

LA PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN ORDEN AL PAGO DE PRESTACIONES: PERSPECTIVAS LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

CAROLINA GALA DURÁN

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Autónoma de Barcelona*

EXTRACTO

La aproximación al tema de estudio lleva aparejada una conclusión que no por obvia deja de ser esencial, esto es, la necesidad –cada vez más acuciante– de proceder a una nueva regulación en materia de responsabilidad en orden al pago de prestaciones, que debería partir, a nuestro entender, de una necesaria “perspectiva de conjunto”, y ello, esencialmente, por cuatro motivos.

Y es que, la citada regulación no sólo debería recoger suficientemente los distintos supuestos de imputación de responsabilidad, sino también regularlos teniendo en cuenta las consecuencias que los mismos tienen no sólo para el beneficiario de la prestación sino también para el propio sistema de seguridad social, y junto a ello, aun cuando deberían tenerse en cuenta las actuales diferencias entre riesgos profesionales y riesgos comunes, no hay duda que debería eliminarse cualquier supuesto de desprotección para el beneficiario, ampliándose, por tanto, el alcance del principio de automaticidad y la consiguiente responsabilidad de las entidades gestoras y colaboradoras.

Con un alcance más específico pero con una importancia práctica cada vez más crucial, esa nueva regulación debería tratar ampliamente los supuestos de exigencia de responsabilidad en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras o servicios, la cesión ilegal de trabajadores, las empresas de trabajo temporal y la sucesión de empresa, por cuanto, especialmente en el primero de los ámbitos citados, las soluciones jurisprudenciales no sólo son diversas sino que dejan sin aclarar si es posible o no acudir ya a lo dispuesto en el artículo 127 del TRLGSS y cuál es el alcance y tipo de responsabilidad que cabe aplicar en estos supuestos, incertidumbre que no ha resuelto la nueva redacción dada al artículo 42 del TRLET por la Ley 12/2001. A la misma conclusión, pero desde la perspectiva de los límites temporales y materiales, cabe llegar en el caso de la sucesión de empresa.

Al análisis de estas cuestiones, además de a la diversidad de criterios judiciales que, por otra parte, se ha visto acompañada, en los últimos cuatro años por una labor de reinterpretación legal muy importante, se dedica, pues, el presente trabajo.

ÍNDICE

1. Líneas generales de la responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones
2. La problemática jurisprudencial en el marco de la responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones. 2.1. Consideraciones generales. 2.2. La falta de inscripción empresarial y de afiliación y/o alta de los trabajadores en la seguridad social. 2.3. El incumplimiento de la obligación de cotizar. 2.4. Los supuestos de infracotización
3. Conclusiones

1. LÍNEAS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN ORDEN AL PAGO DE PRESTACIONES

No hay duda que una –y probablemente de las de mayor importancia– de las cuestiones pendientes en la configuración de nuestro sistema de seguridad social se centra en la conformación de la responsabilidad (o más bien responsabilidades) que debe surgir en el caso de incumplimiento por parte del empresario de las obligaciones de inscripción empresarial, afiliación y/o alta de los trabajadores o cotización.

Responsabilidad que a pesar de los intentos llevados a cabo, entre otros, por el propio Pacto de Toledo de 1995¹ y por el reciente “Acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de la Seguridad Social” de abril de 2001², adoptado entre CEOE, CEPYME, CCOO y el Gobierno³, sigue huérfana de

¹ En su Recomendación XII se establecía que: “La Ponencia propone que se proceda a la regulación de la responsabilidad en orden a las prestaciones, adecuada a la realidad actual y a las características del modelo presente de Seguridad Social”.

² En adelante, Acuerdo de Pensiones 2001.

³ En efecto, en su apartado XI (“Responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones en materia de Seguridad Social”) se señala que “la regulación actual data del año 1966. La evolución experimentada por el sistema de la Seguridad Social desde entonces ha originado un desfase entre la citada regulación y las nuevas realidades sociales, de manera que resulta notoria su falta de adecuación a las circunstancias presentes. De ello deriva la necesidad de abordar una reforma de las líneas legales que han de configurar el instituto de la responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones de empresarios y trabajadores en materia de Seguridad Social, reforma que ha de tener como pilares fundamentales los siguientes principios: mantenimiento de las garantías del trabajador para acceder a la protección del sistema de la Seguridad Social; una adecuada combinación del alcance y de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de afiliación y/o de cotización por parte de las empresas, de manera que la aplicación del principio anterior no origine, de forma total o parcial, una exoneración de la responsabilidad; y, la necesidad de preservar el equilibrio financiero del sistema de la Seguridad Social”. Por su parte, la Exposición de Motivos del Acuerdo prevé que: “A su vez, y desarrollando las Recomendaciones del Pacto de Toledo, se sigue avanzando en la convergencia de los Regímenes Especiales... así como en la responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social...”.

una regulación específica y completa que no sólo actualice las diferentes opciones posibles sino que las adapte —desde una necesaria perspectiva de conjunto— a la realidad social actual. Los únicos avances acaecidos en este ámbito (directo uno e indirecto el otro) se concretan en la nueva redacción dada al artículo 44 del TRLET por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad y en la reforma llevada a cabo en el propio artículo 126 del TRLGSS por parte de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social⁴.

Nueva redacción del artículo 44 del TRLET que, aun salvando —y aclarando— la vigencia del artículo 127.2 del TRLGSS, sigue planteando importantes dudas respecto de los límites temporales y materiales de la responsabilidad en orden al pago de prestaciones que cabe atribuir a los empresarios cedente y adquirente en los supuestos de sucesión de empresa.

Y reforma del artículo 126 del TRLGSS que si bien se encuentra claramente fundamentada en el Acuerdo de Pensiones 2001, no supone la implantación de un sistema actualizado de responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones sino simplemente, como veremos más adelante, el intento de limitar el alcance de la responsabilidad que, en el caso de incumplimiento de las obligaciones de encuadramiento y cotización, asumen la entidad gestora y las entidades colaboradoras en virtud del principio de automaticidad, pudiendo dar lugar a nuevos supuestos de desprotección de los beneficiarios de las prestaciones⁵.

En todo caso, la falta de una regulación específica actualizada en materia de responsabilidad empresarial se viene supliendo mediante la aplicación, con valor reglamentario, de los preceptos de la Ley de Seguridad Social de 1966⁶ (artículos 94 a 96), que responden, tal y como viene reconociendo incluso y desde hace años la propia jurisprudencia, a principios muy distintos de los que rigen actualmente el sistema de seguridad social y cuya continua reinterpretación

⁴ Al respecto, MERCADER UGUINA, J.R., “Administrativización y contractualización de las leyes y sus efectos sobre las de acompañamiento”, *Relaciones Laborales* nº 7/2002, pág. 105 y ss; y PANIZO ROBLES, J.A., “Las últimas modificaciones en el ámbito de las prestaciones de la Seguridad Social”, *Relaciones Laborales* nº 2/2002, pág. 89 y ss.

⁵ En palabras de MERCADER UGUINA, “...ambas exigencias se han materializado en claro menoscabo, a nuestro juicio, de los intereses sociales en esta materia pues, tras esperar y des-esperar durante cerca de cuarenta años hasta obtener una específica regulación, la que ahora se materializa observa un claro sesgo restrictivo: se penaliza al trabajador por los incumplimientos en los que puede incurrir su empresario...”, en “Administrativización...”, *op.cit.* pág. 106.

⁶ Decreto 907/1966, de 21 de abril (BOE de 22 de abril), en adelante LSS 1966.

ción⁷ no sólo está dando lugar a problemas de muy diversa índole, sino que ha llevado incluso, en algunas ocasiones, a los propios Tribunales a lo que podríamos denominar como “*camino sin salida*” (es el caso, por ejemplo, de la aplicación que algunos Tribunales Superiores de Justicia hicieron, en el ámbito de los riesgos profesionales, del criterio de proporcionalidad elaborado por el Tribunal Supremo en sede de riesgos comunes a partir de la sentencia de 8 de mayo de 1997).

Pues bien, aun cuando vamos a centrarnos en los problemas esenciales que, desde una perspectiva jurisprudencial, está planteando actualmente la responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones así como en algunos apuntes sobre sus perspectivas de futuro, parece conveniente, no obstante, delimitar, con carácter previo, las notas esenciales que caracterizan dicha figura, para lo cabe partir, por un lado, de lo dispuesto en el artículo 126.2 del TRLGSS, en el que se prevé —con unos términos ciertamente enigmáticos— que el incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad, en cuanto al pago de las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva. Y, por otro lado, cabe tener muy presente, por las novedades que introducen, el contenido del Acuerdo de Pensiones de 2001 así como lo dispuesto en los nuevos párrafos 2º a 4º y en el nuevo apartado 4º del artículo 126 del TRLGSS, incorporados por la reciente Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, como desarrollo inmediato del citado Acuerdo.

Partiendo de todo ello cabe destacar, en primer lugar, que en el citado artículo 126.2 del TRLGSS no se halla ningún tipo de referencia a quién es el sujeto pasivo de la responsabilidad prevista, pero dado que el empresario es el sujeto responsable legalmente del cumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta, baja y cotización respecto de los trabajadores a su servicio, resulta evidente que será éste quien asuma las consecuencias de todo tipo derivadas de su eventual incumplimiento.

⁷ Tal y como señala, entre otras, la STS de 29 de noviembre de 1999 (RJ 9590): “...el artículo 94.2.b) de la Ley de la Seguridad Social de 21-4-1966 —hoy con valor reglamentario y procedente de una norma preconstitucional— debe ser objeto de una interpretación sistemática y finalista en la línea ya iniciada por la Sala. para salvar su legalidad y su conformidad con algunos principios fundamentales del ordenamiento jurídico y garantías constitucionales...”. En el mismo sentido, la STS de 25 de enero de 1999 (RJ 2476) prevé que: “...estos preceptos generales no han sido precisados hasta ahora, mediante las oportunas normas complementarias o de desarrollo, en lo concerniente a supuestos de imputación, alcance de la responsabilidad y procedimiento para su exigencia. Se ha dado lugar así a una infinidad de problemas, que la jurisprudencia ha venido resolviendo mediante el recurso provisional a la normativa de Seguridad Social anterior a 1974 y mediante la apelación a los principios del derecho de la responsabilidad por daños...”. También, entre otras, SSTSJ de Cataluña de 17 de octubre de 2001 (AS 2002/834) y de Aragón de 21 de enero de 2002 (AS 324).

Sin embargo, cabe tener en cuenta que el Acuerdo de Pensiones 2001 introdujo en este ámbito un importante matiz, al prever expresamente que una de las medidas a adoptar en el futuro debía consistir en “...*adecuar la aplicación del principio de automaticidad de las prestaciones, limitando el anticipo por parte de la Entidad Gestora o Colaboradora exclusivamente hasta la cuantía de dos veces y media el salario mínimo interprofesional. En orden a la aplicación de la citada medida, la Tesorería General remitirá anualmente a cada trabajador un documento-informe expresivo de la cuantía y número de las cotizaciones que consten en sus registros fruto de las declaraciones e ingresos efectuados por los empresarios...*”, de lo que podría deducirse un retorno, en cierta medida, al espíritu del principio de compensación de culpas que rigió en el ámbito de la responsabilidad en orden al pago de prestaciones con anterioridad al año 1959⁸. Limitación del alcance del principio de automaticidad que rápidamente pondría en práctica la reforma introducida en el artículo 126.3 del TRLGSS por parte de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

⁸ Cabe tener en cuenta que el principio de “*compensación de culpas*” tuvo su origen en la jurisprudencia e implicaba que la falta de ejercicio por parte del trabajador de su facultad de instar la afiliación determinaba la pérdida del derecho a ser indemnizado por el empleador. En este sentido, en la STS de 12 de diciembre de 1944 (RJ 1360) se establecía que: “...*la falta de afiliación o inclusión en el Régimen de los Seguros Sociales de Ancianidad o Retiro Obrero no es atribuible tan sólo al empresario que dejare de inscribirles y abonar las correspondientes cuotas, sino que participa en ella el propio trabajador, que en tiempos reiteradamente señalados, bien para afiliarse por sí, o para que se exigiere lo hiciera el patrono, deja de realizar la gestión oportuna. Por tanto, y al ser partícipe en la negligencia que como fundamental de lo accionado se aduce invocando el artículo 1902 del Código Civil el propio perjudicado, no juega este precepto, que sólo lo hace con eficacia, siendo unilateral la culpa dañosa...*”. Doctrina criticada por SÁNCHEZ MONÍS, fundamentándose para ello en que para que pudiera considerarse aplicable la compensación de culpas sería condición necesaria que la culpa o negligencia empleada por ambas partes produjera mutua y recíprocamente consecuencias dañosas para ambos, y en el caso de falta de afiliación, la culpa del empresario al no afiliarse al trabajador causa un daño a éste, al hacer imposible la concesión de las prestaciones, que de otro modo podría obtener, mientras que la supuesta conducta negligente del trabajador al no solicitar su afiliación, no haciendo uso de la facultad que la ley le reconoce, no causa ningún efecto dañoso para el empresario, sino, antes al contrario, posiblemente le comportaría un ahorro económico por la consiguiente falta de cotización. Ante ello, defendía la obligación del empresario de indemnizar los daños y perjuicios que su incumplimiento doloso o culposo ocasionase al trabajador y que, generalmente, consistirían en la privación de los beneficios o prestaciones. En fin, dicho principio de compensación de culpas siguió aplicándose por la jurisprudencia hasta que el Decreto de 4 de junio de 1959 estableció, de forma imperativa, el principio de responsabilidad empresarial, siendo refrendada tal posición por la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963, cuya exposición de motivos proclamaba la supresión “...*de las aplicaciones de la ya arcaica teoría de la compensación de culpas...*” como una de las garantías básicas para la efectividad de las prestaciones. Al respecto, SÁNCHEZ MONÍS, F., “La responsabilidad por falta de afiliación a los Seguros Sociales y la doctrina de la compensación de culpas”, *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, nº 5, 1957, pág. 1193-1194.

Y ello supone un retorno, en cierta medida, al citado principio de compensación de culpas ya que partiendo de la perspectiva de la limitación de la aplicación del principio de automaticidad de las prestaciones —perspectiva a la que haremos referencia posteriormente— parece quererse corresponsabilizar al propio trabajador del cumplimiento efectivo de las obligaciones empresariales de afiliación, alta y cotización, ya que aun cuando el sujeto responsable de tales obligaciones sigue siendo el empresario, el trabajador como consecuencia de la información que recibe anualmente de la Tesorería General de la Seguridad Social estará —o deberá estar— al corriente de una eventual falta de afiliación y/o alta en la seguridad social (si, por ejemplo, no recibe ninguna información al respecto) o de una cotización defectuosa (por la existencia de descubiertos más o menos importantes o por tratarse de un supuesto de infracotización), y en base a ello se supone que o bien deberá reclamar ante el empresario para que éste regularice la situación o presentará una denuncia ante el órgano correspondiente o bien no hará nada, en cuyo caso resultaría de aplicación la limitación del principio de automaticidad antes señalada y, por tanto, en el supuesto de que llegase a actualizarse el citado principio, el trabajador no quedaría protegido por la totalidad del importe de la prestación que le correspondiese sino, como máximo, hasta la cuantía de dos veces y media el salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante o hasta la cuantía correspondiente al importe del capital coste necesario para el pago anticipado, con el límite indicado por las entidades gestoras, mutuas o servicios.

Por tanto, de tener derecho un trabajador, como es bastante frecuente, a una prestación de cuantía superior, hasta la citada cuantía respondería, por vía de anticipo, la entidad gestora o colaboradora y del resto respondería, única y exclusivamente, el empresario, con el eventual riesgo de insolvencia por parte de éste, salvo en los casos previstos en el artículo 94.4 de la LSS de 1966, esto es, la responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo-INSS en los casos de accidente de trabajo o enfermedad profesional. En definitiva, si el empresario responsable constituye finalmente el correspondiente capital coste o se declara, ante la insolvencia empresarial y la consiguiente aplicación del citado artículo 94.4 de la LSS de 1966, la responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo-INSS el trabajador percibirá la totalidad de su prestación.

Cabe tener en cuenta, no obstante, que de darse la citada responsabilidad subsidiaria, la diferencia respecto del sistema anterior a la Ley 24/2001, consiste en obligar al trabajador a reclamar frente al empresario la diferencia de prestación y a esperar a que se produzca la correspondiente declaración de insolvencia empresarial para poder acudir a la cobertura del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo-INSS (volviéndose con ello parcialmente al sistema diseñado originariamente por la LSS de 1966) y junto a ello, cabe

tener presente que, de declararse dicha insolvencia, la entidad gestora va a acabar asumiendo la diferencia de cuantía. En definitiva, el nuevo sistema supone un ahorro de costes para las Mutuas y un incremento de las obligaciones y de la desprotección del beneficiario de la prestación.

En cambio, si se trata de una prestación derivada de riesgos comunes o de las prestaciones de jubilación o maternidad, si el empresario no ingresa el correspondiente capital coste, al no jugar la responsabilidad subsidiaria del artículo 94.4 de la LSS de 1966, el trabajador quedará desprotegido y no percibirá la diferencia entre el límite previsto de dos veces y media el salario mínimo interprofesional y la cuantía real de su prestación.

En cualquier caso, para el cálculo del importe de las prestaciones o, en su caso, del capital coste necesario para el pago de las mismas, por parte de las Mutuas o de las empresas responsables, ha de incluirse el interés de capitalización, así como el recargo de aseguramiento establecido pero se excluye el recargo de prestaciones previsto en el artículo 123 del TRLGSS.

Perspectiva de corresponsabilidad del trabajador que, a nuestro entender, resulta discutible por varios motivos:

a) Por un lado, porque conforme a la regulación vigente —y sobre la base de la propia lógica del sistema— el único sujeto responsable de las obligaciones de afiliación/alta y cotización en el régimen general de la seguridad social es el empresario, a todos los efectos, y sujetos facultados —no, por tanto, obligados— lo son el propio trabajador y la Administración de la Seguridad Social⁹.

b) Por otro lado, la labor de vigilancia y control del cumplimiento de las citadas obligaciones por parte del empresario no puede corresponder al propio trabajador sino, única y exclusivamente, a la Administración de la Seguridad Social, que cuenta para ello con diversos y variados mecanismos, más rápidos y eficaces que los que pueda ejercer un trabajador.

c) En la misma línea anterior, la lucha contra el fraude actualmente existente en materia de cotización a la seguridad social y las consiguientes consecuencias que el mismo tiene para el conjunto del sistema de seguridad social, debe ir encaminada hacia un mayor control del cumplimiento de las obligaciones y no hacia la reducción de las responsabilidades que asumen efectivamente las entidades gestoras o colaboradoras en el caso de incumplimiento de las citadas obligaciones.

d) Una corresponsabilidad como la señalada está presuponiendo un conocimiento exacto y generalizado por parte de todos los trabajadores de los complejos mecanismos de encuadramiento y, sobre todo, de cotización a la seguridad social, conocimiento que no les es exigible y, a la vez, se olvida que el trabajador y el empresario no se encuentran en una situación de igualdad,

⁹ Basta recordar lo dispuesto en los artículos 12, 13, 15, 100, 103 y 104 del TRLGSS.

pudiéndose producir, por tanto, supuestos en los que el trabajador, por su situación contractual (trabajador temporal, por ejemplo) o por otro motivo, aun cuando sea consciente de la existencia de un incumplimiento no pueda reclamar frente al mismo por temor a perder su puesto de trabajo en la empresa.

e) una medida de este tipo contradice incluso uno de los principios aplicables en materia de responsabilidad empresarial también recogido en el mencionado Acuerdo de Pensiones 2001, como es el mantenimiento de las garantías del trabajador para acceder a la protección del sistema de seguridad social.

Y a todo ello cabe añadir que el establecimiento de un sistema de responsabilidad exige la puesta en práctica de un sistema de información y recepción de la información (Tesorería General-trabajadores) con las máximas garantías, requisito que no se está cumpliendo actualmente. Y ello por cuanto va a resultar muy discutible aplicar la limitación del principio de automaticidad cuando no pueda probarse que el trabajador ha recibido efectivamente la correspondiente información.

En definitiva, aun cuando puede resultar muy útil que los trabajadores reciban información periódica sobre su situación a los efectos de encuadramiento y cotización a la seguridad social, el contenido de dicha información no debería alterar ni la eventual responsabilidad del empresario en orden al pago de prestaciones, ni suponer una vía de limitación de la responsabilidad que las entidades gestoras y colaboradoras asumen como consecuencia de la aplicación del principio de automaticidad de las prestaciones.

En segundo lugar, cabe señalar que la responsabilidad empresarial se concreta en el pago, según el caso, de una o varias prestaciones del sistema de seguridad social, incluyéndose tanto las prestaciones técnicas (asistencia sanitaria) como las económicas (incluida la prestación por desempleo), pudiendo alcanzar dicha responsabilidad a la totalidad o a parte de la prestación correspondiente. Todo ello con independencia de la contingencia que haya causado la prestación, común o profesional.

En este ámbito, simplemente cabe destacar que la tendencia general en la jurisprudencia ha sido la de declarar la responsabilidad empresarial por la totalidad de la prestación de la que se trate, aun cuando dicha tendencia ha sido corregida en los últimos años, como veremos más adelante, por el Tribunal Supremo estableciendo un principio de “*proporcionalidad*” de la responsabilidad en relación con la gravedad del correspondiente incumplimiento empresarial¹⁰; principio que, si bien ya había sido defendido con anterioridad

¹⁰ En este sentido es especialmente ejemplificativa la STS de 25 de enero de 1999 (RJ 2476), en la que se afirma: “...uno de los principios del derecho de la responsabilidad por daños que la jurisprudencia tiene en cuenta para la atribución al empresario de la responsabilidad directa

por algunas sentencias, no se deduce, sin embargo, del contenido de las normas legales aplicables, señalándose al respecto en alguna sentencia que ello se debe seguramente a la enorme laguna normativa existente en la materia y que la hipótesis de la proporcionalidad puede entenderse implícita en las menciones del artículo 126 del TRLGSS al alcance de la responsabilidad empresarial (párrafo 2) y a la atenuación de la misma (párrafo 3)¹¹.

Asimismo, es conocido el distinto tratamiento —todavía presente en las normas y en las sentencias— que se otorga, en materia de responsabilidad empresarial, a los riesgos profesionales y a los riesgos comunes, aun cuando en los últimos años las tesis jurisprudenciales han tenido, en algunos casos, como resultado —no sabemos si del todo querido— un acercamiento entre las soluciones a aplicar en ambos ámbitos con unos resultados, no obstante, ciertamente discutibles. Nos estamos refiriendo, de nuevo, a la aplicación que algunos Tribunales Superiores de Justicia han hecho de la tesis de la proporcionalidad elaborada por el Tribunal Supremo a partir del año 1997, al trasladarla del ámbito de los riesgos comunes al de los riesgos profesionales.

de prestaciones es el de proporcionalidad, que exige una mínima adecuación entre la gravedad del incumplimiento y el trascendental resultado de imputar a la empresa la responsabilidad en orden a las prestaciones... El alcance lógico del principio de proporcionalidad en materia de responsabilidad empresarial directa del abono de las prestaciones de Seguridad Social comporta en algunos casos que el empresario sea exonerado de la misma, y en otros supuestos que la citada responsabilidad sea compartida con la entidad gestora, cuando la entidad o la duración del incumplimiento sean apreciables, pero las circunstancias del mismo no son particularmente graves... Es verdad... que este reparto de responsabilidades no está expresamente previsto en la legislación. Pero no es menos cierto que tal falta de previsión se debe seguramente a la enorme laguna normativa existente en la materia, y que la hipótesis de tal reparto puede entenderse implícita en las menciones del vigente art. 126 de la Ley General de la Seguridad Social al alcance de la responsabilidad empresarial (párrafo 2) y a la atenuación de la misma (párrafo 3). Otro de los principios del derecho de la responsabilidad por daños es el de ponderación de la voluntad del agente, al menos cuando la responsabilidad imputada tiene, como sucede en los supuestos de la responsabilidad empresarial directa de prestaciones de Seguridad Social, un componente sancionador de conductas de incumplimiento... La aplicación de los principios anteriormente expuestos... conduce a la conclusión de que no es proporcionado ni adecuado a la magnitud de la falta cometida imputar la responsabilidad íntegra del pago de la pensión de jubilación del demandante al Ayuntamiento demandado, teniendo en cuenta que la carrera de seguro del actor transcurrió en más de cuatro quintas partes en otras empresas, que la relación de trabajo con dicha corporación municipal tuvo en el período controvertido un carácter mediato o indirecto, que podía plantear alguna duda sobre los deberes de afiliación y cotización y que en la conducta de la misma no se aprecian indicios de rebeldía o resistencia al cumplimiento... Ello comporta... la declaración de que la responsabilidad de la prestación debe ser repartida entre la entidad gestora y la entidad empleadora recurrente. La parte alícuota de esta última debe ser proporcional al tiempo de cotización que restaba al asegurado para completar el período de carencia de la prestación de jubilación solicitada...". También, STSJ de Castilla-La Mancha de 15,26 de junio de 2001 (AS 2640 y 3615) y 29 de octubre de 2001 (AS 4068).

¹¹ STSJ de Aragón de 21 de enero de 2002 (AS 324).

En tercer lugar, la imputación de la mencionada responsabilidad empresarial se realizará “*previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva*”. Inciso legal que requiere, como antes apuntábamos, un desarrollo reglamentario –largamente esperado y nunca acaecido, habiéndose casi perdido la esperanza de que se produzca– que concrete cuáles son esos supuestos de imputación, su alcance y qué procedimiento debe seguirse para su efectividad.

Vacío reglamentario que, como señalábamos anteriormente, se cubre –no sin problemas importantes– con la aplicación de los preceptos de la LSS de 1966, en virtud de lo establecido en la disposición transitoria 2ª del Decreto 23 de junio de 1972 que desarrolló la Ley de 21 de junio de 1972, de Financiación y Perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social. Y ello por cuanto el artículo 17 de esa Ley, antecedente directo del vigente artículo 126 del TRLGSS, requería de un desarrollo reglamentario para su aplicación, lo que llevó a la disposición transitoria citada a decir que hasta que se dictaran las normas de desarrollo se seguirían aplicando las normas de la LSS de 1966.

Sin embargo, en este ámbito no cabe olvidar que dicha aplicación, al margen de los problemas a los que da lugar, ha sido puesta en duda, muy justificadamente, por parte de la doctrina, al señalar, por ejemplo, ORDEIG FOS, que la citada disposición transitoria 2ª del Decreto de 23 de junio de 1972 debe entenderse derogada a partir de la entrada en vigor de la LGSS de 1974, al tratarse éste de un texto refundido. En el mismo sentido se manifestaron en su día algunas sentencias; tendencia que, curiosamente, en los últimos años ha ido desapareciendo, de lo que podría deducirse incluso que, ante la falta de un desarrollo reglamentario, se ha preferido aplicar y reinterpretar la LSS de 1966 a enfrentarse a la incertidumbre de un vacío legal y a la necesidad, incluso, de optar entre no reconocer nunca la responsabilidad empresarial en estos casos o, por el contrario, declararla siempre¹².

En cuarto lugar, lo dispuesto en el artículo 126.2 del TRLGSS debe relacionarse con el apartado 1º del mismo precepto y con el artículo 41 del mismo texto refundido, por cuanto en ambos se describe el supuesto de hecho del que el artículo 126.2 debe constituir la excepción.

Así, en el artículo 41 del TRLGSS se establece que “*las Entidades Gestoras... serán responsables de las prestaciones cuya gestión les esté atri-*

¹² Como ejemplo de cita expresa es posible señalar la STS de 29 de septiembre de 1988 o las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de febrero de 1993 y 15 de octubre de 1993. En esta última se señalaba expresamente que “...*igualmente hay que señalar que los arts. 94 a 96 de la Ley de Seguridad Social de 1966, alegados tanto el recurso como en la impugnación del mismo formulada por la Mutua, no son aplicables al estar derogado aquel texto en la fecha del hecho causante de la prestación que se solicita, como está el Decreto de 23-6-1972... que se han sustituido por el nuevo texto de 1974, y en éste sólo se imputa responsabilidad a la empresa por falta de alta del trabajador... pues el art. 96.2 no está desarrollado...*”.

buida, siempre que se hayan cumplido los requisitos generales y particulares exigidos para causar derecho a las mismas..."; mientras que el artículo 126.1 prevé la responsabilidad en cuanto al pago de prestaciones –de acuerdo con sus respectivas competencias–, de las entidades gestoras, Mutuas de Accidentes de Trabajo, empresarios que colaboren en la gestión y servicios comunes, cuando se cause derecho a una prestación y se cumplan las condiciones previstas legalmente.

Pues bien, de ello se deriva que, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos por la ley, la responsabilidad del pago de las prestaciones recaerá sobre la entidad gestora o colaboradora; mientras que, por el contrario, en aquellos casos en que tales requisitos no se den, resultará de aplicación el artículo 126.2 del TRLGSS.

A nuestro entender, en el modelo de seguridad social que deriva del artículo 41 de la Constitución Española y del propio TRLGSS, la regla general está constituida por lo dispuesto en los artículos 41 y 126.1 del TRLGSS, esto es, cumplimiento efectivo de los requisitos exigidos para tener derecho a las prestaciones del sistema y responsabilidad de las entidades gestoras o colaboradoras del mismo, y la excepción o *“patología”* –aunque se dé, debemos reconocerlo, con bastante frecuencia– por lo establecido en el artículo 126.2; precepto que, por otra parte, introduce un supuesto de responsabilidad privada en nuestro modelo de seguridad social.

Por otra parte y como complemento del artículo 126.2, debe tenerse en cuenta el apartado 3º del mismo precepto, en el que se recoge el denominado principio de automaticidad de las prestaciones, conforme al cual, en aquellos casos previstos reglamentariamente y aun existiendo un incumplimiento de las obligaciones de afiliación y/o alta o cotización y la consiguiente atribución de responsabilidad al empresario, las entidades gestoras, Mutuas de Accidentes de Trabajo o servicios comunes, deberán proceder al anticipo de la correspondiente prestación; subrogándose, posteriormente, frente al empresario en los derechos del beneficiario para resarcirse del importe abonado. Asimismo, las mencionadas entidades deberán asumir el pago de las prestaciones en la medida en que se atenúe el alcance de la responsabilidad empresarial; responsabilidad de las entidades gestoras o colaboradoras que, en este último caso, será directa y no por subrogación.

Sin embargo, al igual que en el caso del apartado 2º del artículo 126, en su apartado 3º el problema deriva de no haberse producido el correspondiente desarrollo reglamentario, lo que ha llevado a aplicar las disposiciones de la LSS de 1966 y en concreto su artículo 95, en el que se regulan los supuestos en que, bajo la vigencia de aquella ley, debía procederse a un pago anticipado de la prestación; aplicación que, no obstante, ha sido objeto de importantes matizaciones e incluso de necesarias reinterpretaciones.

Tal y como señalamos anteriormente, este ámbito se ha visto afectado por el Acuerdo de Pensiones 2001 al consistir, como hemos visto, uno de sus con-

tenidos en materia de responsabilidad empresarial en “*adecuar la aplicación del principio de automaticidad de las prestaciones, limitando el anticipo por parte de la Entidad Gestora o Colaboradora exclusivamente hasta la cuantía de dos veces y media el salario mínimo interprofesional...*”. Contenido del Acuerdo ya recogido actualmente en el nuevo párrafo 2º del artículo 126.3 del TRLGSS, como consecuencia de la reforma introducida en el mismo por parte de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

A nuestro entender, esa limitación en el importe del correspondiente anticipo resulta muy discutible, tal y como hemos señalado anteriormente, por dos motivos: por un lado, por la corresponsabilidad que se pretende atribuir al trabajador y, por otro lado, por la limitación que se introduce en el alcance del principio de automaticidad (utilizando, esencialmente, parámetros puramente laborales: dos veces y media el salario mínimo interprofesional), por cuanto dada su finalidad protectora, la tendencia debería ser hacia su ampliación (a los riesgos comunes) y no hacia su restricción, por cuanto con esta última medida, se están ampliando los supuestos –ahora de otro tipo, como vimos– de posible desprotección del beneficiario de las prestaciones, más intensa en el caso de los riesgos comunes (como consecuencia de la inaplicación en este ámbito de la responsabilidad subsidiaria prevista en el artículo 94.4 de la LSS de 1966). A lo que cabe añadir, de nuevo, que no cabe olvidar que la Administración posee medios suficientes como para detectar los posibles incumplimientos empresariales, especialmente en el ámbito de la cotización.

En todo caso, la forma en que se ha articulado, de acuerdo con la reforma introducida por la Ley 24/2001, el alcance del principio de automaticidad de las prestaciones requiere de un desarrollo reglamentario inmediato que aclare cuál es su ámbito específico de actuación, ya que los términos recogidos en el nuevo artículo 126.3 son un tanto escasos y ambiguos.

Y junto a ello, y desde otra perspectiva, tanto el Acuerdo de Pensiones 2001 como la reforma introducida en el artículo 126.3 del TRLGSS por la Ley 24/2001, incorporan otra de las cuestiones que en los últimos años ha dado lugar a bastantes sentencias e incluso a un cambio de criterio jurisprudencial: nos referimos a la articulación de la responsabilidad subsidiaria que asume el INSS como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo.

En esta cuestión la postura del Acuerdo consistía en condicionar el reintegro a que, con carácter previo a la efectividad del mismo, se procediese a la declaración administrativa o judicial de insolvencia del empresario declarado responsable. Con ello se pretendía resolver dos cuestiones:

a) Resolver, de una vez por todas, la polémica sobre el obligado reintegro por parte del citado Fondo de las prestaciones anticipadas por parte de las Mutuas, que todavía daba lugar a bastantes reclamaciones judiciales¹³; y,

¹³ A modo de ejemplo, STSJ de Andalucía/Málaga de 23 de junio de 2000 (AS 2421).

b) cerrar la polémica judicial existente en torno a la forma en que debía procederse a dicho reintegro y qué tipo de declaración o situación de insolvencia —la práctica o la declarada expresamente— daba lugar al mismo¹⁴.

La solución recogida en el vigente artículo 126.3 párrafo 3º del TRLGSS consiste en señalar que los derechos y acciones que por subrogación correspondan a las entidades gestoras, colaboradoras o servicios frente al empresario declarado responsable de prestaciones por resolución administrativa o judicial o frente a las entidades de la seguridad social en funciones de garantía (Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo-INSS) únicamente podrán ejercitarse contra el responsable subsidiario tras la previa declaración administrativa o judicial de insolvencia, provisional o definitiva, de dicho empresario. Asimismo, cuando las entidades gestoras, colaboradoras o servicios comunes se subrogaren en los derechos y acciones de los beneficiarios, podrán utilizar frente al empresario responsable la misma vía administrativa o judicial que se hubiere seguido para la efectividad del derecho y de la acción objeto de subrogación.

Con todo ello se cierra la posibilidad de que las Mutuas puedan reclamar, en el mismo acto, la declaración de responsabilidad del empresario y la responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo-INSS.

Por otra parte, cabe tener en cuenta que, según los Tribunales, el plazo de reclamación que tiene la Mutua frente al empresario responsable y subsidiariamente frente al INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social para reintegrarse del importe de las prestaciones anticipadas es de 5 años¹⁵.

A lo que cabe añadir que, conforme al nuevo artículo 126.4 del TRLGSS¹⁶, corresponderá a la entidad gestora competente la declaración, en vía administrativa, de la responsabilidad en orden a las prestaciones cualquiera que sea la prestación de que se trate, así como de la entidad que, en su caso, deba anticipar o constituir el correspondiente capital coste.

Finalmente, en este ámbito cabe destacar que tampoco se han delimitado los supuestos en que las entidades gestoras, mutuas o servicios comunes deben asumir el pago de las prestaciones en la medida en que se atenúa el alcance de la responsabilidad empresarial derivada del artículo 126.2 del TRLGSS; sin que, en este caso, sirva de ayuda la remisión a la LSS de 1966, por cuanto ésta se limita a afirmar, en su artículo 95.4, que en los supuestos de incumplimiento de la obligación de cotización, *“podrá moderarse reglamentariamente el alcance de la responsabilidad empresarial cuando el empresario ingrese las cuotas correspondientes a la totalidad de sus trabajadores...”*, sin que se haya producido el mencionado desarrollo reglamentario.

¹⁴ Sobre esta cuestión, entre otras, SSTSJ del País Vasco de 19 de enero de 1999 (AS 2857), 8 de junio de 1999 (AS 2865), 15 de junio de 1999 (AS 2868) y 20 de julio de 1999 (AS 2529).

¹⁵ STS de 9 de julio de 2001 (RJ 7435).

¹⁶ Incorporado también por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

Por último, hay que señalar que, junto a los ya citados, existen, tanto dentro como fuera del TRLGSS, otros preceptos que se refieren, de forma más o menos directa, a la responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones y que, sin embargo, son muchas veces ignorados por los Tribunales. Es el caso, entre otros, de los artículos 13.3, 41.2, 87.3, 104.3, 121.2, 125.5 y 127 del TRLGSS y, junto a ellos, también cabe tener en cuenta otros artículos contenidos, entre otras, en normas tan diversas como el Reglamento General de Recaudación, el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, los artículos 42 a 44 del TRLET, la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal o el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social.

Sin embargo, en este ámbito destaca especialmente un dato, consistente en que los Tribunales no aplican uno de los pocos preceptos que puede considerarse “moderno” en materia de responsabilidad empresarial, esto es, el artículo 61.2 del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se regula la Colaboración en el sistema de Seguridad Social y en el que se reconoce la obligación de anticipo de las Mutuas en los casos de falta de afiliación y/o alta o de cotización. Esto es, en los últimos dos años, con una sola excepción¹⁷, los Tribunales, incluido el propio Tribunal Supremo, siguen declarando dicha obligación de anticipo sin referirse para nada a dicho artículo, es decir, siguen utilizando los mismos criterios defendidos con anterioridad a la aprobación del mismo, que son, esencialmente, la aplicación del principio de automaticidad y la obligación de las Mutuas de proteger a la “*totalidad de los trabajadores de la empresa asociada*” aun cuando estos no se encuentren afiliados y/o en alta en la seguridad social¹⁸.

Pues bien y a modo de cierre, de todo lo señalado se deduce que, para el empresario como sujeto responsable, de la aplicación conjunta de los artículos 126.2 del TRLGSS y 94 a 96 de la LSS de 1966, surgirá una responsabilidad en el marco del sistema de seguridad social que tendrá como presupuesto de hecho el incumplimiento de las obligaciones de afiliación y/o alta o cotización y como consecuencia, el pago –total o parcial– de una prestación del sistema de seguridad social. Responsabilidad empresarial que deberá, asimismo, conjugarse con aquellos supuestos en los que las entidades gestoras o colaboradoras deban proceder al anticipo de la correspondiente prestación en cumplimiento del principio de automaticidad previsto en el artículo 126.3 del TRLGSS.

Sin embargo, todo lo anterior nos lleva también a advertir que nos encontramos en un ámbito que plantea numerosos –e importantes– interrogantes, tales como, entre otros: ¿cuál es la naturaleza jurídica de la responsabilidad

¹⁷ STSJ de Andalucía de 3 de julio de 2000.

¹⁸ Es el caso, por ejemplo, de la STSJ de Andalucía/Málaga de 23 de junio de 2000 (AS 2421).

empresarial?, ¿es acertado el papel que juega actualmente el principio de automaticidad de las prestaciones?, ¿es posible admitir un sistema de corresponsabilidad empresario-trabajador?, ¿la tesis de la proporcionalidad aplicable en el ámbito de los riesgos comunes resulta trasladable a los riesgos profesionales?, ¿cuál es el alcance de la responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones?, o desde una perspectiva más genérica ¿es posible seguir reinterpretando la normativa vigente y, por otra parte, dónde está el límite a esa posible y sucesiva reinterpretación?

Interrogantes de un gran interés, algunos ya analizados páginas atrás y otros reflejados directamente en la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, y es por ello por lo que entraremos a continuación a analizar, desde una perspectiva judicial, los principales problemas que en esta materia se han planteado en los últimos años, por cuanto son precisamente éstos los que pueden darnos una idea de la situación real en la que se encuentra la institución que estamos analizando.

2. LA PROBLEMÁTICA JURISPRUDENCIAL EN EL MARCO DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN ORDEN AL PAGO DE PRESTACIONES

Desde una perspectiva jurisprudencial pueden hacerse varias consideraciones, algunas de ellas de un carácter más general o de conjunto y otras de un carácter más específico, utilizando como parámetro el tipo concreto de incumplimiento en que incurre el empresario. Estos van a ser los hilos conductores del correspondiente análisis, cuyo objetivo es, por otra parte, ver cuál ha sido la evolución jurisprudencial acaecida en los últimos años en materia de responsabilidad empresarial.

2.1. Consideraciones generales

En relación con el primer tipo de consideraciones cabe destacar, en primer lugar, que en cuanto a la intensidad de los problemas planteados –y de sus respuestas– algunos de ellos tienen un carácter marcadamente continuista (se mantienen posturas elaboradas desde hace años y continuadas sin variaciones, es el caso, por ejemplo, de los supuestos de infracotización), mientras que otros problemas son totalmente novedosos, especialmente aquellos relacionados con el alcance de la aplicación de la tesis de la proporcionalidad, iniciada por el Tribunal Supremo en el año 1997 en el ámbito de los riesgos comunes (en concreto, en el marco de la prestación por maternidad).

En segundo lugar, y desde una perspectiva también general, puede afirmarse que, sobre todo a nivel de Tribunales Superiores de Justicia, los distintos supuestos de imputación de responsabilidad han sido interpretados, en algunos casos, de una forma diversa e incluso contradictoria. Esto es, mientras que el

Tribunal Supremo mantiene posturas más o menos uniformes desde el año 1997 e incluso, en algunas materias, muy anteriores, los Tribunales Superiores de Justicia mantienen posturas muy variadas y contradictorias en temas clave de la responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones.

Y por otra parte, también se constata que la falta de criterios judiciales unitarios no siempre es debida a diferencias intrínsecas propias de cada prestación de la seguridad social o bien a la naturaleza de la contingencia protegida –riesgos profesionales o riesgos comunes–, lo cual podría tener cierta justificación, sino que se otorga un tratamiento diferente en materia de responsabilidad en función de elementos tales como el tipo de prestación de que se trate (si se está ante una prestación por incapacidad temporal generalmente se atribuirá la responsabilidad al empresario, mientras que si se trata de una pensión de jubilación será posible aplicar un principio de proporcionalidad a la hora de declarar la responsabilidad), del tipo de obligación empresarial incumplida (siendo mucho más grave el incumplimiento de la obligación de afiliación y/o alta que la existencia de un descubierto de cotización), de la obligación que tiene la entidad gestora o colaboradora de anticipar la prestación o, en otros casos, de otorgarla ella misma directamente, de considerarse o no vinculados, en el caso de los Tribunales Superiores de Justicia por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, o de la trascendencia dada al principio de responsabilidad pública previsto en el artículo 41 de la Constitución Española, entre otros. Casuismo y soluciones diversas que, sin duda, pueden plantear problemas con sólo tener presente el principio de seguridad jurídica.

En tercer lugar, el empresario puede ser sujeto responsable directamente ante el beneficiario (en aquellos casos en los que se exonera de toda responsabilidad a la entidad gestora o colaboradora y ésta recae única y exclusivamente sobre el empresario, con la preocupante posibilidad de que el beneficiario quede finalmente desprotegido), o bien ante la entidad gestora o colaboradora en aquellos supuestos en los que, aun existiendo responsabilidad empresarial, aquéllas otorguen directamente la prestación de que se trate (asistencia sanitaria y prestación por desempleo¹⁹) o bien la anticipen.

¹⁹ En efecto, tal y como señala la STSJ de la Comunidad Valencia de 5 de julio de 2001 (AS 3285): “...sin embargo en la prestación por desempleo rige el principio de automaticidad de prestaciones previsto en el art. 220 de la Ley General de la Seguridad Social, de manera que siempre pagará las prestaciones el Ente Gestor aun en los supuestos de incumplimientos por parte de las empresas de sus obligaciones en materia de afiliación, alta y cotización, sin perjuicio de las acciones que pueda adoptar el INEM contra la empresa infractora y la responsabilidad que corresponda a ésta por las prestaciones abonadas, lo que se ventila en procedimiento independiente, por los trámites regulados en el art. 32 del Real Decreto 625/1985 e implica que las empresas, en esta materia, nunca pueden resultar condenadas al pago de una prestación directamente al beneficiario, que tiene derecho a ella acreditando simplemente la existencia de relación laboral...”. También, STSJ de Madrid de 11 de mayo de 2001 (AS 2754).

En este ámbito, se denota claramente en la jurisprudencia una voluntad de continuidad en la interpretación del principio de automaticidad, manteniendo, no obstante, una postura desigual respecto de los riesgos comunes y, en todo caso, marcadamente vinculada a lo señalado en la LSS de 1966.

Esto es, mientras que en otras cuestiones se han adoptado posturas más innovadoras o actualizadas, en este ámbito la jurisprudencia sigue considerando que el principio de automaticidad sólo resulta aplicable en los casos de alta de pleno derecho y, especialmente, en el supuesto de los riesgos profesionales, excluyéndose del mismo, por tanto, los casos de falta de afiliación y/o alta vinculados a los riesgos comunes en los que, claramente, se puede producir una total desprotección de los beneficiarios de las prestaciones.

Y en la misma línea, sorprende incluso que, en algunos casos, los Tribunales se hayan negado a reinterpretar lo señalado en la LSS de 1966 considerando que tal labor corresponde al poder legislativo o al Gobierno (es el caso de algunas sentencias del Tribunal Supremo que resuelven el supuesto de falta de afiliación/alta vinculado a una incapacidad temporal por riesgos comunes²⁰) mientras que, en otros casos, reinterpretan sin límites tal Ley (es el supuesto de la tesis de la proporcionalidad iniciada en 1997 por el Tribunal Supremo). Opciones diversas que, sin duda alguna, resultan difíciles de explicar. En definitiva, o se reinterpreta en todos los casos lo dispuesto en la LSS de 1966 –la mejor opción, sin duda– o no se reinterpreta en ningún caso.

En cuarto lugar, en los últimos años parece ser una cuestión de especial interés la delimitación del alcance de la propia responsabilidad empresarial en términos cuantitativos; esto es, durante años la tendencia seguida por la jurisprudencia fue declarar la existencia, ante un incumplimiento empresarial, de una responsabilidad en orden al pago de prestaciones por la totalidad de la prestación de que se tratase; postura, por otra parte, avalada por una interpretación estricta de la LSS de 1966. Aun cuando también existían sentencias, escasas, que establecían un criterio de proporcionalidad a la hora de cuantificar la correspondiente responsabilidad empresarial.

²⁰ SSTs de 22 de abril de 1994 (RJ 3271 y 3273). También cabe citar, entre otras, la STSJ de Cataluña de 2 de marzo de 2000 (AS 2044), en la que se señala que: “...la falta de protección que dicha legislación representa para los que tendrían derecho a percibir una prestación de Seguridad Social y que no la tienen por el incumplimiento empresarial, está siendo mitigada en las últimas reformas legislativas mediante la supresión del requisito de alta para obtener la mayor parte de las prestaciones del sistema...pero sin que se haya llegado a su generalización total, función que corresponde al legislador ordinario que, incluso, puede efectuarla por norma de carácter reglamentario, ya que dicha consideración tienen los artículos 94, 95 y 96 de la LGSS de 1966, sin que corresponda llevarla a cabo a los Tribunales de Justicia, que interpretan las Leyes, ya que ni del artículo 41 de la constitución, ni del artículo 126 de la vigente Ley General de la Seguridad Social se desprende inexorablemente la obligación de anticipo establecida en la sentencia recurrida...”. También, STS de 14 de junio de 2000 (RJ 5116), STSJ de Cataluña de 18 de septiembre de 2001 (AS 4154) y ST del Juzgado de lo Social nº 1 de Granada de 24 de octubre de 2001 (AS 4039).

Pues bien, tal y como señalamos páginas atrás, en esta cuestión se ha producido un cambio importante en los últimos tiempos, al haber avalado el propio Tribunal Supremo la postura de la proporcionalidad en un caso de responsabilidad empresarial por descubierto de cotizaciones vinculado a la reclamación de una pensión de jubilación²¹. Por tanto, podría afirmarse que el criterio futuro en esta cuestión debería ser el de la proporcionalidad, esto es, en el caso de declararse la responsabilidad empresarial conforme a lo establecido en el artículo 126.2 del TRLGSS, el empresario deberá asumir una responsabilidad proporcional a la gravedad de su incumplimiento y no, necesariamente, una responsabilidad por la totalidad de la prestación. A nuestro entender, se trata de un criterio mucho más acertado que el anterior, por cuanto se evitarán supuestos totalmente inadmisibles y que resultaban de la aplicación del criterio anterior, tales como, por ejemplo, imputar el pago total de la pensión de jubilación a un empresario que sólo había incumplido la obligación de cotización durante un período de dos o tres años.

En quinto lugar, también ha adquirido una especial importancia la cuestión de la naturaleza de la responsabilidad empresarial y su vinculación con el principio “*non bis in idem*”. A este respecto, el Tribunal Supremo viene

²¹ También cabe citar la STSJ de Aragón de 21 de enero de 2002 (AS 324) en la que se señala que: “...el alcance lógico del principio de proporcionalidad en materia de responsabilidad empresarial directa del abono de las prestaciones de Seguridad Social comporta en algunos casos que el empresario sea exonerado de la misma, y en otros supuestos que la citada responsabilidad sea compartida con la Gestora, cuando la entidad o la duración del incumplimiento son apreciables, pero las circunstancias del mismo no son particularmente graves...Es verdad... que este reparto de responsabilidades no está expresamente previsto en la legislación. Pero no es menos cierto que tal falta de previsión se debe seguramente a la enorme laguna normativa existente en la materia, y que la hipótesis de tal reparto puede entenderse implícita en las menciones del vigente art. 126 de la Ley General de la Seguridad Social al alcance de la responsabilidad empresarial (párrafo 2) y a la atenuación de la misma (párrafo 3)... Otro de los principios del derecho de la responsabilidad por daños es el de ponderación de la voluntad del agente, al menos cuando la responsabilidad imputada tiene, como sucede en los supuestos de la responsabilidad empresarial directa de prestaciones de Seguridad Social, un componente sancionador de conductas de incumplimiento de quien colabora en los procedimientos aseguratorios pero no es el responsable de la acción protectora. De acuerdo con este principio se ha exigido en una reciente sentencia (S. De 12-2-1996 «RJ 1996, 1015») que la voluntad de incumplimiento empresarial sea nítida y persistente, y no provenga de un error jurídico excusable. En el supuesto ahora enjuiciado, la aplicación de los principios anteriormente expuestos conduce a la conclusión de que no es proporcionado ni adecuado a la magnitud de la falta cometida imputar la responsabilidad íntegra del pago de la pensión de incapacidad de la demandante a las empresas codemandadas, teniendo en cuenta que la carrera de su seguro transcurrió en más de tres cuartas partes en otras empresas, y que en la conducta de la misma no se aprecian indicios de rebeldía o resistencia al cumplimiento. Ello comporta... la declaración de que la responsabilidad de la prestación debe ser repartida entre la entidad gestora y las empleadoras codemandadas. La parte alícuota de éstas últimas debe ser... proporcional al tiempo de cotización que restaba al asegurado par completar el período de carencia de la prestación solicitada...”. También, SSTSJ de Castilla-La Mancha de 15, 26 de junio de 2001 (AS 2640 y 3615) y 29 de octubre de 2001 (AS 4068).

concluyendo en los últimos años que se trata de una responsabilidad de naturaleza sancionadora y que, por tanto, cuando un incumplimiento empresarial consistente en un descubierto de cotizaciones no afecta al derecho del beneficiario a acceder a la correspondiente prestación no será posible imponer tal responsabilidad en orden al pago de prestaciones por cuanto, de hacerse, se vulneraría el citado principio *non bis in idem*.

A nuestro entender, y tal y como se señala en el voto particular de algunas sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, tal tesis jurisprudencial no resulta admisible, por varios motivos:

a) de admitirse la tesis mantenida por el Tribunal Supremo el citado principio “*non bis in idem*” no sólo se vería vulnerado en el caso anteriormente apuntado sino también cuando se declara responsable al empresario de la correspondiente prestación²²;

b) es indiferente el rango de la norma que impone la responsabilidad empresarial, máxime cuando la misma tiene el aval de lo dispuesto en el artículo 126.2 del TRLGSS²³; y,

c) esencialmente, por el hecho de que la naturaleza de la responsabilidad recogida en el artículo 126.2 no es la sancionadora administrativa sino de carácter civil, esto es, reparadora de un daño; responsabilidad de carácter civil sujeta, por otra parte, a un régimen jurídico especial recogido, de momento, en el citado artículo y en la LSS de 1966 y con la aplicación supletoria de las normas del Código Civil²⁴.

²² Así, en el voto particular de la STSJ del País Vasco de 6 de julio de 1999 (AS 2477), se señala que: “...si aceptamos la naturaleza sancionadora del art. 94 de la Ley de 21-4-1966 que apuntan las Sentencias de referencia, no podrá declararse nunca, por contrario al art. 25.1 CE y a los principios constitucionales que el mismo tutela como límites a la potestad sancionadora de la Administración, la responsabilidad en materia de prestaciones de Seguridad Social en caso de descubierto en la cotización, incida o no tal descubierto en la cobertura del período de carencia exigible en el devengo de aquéllas, pues tan inconstitucional sería esa solución en un caso como en otro, ya que también en los supuestos de descubierto que afectan al período de carencia se superpondría la responsabilidad empresarial con la sanción administrativa y habría, conforme a esa tesis, vulneración del «principio *non bis in idem*». Sin embargo, el hecho de que exista numerosísima jurisprudencia... que no opone objeción alguna desde el punto de vista constitucional a la declaración de responsabilidad empresarial en caso de descubierto que inciden en la cobertura del período de carencia nos lleva a pensar que no cabe atribuir naturaleza sancionadora a la regulación del repetido art. 94.2 de la Ley de 21-4-1966...”.

²³ En efecto, en la STSJ del País Vasco de 6 de julio de 1999 (AS 2477), se establece que: “...la idea de que si apreciamos que el repetido art. 94.2 de la Ley de 21-4-1966 no podría aplicarse si le asignáramos valor sancionador es independiente del rango normativo de dicha disposición. La única diferencia estriba en que, dado su valor reglamentario, los órganos de la jurisdicción ordinaria podrán declarar directamente su inaplicabilidad. mientras que si tuviera rango legal la eventual depuración de su inconstitucionalidad debería plantearse a través de la oportuna cuestión de inconstitucionalidad...”.

²⁴ Al respecto, GALA DURÁN, C., “La responsabilidad empresarial...”, *op.cit.* pág. 186 y ss.

En sexto lugar, y desde una perspectiva más concreta —vinculada a la efectividad de los actos de encuadramiento—, es posible destacar los siguientes aspectos:

a) En algunos casos y retomando una polémica que parecía haberse superado en los últimos tiempos, se excluye la responsabilidad empresarial en los supuestos de falta de alta en el momento del hecho causante de la prestación siempre y cuando esa falta se subsane en el plazo de los cinco días siguientes al inicio de la actividad, y ello incluso en casos en los que se planteaba que la firma del trabajador que constaba en el correspondiente contrato podía ser falsa²⁵;

b) por otra parte y siguiendo con una doctrina consolidada, los Tribunales declaran que el pago de cuotas fuera de plazo no exonera de responsabilidad, salvo en los casos de aplazamiento o fraccionamiento de cuotas²⁶ y, a la vez, se señala que el ingreso tardío de las cotizaciones pero antes de producirse el hecho causante de la prestación sí exonera de responsabilidad²⁷, solución

²⁵ Al respecto, SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de febrero de 2000 y de Galicia de 18 de octubre de 1999 (3239).

²⁶ SSTSJ de Madrid de 27 de enero de 1999 (AS 93), de Andalucía/Málaga de 9 de abril de 1999 (AS 1009), de Cataluña de 18 de octubre de 1999 (AS 4537), de Castilla-La Mancha de 15, 26 de junio de 2001 (AS 2640 y 3615) y 30 de octubre de 2001 (AS4069) y del País Vasco de 19 de enero de 1999 (AS 2857) y 26 de octubre de 1999 (AS 3574), afirmándose en esta última que: “...el aplazamiento solicitado y concedido... en sus efectos confieren al beneficiario la consideración de encontrarse al corriente en el pago de cuotas a la Seguridad Social, mientras cumpla las condiciones señaladas, de tal modo que si el trabajador en el momento del hecho causante de la prestación se encuentra en esta situación legal del aplazamiento reconocida por el propio INSS «la misma surte efectos positivos toda vez que se le considera efectivamente al corriente en el pago de las cuotas»...”.

²⁷ ST del Juzgado de Castellón nº 1 de 24 de junio de 1999 (AS 2164) y SSTSJ de Extremadura de 19 de julio de 1999 (AS 3469), Castilla y León/Valladolid de 15 de julio de 1999 (AS 3760) y de Asturias de 30 de noviembre de 2001 (AS 4196). En la primera de ellas se señala que: “...tal rigidez ha sido matizada y suavizada por la jurisprudencia en aquellos casos en que le empresario regulariza su situación e ingresa las cuotas anteriores a la formalización del alta con los recargos correspondientes. En estos casos en que no existe una voluntad del empresario rebelde al cumplimiento, y la regularización se produce antes del hecho causante, el retraso en la solicitud del alta y el ingreso de cuotas no exonera de responsabilidad a la Entidad Gestora trasladándola al empresario, sino que debe darse validez a las cotizaciones tardías y por tanto validez a la relación aseguratoria, porque, en otro caso, el negarle eficacia liberatoria, supondría una sanción encubierta produciéndose una situación injusta... Textualmente afirma la citada STS de 27-2-1996 que «aceptar la retroactividad para el pago de las cotizaciones y sus recargos por el empresario y negarla para liberar a éste de la responsabilidad de las prestaciones llevaría a una solución contraria al ordenamiento jurídico, pues... se trataría de una regla sancionadora sin cobertura legal que no podría entenderse otorgada a partir de una mera remisión al reglamento y que se opondría no sólo al principio de reserva material de ley en esta materia, sino también dos principios básicos: 1) al principio “non bis in idem”, pues se sanciona dos veces la misma conducta por la vía directa de sanción administrativa a la falta de alta y al ingreso tardío de las cotizaciones y por la vía indirecta de un desplazamiento de la responsabilidad que no se justifica ante la persistencia de las relaciones jurídicas de cotización y protección, que integran el aseguramiento social, y 2) el principio de proporcionalidad, pues la responsabilidad atribuida no guarda ninguna relación con la gravedad del incumplimiento, como se advierte claramente en el presente caso»...”.

no aplicable en cambio en los casos en que el ingreso es posterior al hecho causante²⁸;

c) también se ha señalado que el empresario quedará exonerado de responsabilidad en los casos en que aunque el trabajador no haya sido dado de alta sí se ha cotizado por él en plazo²⁹;

d) también se defiende la tesis, del todo acertada, de que la prescripción de las cotizaciones no implica la prescripción de la responsabilidad empresarial, al tratarse de hechos distintos³⁰; y,

e) en fin, se ha declarado que la renuncia expresa a la exigencia de cualquier responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones supone una renuncia de derechos y vulnera, por tanto, el artículo 3.5 del TRLET³¹.

Por otra parte, también cabe tener en cuenta una cuestión que ya se ha planteado y que, probablemente, se plantee con más frecuencia en el futuro, consistente en determinar cómo se articula la responsabilidad empresarial en los casos en que la propia naturaleza de la relación existente entre las partes del contrato ha tenido que decidirse judicialmente (el ejemplo típico es el caso del encuadramiento indebido en el Régimen Especial de Trabajadores

²⁸ SSTSJ de Cataluña de 18 de septiembre de 2001 (AS 4154) y 28 de noviembre de 2002 (AS 2002/149).

²⁹ STSJ de Cataluña de 12 de julio de 1999 (AS 3147), en la que se afirma que: “...en el supuesto de la Sentencia de contraste no concurre el dato relevante de que, aun no constando el alta de la trabajadora, la empresa cotizó puntualmente por ésta a lo largo de la relación laboral. Tal dato, que ha sido la «ratio decidendi» de la Sentencia impugnada, es expresivo de una evidente ausencia de malicia en la empresa al omitir el deber de dar de alta a la trabajadora y excluye toda posibilidad de imputar a la empresa la conciencia y voluntad de transgredir la ley. A ello ha de añadirse la consideración de que el hecho de la cotización empresarial posibilitaba a la TGSS la disposición de datos suficientes para que hubiese procedido en su momento al alta de oficio de la trabajadora...”. Resolución de la que se infiere, de forma clara, la ausencia de responsabilidad empresarial en tales supuestos...”. Por su parte, la ST del Juzgado nº 1 de Castellón de 24 de junio de 1999 (AS 2164), señala que: “...las solicitudes de alta deberán presentarse antes del comienzo de la prestación de servicios, si bien sólo surtirán efectos a partir del día en que se inicia la actividad añadiendo que «las altas solicitadas por el empresario, o en su caso, por el trabajador fuera de los términos establecidos, sólo tendrán efectos desde el día en que se formule la solicitud, salvo que se haya producido el ingreso de cuotas en el plazo reglamentario, en cuyo caso el alta retrotraerá sus efectos a la fecha en que se hayan ingresado las primeras cuotas correspondientes al trabajador de que se trate». Ello significa que la fecha de efectos será la de la iniciación de los servicios, pese a que no se haya tramitado el alta, cuando se hubieran ingresado las cuotas dentro del plazo...”.

³⁰ STSJ de Canarias/Las Palmas de 28 de junio de 1999 (AS 2664), en la que se señala que: “...existe un dato objetivo del que ha de partirse en el año 1987 la base de cotización ascendió a 49.170 ptas./mes. La infracotización que el impugnante alega y toda su argumentación en torno a su no denuncia del período 1987 por haber prescrito la obligación de cotizar, no resultan atendibles al no constar elemento alguno que apoye, siquiera indiciariamente su discurso y ser conocido que los incumplimientos empresariales nunca pueden redundar en perjuicio de los trabajadores por lo que la prescripción de sus obligaciones no incide en la prestación o su cuantía...”. También, STSJ de Madrid de 11 de mayo de 2001 (AS 2754).

³¹ STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de enero de 2002 (AS 90).

Autónomos al considerarse que la relación tenía naturaleza mercantil), o bien, el caso en que no se ha cotizado por la totalidad de los conceptos percibidos por el trabajador al considerarse erróneamente que alguno de ellos tenía naturaleza extrasalarial (es el caso, por ejemplo, de las primas de contratación en el supuesto de los deportistas profesionales³²).

La solución dada en estos casos por los Tribunales ha sido la declaración de la responsabilidad empresarial proporcional al incumplimiento, considerándose irrelevante la existencia de un error o de circunstancias especiales³³. Solución que, a nuestro entender, puede resultar discutible por cuanto no cabe olvidar que, en estos casos, la propia naturaleza del concepto retributivo o de la propia relación existente entre las partes ha tenido que decidirse judicialmente y, junto a ello tampoco es posible olvidar que, en el caso del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, el trabajador ha estado efectivamente cotizando –aunque sea a otro régimen– a la seguridad social. Se trata, por tanto, de supuestos que deberían recibir un trato especial vinculado a las concretas circunstancias presentes en cada caso, esto es, debería interpretarse la normativa aplicable de una forma flexible en atención a las circunstancias concurrentes³⁴.

Finalmente, desde esta perspectiva general, cabe destacar que la labor de interpretación jurisprudencial llevada a cabo en los últimos años ha sido bastante importante y activa, lo que denota, de nuevo, el carácter obsoleto de la regulación vigente y la necesidad de acometer, de una vez por todas, su reforma.

³² Es el caso planteado en la STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 29 de enero de 1999 (AS 582).

³³ Al respecto, SSTSJ del País Vasco de 19 de septiembre de 2000 (AS 2826) y de Castilla y León/Valladolid de 29 de marzo de 1999 (AS 1285), en la que se afirma: “...debe expresarse que es indiferente que la actora hubiera estado mal encuadrada en el Sistema de la Seguridad Social, pues ello no enerva la obligación de la empresa empleadora de proceder a la correcta afiliación de la misma...”. Y STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 29 de enero de 1999 (AS 582), en la que se establece que: “...lo que es cierto es que, producto de una conducta deliberada o no, el Club incumplió la obligación de cotizar a la Seguridad Social durante un período de tiempo en la cuantía en que debía haberlo hecho...”.

³⁴ Es el caso, por ejemplo, de la STSJ de Madrid de 4 de marzo de 1999 (AS 614), en la que se afirma: “...tras el análisis de los hechos resaltados, la Sala considera que la responsabilidad empresarial debe considerarse como inexistente, al resultar evidente el debate y la evidente discrepancia en torno a la naturaleza que enmarcaba la relación entre las partes, no respondiendo el incumplimiento de cotizaciones a una conducta dolosa del empresario, ni a una «voluntad deliberadamente rebelde y contraria al cumplimiento de la norma», habiéndose cumplido la obligación reseñada con anterioridad a la sentencia de instancia que, acatando la naturaleza laboral de la relación, proclamó el despido improcedente, y un mes después de haber optado la empresa por la indemnización, siendo asimismo el ingreso anterior a la fecha de la resolución del INEM por la que se comunicaba la supuesta responsabilidad empresarial por ausencia de cotización y, lógicamente, a la apertura del expediente correspondiente. Consecuentemente, debiendo interpretar la normativa aplicable de una forma flexible en atención a las circunstancias concurrentes, destacando asimismo la existencia de un aplazamiento de pago concedido a la empresa demandante (anterior a la resolución que declaró la existencia de relación laboral) durante la tramitación del proceso de despido, y entendiendo que el cumplimiento empresarial de sus obligaciones debe conceptuarse como correcto y diligente...”. También STSJ de Cataluña de 17 de octubre de 2001 (AS 2002/834).

2.2. La falta de inscripción empresarial y de afiliación y/o alta de los trabajadores en la seguridad social

Entrando ya en los criterios jurisprudenciales surgidos en torno a los distintos tipos de incumplimiento que pueden dar lugar a la responsabilidad empresarial, cabe señalar, con carácter previo, que en este ámbito se han producido algunos cambios importantes en los últimos años.

En primer lugar, respecto a la falta de inscripción empresarial destaca una sentencia en la que ante tal incumplimiento en el ámbito del Régimen Especial de Trabajadores del Mar, se declara la responsabilidad empresarial por la totalidad de una prestación de incapacidad permanente pero con una obligación de anticipo de la prestación a cargo no del Instituto Social de la Marina sino de la Tesorería General de la Seguridad Social, ya que al no existir inscripción empresarial no existe posibilidad de identificar al asegurador, teniendo en cuenta, además, que en el artículo 126.3 del TRLGSS se hace referencia a los servicios comunes³⁵.

Postura judicial que plantea la duda esencial de cuál es su base legal, por cuanto el artículo 126.2 del TRLGSS no hace referencia al incumplimiento de la obligación de inscripción empresarial y, por tanto, hasta el momento se había canalizado este tipo de incumplimiento a través de la falta de afiliación y/o alta de los trabajadores, consecuencia, a su vez, de la previa falta de inscripción empresarial. En fin, esta nueva postura judicial sería fruto, de nuevo, de la labor de reinterpretación normativa que están asumiendo los Tribunales.

Y en segundo lugar, en los supuestos de incumplimiento de la obligación de afiliación y/o alta de los trabajadores se han producido pocos cambios. Así, en el caso de los riesgos comunes, jubilación y maternidad, el incumplimiento de dicha obligación implica la consecuente responsabilidad empresarial por la totalidad de la prestación, sin obligación de anticipo por parte de la entidad gestora o colaboradora³⁶. Así, en la STSJ de Cataluña de 18 de septiembre de

³⁵ STSJ de Galicia de 15 de octubre de 1999 (AS 2956), en la que se afirma: “... la única cuestión discutida estriba en determinar si al ISM corresponde prestar la garantía adicional de anticipar el pago de la prestación, en virtud del principio de automaticidad absoluta de estas prestaciones derivadas de accidente de trabajo... La respuesta es favorable a la tesis del recurrente, pues no se trata de un caso en que exista identificación de un asegurador (Mutua o Gestora) pero el empresario haya incumplido sus obligaciones (por falta de alta de ese trabajador concreto, falta o defecto de cotización, etc.), sino que se trata de falta total de aseguramiento, ya que ni siquiera se cumplió con la obligación previa... de modo que no existe posibilidad de identificar asegurador alguno, y en estos supuestos el deber de anticipo corresponde a la Tesorería General de la Seguridad Social (el art. 96.3 –hoy 126.3– de la LGSS dice «...o, en su caso, los servicios comunes procederán... al pago de las prestaciones al beneficiario...» sin perjuicio, claro está de su derecho a repetirlo contra el empresario responsable...”.

³⁶ En el ámbito de la prestación por maternidad: SSTSJ de Castilla-La Mancha de 19 de octubre de 1999 (AS 3725) y de Extremadura de 19 de julio de 1999 (AS 3469). También STSJ de Cataluña de 2 de marzo de 2000 (AS 2044) y ST del Juzgado de lo Social nº 1 de Granada de 24 de octubre de 2001 (AS 4039).

2001 (AS 4154) se señala que: “...con respecto a las contingencias comunes, declara la jurisprudencia del Tribunal Supremo... que no puede sentarse la misma doctrina, por cuanto ni se establece expresamente en la norma reglamentaria que cubre el vacío reglamentario en torno a la regulación de la responsabilidad empresarial por falta de aseguramiento de sus empleados... ni en la que dispone la obligación de anticipo por la Entidad Gestora (art. 126 LGSS), ni resulta tampoco exigible ni deducible del mandato constitucional contenido en el art. 41 del Texto Constitucional en garantía del derecho que ampara al trabajador de no ver desconocidos ni mermados sus derechos a prestaciones como consecuencia de incumplimientos de su empleador...”.

Cabe señalar que aunque con tal solución judicial se sigue fielmente lo dispuesto en la LSS de 1966, sin reinterpretación alguna³⁷, es importante destacar que, tal y como apuntábamos páginas atrás, en otros casos los Tribunales no han dudado en proceder a dicha reinterpretación. A nuestro entender, en este ámbito debería reinterpretarse la Ley, trasladándose al mismo el principio de automaticidad de las prestaciones por cuanto no cabe olvidar que la situación de necesidad existente en todos los casos es la misma, con independencia del riesgo que cause la prestación.

En esta línea cabe señalar que algunas sentencias, aun partiendo de lo dispuesto en la LSS de 1966, proponen soluciones innovadoras como, por ejemplo, la responsabilidad subsidiaria del INSS sobre la base de lo dispuesto en el Código Europeo de Seguridad Social³⁸.

³⁷ Así, entre otras, en la STSJ de Cataluña de 2 de marzo de 2000 (AS 2044), se establece que: “... la falta de protección que dicha legislación representa para los que tendrían derecho a percibir una prestación de Seguridad Social y que no la tienen por el incumplimiento empresarial, está siendo mitigada en las últimas reformas legislativas mediante la supresión del requisito de alta para obtener la mayor parte de las prestaciones del sistema... pero sin que se haya llegado a su generalización total, función que corresponde al legislador ordinario que, incluso, puede efectuarla por norma de carácter reglamentario, ya que dicha consideración tienen los artículos 94, 95 y 96 de la LGSS de 1966, sin que corresponda llevarla a cabo a los Tribunales de Justicia, que interpretan las Leyes, ya que ni del artículo 41 de la constitución, ni del artículo 126 de la vigente Ley General de la Seguridad Social se desprende inexorablemente la obligación de anticipo establecida en la sentencia recurrida...”. También ST del Juzgado de lo Social nº 1 de Granada de 24 de octubre de 2001 (AS 4039).

³⁸ Es el caso de la ST del Juzgado de lo Social nº 2 de Albacete de 11 de enero de 2002 (AS 302), en la que señala que: “...existe reiterada jurisprudencia dictada en unificación de doctrina, interpretando la Ley de Seguridad Social de 1966 que tiene rango reglamentario, que establece que el principio de automaticidad de las prestaciones no alcanza a responder de una prestación de un trabajador que al momento de actualizarse la contingencia se encuentre fuera del sistema por falta de alta, existiendo sentencias... que reiteran esta tesis aun cuando se haya producido el ingreso de las cuotas por efectos de la actividad inspectora y en consecuencia se haya producido la correspondiente «contribución» y «financiación» del sistema protector de Seguridad Social... entendiéndose que el deber de anticipo no alcanza a las contingencias comunes... Sin embargo, ello no es óbice para declarar que el Estado es el garante último de la prestación que se reclama pues resulta de aplicación el art. 13 del Código Europeo de la Seguridad Social de 16 de abril de

Situación distinta pero que también se ha planteado con cierta frecuencia en los Tribunales es el supuesto del incumplimiento de la obligación de afiliación y/o alta en el caso de la pensión de jubilación anticipada, cuando dicha obligación sí se cumple en el momento del hecho causante de la prestación. Aquí sorprende, sin embargo, la diversidad de soluciones adoptadas por los Tribunales Superiores de Justicia y la posterior intervención del Tribunal Supremo en casación para la unificación de doctrina. Así, las distintas posturas han sido las siguientes:

1. Declaración de responsabilidad empresarial por la totalidad de la pensión de jubilación anticipada y anticipo por la entidad gestora³⁹.

2. Responsabilidad empresarial por la diferencia de cotizaciones y anticipo de la entidad gestora⁴⁰.

3. Responsabilidad empresarial por la totalidad de la prestación y anticipo de la entidad gestora a partir de los 65 años, no antes⁴¹. Diversidad de soluciones resuelta, con un criterio que compartimos plenamente, por la STS de 19 de junio de 2000, estableciendo la responsabilidad empresarial respecto a la pensión de jubilación anticipada pero con la obligación de anticipo de la entidad gestora desde el primer momento.

Y finalmente, en este ámbito también cabe citar el caso en que en un supuesto de pensión de jubilación la falta de afiliación y/o alta en período anterior al del hecho causante afecta al cálculo del porcentaje aplicable a la base reguladora. Aquí también existen diversas soluciones judiciales:

1964... que sustituye en parte a las obligaciones nacidas del Convenio núm. 102 de la OIT... y ello debido a que el indicado Código dispone que los estados pueden establecer un régimen de contribución para lucrar de las prestaciones del sistema, sin hablar en absoluto del requisito de alta, imponiendo en el artículo citado que el Estado será el garante último de la prestación, razón por la cual no cabe establecer el deber de anticipo de la prestación pues no existe norma habilitante al efecto, tal y como ha sido establecido por el Tribunal Supremo en doctrina unificada pero sí imponer la responsabilidad subsidiaria del INSS, como garante último de la prestación caso e que el principal obligado no procediera al pago de la prestación de IT...”.

³⁹ SSTSJ de Madrid de 16 de febrero de 1999 (AS 265) y de Cataluña de 6 de julio de 2001 (AS 3617).

⁴⁰ SSTS de 20 de diciembre de 1998 (RJ 441) y 19 de junio de 2000 (AS 7405).

⁴¹ STSJ de Extremadura de 1 de julio de 1999 (AS 3397), en la que se afirma: “...ha de estimarse, en parte, el recurso y revocar la sentencia de instancia, declarando el derecho de la demandante a la pensión de jubilación anticipada condenando a las partes a estar y pasar por esta declaración y a la empresa demandada al abono de dicha prestación en la cuantía y efectos legalmente establecidos, para lo cual, de acuerdo con el art. 95.1.4º del Texto Articulado 1 de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, deberá constituir, en el correspondiente Servicio Común de la Seguridad Social, el capital necesario para que se proceda con él al abono de dicha pensión, a partir de la fecha en que la actora cumpla 65 años, responsabilidad que no puede ser extensible al período anterior al cumplimiento de dicha edad ante la absoluta omisión de incorporación y cotización al Mutualismo Laboral...”.

- a) declarar la responsabilidad empresarial por la diferencia y la obligación de anticipo por parte de la entidad gestora⁴²;
- b) declarar la responsabilidad empresarial por la totalidad de la prestación, al considerar que no hay base legal para un reparto proporcional entre la entidad gestora y el empresario⁴³;
- c) también cabe destacar el caso específico de los trabajadores no funcionarios de la Administración Pública que prestaron servicios antes del año 1959, en el que se declara que debe computarse el tiempo como cotizado pero que no cabe responsabilidad empresarial ya que no existió deber de cotizar antes de 1959⁴⁴;
- d) en el mismo o semejante supuesto que el anterior, existen sentencias que sí declaran la responsabilidad proporcional⁴⁵ o total⁴⁶ del Estado; y,
- e) sentencias que, aplicando la tesis de la proporcionalidad iniciada por el Tribunal Supremo en 1997, consideran que si se cumple el período mínimo para acceder a la prestación, la entidad gestora asume el pago de la misma y el empresario queda exonerado de toda responsabilidad, aun cuando su incumplimiento fuera grave⁴⁷.

A nuestro entender, la solución más acertada en estos casos consistiría en aplicar la tesis de la proporcionalidad elaborada por el Tribunal Supremo a partir de 1997, así como, parcialmente, la postura propuesta para el caso de las prestaciones por desempleo en la STS de 17 de septiembre de 2001 (RJ 2002/627), entendiéndose que cabe declarar la existencia de responsabilidad empresarial no sólo cuando el incumplimiento empresarial afecta al período mínimo de cotización exigido para acceder a la pensión de jubilación, sino también cuando el incumplimiento afecte a la correspondiente cuantía de la

⁴² SSTSJ de Cantabria de 3 de febrero de 1999 (AS 660), de Cataluña de 13 de septiembre de 1999 (AS 3821) y 23 de septiembre de 1999 (AS 3854), de Galicia de 31 de octubre de 2001 (AS 4315), de Madrid de 22 de octubre de 2001 (AS 4512), del País Vasco de 9 de octubre de 2001 (AS 3411) y de Castilla-La Mancha de 29 de octubre de 2001 (AS 4068) y ST del Juzgado de lo Social de Jaén de 14 de mayo de 2001 (AS 3194). Asimismo, conforme a la STSJ de Madrid de 29 de abril de 1999 (AS 1481), el eventual porcentaje derivado de la bonificación por edad cumplida el 1 de enero de 1967 la asume el INSS, no la empresa.

⁴³ STSJ de Cantabria de 23 de abril de 1999 (AS 1837), en la que se afirma que: “...en un caso de alta tardía del trabajador, dada por la empresa antes del hecho causante, lo que impidió el período de carencia de la prestación declaran que «la responsabilidad propia y directa ha de recaer única y exclusivamente sobre la empresa que incumplió su obligación de cotizar, sin que sea posible efectuar un reparto proporcional de responsabilidades entre ella y la Entidad gestora, pues no hay base ni razón legal alguna para imputar a ésta la referida responsabilidad, ni siquiera parcialmente»...”.

⁴⁴ STSJ de Castilla y León/Burgos de 22 de noviembre de 1999 (AS 4401). Un supuesto semejante se plantea en la STSJ de Cataluña de 29 de noviembre de 2001 (AS 154).

⁴⁵ STSJ de Andalucía/Málaga de 26 de noviembre de 1999 (AS 4758).

⁴⁶ STSJ de Andalucía/Málaga de 11 de mayo de 2001 (AS 2633).

⁴⁷ Postura defendida por la STSJ del País Vasco de 22 de mayo de 2001 (AS 1481) ante una falta de alta y cotización de 23 años.

pensión a través del concreto porcentaje aplicable a la base reguladora y, a la vez, también resultaría de aplicación el criterio de proporcionalidad de la responsabilidad en función de la gravedad del incumplimiento, por lo que la citada responsabilidad debería ser proporcional a la importancia del incumplimiento y no, por tanto, por la totalidad de la pensión de jubilación.

Con ello nos decantamos por interpretar dicha tesis en el sentido de entender que la misma no se restringe a los supuestos en que el incumplimiento empresarial afecta al derecho a acceder a la pensión de jubilación, tal y como hacen algunos Tribunales Superiores de Justicia⁴⁸, sino que también existe responsabilidad empresarial en los casos en que el trabajador tiene derecho a la prestación pero el incumplimiento empresarial tiene consecuencias sobre el importe final de la misma.

Cabe tener en cuenta, por otra parte, que si se aplicase estrictamente la tesis de la proporcionalidad, esto es, únicamente cuando se afectase el derecho a acceder a la prestación, se podría estar fomentando el incumplimiento empresarial del deber de cotización por cuanto una vez cumplido el período mínimo de cotización el empresario se vería automáticamente exonerado de toda responsabilidad en orden al pago de prestaciones.

Por otra parte, en el caso de los riesgos profesionales tampoco se han producido cambios a nivel jurisprudencial y, por tanto, ante un supuesto de falta de afiliación y/o alta cabrá hablar de responsabilidad empresarial con el consiguiente anticipo de la prestación por parte de la entidad gestora o colaboradora, como consecuencia de tratarse de una situación de alta de pleno derecho y la consiguiente aplicación del principio de automaticidad de las prestaciones, en los términos previstos, por otra parte, para las entidades colaboradoras en el artículo 61.2 del Real Decreto 1993/1995. Ya hemos señalado páginas atrás que, a pesar de esa referencia legal expresa, los Tribunales siguen basándose, en relación con las Mutuas, en la existencia de un convenio de asociación con la empresa así como en la obligación de aquéllas de proteger a la “totalidad” de los trabajadores de la empresa asociada⁴⁹.

Y junto a todo ello, también rige el principio de automaticidad en el caso de las prestaciones por desempleo, declarándose la correspondiente responsabilidad empresarial, conforme a lo dispuesto en el artículo 220 del TRLGSS.

Finalmente, para cerrar el análisis efectuado en torno al incumplimiento de la obligación de afiliación y/o alta cabe plantearse, ante la situación actual de la jurisprudencia, si no sería posible generalizar el criterio de proporcionalidad en este ámbito, esto es, cabe preguntarse si es adecuado que un empresario asuma

⁴⁸ STSJ del País Vasco de 22 de mayo de 2001 (AS 1481).

⁴⁹ A modo de ejemplo, SSTSJ de Andalucía/Málaga de 23 de junio de 2000 (AS 2421) y de Galicia de 27 de septiembre de 1999 (AS 3228). También tratan supuestos de falta de alta: SSTSJ de Castilla-La Mancha de 25 de mayo de 1999 (AS 2341), de Andalucía/Sevilla de 15 de abril de 1999 (AS 2702) y ST del Juzgado de lo Social de Girona de 12 de julio de 2001 (AS 2622).

el pago de la totalidad de la prestación por un retraso de dos o tres días en dar de alta a un trabajador, cuando ese trabajador ha estado en alta y cotizando durante toda su vida laboral anterior, y ello tanto en el caso de los riesgos profesionales como de los comunes. No hay duda que, al margen de posibles reinterpretaciones judiciales, la solución actual a tal cuestión es clara, esto es, consiste en la no aplicación del principio de proporcionalidad y, en consecuencia, la responsabilidad empresarial alcanzará a la totalidad de la prestación.

2.3. El incumplimiento de la obligación de cotizar

Es en el ámbito del incumplimiento de la obligación de cotizar donde se han producido mayores cambios en los últimos años, aun cuando puede afirmarse que dichos cambios no sólo se han visto revisados expresamente en algunos casos (riesgos profesionales) sino que tampoco están consolidados, al menos en determinados ámbitos, por cuanto no sólo existen sentencias que siguen manteniendo las tesis anteriores sino que también es posible citar sentencias que han elaborado soluciones mixtas mezclando, en mayor o menor medida, posiciones anteriores y actuales. A lo que cabe añadir que aún quedan cuestiones pendientes.

Partiendo de ello, en el caso de la enfermedad común, la jubilación y la maternidad, aun cuando existe una tesis mayoritaria elaborada y refrendada por el Tribunal Supremo a partir de la sentencia de 8 de mayo de 1997 –la tesis de la proporcionalidad– y que vincula la existencia de responsabilidad empresarial por descubierto de cotizaciones al hecho de que el mismo produzca una afectación efectiva del correspondiente período de carencia (por cuanto de no ser así se vería afectado el principio “*non bis in idem*”) y, por tanto, del derecho del beneficiario a acceder a la correspondiente prestación, previéndose, asimismo, un criterio de proporcionalidad a la hora de determinar el alcance de la citada responsabilidad y la necesidad de ponderar la voluntad concurrente del empresario (duración del incumplimiento, excusabilidad, importe de la deuda, carácter ocasional o no del descubierto...)⁵⁰, existen también sentencias que mantienen otros criterios.

⁵⁰ Tesis jurisprudencial recogida, entre otras, en la STS de 29 de noviembre de 1999 (RJ 9590), en la que se afirma que: “...la determinación de la posible responsabilidad patronal en el pago de prestaciones de Seguridad Social debe realizarse teniendo en cuenta que:... B) En el derecho de la Seguridad Social el incumplimiento de la obligación de cotizar no extingue las relaciones de seguridad social y el cobro de las cotizaciones debidas se realiza por vía ejecutiva con abono de los recargos procedentes... al tiempo que la falta de ingreso de las cotizaciones es una infracción grave sancionable administrativamente... Para no vulnerar el principio «non bis in idem»... la responsabilidad empresarial en las prestaciones por falta de cotización tiene que vincularse a un incumplimiento de trascendencia en la relación jurídica de protección, de forma que aquélla impida la cobertura del período de cotización exigido. En otro caso se sancionaría dos veces la misma conducta (sanción administrativa directa y sanción indirecta también administrativa por la vía de una responsabilidad de la prestación) con un efecto que no puede autorizar una regla como el art. 94.3 de la Ley de 21 de abril de 1966 que tiene, como se

De este modo, es posible citar sentencias que se manifiestan en el siguiente sentido:

a) Sentencias que siguen haciendo referencia a la importancia del descubierta de cotizaciones para decidir sobre la existencia o no de responsabilidad (descubierto ocasional frente a descubierto constante)⁵¹; y,

b) sentencias que mezclan el criterio de la proporcionalidad con el de la entidad del descubierta de cotizaciones⁵².

En este ámbito sólo cabe señalar que la tesis mantenida por el Tribunal aun siendo innovadora, plantea, no obstante, dos problemas: el primero de ellos, el que la misma no tiene anclaje directo en la LSS de 1966, siendo un claro ejemplo de la reinterpretación legal llevada a cabo por los Tribunales en los últimos tiempos, y en segundo lugar, que dicha tesis surgió en un contexto

ha dicho, valor reglamentario y es además anterior a la Constitución... C) El principio de proporcionalidad exige por su parte una mínima adecuación entre la gravedad del incumplimiento y el «trascendental resultado de imputar la íntegra responsabilidad en orden a las prestaciones a la empresa»... a este principio de proporcionalidad han recurrido expresamente para determinar la responsabilidad empresarial de prestaciones o precisar su alcance numerosas sentencias recientes... D) El principio de ponderación de la voluntad del agente acogido también en numerosas sentencias... obliga a tener en cuenta circunstancias diversas, como la duración del incumplimiento del deber de cotizar, la excusabilidad de la causa del mismo, el importe global de la deuda, el carácter ocasional o no del descubierta, y la actitud más o menos diligente de la empresa para superar las dificultades que lo hayan podido originar. E) Examinada la regla del art. 126.2 LGSS sobre responsabilidad empresarial a la luz de estos principios, se advierte que no puede interpretarse como una norma autónoma de carácter sancionador, sino como una disposición que establece una responsabilidad conectada causalmente con el perjuicio que el incumplimiento empresarial ha producido en el derecho del trabajador. En tal caso, el empresario está obligado a reparar ese perjuicio y debe responder, sin perjuicio de que la entidad gestora anticipe el pago de la prestación de acuerdo con el principio de automaticidad. Pero fuera de ese supuesto el incumplimiento empresarial en materia de cotización no debe determinar una responsabilidad prestacional, sin perjuicio de que pueda ser objeto de sanción con independencia de la recaudación en vía ejecutiva de las cotizaciones adeudadas...». En el mismo sentido, entre otras, SSTs de 8 de mayo de 1997 (RJ 3970), 25 de enero de 1999 (RJ 2476) y 17 de marzo de 1999 (RJ 3005) y SSTSJ de Andalucía/Málaga de 13 de julio de 2001 (AS 3790) y de Castilla-La Mancha de 15 de junio de 2001 (AS 2640). También, SSTSJ del País Vasco de 5 de octubre de 1999 (AS 3571) que, en el ámbito de la jubilación, utiliza como parámetro el cumplimiento o no del correspondiente período mínimo de carencia.

⁵¹ Implícitamente, STSJ de Madrid de 27 de enero de 1999 (AS 93), en la que se afirma que: "... en consecuencia, acreditado un período de descubierta de 20 meses, la empresa es la responsable del pago del subsidio por maternidad reconocido por el INSS; sin perjuicio del anticipo que al organismo corresponde y posterior repetición contra el empresario inculpidor...". También STSJ de Andalucía/Sevilla de 29 de abril de 1999 (AS 3279), en la que se establece que: "... desfavorable acogida merece seguir esta pretensión, pues es lo cierto que estamos en presencia de una falta de cotización por la empresa, durante un corto período de tiempo, que no evidencia «animus defraudandi» ni de incurrir en descubiertos reiterados y constantes...". Vid, asimismo, STSJ de Cataluña de 5 de noviembre de 1999 (AS 4665) y ST del Juzgado de lo Social nº 3 de Albacete de 12 de noviembre de 2001 (AS 4040).

⁵² Es el caso, entre otros, de la STS de 29 de noviembre de 1999 y SSTSJ de Andalucía de 27 de abril de 1999 y del País Vasco de 8 de junio de 1999 (AS 2377).

muy concreto y determinado y, por tanto, su traslación progresiva a otros ámbitos ha dado lugar ya y dará lugar, sin duda, en el futuro a importantes problemas interpretativos.

En efecto, tal y como defendieron muy pronto algunas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia –especialmente el del País Vasco– la aplicación de la mencionada tesis de la proporcionalidad en el ámbito de los riesgos profesionales tenía como consecuencia la exoneración de responsabilidad empresarial en todo caso, por cuanto la existencia de un descubierto de cuotas más o menos importante no podía afectar, en ningún caso, al acceso a la correspondiente prestación⁵³, al no requerirse período de cotización para tener derecho a la misma.

Traslación al ámbito de los riesgos profesionales que, a nuestro entender, resultaba totalmente discutible, compartiendo plenamente el contenido de los votos particulares que acompañaban a algunas de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (especialmente las sentencias de 6 de julio de 1999 y de 22 de junio de 1999), en los que se defendía:

a) La inaplicación del principio “non bis in idem” en este caso al no poseer naturaleza sancionadora la responsabilidad empresarial de la que estamos tratando⁵⁴;

⁵³ Entre otras, SSTSJ del País Vasco de 9 de febrero de 1999, 27 de abril de 1999 (AS 1672), 22 de junio de 1999 (AS 2635), 6 de julio de 1999 (AS 2477), de Murcia de 21 de abril de 1999 (AS 1541) y de Aragón de 22 de noviembre de 1999 (AS 3635). A este respecto, en la citada STSJ del País Vasco de 6 de julio de 1999 se señalaba que: “... nos limitaremos a decir que el nuevo criterio unificador, apartándose del anterior, viene a declarar que el incumplimiento de las obligaciones de cotización sólo genera responsabilidad empresarial cuando produce perjuicio en los derechos del trabajador, al impedirle completar el período de carencia exigido; fuera de este supuesto, el incumplimiento empresarial, aunque prolongado, será objeto de sanción administrativa, con independencia de la recaudación en vía ejecutiva de las cuotas adeudadas con los pertinentes recargos, pero no debe determinar un supuesto de responsabilidad empresarial, pues ello supondría sancionar dos veces una misma conducta (vulnerando de ese modo el principio «non bis in idem»). Si la aplicamos al presente supuesto, vemos que en ningún momento se cuestiona que el incumplimiento de la empresa haya repercutido en la cobertura de la contingencia producida, ni tal repercusión puede deducirse de los hechos probados, entre otras razones, porque se discute la responsabilidad en el abono de prestaciones derivadas de accidente de trabajo, en cuyo caso no es exigible ningún período previo de cotización...”.

⁵⁴ Así, en el voto particular de la STSJ del País Vasco de 6 de julio de 1999 (AS 2477), se señala que: “... si aceptamos la naturaleza sancionadora del art. 94 de la Ley de 21-4-1966 que apuntan las Sentencias de referencia, no podrá declararse nunca, por contrario al art. 25.1 CE y a los principios constitucionales que el mismo tutela como límites a la potestad sancionadora de la Administración, la responsabilidad en materia de prestaciones de Seguridad Social en caso de descubierto en la cotización, incida o no tal descubierto en la cobertura del período de carencia exigible en el devengo de aquéllas, pues tan inconstitucional sería esa solución en un caso como en otro, ya que también en los supuestos de descubierto que afectan al período de carencia se superpondría la responsabilidad empresarial con la sanción administrativa y habría, conforme a esa tesis, vulneración del «principio non bis in idem». Sin embargo, el hecho de que exista numerosísima jurisprudencia... que no opone objeción alguna desde el punto de vista constitucional a la declaración de responsabilidad empresarial en caso de descubierto que inciden en la cobertura del

b) la imposibilidad de desconocer la tendencia jurisprudencial anterior⁵⁵; y,
c) sobre todo, el que dicha solución rompía con la tradición de mayor protección y garantía atribuida tradicionalmente al accidente de trabajo, a la vez, que con ella podía incentivarse incluso el incumplimiento por parte del empresario de la obligación de cotizar ya que dicha conducta sólo podía comportar la reclamación del pago de las cotizaciones. En fin, tal y como se señalaba en el voto particular de la STSJ del País Vasco de 6 de julio de 1999 (AS 2477) *“...la postura de exonerarle de responsabilidad cuando estemos ante prestaciones procedentes de contingencia común en los que el descubierto en la cotización no afecta a ningún elemento sustancial... puede ser entendible desde la regulación contenida en el ap. 1 del art. 94 de la Ley de 21-4-1966, pero no permite su extensión automática respecto a las prestaciones derivadas de accidente laboral por el mero hecho de que su devengo no requiera período previo de cotización, pues el mantener esa interpretación supone, en la práctica, la total exoneración de responsabilidad empresarial con la sola excepción de los casos de falta de afiliación o alta del trabajador, lo que supone un tratamiento a favor de las empresas que se contraponen abiertamente al particular interés que pone el legislador en la búsqueda de mecanismos que aseguren el cumplimiento de las obligaciones que traen su causa en accidente laboral; así, por ejemplo, las cuotas por accidente de trabajo y enfermedad profesional no pueden ser en ningún caso objeto de aplazamiento o fraccionamiento... y, además, tales cuotas van a cargo exclusivo de la empresa,... lo que acentúa la mayor responsabilidad empresarial en el cumplimiento de las obligaciones de cotización por esta clase de riesgos, de forma que la tesis de exonerarle de responsabilidad por amplio que sea el descubierto en que se incurra rompe con esa filosofía legal...”*.

período de carencia nos lleva a pensar que no cabe atribuir naturaleza sancionadora a la regulación del repetido art. 94.2 de la Ley de 21-4-1966... la idea de que si apreciamos que el repetido art. 94.2 de la Ley de 21-4-1966 no podría aplicarse si le asignáramos valor sancionador es independiente del rango normativo de dicha disposición. La única diferencia estriba en que, dado su valor reglamentario, los órganos de la jurisdicción ordinaria podrán declarar directamente su inaplicabilidad... mientras que si tuviera rango legal la eventual depuración de su inconstitucionalidad debería plantearse a través de la oportuna cuestión de inconstitucionalidad...”

⁵⁵ Así se señala en el voto particular de la STSJ del País Vasco de 6 de julio de 1999 (AS 2477), que: *“...estas sentencias se basan en lo que establece el art. 96 de la Ley General de la Seguridad Social de 30 mayo 1974, así como en lo que prescribían los arts. 94 y 95 de la Ley de Seguridad Social de 21 abril 1966... Y en razón a lo que estos artículos ordenan las Sentencias mencionadas llegan a las siguientes conclusiones, con respecto a las prestaciones derivadas de accidentes de trabajo: a) En los casos en que la empresa se encuentra al descubierto en el pago de las cuotas de la Seguridad Social, habiendo incurrido en constantes y dilatados incumplimientos en relación con tal pago, la responsabilidad de hacer efectivas tales prestaciones recae sobre esa empresa...”*.

Traslación del criterio de la proporcionalidad al ámbito de los riesgos profesionales que finalmente fue desestimada, utilizando argumentos un tanto ambiguos e insuficientes, por el propio Tribunal Supremo en la sentencia de 1 de febrero de 2000 (RJ 1436), en la que se señala que la citada tesis no resulta aplicable en las prestaciones derivadas de riesgos profesionales por las siguientes razones:

1ª Porque la doctrina de la proporcionalidad se construyó pensando exclusivamente en prestaciones cuya obtención depende de la cobertura de un período de cotización, que son en las que cuadra eximir de responsabilidad al empresario cuando existen cotizaciones suficientes para devengarlas, como manifestación adecuada del principio de proporcionalidad. En las prestaciones que no dependen de un período de carencia, como son las derivadas de accidente de trabajo, la prueba del cumplimiento empresarial habrá que seguir determinándola con arreglo a otros criterios, puesto que no existe ese referente.

2ª El principio “*non bis in idem*”, con independencia de que en los supuestos generales es de difícil aplicación a la luz de la doctrina constitucional sobre el mismo, ligada siempre a la actuación del “*ius puniendi*” estatal que en el caso de la responsabilidad empresarial nunca podría apreciarse –STC 234/1991, de 10 de diciembre o 164/1995, de 13 de diciembre–, con mucho menor motivo puede estimarse aplicable a supuestos como el analizado, en los que el empresario ha sido ya previamente declarado insolvente, como requisito necesario vinculado al anticipo de prestaciones, y en los que, por lo tanto, con independencia de la multa que se le pueda imponer, difícilmente va a abonar la prestación a la que se le pueda condenar.

3ª La exención de responsabilidad empresarial por el solo hecho de que la existencia o inexistencia de cuotas no influye en la relación de protección supondría tanto como eliminar el carácter contributivo de las prestaciones derivadas de riesgos laborales, contra lo previsto expresamente al respecto por el artículo 86.2.b) del TRLGSS e iría claramente en contra de las previsiones del artículo 126.2 del TRLGSS que se trata de interpretar y aplicar en cuanto parte del principio de responsabilidad empresarial cuando existe impago de cuotas.

4ª En los riesgos profesionales el asegurado es el empresario y por ello es más difícil que en los comunes aceptar que puede servirle como causa eximente de la responsabilidad el impago de las primas para hacer frente a las contingencias derivadas de aquéllos, cuando este descubierto, aun no siendo determinante del derecho a la prestación, aparece como un manifiesto incumplimiento de aquella obligación.

Ya hemos señalado anteriormente que los argumentos de la STS de 1 de febrero de 2000 resultan un tanto ambiguos e insuficientes, y ello se debe a varios motivos:

a) Sorprende, en primer lugar, lo escueto de la fundamentación jurídica de la sentencia, al tratarse no sólo de una cuestión trascendente sino también de una

sentencia que viene a rectificar, expresamente, lo señalado, con carácter general, sentencias anteriores, entre otras, la de 8 de mayo de 1997.

b) En cuanto al primer argumento, cabe señalar que la STS de 8 de mayo de 1997, aun cuando resolvía un concreto supuesto de hecho (reclamación en materia de maternidad) no limitaba expresamente su campo de aplicación, por lo que bien podía extenderse la doctrina de la proporcionalidad a otros ámbitos, como ocurrió en la práctica. En definitiva, el primer argumento aportado por la STS de 1 de febrero de 2000 es una interpretación “*a posteriori*” llevada a cabo por el propio Tribunal Supremo.

c) Mayor problemática plantea el segundo de los argumentos apuntados anteriormente, no sólo por la dificultad de entender lo que pretende exponer el Tribunal Supremo –los términos son muy poco claros e incluso parece que el argumento esté inacabado⁵⁶– sino, sobre todo, por el hecho de que, para el Tribunal Supremo, la aplicación del principio “*non bis in idem*” en este caso resulta muy difícil al no tratarse de una actuación ligada al “*ius puniendi*” estatal y, además, dicho principio va a resultar aún menos aplicable en un caso en que el empresario ha sido declarado insolvente y en el que, por tanto, con independencia de la multa que se le pueda imponer, difícilmente va a abonar la prestación a la que se le pueda condenar.

Toda esta argumentación es discutible por dos motivos:

Sorprende que en el caso de los riesgos profesionales la STS de 1 de febrero de 2000 considere muy difícilmente aplicable –e incluso marginal– el principio “*non bis in idem*” cuando sobre una estructura muy semejante –con la única diferencia de tratarse de un supuesto de maternidad– la STS de 8 de mayo de 1997 fundamenta toda la tesis de la proporcionalidad precisamente en la aplicación del citado principio; ello nos lleva a defender que o bien se aplica o no se aplica dicho principio, pero de aplicarse debe hacerse en todos los casos, o bien cabe entender que el Tribunal Supremo, opción totalmente discutible, ha implantado distintos conceptos del principio “*non bis in idem*” en el marco de la responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones (más estricto en el caso de los riesgos comunes y de la maternidad); y, así mismo, cabe tener en cuenta que el Tribunal Supremo parece entender que de todas formas no se va a aplicar dicho principio –aplicación que debería llevar necesariamente a la declaración de inexistencia de responsabilidad empresarial en la línea de la tesis de la

⁵⁶ En efecto, se señala que: “... El principio «*non bis in idem*», con independencia de que en los supuestos generales es de difícil aplicación a la luz de la doctrina constitucional sobre el mismo, ligada siempre a la actuación del «*ius puniendi*» estatal que en el caso de la responsabilidad empresarial nunca podría apreciarse... con mucho menor motivo puede estimarse aplicable a supuestos como los que aquí nos ocupan en los que el empresario ha sido ya previamente declarado insolvente, como requisito necesario para que la Mutua que anticipó sus prestaciones (¿no se trata de una frase inacabada?) –SSTS 13-6-1994 y 21-12-1994, por todas– y en los que, por lo tanto, con independencia de la multa que se le pueda imponer, difícilmente va a abonar la prestación a la que se le pueda condenar...”.

proporcionalidad— por cuanto, en opinión del Tribunal Supremo, el empresario al haber sido ya declarado insolvente a los efectos del anticipo de la prestación por parte de la Mutua, aunque le impongan una multa (responsabilidad administrativa) no va a poder pagar la prestación (responsabilidad en orden al pago de prestaciones) y, por tanto, no se vulneraría el principio “*non bis in idem*”. Esta argumentación es también totalmente discutible por dos motivos:

- la declaración de responsabilidad empresarial y el anticipo de la prestación por parte de la Mutua es totalmente independiente de la solvencia o insolvencia del empresario, cuestión ésta únicamente relevante a los efectos de reclamar el resarcimiento de la cantidad anticipada por la Mutua frente al empresario incumplidor o, de ser éste insolvente, frente a la entidad gestora; por tanto, no siempre un empresario responsable del pago de prestaciones va a resultar insolvente, tal y como parece entender el Tribunal Supremo; y,
- aun cuando fuera insolvente y no pudiese pagar la prestación, ello no supondría que no se pudiese aplicar el principio “*non bis in idem*”, ya que éste parte de que no es posible una doble sanción sobre un mismo hecho con independencia de que aquéllas puedan hacerse o no efectivas.

d) A nuestro entender, mayor peso tienen los dos últimos argumentos aportados por la STS de 1 de febrero de 2000, esto es, la afectación al carácter contributivo de las prestaciones derivadas de los riesgos profesionales y el hecho de que el asegurado es el propio empresario y que por ello es difícil asumir que el impago de las primas pueda servirle como causa eximente de su responsabilidad en orden al pago de prestaciones. No hay duda que de aplicarse esa tesis los empresarios podrían incluso verse incentivados a dejar de cumplir con sus obligaciones en materia de seguridad social.

En definitiva, la mencionada STS de 1 de febrero de 2000 confirmó, sobre la base de los argumentos antes apuntados, la aplicación, en el marco del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional, de la tesis clásica aplicable en el ámbito de los descubiertos de cotización según la cual no existirá responsabilidad empresarial en los supuestos de descubierto ocasional y sí existirá cuando se trate de un descubierto constante y persistente. En efecto, tal y como señala la STS de 17 de septiembre de 2001 (RJ 2002/628), “...*el análisis y la valoración de los antecedentes es factor determinante para calificar los incumplimientos en orden a la obligación de cotizar, bien como episodios aislados que no generan responsabilidad para el empresario y los definitivos o persistentes en el tiempo, que provocan el efecto contrario...*”⁵⁷. Cabe señalar

⁵⁷ O en palabras de la STS de 28 de junio de 2001 (RJ 6844): “*sigue siendo válida la aplicación de la doctrina tradicional en relación con la responsabilidad empresarial por falta de cotización, en el sentido de distinguir según se trate de incumplimientos empresariales transitorios o, por el contrario, se trate de incumplimientos definitivos y voluntarios, rupturistas o expresivos de la voluntad empresarial de no cumplir con su obligación de cotizar...*”.

que la postura adoptada por el Tribunal Supremo en la mencionada sentencia de 1 de febrero de 2000 ha sido seguida unánimemente con posterioridad, en ámbitos tales como la incapacidad permanente total⁵⁸, las lesiones permanentes no invalidantes⁵⁹, la incapacidad temporal⁶⁰, la incapacidad permanente parcial⁶¹ o la incapacidad permanente absoluta⁶².

A lo que cabe añadir que, en los casos en que se declare la responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones, existirá la obligación de anticipo a cargo de la entidad gestora o colaboradora, así como la responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo-INSS, conforme a lo dispuesto en el artículo 94.4 de la LSS de 1966⁶³.

Sin embargo, la tesis de descubierto ocasional *versus* descubierto constante vuelve a plantear la dificultad, reconocida por el propio Tribunal Supremo⁶⁴, de cómo diferenciar entre ambos tipos de descubierto.

A este respecto, algunas sentencias, muy escasas, sitúan la frontera en el período de un año en situación de descubierto, salvo que se tratase de una empresa que no hubiera ingresado ni una sola cuota desde el momento de la suscripción del documento de asociación con la Mutua, hecho que demostraría su voluntad contumaz e infractora en el cumplimiento de la obligación de cotización⁶⁵. Por su parte, el Tribunal Supremo se ha limitado a señalar que generan responsabilidad empresarial los incumplimientos que persisten en el tiempo, cuando no concurra elemento objetivo alguno que evidencie la voluntad de satisfacer las obligaciones incumplidas⁶⁶ o bien, ante un determinado incumplimiento, simplemente destaca que “...nos encontramos ante un

⁵⁸ Entre otras SSTs de 17 y 18 de septiembre de 2001 (RJ 2002/589 y 628).

⁵⁹ SSTs de 13 de noviembre de 2000 (RJ 9635), 4 y 15 de diciembre de 2000 (RJ 10413 y 2001/813), 5 y 20 de marzo de 2001 (RJ 2832 y 3391) y 5 de abril de 2001 (RJ 4884).

⁶⁰ SSTs de 27 de noviembre de 2000 (RJ 2001/1435), 22 de febrero de 2001 (RJ 2814), 21 de marzo de 2001 (RJ 4108) y 26 de septiembre de 2001 (RJ 2002/320) y SSTSJ de Castilla-La Mancha de 15 de junio de 2001 (AS 2640) y de Baleares de 15 de junio de 2001 (AS 2670).

⁶¹ SSTs de 16 de enero de 2001 (RJ 773) y 28 de junio de 2001 (RJ 6844) y STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de noviembre de 2001 (AS 4151).

⁶² STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de junio de 2001 (AS 3615).

⁶³ Entre otras, SSTs de 13 de noviembre de 2000 (RJ 9635), 27 de noviembre de 2000 (RJ 2001/1435), 4 y 15 de diciembre de 2000 (RJ 10413 y 2001/813), 5 y 12 de febrero de 2001 (RJ 2140 y 2516), 22 de febrero de 2001 (RJ 2814), 5 y 20 de marzo de 2001 (RJ 2832 y 3391), 24 de marzo de 2001 (RJ 3402), 5 de abril de 2001 (RJ 4884), 28 de junio de 2001 (RJ 6844), 17 y 26 de septiembre de 2001 (RJ 2002/628 y 320) y 18 de septiembre de 2001 (RJ 2002/589) y SSTSJ de Castilla-La Mancha de 15 de junio de 2001 (AS 2640), 30 de octubre de 2001 (AS 4069) y 15 de noviembre de 2001 (AS 4151), de Baleares de 15 de junio de 2001 (AS 2670) y Cataluña de 20 de septiembre de 2001 (AS 4098).

⁶⁴ Entre otras, SSTs de 5 y 12 de febrero de 2001 (RJ 2140 y 2516) y 17 de septiembre de 2001 (RJ 2002/628).

⁶⁵ STSJ de Cataluña de 20 de septiembre de 2001 (AS 4098).

⁶⁶ SSTs de 16 de enero de 2001 (RJ 773), 12 de febrero de 2001 (RJ 2516) y 5 de marzo de 2001 (RJ 2832).

*incumplimiento manifiesto –y no discutido por las partes– voluntario, dilata-do en el tiempo y, por ende, claramente expresivo de una voluntad empresarial de no cumplir con sus obligaciones de cotización...*⁶⁷. O en fin, que los descubiertos constantes son aquellos reiterados, duraderos y por ello calificables de rupturistas por encubrir una verdadera intención de no cotizar⁶⁸ o aquellos descubiertos definitivos, voluntarios, rupturistas o expresivos de la voluntad empresarial de no cumplir con su obligación de cotizar⁶⁹.

En otros casos se ha ponderado la duración del incumplimiento, la falta de iniciativa por parte de la empresa tendente a regularizar la situación y el dato de que sólo tras producirse el hecho causante de la prestación, la empresa reanudó el pago de las cotizaciones⁷⁰. O, en fin, se ha tenido en cuenta el importe de la deuda acumulada⁷¹.

A lo que cabe añadir que las soluciones judiciales adoptadas en torno a la importancia del incumplimiento y la consiguiente existencia o no de responsabilidad empresarial son muy diversas. Así, se ha considerado como descubierto constante incumplimientos de 1 año⁷², 1 año y 10 meses⁷³, 19⁷⁴, 21⁷⁵, 23⁷⁶ o 28 meses⁷⁷, 34⁷⁸ o 43⁷⁹ meses, más de 2⁸⁰ o 4⁸¹ años⁸², 3 años⁸³, casi 10 años⁸⁴ o de 12 años⁸⁵. Y junto a ello y para determinar la existencia de un descubierto constante se han tenido en cuenta datos como, por ejemplo, la dimensión de la empresa⁸⁶. Y también se ha considerado como descubierto constante un descubierto de 7 meses cuando la empresa no ingresó ni una sola cuota de las debi-

⁶⁷ STS de 28 de junio de 2001 (RJ 6844).

⁶⁸ SSS de 20 de marzo de 2001 (RJ 3391).

⁶⁹ SSTs de 13 de noviembre de 2000 (RJ 9635), 27 de noviembre de 2000 (RJ 2001/1435), 4 y 15 de diciembre de 2000 (RJ 10413 y 2001/813), 5 y 19 de febrero de 2001 (RJ 2140 y 2808), 22 de febrero de 2001 (RJ 2814), 24 de marzo de 2001 (RJ 3402), 18 y 26 de septiembre de 2001 (RJ 2002/589 y 320) y STSJ de Castilla-La Mancha de 15 y 26 de junio de 2001 (AS 2640 y 3615) y 30 de octubre de 2001 (AS 4069).

⁷⁰ STSJ de Baleares de 15 de junio de 2001 (AS 2670).

⁷¹ STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de noviembre de 2001 (AS 4151).

⁷² STS de 5 de marzo de 2001 (RJ 2832).

⁷³ STS de 24 de marzo de 2001 (RJ 3402).

⁷⁴ STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de junio de 2001 (AS 3615).

⁷⁵ STS de 17 de septiembre de 2001 (RJ 2002/268).

⁷⁶ STS de 16 de enero de 2001 (RJ 773).

⁷⁷ STS de 12 de febrero de 2001 (RJ 2516).

⁷⁸ STS de 28 de junio de 2001 (RJ 6844).

⁷⁹ SSTs de 13 de noviembre de 2000 (RJ 9635) y 26 de septiembre de 2001 (RJ 2002/320).

⁸⁰ SSTs de 18 de septiembre de 2000 (RJ 8207) y 21 de marzo de 2001 (RJ 4108) y STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de noviembre de 2001 (AS 4151).

⁸¹ STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de junio de 2001 (AS 2640).

⁸² STS de 21 de marzo de 2001 (RJ 4108).

⁸³ STS de 5 de febrero de 2001 (RJ 2140).

⁸⁴ STS de 27 de noviembre de 2000 (RJ 2001/1435).

⁸⁵ SSTs de 20 de marzo de 2001 (RJ 3391) y 5 de abril de 2001 (RJ 4884).

⁸⁶ STS de 5 de febrero de 2001 (RJ 2140).

das durante el escaso tiempo que duró la relación laboral, interpretando que esa conducta era reveladora precisamente de la existencia de una voluntad patente de incumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad social⁸⁷.

En fin, se ha calificado como descubierto ocasional un descubierto de 14 meses cuando la empresa tenía problemas económicos⁸⁸ o bien descubiertos de 1 año⁸⁹ o de 8 meses⁹⁰.

Y junto a ello, cabe preguntarse, en la línea apuntada por el Tribunal Supremo, qué elementos objetivos podrían excluir la existencia de un descubierto constante. En este punto, cabe señalar que algunas sentencias hacen referencia y admiten circunstancias tales como la insolvencia puntual de la empresa o el olvido o error excusable de hecho o de derecho⁹¹, las dificultades de liquidez⁹² o los problemas económicos⁹³.

En definitiva, el problema en este ámbito, de muy difícil resolución, es delimitar cuándo se trata de un incumplimiento persistente en el tiempo y qué elementos objetivos pueden evidenciar la voluntad de satisfacer la obligación de cotizar, y ello por cuanto existen ya y seguirán dándose ejemplos en que un mismo descubierto –13 meses, pongamos como ejemplo– va a ser considerado, según el caso o el Tribunal, como descubierto ocasional o constante, creando posibles situaciones de desigualdad ante el mismo tipo de incumplimiento.

Sin embargo, también surge otra duda consistente en determinar qué descubiertos deben tenerse en cuenta para valorar si se trata de un descubierto ocasional o constante, esto es, ¿sólo los anteriores al hecho causante o también los posteriores? En este ámbito, la STS de 22 de febrero de 2001 (RJ 2814) ha aclarado que sólo cabe tener en cuenta los descubiertos anteriores al hecho causante, dado que la responsabilidad empresarial trae su causa de la actuación al momento de producirse el hecho causante y no de la posterior y así mismo, lo asegurado en el accidente de trabajo es el siniestro y éste se produce con el hecho causante⁹⁴. Con ello se rectifica una tendencia anterior

⁸⁷ STS de 1 de febrero de 2000 (RJ 1436).

⁸⁸ STS de 19 de febrero de 2001 (RJ 2808).

⁸⁹ STS de 17 de marzo de 1999 (RJ 3005).

⁹⁰ STS de 25 de enero de 1999 (RJ 3748).

⁹¹ STSJ de Navarra de 27 de febrero de 2002 (AS 803).

⁹² STSJ de Baleares de 9 de octubre de 2001 (AS 4361).

⁹³ STS de 19 de febrero de 2001 (RJ 2808).

⁹⁴ En efecto, en la citada sentencia se señala que: “... en cuanto a dicha cuestión la tesis correcta es la de la sentencia recurrida, sólo pueden tenerse en cuenta las cotizaciones anteriores al hecho causante dado que como se dice en la sentencia recurrida la responsabilidad empresarial trae causa de su actuación al momento de producirse el hecho causante, y no de la posterior, lo asegurado en el accidente de trabajo es el siniestro, y que aquél se producía con el hecho causante; por otra parte, como allí se dice si en los casos de infracotizaciones, en orden a las prestaciones éstos no se compensarán con las cuotas ingresadas posteriormente fuera de plazo, tampoco cabe que la exención de responsabilidad anudada al descubierto ocasional existente en el momento del hecho causante, pueda vaciarse por la circunstancia de que con posterioridad al incumplimiento de cotizaciones éstas hayan tenido continuidad...”. También STS de 24 de marzo de 2001 (RJ 3402).

según la cual uno de los criterios a utilizar para delimitar la frontera entre el descubierto ocasional y el descubierto constante era precisamente valorar si la empresa se había mantenido en situación de descubierto con posterioridad al hecho causante de la prestación⁹⁵. Cabe tener en cuenta, no obstante, que, inexplicablemente, sentencias posteriores a la citada siguen valorando tanto los incumplimientos anteriores como los posteriores al hecho causante⁹⁶. En todo caso, fijar el hecho causante como punto de inflexión introduce, en este ámbito, una cierta seguridad jurídica.

Sin embargo, y tal como señalamos anteriormente, la tesis de la proporcionalidad no sólo planteaba la duda de su traslación al marco de los riesgos profesionales, ya resuelta, sino también otros interrogantes: cómo aplicar dicha tesis en el caso de las prestaciones por desempleo, las prestaciones derivadas de accidente no laboral y la jubilación.

El primer interrogante ha sido ya resuelto por la STS de 17 de septiembre de 2001 (RJ 2002/627)⁹⁷ en el sentido de extender el marco de aplicación de la tesis de la proporcionalidad, al hacerla abarcar explícitamente no sólo los casos en que el incumplimiento empresarial afecta a los requisitos para tener derecho a la prestación (período de cotización) —supuesto contemplado por la STS de 8 de mayo de 1997, iniciadora de esta doctrina—, sino también a aquellos supuestos en que teniendo derecho a la prestación, el incumplimiento repercute en la duración y/o en la cuantía de la misma, como es el caso de las prestaciones por desempleo. Se distingue así entre responsabilidad total (cuando el incumplimiento afecta a los requisitos para acceder a la prestación)

⁹⁵ STS de 15 de diciembre de 2000 (RJ 2001/813) según la cual: “... aplicada la anterior doctrina al supuesto ahora planteado en el recurso, resulta que la empresa... presentaba descubiertos totales en sus cotizaciones de Seguridad Social, tal y como se dice en el incombato relato de hechos probados de la sentencia de instancia, desde enero de 1994, y con posterioridad a la fecha del accidente, 12 de noviembre de 1997, continuaba sin hacer frente a sus obligaciones de cotización, lo que revela una falta de voluntad de cumplir aquella obligación, una voluntad manifiesta y rupturista de no cumplir con sus obligaciones de Seguridad Social que debería llevar aparejada su responsabilidad directa en el pago de las prestaciones derivadas del accidente de trabajo...”.

⁹⁶ Es el caso de la STS de 21 de marzo de 2001 (RJ 4108) en la que se afirma: “... nos encontramos con que en el supuesto de autos la empresa incumplió su obligación de cotizar durante un período de más de dos años (septiembre de 1995 a marzo de 1998), antes y después de la fecha del accidente (que tuvo lugar en diciembre de 1997), sin que de los hechos probados ni de concretas afirmaciones con posible valor fáctico resulten circunstancias que pudieran entenderse moderadoras del incumplimiento empresarial, por lo que no estamos ante «incumplimientos empresariales transitorios, ocasionales o involuntarios», sino, por el contrario, se trata de «incumplimientos definitivos y voluntarios, rupturistas o expresivos de la voluntad empresarial de no cumplir con su obligación de cotizar», procediendo, en consecuencia, imponer la responsabilidad del pago de las prestaciones a la empresa...”.

⁹⁷ También STS de 10 de diciembre de 2001 (10160).

y responsabilidad parcial (cuando el incumplimiento se proyecta con otro alcance sobre la prestación)⁹⁸.

Cabe tener en cuenta, no obstante, que la citada sentencia va más allá al mezclar, en cierta medida, la tesis de la proporcionalidad con la doctrina aplicable en sede de riesgos profesionales, por lo que en materia de desempleo se ha implantado una tesis intermedia, ya que aunque se aplica, como hemos visto, la tesis de la proporcionalidad no siempre va a existir responsabilidad empresarial ya que habrá que aplicar el principio de proporcionalidad, que exige una mínima adecuación entre la gravedad del incumplimiento del deber de cotizar y la imputación de la responsabilidad, mientras que la ponderación de la voluntad del agente obliga a tener en cuenta circunstancias diversas como la duración del incumplimiento del deber de cotizar, la excusabilidad de la causa del mismo, el importe global de la deuda, el carácter ocasional o no del descubierto y la actitud más o menos diligente de la empresa para superar las dificultades que lo hayan podido originar.

Todo ello supone que si el incumplimiento empresarial afectase al derecho del trabajador a acceder a la correspondiente prestación por desempleo (al afectar al período mínimo de cotización) cabría aplicar únicamente la tesis de la proporcionalidad y, por tanto, el empresario resultaría responsable del pago de la prestación con el consiguiente anticipo de la misma por parte de la entidad gestora, en los términos del artículo 220 del TRLGSS. Se trataría de un supuesto de responsabilidad total. En cambio, si el incumplimiento sólo afecta a la duración y/o cuantía de la prestación estaríamos ante una responsabilidad parcial y si bien se aplicaría la tesis de la proporcionalidad, la exigencia de responsabilidad empresarial dependería de factores tales como la duración

⁹⁸ Así se señala que: “... lo que mantiene esa doctrina... es que, en principio, para que la falta de ingreso de las cotizaciones del empresario en plazo legalmente establecido pueda determinar la declaración de responsabilidad empresarial «tiene que vincularse a incumplimiento con trascendencia en la relación jurídica de protección». Es cierto que la sentencia de 8 de mayo de 1997 añade que esa proyección se concreta en que los descubiertos hayan impedido al trabajador la cobertura del período de carencia. Pero es evidente que ese efecto sobre el período de cotización necesario para causar derecho no agota las posibles consecuencias de los descubiertos de cotización en la relación jurídica de protección. Si sólo se aludió en la sentencia de 8 de mayo de 1997 a ese efecto fue, sin duda, porque en el caso decidido en la misma se trataba de una declaración de responsabilidad total en la prestación y no había constancia de que se hubiere producido ningún otro perjuicio del derecho de la trabajadora afectada. Por el contrario, en el caso ahora decidido lo que se debate es una responsabilidad parcial que pondera, en los términos ya indicados en el fundamento primero, la repercusión del incumplimiento empresarial en la prestación causada y en este punto, lo cierto es que el criterio de la sentencia recurrida ha de estimarse correcto, porque el incumplimiento empresarial se proyecta, aunque con otro alcance, en la prestación...”.

del incumplimiento, el importe de la deuda,... etc. En todo caso, de declararse la existencia de responsabilidad empresarial también regiría el principio de automaticidad de las prestaciones.

Cabe tener en cuenta, no obstante, que existen sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que, sin fundamentar especialmente su posición, centran la solución en la diferencia entre descubierto ocasional y descubierto constante, aun cuando también hacen referencia a que el incumplimiento empresarial tuvo trascendencia en el cálculo de la correspondiente base reguladora⁹⁹. Y también es posible citar sentencias que reconocen la responsabilidad empresarial en todo caso ya que el incumplimiento empresarial afectará a la cuantía y a la duración de la correspondiente prestación¹⁰⁰.

No hay duda que la posición del Tribunal Supremo es, una vez más, innovadora, aun cuando introduce una importante diversidad de supuestos y de soluciones, sin un amparo legal expreso, y supone, de hecho, una nueva corrección de la tesis elaborada por la STS de 8 de mayo de 1997 que viene a sumarse a la rectificación ya llevada a cabo por la STS de 1 de febrero de 2000.

En cuanto al supuesto de las prestaciones derivadas de accidente no laboral respecto de las que existan descubiertos de cotización, cabe tener en cuenta que, al igual que en el caso de los riesgos profesionales, no se exige período de cotización alguno para tener derecho a la prestación y, por tanto, cabe pensar, a esperas de una intervención expresa por parte del Tribunal Supremo, que cabría aplicar la tesis prevista en la mencionada STS de 1 de febrero de 2000 aun cuando algunos de sus argumentos no resulten trasladables al caso del accidente no laboral.

Y finalmente, en cuanto al supuesto de la pensión de jubilación, tal y como señalamos páginas atrás, cabría aplicar la tesis de la proporcionalidad pero referida no sólo a los supuestos en que el incumplimiento empresarial afecta al acceso al derecho a la prestación sino también en aquellos casos en que dicho incumplimiento tiene trascendencia sobre su cuantía, en la línea defendida por el Tribunal Supremo en el supuesto de las prestaciones por desempleo. La misma solución cabe aplicar en los casos en que el descubierto de cotizaciones tiene trascendencia sobre el importe de la correspondiente base reguladora, aun cuando algunos Tribunales Superiores de Justicia defienden la aplicación, en este último supuesto, de la tesis de la diferenciación entre descubiertos ocasionales y descubiertos constantes¹⁰¹.

⁹⁹ STSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2001 (AS 2002/749).

¹⁰⁰ Prevé la responsabilidad empresarial por la totalidad de la prestación: SSTSJ de Cataluña de 18 de mayo de 2000 (AS 5145). Responsabilidad empresarial proporcional: STSJ de Cataluña de 2 de mayo de 2000 (AS 5655).

¹⁰¹ STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 23 de octubre de 2001 (AS 4613).

Por último, cabe tener en cuenta que los Tribunales descartan la existencia de responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo-INSS en los casos de responsabilidad empresarial derivada de un descubierto de cotizaciones y anticipo de una prestación por incapacidad temporal originada por riesgos comunes por parte de la Mutua aseguradora. Ello supone que, en el caso de insolvencia empresarial, será la Mutua la que asuma el riesgo sin poder trasladarlo a la entidad gestora, eximiendo a ésta de toda responsabilidad al respecto¹⁰². A este respecto, cabe señalar que aun cuando esta solución está directamente fundamentada en la legislación vigente –el artículo 94.4 de la LSS de 1966– no deja de ser, en cierta medida, sorprendente, al ser el único de supuesto en que las Mutuas no van a poder resarcirse subsidiariamente a cargo de la entidad gestora, debiéndose ello no a una razón objetiva sino a la aplicación de una normativa claramente obsoleta.

2.4. Los supuestos de infracotización

Finalmente, en el caso de infracotización, tal y como señalábamos páginas atrás, la tesis jurisprudencial no ha sufrido cambios, esto es, se sigue declarando la responsabilidad empresarial por la diferencia y la obligación de anticipo por parte de la entidad gestora o colaboradora. En tal sentido se manifiesta, entre otras, la STSJ de Madrid de 4 de marzo de 1999 (AS 757), al señalar que “...tales preceptos establecen que la empresa ha de responder de la prestación en la parte correspondiente a la pensión por la que no haya cotizado –número 2 del citado artículo 96– «responsabilidad que no empece la obligación de la entidad gestora de adelantar la prestación reconocida en virtud de lo dispuesto en el número 3 del repetidamente citado

¹⁰² Así, en la STSJ de Cataluña de 22 de enero de 2002 (AS 1031) se señala que: “... tales entidades, en caso de insolvencia empresarial por incumplimientos de sus obligaciones, no pueden a su vez reasegurar dicho riesgo de forma externa ni resarcirse de dicha responsabilidad a través de ningún otro Organismo o entidad para obtener la restitución de lo que abonado al beneficiario de la prestación. En cuanto a la hipotética responsabilidad subsidiaria del INSS en tanto que sucesora del extinto Fondo de Garantía de Accidentes... debe atenderse a la propia finalidad del citado fondo, el aseguramiento de las prestaciones causadas por accidentes de trabajo en caso de insolvencia empresarial o, en su caso, de la Mutua Patronal... Entre las citadas normas no existe ninguna que imponga idéntica responsabilidad respecto a las contingencias comunes, y así se deduce a «sensu» contrario de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que se imputa la descrita responsabilidad al INSS sólo en supuestos de contingencias profesionales, y se dispone en el art. 6.4 de la Orden 13 octubre 1967... Por el contrario, el art. 10.4 del Decreto 16 noviembre 1967... que regula el anticipo de la asistencia sanitaria por dicha contingencia tanto por accidente laboral como por enfermedad común, no establece responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía ni, por tanto, puede ser atribuida al INSS. En el mismo sentido se pronuncia el TSJ de Extremadura en sentencia de 29 de diciembre de 1998...”.

*artículo 96, que consagra la automaticidad de las prestaciones»...*¹⁰³. Y ello sobre la base de lo dispuesto en el artículo 94.2.c) de la LSS de 1966 que, en los casos de infracotización, atribuye al empresario la responsabilidad por la diferencia entre la cuantía de la prestación causada por el trabajador y la que corresponda asumir a la seguridad social por las cuotas efectivamente ingresadas.

Aun cuando, en algún caso, se excluye tal responsabilidad empresarial como consecuencia de la aplicación del principio de proporcionalidad entre la gravedad del incumplimiento y la consecuente responsabilidad¹⁰⁴. O bien se trasladan los criterios aplicables en el ámbito de los descubiertos de cotización, sin referencia alguna a lo dispuesto en el citado artículo de la LSS de 1966¹⁰⁵.

Y en fin, en algún caso, la responsabilidad por infracotización se hace recaer sobre la entidad gestora, fundamentándose para ello en su defectuoso

¹⁰³ En el mismo sentido, SSTSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 29 de enero de 1999 (AS 582), de Cataluña de 7 de diciembre de 1999 (AS 7442) y 28 de noviembre de 2001 (AS 2002/149), de Castilla y León/Valladolid de 15 de julio de 1999 (AS 3760) y 23 de noviembre de 1999 (AS 4833), de Baleares de 19 de julio de 1999 (AS 3957), de Andalucía/Sevilla de 30 de septiembre de 1999 (AS 4334) y 27 de octubre de 1999 (AS 4593), de Canarias/Las Palmas de 28 de junio de 1999 (AS 2664) y de la Comunidad Valenciana de 18 de mayo de 2001 (AS 3682) y ST del Juzgado de lo Social nº 2 de Navarra de 1 de febrero de 1999 (AS 526), ST del Juzgado de lo Social nº 3 de Albacete de 26 de septiembre de 2001 (AS 3381) y ST del Juzgado de lo Social nº 25 de Madrid de 9 de diciembre de 1999 (AS 3952), en la que se establece que: *“...teniendo en cuenta que en los supuestos de infracotización existe una voluntad deliberada del empresario destinada a ocultar la verdadera retribución del trabajador, con las consecuencias que ello tiene en el pago de las correspondientes cuotas a la Seguridad Social, y a diferencia de otros supuestos en que el impago parcial y/o total de dichas cuotas obedecen a causas no específicamente dolosas, se ha de declarar la responsabilidad empresarial... y por tanto desestimar la excepción que se propugna, pero eso sí limitada a las 8.710 ptas. de diferencia en la base reguladora, y a su consecuente repercusión indemnizatoria. No obstante, dicha suma será adelantada por el INSS y la TGSS, en virtud del principio de automaticidad de las prestaciones, y sin perjuicio de su posterior repercusión...”*.

¹⁰⁴ Es el caso de la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 13 de julio de 1999 (AS 4061), en la que se establece que: *“... uno de los principios tenidos en cuenta por la Jurisprudencia para atribuir al empresario responsabilidad directa de las prestaciones de la Seguridad Social por incumplimiento de sus obligaciones en lo relativo a afiliación, alta y cotización, prevista en el art. 126.2 del vigente Texto Refundido de la LGSS, es el de la proporcionalidad, que exige una mínima adecuación entre la gravedad del incumplimiento y el «trascendental de imputar la íntegra responsabilidad en orden a las prestaciones a la empresa»... pues bien, en la presente ocasión la única desviación, en aludidas obligaciones, ha consistido, exclusivamente en haber cotizado la empresa, en un solo mes, por cuantía inferior al salario percibido, circunstancias reveladoras de incumplimiento que carece de gravedad suficiente como para generar responsabilidad de la empresa, de aquí, que proceda, exonerarla...”*. También se refiere al principio de proporcionalidad la STSJ de Navarra de 27 de febrero de 2002 (AS 803).

¹⁰⁵ STSJ de Navarra de 27 de febrero de 2002 (AS 803).

funcionamiento¹⁰⁶. O bien se señala, en un supuesto de cotización por epígrafe equivocado, que la responsabilidad corresponde a la Mutua, pues como entidad colaboradora de la gestión del sistema de la seguridad social, tiene el nivel técnico necesario de conocimiento de la normativa para adecuar las cotizaciones a la actividad empresarial¹⁰⁷.

Cabe tener en cuenta, no obstante, que el Tribunal Supremo no se limita a la aplicación directa de lo dispuesto en el artículo 94.2.c) de la LSS de 1966 sino que está recurriendo a la aplicación de la tesis de la proporcionalidad en casos como, por ejemplo, la reclamación de una mayor cuantía de pensión de jubilación en un supuesto de infracotización. Con ello probablemente se pretende actualizar la propia legislación aplicable pero también se abren nuevos interrogantes, por cuanto tal solución va a comportar que siempre existirá responsabilidad empresarial por infracotización en los casos de riesgos comunes, maternidad y jubilación, por cuanto el trabajador va a sufrir siempre un perjuicio en la determinación de la correspondiente base reguladora y, como consecuencia de la tesis de la proporcionalidad defendida por el Tribunal Supremo, un concreto perjuicio en su derecho¹⁰⁸. Postura que, sin embargo, no

¹⁰⁶ Es el caso de la STSJ de Andalucía/Sevilla de 6 de mayo de 1999 (AS 3371), en la que en un supuesto de pluriempleo se señala que: “... si la Universidad de Córdoba cumplió con su deber de baja al actor cuando dejó de prestarle sus servicios en octubre de 1984... hay que pensar que observó lo dispuesto en el artículo 21.2 de la Orden de 28 de diciembre de 1966, esto es, que al cursar la baja hizo mención a la situación de pluriempleo preexistente, razón por la que la Tesorería General de la Seguridad Social de oficio debió proceder a revisar las bases de cotización del actor, por cuanto, como llegó a su conocimiento que había concluido la situación de pluriempleo, debió proceder a comunicar el cese de tal situación a la empresa codemandada para que ajustara sus bases de cotización a la nueva situación, máxime cuando tal deber de la entidad era evidente, dado que sus archivos le mostraban que no existía la situación de pluriempleo porque el actor había sido baja en la otra empresa, razón por la que, al haber incumplido los deberes que se derivaban de los citados artículos 14.1 de la Ley y 21.2 del Reglamento citados, debe declararse la responsabilidad de la misma porque al trabajador no le puede perjudicar la infracotización de la empresa que no es responsable de tal actuación porque la misma se debió al defectuoso funcionamiento de la entidad gestora dicha que debe asumir el pago, sin perjuicio de su derecho a reclamar las mayores cotizaciones que se debieron efectuar...”.

¹⁰⁷ STSJ de Galicia de 22 de enero de 2002 (AS 4).

¹⁰⁸ En efecto, tal y como se señala en la STS de 3 de abril de 2001 (RJ 3415): “... el trabajador sufrió un perjuicio en la determinación de la base reguladora de su pensión de jubilación porque se ingresaron por el INSALUD cotizaciones inferiores a las exigibles, ha de recaer la responsabilidad directa en la cuantía que alcance la diferencia de la base reguladora sobre la empleadora que incumplió sus obligaciones en materia de cotización. En este sentido, sigue la resolución recurrida la doctrina de esta Sala contenida en sentencias como la de 8 de mayo de 1997... de conformidad con la que la regla del número 2 del artículo 126 de la LGSS, sobre la responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de cotización, no puede interpretarse como una norma autónoma de carácter sancionador, sino como una disposición que establece una responsabilidad conectada causalmente con el perjuicio que el incumplimiento empresarial ha producido en el derecho del trabajador. El empresario está obligado a reparar ese perjuicio y por ello debe responder, aunque la entidad gestora, para cumplir el interés público en la protección efectiva de las situaciones de necesidad, anticipe el

es defendida por algunos Tribunales Superiores de Justicia que si bien hacen referencia a la tesis de la proporcionalidad, la limitan a los casos en que el incumplimiento empresarial afecta al acceso a la prestación, recurriendo posteriormente, para declarar la existencia o no de responsabilidad empresarial, al hecho de que se trate de un descubierto ocasional o constante¹⁰⁹.

Sin embargo queda la duda de cuál sería la tesis a aplicar en el caso de que se trate de una prestación derivada de riesgos profesionales, esto es, la tesis de la proporcionalidad –por cuanto al igual que en el caso anterior, la infracotización podrá afectar al cálculo de la correspondiente base reguladora «el caso de la incapacidad temporal»– o por el contrario –siguiendo también en este ámbito la tesis de la STS de 1 de febrero de 2000–, habrá que acudir a la distinción entre descubiertos ocasionales y descubiertos constantes¹¹⁰. En el primer caso existirá siempre responsabilidad empresarial, lo que resultaría un tanto contradictorio con la posición, antes examinada, que se defiende por los Tribunales en el caso de los descubiertos de cotización.

En el segundo caso, en concordancia con los supuestos de descubiertos de cotización, la responsabilidad empresarial dependería de la persistencia o no en el correspondiente incumplimiento. Opción esta última que si bien resulta más sistemática desde una perspectiva de conjunto abre, no obstante, una nueva brecha en el tratamiento de los riesgos comunes y profesionales en el marco de la responsabilidad en orden al pago de prestaciones y ello por cuanto en los primeros siempre existirá responsabilidad empresarial por infracotización mientras que en los segundos dependerá de las circunstancias concurrentes.

Y por último, cabe plantearse qué ocurriría en el caso de las prestaciones por desempleo, en las que parecería que cabe aplicar la tesis intermedia recogida en la STS de 17 de septiembre de 2001, lo que comportaría que la decisión última dependería de la gravedad del correspondiente incumplimiento.

3. CONCLUSIONES

No hay duda que el análisis efectuado en los apartados anteriores nos lleva a una conclusión que no por obvia deja de ser esencial, esto es, la necesidad –cada vez más acuciante– de proceder a una nueva regulación en materia de

pago de la prestación de acuerdo con el principio de automaticidad. En el supuesto que aquí se examina, es obvio que el trabajador sufrió un claro perjuicio por la falta de ingreso de las cotizaciones adecuadas, con la correspondiente minoración de la base reguladora, situación de menoscabo en sus derechos que en aplicación de lo dispuesto en los preceptos antes mencionados no debe sufrir el asegurado, sino la entidad que incurrió en la infracotización, con independencia de que en tales hechos no existiese mala fe por parte de aquélla...”.

¹⁰⁹ STSJ de Cataluña de 12 de noviembre de 2001 (AS 2002/561).

¹¹⁰ Es el caso de la ST del Juzgado de lo Social de Vigo de 26 de julio de 2001 (AS 3435).

responsabilidad en orden al pago de prestaciones, que debería partir, a nuestro entender, de una necesaria “*perspectiva de conjunto*”, y ello, esencialmente, por cuatro motivos.

En primer lugar, la citada regulación no sólo debería recoger suficientemente los distintos supuestos de imputación de responsabilidad (falta de inscripción empresarial, afiliación, alta, baja...), sino también regularlos teniendo en cuenta las consecuencias que los mismos tienen no sólo para el beneficiario de la prestación sino también para el propio sistema de seguridad social, y junto a ello, aun cuando deberían tenerse en cuenta las actuales diferencias entre riesgos profesionales y riesgos comunes, no hay duda que debería eliminarse cualquier supuesto de desprotección para el beneficiario, ampliándose, por tanto, el alcance del principio de automaticidad y la consiguiente responsabilidad de las entidades gestoras y colaboradoras.

En segundo lugar, y con un alcance más específico pero con una importancia práctica cada vez más crucial, esa nueva regulación debería tratar ampliamente los supuestos de exigencia de responsabilidad en el ámbito de las contrataciones y subcontratas de obras o servicios, la cesión ilegal de trabajadores, las empresas de trabajo temporal y la sucesión de empresa, por cuanto, especialmente en el primero de los ámbitos citados, las soluciones jurisprudenciales no sólo son diversas sino que dejan sin aclarar si es posible o no acudir ya a lo dispuesto en el artículo 127 del TRLGSS y cuál es el alcance y tipo de responsabilidad que cabe aplicar en estos supuestos, incertidumbre que no ha resuelto la nueva redacción dada al artículo 42 del TRLET por la Ley 12/2001. A la misma conclusión, pero desde la perspectiva de los límites temporales y materiales, cabe llegar en el caso de la sucesión de empresa.

Y finalmente, no sólo deberían resolverse cuestiones como la naturaleza de la propia responsabilidad empresarial –de tanta trascendencia a los efectos de la eventual aplicación del principio “*non bis in idem*”, en opinión reciente del Tribunal Supremo– o establecer como criterio básico el de la necesaria proporcionalidad entre la gravedad del incumplimiento y la responsabilidad a asumir por parte del empresario incumplidor, sino que debería llevarse a cabo una regulación en la que se tuviera en cuenta que ante el incumplimiento de las obligaciones de encuadramiento y/o cotización no sólo surgirá la responsabilidad en orden al pago de prestaciones sino que también podrá actualizarse una responsabilidad administrativa o penal e incluso civil; concurrencia de responsabilidades de la que muchas veces no se es consciente. Esto es, se trataría de crear un régimen de responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de encuadramiento y/o cotización que fuese más allá de los límites del Derecho de la Seguridad Social y que, por tanto, valorase a la hora de establecer las responsabilidades, aquéllas otras que puedan surgir en otros ámbitos del Derecho.

Por último, junto a los argumentos anteriores, la urgencia de una nueva regulación en este ámbito resulta aún más evidente con sólo tener en cuenta la diversidad de criterios judiciales existentes en la actualidad –por ejemplo,

al delimitar el alcance de la responsabilidad en el ámbito de los riesgos profesionales y de los riesgos comunes, a la hora de establecer la responsabilidad empresarial por la totalidad de la prestación o proporcional a la gravedad del incumplimiento, al decidir la existencia o no de la obligación de anticipo por parte de la entidad gestora en el ámbito de las pensiones de jubilación anticipada, o a la hora de seguir o no —e incluso mezclar— los criterios elaborados por el Tribunal Supremo—, a lo que cabe añadir la trascendencia en sí de la cuestión que estamos tratando, esto es, el acceso o no a una prestación del sistema de seguridad social y la forma de hacerlo y a cargo de quién.

Diversidad de criterios judiciales que, por otra parte, se ha visto acompañada, en los últimos cuatro años por una labor de reinterpretación legal muy importante, esencialmente en el ámbito de los riesgos comunes y cuya traslación a otros ámbitos y en especial al de los riesgos profesionales ha requerido, incluso, la intervención expresa del Tribunal Supremo al efecto de rectificar determinadas posiciones de los Tribunales Superiores de Justicia.

A nuestro entender, el conjunto de factores señalados, entre otros, justifica sobradamente y exige la aprobación, lo antes posible, de una nueva regulación en materia de responsabilidad en orden al pago de prestaciones.