

TRIBUNAL SUPREMO, SALA VI.—CUESTIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

SUMARIO :

- I. *Afiliación y alta en el régimen general de la Seguridad Social, como requisitos generales para causar derecho a las prestaciones:* No es necesario hallarse en situación de alta —o en situación asimilada— para que produzcan plenos efectos las cuotas ingresadas fuera de plazo.—II. *Accidente de trabajo del menor de catorce años:* Alcance y fundamento de la responsabilidad patronal.—III. *Responsabilidad en materia de prestaciones:* Supuesto de falta de ingreso de las primas.—IV. *Invalidez permanente absoluta:* Interpretación del concepto absoluta.—V. *Recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad:* Supuestos de invalidez permanente.—VI. *Régimen especial agrario:* Accidente de trabajo de los trabajadores por cuenta propia.—VII. *Régimen especial de trabajadores del mar:* Problemas que plantea el sistema de remuneración «a la parte». Riesgo de accidentes de trabajo: cotización, prestaciones.

I

AFILIACION Y ALTA EN EL REGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL COMO REQUISITOS GENERALES PARA CAUSAR DERECHO A LAS PRESTACIONES

NO ES NECESARIO HALLARSE EN SITUACIÓN DE ALTA —O EN SITUACIÓN
ASIMILADA— PARA QUE PRODUZCAN PLENOS EFECTOS LAS CUOTAS
INGRESADAS FUERA DE PLAZO

Sentencia de 20 de enero de 1972, Ar./1972, n. 298:

1. La demandante solicitó el reconocimiento de una pensión de viudedad de la Mutualidad laboral correspondiente, la cual le es denegada por entender que no se reunía el requisito general de hallarse su difunto esposo dado de alta en el Régimen general de la Seguridad Social en el momento de sobrevenirle la muerte, no obstante reunir los restantes requisitos particulares para causar dicha prestación. Formulada demanda ante la Magistratura de Trabajo, ésta estima la demanda y condena a la Mutualidad a que abone a la demandante la pensión de viudedad que pueda corresponderle.

2. Interpuesto recurso de casación por la Mutualidad demandada, en el que se alega interpretación errónea del artículo 92.3, norma 1.^ª, apartado b) de la LSS, el Tribunal Supremo desestima el recurso.

3. La doctrina recogida en esta interesante sentencia es de indudable trascendencia para la aplicación concreta de las normas que regulan el complejo entramado de la Seguridad Social, pues en ella se sienta el criterio de que «de la carencia de una norma laboral concreta sobre un supuesto litigioso, no pueden deducirse consecuencias perjudiciales para el trabajador, así como que las imperfecciones del Derecho positivo nunca pueden dar lugar a interpretaciones que produzcan un resultado contrario a los principios inmutables en que un determinado ordenamiento jurídico se asienta».

4. Nuestro sistema de Seguridad Social está constituido --sirviéndonos del símil kelseniano-- por una pirámide de normas que arrancando de la Declaración X del Fuero del Trabajo desciende a través de una serie de leyes, Decretos, Ordenes ministeriales y resoluciones, hasta los actos jurídicos concretos de las entidades gestoras y colaboradoras del mismo sistema, así como de los particulares incluidos en su ámbito de aplicación. Nada tiene de extraño que dentro de este sistema existan lagunas, contradicciones y, en definitiva, imperfecciones que dan origen a graves problemas a la hora de su aplicación a los casos concretos. Todo el que haya tenido ocasión de acercarse a nuestro actual ordenamiento positivo en materia de Seguridad Social habrá podido comprobar las serias dificultades que se derivan del inextricable conjunto de normas positivas de diverso rango que inciden sobre esta materia. Fácil es de comprender que sólo una técnica muy depurada podría haber salvado los escollos naturales de una tal elefantiasis normativa; técnica que, por otra parte, habría hecho innecesario semejante gigantismo. Y es precisamente una de estas imperfecciones de nuestro ordenamiento jurídico en materia de Seguridad Social, a lo que ha venido a dar solución acertada la sentencia que comentamos.

5. El artículo 6.º del Código civil determina que «el Tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad. Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho». No cabe, pues, en nuestro sistema la posibilidad de dejar sin resolver una controversia en base a pretendidas o reales imperfecciones de la técnica legislativa. Todo el ordenamiento positivo se halla transido de unos principios generales constituidos --según expresión de Federico de Castro-- por las ideas fundamentales e informadoras del mismo. Tales principios, según el mismo autor, constituyen la base de las normas jurídicas legales y consuetudinarias, ofrecen los medios con qué interpretarlas y son, en fin, el recurso siempre utilizable en defecto de normas formales (1).

(1) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España*, Parte general, tomo I, libro preliminar, I. II. P., 3.ª edición, Madrid, 1955, pág. 464.

6. Hechas estas consideraciones, pasamos a exponer la solución dada por el Tribunal Supremo en la sentencia comentada a un caso concreto en que, de haberse seguido estrictamente el tenor literal de la ley, se hubiera llegado «a un resultado contrario a los principios inmutables en que nuestro ordenamiento jurídico se asienta». En efecto, el artículo 92.1 del texto articulado I de 21 de abril de 1966 establece que para causar derecho a las prestaciones del Régimen general es imprescindible reunir *el requisito general de estar afiliados y en alta o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida*. En el presente caso, el trabajador fallecido se hallaba al servicio de una Empresa que no había dado de alta al trabajador ni había cotizado por él, aunque posteriormente fue obligada a pagar todas las cuotas correspondientes, en virtud de la actuación de los Organos Inspectores de la Seguridad Social. El citado artículo 92.3, norma 1.^a a) contempla el supuesto de las cotizaciones efectuadas fuera de plazo, a consecuencia de la acción inspectora, las cuales surten plenos efectos, pero partiendo siempre de que el trabajador se halle debidamente afiliado y en alta. El supuesto de las cotizaciones efectuadas en relación con personas que no estén afiliadas o en alta, se halla previsto en la norma 3.^a del mencionado artículo 92.3, citado en la sentencia y, según el cual, *tales cotizaciones no producirán ningún efecto, salvo que den lugar a la afiliación o alta de oficio, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el núm. 2 del artículo 66*. Pero este último determina que cuando la afiliación o alta se practiquen de oficio, su eficacia temporal e imputación de responsabilidades serán las determinadas en la LSS y sus disposiciones de aplicación y desarrollo. Y, en definitiva, que el responsable de las prestaciones será el empresario o empresarios culpables de la falta de afiliación o alta.

7. La Mutuality recurrente alegó en su recurso interpretación errónea del artículo 92.3, norma 1.^a, apartado b) de la LSS, que al parecer fue aplicado por el magistrado de instancia. Una interpretación literal de ese precepto hubiera dado lugar a la exoneración de responsabilidad de la Mutuality, debido a no estar dado de alta el trabajador. Pero el Tribunal Supremo argumenta que como la Mutuality aceptó el pago de las cuotas sin oposición ni reserva alguna, «tal actuación implicó no sólo el cobro, sino también la afiliación o alta como actos inseparables, asumiendo las responsabilidades económicas consiguientes, según se desprende de lo dispuesto en la norma 3.^a del párrafo tercero del comentado artículo 92... (pues), entender lo contrario significaría un enriquecimiento injusto». No es esta la primera vez que el Tribunal Supremo se pronuncia sobre los efectos de las cuotas ingresadas sin oposición ni reserva alguna por parte de las entidades gestoras. Por ello, el máximo interés de la sentencia comentada estriba en la argumentación subsiguiente, reproduciendo la desarrollada en otra sentencia de 25 de enero de 1960 (Ar. n. 540). Tal argumentación se puede resumir en los siguientes puntos:

- a) «De la carencia de una norma laboral concreta sobre un supuesto litigioso, no pueden deducirse consecuencias perjudiciales para el trabajador.»
- b) «Las imperfecciones del Derecho positivo nunca pueden dar lugar a

interpretaciones que produzcan un resultado contrario a los principios inmutables en que un determinado ordenamiento jurídico se asienta.»

c) «Si admitir lo favorable (en este caso el ingreso de las cuotas) y rechazar lo adverso (el pago de la prestación de viudedad) de un acto o negocio jurídico determinado siempre es contrario a los más elementales principios de la justicia, el contraste es más acusado en la materia social, siempre inspirada en la protección de los trabajadores y sus familiares.» (T. D. L.)

II

ACCIDENTE DE TRABAJO DE MENOR DE CATORCE AÑOS

ALCANCE Y FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRONAL

Sentencia de 8 de febrero de 1972, Ar./72, n. 488:

1. Antonio H. S., menor de catorce años, trabajaba como aprendiz en una fábrica de bronce para Salvador A. de la R., quien, conocedor de su minoría de edad para el trabajo en la industria, no le tenía asegurado de los riesgos de accidente de trabajo. Al romperse la cinta de la máquina pulidora en la que estaba trabajando, Antonio H. S. sufrió lesiones que le causaron la muerte. Los padres del fallecido reclaman ante la Magistratura de Trabajo la correspondiente pensión en su calidad de ascendientes.

2. La Magistratura de Trabajo desestima la demanda, reservando a los demandantes las acciones que pudieran corresponderles para reclamar la prestación solicitada del Fondo de Garantía una vez que se hubiera constituido en el mismo el capital necesario para producir en su favor la renta correspondiente. Contra esta sentencia se interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

3. El Tribunal Supremo estima el recurso y dicta una nueva sentencia. Merecen destacarse de los considerandos de la sentencia, y en base a los cuales se anula la de la Magistratura de Trabajo, los siguientes párrafos:

«Que el derecho a subsidio establecido en el núm. 6.º del artículo 52 del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956, en favor de ascendientes que no reúnan las condiciones reglamentarias para tener derecho a pensión, ha de estimarse no abolido por la nueva legislación sobre Seguridad Social, al no existir precepto expreso que lo derogue, ni poder entenderse incluido al mismo en el número 1.º de la disposición final segunda del texto articulado I de la ley de Seguridad Social, toda vez sólo declara derogadas las disposiciones que se opongan a la ley que lo contiene, caso que no es el del precepto regulador del indicado subsidio, simplemente complementario del sistema de seguridad instaurado, según la interpretación que es acorde con el sentido progresivo y ampliatorio de la legislación social,

el cual repele cuanto suponga retroceso en la protección de los trabajadores y sus familias, como así ha sido reiteradamente proclamado por la Sala...», puntualizando «que la prestación establecida por el mencionado precepto reglamentario corresponde exclusivamente hacerla efectiva al Fondo de Garantía, con cargo al capital a que tiene derecho, que sea suficiente para constituir una renta durante 25 años del 30 por 100 del salario del operario víctima del accidente de trabajo, que no deje derechos habientes a los que la ley reconozca el percibo de renta; declarando igualmente la doctrina jurisprudencial que para hacer efectivo el subsidio no es preciso esperar a que sea recibido por el fondo del indicado capital, pues no debe quedar el derecho de los ascendientes a merced de la pasividad o incuria de este Organismo, precisamente creado para la rápida efectividad de las prestaciones derivadas de accidentes laborales que coadyuva a la automaticidad de algunas de ellas y que tiene legalmente por finalidad, según se deduce de lo ordenado en el artículo 94 y disposición transitoria 1.ª, a), (sic), del texto articulado I antes aludido, y en el artículo 124 del Reglamento de Accidentes de Trabajo, también mencionado, la de tomar a su cargo todas las prestaciones derivadas de tal clase de siniestros, en el supuesto de que no las haga efectivas el empresario responsable directo de las mismas...».

«... para fijar la base computable ha de incrementarse el salario mensual en la forma prevenida en el artículo 147.1 del primer texto articulado de la ley de Seguridad Social, dada la edad de la víctima en el momento de ocurrir el siniestro y las restantes circunstancias que en el mismo concurren, pues aunque en la redacción del precepto no se incluye expresamente que el incumplimiento de las disposiciones en vigor respecto al trabajo de los niños produzca automáticamente el aumento, como lo hacía su antecedente el artículo 55 del mencionado Reglamento, tanto en la redacción dada por el Decreto de 6 de diciembre de 1962 como en la primitiva de 1956, sí establece el actual el aumento para los casos en los que la lesión se produce en máquinas y en centros laborales en los que no se hayan observado las medidas elementales de adecuación al trabajo, lo que indudablemente ocurre cuando se ordena trabajar en una máquina a quien por ser menor de catorce años no puede ser empleado en trabajo industrial de clase alguna, según ordena el artículo 171 de la LCT y es mantenido por la doctrina de esta Sala...»

«... con el aumento prevenido en el artículo 147.1 del texto articulado I de la ley de Seguridad Social que discrecionalmente se fija en el 40 por 100 del mismo (salario), debiendo estar y pasar por tal declaración al empresario demandado y condenarse al que también lo es, Fondo de Garantía, a que haga efectivo el importe total a los actores, sin perjuicio del derecho de que goza para que le sea ingresado por el indicado empresario el capital al que hace referencia el aludido precepto reglamentario, con la misma base y aumento.»

4. *Trabajos de menores de catorce años y responsabilidad por accidentes.*

a) *Prohibición genérica de trabajo a los menores.* La LCT, en su artículo 171, dispone que los menores de catorce años, cualquiera que sea su sexo, no podrán ser admitidos en ninguna clase de trabajo. Se exceptúan de esta prohibición el trabajo

agrícola, siempre que se respete el horario escolar del menor (2), y el trabajo familiar. Tampoco podrán, los menores de catorce años, prestar sus servicios como servidores domésticos, a pesar de que esta relación no da lugar a un contrato de trabajo por exclusión expresa del artículo 2.º de la LCT de su ámbito de aplicación (3).

¿Qué efectos se derivarán, entonces, de la celebración de contratos de trabajo por un menor? Es obvio que el contrato de trabajo es nulo. No obstante, pueden derivarse efectos del contrato nulo o, mejor dicho, de la relación ilícita que deviene nula más que de dicho contrato (vid. artículo 55 de la LCT).

b) *Responsabilidad empresarial*. Con independencia de los efectos que tales relaciones pueden producir en el ámbito del Derecho sustantivo laboral (por ejemplo, el derecho del trabajador a la percepción de los salarios devengados correspondientes), vamos a examinar dentro del marco de la Seguridad Social y, más concretamente, del seguro de accidente de trabajo, el problema de la responsabilidad del patrono por accidentes sufridos por el menor «con ocasión o por consecuencia del trabajo» a pesar de la no existencia de un contrato de trabajo o, más precisamente, de su nulidad.

En principio, el accidente sufrido por el menor trabajando no da lugar a un accidente en sentido técnico-jurídico. Pues si uno de los elementos delimitadores del concepto de este riesgo lo constituye la existencia de un trabajador por cuenta ajena, y estimamos como, por ejemplo, hace J. M. Almansa, que «por trabajadores por cuenta ajena hay que entender los incluidos en el ámbito del régimen general» (4), en la medida en que la edad de catorce años es determinante de la inclusión en el Régimen general (artículo 61.1 en relación con el 7.1.a) de la LSS) y en el propio sistema de la Seguridad Social (artículo 7.1.a) de la LSS) no podremos reputar al menor como trabajador por cuenta ajena, elemento subjetivo del accidente.

No obstante, no parece razonable ni justo derivar de esta afirmación una posible discriminación en contra del menor de catorce años que en la realidad trabaja para otro a título oneroso. Creo, y ello me parece evidente, que la no inclusión del menor (formalmente incuestionable) en el ámbito de cobertura de la Seguridad Social podrá dar lugar, en su caso, a la imposibilidad de aseguramiento de los riesgos que sobre dicho menor puedan manifestarse. Pero de ninguna forma puede mantenerse que la mediación de un acto ilícito (contratar el trabajo de un menor de catorce años) pueda servir al empleador que lo comete para exonerarle de la responsabilidad genérica que por accidentes de trabajo le atribuye la ley por el hecho de ocupar personas que puedan verse afectadas en su estado físico o anímico, precisamente en razón de la prestación del trabajo. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad específica que pueda derivarse de la conducta ilícita del empleador (5).

De cualquier forma, y partiendo de esta posición, en el artículo 10.3 y 4 del De-

(2) Vid. Decreto de 25 de septiembre de 1984.

(3) Vid. Decreto 1.119/1960, de 2 de junio.

(4) *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1973, pág. 349.

(5) Sentencias (6.º) de 21 de junio de 1963 (Ar./63, n. 3.314; Pte. Sr. Tormo). En la doctrina, EUGENIO PÉREZ BOTTA y LUIS E. DE LA VILLA: «La protección de los menores de catorce años contra los accidentes de trabajo», *RGLJ*, núm. 4, 1965, págs. 514-520.

Decreto de 16 de noviembre de 1967 se preceptúa: «aunque la relación de empleo se haya celebrado en contra de una prohibición legal, la víctima del accidente de trabajo o enfermedad profesional, aun en el caso de tratarse de un menor de catorce años, tendrá derecho a la asistencia sanitaria».

Desde luego, parece claro que el derecho del menor no queda limitado a la asistencia sanitaria, sino que alcanzará a cualquier tipo de prestación económica o en especie, con independencia del derecho a los recargos en las indemnizaciones al que hace mención expresa el artículo 35 del RAT, recargo que juega siempre que el patrono «... haya incumplido las disposiciones en vigor respecto al trabajo de mujeres y niños».

Por otra parte, el precepto últimamente citado abunda en la afirmación de la responsabilidad patronal en estos supuestos. Tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen reconociendo que la contratación de menores de catorce años supone un incumplimiento genuino de las disposiciones en vigor respecto del trabajo de mujeres y niños. Pues bien, parece lógico que, si se admite la posibilidad de sancionar al empleador con recargo sobre la prestación correspondiente a la responsabilidad común por el accidente, ha de reconocerse dicha responsabilidad.

Una vez admitida la responsabilidad del patrono por el accidente del menor, cabe preguntarse, ¿es asegurable dicha responsabilidad? Desde luego ha de responderse negativamente. En el ordenamiento español no cabe asegurar la citada responsabilidad ni tan siquiera a través de primas colectivas. Como es lógico, la mayoría de edad laboral —determinante de la condición potencial de asegurado de la Seguridad Social—, además de otros múltiples requisitos, serán exigencias *sine quibus non* para la formalización de la relación de aseguramiento. Así se ha reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en diversas sentencias de las que pueden ser ejemplo la de 21 de junio de 1965 (Ar./65, n. 3.314; Pte. Sr. Tormo) y 10 de enero de 1967 (Ar./67, n. 631; Pte. Sr. Menéndez Pidal).

c) *Fundamento de la responsabilidad empresarial.* La responsabilidad por accidente de trabajo desborda el ámbito del propio contrato de trabajo. Parece que al legislador no le interesa tanto que una persona preste sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de otra con base en un contrato de trabajo o, lo que es lo mismo, que se trate de servicios amparados por el ordenamiento, sino que mira primordialmente al dato de que una persona realice una actividad para otra, actividad de la que puede derivarse un riesgo personal de accidente. Así, el supuesto de los altos cargos cuya actividad no da lugar a un contrato de trabajo y que, sin embargo, están protegidos por la LSS. Riesgo, a su vez, que asume una dimensión social y que por eso es objeto de protección.

En este sentido, el deber de asegurar no es tanto un deber contractual cuanto un deber público, no es un deber que se concrete al otro sujeto del contrato (trabajador) cuanto un deber que se asume frente a la propia sociedad que adquiere, así, en realidad, auténtico carácter público.

Partiendo de la existencia de una responsabilidad empresarial por el accidente del menor, pasará a examinar en qué se traduce esa responsabilidad, qué efectos produce.

5. *Derecho a prestación de los ascendientes.*

Según la legislación de 1956 los ascendientes de la víctima tienen derecho a las prestaciones correspondientes por muerte en accidente de trabajo.

El artículo 52.5.º del RAT establece el derecho de los ascendientes a una pensión constituida por una renta variable según los distintos supuestos que el precepto contempla.

Ahora bien, el mismo artículo en su párrafo sexto prevé el supuesto de los ascendientes que, por no reunir «las condiciones reglamentarias», no tengan derecho a pensión. En cuyo caso, dispone el mismo precepto «se les abonará por el Fondo de Garantía, con cargo al capital recibido, según el párrafo anterior (6), un subsidio equivalente a un año de salario de su causante. si son dos, y a nueve mensualidades si es un solo».

a) *Vigencia de la prestación.* El Tribunal Supremo, como premisa previa a toda consideración ulterior, razona en la sentencia que comentamos la vigencia del artículo 52.6.º del RAT. En efecto, no parece que pueda admitirse que el artículo 52.6.º sea de los derogados por la disposición final segunda 1 de la LSS, puesto que en nada se opone a este texto articulado, como se dice en el considerando.

A mayor abundamiento, creo que la vigencia de dichas prestaciones puede encontrar también apoyo en el artículo 163 de la LSS, según el cual «en los Reglamentos Generales de desarrollo de esta ley se determinarán aquellos otros familiares o asimilados que, reuniendo las condiciones que para cada uno de ellos se establezcan, y previa prueba de su dependencia económica del causante, tendrán derecho a pensión o subsidio por muerte de éste...».

El Tribunal Supremo así lo ha reconocido en algunas de sus sentencias, de la que puede ser muestra la de 11 de diciembre de 1969 (Ar./69, n. 5.718; Pte. Sr. Pérez Sánchez), en uno de cuyos considerandos puede leerse: «el artículo 163 del texto articulado I de la ley de Seguridad Social, tratando de familiares o asimilados de la víctima, distingue y prevé el derecho de los mismos a pensión o subsidio, y como el subsidio temporal a familiares viene impuesto —aparte de otros casos— en el carecer aquéllos de la condición de beneficiarios, entre los que indudablemente se encuentran los ascendientes, es visto que éstos siguen en la nueva legislación ostentando el derecho al abono del subsidio temporal cuando no tengan las condiciones de beneficiarios, ya que sería un absurdo legal inadmisibles conceder el mismo a personas de menor rango parental —como son las hermanas mayores de dieciocho años— y excluir a los padres del expresado derecho, que subsiste en la nueva legislación de la Seguridad Social...».

En definitiva, recuerda unánimemente la jurisprudencia la necesidad lógica de considerar vigentes dichas prestaciones, dado «el sentido progresivo y ampliatorio de la

(6) «Si la víctima del accidente de trabajo no dejara derechohabientes de los comprendidos en los apartados anteriores, el patrono o la Entidad aseguradora vendrá obligado a ingresar en el Fondo de Garantía de la Caja Nacional del Seguro de Accidentes del Trabajo el capital preciso para constituir una renta del 80 por 100 del salario durante veinticinco años.»

legislación social, al cual repele cuanto suponga retroceso en la protección de los trabajadores y de sus familiares...» (7).

b) *Alcance del artículo 52.6.º, párrafo segundo del RAT.* El alcance del referido precepto plantea, ante todo, el problema de la determinación de las personas protegidas por el mismo.

En primer lugar, parece obvio que se requiere la existencia de ascendientes del fallecido. Asimismo, solamente podrán causar derecho los ascendientes en tanto en cuanto la víctima no hubiera dejado causahabientes con derecho preferente a las prestaciones (viuda o descendientes o asimilados) (vid. el núm. 5 de este mismo artículo).

En segundo lugar, parece exigirse que los «ascendientes del fallecido ... no reúnan las condiciones reglamentarias por tener derecho a la prestación». ¿A qué condiciones se refiere? Con carácter general, debe pensarse, como recuerda el Tribunal Supremo en cualquiera de los requisitos que determine que el ascendiente no pueda poseer la condición de beneficiario (vid. por todas sentencias (6.º) 11 de diciembre de 1969, Ar./69, n. 5.718, y muy especialmente (8) las de 21 y 29 de mayo de 1971, Ar./71, n. 2.569 y 2.618, respectivamente).

c) *Efectividad de la prestación.* El subsidio a que tienen derecho los ascendientes se hará efectivo por el Fondo de Garantía «con cargo al capital recibido» del patrono o entidad aseguradora en los casos en que la víctima del ascendiente no deje derechohabientes a los que la ley reconozca el percibo de renta y cuya cuantía será la precisa «para constituir una renta del 30 por 100 del salario durante veinticinco años» (artículo 52.6.º del RAT).

¿Por qué corresponde al Fondo de Garantía hacer efectiva esta prestación? Las funciones del Fondo de Garantía son principalmente la de «sustituir las obligaciones de los patronos no asegurados cuando no las cumplan» y la de «responder de la insolvencia de las entidades aseguradoras» (artículos 124 del RAT y 94.4 de la LSS).

Así, pues, el Fondo de Garantía sustituye al patrono que no aseguró al menor en todas sus obligaciones, puesto que, según aclara la RDGP de 31 de diciembre de 1960 (BOE, 25 de enero de 1961) interpretativa del artículo 124 del RAT, el ámbito de acción social encomendado al Fondo de Garantía «para hacer efectivos a los accidentados del trabajo los beneficios que les reconoce la ley... se extiende a toda clase de prestaciones e indemnizaciones» cualquiera que sea su origen y naturaleza «ya estén cubiertas por el seguro o hubieren sido asumidas por el patrono voluntariamente, previa autorización, o con carácter obligatorio, por estar prohibido el aseguramiento».

El Fondo de Garantía es, como hemos visto, el encargado de hacer efectivas las prestaciones. Pero, ¿en qué momento entra en juego este Organismo?

d) *Automaticidad de las prestaciones.* La sentencia objeto de estudio continua

(7) Aparte de la sentencia que comentamos, a la que pertenece este párrafo, vid., por todas, sentencias (6.º) de 11 de diciembre de 1969 y 27 de junio de 1970.

(8) Sobre la de 21 de mayo, vid. el comentario de L. NEBOR en esta misma sección en el número 95 de la REVISTA DE POLÍTICA SOCIAL, págs. 288-290.

diciendo: «para hacer efectivo el subsidio no es preciso esperar a que sea recibido por el Fondo el indicado capital...».

La automaticidad de las prestaciones de escaso juego en nuestro sistema de Seguridad Social y que el legislador de la LSS se propuso como uno de los objetivos principales del nuevo sistema, es en el riesgo de accidente de trabajo donde tiene mayor virtualidad. Y es, precisamente, el Fondo de Garantía el encargado de que esa automaticidad de prestaciones se lleve a la práctica. La jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido. La sentencia que comentamos, entre otras muchas, justifica la necesidad de dicha automaticidad interpretando los artículos 124 del RAT y 94.4 de la LSS, «pues no puede quedar el derecho de los ascendientes a merced de la pasividad o incuria de este Organismo, precisamente creado para la rápida efectividad de las prestaciones derivadas de accidentes laborales, que coadyuva a la automaticidad de algunas de ellas...».

6. El problema de los recargos.

El artículo 55 del RAT dice: «Toda indemnización de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales se aumentará en una mitad si el accidente ocurre...» cuando el patrono «haya incumplido las disposiciones en vigor respecto al trabajo de mujeres y niños».

También el artículo 147 de la LSS regula este recargo y, aunque no se recoge expresamente el supuesto de infracciones de disposiciones sobre el trabajo de menores, la jurisprudencia y la doctrina (9) han dejado claro, con evidente acierto, cómo ha de considerarse implícito en el precepto. En este sentido afirma el Alto Tribunal en la sentencia que aquí se comenta que no se han observado las medidas mínimas de seguridad «cuando se ordena trabajar en una máquina a quien por ser menor de catorce años no puede ser empleado en trabajo industrial de clase alguna, según ordena el artículo 171 de la LCT».

De otra parte, también se discute el derecho de los ascendientes perceptores de las referidas prestaciones, a percibir el recargo que resulte imponible en los térmi-

(9) «El empleo de mujeres y menores en trabajos prohibidos para ellos se estima causa u ocasión del accidente de trabajo o enfermedad profesional que eventualmente puedan sobrevenirles. Ahora bien, como este hecho es del control del empresario —pues por eso se le ha prohibido—, éste resulta de algún modo causante del mismo, y al igual que en la falta de reconocimiento se le sanciona con idéntico recargo, pues omite una medida-prohibición de empleo... En la actualidad —continúa diciendo el autor—, esas normas prohibitivas deben entenderse referidas, en general, a las contenidas en los Títulos IV y V del Libro II y probablemente, el artículo 11 de la ley de Contrato de trabajo, reguladores de prohibiciones y capacidad, respectivamente, de mujeres y niños.» G. DEBUEZ: *Responsabilidad directa de las prestaciones de Seguridad Social*, Univ. Navarra, Pamplona, 1968, págs. 63 y 64. En este sentido observa A. MONTOYA cómo en la referencia a la inobservancia de medidas de seguridad e higiene contenidas en el artículo 147 de la ley de Seguridad Social, «debe entenderse comprendida la referencia a las normas sobre mujeres y menores, en «Sanción e indemnización: el recargo de las indemnizaciones por accidente de trabajo», ADC, tomo XX, III, 1967, pág. 525. También M. ALONSO OLEA: *Instituciones de Seguridad Social*, I. E. P., Madrid, 1972, pág. 109.

nos que se acaban de apuntar. Montoya opina al respecto que «a diferencia del régimen del RAT, el texto articulado (LSS) sólo incluye como beneficiario del recargo al propio accidentado y no a sus derechohabientes, en caso de muerte; en efecto —continúa el citado autor— el artículo 147 se incluye sistemáticamente en el capítulo destinado a invalidez (no siendo aplicable a muerte y supervivencia) y, además, preceptúa expresamente que el recargo se concede al trabajador víctima del accidente de trabajo». No obstante esta postura doctrinal, la jurisprudencia viene sosteniendo en diversas resoluciones (vid., por ejemplo, la sentencia que se comenta) cómo el recargo incrementará el subsidio o pensión correspondiente a que pueda tener derecho el ascendiente del accidentado sobre el que incidió la infracción que dio lugar al citado recargo. En cualquier caso, creo que esta solución, quizá menos apegada a la «letra formal de la ley», es más próxima a su espíritu esencialmente tuitivo que deshecha cualquier posible regresión en el alcance de su acción protectora.

Por último, debe resolverse el problema de la efectividad del recargo imponible. En la sentencia a la que nos estamos refiriendo se afirma que corresponde al Fondo de Garantía el hacer efectivo el importe *total* de la prestación, comprensivo, claro está, de los recargos.

El hecho del carácter sancionador del recargo no creo que obste a la efectividad directa del mismo por el Fondo de Garantía, en cuanto que la existencia y actuación de este organismo, lo que pretende principalmente es, como hemos visto, dar realidad al juego del principio de automaticidad de las prestaciones, sin perjuicio, ello es obvio, de la responsabilidad patronal al respecto y del derecho del Fondo a repetir contra el patrono por las prestaciones efectuadas (10).

III

RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE PRESTACIONES

SUPUESTO DE FALTA DE INGRESO DE LAS PRIMAS

Sentencia de 15 de febrero de 1972, Ar./1972, n. 515:

1. Como consecuencia de un accidente de trabajo ocurrido el 28 de agosto de 1968, se produce la muerte de un trabajador por cuenta ajena que no deja familiares con derecho a pensión. La Inspección Central de Trabajo formula de oficio demanda ante la Magistratura de Trabajo. La Empresa se encontraba al descubierto de las cotizaciones.

(10) En sentido contrario M. ALONSO OLEA: «La responsabilidad por accidente de trabajo», *RISS*, núm. 2 (separata), 1971, pág. 42, final, nota 48. «Esta responsabilidad, por su carácter sancionador, es, a mi juicio, intransmisible al Fondo de Garantía.» Recordando el referido autor cómo la jurisprudencia al respecto es indecisoria.

2. La sentencia de la Magistratura de Trabajo estima la demanda de la Inspección y, según el resumen del fallo en el repertorio jurisprudencial citado en el encabezamiento de este comentario, «condena al contratista y al propietario de la obra como responsables principales y subsidiariamente a la entidad aseguradora por la subrogación que a la misma corresponde de las obligaciones patronales, a que ingresen en el Fondo de Garantía el capital suficiente para producir en favor del mismo una renta equivalente al 30 por 100 del salario regulador que percibía el trabajador fallecido, durante veinticinco años», debiendo abonarse por el Fondo de Garantía a los padres del trabajador con cargo al capital constituido, una indemnización equivalente al importe de un año de salarios del causante. A pesar de la terminología empleada (consideración como «responsables principales» al propietario y contratista, y responsabilidad «subsidiaria» de la entidad aseguradora, matizada por una alusión a la «subrogación» de la misma en las obligaciones patronales) claramente contradictoria con la calificación jurídica que de los distintos supuestos de responsabilidad se realiza en los artículos 94, 95 y 97 de la ley de la Seguridad Social, puede deducirse del posterior desarrollo procesal y del primer considerando de la sentencia del Tribunal Supremo comentada, que se trata de una declaración de la entidad «aseguradora», una Mutua Patronal, como responsable directa de la prestación causada y del ingreso a favor del Fondo de Garantía establecido en el apartado d) del artículo 214 de la LSS.

Contra la sentencia de Magistratura, la Mutua Patronal, basándose en el hecho probado de que el empresario se hallaba en descubierto de cotización en el momento de producirse el accidente, interpone recurso de casación por infracción de ley, alegando como único motivo del mismo violación del artículo 94.2, apartado b) de la LSS, que establece la responsabilidad directa del empresario en las prestaciones «por falta de ingreso de las cotizaciones, a partir de la iniciación del segundo mes siguiente a aquél en que expire el plazo reglamentario establecido para el pago»...

3. La sentencia de la Sala VI del Tribunal Supremo, de 15 de febrero de 1972, desestima el recurso en base a una línea argumental ya «clásica»: la interpretación sistemática de lo dispuesto en los artículos 94.2.b; 92.3.1.º y 95.4 y 5, dentro de una valoración acertadamente restrictiva de los supuestos de responsabilidad empresarial, que se refuerza con el análisis de la especial situación de las Mutuas Patronales en el procedimiento recaudatorio, lo que constituye un dato importante en la moderación jurisprudencial de los supuestos de responsabilidad directa del empresario y con «el escueto contenido del hecho declarado probado» en cuanto a la extensión temporal del descubierto.

El segundo considerando abre la interpretación sistemática superando la «interpretación errónea de automatismo» en la aplicación del párrafo b del número 2 del artículo 94 de la LSS. Los límites que impone el propio precepto (persistencia de la falta de pago después de la iniciación del segundo mes siguiente a la expiración del plazo de ingreso, excepción de las demoras debidas a aplazamientos y fraccionamientos de pago y otros supuestos que reglamentariamente se determinen) se hacen más rígidos al considerar lo «dispuesto en los artículos 92.3.1.º y 95.4 y 5, que establecen respec-

tivamente que se reconoce plenos efectos a la cotización efectuada fuera de plazo a consecuencia de actuación inspectora o espontánea y que en el supuesto del párrafo que se dice vulnerado podrá moderarse reglamentariamente el alcance de la responsabilidad del empresario...». La rigidez de estos límites legales hace inexistente cualquier automatismo en la aplicación del número 2 del artículo 94; este precepto establece simplemente, de acuerdo con la doctrina sentada en la sentencia de 2 de enero de 1970 (Ar./70, n. 216) una responsabilidad genérica «que debe determinarse a la vista de las circunstancias concurrentes y en relación con las restantes disposiciones rectoras de la materia». El proceso de determinación de esa responsabilidad genérica actúa en primer término —y supuesto el cumplimiento del requisito previsto en el número 4 del artículo 95: ingreso por el empresario de las cuotas correspondientes a la totalidad de sus trabajadores— a través de la consideración legal que la Mutua Patronal tiene dentro del procedimiento recaudatorio. En el escrito de recurso aquélla había señalado la imposibilidad de compeler a su deudora al ingreso de las cuotas, «porque la Orden de 25 de junio de 1966 —actualmente sustituida por la de 20 de enero de 1967— dispone expresamente que la gestión para reclamar y hacer efectivo el cobro de los morosos corresponde al INP y a la Inspección de Trabajo, sin tener la Mutua intervención alguna en tales procedimientos y limitándose a una *situación pasiva y expectante* de lo que los indicados organismos resuelvan».

Para el Tribunal Supremo, tal situación de pasividad no existe, porque las normas sobre control de la recaudación, contenidas en la Orden de 28 de diciembre de 1966, tienen por finalidad «facilitar la cotización, evitando en lo posible que llegue a producirse la situación de responsabilidad empresarial directa contraria a los fundamentos del sistema instaurado». Y a esta finalidad están obligados no sólo las entidades gestoras, sino también, y «con mayor motivo», las Mutuas Patronales, que deben evitar la responsabilidad directa de sus asociados, «finalidad para la que cuentan con posibilidades legales, *unas de carácter preventivo, como* son las garantías que pueden exigir al convenir la asociación y el establecimiento estatutario de sanciones por incumplimiento de los deberes de los asociados, regulados en los artículos 26 y 14 del Reglamento General sobre colaboración en la gestión en la Seguridad Social de las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo (R. 1967, 1.383, y Ap. 51-66, 12.869); aprobado por Decreto de 6 de julio de 1967, y *otras de actividad posterior al impago de las cotizaciones* de acuerdo precisamente con lo prevenido por la Orden de 25 de junio de 1966 en el recurso aludido, en la que lo realmente dispuesto es que el pago de las cuotas del régimen de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se efectúe conjuntamente con el resto de las del Régimen general de la Seguridad Social; en el plazo, lugar y forma ordenada para éstas y, por tanto, con arreglo a lo establecido en la Orden de 28 de diciembre de 1966, reguladora de la afiliación, cotización y recaudación en el Régimen general de la Seguridad Social, en la que se dan normas que afectan a las Mutuas Patronales y que concretamente ordena en el artículo 63.4, que cuando una Mutua Patronal observe alguna deficiencia de cotización, lo pondrá en conocimiento del Instituto Nacional de Previsión, el cual actuará según la clase de descubierto de que se trate, con lo que es visto que ni por su finalidad y carácter,

ni por deducirse de la legalidad vigente, las Mutuas Patronales pueden colocarse en la actitud pasiva a que como justificación del motivo de recurrir, se hace alusión»; porque como señala el tercer considerando, «la actitud de inactividad expectante en la que la Mutua se hallaba colocada con respecto a la cotización de su asociada, incumpliendo el deber de dar de ello conocimiento al Instituto Nacional de Previsión, resulta no sólo contrario a la finalidad y carácter que le son propios, sino de contenido contrario a la equidad e inhumano, ya que le permitiría aprovecharse, siquiera fuese retardadamente, de la actuación de este organismo, para el percibo de sus cuotas, habiendo estado mientras tanto exonerada de la responsabilidad a la que se había comprometido».

4. El tema de la responsabilidad directa en materia de prestaciones ha sido tradicionalmente un tema difícil. La falta de un desarrollo reglamentario de los artículos 94 a 97 de la LSS —desarrollo en gran medida perturbado por la manifiesta y escasamente coherente «vocación» reglamentaria de estos preceptos— había introducido un extraño enrarecimiento de los mecanismos de acción protectora. La ley 24/1972, de 21 de junio, ha supuesto en este punto, como en tantos otros, un notable avance: los artículos 94 a 97 quedan de momento degradados y con una vigencia temporal (cfr. disposición transitoria segunda del Decreto 1.645/1972) limitada. Por otra parte, el juego de la responsabilidad directa empresarial que parecía ser la regla en la anterior reglamentación, experimenta ahora la posibilidad de un régimen más flexible, en el que el camino hacia el automatismo no tiene ya que sufrir las servidumbres de unas normas más preocupadas por la sanción de los empresarios morosos que por la efectiva cobertura de las situaciones de necesidad. Sin embargo, «el margen dejado a la interpretación de la ley» en esta materia a partir de la entrada en vigor de la LSS ha sido, sin duda, amplio y la clara orientación progresiva de la doctrina del Tribunal Supremo, limitando la fuga de la responsabilidad de las entidades gestoras y colaboradoras (11) constituye un dato básico a la hora de la determinación reglamentaria del equilibrio de las responsabilidades.

5. Dentro de esta línea, la sentencia de 15 de febrero de 1972 viene a plantear el tema en una dimensión de gran interés, ya que sitúa la moderación de la responsabilidad empresarial en una perspectiva muy fecunda: la de la obligatoriedad del ejercicio de las potestades que en materia de recaudación se reconocen a las gestoras. Hay dos afirmaciones básicas:

- a) La responsabilidad empresarial directa es en sí misma contraria a los fundamentos del sistema (de Seguridad Social) instaurado. Esta afirmación en cuanto valoración crítica del ordenamiento aplicable, tiene un gran

(11) Véase la jurisprudencia citada por ALONSO OLEA: *Instituciones de Seguridad Social*, 4.ª edición, revisada, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1973, pág. 128, nota número 13, y por I. GARCÍA NENET en REVISTA DE POLÍTICA SOCIAL, núm. 98, enero-marzo 1973, pág. 319; este último tras la reproducción de una sentencia de 20 de marzo de 1971 (Ar./71, núm. 1.868).

interés y de ella se deriva la excepcionalidad del juego de la responsabilidad empresarial directa. En efecto, incluso aceptando —lo que ya es de por sí bastante improbable— la existencia de una mecánica contractual en el aseguramiento de las contingencias protegidas por la Seguridad Social, y que, con base tan precaria, pueda calificarse el descubierto de cotización como un incumplimiento resolutorio que traslada la responsabilidad asumida por la gestora al empresario, es evidente que ello sólo podría producirse dentro de los estrechos márgenes que subordinan «la viabilidad del ejercicio de la acción resolutoria» a la exigencia de «que quede patentizada una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido...» (12) o que configuran la opción resolutoria inmediata y expresa del artículo 389 del Código de Comercio. Pero es que no hay resolución, ya que ni se extingue la relación jurídica de cotización en su conjunto, ni siquiera las obligaciones de cotización incumplidas que hayan fundamentado la liberación en el pago de la gestora. Sólo la idea de la sanción disuasoria (13), excesivamente basada en consideraciones recaudatorias y con un peligroso efecto reflejo de desprotección de las situaciones de necesidad de los posibles beneficiarios, puede explicar la complicada construcción normativa de la responsabilidad empresarial directa, pero también la resistencia jurisprudencial a estimarla como un supuesto de normal funcionamiento del sistema de la Seguridad Social, a cuyos fundamentos últimos se la declara expresamente contraria.

b) El segundo razonamiento destacable y de gran interés para la elaboración de una teoría de la moderación de responsabilidad empresarial, en cuanto contiene ya los elementos fundamentales para la superación de esa misma responsabilidad en su proyección exclusiva frente a los beneficiarios, es el que afecta a la posición de las entidades gestoras y colaboradoras en el procedimiento recaudatorio. Del análisis de los preceptos de la LSS y de la Orden de 28 de diciembre de 1966, se desprende claramente que estas entidades están investidas en materia recaudatoria de amplias potestades administrativas de control y de reacción frente al incumplimiento empresarial. Esas potestades administrativas quedan afectadas a un fin, a cuya consecución están obligados sus titulares. Ese fin es velar por la normalidad del desarrollo de la obligación de cotizar, de forma que el incumplimiento de esa obligación no provoque una situación de anormalidad en el funcionamiento de los mecanismos de la acción protectora. Hay, por tanto, una res-

(12) Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1970, página 846.

(13) ALONSO OLEA señala que «la posibilidad de ser declarado responsable directo es la más fuerte compulsión que el empresario tiene para cumplir con la obligación de aseguramiento»; obra citada, pág. 129. Sobre el concepto de infracción legal y, por tanto, de sanción como uno de los fundamentos de la responsabilidad empresarial en las prestaciones, véase GONZALO DIEGUEZ: *La responsabilidad directa de las prestaciones de Seguridad Social*, Ediciones de la Universidad de Navarra, págs. 47 y sigs.

ponsabilidad de las entidades gestoras y colaboradoras en la recaudación y si «dentro de lo posible», como dice el segundo considerando de la sentencia, éstas no ejercen sus potestades para asegurar correctamente aquella finalidad, la falta de ejercicio de su poder jurídico debe soportar la correlativa carga del pago directo en las prestaciones. La responsabilidad del empresario no desaparece, sino que se convierte en una responsabilidad ante la entidad gestora. Con esa transformación de las dos posiciones de incumplimiento se logra una síntesis entre la eficacia sancionadora de la actual normativa y la tendencia hacia la generalización del régimen de automaticidad en las prestaciones, base indispensable de un eficaz sistema de protección social. (A. D. B.)

IV

INVALIDEZ PERMANENTE ABSOLUTA

INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO ABSOLUTA

Sentencia de 7 de febrero de 1972, Ar./1972, n. 483:

1. A un trabajador como consecuencia de un accidente no laboral se le reconozca una incapacidad permanente total para su profesión habitual.
2. La Magistratura de Trabajo desestima la demanda formulada por el trabajador en que solicitaba la declaración de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo por entender que las limitaciones físicas del actor le permitían realizar cometidos laborales en otra actividad, absolviendo a la Mutualidad laboral demandada.
3. Interpuesto recurso de casación por los siguientes motivos: error de hecho en la apreciación de las pruebas (artículo 167, núm. 5, de la LPL) y violación de las leyes aplicables al caso (artículos 86 y 135.5 de la LSS y 12.4 y 50.1 del Decreto de 23 de diciembre de 1966), el Tribunal Supremo estima el recurso, declarando la invalidez permanente absoluta del recurrente condenando a la Mutualidad demandada a pagarle pensión vitalicia del 100 por 100 del salario del trabajador, elevando la pensión del 55 por 100 de la base reguladora reconocida en la sentencia de instancia anulada.
4. No es aceptado en la sentencia del Tribunal Supremo el primero de los motivos de la casación al plantearse sobre elementos de prueba documentales que coinciden en la descripción de las dolencias y limitaciones físicas del trabajador reflejadas en la sentencia recurrida.
5. El interés de la sentencia que se comenta radica en la estimación del segundo motivo de casación, representativo de la línea reiteradamente mantenida por el Su-

premo respecto al concepto de invalidez absoluta al no entenderlo de forma rígida en sentido literal, sino en conexión con las características individuales y profesionales concurrentes en la persona del trabajador afectado en cada caso.

Haciéndose constar que este trabajador presenta un cuadro clínico de «espondiloartritis, con hernia discal operada, artrosis lumbo-sacra, algias lumbo-ciáticas, impotencia funcional de miembros inferiores y dificultad de deambulación», que implican una situación determinante de incapacidad permanente y absoluta para todo trabajo al concurrir en un operario de cincuenta y ocho años, de profesión aserrador, al que sus condiciones físicas no le permiten realizar actividades laborales en que sea necesario el empleo de fuerza conforme exigía la índole del trabajo a que se dedicaba anteriormente, unido a su edad que hacen prácticamente imposible su readaptación en otro trabajo que no implique la necesidad de esfuerzos físicos.

6. Con posterioridad a la sentencia objeto del presente comentario, ha sido beneficiosamente modificada la situación de los afectados por declaración de incapacidad permanente total para la profesión habitual con la promulgación de la ley 24/72, de 21 de junio, relativa a la financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen general de la Seguridad Social y del Decreto 1.646/72, de 23 de junio, dictado en aplicación de esta ley en materia de prestaciones. Consistiendo esta modificación, recogida en el artículo 11.4 de la ley y en el artículo 6.1 del Decreto, en venir incrementadas en un 20 por 100 las pensiones correspondientes de estas incapacidades cuando afecten a mayores de cincuenta y cinco años con falta de preparación general o especificada y concurren circunstancias laborales o sociales en el lugar de su residencia que hagan presumible la dificultad de encontrar empleo en actividad distinta a la habitual anterior.

Advirtiéndose que el perfeccionamiento en esta materia de la acción protectora de la Seguridad Social se ha reflejado en el plano legislativo al introducir, con la aplicación del incremento del 20 por 100 de las pensiones en los supuestos comentados, una situación intermedia entre las declaraciones de incapacidades permanentes totales e incapacidades permanentes absolutas, que implica flexibilizar en cada caso estas situaciones atendiendo a la dificultad de colocación de los afectados. (J. G. C.)

V

RECARGO DE PRESTACIONES POR OMISION DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

SUPUESTOS DE INVALIDEZ PERMANENTE

Sentencia de 9 de febrero de 1972, Ar./1972, n. 490:

1. A un trabajador le explotaron unos detonadores que transportaba por cuenta de la Empresa, sobreviniendo dicha explosión, en relación de causa a efecto, por haber

omitido el empresario las medidas específicamente impuestas por el artículo 14 del Reglamento de Policía Minera de 22 de junio de 1962 y por el Reglamento General de Seguridad e Higiene y Reglamento de Seguridad del Trabajo en la Industria de la Construcción. Dadas las residuales que presenta el trabajador —pérdida de visión de ambos ojos— se le reconoció una invalidez permanente en grado de gran invalidez, con derecho a pensión vitalicia del 150 por 100 de la base reguladora y un recargo del 30 por 100 sobre dicha pensión, por falta de medidas de seguridad e higiene.

2. La Magistratura de Trabajo, en su sentencia, derivada de demanda sobre diferencia de pensión, declara que el trabajador y demandante tiene derecho a una pensión equivalente al 150 por 100 del salario regulador, que será aumentada en un 30 por 100 de su importe, por haberse producido el accidente, sin observancia de las medidas de seguridad, condenando a la Empresa a constituir capital para producir dicho incremento del 30 por 100 de la pensión.

3. La sentencia del Tribunal Supremo que comentamos declara haber lugar al recurso formulado por la Empresa y declara que el trabajador tiene derecho a que la pensión vitalicia equivalente al 100 por 100 de su salario regulador sea incrementada en un 30 por 100, y a percibir un 50 por 100 más de pensión, como compensación de gastos para la persona que lo atienda.

El artículo 55 del texto refundido de accidentes de trabajo, aprobado por Decreto de 22 de junio de 1956, establecía un incremento de un 50 por 100 en toda indemnización de accidente de trabajo o enfermedad profesional, cuando el accidente se hubiera producido o la enfermedad hubiera sido contraída, como consecuencia de la no observancia de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo. El recargo, fijado en tal normativa, era uniforme en cuanto a su porcentaje y se aplicaba sobre cualquier tipo de indemnización derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional, es decir, en las indemnizaciones en metálico para compensar mutilaciones o deformidades no invalidantes, en la indemnización temporal, así como en la permanente, en cualquiera de sus grados y en las indemnizaciones por muerte. El recargo se abonaba exclusivamente por el empresario y se considerará como una sanción para el mismo, quedando prohibido —según señala el último párrafo del artículo 55 antes citado— bajo pena de nulidad su seguro.

Es claro, pues, que el recargo que se fijaba por el Reglamento de Accidentes de Trabajo tenía aplicación sobre todas las indemnizaciones económicas, no comprendiéndose, entre ellas, el incremento de pensión reconocido a los grandes inválidos, ya que al tener el citado recargo la naturaleza de sanción, es evidente que dicha sanción no puede ni debe extenderse a una retribución económica destinada a la persona que necesite el gran inválido para asistirle —artículo 46 del Reglamento de Accidentes de Trabajo—.

A efectos de Seguridad Social hay que tener en cuenta que la incapacidad absoluta y la gran invalidez son términos análogos, ambas situaciones implican que una persona no puede realizar ningún trabajo, por ello su única diferencia estriba en la condición

física del individuo y sus posibilidades de desarrollar actos que se estiman como básicos para su defensa ante la vida.

El artículo 147 de la ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966 estableció una doble modificación de lo regulado por el Reglamento de Accidentes de Trabajo, por una parte fijó un porcentaje variable del 30 al 50 por 100 y, por otra, limitó la aplicación del recargo a las prestaciones económicas derivadas de invalidez permanente o de lesiones no invalidantes. La primera medida, puede estimarse como una mejora de la regulación anterior, al fijarse una graduación de la medida sancionadora, pero no así la segunda, de carácter claramente regresivo. Sin embargo, esta limitación fue en parte paliada por la jurisprudencia, y así el Tribunal Supremo, en sentencias, entre otras, de 10 de marzo, 22 de abril y 11 de diciembre de 1969, entendió que el recargo era aplicable a las prestaciones de muerte y supervivencia.

La ley de 21 de junio de 1972, de acuerdo con la doctrina sentada por la jurisprudencia, establece, en el artículo 15, la extensión a todas las prestaciones económicas que pudieran derivarse del accidente de trabajo o enfermedad profesional, el recargo previsto en el artículo 147, antes citado, manteniendo por otra parte la cuantía variable del recargo.

Señalado brevemente el desarrollo normativo del recargo por falta de medidas de seguridad e higiene, pasemos al comentario de la sentencia de 9 de febrero de 1972.

La sentencia parte de estimar que la invalidez permanente es una categoría genérica, definida en el artículo 132.2 de la ley de 1966, a la que como especie —grados según la nomenclatura legal— pertenece la incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, y dentro de éste, al modo de una subespecie, singulariza la gran invalidez, resultante de una situación de incapacidad permanente absoluta en la que además y por concurrencia de pérdidas anatómicas o funcionales, el trabajador necesita de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida.

Esta motivación encuentra su apoyo en las prestaciones que la ley de la Seguridad Social otorga en una u otra situación, y es de observar que precisamente la pensión que podemos denominar básica es idéntica para la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez, ya que la diferencia consiste en un complemento de pensión que, además, si bien se reconoce al gran inválido, sin embargo, no va dirigida al mismo, sino «a la persona que le atiende», es decir, que incluso puede estimarse que poseen sustantividad diferencial impeditiva de confusión —como acertadamente señala la sentencia—, ya que a mayor abundamiento se prevé la posibilidad de que tal incremento de pensión sea sustituido por el internamiento del gran inválido. El incremento, pues, es una fórmula compensatoria de ayuda asistencial al gran inválido.

El recargo, según señalábamos anteriormente y según fijaba el Reglamento de Accidentes de Trabajo, tiene naturaleza punitiva o sancionadora, es decir, que es consecuencia del incumplimiento por parte del empresario de una norma legal. Ahora bien, tal incumplimiento puede originar un acontecimiento, el accidente de trabajo o la enfermedad profesional, del cual se van a derivar unas consecuencias, la imposibilidad para el trabajador de realizar cualquier trabajo —en el presente caso— y esa inutilidad laboral es la que encuentra su protección en la Seguridad Social. Tal protección va

dirigida a la sustitución de un salario por una pensión vitalicia, y a la atención asistencial precisa, sobre estas prestaciones, que nacen, en base a la infracción empresarial y son consecuencia de ella, se aplica una sanción, el recargo, que en su naturaleza se convierte en una mejora de prestaciones. Es decir, el recargo actúa sobre la prestación nacida como consecuencia del acto punible, pero sólo puede tener reflejo sobre la parte económica y no sólo en la relativa al trabajador, sino también en la que pueden abonar a sus familiares.

El incremento de la pensión del gran inválido es una consecuencia de su estado funcional, y por ello, de distinta sustantividad, que la ley señala, al establecer una diferenciación entre la protección como trabajador que no puede realizar ningún trabajo y persona que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesita de una ayuda especial.

Por lo antes expuesto, es claro que la sentencia que comentamos viene a aplicar correctamente el principio de que el recargo es aplicable a la pensión básica reconocida al trabajador y no sobre el incremento remuneratorio de la persona que atienda al gran inválido, aduciendo para ello «muy acertadamente» que el ordenamiento jurídico no acepta, por perturbadoras, las interpretaciones extensivas agravatorias. (R. F. S.)

VI

REGIMEN ESPECIAL AGRARIO

ACCIDENTE DE TRABAJO DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA

Sentencia de 2 de febrero de 1972, Ar./72, n. 441:

1. Un agricultor autónomo fallece como consecuencia de una chispa eléctrica, que le alcanza próximo ya a su domicilio y cuando se dirigía a éste a protegerse de la fuerte tormenta que se había desencadenado mientras se hallaba realizando las tareas de recolección de mieses en su explotación.

2. Los padres del fallecido formulan demanda ante Magistratura de Trabajo solicitando la declaración del carácter laboral del accidente sufrido por su hijo. Magistratura desestima la demanda.

3. El Tribunal Supremo casa y anula la sentencia recurrida y condena a la Mutua Nacional Agraria a pagar a los demandantes las correspondientes prestaciones por muerte de su hijo en accidente de trabajo.

La doctrina de la sentencia fija el sentido que debe atribuirse a los artículos 33.4 de la ley de 31 de mayo de 1966, reguladora del Régimen especial Agrario, y 42.2 del Reglamento que la desarrolla, de 23 de febrero de 1967 (14).

(14) Artículos que se corresponden, en la normativa actualmente en vigor, con el 31.4 del Decreto 2.123/1971, de 23 de julio, texto refundido de las leyes de 31 de

Señala el Tribunal Supremo que «si bien en ellos se excluye el accidente *in itinere*—según reiterada interpretación jurisprudencial—... no tienen ese carácter los sufridos por el trabajador cuando vaya o vuelva de su explotación agraria transportando productos, abonos, aperos o útiles de labranza procedentes de ella o para utilizarlos en la misma, pues ello es equivalente al hecho de ir trabajando, y los accidentes ocurridos en tales casos son realmente consecuencia directa del trabajo y han de ser considerados como accidentes laborales propiamente dichos».

Sobre esta base, considera el accidente debatido como laboral, ya que la víctima, ante la intensidad de la tormenta y tras el intento de salvar los productos que recolectaba, salió corriendo con los útiles de trabajo en dirección a su domicilio.

4. El accidente de trabajo ha sido objeto de una nueva definición en nuestro Derecho, al aplicarse a los trabajadores autónomos de la agricultura. La ley de 31 de mayo de 1966, en su artículo 15, remitía al Régimen general en cuanto a la fijación de los conceptos de cada una de las contingencias protegidas, con la excepción única del accidente de trabajo y la enfermedad profesional de los trabajadores por cuenta propia (15).

El accidente de trabajo, en la versión que de él ofrece la LSA, exige la concurrencia de los siguientes elementos:

a) Prestación de trabajo por cuenta propia, precisamente de aquél que determina su inclusión en el Régimen especial Agrario. Hace referencia, este elemento, a aquellos artículos que en la ley y el Reglamento determinan el campo de aplicación y definen qué debe entenderse por labores agrarias.

b) Relación entre la lesión y el trabajo señalado, que se tipifica con mayor rigor, puesto que exige:

— Que el accidente ocurra como «consecuencia directa e inmediata del trabajo».

— Que se produzca en la explotación de que sean titulares.

La primera de estas exigencias incide en la distinción entre accidentes *por consecuencia*, entendiéndose por tal el «producido de manera inmediata y directa por el

 mayo de 1966 y 22 de diciembre de 1966, y 45,2 del Reglamento que lo desarrolla de 23 de diciembre de 1973 (B. O. del E. de 19 de febrero de 1973). Cfr. C. RODRÍGUEZ NAVARRO: «Varias sentencias sobre el accidente de trabajo del agricultor autónomo», RISS, núm. 1, 1969, págs. 739-743.

(15) El Régimen especial Agrario escinde su campo de aplicación en dos categorías: trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia; diversificación que trasciende a la intensidad de la protección otorgada a cada categoría. Los trabajadores autónomos de la agricultura ven reconocido el concepto de accidente de trabajo, a diferencia de lo que ocurre con los autónomos de la Industria, Servicios y Consumo. Este reconocimiento, respecto al trabajador agrícola gozaba ya de arraigo en nuestro Derecho; a ello hace referencia C. DEL PESO Y CALVO: «Previsión y Seguridad Social del trabajador agrícola», RISS, número 2, 1962, págs. 376 y sigs.

ejercicio de la actividad laboral», y accidentes *por ocasión*, «originados en la realización de actos distintos a la tarea laboral, pero que no se hubieran ejecutado si el trabajo no hubiese dado ocasión a ellos o impuesto la necesidad de su ejecución, y en cuyos accidentes la causa directa del siniestro no es el trabajo en sí mismo, sino el acto o los actos necesarios o convenientes para poder realizarlo» (16).

Dada la configuración que del accidente de trabajo se hace para los agricultores autónomos no parece que gocen de protección sino los primeros, accidentes por consecuencia o propios, a diferencia de lo que ocurre respecto a los trabajadores por cuenta ajena (el artículo 84.1.º de la LSS formula una expresión amplia «... con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute...»).

La segunda exigencia - localización del accidente en la explotación, al parecer, en sus términos físicos -, supone, como bien señala la jurisprudencia, la exclusión de los accidentes *in itinere*, categoría fundamental dentro de los accidentes por ocasión o impropios. Esto no obstante, es importante señalar que el artículo 8.º del Reglamento de 1967 y el de 1972 incluye entre las labores agrarias las operaciones de transporte de los productos obtenidos a los lugares de acondicionamiento. Los accidentes ocurridos en estas operaciones deben revestir el carácter de laboral, aun cuando se produzcan extralímites de la finca, ya que forman parte de los «trabajos que determinan la inclusión en el Régimen agrario», si bien no constituyen, por lo mismo, accidentes *in itinere* (no ocurren al ir o volver del trabajo, sino realizándolo). Ello conduce a considerar el concepto de explotación en un sentido amplio, comprensivo de las tareas o actividades profesionales, es decir, más en un sentido económico que físico.

La reconstrucción de este nuevo concepto nos llevaría aun a plantearnos otras cuestiones, entre las que resalta la relativa a la aplicación del artículo 84 de la LSS. El artículo 15 de la LSA impide acudir al concepto que aquél fija, ya que lo sustituye por otro; pero, con ello, ¿sería posible aplicar alguna de sus normas en cuanto no contradiga el concepto del artículo 33.4 y siempre que nada se indique al respecto en la legislación del Régimen especial?

Es en este campo donde debe operar en gran medida la interpretación jurisprudencial. Algunos de los supuestos ofrecen interés y permiten completar el concepto que estudiamos. Supondría, además, la posibilidad de trasladar a este campo la teoría, ya muy perfilada, del accidente de trabajo tal y como se concebido en el Régimen general.

Pensemos, por ejemplo, en las normas que determinan la incidencia sobre el accidente de trabajo de la fuerza mayor, el dolo, la imprudencia temeraria, que deberían, lógicamente, ser aplicables en toda la extensión con que se conciben en el Régimen general.

No existe tampoco obstáculo en afirmar las mismas conclusiones respecto a la concurrencia de la imprudencia profesional o culpabilidad civil o criminal de terceras personas. En todo caso, deben considerarse como elementos concurrentes *no obstructivos*

(16) C. DEL PESO Y CALVO: «Pasado, presente y futuro del accidente *in itinere*», *R.I.S.S.*, número 2, 1968, págs. 275 y sigs., en relación con la doctrina formulada en la sentencia de 26 de octubre de 1966.

de la calificación del accidente, es decir, son incidencias, componentes marginales o accesorios, que no impedirán su existencia siempre y cuando con independencia de ellos se cumplan los requisitos tipificadores específicos del concepto.

Del mismo modo, puede valorarse como accidente laboral la enfermedad común contraída con motivo de la realización del trabajo (art. 84.5.e) y como consecuencia directa del mismo.

Finalmente, la exclusión de los accidentes «por ocasión» destruye la presunción que se consagra en el artículo 84.6 de la LSS. El supuesto es difícilmente compatible con el nuevo concepto, que requiere que conste expresamente la conexión directa e inmediata con el trabajo realizado.

5. Las directrices que marca la jurisprudencia en torno al concepto del accidente de trabajo de los agricultores autónomos consagran criterios más flexibles que aquéllos a que conduciría una interpretación literal de los preceptos.

— Se excluye el accidente *in itinere* (sentencias de 25 de marzo de 1970, Ar./70, n. 2.266; 22 de enero de 1971, Ar./71, n. 350), pero se admiten como laborales todos aquellos accidentes ocurridos en el camino cuando se transporten elementos necesarios para la explotación o productos de ésta (sentencias de 8 de octubre de 1968, Ar./68, n. 4.190; 26 de febrero de 1969, Ar./69, n. 1.161).

— Se considera ampliamente el concepto de explotación agraria, desvinculándola de los límites físicos de la finca (sentencia de 24 de septiembre de 1970, Ar./70, n. 3.853) y siempre que las operaciones efectuadas extra fundo se integren dentro de la finalidad perseguida con la actividad agrícola (sentencia de 28 de noviembre de 1970, Ar./70, n. 4.585), entendiéndola como una «entidad económica» que comprende las distintas operaciones que se integran en el ciclo de la producción (sentencia de 9 de marzo de 1970, Ar./70, n. 1.161) por ser imprescindibles o esencialmente convenientes en orden al mejor cultivo y rendimiento (sentencia de 9 de marzo de 1971, Ar./71, n. 1.064). (L. N. L.)

VII

REGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES DEL MAR

PROBLEMAS QUE PLANTEA EL SISTEMA DE REMUNERACIÓN «A LA PARTE».

RIESGO DE ACCIDENTES DE TRABAJO: COTIZACIÓN, PRESTACIONES

Sentencia de 7 de marzo de 1972, Ar./72, n. 1.097:

1. La viuda de un trabajador dedicado a actividades marítimo pesqueras y remunerado por el sistema denominado «a la parte» presenta demanda ante la Magistratura

tura de Trabajo tras el fallecimiento de su esposo como consecuencia de un accidente de trabajo reclamando diferencias de pensión, al entender que no han sido calculadas las de orfandad y viudedad de acuerdo con el salario realmente percibido por su esposo en el año anterior a su fallecimiento.

2. La Magistratura de Trabajo dicta sentencia estimando las pretensiones de la actora y condenando a los demandados a pagar a la misma una pensión equivalente al 45 por 100 del salario realmente percibido por su esposo (declarado en la sentencia como hecho probado) incrementada en un 20 por 100 más por cada uno de los hijos con derecho a orfandad. Contra esta sentencia recurre el armador en casación ante el Tribunal Supremo.

3. El Tribunal Supremo estima el recurso, casa y anula la sentencia recurrida absolviendo al armador y condenando al resto de los demandados a satisfacer a la actora además del subsidio de defunción, una cantidad a tanto alzado equivalente a la diferencia entre la ya abonada y el importe de ocho mensualidades calculadas sobre el salario realmente percibido por su esposo, así como a ingresar en la Caja Nacional el capital necesario para completar las pensiones de viudedad y orfandad calculadas también sobre el salario real.

Determina en primer lugar el Tribunal Supremo cuál es el salario regulador que ha de ser tomado como base para el cálculo de las prestaciones en virtud de la normativa aplicable (Decreto de 23 de marzo de 1967, que reguló transitoriamente la Seguridad Social de las actividades marítimo-pesqueras hasta la entrada en vigor de la ley de 30 de diciembre de 1969 y su Reglamento de 9 de junio de 1970, reguladores del Régimen especial de Seguridad Social de los trabajadores del mar), y que establece que serán los salarios realmente cotizados o los reglamentarios en caso de que las cotizaciones fueren inferiores a éstos. Respecto a la cotización determina el Decreto de 1967 que para el riesgo de accidentes de trabajo y en la modalidad de pesca «a la parte» se deducirán del monte mayor o «montón» y consistirán en el 2 por 100 del producto de la pesca vendida en lonja.

En el segundo de los considerandos el Tribunal Supremo estima el primer motivo del recurso, disponiendo que en este caso concreto no puede acudirse a los artículos 92.5 y 94.2.c, que exoneran a las entidades gestoras de la responsabilidad entre lo efectivamente cotizado y lo que hubiera debido cotizar el empresario e imponen la responsabilidad patronal por esta diferencia; por tanto, declara que han sido violados los artículos 23.1.º, 42 y el 196 y concordantes de la ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, que determinan la asunción del pago de las prestaciones por las entidades gestoras en sustitución de los patronos debidamente asegurados.

Los demás motivos del recurso son desestimados en el tercero de los considerandos.

4. Esta sentencia es una muestra más del criterio seguido por el Tribunal Supremo en materia de bases reguladoras en orden al cálculo de las prestaciones derivadas de accidentes de trabajo, aunque en este caso está matizado por el peculiar sistema de

cotización establecido para la pesca «a la parte», lo que da lugar a que en el segundo de los considerandos determine la no aplicación en este caso de los artículos 92 y 94 de la LSS, exonerando, por tanto, al empresario de responsabilidades.

En cuanto a la cotización por el riesgo de accidentes de trabajo en la pesca «a la parte» se deducirá del monte mayor o «montón» (17) y consistirá en el 2 por 100 del producto de la venta del pescado (artículo 4.º, regla 4, apartado 2.º, y artículo 5.º, regla 6, apartado 1.º del Decreto de 23 de marzo de 1967). Se determina además que aun siendo este el sistema de cotización, las prestaciones se calcularán sobre los salarios reglamentarios en caso de ser éstos superiores a las cotizaciones (artículo 4.º, regla 2, del Decreto de 23 de marzo de 1967).

Parece ser que el Tribunal Supremo no mencione en esta sentencia más que las cotizaciones y los salarios reglamentarios sin hacer alusión a los salarios reales como lo hace en otros sobre la misma materia (sentencia de 4 de diciembre de 1970, Ar./70, número 5.163), pero no podemos olvidar que cuando se habla de cotizaciones para el riesgo de accidentes de trabajo se entiende siempre que giran sobre salarios reales. Lo que interesa destacar aquí es que la legislación aplicable y ya examinada establece una a modo de prelación en orden a las bases reguladoras que han de tomarse para el cálculo de las prestaciones por accidente de trabajo: se tomarán en primer lugar los salarios reales devengados por el trabajador en el año anterior a su fallecimiento (salarios reales que coincidirán con los que se han tomado como bases de cotización para accidentes de trabajo en supuestos normales), en defecto de éstos se acude a la reglamentación vigente en la materia y únicamente podrá aplicarse ésta cuando la cuantía allí establecida como salario para cada categoría profesional sea superior a las bases tomadas para el ingreso de las cotizaciones oportunas. En esta línea se encuentra la sentencia de 4 de diciembre de 1970 antes citada.

5. En el segundo de los considerandos se entra ya en el examen de los motivos del recurso, estimando el primero de ellos; argumenta el Tribunal Supremo de la si-

(17) La modalidad de pesca «a la parte» tiene como característica fundamental la división del pescado, a la vuelta de la pesca, en dos montones, uno denominado monte mayor o montón y que corresponde al armador, y otro denominado monte menor que se reparte entre el resto de la tripulación. Las cotizaciones para el riesgo de accidentes de trabajo es lógico, por tanto, que se deduzca del monte mayor, así lo establecía el Decreto de 23 de marzo de 1967 y posteriormente la ley de 30 de diciembre de 1969. Respecto a este sistema de cotización la ley de 1969 establece en su artículo 20 lo siguiente: «La cotización para el riesgo de accidentes de trabajo se realizará sobre las remuneraciones efectivamente percibidas según los criterios del Régimen general y en la pesca "a la parte" se estimarán como tales remuneraciones las que determinen anualmente las Delegaciones Provinciales de Trabajo a propuesta de la Entidad gestora, quien consultará preceptivamente al Sindicato Provincial de Pesca...» Si comparamos, pues, lo establecido en este artículo con la legislación anterior que establecía que consistiría en un 2 por 100 del producto de la pesca, observaremos que en este último caso la cotización podía sufrir grandes altibajos, grandes desniveles en cuanto a su cuantía, teniendo en cuenta los factores alcaforados que influyen en las actividades marítimo-pesqueras; por tanto, el establecimiento de una cantidad fija anual viene a solucionar problemas como

guiente manera: no es posible la aplicación de los artículos 92.5 y 94.2.c, puesto que en la póliza no se estableció una cantidad determinada, sino tan sólo el 2 por 100 del producto de la venta del pescado, siendo por ello imposible estimar que se cotizase por una cantidad inferior a la debida, presupuesto indispensable para imputar responsabilidades al empresario, de ahí que deban aplicarse los artículos que considera el recurrente que han sido violados y que imponen el pago de las prestaciones a las entidades aseguradoras; esta interpretación parece ser la más adecuada al caso que nos ocupa (siempre basándonos en el peculiar sistema de cotización que hemos examinado), pues aunque la doctrina afirma (18) y el Tribunal Supremo tiene reiterada jurisprudencia (sentencias de 25 de octubre de 1971, 18 de junio de 1971 y 21 de abril de 1971, Ar./71, ns. 4.231, 2.673 y 1.416; sentencias de 15 de abril de 1970, 4 de marzo de 1970 y 13 de marzo de 1970, Ar./70, ns. 1.763, 1.138 y 1.196) en orden a imputar responsabilidades al patrono por la parte no asegurada en caso de cotizaciones inferiores a las debidas aquí no ha sido posible estimarlo al no constar cantidad determinada, sino solamente un porcentaje como ya hemos dicho antes. Otro punto distinto y que ya nos lleva al tercero de los considerandos es que las prestaciones hayan de calcularse sobre los salarios reales o sobre los reglamentarios en caso de no poder determinarse los reales, pero no hay duda de que se sabía cuáles fueron los salarios reales del trabajador y además constan como hechos probados en la sentencia de instancia, con lo cual se desestima el segundo de los motivos del recurso fundado en no haber acudido a la reglamentación pertinente para determinar el salario real.

Otro punto interesante a destacar en esta sentencia es el de la incongruencia de la misma alegada por el recurrente como otro de los motivos del recurso y que fundamenta en que la sentencia concede menos de lo pedido por la actora, señalamos solamente algunas de las sentencias del Tribunal Supremo en la materia (sentencias de 20 de junio de 1967, 24 de febrero de 1967 y 28 de marzo de 1967, Ar./67, ns. 2.331, 1.080 y 1.185) que determinan que no incide en incongruencia la sentencia que concede menos de lo pedido, «la concordancia entre el pronunciamiento y la petición no queda quebrantada si aquél concede menos de lo pedido pero en la línea de lo postulado». (M. L. S.)

(Sección dirigida por el profesor doctor don LUIS ENRIQUE DE LA VILLA, y en la que colaboran doña DOLORES CLEOFÉ SÁNCHEZ, don TEÓFILO DELGADO LÓPEZ, don AURELIO DESDENTADO BONETE, don RAFAEL FERNÁNDEZ SEDANO, don JOAQUÍN DE LA GALA COMÍN, doña LIDÓN NEBOT LOZANO, don ALBERTO DE PEREDA MATEOS y doña MARÍA LUZ SÁNCHEZ.)

el que nos ocupa en cuanto a imputación de responsabilidades y a la vez garantizar un mínimo de protección a ese sector de la población activa que son los trabajadores del Mar.

(18) GONZALO DIEGUEZ CUERVO: *La responsabilidad directa de las prestaciones de la Seguridad Social*, Univ. Navarra, Pamplona, 1968, págs. 35, 36 y 37.