»; «alta médica»; «solicitud inicial del interesado»; «reconocimiento inicial»; «modificación de un acto o derecho»; y –sobre todo– «en tanto no haya prescrito el derecho»], resultan del todo ajenas a la reclamación efectuada por la Mutua Patronal frente al INSS, casi tres años después de dictada la resolución, pretendiendo que se deje sin efecto no los términos de la «prestación», sino la imputación de su responsabilidad, y que con su consentimiento había adquirido firmeza, pero que se pretende impugnar ahora tras novedoso criterio jurisprudencial en la materia”. Hay pues, una implícita equiparación entre la noción de interesado que utiliza el art. 71.4 LJS con el beneficiario de las prestaciones.*

y 3º) finalmente, la no violación del principio de igualdad, reiterando la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional sobre el particular: *“(…) en materia de igualdad son criterios básicos: 1) no toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del art. 14*

de la Constitución , sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; 2) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas; 3) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas, o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; y 4) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (entre las más recientes, SSSTC 63/2011, de 16/Mayo , FJ 3; 117/2011, de 4/Julio , FJ 4; 79/2011, de 6/Junio , FJ 3; -Pleno- 41/2013, de 14/Febrero, FJ 6 ; -Pleno- 61/2013 ). La anterior doctrina, concerniente a los efectos del transcurso de los plazos de caducidad y prescripción, en función del derecho material o del agotamiento de la instancia administrativa y su repercusión cuando el que reclama no es el beneficiario de las prestaciones sino la entidad colaboradora, es de aplicación también a la presente reclamación por razones de homogeneidad y seguridad jurídicas, dada la esencial analogía entre los supuestos contemplados al no existir nuevas consideraciones que aconsejen su modificación”.

#### **4. UNA NÉMESIS INESPERADA**

Con ser relevante la doctrina en relación a la exclusión de las Mutuas del ámbito de aplicación del art. 71.4 LJS, que queda así claramente limitado a los beneficiarios de prestaciones de seguridad social, tiene otras consecuencias interesantes.

Materialmente, y sin que obviamente sea esta su finalidad, viene a “restablecer” o “corregir” fácticamente –es decir, en sus efectos y aunque sea limitadamente– la doctrina del propio Tribunal Supremo en relación a la responsabilidad de las prestaciones económicas de incapacidad permanente y muerte y supervivencia causadas con posterioridad a 1-1-2008 por quienes no desarrollaron actividad profesional sujeta a estos riesgos con posterioridad a dicha fecha. La (a mi modo de ver) indebida imputación por el Tribunal Supremo de esta responsabilidad al INSS operada con la STS de 15-1-2013 se ve ahora “corregida” con esta nueva jurisprudencia que, a modo de una inesperada Némesis, consagra la imposibilidad de que las Mutuas que no impugnaron las resoluciones administrativas de imposición de dicha responsabilidad –y por tanto, consintieron la firmeza del acto administrativo– puedan ahora solicitar el reintegro del capital coste que se les solicitó para hacer frente a dicha responsabilidad cuando dichas Mutuas optaron por dicho sistema “alternativo”. Como hemos visto, eran las Mutuas las que aseguraban estas prestaciones con anterioridad a dicha fecha con independencia de que fuera el INSS el que las abonara con cargo a los recursos que recaudaba en régimen de compensación colectiva de las Mutuas, sin que su actuación en esta materia lo fuera como sucesor del Fondo Compensador de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales y por tanto, en buena parte de los casos han acabado siendo ellas las que tienen que asumir el pago de dichas prestaciones. De lo que se infiere otra consecuencia obvia: el impacto positivo que esta doctrina tiene sobre los recursos de las entidades gestoras públicas, que no van a tener que devolver unos capitales coste cuya

cuantía total podría llegar a alcanzar sumas muy elevadas cuando no eran ellas las aseguradoras del riesgo.

Lógicamente lo anterior no alcanza a las prestaciones de incapacidad permanente y muerte y supervivencia que hayan podido causarse con posterioridad a la STS de 15-1-2013 por trabajadores que no realizaron actividad profesional con riesgo de enfermedad profesional después de 1-1-2008, supuestos en los que la eventual imputación por el INSS de la responsabilidad a la Mutua en aplicación de los criterios recogidos en la Resolución de 27-5-2009 si es objeto de impugnación por la Mutua –previa reclamación administrativa en plazo– deberá ser imputada al INSS en aplicación de la jurisprudencia recogida en la tantas veces citada STS de 15-1-2013.