

O DEREITO DO TRABALLADOR ÁS PRESTACIÓNS VERSUS A CONDUTA FRAUDULENTA DO EMPRESARIO

JOSÉ LUIS TORTUERO PLAZA

Catedrático de Dereito do Traballo e da Seguridade Social
Universidade Complutense de Madrid

jltortuero@telefonica.net

RESUMO

Non é doado realizar unha valoración sobre o tema da responsabilidade empresarial en materia de prestación e menos aínda ofertar, mesmo para o espazo do debate doutrinal, propostas de reforma.

Parece existir unha aceptación xeral das regras de xogo existentes, por moito que se dubide da súa constitucionalidade, se critique a súa ordenación preconstitucional, a súa falta de adaptación á realidade social actual e en definitiva, a súa contraposición coa existencia dun modelo publico de Seguridade Social que se enmarca entre as funcións de Estado, arroupado polo principio de garantía institucional.

A falta de afiliación e alta, que levan consigo a falta de cotización, deixan o traballador fóra do Sistema ou fóra do réxime (ausencia de alta) imposibilitando ou dificultando en exceso as actuacións de control e inspección. Non só hai un incumprimento senón tamén unha ocultación, que normalmente afecta ou irradia a todas as esferas do noso ordenamento, laboral, fiscal e de seguridade social. Esta situación pode ser singularizada nun só traballador, en varios ou en todos os traballadores da empresa, adquirindo a súa expresión máxima cando afecta a todos, empresario e traballadores. Sexa cal sexa a súa dimensión, encontrámonos ante un incumprimento de máxima gravidade en todas as ordes.

Tendo presente todos os factores formulados e no convencemento de que o sistema de responsabilidade

empresarial en materia de prestacións debe ser reformado, asumimos o reto de realizar unha proposta de reforma que teña presentes todos os presupostos.

Palabras clave: Responsabilidade empresarial por prestacións, Principio de automaticidade, Alta de pleno dereito, Falta continuada, Dereito subxectivo.

ABSTRACT

It is not easy to make an assessment on the subject of corporate responsibility in terms of provision and even less to offer, even for the space of doctrinal debate, proposals for reform.

There seems to be a general acceptance of the existing rules of the game, however much one doubts their constitutionality, their pre-constitutional order is criticized, their lack of adaptation to current social reality and, in short, their opposition to the existence of a public model of Social Security that is framed between the functions of State, protected by the principle of institutional guarantee.

The lack of affiliation and discharge that entails the lack of contribution, leave the worker out of the System or outside the regime (absence of discharge) making it impossible or difficult in excess the actions of control and inspection. Not only is there a breach but also an occultation, which normally affects or radiates all the spheres of our order, labor, fiscal and social security. This situation can be singled out in a single worker, in several or in all the workers of the company, acquiring its maximum expression when it affects all, employer and workers. Whatever its size, we are faced with a breach of maximum severity in all orders.

Bearing in mind all the factors raised and in the conviction that the corporate responsibility system in terms of benefits must be reformed, we assume the challenge of carrying out a proposal for reform that takes into account all budgets.

Key words: Corporate responsibility for benefits, Automaticity principle, legal status.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN; 2. O OBSOLETO MARCO NORMATIVO E A INACTIVIDADE DO LEXISLADOR; 3. O SISTEMA ESPECIAL DE EMPREGADOS DE FOGAR E O RÉXIME SINGULAR DE RESPONSABILIDADES DO TITULAR DO FOGAR FAMILIAR; 4. OS ESPAZOS DA RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL EN MATERIA DE PRESTACIÓNS; 5. OS CRITERIOS LEGAIS E XURISPRUDENCIAIS QUE DELIMITAN O ESPAZO DA RESPONSABILIDADE. 5.1. AS OBRIGAS DE AFILIACIÓN E ALTA E O SEU INCUMPRIMENTO; 5.2. A DOCTRINA DO TRIBUNAL SUPREMO COMO LEXISLADOR: A SINGULARIDADE DA XUBILACIÓN; 5.3. OS INCUMPRIMENTOS EN MATERIA DE COTIZACIÓN E O SEU IMPACTO PROPORCIONAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDADE; 6. CRITERIOS PARA A CONSTRUCCIÓN DUN NOVO MODELO DE RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL.

1. INTRODUCCIÓN

Sen lugar a dúbidas e dentro do espazo do Dereito da Seguridade Social, a materia referida á responsabilidade empresarial en materia de prestacións, foi a que maior atención -e preocupación- suscitou na doutrina dende a propia Lei de bases ata a actualidade¹. Sen prexuízo da

¹ Entre os traballos xerais en devir histórico a partir da LXS1974, son de referencia obrigada: SALA FRANCO, T., "El régimen jurídico del derecho a prestaciones de la Seguridad Social (Un estudio de la responsabilidad empresarial por falta de afiliación, alta y cotización)" *RISS*, nº6, nov.-dec. 1974; HERNÁNDEZ PÉREZ, M.J., *La responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones de Seguridad Social*, Universidad de Murcia, Murcia, 1994; MARTÍNEZ LUCAS, J.A., "La configuración jurídica de la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones de la Seguridad Social", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 78, 1996; GALA DURÁN, C., *La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1997; MOLINER TAMBORERO, G., "La responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones de Seguridad Social. Déficit regulador de esta. Criterios Jurisprudenciales", en AA VV, *Aspectos complejos en materia de Seguridad Social*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, n.º 38, Madrid, 2001; DESDENTADO BONETE, A., "Responsabilidades por el incumplimiento de las obligaciones en materia de actos de encuadramiento en la Seguridad Social. Teoría y Práctica", en *Actualidad Laboral*, núm. 4 e

atención propia do quefacer doutrinal, a preocupación veu mediatizada por acontecementos de distinta orde. Uns, os legislativos e outros, os xurisprudenciais.

O anacronismo lexislativo, cuxas fases seguidamente realizaremos, deu lugar a enfoques e teorías doutrinais de toda orde e alcance, dende a denominada "teoría unitaria" ata a "teoría escisionista", pasando por non poucos estadios intermedios (Blasco Pellicer, pax. 78 e ss²). A finalidade de todas é a construción dogmática da responsabilidade en materia de prestacións, así como determinar a natureza xurídica da referida responsabilidade, onde tamén e loxicamente, se abre un abano interpretativo, dende os que a entenden como unha responsabilidade específica de seguridade social, os que a entenden como derivada do incumprimento dunha obriga legal e os que defenden a súa natureza sancionadora administrativa, sen prexuízo das múltiples puntualizacións e singularidades de cada unha.

A pesar do tempo transcorrido dende a Lei de 1966 e as reformas posteriores, incluído o impacto do texto constitucional e a doutrina do Tribunal Constitucional e do Tribunal Supremo. A pesar dos sólidos argumentos sobre a perda de vixencia dos preceptos da referida Lei de 1966, nin sequera na aplicación regulamentaria sostida no tempo

5, 2004; MUÑOZ MOLINA, J., *Responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004 e BLASCO PELLICER, A., *La responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones de Seguridad Social*, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor, 2005. Dende unha perspectiva máis ampla, MONEREO PEREZ, J.L. e MOLINA NAVARRETE, C., "Responsabilidades empresariales", en AA VV, *Tratado práctico a la legislación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Granada, edit. Comares, 2006.

Construcións teóricas de referencia en DE LA VILLA GIL, L.E., "La influencia de la Ley de Accidentes de Trabajo en la construcción del ordenamiento laboral español" en AA VV, *Cien años de Seguridad Social*, Fraternidad Mudepa-UNED, Madrid, 2000 e MERCADER, J., *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo. Seguridad Social y Derecho de daños*, La Ley, Madrid, 2001.

Finalmente hai que facer referencia á construción teórica permanente de ALONSO OLEA, M. en *Instituciones de Seguridad Social*, dende a súa primeira edición de 1959.

² Con citas obrigadas de ALONSO OLEA, BORRAJO, VIDA SORIA, DE LA VILLA, ALMANSA....

pola xurisprudencia con máis voluntarismos que argumentos. A pesar das duras críticas da doutrina, mesmo con énfase rupturista, e dos continuos “toques de atención crítica” da doutrina xudicial³. O certo é que o lexislador deu por concluído o seu labor regulador coa reforma do 2001, dando por boa, supoñemos pola falta de actividade lexislativa, a construción xeral do réxime de responsabilidade realizado pola xurisprudencia de unificación, contida basicamente nas Sentenzas do 8 de maio de 1997, 1 de febreiro de 2000 (ambas as dúas de Sala Xeral) e 17 de marzo de 2006 referida á xubilación, e a pesar dos votos particulares que non só se opoñían ao parecer da Sala Xeral, senón que entendían que “todo o sistema de responsabilidade empresarial establecido polos artigos 41 e 126 da Lei Xeral da Seguridade Social pode incorrer en inconstitucionalidade por infracción do artigo 25 da Constitución, tal como foi interpretado polo Tribunal Constitucional”. Os termos dos votos particulares eran tan duros e drásticos que en calquera momento a corda podía romper. Pero tampouco isto mobilizou ao lexislador.

Seguindo o iter proposto e que máis adiante analizarei, é conveniente facer constar que o tema da responsabilidade empresarial en materia de prestacións, a pesar de todo o relatado, desapareceu das sucesivas renovacións do Pacto de Toledo e, igualmente, dos diferentes acordos subscritos cos interlocutores sociais. Producíndose unha especie de aceptación xeral do *statu quo*, que tan só parece preocupar á doutrina científica e ao quefacer cotián dos órganos

³ Como mostra valla traer a colación a afirmación contida na Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Madrid do 22 de abril de 2010, que afirma que “O mandato recollido no art.º 41CE non pode levar á protección de situacións como a contemplada no presente recurso por moi lamentables que poidan resultar dende unha perspectiva humana, porque iso supoñería desnaturalizar o carácter contributivo do réxime de SS aplicable ao caso, sen ter en conta, ao propio tempo, as esixencias de financiamento. Convén recordar que a determinación regulamentaria dos supostos nos que debe proceder o INSS ao aboamento de prestacións de SS, nos casos aos que se refire o mencionado art.º 96 LXSS (hoxe 126), nos seus parágrafos 2º e 3º, é tarefa que non incumbe aos Tribunais de Xustiza senón ao Goberno”.

xudiciais, en cuxas decisións xa é “formula de estilo” a crítica e desesperanza ante a situación legal (Carrillo Márquez). A aceptación do lexislador é consciente e premeditada, de sobra é coñecida a súa contundente reposta cando os criterios xurisprudenciais non son do seu agrado. Todo iso, sen esquecer os suxeitos afectados, que descoñecedores -seguramente- da situación legal ven -os traballadores- como o sistema público lles abandona á súa propia sorte, e como -os empresarios, certamente incumpridores e mesmo defraudadores- senten a ira penalizadora do Sistema.

2. O OBSOLETO MARCO NORMATIVO E A INACTIVIDADE DO LEXISLADOR

Se como adoita ser común, entendemos a responsabilidade empresarial como marco xurídico que delimita a obriga empresarial no tocante ao aboamento das prestacións sobre a base dos seus incumprimentos en materia de afiliación, alta e cotización, o seu antecedente normativo encóntrase na Base 4 da Lei de Bases de Seguridade Social 193/1963, do 28 de decembro, ao impoñer a afiliación obrigatoria dos incluídos no campo de aplicación posibilitando que, ante o incumprimento, os interesados puidesen instar directamente a afiliación, sen prexuízo das obrigas do suxeito obrigado, incluído o aboamento das prestacións no seu caso.

A Lei articulada da Seguridade Social de 1966, aprobada por Decreto 907/1966 (LSS), do 21 de abril, fixou as bases e regras de responsabilidade con respecto ás prestacións do sistema, remitindo aos artigos 94 a 96 o seu detalle en relación á imputación de responsabilidades e anticipo de prestacións, alcance da responsabilidade empresarial e procedemento para a súa esixencia.

A Lei 24/1972, do 21 de xuño, de financiamento e perfeccionamento da acción protectora da Seguridade Social impuxo no seu artigo 17 a esixencia de responsabilidade a resultados do incumprimento das obrigas empresariais en materia de afiliación e cotización, sen prexuízo da atenuación daquela ou o anticipo de prestacións.

A Lei xeral da Seguridade Social de 1974, aprobada por Decreto lexislativo 2065/1974, do 30 de maio, tratou a materia nos seus artigos 23, 96 e 97, logo transcritos nos artigos 41, 126 e 127 da Lei xeral da Seguridade Social aprobada por Real decreto lexislativo 1/1994, do 20 de xuño (LXSS). Xunto a esta, outras normas conteñen previsións específicas no atinente á recarga de prestacións ou a cesión ilegal de traballadores.

O marco normativo vixente encóntrase contido no Real decreto lexislativo 8/2015, do 30 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei xeral da Seguridade Social (TRLXSS) dedicando á materia referida os artigos 47, 167 e 168. Xunto eles seguen vixentes os artigos 94 a 96 da LSS⁴,

⁴ Artigo 94. Imputación de responsabilidades con respecto ás ás prestacións. -1. Cando se cause dereito a unha prestación a favor dun traballador por cumprirse, de acordo co disposto na presente Lei, as obrigas de afiliación ou alta e de cotización, así como os requisitos particulares esixidos para cada unha delas, a responsabilidade correspondente se imputará ás Entidades Xestoras da Seguridade Social ou, se é o caso, ás Mutuas Patronais ou empresarios que colaboren na xestión.

2. O empresario, respecto aos traballadores ao seu servizo incluídos no campo de aplicación deste Réxime Xeral, será responsable das prestacións previstas neste.

a) Por falta de afiliación ou alta, sen que se lle exonere de responsabilidade a alta presunta de pleno dereito do número 3 do artigo anterior.

b) Por falta de ingreso das cotizacións, a partir da iniciación do segundo mes seguinte á data en que expire o prazo regulamentario establecido para o pagamento; en consecuencia as cotizacións efectuadas fóra de prazo, a que se refire o apartado b) da norma primeira do número 3 do artigo 92, non exonerarán de responsabilidade o empresario, salvo os casos de concesión de apazamento ou fraccionamento de pagamento ou outros supostos que se determinen regulamentariamente, con exclusión expresa da responsabilidade do empresario establecida neste artigo.

c) No suposto do número 5 do artigo 92, pola diferenza entre a contía total da prestación causada polo traballador e a que corresponda asumir á Seguridade Social, polas cotas efectivamente ingresadas. En materia de accidentes de traballo e enfermidades profesionais equipararanse ao suposto do número 5 do artigo 92 a ocultación ou falseamento deliberados na declaración das circunstancias que motivasen un ingreso de cotas ou primas inferiores ao procedente.

3. A responsabilidade do empresario regulada neste artigo será compatible coas demais de carácter administrativo ou doutra orde que poidan orixinarse polo incumprimento das súas obrigas.

4. Nos casos de accidentes de traballo e enfermidades profesionais, cando o empresario ou empresarios responsables e, nos supostos do artigo 97, as persoas obrigadas a responder con eles, ou, no seu caso, a Mutua Patronal que tiver asumido o risco, resultaren insolventes, o traballador e os seus habentes dereito poderán facer efectivos os seus dereitos ás prestacións de toda orde derivadas de incapacidade laboral transitoria, invalidez permanente ou morte, con cargo ao oportuno Fondo de Garantía. Este Fondo resarcirase do responsable polo procedemento executivo que se regulará nas disposicións de aplicación e desenvolvemento da presente Lei.
5. A norma do número anterior será aplicable ás prestacións causadas en caso de invalidez permanente derivadas de accidente non laboral.
6. O Goberno, por proposta do Ministro de Traballo e previa a dotación dos recursos financeiros precisos, poderá estender a responsabilidade subsidiaria, a que se refiren os dous números anteriores, ou o anticipo, no pagamento das prestacións recoñecidas, que se regula no artigo seguinte, á cobertura dalgunha ou algunhas das restantes continxencias reguladas no presente Título.

Artigo 95. Alcance da responsabilidade empresarial e anticipo de prestacións. -1. O alcance da responsabilidade empresarial establecida no artigo anterior así como os supostos en que, sen prexuízo desta, se anticiparán polas Entidades Xestoras ou Mutuas Patronais, se é o caso, as prestacións recoñecidas aos beneficiarios, rexeranse polas seguintes normas:

- 1.^a A prestación de asistencia sanitaria, cando se trate de traballadores en alta ou que estean comprendidos nalgún dos supostos do número 3 do artigo 93, será facilitada polas Entidades Xestoras, de forma directa e inmediata, e o empresario virá obrigado a reintegrarlle os gastos correspondentes ao tratamento completo dispensado por esta ao traballador ou, no seu caso, aos seus familiares beneficiarios.
- 2.^a As prestacións de desemprego, así como as económicas de incapacidade laboral transitoria, cando se trate de traballadores en alta, serán feitas efectivas pola Entidade Xestora, de forma directa e inmediata, e o empresario virá obrigado a reintegrarlle o importe destas; sen prexuízo do que se dispoña no tocante ao pagamento delegado de prestacións.
- 3.^a As prestacións de protección á familia así como as económicas de incapacidade laboral transitoria correspondentes a traballadores que non estean en alta, serán aboadas polo empresario ao traballador, directamente e ao seu cargo.
- 4.^a As prestacións de vellez e as pensións e subsidios de invalidez e supervivencia serán a cargo do empresario e aboaranse ao traballador ou aos seus habentes dereito a través da Entidade Xestora correspondente. Para tal efecto, o empresario constituirá nesta ou, no seu caso, no correspondente Servizo Común da Seguridade Social, o capital necesario para que se proceda con el ao aboamento das mencionadas prestacións. O importe do capital será determinado pola citada Entidade Xestora ou Servizo Común, tendo en conta as Táboas que fixe o Ministerio de Traballo. O empresario responsable, así como o alcance total ou parcial da súa responsabilidade, determinarase conforme ao disposto de que a obriga de

cotización esixida para as prestacións fose incumprida ao longo do tempo por un ou varios empresarios.

5.^a Nas prestacións que consistan no pagamento dunha cantidade a prezo fixado, e que non estean incluídas nas normas anteriores, o empresario haberá de ingresar o seu importe directamente na Entidade Xestora ou Servizo Común citados no apartado anterior, para o seu aboamento ao beneficiario.

2. Sen prexuízo do disposto na norma cuarta do número anterior, cando recoñecido o dereito a unha pensión de vellez a un traballador que estivese en alta o empresario non se encontre ao corrente no pagamento das cotas correspondentes á totalidade dos seus traballadores a Entidade Xestora anticipará ao beneficiario o pagamento da pensión. Non procederá este anticipo no suposto de empresas desaparecidas ou que pola súa especial natureza non poidan ser obxecto de procedemento de prema. Se efectuado o anticipo o empresario resultase insolvente, a Entidade Xestora continuará aboando a pensión e conservará fronte a este, se viñese a mellor fortuna os dereitos recoñecidos en igual situación ao Fondo de Garantía e Accidentes de Traballo.

3. Para as pensións e subsidios de invalidez e supervivencia, as disposicións regulamentarias establecerán en favor dos traballadores en alta e dos seus habentes dereito beneficios similares aos regulados no número anterior, tendo en consideración, cando proceda, as especialidades que se derivan da responsabilidade subsidiaria do Fondo de Garantía establecida na norma cuarta do número 1 deste artigo, da participación na xestión das Mutuas Patronais, prevista no apartado c) do artigo 144 ás Comisións Técnicas Calificadoras.

4. No suposto a que se refire o apartado b) do número 2 do artigo anterior poderá moderarse regulamentariamente o alcance da responsabilidade empresarial cando o empresario ingrese as cotas correspondentes á totalidade dos seus traballadores; en tal caso, a Entidade Xestora asumirá, na medida que o empresario quede exonerado, a responsabilidade resultante.

5. O disposto nas normas 1. ^a, 2. ^a e 3. ^a do número 1, e nos números 3 e 4 do presente artigo será de aplicación ás Mutuas Patronais que colaboren na xestión.

6. Serán nulos os compromisos ou pactos que se opoñan ao disposto no presente artigo concertados entre o empresario e os presuntos beneficiarios.

Artigo 96. Procedemento para a esixencia de responsabilidade. -1. Cando a Entidade Xestora denegue a súa responsabilidade por unha ou varias prestacións, en aplicación do artigo 94 farao en resolución fundada, oído o empresario ou empresarios afectados sempre que sexa posible. Cando se trate de prestacións por invalidez, calquera que sexa a súa causa, a determinación da responsabilidade polas prestacións, e a súa imputación, corresponderá ás Comisións Técnicas Calificadoras, de conformidade e cos efectos dispostos no artigo 144.

2. Será competencia da Xurisdición de Traballo o coñecemento das cuestións que se susciten con ocasión do previsto no número anterior e a súa tramitación efectuarase ao Texto Refundido de Procedemento Laboral.

de aplicación regulamentaria en virtude do disposto na disposición transitoria segunda do Decreto 1645/1972, ditado en desenvolvemento da Lei de financiamento e perfeccionamento, aplicación regulamentaria que historicamente veu revalidando de forma constante a doutrina da Sala do Social do Tribunal Supremo.

Salvo elementos de estilo ou de actualización o novo Texto refundido non achega ningunha novidade. Non obstante, merece destacar para os efectos de clarificación, que a referencia ao límite no anticipo, cifrada en “dúas veces e media o importe do indicador público de renda de efectos múltiples vixente no momento do feito causante ou, no seu caso, do importe do capital custo necesario para o pagamento anticipado, co límite indicado polas entidades xestoras, mutuas ou servizos”, procede da aplicación do Real decreto lei 3/2004, do 25 de xuño, para a racionalización da regulación do salario mínimo interprofesional e para o incremento da súa contía. O seu artigo 3.2 estableceu que “a partir da entrada en vigor deste real decreto lei, as referencias ao salario mínimo interprofesional contidas en normas vixentes do Estado, calquera que sexa o seu rango, se entenderá referidas ao

3. Cando en virtude do disposto no artigo anterior a Entidade Xestora anticipe o pagamento dunha prestación da que é responsable o empresario, poderá utilizar fronte a este o procedemento administrativo especial de prema que para os efectos de recadación se establece no artigo 19.

4. Cando a Entidade Xestora ou Mutua Patronal, se é o caso, denegue parcialmente a súa responsabilidade en aplicación do apartado c) do número 2 do artigo 94 estarase ao establecido nos números 1 e 2 do presente artigo en canto á parte de prestación non asumida por aquelas.

5. Nos supostos a que se refiren os números 1 e 4 do presente artigo, a acción do traballador para reclamar fronte ao empresario ou empresarios responsables prescribirá ao ano, a contar dende a data en que a Entidade Xestora comunique ao traballador prexudicado a súa resolución administrativa firme pola que se lle denega en todo ou en parte a prestación solicitada.

6. Non obstante, cando a acción, calquera que sexa o demandante, se dirixa contra unha resolución da Comisión Técnica Calificadora, nos supostos a que se refire o número 1 do presente artigo, estarase ao que dispoñan o Texto Refundido do Procedemento Laboral.

IPREM, salvo as sinaladas no artigo 1 deste real decreto lei e nas súas normas de desenvolvemento”.

Polo que refire á normativa regulamentaria, convén destacar que o único intento de ordenación regulamentaria en desenvolvemento da LXSS (e por suposto dos textos anteriores), se produciu a mediados dos anos 90, sen que finalmente vise a luz. O proxecto de Decreto sobre “a Responsabilidade Empresarial en materia de prestacións no Réxime Xeral da Seguridade Social” foi obxecto de Ditame do Consello Económico e Social en data 26 de marzo de 1996, onde se puxeron de manifesto as múltiples discrepancias existentes. Posiblemente, a norma regulamentaria era insuficiente e a materia esixía primeiro unha nova ordenación na LXSS.

A necesidade de ordenación e adaptación ao noso modelo constitucional de seguridade social, dunha materia tan importante como a responsabilidade empresarial, tamén tivo o seu eco no Pacto de Toledo aprobado polo pleno do Congreso dos Deputados na sesión do 6 de abril de 1995⁵, que aprobaba o Informe do Relatorio sobre “análise dos problemas estruturais do sistema de seguridade social e das principais reformas que deberán acometerse”⁶. Así, na súa recomendación número 12, referente ao reforzamento do principio de solidariedade, establecíase que:

“O Relatorio propón que se proceda á regulación da responsabilidade con respecto ás prestacións, axeitada á realidade actual e ás características do modelo presente de Seguridade Social”.

No marco das Recomendacións do Pacto de Toledo e do Acordo Social de outubro de 1996, que tiñan como obxectivo a consolidación do Sistema da Seguridade Social, en abril do 2001 o Goberno do Partido Popular, a CEOE-CEPYME e CCOO subscribiron o “Acordo para a mellora e desenvolvemento do Sistema de protección social” na

⁵ Publicado no BOCG Serie E 12 de abril de 1995 Núm. 134.

⁶ O documento foi aprobado previamente pola Comisión de Presupostos o día 30 de marzo de 1995.

consideración da necesidade de que os modelos de Seguridade Social se embarquen nunha senda de reformas que permitan a súa modernización en función da evolución das necesidades sociais. Reformas que deben incidir de xeito positivo sobre os dous apoios esenciais do Sistema: o crecemento económico e a creación de emprego. Estas iniciativas deben levarse a cabo dentro dun marco de diálogo social, xa que este é un instrumento substancial na definición e posta en marcha das adaptacións necesarias no noso Sistema de Protección Social. Idea que non só se veu consolidando co paso do tempo, senón que se converteu en característica dos sucesivos procesos de reforma.

O referido Acordo, que non conseguiu a unanimidade dos interlocutores sociais, dedica o apartado XI á "Responsabilidade no cumprimento das obrigas en materia de Seguridade Social", cuxa regulación, como vimos, procede da LSS 1966. Nesta orde, pártese da evidencia de que, a evolución experimentada polo Sistema da Seguridade Social dende entón orixinou un desfase entre a citada regulación e as novas realidades sociais, de maneira que resulta notoria a súa falta de adecuación ás circunstancias presentes. Diso deriva a necesidade de abordar unha reforma das liñas legais que han de configurar o instituto da responsabilidade no cumprimento das obrigas de empresarios e traballadores en materia de Seguridade Social, reforma que ha de ter como piares fundamentais os seguintes principios:

- Mantemento das garantías do traballador para acceder á protección do Sistema da Seguridade Social.
- Unha adecuada combinación do alcance e das consecuencias do incumprimento das obrigas de afiliación e/ou de cotización por parte das empresas, de maneira que a aplicación do principio anterior non orixine, de forma total ou parcial, unha exoneración da responsabilidade.
- A necesidade de preservar o equilibrio financeiro do Sistema da Seguridade Social.

De acordo con tales principios, considérase conveniente a adopción das seguintes medidas:

- Adecuar a aplicación do principio de automaticidade das prestacións, limitando o anticipo por parte da Entidade Xestora ou Colaboradora exclusivamente ata a contía de dúas veces e medio o salario mínimo interprofesional. Respecto da aplicación da citada medida, a Tesouraría Xeral remitirá anualmente a cada traballador un documento-informe expresivo da contía e número das cotizacións que consten nos seus rexistros froito das declaracións e ingresos efectuados polos empresarios.
- Proceder ao desenvolvemento normativo oportuno nesta materia, para os efectos de dotar de maior eficacia e axilidade ao actual procedemento declarativo da responsabilidade empresarial, podendo atribuír as competencias necesarias ás Entidades Xestoras, fundamentalmente en relación coas prestacións que recoñece o Sistema da Seguridade Social.
- Condicionar o reintegro, por parte do Instituto Nacional da Seguridade Social, ás Mutuas de Accidentes de Traballo e Enfermidades Profesionais da Seguridade Social do importe das prestacións anticipadas polas devanditas Entidades Colaboradoras a que, con carácter previo á efectividade do devandito reintegro, se proceda á declaración administrativa ou xudicial de insolvencia do empresario declarado responsable.

Como adoita ser tradicional no espazo dunha lexislación pactada, o Acordo referido, plasmouse na reforma do artigo 126 da LXSS, operada pola Lei 24/2001, do 27 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orde social. A reforma incorporou tres novos parágrafos ao número 3 do artigo 126 e creou un novo número 4, co seguinte teor:

- O anticipo das prestacións, en ningún caso, poderá exceder da cantidade equivalente a dúas veces e medio o importe do salario mínimo interprofesional

vixente no momento do feito causante ou, se é o caso, do importe do capital custo necesario para o pagamento anticipado, co límite indicado polas Entidades xestoras, Mutuas ou Servizos. En todo caso, o cálculo do importe das prestacións ou do capital custo para o pagamento destas polas Mutuas ou empresas declaradas responsables daquelas incluírá o interese de capitalización e a recarga por falta de aseguramento establecido pero con exclusión da recarga por falta de medidas de seguridade e hixiene no traballo a que se refire o artigo 123 desta Lei.

- Os dereitos e accións que, por subrogación nos dereitos e accións dos beneficiarios, correspondan a aquelas Entidades, Mutuas ou Servizos fronte ao empresario declarado responsable de prestacións por resolución administrativa ou xudicial ou fronte ás Entidades da Seguridade Social en funcións de garantía, unicamente poderán exercitarse contra o responsable subsidiario tras a previa declaración administrativa ou xudicial de insolvencia, provisional ou definitiva, do devandito empresario.
- Cando, en virtude do disposto neste número, as Entidades xestoras, as Mutuas e, no seu caso, os Servizos comúns se subrogaran nos dereitos e accións dos beneficiarios, aqueles poderán utilizar fronte ao empresario responsable a mesma vía administrativa ou xudicial que se tiver seguido para a efectividade do dereito e da acción obxecto de subrogación.
- Corresponderá á Entidade xestora competente a declaración, en vía administrativa, da responsabilidade respecto das prestacións calquera que sexa a prestación de que se trate, así como da Entidade que, se é o caso, deba anticipar aquela ou constituír o correspondente capital custo.

Certamente, a Lei 24/2001 deu un paso importante e único dende 1966 ata a actualidade (detidamente sobre a reforma da Lei 24/2001 e o seu contexto, Gala Durán, Panizo Robles), na ordenación da responsabilidade empresarial en

materia de prestacións. Non obstante, quedaba pendente o necesario desenvolvemento regulamentario, deixando un espazo infinito aberto ás múltiples interpretacións xurisprudenciais, como veremos.

Posteriormente, o informe parlamentario que serviu para a renovación do Pacto de Toledo en 2003, serviu tamén para incluír unha nova recomendación sobre a mesma materia facéndoo nos seguintes termos:

"Prevese a reforma xeral da normativa reguladora da responsabilidade no cumprimento das súas obrigas, en materia de Seguridade Social, por parte de empresarios e traballadores (a cal data de 1966)."

Esta última referencia á normativa reguladora da responsabilidade no cumprimento das obrigas de Seguridade Social, deu lugar a unha serie de propostas non obstante máis orientadas ao cumprimento das obrigas que á mellor definición destas.

Por vía indirecta, podíamos dicir, o Real decreto lei 3/2004, do 25 de xuño, para a racionalización da regulación do salario mínimo interprofesional e para o incremento da súa contía, impactou sobre a materia que nos ocupa, o parámetro de referencia na fixación do límite do anticipo de prestacións. Desta forma e de conformidade co establecido no artigo 3.2⁷, a referencia ao salario mínimo interprofesional (fixado na reforma operada pola Lei 24/2001, do 27 de decembro) foi substituída polo indicador público de renda de efectos múltiples. Así o límite quedou fixado en "dúas veces e media o importe do indicador público de renda de efectos múltiples vixente no momento do feito causante ou, no seu caso, do importe do capital custo necesario para o pagamento anticipado, co límite indicado polas entidades xestoras, mutuas ou servizos".

⁷ O artigo 3.2 estableceu que "a partir da entrada en vigor deste real decreto lei, as referencias ao salario mínimo interprofesional contidas en normas vixentes do Estado, calquera que sexa o seu rango, entenderanse referidas ao IPREM, salvo as sinaladas no artigo 1 deste real decreto lei e nas súas normas de desenvolvemento".

Finalmente, no sentido cronolóxico que vimos realizando, cabe citar o Acordo sobre medidas en materia de Seguridade Social subscrito polo Goberno do Partido Socialista Obreiro Español con CCOO, UGT, CEOE, e CEPYME, onde se acorda promover modificacións legais nos seguintes termos:

"A diminución da morosidade e da fraude, co incremento constante da porcentaxe de realización dos dereitos recoñecidos, que será desenvolvida a través de plans operativos postos en marcha en colaboración coa Inspección de Traballo e Seguridade Social. O obxectivo a alcanzar neste ámbito durante esta década é que o índice de morosidade non supere o 1 por 00."

Redundando na mesma idea a propia recomendación do Informe de avaliación e reforma do Pacto de Toledo do ano 2011 que serviu para a súa renovación parlamentaria na devandita data, onde na súa recomendación 10ª, reservada á "loita contra a fraude", se establece unha proposta nos seguintes termos:

"A Comisión entende, por último, que deben reforzarse os instrumentos e medios da Inspección de Traballo e Seguridade Social, así como o réxime de sancións aos empregadores que non cumpran coas súas obrigas fronte á Seguridade Social, para o cal deben adecuarse os tipos penais, a regulación da prescrición no caso de estruturas organizadas para a defraudación, o branqueo de capitais, o seu ocultamento en paraísos fiscais e outros delitos graves contra a Facenda Pública e a Seguridade Social."

A renovación do Pacto de Toledo que correspondía ao ano 2016, parece que entrou en vía morta. Sen prexuízo dos avatares políticos, a aprobación dos Presupostos para 2017, que inclúen un crédito de 10.290 millóns para sufragar o déficit da Seguridade Social, o que previsiblemente permitirá non esgotar os 15.000 millóns que aínda ten o Fondo de Reserva, como estratexia de imaxe, retarda os

traballos da Comisión, que necesariamente deberán concluír nos primeiros meses de 2018. En todo caso, o tema que nos ocupa parece non estar na axenda.

3. O SISTEMA ESPECIAL DE EMPREGADOS DE FOGAR E O RÉXIME SINGULAR DE RESPONSABILIDADES DO TITULAR DO FOGAR FAMILIAR

Sen unha xustificación explícita, o lexislador, rompendo o seu silencio histórico, ocupouse moi recentemente (2010-2011) da cuestión da responsabilidade en materia de prestacións, aínda que só en referencia ao réxime especial de Empregados de Fogar, hoxe integrado no réxime xeral cun sistema especial.

O iter comeza coa disposición adicional terceira, nove da Lei 39/2010, do 22 decembro de presupostos xerais do Estado para 2011, que incorporou unha nova disposición adicional, a quincuaxésima terceira á LXSS, pola que estendía, con efectos 1-1-2011, a acción protectora por continxencias profesionais aos traballadores incluídos no Réxime Especial de Empregados de Fogar. A citada disposición no seu número 3 establece que:

"Con respecto ás continxencias a que se refire a presente disposición, non será de aplicación o réxime de responsabilidades respecto das prestacións regulado no artigo 126 do texto refundido da Lei Xeral da Seguridade Social, aprobado polo Real Decreto Legislativo 1/1994, do 20 de xuño".

A referida disposición foi obxecto de desenvolvemento regulamentario por RD 1596/2011, do 4 de novembro cuxo artigo 4 dispón o seguinte:

Artigo 4. Condicións de acceso ás prestacións.

1. Será requisito imprescindible para o recoñecemento e aboamento das prestacións económicas, derivadas de continxencias profesionais, que se cumprisen as obrigas en materia de afiliación e alta neste Réxime Especial.

2. Non obstante o indicado no apartado anterior, cando o titular do fogar familiar incumprise as obrigas de afiliación, alta ou cotización do empregado de fogar, recoñeceranse as prestacións económicas derivadas de continxencias profesionais que lle correspondan a este, con independencia da esixencia de responsabilidade ao titular do fogar familiar en canto ao pagamento da cotización e das sancións que se deriven en virtude do establecido na Lei sobre Infraccións e Sancións na Orde Social, texto refundido aprobado polo Real Decreto lexislativo 5/2000, do 4 de agosto.

Finalmente, a disposición adicional trixésima novena, da Lei 27/2011, do 1 de agosto, dispuxo que con efectos 1-1-2012, o Réxime Especial de Empregados de Fogar quedaría integrado no Réxime Xeral mediante o establecemento dun Sistema Especial para o devandito colectivo de traballadores, co alcance indicado na devandita disposición e coas particularidades que se determinen regulamentariamente. A citada disposición adicional no seu apartado 3 letras e) establece que:

"Con respecto ás continxencias profesionais do Sistema Especial para Empregados de Fogar, non será de aplicación o réxime de responsabilidades con respecto ás prestacións regulada no artigo 126 do Texto Refundido da Lei Xeral da Seguridade Social, segundo o disposto no apartado 3 da disposición adicional quincuaxésima terceira desta mesma Lei."

Co mesmo contido a norma quedou integrada no artigo 215.c do novo Texto refundido (2015).

É complexo entender as razóns que motivaron esta ordenación tan singular, que transforma radicalmente o sistema de responsabilidades, como complexas son as súas consecuencias. Referireime brevemente a todas elas.

A primeira consecuencia é que para o Sistema Especial de Empregados de Fogar, integrado no Réxime Xeral,

desaparece o réxime de responsabilidade empresarial en materia de prestacións, cando a continxencia derive de riscos profesionais. Polo tanto, cando o titular do fogar familiar incumprise as obrigas de afiliación, alta ou cotización do empregado de fogar, recoñeceranse as prestacións económicas derivadas de continxencias profesionais que lle correspondan a este, con independencia da esixencia de responsabilidade ao titular do fogar familiar en canto ao pagamento da cotización e das sancións que se deriven en virtude do establecido na Lei sobre infraccións e sancións na orde social.

O *modus operandi* determina que se desvinculen as esixencias impostas ao empresario (afiliación/alta e cotización) do dereito do traballador a obter a prestación correspondente do Sistema público, rompendo así o sinalagma tradicional e separando as relacións entre a seguridade social e empresario e a seguridade social e o traballador. A nova ordenación identifícase coa teoría escisionista mantida por un sector doutrinal dende a configuración do Sistema, alcanzándose definitivamente nesta materia a sociabilización do risco⁸.

A primeira conclusión á que poderíamos chegar, utilizando a terminoloxía ao uso, é que, ante o incumprimento total do empresario, o traballador se encontra en situación de alta de pleno dereito para os riscos profesionais, pero sen ningunha consecuencia para o empresario fóra de cumprir coas súas obrigas de afiliación, alta e cotizacións. Polo tanto, perde a súa vixencia nesta materia e para este colectivo o principio de automaticidade (absoluta e relativa), no sentido tradicional de anticipo e repetición contra o empresario incumpridor. Simplemente a actualización do risco profesional xera a protección directa do Sistema, xa sexa a través da entidade xestora ou da Mutua, segundo a elección de cobertura realizada polo empresario.

Desta forma e con certa sorpresa, o lexislador deu este salto copernicano na materia máis vinculada á relación

⁸ Por todos, sobre este tema, ALONSO OLEA, M. e TORTUERO PRAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social...* cit., en todas as súas edicións.

pseudo-contractual de aseguramento. É argumentación histórica que nos riscos profesionais o asegurado é o empresario, utilizándose a teoría e terminoloxía do seguro privado, xustificándose mesmo pola xurisprudencia, que en virtude daqueles caracteres “resultaba máis difícil que nos comúns aceptar que pode servirlle como causa eximente da responsabilidade o non pagamento das primas para facer fronte ás continxencias derivadas daqueles, cando este descuberto, aínda non sendo determinante do dereito á prestación, aparece como un manifesto incumprimento daquela obriga” (STS 1-2-2000 de Sala Xeral, como máis emblemática).

Ao anterior debemos engadir que se trata dunha pequena illa no inmenso océano, xa que, de momento, a nova ordenación alcanza tan só aos riscos profesionais do Sistema Especial de Empregados de Fogar integrado no Réxime Xeral. Polo tanto, para todos os demais, seguen vixentes as normas vistas e a súa aplicación-construción xurisprudencial. Non se trata dunha singularidade que incorpore unha zona gris na ordenación, senón do branco para uns poucos e o negro para todos os demais. Nesta orde, cabe pensar si existe a xustificación obxectiva e razoable que o Tribunal Constitucional impón para as desigualdades establecidas na Lei. Queda polo tanto aberta a porta a que ben o lexislador estenda a regra a todas as continxencias, e mesmo, a todos os réximes que integran traballadores por conta allea, ou que remate sendo o Tribunal Constitucional quen entenda que a regra xeral é a arbitraria e universalice a regra singular máis acorde co noso modelo constitucional, o que non é nada infrecuente na súa doutrina.

Se atendemos a singularidade da relación laboral especial, como adoita ser común, poderíamos pensar que o criterio de “razoabilidade” que xustificaría a medida, está na singularidade do empresario -o titular do fogar familiar-, así como do lugar e condicións en que se presta -o fogar familiar-, tendo por obxecto, os servizos ou actividades prestados para o fogar familiar, podendo revestir calquera das modalidades das tarefas domésticas, así como a

dirección ou coidado do fogar no seu conxunto ou dalgunhas das súas partes, o coidado ou atención dos membros da familia ou das persoas que forman parte do ámbito doméstico ou familiar, e outros traballos que se desenvolvan formando parte do conxunto de tarefas domésticas, tales como os de gardaría, xardinaría, condución de vehículos e outros análogos (art.º 1 do Real decreto 1620/2011, do 14 de novembro, polo que se regula a relación laboral de carácter especial do servizo do fogar familiar).

Dende a óptica do suxeito protexido, isto é, o empregado do fogar, a selección faise máis extravagante se pensamos que nos riscos profesionais tradicionalmente xogou o principio de automaticidade absoluta, garantindo a protección do traballador e sen prexuízo da imputación de responsabilidade ao empresario incumpridor. Polo tanto, está claro que, sen prexuízo do importante compoñente teórico ou de modelo que constrúe a norma -non sei se era a súa intención-, a súa finalidade non é outra que liberar o titular do fogar familiar da carga da responsabilidade en materia de prestacións, reconducindo o seu espazo ao mero cumprimento das súas obrigas cos efectos derivados, recargas, intereses, sancións administrativas...

Lonxe do espellismo aparente, a posible xustificación esvaécese cando a norma "selecciona" as continxencias que quedan fóra do alcance da LXSS artigo 167, a saber, as continxencias profesionais. Desta forma, como veremos, a responsabilidade do titular do fogar familiar (empresario) en materia de continxencias comúns continúa baixo o amparo do referido artigo 126. A selección referida desvirtúa calquera xustificación baseada nas peculiaridades da relación especial e converte a singularidade en arbitraria. O elemento crítico está na selección mesma e non no contido da norma. Se entendemos que a nova ordenación é máis acorde coa nosa realidade social, co modelo constitucional, así como coas singularidades da relación laboral do servizo do fogar familiar que se desenvolve nun espazo por completo alleo e estraño ao común denominador das relacións laborais, que se desenvolven en ámbitos de

actividade produtiva presididos polos principios da economía de mercado..., a arbitrariedade está na exclusión das continxencias comúns. Todo iso, sen prexuízo dos resultados da análise comparativa do conxunto de colectivos que prestan a súa actividade por conta allea e que están integrados nos diferentes réximes do Sistema.

En terceiro lugar e como vimos, quedan fóra da nova ordenación as continxencias comúns. Do que deriva que os incumprimentos do titular do fogar familiar en materia de afiliación, alta e cotización xerasen responsabilidade en materia de prestacións, conforme á normativa aplicable e á súa interpretación xurisprudencial, nos termos que veremos. Igualmente serán aplicables os principios de automaticidade relativa, os criterios de proporcionalidade, límites no anticipo das prestacións... propios das continxencias comúns. A exclusión e a correspondente aplicación das regras xerais, non só cargan a responsabilidade sobre o titular do fogar familiar, senón que deixan desprotexido o traballador, salvo nos supostos de previa declaración administrativa ou xudicial de insolvencia, provisional ou definitiva, do devandito empresario.

4. OS ESPAZOS DA RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL EN MATERIA DE PRESTACIÓNS

A referencia expresa á responsabilidade empresarial en materia de prestacións, abre un abano de supostos que traen a súa causa nunha variada tipoloxía de natureza dispar e sen vinculación ningunha de carácter relevante (esta clasificación foi detidamente separada e analizada pola doutrina, con especial detemento por Blasco Pellicer, pax. 31 e ss). Polo tanto, convén comezar por clarificar os distintos supostos para centrarnos naqueles que se vinculan a incumprimentos das obrigas empresariais legalmente establecidas, tanto nas súas causas, coma nos seus efectos.

A TRLXSS ofrece ás empresas a posibilidade de colaborar voluntariamente na xestión de determinadas continxencias,

singularmente a incapacidade temporal (artigo 102, e a Orde do 25 de novembro de 1966⁹, ditada en desenvolvemento da LSS 1966). A colaboración, ten dúas caras, por un lado a empresa asume directamente o custo e pagamento das prestacións e, por outro, reduce o importe das cotizacións que debe efectuar, mediante a aplicación de coeficientes redutores. É o que en termos gráficos - e non na ortodoxia do modelo de sistema- se veu denominando "autoaseguramento". Sen prexuízo doutras connotacións que veremos no seu momento, a responsabilidade empresarial nestes supostos é unha responsabilidade directamente asumida e prevista legalmente, de forma que a empresa actúa neste espazo nos mesmos termos e condicións que as entidades xestoras ou colaboradoras, como expresamente reflexa o propio artigo 167.1, "cando se cause dereito a unha prestación por cumprirse as condicións a que se refire o artigo 165 da presente Lei, a responsabilidade correspondente imputarase, de acordo coas súas respectivas competencias, aos empresarios que colaboren na xestión...". Os problemas que esta responsabilidade suscitou, alcanzaron máis ben á súa extensión, baixo a lóxica empresarial, non admitida polos tribunais, de asumir o custo estrito, aforrar o custo máximo de cotizacións e desprazar ás entidades xestoras o que poderíamos chamar "o custo amplo da prestación". En definitiva, non se trata dun suposto de responsabilidade vinculado ao cumprimento de obrigas legalmente impostas aos empresarios.

Vinculado á incapacidade temporal, aparece outro suposto de responsabilidade directa das empresas, como é o aboamento ao seu exclusivo cargo da prestación de incapacidade temporal por enfermidade común e accidente

⁹ O artigo 77 da LXSS foi modificado pola disposición final terceira. Dous da Lei 2/2008, do 23 de decembro, de presupostos xerais do Estado para o ano 2009, que suprime a letra b) do apartado 1 e dá nova redacción ao apartado 5. Igualmente, a Orde do 25 de novembro de 1966 sufriu múltiples reformas, singularmente as operadas polas Ordes do 24 de abril de 1980, 16 de xaneiro, de 1992, 18 de xaneiro de 1993 e 20 de abril de 1998.

non laboral, durante os días cuarto a décimo quinto, ambos os dous inclusive, da baixa, de conformidade co establecido no artigo 173.1 parágrafo segundo do TRLXSS. Tampouco estamos ante un suposto de responsabilidade por incumprimento, senón máis ben ante unha obriga empresarial derivada do contrato de traballo. Non obstante, como veremos, na medida que a xurisprudencia mantivo o carácter prestacional das percepcións recibidas polo traballador durante os días 4 a 15 da baixa por incapacidade temporal derivada de continxencias comúns, a determinación e alcance da responsabilidade empresarial pode ter un escenario distinto.

Finalmente, o artigo 167.2 do TRLXSS fixa o principio de responsabilidade empresarial en materia de prestacións baseada no incumprimento das obrigas legalmente impostas ao empresario. En efecto, o referido precepto establece que "o incumprimento (por parte do suxeito obrigado, debe entenderse) das obrigas en materia de afiliación, altas e baixas e de cotización determinará a esixencia de responsabilidade, en canto ao pagamento das prestacións, previa a fixación dos supostos de imputación e do seu alcance e a regulación do procedemento para facela efectiva". A regra constitúe, *prima facie*, a outra cara da moeda do principio xeral, recollido no propio artigo 167.1, a saber, "cando se cause dereito a unha prestación por cumprirse as condicións a que se refire o artigo 165 da presente Lei (*"as persoas incluídas no campo de aplicación deste Réxime Xeral causarán dereito ás prestacións deste cando, ademais dos particulares esixidos para a respectiva prestación, reúnan o requisito xeral de estar afiliadas e en alta neste Réxime ou en situación asimilada á alta, ao sobrevir a continxencia ou situación protexida, salvo disposición legal expresa en contrario"*), a responsabilidade correspondente imputarase, de acordo coas súas respectivas competencias, ás entidades xestoras, Mutuas de Accidentes de Traballo e Enfermidades Profesionais da Seguridade Social ou empresarios que colaboren na xestión ou, no seu caso, aos servizos comúns".

Sen prexuízo do que se dirá máis adiante, o xogo das dúas regras básicas e extremas -o branco e o negro- fixadas polo artigo 167. 1 e 2, responsabilidade pública e privada, vese atenuada pola aplicación do principio de automaticidade fixado no apartado 3 do citado precepto, que constitúe o efecto dos supostos da denominada "alta de pleno dereito" cuxo alcance e contido son tipificados no artigo 166.4.

Este xogo de regras, criticable ou non, pero aparentemente harmónico, vese escurecido pola ausencia de normas que "fixen os supostos de imputación de responsabilidade, o seu alcance e contido", como manda o artigo 167.1, así como pola ausencia da norma regulamentaria que fixe as regras de aplicación do principio de automaticidade, que establece o número 3 do referido precepto. Desta forma, o aparentemente harmónico convértese en caótico.

Durante os máis de 50 anos que transcorreron mergullados no caos (1966-2017), as solucións viñeron dadas pola xurisprudencia. Primeiro, mantendo a vixencia a nivel regulamentario dos preceptos da LSS 1966 ordenadores da responsabilidade empresarial en materia de prestacións (arts. 94, 95, 96 e 97.1 e 2), con apoio, como vimos, na disposición transitoria 2ª do Decreto 1645/1972, de xuño, que así o estableceu para cubrir o espazo necesario en tanto se regulamentaba a nova ordenación prevista na Lei 24/1972. Como veremos, nada impediu que a xurisprudencia manteña o criterio descrito, posiblemente porque a solución debía ser construtiva e non destrutiva. Segundo, a xurisprudencia seguindo a opción construtiva referida converteuse en lexislador, dando contido e alcance ás múltiples ausencias e acomodando as vellas estruturas aos mandatos constitucionais, sen desmontar o sistema legal existente. Evidentemente o labor xurisprudencial non foi, nin é, sinxelo, quizais por iso, non foi nin uniforme nin harmónico.

5. OS CRITERIOS LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS QUE DELIMITAN O ESPAZO DA RESPONSABILIDADE

As regras básicas da responsabilidade empresarial e a súa aplicación xurisprudencial, distinguindo os incumprimentos en materia de afiliación e/ou alta, de cotización e de infracotización, diferenciando ao fío do principio de automaticidade (Lousada Arochena), a aplicación destas ás continxencias comúns e profesionais (López García de la Serrana), serán obxecto de análise nos epígrafes que seguen. Non obstante, a casuística e os supostos singulares abren todo un abano de “grises” que a xurisprudencia intentou ordenar.

5.1. AS OBRIGAS DE AFILIACIÓN E ALTA E O SEU INCUMPRIMENTO

No estudo da materia que nos ocupa, os instrumentos de relación xurídica, a afiliación e a alta, convértense nos eixes principais da imputación de responsabilidade, que ademais esixen a previa inscrición do empresario. Se ben cada acto ten o seu propio significado e réxime xurídico, aos nosos efectos o tratamento será unitario, cos matices oportunos, xa que sen a inscrición do empresario non é posible a afiliación e a alta dos traballadores ao seu servizo e sen a afiliación non é posible a alta do traballador no réxime que corresponda.

Dito o anterior, é necesario resaltar que a razón da súa importancia en todas as ordes está en que sen a afiliación ao sistema e sen a alta no réxime correspondente, o traballador non existe para a seguridade social e polo tanto é imposible actuar sobre o que se descoñece e, normalmente se oculta. Precisamente por iso, as normas reguladoras da materia (arts. 15 e ss. e 139 do TRLXS desenvolvidos polo RD 84/1996, de 26-I) non só atribúen a obriga ao empresario, senón que abren todo un abano de posibilidades para emendar o incumprimento (polo propio traballador, de oficio polas Entidades, a Inspección de Traballo...) e impoñen ás entidades responsables a “obriga de información” e o dereito do traballador a recibila, sempre

que estea afiliado ou teña asignado número da seguridade social, de forma que dalgún modo poida ser receptor desta. Non obstante os medios electrónicos e a comunicación obrigada entre as distintas administracións, deberían facilitar de forma máis áxil e directa a localización dos incumprimentos.

No marco xurídico vixente, aínda que anacrónico, e sen prexuízo doutras alternativas (independizar as relacións entre a seguridade social, o empresario e o traballador, desvinculándoas do sistema protector), o lexislador foi consciente do significado e efectos que para o traballador teñen os incumprimentos empresariais en materia de afiliación/alta. Precisamente por iso, acuñouse a figura da "alta de pleno dereito" que ten como efecto o que a doutrina denominou dende antigo "automaticidade absoluta das prestacións"¹⁰ O matiz está en que o lexislador tan só vinculou a alta de pleno dereito aos riscos de carácter profesional, tanto por constituír o máximo ideal de cobertura alcanzado polo noso sistema, como pola maior facilidade en conectar a actualización do risco (accidente de traballo, enfermidade profesional, risco durante o embarazo

¹⁰ Nun suposto de IT por continxencia profesional o TS acode e reconstrúe o principio de oficialidade, afastándose da alta de pleno dereito e a automaticidade absoluta das prestacións. A súa doutrina é a seguinte: O principio de oficialidade na prestación de incapacidade temporal, vén condicionado polo previo cumprimento das condicións xerais e particulares esixidas (afiliación, alta, cumprimento do período previo de cotización, no seu caso) e unha vez presentados os correspondentes partes médicos de baixa e confirmación. Fóra destes supostos é obrigatoria a colaboración documental do beneficiario na xestión da continxencia, mediante a presentación da correspondente solicitude da prestación (STS do 7 de xullo de 2015, RCU 703/2014 (JUR 2015 \ 189347).

Unha valoración crítica desta en Tortuero Plaza, 2017, onde se afirma entre outras cousas que "non parece que a pomezidade das vellas expresións contidas na LXSS (alta de pleno dereito e o seu efecto a automaticidade absoluta das prestacións) cunha finalidade protectora absoluta nos riscos con conexión profesional, ante os incumprimentos empresariais, veñan condicionados pola existencia dunha sucesión de cualificacións previas, laboralidade e accidente de traballo. Esta interpretación minimiza os seus efectos e desvincúlaos do estado de necesidade a protexer. En calquera caso, o espírito da "alta de pleno dereito" debe ser interpretado como principio informador, ao tempo que impón obrigas "activas" para a entidade responsable".

e a lactación) ou a perda dun determinado emprego (desemprego) coa identificación singular do empresario incumpridor¹¹.

É necesario advertir dende este momento que, a alta de pleno dereito non exonera de responsabilidade o empresario incumpridor, que o será en todo caso e coa extensión que corresponda. Non obstante e coa finalidade de outorgar protección ao beneficiario en todo caso, a entidade correspondente vén obrigada ao anticipo das prestacións - isto é, á protección directa- coa conseguinte subrogación nos dereitos e accións de tales beneficiarios.

Precisamente a vinculación da alta de pleno dereito ao risco profesional, o distinto alcance na aplicación do principio de automaticidade das prestacións e o diferente réxime xurídico prestacional existente entre os riscos profesionais e os riscos comúns, propiciou que o estudo e análise da responsabilidade en materia de prestacións se efectúe distinguindo entre uns e outros, o que tamén foi unha constante na xurisprudencia. Desta forma, o principio da conxunta consideración das continxencias, inspirador clásico e teórico do noso sistema, tan só ten presenza testemuñal.

¹¹ A partir da reforma introducida pola LO de Igualdade de 2007, as prestacións por risco durante o embarazo e risco durante a lactación natural teñen trato similar, ao ser cualificados como riscos profesionais e integrarse no seu réxime xurídico. Dese modo, producida unha continxencia das referidas sen que o traballador se ache de alta nin se cotizase por el, por incumprir as súas obrigas o empresario, este será responsable, pero debe anticipar as prestacións a mutua coa que o empresario formalizase o aseguramento, que poderá dirixirse á súa vez ao empresario e, se este resultar insolvente, contra o INSS. Se non existise mutua, será o INSS o encargado de anticipar o pagamento, sen prexuízo da súa posterior acción contra a empresa responsable; tamén responde o INSS no improbable caso de insolvencia da mutua, proporcionando ao traballador as prestacións correspondentes. Non obstante o TS afirma que se trata dunha prestación de natureza "preventiva" e non "lesiva", cuxa calidade de "profesional" non se predica da continxencia senón só da prestación (SSTS do 19 maio 2014 [RJ 2014, 3869] e 10-12-2014 [JUR 2015, 75438]). Unha valoración crítica desta en Tortuero Plaza, 2016.

Sen prexuízo do anterior (alta de pleno dereito nos riscos profesionais), a afiliación e a alta teñen efectos universais, como o ten o seu incumprimento polo suxeito obrigado.

Nesta orde, adquire especial importancia a regulación tanto na LXS como no RD 84/1996, do 26 de xaneiro, dos efectos das altas e das distintas situacións posibles. A ordenación é especialmente rigorosa nos efectos das altas efectuadas fóra do proceso e prazo ordinario (polo empresario e antes de iniciarse a prestación de servizos polo traballador), isto é, polo empresario fóra de prazo, a petición do traballador, de oficio, pola actuación inspectora..., que nunca producen efectos retroactivos ao inicio da actividade do traballador, polo tanto ao momento en que deberon formalizarse os actos de afiliación/alta. En todos estes supostos irregulares a retroactividade é mínima e variada, a saber, *dende o día* en que se formule a solicitude extemporánea (salvo que se producise ingreso de cotas en prazo regulamentario, en cuxo caso a alta retrotraerá os seus efectos á data en que se ingresasen as primeiras cotas correspondentes ao traballador de que se trate), *á data* en que os feitos que motiven a actuación das administracións da seguridade social fosen coñecidos, *á data* en que se levase a cabo a actuación... sen prexuízo de certas singularidades ordenadas no artigo 35 do RD 84/1996, do 26 de xaneiro.

Consecuencia clara que deriva desta ordenación rigorosa está en que en todos os supostos de formalización extemporánea dos actos de afiliación e alta, o tempo que media entre o inicio da actividade laboral do traballador e os efectos dos actos de relación xurídica, constitúen *"un espazo de responsabilidade empresarial futura inamovible"*. En efecto, o propio artigo 35.1.3 do RD¹² citado, establece que: "os suxeitos obrigados a solicitar a alta incorrerán nas responsabilidades que da súa falta de solicitude se deriven con anterioridade ás devanditas datas". Todo iso, sen prexuízo, como tamén establece o precepto, de que "a obriga de cotizar, en todo caso, nacerá dende o día en que se iniciou a actividade, salvo que por aplicación de oficio da

¹² O precepto referido foi modificado por RD 708/2015.

prescripción non fosen esixibles nin admisibles para ningún efecto as cotas correspondentes”.

Ao anterior habería que engadir un elemento penalizador de proporcións inauditas en Dereito, a responsabilidade empresarial en materia de prestacións *non ten prazo de prescripción*, ata o punto que poderíamos dicir que non prescribe nunca. Así o veu aplicando a xurisprudencia, singularmente nos supostos en que a falta de afiliación, alta e cotización foron anteriores ao ano 1966 e agora nos tempos actuais impiden o acceso á xubilación anticipada dos que foron (deberon ser) mutualistas, por exemplificar o prazo máis longo entre o incumprimento e a aplicación de responsabilidade empresarial (STS de 20 decembro 1998)

Se ben e como xa dixemos os actos xurídicos de afiliación e alta teñen validez universal en todos os seus efectos, o *espazo de responsabilidade futura inamovible* impacta singularmente sobre as continxencias de carácter común e especialmente sobre aquelas que esixen longos períodos de cotización como condicionante do recoñecemento do dereito. Certamente, como veremos máis adiante, foi precisamente neste tipo de prestacións, onde a xurisprudencia aplicando os principios da responsabilidade por danos, incorporou criterios de moderación e proporcionalidade na imputación da responsabilidade empresarial. Pero tan só iso, a responsabilidade segue viva en todo caso.

O criterio xeral exposto non se ve afectado por situacións singulares onde o incumprimento, ben ten algunha xustificación ou ben se debe a erros de distinta natureza, que ao cabo permiten aos tribunais xustificar, de forma excepcional, a exoneración de responsabilidade (Blasco Pellicer, páx. 35 e ss).

Non obstante, o matiz nos riscos profesionais é diferente, a norma -aínda que é a mesma- e a súa aplicación xurisprudencial, pretende evitar co seu rigor as condutas fraudulentas onde a alta se produce o mesmo día en que se produciu o accidente. O rigor conduce a formularse mesmo

se a alta cobre o día completo ou non¹³. A estes efectos a doutrina xudicial foi tallante "... a alta presentada fóra de prazo non exonera de responsabilidade ao empresario polos accidentes acontecidos con anterioridade a aquela, incluído o accidente sufrido o mesmo día do inicio da prestación de servizos e anterior á tramitación da alta, xa que ao non ter a alta efectos retroactivos non pode entenderse que ese día quede cuberto dende o inicio da xornada, independentemente da hora concreta da súa presentación" (SSTS 23-6-2003 y18-1-2007). O contrario, continua afirmándose, "deixaría baleiro de contido o artigo 32.3.1º do RD 84/1996, do 26 de xaneiro, en relación cos artigos 124 e 126 da LXSS"¹⁴ (hoxe 165 e 167 do TRLXS).

5.2. A DOUTRINA DO TRIBUNAL SUPREMO COMO LEXISLADOR: A SINGULARIDADE DA XUBILACIÓN

Dende hai tempo, a doutrina¹⁵ veu diferenciando os distintos graos do principio de automaticidade e ao seu alcance -dende a absoluta... á non automaticidade, pasado pola relativa- e para os seus efectos sobre a obriga ou non de anticipo da prestación correspondente por parte da entidade xestora ou colaboradora, que en definitiva é a súa principal virtude.

En materia de Xubilación, a regra tradicional está contida no art.º 95.2 LSS ao dispoñer que "cando, recoñecido o dereito a unha pensión de vellez a un traballador que estivese en alta, o empresario non se encontre ao corrente no

¹³ Deste tema xa me ocupei hai bastantes anos, parece que todo se repite, ao respecto Tortuero Plaza, 1980.

¹⁴ Excepcionalmente, en suposto de accidente anterior á alta, exonerouse a empresa de responsabilidade, ao producirse a demora (breve) no procedemento telemático delegado na xestoría. Considérase que despois de facer a empresa o que estaba na súa man para o cumprimento da obriga non existe unha vontade incumplidora do sistema de protección e cobertura do traballador, polo que non pode imputárselle responsabilidade ningunha (STSX Castilla y León 6-10-2016 [JUR 2016, 234566]).

¹⁵ ALONSO OLEA, M. e TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social...* cit., en todas as súas edicións.

pagamento das cotas correspondentes á totalidade dos seus traballadores, a Entidade Xestora anticipará ao beneficiario o pagamento da pensión". Conforme a tal disposición, a doutrina tradicional do TS foi que "a Entidade Xestora queda obrigada a anticipar o pagamento das prestacións, cando recae sobre o empresario a obriga principal de satisfacer ao interesado a percibida por razón de incumprimentos relativos ás obrigas daquel para coa Seguridade Social, estando o traballador de alta ou en situación asimilada á de alta na data do feito causante e, reunindo os requisitos particulares esixidos para lucrar a prestación de que se trate" (SSTS 19/06/2000, 9/04/2001 e 07/04/2004, entre outras).

A novidade á formulación descrita foi realizada polas Sentenza do 17 de marzo de 2006, seguida coa mesma doutrina pola do 16 de decembro de 2009, ao formularse o matiz que en materia de responsabilidade podía provocar a reforma operada pola Lei 26/1985, que permitiu o acceso á protección da xubilación dende a "situación de non alta no momento do feito causante".

Desta forma, afirma a doutrina xudicial, "a concesión da pensión de xubilación en supostos de responsabilidade empresarial ofrece dous momentos distintos. O primeiro contráese en determinar se ten o beneficiario dereito á pensión, e nesa tarefa haberá de analizarse se concorren os previstos no artigo 161 LXS, idade e cotización de 15 anos. Unha vez que se obtén unha resposta positiva á existencia deses requisitos, aínda que sexa declarando a responsabilidade parcial da empresa que non afiliou nin cotizou polo traballador, deberá examinarse se procede o anticipo. Establecida entón a existencia do dereito, e sen prexuízo de esixir á empresa responsable a constitución do correspondente capital custo necesario para iso, se concorre o suposto anterior, o INSS deberá proceder ao anticipo da pensión, tal e como establece o artigo 95.2 da referida LSS 1966, dende o momento en que a esixencia da alta se correspondía cos requisitos que existían legalmente nesa norma de Seguridade Social, pero non na actual de 1994. En suma, non sendo esixible a situación de alta para

acceder á pensión de xubilación con declaración de responsabilidade empresarial, tampouco cabe establecer ese requisito para un momento posterior e complementario do cobro que constitúe o anticipo como garantía do cobramento da prestación, aínda que sexa cos límites que introduciu a Lei 24/2001 ao modificar o apartado 3 do artigo 126 da LXSS”.

O razoamento do Tribunal aínda que loable parece un pouco forzado e afastado da finalidade da reforma da Lei 26/1985. Non obstante é unha mostra máis, dos esforzos do Tribunal Supremo para suavizar en materia de protección os efectos dos incumprimentos empresariais, forzando a interpretación do principio de automaticidade para procurar o anticipo das prestacións, neste caso da xubilación, sen prexuízo da responsabilidade empresarial.

Dito o anterior, a doutrina do TS ten maior alcance que o aparente. En efecto, temos que recordar que o artigo 195.4 do TRLXS permite que “as pensións de incapacidade permanente nos graos de incapacidade permanente absoluta para todo traballo ou grande invalidez derivadas de continxencias comúns poderán causarse aínda que os interesados non se encontren no momento do feito causante en alta ou situación asimilada á de alta”. Igualmente, o artigo 219.1 parágrafo segundo da propia Lei advirte que “tamén terá dereito á pensión de viuvez o cónxuxe sobrevivente aínda que o causante, á data de falecemento, non se encontrase en alta ou en situación asimilada á de alta, sempre que este tivese completado un período mínimo de cotización de quince anos”.

De todo iso deriva, que en aplicación do principio de unidade de doutrina, o criterio analizado é aplicable: á xubilación, á incapacidade permanente nos graos de incapacidade permanente absoluta para todo traballo ou grande invalidez derivados de continxencias comúns e á viuvez. O elemento común é que a todas estas prestacións se pode acceder dende “a situación de NON alta ou situación asimilada”.

En definitiva, o Tribunal Supremo coa súa interpretación ampliou os supostos de “alta de pleno dereito” previstos no TRLXS artigo 166.4, nos termos vistos.

5.3. OS INCUMPRIMENTOS EN MATERIA DE COTIZACIÓN E O SEU IMPACTO PROPORCIONAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDADE

É regra clásica que cumpridas as obrigas de afiliación e alta corresponde a obriga de cotizar que, como se sabe, nace dende o momento en que se inicia a actividade aínda que non se formalizasen os instrumentos de relación xurídica.

En correspondencia ao contido da obriga, os niveis de incumprimento empresarial nesta materia poden ser múltiples e variados, non obstante o artigo 94.2.b) de LSS 1966, impoñía un criterio de máxima rixidez. Así, “o empresario, respecto aos traballadores ao seu servizo incluídos no campo de aplicación deste Réxime Xeral, será responsable das prestacións previstas no mesmo... por falta de ingreso das cotizacións, a partir da iniciación do segundo mes seguinte á data en que expire o prazo regulamentario establecido para o pagamento; en consecuencia as cotizacións efectuadas fóra de prazo, a que se refire o apartado b) da norma primeira do número 3 do artigo 92, non exonerarán de responsabilidade ao empresario, salvo os casos de concesión de aprazamento ou fraccionamento de pagamento ou outros supostos que se determinen regulamentariamente, con exclusión expresa da responsabilidade do empresario establecida neste artigo”.

Nesta orde, foi a xurisprudencia a que foi paulatinamente incorporando elementos de moderación, ao entender que o referido precepto -hoxe con valor regulamentario e procedente dunha norma preconstitucional- debe ser obxecto dunha interpretación sistemática e finalista.

Poderíamos dicir que a regra xeral vén determinada por unha distinción importante pero de difícil aplicación práctica, a saber: diferenciar cando se trate de *incumprimentos empresariais transitorios, ocasionais ou involuntarios*, ou,

polo contrario, se trate de *incumprimentos definitivos e voluntarios, rupturistas ou expresivos da vontade empresarial de non cumprir coa súa obriga de cotizar*¹⁶. Da distinción derivan importantes efectos, así: no primeiro caso imponse a responsabilidade do pagamento das prestacións á Entidade Xestora ou Colaboradora e no segundo á empresa, coa responsabilidade subsidiaria da entidade xestora ou colaboradora correspondente. Polo tanto, podemos dicir que, "... os simples atrasos ou os descubertos ocasionais no ingreso das cotas da Seguridade Social, cando non constitúan unha vontade deliberadamente rebelde ao cumprimento da obriga de cotizar non xeran a responsabilidade prestacional do empresario... E polo contrario, existirá imputación de responsabilidade empresarial cando a vontade empresarial é claramente defraudatoria e rupturista co Sistema de Seguridade Social..."

É obvio dicir, que a regra é absolutamente razoable, non obstante a súa aplicación é complexa e sumamente individualizada, do que derivan unha infinidade de exemplos na doutrina dos Tribunais Superiores de Xustiza, onde nin sequera o mesmo incumprimento é merecedor da mesma consecuencia.

A situación formulada pola doutrina xeral referida tivo o seu principal punto de inflexión coa nova doutrina sentada pola Sentenza do 8 de maio de 1997, onde coa finalidade de salvar a vulneración do *non bis idem* -cotización, sanción e responsabilidade- vedado polo artigo 25.1, entendeu que "a regra do número 2 do artigo 126 da LXS sobre a responsabilidade empresarial por incumprimento das obrigas de cotización non pode interpretarse como unha norma autónoma de carácter sancionador, senón como unha disposición que establece unha responsabilidade conectada causalmente co prexuízo que o incumprimento

¹⁶Non é suficiente para determinar a gravidade do descuberto das cotizacións acreditar que a débeda por falta de cotización corresponde a toda o cadro de persoal, sen especificar o alcance do descuberto no período anterior ao feito causante e a súa transcendencia (STS 16/02/2016 [JUR 2016, 51984]).

empresarial produciu no dereito do traballador". Desta forma, a responsabilidade empresarial nas prestacións por falta de cotización ten que vincularse a un incumprimento con transcendencia na relación xurídica de protección, de forma que a falta de cotización imputable ao empresario impida a cobertura do período de cotización esixido, o acceso a unha determinada prestación, ou afecte negativamente á súa cuantificación... En definitiva, realízase unha aplicación máis razoable do principio de proporcionalidade, no sentido de que o alcance da responsabilidade non está en función da gravidade do incumprimento¹⁷, senón das súas repercusións no acceso¹⁸ e cuantificación da protección, polo tanto do dano causado¹⁹.

Consecuencia da doutrina referida foi a incorporación da "responsabilidade compartida" entre o empresario incumpridor e a xestora da seguridade social, sempre baixo o principio de automaticidade relativa, xa que se trata de supostos en que o traballador está en "alta" e, polo tanto, con anticipo da parte de responsabilidade que corresponde ao empresario.

¹⁷ O elemento de gravidade, que ha de ponderarse para os efectos da aplicación das sancións administrativas correspondentes, non é esencial para a determinación da responsabilidade. O determinante para estes efectos é a proxección ou repercusión do incumprimento sobre a acción protectora (STS 14 -12-2004 [RJ 2005, 1729])

¹⁸ É responsabilidade directa do empresario o pagamento do subsidio asistencial para maiores de 52 anos, a un traballador que non reúne o período mínimo de cotización para causar pensión de xubilación, porque non se lle deu de alta nin se lle cotizou durante cinco anos (STS 13-2-2006 [JUR 2006,114427]).

¹⁹ A STS de 14-12-2004 (RJ 2005, 1729) establece, no caso de descubertos empresariais na cotización, que non existe responsabilidade se o incumprimento non afecta á prestación por desemprego (coas cotas reuniuse o período necesario para causar o dereito e as contías non se viron afectadas), e fixa o alcance da responsabilidade proporcional polo incumprimento. A STS do 3-4-2007 (RJ 2007, 3392), engade que esta responsabilidade proporcional do empresario, o é mesmo no suposto de incumprimentos que impiden ao traballador cubrir o período de carencia, atendendo a "a parte proporcional correspondente ao período non cotizado" sobre o total da prestación. No mesmo sentido STS 11-11-2009 (RJ 2010, 1152).

Finalmente, a doutrina da proporcionalidade foi igualmente aplicada de antigo pola xurisprudencia, aos supostos de infracotización, aínda que agora cunha fundamentación máis na liña apuntada (STS 16/06/2005, entre outras). Non obstante, a materia esixiría un tratamento singular, como fixo a doutrina (Carpena Niño)²⁰.

A doutrina sentada pola Sentenza do 8 de maio de 1997 chocou frontalmente coa estrutura protectora do Sistema contributivo, xa que a “delimitación do dano” producido polo incumprimento tan só era aplicable nas continxencias de orixe común e non nas vinculadas a riscos profesionais, accidentes de traballo e enfermidades profesionais ou ás derivadas, como regra xeral, de accidente non laboral. Supostos todos nos que non se esixen períodos de cotización para acceder á protección.

A cuestión foi afrontada polo Tribunal Supremo en Sentenza do 1 de febreiro de 2000 (con voto particular xa citado), que pechou as portas a calquera posibilidade de aplicación de criterios de proporcionalidade (Sempere Navarro), reconducindo o tema á aplicación da doutrina clásica sobre se os *incumprimentos empresariais son transitorios, ocasionais ou involuntarios*, ou, polo contrario se trata de *incumprimentos definitivos e voluntarios, rupturistas ou expresivos da vontade empresarial de non cumprir coa súa obriga de cotizar*.

Nesta orde, a Sala Xeral considerou que aqueles argumentos da Sentenza do 1997 non son de aplicación a prestacións derivadas de riscos laborais, polas seguintes razóns:

- a) Porque a doutrina a que se está a facer referencia se construíu pensando exclusivamente en prestacións cuxa obtención depende da cobertura dun período

²⁰ Proba da singularidade está na seguinte doutrina xudicial: A moderación da responsabilidade para cando a infracción de cotización resulta esporádica, non grave nin reiterada, aplícase aos supostos de descubertos na cotización, pero non, salvo casos excepcionais, aos supostos concretos de infracotización á Seguridade Social (SSTS 8-3-2011 [RJ 2011, 3115] e 16-6-2005 [RJ 2005, 7324]).

de cotización, que é na que cadra eximir de responsabilidade o empresario cando existen cotizacións abondo para percibila, como manifestación axeitada do principio de proporcionalidade. Nas prestacións que non dependen dun período de carencia, como son as derivadas de accidente de traballo, a proba do cumprimento empresarial haberá que seguir determinándoa conforme a outros criterios, posto que non existe ese referente.

- b) O principio *non bis in idem*, con independencia de que nos supostos xerais é de difícil aplicación á luz da doutrina constitucional sobre este, ligada sempre á actuación do *ius puniendi* estatal que no caso da responsabilidade empresarial nunca podería apreciarse - por todas ver STC 234/1991, do 10 de decembro ou 164/1995, do 13 de decembro, acerca dos límites de aplicación dese principio do dereito sancionador conectado co art.º 25 da Constitución-, con moito menor motivo pode estimarse aplicable a supostos como os que aquí nos ocupan nos que o empresario foi xa previamente declarado insolvente, como requisito necesario para que a Mutua que anticipou as súas prestacións [SSTS 13-6-1994 e 21-12-1994, por todas] e nos que, polo tanto, con independencia da multa que se lle poida impoñer, dificilmente vai aboar a prestación á que se lle poida condenar.
- c) A exención de responsabilidade empresarial polo só feito de que a existencia ou inexistencia de cotas non inflúe na relación de protección supoñería tanto como eliminar o carácter contributivo das prestacións derivadas de riscos laborais, contra o previsto expresamente ao respecto polo art.º 86.2 b) da LXSS e iría claramente en contra das previsións do art.º 126.2 LXSS que se trata de interpretar e aplicar en canto parte do principio de responsabilidade empresarial cando existe non pagamento de cotas; e

- d) Nos riscos profesionais o asegurado é o empresario e por iso é máis difícil que nos comúns aceptar que pode servirlle como causa eximente da responsabilidade o non pagamento das primas para facer fronte ás contingencias derivadas daqueles, cando este descuberto, aínda non sendo determinante do dereito á prestación, aparece como un manifesto incumprimento daquela obriga.

A cuestión volveuse formular na Sentenza de 16 de maio de 2007, novamente con voto particular, nesta ocasión bastante máis moderado. A Sentenza mantivo o mesmo criterio que no 2000 e practicamente cos mesmos argumentos²¹. O posible interese está en que a Sentenza recoñece que "se formulou, non obstante na Sala o problema relativo a determinar se, a partir desa gravidade que conduce a que a empresa haxa de asumir o pagamento das prestacións recoñecidas ao actor se podía moderar o alcance da mesma aplicando por analoxía en canto fose posible o que esta Sala ten establecido en relación coas contingencias comúns -por todas en sentenzas de 8 de maio de 1997"... non obstante, "...respecto desta cuestión

²¹ "O recurso ha de estimarse de acordo coa doutrina da sentenza do Pleno da Sala do 1 de febreiro de 2000 e que seguiron numerosas sentenzas posteriores, entre as que poden citarse as do 17, 18 e 26 de setembro de 2001, ou 27 de maio de 2004, entre outras. Nestas sentenzas establécese, que a responsabilidade por descubertos no pagamento de primas de accidentes de traballo, contingencia cuxa protección non require período mínimo de cotización ou carencia, ten un réxime xurídico distinto do da responsabilidade por descubertos respecto ás contingencias comúns, onde o período de carencia permite unha aplicación máis matizada do principio de proporcionalidade; 2) a determinación da responsabilidade empresarial de prestacións por descubertos no pagamento das primas de accidentes de traballo depende da duración dos descubertos e gravidade dos descubertos, de forma que cando o período de descuberto é «expresivo da vontade empresarial de non cumprir coas súas obrigas de cotizar» debe imputarse tal responsabilidade á empresa, mentres que sucede o contrario se se trata de incumprimentos transitorios ou ocasionais, que non obedecen a un propósito continuado de incumprir dito deber legal, e 3) os incumprimentos a ter en conta para valorar a existencia da devandita responsabilidade empresarial, determinados pola xurisprudencia en defecto da «fixación dos supostos de imputación e do seu alcance» anunciada na Lei xeral da Seguridade Social, son unicamente os producidos antes do acaecemento do accidente laboral e non os posteriores".

entendeu a Sala que, non formulada a mesma polas partes en ningún momento procesual anterior ao da casación nin tampouco no propio marco do presente recurso, aínda cando a súa análise podería caber dentro das posibilidades dunha sentenza congruente posto que entre as posturas extremas das partes sobre o alcance cuantitativo da responsabilidade -entre o todo ou a nada a cargo dunha ou outra- cabía a posibilidade dunha decisión sobre responsabilidade matizada por algún criterio de proporcionalidade, se trataba dunha problemática que, por unha parte excedía das posibilidades de intervención dun tribunal de casación en canto que abordalo e resolvelo supoñería a introdución por parte do Tribunal dunha "cuestión nova" non resolta pola sentenza que se recorre e polo tanto máis alá dos límites deste recurso extraordinario, e, ademais, podía causar indefensión ás partes ao subtraer das mesmas a posibilidade de formular alegacións e mesmo achegar probas que permitisen alcanzar unha solución que fose, en definitiva, a que puidese resultar máis acomodada a dereito a teor das alegacións e probas achegadas por aquelas".

Puidera parecer que, a negación rotunda da Sentenza do 2000 se matiza agora, abrindo posibilidades de futuro. Nesta orde, o voto particular incorpora unha posición máis moderada -recórdese a tacha frontal de inconstitucional- e ofrece unha situación intermedia buscando a proporcionalidade na "ficción de comparar" o dano producido en referencia a unha hipotética consideración da continxencia orixinaria como continxencia común²². O tempo dirá cal é o seu alcance.

²² VOTO PARTICULAR, Que formula o presidente en funcións Excmo SR. D. Aurelio Desdentado Bonete á Sentenza ditada no recurso 4263/2005. Do Voto, destacamos a argumentación referida no texto:

"O criterio de moderación podería ter en conta o alcance do incumprimento empresarial en relación coa carreira de seguro total completada polo traballador na empresa. No caso decidido consta na resolución administrativa obrante aos folios 485 e 486 -á que remiten os feitos probados da sentenza e a fundamentación xurídica do auto- que o actor causou alta na empresa 1 de maio de 1991 e o accidente tivo lugar o 12 de abril de 2002, co que o período de cotización a cumprir sería de 3.662 días,

6. CRITERIOS PARA A CONSTRUCCIÓN DUN NOVO MODELO DE RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL

Na fase de conclusións e proposta dun novo modelo, é necesario afirmar que non é doado realizar unha valoración final sobre o tema da responsabilidade empresarial en materia de prestacións e menos aínda ofertar, mesmo para o espazo do debate doutrinal, propostas de reforma que contribúan á creación dun novo e diferente modelo.

Xa comentei, que parece existir unha aceptación xeral das regras de xogo existentes, por moito que se dubide da súa constitucionalidade, se critique a súa ordenación preconstitucional, a súa falta de adaptación á realidade social actual e, en definitiva, a súa contraposición coa existencia dun modelo público de Seguridade Social que se enmarca entre as funcións de Estado, arroupado polo principio de garantía institucional.

É necesario advertir con certo desánimo doutrinal que a afirmación realizada ten a súa constatación empírica, como tamén afirmei. A cuestión deixou de ser unha preocupación ou de mostrar o mínimo interese nas sucesivas renovacións do Pacto de Toledo, deixou de ter presenza nos sucesivos Acordos entre os diferentes gobernos, de signo político distinto, e os interlocutores sociais, non sendo unha cuestión relevante nin para os Sindicatos, nin para as Asociacións Empresariais. Certamente existen, como é evidente preocupacións de maior envergadura, a viabilidade mesma do sistema, pero a regulación da responsabilidade empresarial non é unha cuestión banal.

mentres que o período de descuberto comprende 960 días, segundo os datos do feito probado terceiro. Este criterio de proporcionalidade determinaría unha responsabilidade empresarial do 26% da prestación recoñecida. Agora ben, desta forma tamén se produciría un trato máis desfavorable para as continxencias profesionais, polo que resulta máis axustado aplicar unha fórmula ficticia que teña en conta cal sería a repercusión do incumprimento da empresa sobre o período de cotización necesario para causar dereito á prestación recoñecida se a continxencia determinante fose enfermidade común”.

Lamentablemente os sucesivos Gobiernos non mostraron interese na materia, parece que a reforma do 2001 (os engadidos ao artigo 126 da LXS) con orixe no Pacto de Toledo e no Acordo cos Interlocutores Sociais, foi suficiente.

A sorpresa, na orde lexislativa, veu da man da nova ordenación dada -con rango de Lei e desenvolvemento regulamentario, nin máis nin menos- á responsabilidade en materia de prestacións no ámbito do Sistema especial de Empregados de Fogar e referida singularmente aos riscos profesionais.

Os oídos xordos ante as críticas xudiciais derivaron na inactividade lexislativa. A pesar da contundencia do voto particular da Sentenza do Tribunal Supremo da 1 de febreiro de 2000 onde se afirmaba que “todo o sistema de responsabilidade empresarial establecido polos artigos 41 e 126 da Lei Xeral da Seguridade Social pode incorrer en inconstitucionalidade por infracción do [artigo 25 da Constitución](#), tal como foi interpretado polo Tribunal Constitucional”, engadindo que “por todo iso, entendo que sería necesario cuestionar a través da vía prevista no artigo 35 e concordantes da Lei Orgánica 2/1979 a constitucionalidade dos preceptos a que se fixo referencia da Lei Xeral da Seguridade Social”.

Si é certo que existe unha abundante e constante doutrina de unificación sobre materias reiteradas, do que podería deducirse a vontade dos Tribunais Superiores de Xustiza de forzar unha resposta máis contundente do Tribunal Supremo. Ao meu xuízo as tentativas, se así se poden chamar, son indirectas, pouco razoables, atentan contra o principio de seguridade xurídica, especialmente cando o esixible é a presentación da cuestión de inconstitucionalidade, se as dúbidas son de tal envergadura que carecen da necesaria harmonía co noso texto constitucional.

Sen prexuízo da garantía institucional que preside o noso texto constitucional, a premisa básica e razoable ante calquera reconsideración do modelo de responsabilidade empresarial en materia de prestacións, é a constatación do

nivel de incumprimento das obrigas empresariais de afiliación, alta e cotización en termos correctos, que en definitiva constitúen condutas fraudulentas, nin desexables, nin aceptables. Tanto polo seu impacto individual sobre os dereitos do traballador (sexa quen sexa quen asuma o pagamento das prestacións), como sobre o seu impacto colectivo, que afecta ao sistema financeiro de repartición.

O tipo de fraude ten distintas dimensións, que en definitiva son as que propiciaron singularidades na vella ordenación xurídica e na interpretación e aplicación xurisprudencial. Así poderíamos diferenciar os distintos tipos de incumprimento.

As consecuencias dos incumprimentos son claras e dramáticas. En efecto, a falta de afiliación e alta, que levan consigo a falta de cotización, deixan o traballador fóra do Sistema ou fóra do réxime (ausencia de alta) imposibilitando ou dificultando en exceso as actuacións de control e inspección. Non só hai un incumprimento senón tamén unha ocultación, que normalmente afecta ou irradia a todas as esferas do noso ordenamento, laboral, fiscal e de seguridade social. Esta situación pode ser singularizada nun só traballador, en varios ou en todos os traballadores da empresa, adquirindo a súa expresión máxima cando afecta a todos, empresario e traballadores. Sexa cal sexa a súa dimensión, encontrámonos ante un incumprimento de máxima gravidade en todas as ordes.

Os matices aparecen cando nos referimos ao incumprimento baseado no defecto de cotización referido a traballadores en alta. Xeneralizando, podemos dicir que se trata dun incumprimento sobre unha realidade coñecida polas distintas administracións, laboral, fiscal e de seguridade social, o que facilita a actuación destas. Como se dixo con acerto, a administración non só ten o dereito a recibir as cotizacións senón a obriga de recadalas con todos os medios ao seu alcance. Polo tanto, trátase dunha obriga coñecida e individualizada, que ten dúas caras, por un lado a obriga do empresario de cumprila e por outro, a obriga do ente recadador de esixila.

Por último e simplificando, dada a cantidade de supostos específicos existentes, o incumprimento pode afectar á relación entre o salario realmente percibido, calquera que sexa a súa forma e denominación, e a contía da cotización efectuada. Son os supostos que normalmente identificamos no termo "infracotización". Pois ben, estes supostos teñen certa similitude cos supostos de falta de afiliación e/ou alta. Neles hai unha ocultación²³ de parte da retribución que, salvo supostos grotescos, impiden ou dificultan a actuación recadatoria dada a imposibilidade de descubrir a retribución real recibida polo traballador. Os seus efectos aínda que máis limitados teñen a súa importancia e afectan tanto á esfera da seguridade social, coma á fiscal. Igualmente e seguindo o mesmo razoamento feito, impactan sobre os dereitos individuais do traballador, na medida que as prestacións xiran en termos proporcionais sobre as cotizacións efectuadas e estas sobre os salario recibidos. Con similar alcance, a infracotización ten un efecto colectivo, na medida que a inferior cotización efectuada en relación coa cotización debida e esixible, impacta sobre o sistema financeiro de repartición.

Todo o anterior, isto é, a tipoloxía e gravidade dos incumprimentos, condúcenos a realizar unha afirmación de carácter preliminar, a saber, calquera reconsideración do sistema de responsabilidades do empresario en materia de prestacións, debe ter presente o alcance dos distintos tipos de incumprimento.

²³ A STS u.d. de 16 xuño 2005, da por válidas as afirmacións da Sala *a quo* [entende que no comportamento empresarial estendido non só ao traballador demandante de autos, senón a 37 máis dos que compoñen o equipo da empresa recorrente, concorre certo ánimo defraudatorio revelador dunha vontade deliberadamente rebelde ao cumprimento da obriga de cotizar axeitadamente e por todos os conceptos económicos percibidos polo traballador á Seguridade Social.], engadindo que "se poñen de manifesto unha conduta empresarial tendente a obviar de forma continuada e xeneralizada a cotización dun determinado concepto económico percibido polos traballadores e que se encobre baixo unha denominación, tan pouco clara, como é a de "asignación gastos convida", o que produce unha infracotización á Seguridade Social..."

O principio de contributividade que preside o noso sistema achega outro matiz que é necesario destacar, e refire ao impacto dos incumprimentos empresariais na vida laboral e a carreira de seguro do traballador, na medida que gran parte do aparato protector contributivo vincula o nacemento do dereito á acreditación de períodos -longos (xubilación e incapacidade permanente e en ocasións viuvez), medios (viuvez e desemprego) e curtos (incapacidade temporal, maternidade e paternidade)- de cotización á seguridade social. Igualmente, a carreira de seguro impacta sobre a contía das prestacións, singularmente na xubilación e a incapacidade permanente por continxencias comúns. E finalmente, os incumprimentos poden afectar, con distinto nivel de impacto, á contía das prestacións.

Tendo presente todos os factores formulados e no convencemento de que o sistema de responsabilidade empresarial en materia de prestacións debe ser reformado, aventuro a seguinte proposta:

1. -O postulado xeral coincidiría coa nova ordenación realizada en materia de riscos profesionais para o Sistema de empregado de fogar, de forma que:

Cando o empresario incumpra as obrigas de afiliación, alta ou cotización do traballador ao seu servizo, recoñeceranse o conxunto das prestacións económicas que lle correspondan a este, con independencia da esixencia de responsabilidade ao empresario en canto ao pagamento da cotización, coas súas recargas e intereses, como das sancións que se deriven en virtude do establecido na Lei sobre infraccións e sancións na orde social, texto refundido aprobado polo Real decreto lexislativo 5/2000, do 4 de agosto e doutras responsabilidades a que houbese lugar.

Desta forma sepáranse as relacións xurídicas entre o empresario e a seguridade social e o traballador e a seguridade social. Polo tanto, o traballador tería un dereito público subxectivo á obtención da protección da

Seguridade Social nas condicións que marque a Lei en cada momento e desvinculado en todos os seus parámetros (acceso ao dereito, contía da prestacións...) dos incumprimentos empresariais (Blasco Pellicer, páx 166).

O principio xeral levaría implícito a derogación do artigo 126 da LXS e a desaparición do sistema de responsabilidade empresarial en materia de prestacións. Igualmente, o principio de "alta de pleno dereito" previsto no artigo 125.3 estenderíase a toda a acción protectora, pero sen consecuencias en materia de responsabilidade. Actuaría como un garante do recoñecemento do dereito público subxectivo á protección.

Finalmente desaparecería o principio de automaticidade, o que queda implícito coa derogación do artigo 126 da LXS.

2.- O postulado xeral debe provocar consecuencias adicionais de extraordinario interese, coa finalidade de non fomentar as situacións fraudulentas, apostando pola loita contra estas e, polo tanto, reforzar [e non poñer en perigo] a viabilidade do sistema protector. A aposta coincidiría coas últimas recomendacións do Pacto de Toledo e coas formulacións recollidas nos Acordos cos Interlocutores Sociais, en materia de loita contra a fraude²⁴. As medidas poderían ser as seguintes:

²⁴ Como xa vimos, o Informe de avaliación e reforma do Pacto de Toledo do ano 2011 que serviu para a súa renovación parlamentaria na devandita data, onde na súa recomendación 10ª, reservada á "loita contra a fraude", se establece unha proposta nos seguintes termos:

"A Comisión entende, por último, que deben reforzarse os instrumentos e medios da Inspección de Traballo e Seguridade Social, así como o réxime de sancións aos empregadores que non cumpran coas súas obrigas fronte á Seguridade Social, para o cal deben adecuarse os tipos penais a regulación da prescrición no caso de estruturas organizadas para a defraudación, o branqueo de capitais, o seu ocultamento en paraísos fiscais e outros delitos graves contra a Facenda Pública e a Seguridade Social."

- Intensificar e perfeccionar os sistemas de inspección e recadación en si mesmo considerados, así como na súa vinculación permanente con outros sectores da administración, especialmente a tributaria.
- Modificar o prazo de prescrición das cotizacións nos supostos de falta de afiliación e/ou alta. Como vimos, trátase dos supostos de máxima gravidade e impacto a nivel individual e colectivo.

As posicións poden ser varias.

- ✓ Unha, ampliar o prazo prescritivo nun tempo que actúe como mecanismo desincentivador das condutas fraudulentas, por exemplo fixando un prazo de 10 anos.
- ✓ Outra, entender que o incumprimento das obrigas de afiliación, alta e cotización constitúe unha infracción continuada e ocultada polo propio empresario. No caso das faltas continuadas, conceptuando como tales aquelas que “responden a unha conduta que se prolonga no tempo, a través dunha pluralidade de feitos consecutivos dotados de unidade de propósito que corresponden ao mesmo tipo de infracción”, dada a unidade de propósito que as move, que fai imposible a súa persecución, é doutrina consolidada do Tribunal Supremo [aplicada á fixación do cómputo da prescrición das faltas do traballador, reguladas no artigo 60.2 do Estatuto dos traballadores], que o prazo de prescrición non comeza o día en que se cometeu cada falta senón o día en que se cometeu a última “pois é a partir dese último feito cando cesa esa conduta continuada que debe ser apreciada de forma conxunta para os efectos da súa sanción” STS 15 de xullo de 2003, entre outras moitas²⁵.

²⁵ SSTS 27-11-1984, 6-10-1988, 15-9-1988, 21-11-1989, 25-6-1990, 7-11-1990, 19-12-1990-STs 25-6-1990-, máis en concreto «dende que

O anterior quere dicir que, o prazo prescricional das cotizacións debidas comezaría a computar o día en que se coñecese polo órgano recadador o incumprimento, sendo obxecto de reclamación as cotizacións debidas dende o inicio da actividade laboral constatada, isto é, dende o momento en que deberon cumprirse as obrigas de afiliación e/ ou alta e cotización.

Aínda que a proposta puidese parecer excesiva, repárese en que a construción xurisprudencial sobre a responsabilidade empresarial en materia de prestacións carece de prazos prescricivos, aplicándose aquela a incumprimentos acaecidos nos anos 60 do século pasado.

- 3.- Os supostos de infracotización teñen igualmente unha máxima gravidade [atenuada polo cumprimento das demais obrigas] cuxos efectos impactan de forma individual e colectiva. Igualmente, comparten a mesma característica de falta continuada e ocultación, de forma que se poden aplicar as mesmas solucións, ben ampliar o tempo prescricional, ben aplicar a teoría da falta continuada na fixación do *dies a quo* do prazo prescricional.
- 4.- Reordenar e endurecer o sistema de infraccións e sancións sobre as materias analizadas e en función do seu impacto, reguladas na Lei sobre infraccións e sancións da orde social.

En definitiva, a proposta que fago pretende buscar un punto de equilibrio conformado pola superación do modelo actual de responsabilidade, a conformación dun dereito público subxectivo á protección fronte ao Estado e independente dos incumprimentos empresariais, combinado cunha aposta

cesou a ocultación» -TS 27-1-1990, Auto TS 15-7-1997-, aínda que tamén se dixo que nestes casos computará a prescrición a partir dos seis meses dende que a empresa tivo coñecemento da falta cometida e ocultada -STS 25-4-1991, 3-11-1993, 29-9-1995, Auto TS 12-6-2002 -, sempre partindo da base dunha ocultación mantida eludindo os posibles controis do empresario.

polo cumprimento das obrigas empresariais e a loita contra a fraude, o que esixe unha nova ordenación dos instrumentos recadatorios, dos prazos prescristivos e do réxime de sancións administrativas.

O mantemento do *statu quo* é tremendamente fráxil e ameazado dunha posible declaración de inconstitucionalidade. Das distintas canles que abrirían as portas a tal declaración de inconstitucionalidade, quizais a máis efectiva viría da man da vulneración do artigo 25.1 da Constitución , tal como foi interpretado polo Tribunal Constitucional, que considera que este precepto está implícita tamén a garantía do principio *non bis in idem* (sentenzas do Tribunal Constitucional 2/1981 , 154/1990 e 177/1999 , entre outras), coa reelaboración efectuada a partir da doutrina polo Pleno deste Tribunal na STC 2/2003, do 16 de xaneiro, no sentido de determinar se se dá o presuposto da interdicción de incorrer en *bis in idem*, isto é, se existe a tripla identidade requirida, de suxeitos, feitos e fundamentos, pois “a tripla identidade constitúe o presuposto de aplicación da interdicción constitucional de incorrer en *bis in idem*, sexa este substantivo ou procesual, e delimita o contido dos dereitos fundamentais recoñecidos no art.º 25.1 CE, xa que estes non impiden a concorrencia de calquera sancións e procedementos sancionadores, nin sequera se estes teñen por obxecto os mesmos feitos, senón que estes dereitos fundamentais consisten precisamente en non padecer unha dobre sanción e en non ser sometido a un dobre procedemento punitivo, polos mesmos feitos e co mesmo fundamento”.

A cuestión está en que se chegásemos á conclusión de que o réxime de responsabilidades no tocante ás prestacións está viciado nos termos referidos, a interdicción mantense por moito que sexa obxecto de ponderación, moderación, proporcionalidade..., que son os elementos que se veñen utilizando pola xurisprudencia para “salvar” o *bis in idem*. Quizais por iso, a formulación do voto particular da Sentenza do Tribunal Supremo da 1 de febreiro de 2000, apunta, como vimos, ao conxunto do sistema de responsabilidade, propoñendo mesmo a revisión da doutrina

da Sentenza de Sala Xeral do 8 de maio de 1997, que consolida os mecanismos moderadores, sendo relator o mesmo maxistrado que formulou despois o voto particular, o que explicita as dificultades para avanzar. Voto particular, que con matices, o mesmo maxistrado renova e actualiza no efectuado á Sentenza de 16 maio 2007, buscando solucións alternativas.

Sen prexuízo de loanza anterior, é posible e así formuleino, que a reforma do sistema de responsabilidades do Sistema Especial de Empregados de Fogar integrado no Réxime Xeral e reservado aos riscos profesionais, abra unha nova porta, agora dende a consideración do principio de igualdade na Lei, o que tería impacto tanto dentro do propio Sistema especial sobre a base da "selección" realizada polo lexislador, como dende o réxime en que se integra (o xeral) e a súa translación ao conxunto de réximes que incorporan traballadores por conta allea.

