

EL DERECHO DEL TRABAJADOR A LAS PRESTACIONES VERSUS LA CONDUCTA FRAUDULENTA DEL EMPRESARIO

JOSÉ LUIS TORTUERO PLAZA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid
jltortuero@telefonica.net

RESUMEN

No es fácil realizar una valoración sobre el tema de la responsabilidad empresarial en materia de prestación y menos aún ofertar, incluso para el espacio del debate doctrinal, propuestas de reforma.

Parece existir una aceptación general de las reglas de juego existentes, por mucho que se dude de su constitucionalidad, se critique su ordenación preconstitucional, su falta de adaptación a la realidad social actual y en definitiva, su contraposición con la existencia de un modelo público de Seguridad Social que se enmarca entre las funciones de Estado, arropado por el principio de garantía institucional

La falta de afiliación y alta que conllevan la falta de cotización, dejan al trabajador fuera del Sistema o fuera del régimen (ausencia de alta) imposibilitando o dificultando en exceso las actuaciones de control e inspección. No solo hay un incumplimiento sino también una ocultación, que normalmente afecta o irradia a todas las esferas de nuestro ordenamiento, laboral, fiscal y de seguridad social. Esta situación puede ser singularizada en un solo trabajador, en varios o en todos los trabajadores de la empresa, adquiriendo su expresión máxima cuando afecta a todos, empresario y trabajadores. Sea cual sea su dimensión, nos encontramos ante un incumplimiento de máxima gravedad en todos los órdenes.

Teniendo presente todos los factores planteados y en el convencimiento de que el sistema de responsabilidad

empresarial en materia de prestaciones debe ser reformado, asumimos el reto de realizar una propuesta de reforma que tenga presentes todos los presupuestos.

Palabras clave: Responsabilidad empresarial por prestaciones, Principio de automaticidad, Alta de pleno derecho, Falta continuada, Derecho subjetivo.

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. EL OBSOLETO MARCO NORMATIVO Y LA INACTIVIDAD DEL LEGISLADOR; 3. EL SISTEMA ESPECIAL DE EMPLEADOS DE HOGAR Y EL RÉGIMEN SINGULAR DE RESPONSABILIDADES DEL TITULAR DEL HOGAR FAMILIAR; 4. LOS ESPACIOS DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN MATERIA DE PRESTACIONES; 5. LOS CRITERIOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES QUE DELIMITAN EL ESPACIO DE LA RESPONSABILIDAD. 5.1. LAS OBLIGACIONES DE AFILIACIÓN Y ALTA Y SU INCUMPLIMIENTO; 5.2. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO COMO LEGISLADOR: LA SINGULARIDAD DE LA JUBILACIÓN; 5.3. LOS INCUMPLIMIENTOS EN MATERIA DE COTIZACIÓN Y SU IMPACTO PROPORCIONAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD; 6. CRITERIOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UN NUEVO MODELO DE RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL.

1. INTRODUCCIÓN

Sin lugar a dudas y dentro del espacio del Derecho de la Seguridad Social, la materia referida a la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones, ha sido la que mayor atención –y preocupación– ha suscitado en la doctrina desde la propia Ley de Bases hasta la actualidad¹.

¹ Entre los trabajos generales en el devenir histórico a partir de la LGS1974, son de referencia obligada: 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.-dic. 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*, nº 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 la misma. Criterios Jurisprudenciales", en AA VV, *Aspectos complejos en materia de Seguridad Social*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, nº 38, Madrid, 2001; DESDENTADO BONETE, A., "Responsabilidades por el incumplimiento de las obligaciones en materia de actos de

Sin perjuicio de la atención propia del quehacer doctrinal, la preocupación ha venido mediatizada por acontecimientos de distinto orden. Unos, los legislativos y otros, los jurisprudenciales.

El anacronismo legislativo, cuyas fases seguidamente realizaremos, ha dado lugar a planteamientos y teorías doctrinales de todo orden y alcance, desde la denominada "teoría unitaria" hasta la "teoría escisionista", pasando por no pocos estadios intermedios (Blasco Pellicer, p 78 y ss²). La finalidad de todas es la construcción dogmática de la responsabilidad en materia de prestaciones, así como determinar la naturaleza jurídica de la referida responsabilidad, donde también y lógicamente, se abre un abanico interpretativo, desde quienes la entienden como una responsabilidad específica de seguridad social, quienes la entienden como derivada del incumplimiento de una obligación legal y quienes defienden su naturaleza sancionadora administrativa, sin perjuicio de las múltiples puntualizaciones y singularidades de cada una.

A pesar del tiempo transcurrido desde la Ley de 1966 y las reformas posteriores, incluido el impacto del texto constitucional y la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. A pesar de los sólidos argumentos sobre

encuadramiento en la Seguridad Social. Teoría y Práctica", en *Actualidad Laboral*, núm. 4 y 5, 2004; MUÑOZ MOLINA, J., *Responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004 y BLASCO PELLICER, A., *La responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones de Seguridad Social*, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor, 2005. Desde una perspectiva más amplia, MONEREO PEREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., "Responsabilidades empresariales", en AA VV, *Tratado práctico a la legislación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Granada, edit. Comares, 2006.

Construcciones 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 Mudespa-UNED, Madrid, 2000 y MERCADER, J., *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo. Seguridad Social y Derecho de daños*, La Ley, Madrid, 2001. Finalmente hay que hacer referencia a la construcción teórica permanente de ALONSO OLEA, M., *Instituciones de Seguridad Social*, desde su primera edición de 1959.

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

la pérdida de vigencia de los preceptos de la referida Ley de 1966, ni siquiera en la aplicación reglamentaria sostenida en el tiempo por la jurisprudencia con más voluntarismos que argumentos. A pesar de las duras críticas de la doctrina, incluso con énfasis rupturista, y de los continuos “toques de atención crítica” de la doctrina judicial³. Lo cierto es que el legislador dio por concluida su labor reguladora con la reforma del 2001, dando por buena, suponemos por la falta de actividad legislativa, la construcción general del régimen de responsabilidad realizado por la jurisprudencia de unificación, contenida básicamente en las Sentencias de 8 de mayo de 1997, 1 de febrero de 2000 (ambas de Sala General) y 17 de marzo de 2006 referida a la jubilación, y a pesar de los votos particulares que no solo se oponían al parecer de la Sala General, sino que entendían que “todo el sistema de responsabilidad empresarial establecido por los artículos 41 y 126 de la Ley General de la Seguridad Social puede incurrir en inconstitucionalidad por infracción del artículo 25 de la Constitución, tal como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional”. Los términos de los votos particulares eran tan duros y drásticos que en cualquier momento la cuerda podía romperse. Pero tampoco esto movilizó al legislador.

Siguiendo el iter planteado y que más adelante analizaré, es conveniente hacer constar que el tema de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones, a pesar de todo lo relatado, desapareció de las sucesivas renovaciones del Pacto de Toledo e, igualmente, de los diferentes acuerdos suscritos con los interlocutores sociales. Produciéndose una

³ Como muestra valga traer a colación la afirmación contenida en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de abril de 2010, que afirma que “*El mandato recogido en el art. 41 [CE](#) no puede llevar a la protección de situaciones como la contemplada en el presente recurso por muy lamentables que puedan resultar desde una perspectiva humana, porque ello supondría desnaturalizar el carácter contributivo del régimen de SS aplicable al caso, sin tener en cuenta, al propio tiempo, las exigencias de financiación. Conviene recordar que la determinación reglamentaria de los supuestos en los que debe proceder el INSS al abono de prestaciones de SS, en los casos a los que se refiere el mencionado art. 96 LGSS (hoy 126), en sus párrafos 2º y 3º, es tarea que no incumbe a los Tribunales de Justicia sino al Gobierno*».

especie de aceptación general del "status quo", que tan solo parece preocupar a la doctrina científica y al quehacer cotidiano de los órganos judiciales, en cuyas decisiones ya es "formula de estilo" la crítica y desesperanza ante la situación legal (Carrillo Márquez). La aceptación del legislador es consciente y premeditada, de sobra es conocida su contundente repuesta cuando los criterios jurisprudenciales no son de su agrado. Todo ello, sin olvidar a los sujetos afectados, que desconocedores –seguramente- de la situación legal ven –los trabajadores- como el sistema público les abandona a su propia suerte, y como –los empresarios, ciertamente incumplidores e incluso defraudadores- sienten la ira penalizadora del Sistema.

2. EL OBSOLETO MARCO NORMATIVO Y LA INACTIVIDAD DEL LEGISLADOR

Si como suele ser común, entendemos la responsabilidad empresarial como marco jurídico que delimita la obligación empresarial en orden al abono de las prestaciones en base a sus incumplimientos en materia de afiliación, alta y cotización, su antecedente normativo se encuentra en la Base 4 de la Ley de Bases de Seguridad Social 193/1963, de 28 de diciembre, al imponer la afiliación obligatoria de los incluidos en el campo de aplicación posibilitando que, ante el incumplimiento, los interesados pudieran instar directamente la afiliación, sin perjuicio de las obligaciones del sujeto obligado, incluido el abono de las prestaciones en su caso.

La Ley Articulada de la Seguridad Social de 1966, aprobada por Decreto 907/1966 (LSS), de 21 de abril, fijó las bases y reglas de responsabilidad en orden a las prestaciones del sistema, remitiendo a los artículos 94 a 96 su detalle en relación a la imputación de responsabilidades y anticipo de prestaciones, alcance de la responsabilidad empresarial y procedimiento para su exigencia.

La Ley 24/1972, de 21 de junio, de Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora de la Seguridad Social impuso en su artículo 17 la exigencia de

responsabilidad a resultas del incumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de afiliación y cotización, sin perjuicio de la atenuación de aquella o el anticipo de prestaciones.

La Ley General de la Seguridad Social de 1974, aprobada por Decreto Legislativo 2065/1974, de 30 de mayo, trató la materia en sus artículos 23, 96 y 97, luego transcritos en los artículos 41, 126 y 127 de la Ley General de la Seguridad Social aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (LGSS). Junto a ésta, otras normas contienen previsiones específicas en lo atinente al recargo de prestaciones o la cesión ilegal de trabajadores.

El marco normativo vigente se encuentra contenido en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS) dedicando a la materia referida los artículos 47, 167 y 168. Junto ellos siguen vigentes los artículos 94 a 96 de la LSS⁴, de aplicación reglamentaria en

⁴ Artículo 94. Imputación de responsabilidades en orden a las prestaciones.-1. Cuando se haya causado derecho a una prestación a favor de un trabajador por haberse cumplido, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley, las obligaciones de afiliación o alta y de cotización, así como los requisitos particulares exigidos para cada una de ellas, la responsabilidad correspondiente se imputará a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social o, en su caso, a las Mutuas Patronales o empresarios que colaboren en la gestión.

2. El empresario, respecto a los trabajadores a su servicio incluidos en el campo de aplicación de este Régimen General, será responsable de las prestaciones previstas en el mismo.

a) Por falta de afiliación o alta, sin que le exonere de responsabilidad el alta presunta de pleno derecho del número 3 del artículo anterior.

b) Por falta de ingreso de las cotizaciones, a partir de la iniciación del segundo mes siguiente a la fecha en que expire el plazo reglamentario establecido para el pago; en consecuencia las cotizaciones efectuadas fuera de plazo, a que se refiere el apartado b) de la norma primera del número 3 del artículo 92, no exonerarán de responsabilidad al empresario, salvo los casos de concesión de aplazamiento o fraccionamiento de pago u otros supuestos que se determinen reglamentariamente, con exclusión expresa de la responsabilidad del empresario establecida en este artículo.

c) En el supuesto del número 5 del artículo 92, por la diferencia entre la cuantía total de la prestación causada por el trabajador y la que corresponda asumir a la Seguridad Social, por las cuotas efectivamente ingresadas. En materia de accidentes de trabajo y enfermedades

profesionales se equiparán al supuesto del número 5 del artículo 92 la ocultación o falseamiento deliberados en la declaración de las circunstancias que hayan motivado un ingreso de cuotas o primas inferiores al precedente.

3. La responsabilidad del empresario regulada en este artículo será compatible con las demás de carácter administrativo o de otro orden que puedan originarse por el incumplimiento de sus obligaciones.

4. En los casos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, cuando el empresario o empresarios responsables y, en los supuestos del artículo 97, las personas obligadas a responder con ellos, o, en su caso, la Mutua Patronal que hubiere asumido el riesgo, resultaren insolventes, el trabajador y sus derechohabientes podrán hacer efectivos sus derechos a las prestaciones de todo orden derivadas de incapacidad laboral transitoria, invalidez permanente o muerte, con cargo al oportuno Fondo de Garantía. Este Fondo se resarcirá del responsable por el procedimiento ejecutivo que se regulará en las disposiciones de aplicación y desarrollo de la presente Ley.

5. La norma del número anterior será aplicable a las prestaciones causadas en caso de invalidez permanente derivadas de accidente no laboral.

6. El Gobierno, a propuesta del Ministro de Trabajo y previa la dotación de los recursos financieros precisos, podrá extender la responsabilidad subsidiaria, a que se refieren los dos números anteriores, o el anticipo, en el pago de las prestaciones reconocidas, que se regula en el artículo siguiente, a la cobertura de alguna o algunas de las restantes contingencias reguladas en el presente Título.

Artículo 95. Alcance de la responsabilidad empresarial y anticipo de prestaciones.-1. El alcance de la responsabilidad empresarial establecida en el artículo anterior así como los supuestos en que, sin perjuicio de la misma, se anticiparán por las Entidades Gestoras o Mutuas Patronales, en su caso, las prestaciones reconocidas a los beneficiarios, se regirán por las siguientes normas:

1.^a La prestación de asistencia sanitaria, cuando se trate de trabajadores en alta o que estén comprendidos en alguno de los supuestos del número 3 del artículo 93, será facilitada por las Entidades Gestoras, de forma directa e inmediata, y el empresario vendrá obligado a reintegrarle los gastos correspondientes al tratamiento completo dispensado por la misma al trabajador o, en su caso, a sus familiares beneficiarios.

2.^a Las prestaciones de desempleo, así como las económicas de incapacidad laboral transitoria, cuando se trate de trabajadores en alta, serán hechas efectivas por la Entidad Gestora, de forma directa e inmediata, y el empresario vendrá obligado a reintegrarle el importe de las mismas; sin perjuicio de lo que se disponga en orden al pago delegado de prestaciones.

3.^a Las prestaciones de protección a la familia así como las económicas de incapacidad laboral transitoria correspondientes a trabajadores que no estén en alta, serán abonadas por el empresario al trabajador, directamente y a su cargo.

4.^a Las prestaciones de vejez y las pensiones y subsidios de invalidez y supervivencia serán a cargo del empresario y se abonarán al trabajador o a sus derechohabientes a través de la Entidad Gestora correspondiente. A tal efecto, el empresario constituirá en la misma o, en su caso, en el correspondiente Servicio Común de la Seguridad Social, el capital necesario para que se proceda con él al abono de las mencionadas prestaciones. El importe del capital será determinado por la citada Entidad Gestora o Servicio Común, teniendo en cuenta las Tablas que fije el Ministerio de Trabajo. El empresario responsable, así como el alcance total o parcial de su responsabilidad, se determinará con arreglo a lo dispuesto de que la obligación de cotización exigida para las prestaciones haya sido incumplida a lo largo del tiempo por uno o varios empresarios.

5.^a En las prestaciones que consistan en el pago de una cantidad a tanto alzado, y que no estén incluidas en las normas anteriores, el empresario habrá de ingresar su importe directamente en la Entidad Gestora o Servicio Común citados en el apartado anterior, para su abono al beneficiario.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en la norma cuarta del número anterior, cuando reconocido el derecho a una pensión de vejez a un trabajador que estuviese en alta el empresario no se encuentre al corriente en el pago de las cuotas correspondientes a la totalidad de sus trabajadores la Entidad Gestora anticipará al beneficiario el pago de la pensión. No procederá este anticipo en el supuesto de empresas desaparecidas o que por su especial naturaleza no puedan ser objeto de procedimiento de apremio. Si efectuado el anticipo el empresario resultase insolvente, la Entidad Gestora continuará abonando la pensión y conservará frente al mismo, si viniese a mejor fortuna los derechos reconocidos en igual situación al Fondo de Garantía y Accidentes de Trabajo.

3. Para las pensiones y subsidios de invalidez y supervivencia, las disposiciones reglamentarias establecerán en favor de los trabajadores en alta y de sus derechohabientes beneficios similares a los regulados en el número anterior, teniendo en consideración, cuando proceda, las especialidades que se derivan de la responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía establecida en la norma cuarta del número 1 de este artículo, de la participación en la gestión de las Mutuas Patronales, prevista en el apartado c) del artículo 144 a las Comisiones Técnicas Calificadoras.

4. En el supuesto a que se refiere el apartado b) del número 2 del artículo anterior podrá moderarse reglamentariamente el alcance de la responsabilidad empresarial cuando el empresario ingrese las cuotas correspondientes a la totalidad de sus trabajadores; en tal caso, la Entidad Gestora asumirá, en la medida en que el empresario quede exonerado, la responsabilidad resultante.

5. Lo dispuesto en las normas 1.^a, 2.^a y 3.^a del número 1, y en los números 3 y 4 del presente artículo será de aplicación a las Mutuas Patronales que colaboren en la gestión.

6. Serán nulos los compromisos o pactos que se opongan a lo dispuesto en el presente artículo concertados entre el empresario y los presuntos beneficiarios.

Artículo 96. Procedimiento para la exigencia de responsabilidad.-

1. Cuando la Entidad Gestora deniegue su responsabilidad por una o

virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria segunda del Decreto 1645/1972, dictado en desarrollo de la Ley de Financiación y perfeccionamiento, aplicación reglamentaria que históricamente ha venido revalidando de forma constante la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Salvo elementos de estilo o de actualización el nuevo Texto Refundido no aporta ninguna novedad. No obstante, merece destacar a efectos de clarificación, que la referencia al límite en el anticipo, cifrada en “dos veces y media el importe del indicador público de renta de efectos múltiples vigente en el momento del hecho causante o, en su caso, del importe del capital coste necesario para el pago anticipado, con el límite indicado por las entidades gestoras, mutuas o servicios”, procede de la aplicación del Real Decreto Ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario

varias prestaciones, en aplicación del artículo 94 lo hará en resolución fundada, oído el empresario o empresarios afectados siempre que sea posible. Cuando se trate de prestaciones por invalidez, cualquiera que sea su causa, la determinación de la responsabilidad por las prestaciones, y su imputación, corresponderá a las Comisiones Técnicas Calificadoras, de conformidad y con los efectos dispuestos en el artículo 144.

2. Será competencia de la Jurisdicción de Trabajo el conocimiento de las cuestiones que se susciten con ocasión de lo previsto en el número anterior y su tramitación se efectuará al Texto Refundido de Procedimiento Laboral.

3. Cuando en virtud de lo dispuesto en el artículo anterior la Entidad Gestora anticipe el pago de una prestación de la que es responsable el empresario, podrá utilizar frente al mismo el procedimiento administrativo especial de apremio que a los efectos de recaudación se establece en el artículo 19.

4. Cuando la Entidad Gestora o Mutua Patronal, en su caso, deniegue parcialmente su responsabilidad en aplicación del apartado c) del número 2 del artículo 94 se estará a lo establecido en los números 1 y 2 del presente artículo en cuanto a la parte de prestación no asumida por aquéllas.

5. En los supuestos a que se refieren los números 1 y 4 del presente artículo, la acción del trabajador para reclamar frente al empresario o empresarios responsables prescribirá al año, a contar desde la fecha en que la Entidad Gestora comunique al trabajador perjudicado su resolución administrativa firme por la que se le deniega en todo o en parte la prestación solicitada.

6. Sin embargo, cuando la acción, cualquiera que sea el demandante, se dirija contra una resolución de la Comisión Técnica Calificadora, en los supuestos a que se refiere el número 1 del presente artículo, se estará a lo que dispongan el Texto Refundido del Procedimiento Laboral.

mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía. Su artículo 3.2 estableció que "a partir de la entrada en vigor de este real decreto ley, las referencias al salario mínimo interprofesional contenidas en normas vigentes del Estado, cualquiera que sea su rango, se entenderán referidas al IPREM, salvo las señaladas en el artículo 1 de este real decreto ley y en sus normas de desarrollo".

Por lo que refiere a la normativa reglamentaria, conviene destacar que el único intento de ordenación reglamentaria en desarrollo de la LGSS (y por supuesto de los textos anteriores), se produjo a mediados de los años 90, sin que finalmente viera la luz. El Proyecto de Decreto sobre "la Responsabilidad Empresarial en materia de prestaciones en el Régimen General de la Seguridad Social" fue objeto de Dictamen del Consejo Económico y Social en fecha 26 de marzo de 1996, donde se pusieron de manifiesto las múltiples discrepancias existentes. Posiblemente, la norma reglamentaria era insuficiente y la materia exigía primero una nueva ordenación en la LGSS.

La necesidad de ordenación y adaptación a nuestro modelo constitucional de seguridad social, de una materia tan importante como la responsabilidad empresarial, también tuvo su eco en el Pacto de Toledo aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados en la sesión del 6 de abril de 1995⁵, que aprobaba el Informe de la Ponencia sobre *"análisis de los problemas estructurales del sistema de seguridad social y de las principales reformas que deberán acometerse"*⁶. Así, en su recomendación número 12, referente al reforzamiento del principio de solidaridad, se establecía que:

"La Ponencia propone que se proceda a la regulación de la responsabilidad en orden a las prestaciones, adecuada a la realidad actual y a las características del modelo presente de Seguridad Social".

⁵ Publicado en el BOCG Serie E 12 de abril de 1995 Núm. 134.

⁶ El documento fue previamente aprobado por la Comisión de Presupuestos el día 30 de marzo de 1995.

En el marco de las Recomendaciones del Pacto de Toledo y del Acuerdo Social de octubre de 1996, que tenían como objetivo la consolidación del Sistema de la Seguridad Social, en abril del 2001 el Gobierno del Partido Popular, la CEOE-CEPYME y CCOO suscribieron el "Acuerdo para la mejora y desarrollo del Sistema de protección social", en la consideración de la necesidad de que los modelos de Seguridad Social se embarquen en una senda de reformas que permitan su modernización en función de la evolución de las necesidades sociales. Reformas que deben incidir de manera positiva sobre los dos apoyos esenciales del Sistema: el crecimiento económico y la creación de empleo. Estas iniciativas deben llevarse a cabo dentro de un marco de diálogo social, ya que éste es un instrumento sustancial en la definición y puesta en marcha de las adaptaciones necesarias en nuestro Sistema de Protección Social. Idea que no solo se ha venido consolidando con el paso del tiempo, sino que se ha convertido en característica de los sucesivos procesos de reforma.

El referido Acuerdo, que no consiguió la unanimidad de los interlocutores sociales, dedica el apartado XI a la "Responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones en materia de Seguridad Social", cuya regulación, como vimos, procede de la LSS 1966. En este orden, se parte de la evidencia de que, la evolución experimentada por el Sistema de la Seguridad Social desde entonces ha originado un desfase entre la citada regulación y las nuevas realidades sociales, de manera que resulta notoria su falta de adecuación a las circunstancias presentes. De ello deriva la necesidad de abordar una reforma de las líneas legales que han de configurar el instituto de la responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones de empresarios y trabajadores en materia de Seguridad Social, reforma que ha de tener como pilares fundamentales los siguientes principios:

- Mantenimiento de las garantías del trabajador para acceder a la protección del Sistema de la Seguridad Social.

- Una adecuada combinación del alcance y de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de afiliación y/o de cotización por parte de las empresas, de manera que la aplicación del principio anterior no origine, de forma total o parcial, una exoneración de la responsabilidad.
- La necesidad de preservar el equilibrio financiero del Sistema de la Seguridad Social.

De acuerdo con tales principios, se considera conveniente la adopción de las siguientes medidas:

- ✓ Adecuar la aplicación del principio de automaticidad de las prestaciones, limitando el anticipo por parte de la Entidad Gestora o Colaboradora exclusivamente hasta la cuantía de dos veces y medio el salario mínimo interprofesional. En orden a la aplicación de la citada medida, la Tesorería General remitirá anualmente a cada trabajador un documento-informe expresivo de la cuantía y número de las cotizaciones que consten en sus registros fruto de las declaraciones e ingresos efectuados por los empresarios.
- ✓ Proceder al desarrollo normativo oportuno en esta materia, a efectos de dotar de mayor eficacia y agilidad al actual procedimiento declarativo de la responsabilidad empresarial, pudiendo atribuir las competencias necesarias a las Entidades Gestoras, fundamentalmente en relación con las prestaciones que reconoce el Sistema de la Seguridad Social.
- ✓ Condicionar el reintegro, por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social, a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social del importe de las prestaciones anticipadas por dichas Entidades Colaboradoras a que, con carácter previo a la efectividad de dicho reintegro, se proceda a la declaración administrativa o judicial de insolvencia del empresario declarado responsable.

Como suele ser tradicional en el espacio de una legislación pactada, el Acuerdo referido, se plasmó en la reforma del

artículo 126 de la LGSS, operada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. La reforma incorporó tres nuevos párrafos al número 3 del artículo 126 y creó un nuevo número 4, con el siguiente tenor:

- El anticipo de las prestaciones, en ningún caso, podrá exceder de la cantidad equivalente a dos veces y medio el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante o, en su caso, del importe del capital coste necesario para el pago anticipado, con el límite indicado por las Entidades gestoras, Mutuas o Servicios. En todo caso, el cálculo del importe de las prestaciones o del capital coste para el pago de las mismas por las Mutuas o empresas declaradas responsables de aquellas incluirá el interés de capitalización y el recargo por falta de aseguramiento establecido pero con exclusión del recargo por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo a que se refiere el artículo 123 de esta Ley.
- Los derechos y acciones que, por subrogación en los derechos y acciones de los beneficiarios, correspondan a aquellas Entidades, Mutuas o Servicios frente al empresario declarado responsable de prestaciones por resolución administrativa o judicial o frente a las Entidades de la Seguridad Social en funciones de garantía, únicamente podrán ejercitarse contra el responsable subsidiario tras la previa declaración administrativa o judicial de insolvencia, provisional o definitiva, de dicho empresario.
- Cuando, en virtud de lo dispuesto en este número, las Entidades gestoras, las Mutuas y, en su caso, los Servicios comunes se subrogaran en los derechos y acciones de los beneficiarios, aquellos podrán utilizar frente al empresario responsable la misma vía administrativa o judicial que se hubiere seguido para la efectividad del derecho y de la acción objeto de subrogación.

- Corresponderá a la Entidad gestora competente la declaración, en vía administrativa de la responsabilidad en orden a las prestaciones cualquiera que sea la prestación de que se trate, así como de la Entidad que, en su caso, deba anticipar aquella o constituir el correspondiente capital coste.

Ciertamente, la Ley 24/2001 dio un paso importante y único desde 1966 hasta la actualidad (detenidamente sobre la reforma de la Ley 24/2001 y su contexto Gala Durán, Panizo Robles), en la ordenación de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones. Sin embargo, quedaba pendiente el necesario desarrollo reglamentario, dejando un espacio infinito abierto a las múltiples interpretaciones jurisprudenciales, como veremos.

Posteriormente, el informe parlamentario que sirvió para la renovación del Pacto de Toledo en 2003, sirvió también para incluir una nueva recomendación sobre la misma materia haciéndolo en los siguientes términos:

"Se prevé la reforma general de la normativa reguladora de la responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones, en materia de Seguridad Social, por parte de empresarios y trabajadores (la cual data de 1966)."

Esta última referencia a la normativa reguladora de la responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social, ha dado lugar a una serie de propuestas sin embargo más orientadas al cumplimiento de las obligaciones que a la mejor definición de las mismas.

Por vía indirecta, podíamos decir, el Real Decreto Ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, impactó sobre la materia que nos ocupa, el parámetro de referencia en la fijación del límite del anticipo de prestaciones. De esta forma y de

conformidad con lo establecido en el artículo 3.2⁷, la referencia al salario mínimo interprofesional (fijado en la reforma operada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre) fue sustituida por el indicador público de renta de efectos múltiples. Así el límite quedó fijado en “dos veces y media el importe del indicador público de renta de efectos múltiples vigente en el momento del hecho causante o, en su caso, del importe del capital coste necesario para el pago anticipado, con el límite indicado por las entidades gestoras, mutuas o servicios”.

Finalmente, en el sentido cronológico que venimos realizando, cabe citar el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social suscrito por el Gobierno del Partido Socialista Obrero Español con CCOO, UGT, CEOE, y CEPYME, en donde se acuerda promover modificaciones legales en los siguientes términos:

“La disminución de la morosidad y del fraude, con el incremento constante del porcentaje de realización de los derechos reconocidos, que será desarrollado a través de planes operativos puestos en marcha en colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. El objetivo a alcanzar en este ámbito durante esta década es que el índice de morosidad no supere el 1 por 100.”

Redundando en la misma idea la propia recomendación del Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo del año 2011 que sirvió para su renovación parlamentaria en dicha fecha, en donde en su recomendación 10^a, reservada a la “lucha contra el fraude”, se establece una propuesta en los siguientes términos:

“La Comisión entiende, por último, que deben reforzarse los instrumentos y medios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como el régimen

⁷ El artículo 3.2 estableció que “a partir de la entrada en vigor de este real decreto ley, las referencias al salario mínimo interprofesional contenidas en normas vigentes del Estado, cualquiera que sea su rango, se entenderán referidas al IPREM, salvo las señaladas en el artículo 1 de este real decreto ley y en sus normas de desarrollo”.

de sanciones a los empleadores que no cumplan con sus obligaciones frente a la Seguridad Social, para lo cual deben adecuarse los tipos penales, la regulación de la prescripción en el caso de estructuras organizadas para la defraudación, el blanqueo de capitales, su ocultamiento en paraísos fiscales y otros delitos graves contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social.”

La renovación del Pacto de Toledo que correspondía al año 2016, parece haber entrado en vía muerta. Sin perjuicio de los avatares políticos, la aprobación de los Presupuestos para 2017, que incluyen un crédito de 10.290 millones para sufragar el déficit de la Seguridad Social, lo que previsiblemente permitirá no agotar los 15.000 millones que aún tiene el Fondo de Reserva, como estrategia de imagen, ralentizo los trabajos de la Comisión, que necesariamente deberán concluir en los primeros meses de 2018. En todo caso, el tema que nos ocupa parece no estar en la agenda.

3. EL SISTEMA ESPECIAL DE EMPLEADOS DE HOGAR Y EL RÉGIMEN SINGULAR DE RESPONSABILIDADES DEL TITULAR DEL HOGAR FAMILIAR

Sin una justificación explícita, el legislador, rompiendo su silencio histórico, se ha ocupado muy recientemente (2010-2011) de la cuestión de la responsabilidad en materia de prestaciones, aunque solo en referencia al régimen especial de Empleados de Hogar, hoy integrado en el régimen general con un sistema especial.

El iter comienza con la disposición adicional tercera, nueve de la Ley 39/2010, de 22 diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2011, que incorporó una nueva disposición adicional, la quincuagésima tercera a la LGSS, por la que extendía, con efectos 1-1-2011, la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de Empleados de Hogar. La citada disposición en su número 3 establece que:

"Con respecto a las contingencias a que se refiere la presente disposición, no será de aplicación el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones regulado en el artículo 126 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio".

La referida disposición ha sido objeto de desarrollo reglamentario por RD 1596/2011, de 4 de noviembre cuyo artículo 4 dispone lo siguiente:

Artículo 4. Condiciones de acceso a las prestaciones.

1. Será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de las prestaciones económicas, derivadas de contingencias profesionales, que se hayan cumplido las obligaciones en materia de afiliación y alta en este Régimen Especial.

2. No obstante lo indicado en el apartado anterior, cuando el titular del hogar familiar haya incumplido las obligaciones de afiliación, alta o cotización del empleado de hogar, se reconocerán las prestaciones económicas derivadas de contingencias profesionales que le correspondan a éste, con independencia de la exigencia de responsabilidad al titular del hogar familiar en cuanto al pago de la cotización y de las sanciones que se deriven en virtud de lo establecido en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, texto refundido aprobado por el Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

Finalmente, la disposición adicional trigésima novena, de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, dispuso que con efectos 1-1-2012, el Régimen Especial de Empleados de Hogar quedaría integrado en el Régimen General mediante el establecimiento de un Sistema Especial para dicho colectivo de trabajadores, con el alcance indicado en dicha disposición y con las particularidades que se determinen reglamentariamente. La citada disposición adicional en su apartado 3 letras e) establece que:

"Con respecto a las contingencias profesionales del Sistema Especial para Empleados de Hogar, no será de aplicación el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones regulado en el artículo 126 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, según lo dispuesto en el apartado 3 de la disposición adicional quincuagésima tercera de esta misma Ley."

Con el mismo contenido la norma quedó integrada en el artículo 215.c del nuevo Texto Refundido (2015).

Es complejo entender las razones que han motivado esta ordenación tan singular, que transforma radicalmente el sistema de responsabilidades, como complejas son sus consecuencias. Me referiré brevemente a todas ellas.

La primera consecuencia es que para el Sistema Especial de Empleados de Hogar, integrado en el Régimen General, desaparece el régimen de responsabilidad empresarial en materia de prestaciones, cuando la contingencia derive de riesgos profesionales. Por tanto, cuando el titular del hogar familiar haya incumplido las obligaciones de afiliación, alta o cotización del empleado de hogar, se reconocerán las prestaciones económicas derivadas de contingencias profesionales que le correspondan a éste, con independencia de la exigencia de responsabilidad al titular del hogar familiar en cuanto al pago de la cotización y de las sanciones que se deriven en virtud de lo establecido en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

El *modus operandi* determina que se desvinculen las exigencias impuestas al empresario (afiliación/alta y cotización) del derecho del trabajador a obtener la prestación correspondiente del Sistema público, rompiendo así el sinalagma tradicional y separando las relaciones entre la seguridad social y empresario y la seguridad social y el trabajador. La nueva ordenación se identifica con la teoría escisionista mantenida por un sector doctrinal desde la

configuración del Sistema, alcanzándose definitivamente en esta materia la sociabilización del riesgo⁸.

La primera conclusión a la que podríamos llegar, utilizando la terminología al uso, es que, ante el incumplimiento total del empresario, el trabajador se encuentra en situación de alta de pleno derecho para los riesgos profesionales, pero sin ninguna consecuencia para el empresario fuera de cumplir con sus obligaciones de afiliación, alta y cotizaciones. Por tanto, pierde su vigencia en esta materia y para este colectivo el principio de automaticidad (absoluta y relativa), en el sentido tradicional de anticipo y repetición contra el empresario incumplidor. Simplemente la actualización del riesgo profesional genera la protección directa del Sistema, ya sea a través de la entidad gestora o de la Mutua, según la elección de cobertura realizada por el empresario.

De esta forma y con cierta sorpresa, el legislador ha dado este salto copernicano en la materia más vinculada a la relación pseudo-contractual de aseguramiento. Es argumentación histórica que en los riesgos profesionales el asegurado es el empresario, utilizándose la teoría y terminología del seguro privado, justificándose incluso por la jurisprudencia, que en virtud de aquellos caracteres "resultaba más difícil que en los comunes aceptar que puede servirle como causa eximente de la responsabilidad el impago de las primas para hacer frente a las contingencias derivadas de aquéllos, cuando este descubierto, aun no siendo determinante del derecho a la prestación, aparece como un manifiesto incumplimiento de aquella obligación" (STS 1-2-2000 de Sala General, como más emblemática).

A lo anterior debemos añadir que se trata de una pequeña isla en el inmenso océano, ya que, de momento, la nueva ordenación alcanza tan solo a los riesgos profesionales del Sistema Especial de Empleados de Hogar integrado en el Régimen General. Por tanto, para todos los demás, siguen vigentes las normas vistas y su aplicación-construcción

⁸ Por todos, sobre este tema, ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social...* cit., en todas sus ediciones.

jurisprudencial. No se trata de una singularidad que incorpore una zona gris en la ordenación, sino del blanco para unos pocos y el negro para todos los demás. En este orden, cabe pensar sí existe la justificación objetiva y razonable que el Tribunal Constitucional impone para las desigualdades establecidas en la Ley. Queda por tanto abierta la puerta a que bien el legislador extienda la regla a todas las contingencias, e incluso, a todos los regímenes que integran trabajadores por cuenta ajena, o que termine siendo el Tribunal Constitucional quien entienda que la regla general es la arbitraria y universalice la regla singular más acorde con nuestro modelo constitucional, lo que no es nada infrecuente en su doctrina.

Si atendemos la singularidad de la relación laboral especial, como suele ser común, podríamos pensar que el criterio de "razonabilidad " que justificaría la medida, está en la singularidad del empresario –el titular del hogar familiar-, así como del lugar y condiciones en que se presta –el hogar familiar-, teniendo por objeto, los servicios o actividades prestados para el hogar familiar, pudiendo revestir cualquiera de las modalidades de las tareas domésticas, así como la dirección o cuidado del hogar en su conjunto o de algunas de sus partes, el cuidado o atención de los miembros de la familia o de las personas que forman parte del ámbito doméstico o familiar, y otros trabajos que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas, tales como los de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos (art. 1 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar).

Desde la óptica del sujeto protegido, esto es, el empleado del hogar, la selección se hace más extravagante si pensamos que en los riesgos profesionales tradicionalmente ha jugado el principio de automaticidad absoluta, garantizando la protección del trabajador y sin perjuicio de la imputación de responsabilidad al empresario incumplidor. Por tanto, está claro que, sin perjuicio del importantísimo componente teórico o de modelo que construye la norma –

no sé si era su intención-, su finalidad no es otra que liberar al titular del hogar familiar de la carga de la responsabilidad en materia de prestaciones, reconduciendo su espacio al mero cumplimiento de sus obligaciones con los efectos derivados, recargos, intereses, sanciones administrativas...

Lejos del espejismo aparente, la posible justificación se desvanece cuando la norma "selecciona" las contingencias que quedan fuera del alcance de la LGSS artículo 167, a saber, las contingencias profesionales. De esta forma, como veremos, la responsabilidad del titular del hogar familiar (empresario) en materia de contingencias comunes continúa bajo el amparo del referido artículo 126. La selección referida desvirtúa cualquier justificación basada en las peculiaridades de la relación especial y convierte a la singularidad en arbitraria. El elemento crítico está en la selección misma y no en el contenido de la norma. Si entendemos que la nueva ordenación es más acorde con nuestra realidad social, con el modelo constitucional, así como con las singularidades de la relación laboral del servicio del hogar familiar que se desarrolla en un espacio por completo ajeno y extraño al común denominador de las relaciones laborales, que se desenvuelven en entornos de actividad productiva presididos por los principios de la economía de mercado..., la arbitrariedad está en la exclusión de las contingencias comunes. Todo ello, sin perjuicio de los resultados del análisis comparativo del conjunto de colectivos que prestan su actividad por cuenta ajena y que están integrados en los diferentes regímenes del Sistema.

En tercer lugar y como hemos visto, quedan fuera de la nueva ordenación las contingencias comunes. De lo que deriva que los incumplimientos del titular del hogar familiar en materia de afiliación, alta y cotización generaran responsabilidad en materia de prestaciones, conforme a la normativa aplicable y a su interpretación jurisprudencial, en los términos que veremos. Igualmente serán aplicables los principios de automaticidad relativa, los criterios de proporcionalidad, límites en el anticipo de las prestaciones... propios de las contingencias comunes. La exclusión y la correspondiente aplicación de las reglas generales, no solo

cargan la responsabilidad sobre el titular del hogar familiar, sino que dejan desprotegido al trabajador, salvo en los supuestos de previa declaración administrativa o judicial de insolvencia, provisional o definitiva, de dicho empresario.

4. LOS ESPACIOS DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN MATERIA DE PRESTACIONES

La referencia expresa a la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones, abre un abanico de supuestos que traen su causa en una variada tipología de naturaleza dispar y sin vinculación alguna de carácter relevante (esta clasificación ha sido detenidamente separada y analizada por la doctrina, con especial detenimiento en Blasco Pellicer, p 31 y ss). Por tanto, conviene comenzar por clarificar los distintos supuestos para centrarnos en aquellos que se vinculan a incumplimientos de las obligaciones empresariales legalmente establecidas, tanto en sus causas, como en sus efectos.

La TRLGSS ofrece a las empresas la posibilidad de colaborar voluntariamente en la gestión de determinadas contingencias, singularmente la incapacidad temporal (artículo 102, y la Orden de 25 de noviembre de 1966⁹, dictada en desarrollo de la LSS 1966). La colaboración, tiene dos caras, por un lado la empresa asume directamente el coste y pago de las prestaciones y, por otro, reduce el importe de las cotizaciones que debe efectuar, mediante la aplicación de coeficientes reductores. Es lo que en términos gráficos – y no en la ortodoxia del modelo de sistema- se ha venido denominado “autoaseguramiento”. Sin perjuicio de otras connotaciones que veremos en su momento, la responsabilidad

⁹ El artículo 77 de la LGSS fue modificado por la disposición final tercera. Dos de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, que suprime la letra b) del apartado 1 y da nueva redacción al apartado 5. Igualmente, la Orden de 25 de noviembre de 1966 ha sufrido múltiples reformas, singularmente las operadas por las Ordenes de 24 de abril de 1980, 16 de enero, de 1992, 18 de enero de 1993 y 20 de abril de 1998.

empresarial en estos supuestos es una responsabilidad directamente asumida y prevista legalmente, de forma que la empresa actúa en este espacio en los mismos términos y condiciones que las entidades gestoras o colaboradoras, como expresamente refleja el propio artículo 167.1, “cuando se haya causado derecho a una prestación por haberse cumplido las condiciones a que se refiere el artículo 165 de la presente Ley, la responsabilidad correspondiente se imputará, de acuerdo con sus respectivas competencias, a los empresarios que colaboren en la gestión...”. Los problemas que esta responsabilidad ha planteado, han alcanzado más bien a su extensión, bajo la lógica empresarial, no admitida por los tribunales, de asumir el coste estricto, ahorrar el coste máximo de cotizaciones y desplazar a las entidades gestoras lo que podríamos llamar “el coste amplio de la prestación”. En definitiva, no se trata de un supuesto de responsabilidad vinculado al cumplimiento de obligaciones legalmente impuestas a los empresarios.

Vinculado a la incapacidad temporal, aparece otro supuesto de responsabilidad directa de las empresas, lo constituye el abono a su exclusivo cargo de la prestación de incapacidad temporal por enfermedad común y accidente no laboral, durante los días cuarto a decimoquinto, ambos inclusive, de la baja, de conformidad con lo establecido en el artículo 173.1 párrafo segundo del TRLGSS. Tampoco estamos ante un supuesto de responsabilidad por incumplimiento, sino más bien ante una obligación empresarial derivada del contrato de trabajo. Sin embargo, como veremos, en la medida en que la jurisprudencia ha mantenido el carácter prestacional de las percepciones recibidas por el trabajador durante los días 4 a 15 de la baja por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, la determinación y alcance de la responsabilidad empresarial puede tener un escenario distinto.

Finalmente, el artículo 167.2 del TRLGSS fija el principio de responsabilidad empresarial en materia de prestaciones basada en el incumplimiento de las obligaciones legalmente impuestas al empresario. En efecto, el referido precepto

establece que "el incumplimiento (por parte del sujeto obligado, debe entenderse) de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad, en cuanto al pago de las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva". La regla constituye, prima facie, la otra cara de la moneda del principio general, recogido en el propio artículo 167.1, a saber, *"cuando se haya causado derecho a una prestación por haberse cumplido las condiciones a que se refiere el artículo 165 de la presente Ley (*las personas incluidas en el campo de aplicación de este Régimen General* causarán derecho a las prestaciones del mismo cuando, además de los particulares exigidos para la respectiva prestación, reúnan el requisito general de estar afiliadas y en alta en este Régimen o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario")*, la responsabilidad correspondiente se imputará, de acuerdo con sus respectivas competencias, a las entidades gestoras, Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o empresarios que colaboren en la gestión o, en su caso, a los servicios comunes".

Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, el juego de las dos reglas básicas y extremas –el blanco y el negro– fijadas por el artículo 167. 1 y 2, responsabilidad pública y privada, se ve atenuada por la aplicación del principio de automaticidad fijado en el apartado 3 del citado precepto, que constituye el efecto de los supuestos de la denominada "alta de pleno derecho" cuyo alcance y contenido son tipificados en el artículo 166.4.

Este juego de reglas, criticable o no, pero aparentemente armónico, se ve oscurecido por la ausencia de normas que "fijen los supuestos de imputación de responsabilidad, su alcance y contenido", como manda el artículo 167.1, así como por la ausencia de la norma reglamentaria que fije las reglas de aplicación del principio de automaticidad, que

establece el número 3 del referido precepto. De esta forma, lo aparentemente armónico se convierte en caótico.

Durante los más de 50 años que han transcurrido sumergidos en el caos (1966-2017), las soluciones han venido dadas por la jurisprudencia. Primero, manteniendo la vigencia a nivel reglamentario de los preceptos de la LSS 1966 ordenadores de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones (arts. 94, 95, 96 y 97.1 y 2), con apoyo, como vimos, en la disposición transitoria 2ª del Decreto 1645/1972, de junio, que así lo estableció para cubrir el espacio necesario en tanto se reglamentaba la nueva ordenación prevista en la Ley 24/1972. Como veremos, nada ha impedido que la jurisprudencia mantenga el criterio descrito, posiblemente porque la solución debía ser constructiva y no destructiva. Segundo, la jurisprudencia siguiendo la opción constructiva referida se ha convertido en legislador, dando contenido y alcance a las múltiples ausencias y acomodando las viejas estructuras a los mandatos constitucionales, sin desmontar el sistema legal existente. Evidentemente la labor jurisprudencial no ha sido, ni es, sencilla, quizás por ello, no ha sido ni uniforme ni armónica.

5. LOS CRITERIOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES QUE DELIMITAN EL ESPACIO DE LA RESPONSABILIDAD

Las reglas básicas de la responsabilidad empresarial y su aplicación jurisprudencial, distinguiendo los incumplimientos en materia de afiliación y/o alta, de cotización y de infracotización, diferenciando al hilo del principio de automaticidad (Lousada Arochena), la aplicación de las mismas a las contingencias comunes y profesionales (López García de la Serrana), serán objeto de análisis en los epígrafes que siguen. No obstante, la casuística y los supuestos singulares abren todo un abanico de “grises” que la jurisprudencia ha intentado ordenar.

5.1. LAS OBLIGACIONES DE AFILIACIÓN Y ALTA Y SU INCUMPLIMIENTO

En el estudio de la materia que nos ocupa, los instrumentos de relación jurídica, la afiliación y el alta, se convierten en los ejes principales de la imputación de responsabilidad, que además exigen la previa inscripción del empresario. Si bien cada acto tiene su propio significado y régimen jurídico, a nuestros efectos el tratamiento será unitario, con los matices oportunos, ya que sin la inscripción del empresario no es posible la afiliación y el alta de los trabajadores a su servicio y sin la afiliación no es posible el alta del trabajador en el régimen que corresponda.

Dicho lo anterior, es necesario enfatizar que la razón de su importancia en todos los órdenes está en que sin la afiliación al sistema y sin el alta en el régimen correspondiente, el trabajador no existe para la seguridad social y por tanto es imposible actuar sobre lo que se desconoce y, normalmente se oculta. Precisamente por ello, las normas reguladoras de la materia (arts. 15 y ss. y 139 del TRLGS desarrollados por el RD 84/1996, de 26-I) no solo atribuyen la obligación al empresario, sino que abren todo un abanico de posibilidades para subsanar el incumplimiento (por el propio trabajador, de oficio por las Entidades, la Inspección de Trabajo...) e imponen a las entidades responsables la "obligación de información" y el derecho del trabajador a recibirla, siempre que esté afiliado o tenga asignado número de la seguridad social, de forma que de algún modo pueda ser receptor de la misma. No obstante los medios electrónicos y la comunicación obligada entre las distintas administraciones, deberían facilitar de forma más ágil y directa la localización de los incumplimientos.

El marco jurídico vigente, aunque anacrónico, y sin perjuicio de otras alternativas (independizar las relaciones entre la seguridad social, el empresario y el trabajador, desvinculándolas del sistema protector), el legislador ha sido consciente del significado y efectos que para el trabajador tienen los incumplimientos empresariales en materia de afiliación/alta. Precisamente por ello, se acuñó la

figura del “alta de pleno derecho” que tiene como efecto lo que la doctrina ha denominado desde antiguo “automaticidad absoluta de las prestaciones”¹⁰ El matiz está en que el legislador tan solo ha vinculado el alta de pleno derecho a los riesgos de carácter profesional, tanto por constituir el máximo ideal de cobertura alcanzado por nuestro sistema, como por la mayor facilidad en conectar la actualización del riesgo (accidente de trabajo, enfermedad profesional, riesgo durante el embarazo y la lactancia) o la pérdida de un determinado empleo (desempleo) con la identificación singular del empresario incumplidor¹¹.

¹⁰ En un supuesto de IT por contingencia profesional el TS acude y reconstruye el principio de oficialidad, alejándose del alta de pleno derecho y la automaticidad absoluta de las prestaciones. Su doctrina es la siguiente: El principio de oficialidad en la prestación de incapacidad temporal, viene condicionado por el previo cumplimiento de las condiciones generales y particulares exigidas (afiliación, alta, cumplimiento del periodo previo de cotización, en su caso) y una vez presentados los correspondientes partes médicos de baja y confirmación. Fuera de estos supuestos es obligatoria la colaboración documental del beneficiario en la gestión de la contingencia, mediante la presentación de la correspondiente solicitud de la prestación (STS de 7 de julio de 2015, RCU 703/2014 (JUR 2015\189347)).

Una valoración crítica de la misma en Tortuero Plaza, 2017, donde se afirma entre otras cosas que “No parece que la pomposidad de las viejas expresiones contenidas en la LGSS (alta de pleno derecho y su efecto la automaticidad absoluta de las prestaciones) con una finalidad protectora absoluta en los riesgos con conexión profesional, ante los incumplimientos empresariales, vengán condicionados por la exigencia de una sucesión de calificaciones previas, laboralidad y accidente de trabajo. Esta interpretación minimiza sus efectos y los desvincula del estado de necesidad a proteger. En cualquier caso, el espíritu del “alta de pleno derecho” debe ser interpretado como principio informador, al tiempo que impone obligaciones “activas” para la entidad responsable.

¹¹ A partir de la reforma introducida por la LO de Igualdad de 2007, las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural tienen trato similar, al ser calificados como riesgos profesionales e integrarse en su régimen jurídico. De ese modo, producida una contingencia de las referidas sin que el trabajador se halle de alta ni se haya cotizado por él, por haber incumplido sus obligaciones el empresario, éste será responsable, pero debe anticipar las prestaciones la mutua con la que el empresario hubiera formalizado el aseguramiento, que podrá dirigirse a su vez al empresario y, si éste resultare insolvente, contra el INSS. Si no existiera mutua, será el INSS el encargado de anticipar el pago, sin perjuicio de su posterior acción contra la empresa responsable; también responde el INSS en el improbable caso de insolvencia de la

Es necesario advertir desde este momento que, el alta de pleno derecho no exonera de responsabilidad al empresario incumplidor, que lo será en todo caso y con la extensión que corresponda. Sin embargo y con la finalidad de otorgar protección al beneficiario en todo caso, la entidad correspondiente viene obligada al anticipo de las prestaciones – esto es, a la protección directa- con la consiguiente subrogación en los derechos y acciones de tales beneficiarios.

Precisamente la vinculación del alta de pleno derecho al riesgo profesional, el distinto alcance en la aplicación del principio de automaticidad de las prestaciones y el diferente régimen jurídico prestacional existente entre los riesgos profesionales y los riesgos comunes, ha propiciado que el estudio y análisis de la responsabilidad en materia de prestaciones se efectúe distinguiendo entre unos y otros, lo que también ha sido una constante en la jurisprudencia. De esta forma, el principio de la conjunta consideración de las contingencias, inspirador clásico y teórico de nuestro sistema, tan solo tiene presencia testimonial.

Sin perjuicio de lo anterior (alta de pleno derecho en los riesgos profesionales), la afiliación y el alta tienen efectos universales, como lo tiene su incumplimiento por el sujeto obligado.

En este orden, adquiere especial importancia la regulación tanto en la LGS como en el RD 84/1996, de 26 de enero, de los efectos de las altas y de las distintas situaciones posibles. La ordenación es especialmente rigurosa en los efectos de las altas efectuadas fuera del proceso y plazo ordinario (por el empresario y antes de iniciarse la prestación de servicios por el trabajador), esto es, por el empresario fuera de plazo, a petición del trabajador, de oficio, por la actuación inspectora..., que nunca producen

mutua, proporcionando al trabajador las prestaciones correspondientes. No obstante el TS afirma que se trata de una prestación de naturaleza «preventiva» y no «lesiva», cuya cualidad de «profesional» no se predica de la contingencia sino sólo de la prestación (SSTS de 19 mayo 2014 [RJ 2014, 3869] y 10-12-2014 [JUR 2015, 75438]). Una valoración crítica de la misma en Tortuero Plaza, 2016.

efectos retroactivos al inicio de la actividad del trabajador, por tanto al momento en que debieron formalizarse los actos de afiliación/alta. En todos estos supuestos irregulares la retroactividad es mínima y variada, a saber, *desde el día* en que se formule la solicitud extemporánea (salvo que se haya producido ingreso de cuotas en plazo reglamentario, en cuyo caso el alta retrotraerá sus efectos a la fecha en que se hayan ingresado las primeras cuotas correspondientes al trabajador de que se trate), *a la fecha* en que los hechos que motiven la actuación de las administraciones de la seguridad social hayan sido conocidos, *a la fecha* en que se haya llevado a cabo la actuación... sin perjuicio de ciertas singularidades ordenadas en el artículo 35 del RD 84/1996, de 26 de enero.

Consecuencia clara que deriva de esta ordenación rigurosa está en que en todos los supuestos de formalización extemporánea de los actos de afiliación y alta, el tiempo que media entre el inicio de la actividad laboral del trabajador y los efectos de los actos de relación jurídica, constituyen *“un espacio de responsabilidad empresarial futura inamovible”*. En efecto, el propio artículo 35.1.3 del RD¹² citado, establece que: “los sujetos obligados a solicitar el alta incurrirán en las responsabilidades que de su falta de solicitud se deriven con anterioridad a dichas fechas”, Todo ello, sin perjuicio, como también establece el precepto, de que “la obligación de cotizar, en todo caso, nacerá desde el día en que se inició la actividad, salvo que por aplicación de oficio de la prescripción no fueran exigibles ni admisibles a ningún efecto las cuotas correspondientes”.

A lo anterior habría que añadir un elemento penalizador de proporciones inauditas en Derecho, la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones *no tiene plazo de prescripción*, hasta el punto que podríamos decir que no prescribe nunca. Así lo ha venido aplicando la jurisprudencia, singularmente en los supuestos en que la falta de afiliación, alta y cotización fueron anteriores al año 1966 y ahora en los tiempos actuales impiden el acceso a la

¹² El precepto referido ha sido modificado por RD 708/2015.

jubilación anticipada de los que fueron (debieron ser) mutualistas, por ejemplificar el plazo más largo entre el incumplimiento y la aplicación de responsabilidad empresarial (STS de 20 diciembre 1998)

Si bien y como ya hemos dicho los actos jurídicos de afiliación y alta tienen validez universal en todos sus efectos, el *espacio de responsabilidad futura inamovible*, impacta singularmente sobre las contingencias de carácter común y especialmente sobre aquellas que exigen largos periodos de cotización como condicionante del reconocimiento del derecho. Ciertamente, como veremos más adelante, ha sido precisamente en este tipo de prestaciones, donde la jurisprudencia aplicando los principios de la responsabilidad por daños, ha incorporado criterios de moderación y proporcionalidad en la imputación de la responsabilidad empresarial. Pero tan solo eso, la responsabilidad sigue viva en todo caso.

El criterio general expuesto no se ve afectado por situaciones singulares donde el incumplimiento, bien tiene alguna justificación o bien se debe a errores de distinta naturaleza, que a la postre permiten a los tribunales justificar, de forma excepcional, la exoneración de responsabilidad (Blasco Pellicer, p 35).

No obstante, el matiz en los riesgos profesionales es diferente, la norma –aunque es la misma– y su aplicación jurisprudencial, pretende evitar con su rigor las conductas fraudulentas donde el alta se produce el mismo día en que se ha producido el accidente. El rigor conduce a plantearse incluso si el alta cubre el día completo o no¹³. A estos efectos la doctrina judicial ha sido tajante "... el alta presentada fuera de plazo no exonera de responsabilidad al empresario por los accidentes ocurridos con anterioridad a aquella, incluido el accidente sufrido el mismo día del inicio de la prestación de servicios y anterior a la tramitación del alta, ya que al no tener el alta efectos retroactivos no puede entenderse que ese día quede cubierto desde el inicio de la

¹³ De este tema ya me ocupé hace bastantes años, parece que todo se repite, al respecto Tortuero Plaza, 1980.

jornada, independientemente de la hora concreta de su presentación (SSTS 23-6-2003 y 18-1-2007). Lo contrario, continua afirmándose “dejaría vacío de contenido el artículo 32.3.1º del RD 84/1996, de 26 de enero, en relación con los artículos 124 y 126 de la LGSS”¹⁴ (hoy 165 y 167 del TRLGS).

5.2. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO COMO LEGISLADOR: LA SINGULARIDAD DE LA JUBILACIÓN

Desde hace tiempo, la doctrina¹⁵ ha venido diferenciando los distintos grados del principio de automaticidad y a su alcance –desde la absoluta... a la no automaticidad, pasado por la relativa- y a sus efectos sobre la obligación o no de anticipo de la prestación correspondiente por parte de la entidad gestora o colaboradora, que en definitiva es su principal virtud.

En materia de Jubilación, la regla tradicional está contenida en el art. 95.2 LSS al disponer que «cuando, reconocido el derecho a una pensión de vejez a un trabajador que estuviese en alta, el empresario no se encuentre al corriente en el pago de las cuotas correspondientes a la totalidad de sus trabajadores, la Entidad Gestora anticipará al beneficiario el pago de la pensión». Con arreglo a tal disposición, la doctrina tradicional del TS ha sido que “la Entidad Gestora queda obligada a anticipar el pago de las prestaciones, cuando recae sobre el empresario la obligación principal de satisfacer al interesado la devengada, por razón de incumplimientos relativos a las obligaciones de aquél para con la Seguridad Social, estando

¹⁴ Excepcionalmente, en supuesto de accidente anterior al alta, se ha exonerado a la empresa de responsabilidad, al haberse producido la demora (breve) en el procedimiento telemático delegado en la gestoría. Se considera que habiendo hecho la empresa lo que estaba en su mano para el cumplimiento de la obligación no existe una voluntad incumplidora del sistema de protección y cobertura del trabajador, por lo que no puede imputársele responsabilidad alguna (STSJ Castilla y León 6-10-2016 [JUR 2016, 234566]).

¹⁵ ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social...* cit., en todas sus ediciones.

el trabajador de alta o en situación asimilada a la de alta en la fecha del hecho causante y, reuniendo los requisitos particulares exigidos para lucrar la prestación de que se trate» (SSTS 19/06/2000 , 9/04/2001 y 07/04/2004, entre otras).

La novedad al planteamiento descrito ha sido realizada por las Sentencia de 17 de marzo de 2006, seguida con la misma doctrina por la de 16 de diciembre de 2009, al plantearse el matiz que en materia de responsabilidad podía provocar la reforma operada por la Ley 26/1985, que permitió el acceso a la protección de la jubilación desde la "situación de no alta en el momento del hecho causante".

De esta forma, afirma la doctrina judicial, "la concesión de la pensión de jubilación en supuestos de responsabilidad empresarial ofrece dos momentos distintos. El primero se contrae en determinar si tiene el beneficiario derecho a la pensión, y en esa tarea habrá de analizarse si concurren los previstos en el artículo 161 LGS, edad y cotización de 15 años. Una vez que se obtiene una respuesta positiva a la existencia de esos requisitos, aunque sea declarando la responsabilidad parcial de la empresa que no afilió ni cotizó por el trabajador, deberá examinarse si procede el anticipo. Establecida entonces la existencia del derecho, y sin perjuicio de exigir a la empresa responsable la constitución del correspondiente capital coste necesario para ello, si concurre el supuesto anterior, el INSS deberá proceder al anticipo de la pensión, tal y como establece el artículo 95.2 de la referida LSS 1966, desde el momento en que la exigencia del alta se correspondía con los requisitos que existían legalmente en esa norma de Seguridad Social, pero no en la actual de 1994. En suma, no siendo exigible la situación de alta para acceder a la pensión de jubilación con declaración de responsabilidad empresarial, tampoco cabe establecer ese requisito para un momento posterior y complementario del percibo que constituye el anticipo como garantía del cobro de la prestación, aunque sea con los límites que introdujo la Ley 24/2001 al modificar el apartado 3 del artículo 126 de la LGSS".

El razonamiento del Tribunal aunque loable parece un poco forzado y alejado de la finalidad de la reforma de la Ley 26/1985. No obstante es una muestra más, de los esfuerzos del Tribunal Supremo para suavizar en materia de protección los efectos de los incumplimientos empresariales, forzando la interpretación del principio de automaticidad para procurar el anticipo de las prestaciones, en este caso de la jubilación, sin perjuicio de la responsabilidad empresarial.

Dicho lo anterior, la doctrina del TS tiene mayor alcance que el aparente. En efecto, tenemos que recordar que el artículo 195.4 del TRLGS permite que "las pensiones de incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez derivadas de contingencias comunes podrán causarse aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta". Igualmente, el artículo 219.1 párrafo segundo de la propia Ley advierte que "también tendrá derecho a la pensión de viudedad el cónyuge superviviente aunque el causante, a la fecha de fallecimiento, no se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, siempre que el mismo hubiera completado un período mínimo de cotización de quince años".

De todo ello deriva, que en aplicación del principio de unidad de doctrina, el criterio analizado es aplicable: a la jubilación, a la incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez derivados de contingencias comunes y a la viudedad. El elemento común, es que a todas estas prestaciones se puede acceder desde "la situación de NO alta o situación asimilada".

En definitiva, el Tribunal Supremo con su interpretación ha ampliado los supuestos de "alta de pleno derecho" previstos en el TRLGS artículo 166.4, en los términos vistos.

5.3. LOS INCUMPLIMIENTOS EN MATERIA DE COTIZACIÓN Y SU IMPACTO PROPORCIONAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD

Es regla clásica que cumplidas las obligaciones de afiliación y alta corresponde la obligación de cotizar que, como se sabe, nace desde el momento en que se inicia la actividad aunque no se hubieran formalizado los instrumentos de relación jurídica.

En correspondencia al contenido de la obligación, los niveles de incumplimiento empresarial en esta materia pueden ser múltiples y variados, sin embargo el artículo 94.2.b) de LSS 1966, imponía un criterio de máxima rigidez. Así, "el empresario, respecto a los trabajadores a su servicio incluidos en el campo de aplicación de este Régimen General, será responsable de las prestaciones previstas en el mismo... por falta de ingreso de las cotizaciones, a partir de la iniciación del segundo mes siguiente a la fecha en que expire el plazo reglamentario establecido para el pago; en consecuencia las cotizaciones efectuadas fuera de plazo, a que se refiere el apartado b) de la norma primera del número 3 del artículo 92, no exonerarán de responsabilidad al empresario, salvo los casos de concesión de aplazamiento o fraccionamiento de pago u otros supuestos que se determinen reglamentariamente, con exclusión expresa de la responsabilidad del empresario establecida en este artículo".

En este orden, ha sido la jurisprudencia la que ha ido paulatinamente incorporando elementos de moderación, al entender que el referido precepto -hoy con valor reglamentario y procedente de una norma preconstitucional- debe ser objeto de una interpretación sistemática y finalista.

Podríamos decir que la regla general viene determinada por una distinción importante pero de difícil aplicación práctica, a saber: diferenciar cuando se trate de *incumplimientos empresariales transitorios, ocasionales o involuntarios*, o, por el contrario se trate de *incumplimientos definitivos y voluntarios, rupturistas o expresivos de la voluntad*

*empresarial de no cumplir con su obligación de cotizar*¹⁶. De la distinción derivan importantes efectos, así: en el primer caso se impone la responsabilidad del pago de las prestaciones a la Entidad Gestora o Colaboradora y en el segundo a la empresa, con la responsabilidad subsidiaria de la entidad gestora o colaboradora correspondiente. Por tanto, podemos decir que, "... los simples retrasos o los descubiertos ocasionales en el ingreso de las cuotas de la Seguridad Social, cuando no constituyan una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de la obligación de cotizar no generan la responsabilidad prestacional del empresario... Y por el contrario, existirá imputación de responsabilidad empresarial cuando la voluntad empresarial es claramente defraudatoria y rupturista con el Sistema de Seguridad Social..."

Es obvio decir, que la regla es absolutamente razonable, sin embargo su aplicación es compleja y sumamente individualizada, de lo que derivan un sinnúmero de ejemplos en la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, donde ni siquiera el mismo incumplimiento es merecedor de la misma consecuencia.

La situación planteada por la doctrina general referida tuvo su principal punto de inflexión con la nueva doctrina sentada por la Sentencia de 8 de mayo de 1997, donde con la finalidad de salvar la vulneración del "non bis ídem" -cotización, sanción y responsabilidad- vedado por el artículo 25.1, entendió que "la regla del número 2 del artículo 126 de la LGS sobre la responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de cotización no puede interpretarse como una norma autónoma de carácter sancionador, sino como una disposición que establece una responsabilidad conectada causalmente con el perjuicio que el incumplimiento empresarial ha producido en el derecho

¹⁶No es suficiente para determinar la gravedad del descubierto de las cotizaciones acreditar que la deuda por falta de cotización corresponde a toda la plantilla, sin especificar el alcance del descubierto en el período anterior al hecho causante y su trascendencia (STS 16/02/2016 [JUR 2016, 51984]).

del trabajador". De esta forma, la responsabilidad empresarial en las prestaciones por falta de cotización tiene que vincularse a un incumplimiento con transcendencia en la relación jurídica de protección, de forma que la falta de cotización imputable al empresario impida la cobertura del período de cotización exigido, el acceso a una determinada prestación, o afecte negativamente a su cuantificación... En definitiva, se realiza una aplicación más razonable del principio de proporcionalidad, en el sentido de que el alcance de la responsabilidad no está en función de la gravedad del incumplimiento¹⁷, sino de sus repercusiones en el acceso¹⁸ y cuantificación de la protección, por tanto del daño causado¹⁹.

Consecuencia de la doctrina referida fue la incorporación de la "responsabilidad compartida" entre el empresario incumplidor y la gestora de la seguridad social, siempre bajo el principio de automaticidad relativa, ya que se trata de supuestos en que el trabajador está en "alta" y, por tanto, con anticipo de la parte de responsabilidad que corresponde al empresario.

¹⁷ El elemento de gravedad, que ha de ponderarse a efectos de la aplicación de las sanciones administrativas correspondientes, no es esencial en orden a la determinación de la responsabilidad. Lo determinante a estos efectos es la proyección o repercusión del incumplimiento sobre la acción protectora (STS 14 -12-2004 [RJ 2005, 1729]).

¹⁸ Es responsabilidad directa del empresario el pago del subsidio asistencial para mayores de 52 años, a un trabajador que no reúne el período mínimo de cotización para causar pensión de jubilación, porque no se le dio de alta ni se le cotizó durante cinco años (STS 13-2-2006 [JUR 2006,114427]).

¹⁹ La STS de 14-12-2004 (RJ 2005, 1729) establece, en el caso de descubiertos empresariales en la cotización, que no existe responsabilidad si el incumplimiento no afecta a la prestación por desempleo (con las cuotas se reunió el periodo necesario para causar el derecho y las cuantías no se vieron afectadas), y fija el alcance de la responsabilidad proporcional por el incumplimiento. La STS de 3-4-2007 (RJ 2007, 3392), añade que esta responsabilidad proporcional del empresario, lo es incluso en el supuesto de incumplimientos que impiden al trabajador cubrir el período de carencia, atendiendo a «la parte proporcional correspondiente al período no cotizado» sobre el total de la prestación. En el mismo sentido STS 11-11-2009 (RJ 2010, 1152).

Finalmente, la doctrina de la proporcionalidad ha sido igualmente aplicada de antiguo por la jurisprudencia, a los supuestos de infracotización, aunque ahora con una fundamentación más en la línea apuntada (STS 16/06/2005, entre otras). No obstante, la materia exigiría un tratamiento singular, como ha hecho la doctrina (Carpena Niño)²⁰.

La doctrina sentada por la Sentencia de 8 de mayo de 1997 chocó frontalmente con la estructura protectora del Sistema contributivo, ya que la "delimitación del daño" producido por el incumplimiento tan solo era aplicable en las contingencias de origen común y no en las vinculadas a riesgos profesionales, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales o a las derivadas, como regla general, de accidente no laboral. Supuestos todos en los que no se exigen periodos de cotización para acceder a la protección.

La cuestión fue afrontada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 1 de febrero de 2000 (con voto particular ya citado), que cerró las puertas a cualquier posibilidad de aplicación de criterios de proporcionalidad (Sempere Navarro), reconduciendo el tema a la aplicación de la doctrina clásica sobre si los *incumplimientos empresariales son transitorios, ocasionales o involuntarios*, o, por el contrario se trata de *incumplimientos definitivos y voluntarios, rupturistas o expresivos de la voluntad empresarial de no cumplir con su obligación de cotizar*.

En este orden, la Sala General consideró que aquellos argumentos de la Sentencia del 1997 no son de aplicación a prestaciones derivadas de riesgos laborales, por las siguientes razones:

- a) Porque la doctrina a que se está haciendo referencia se construyó pensando exclusivamente en prestaciones cuya obtención depende de la

²⁰ Prueba de la singularidad está en la siguiente doctrina judicial: La moderación de la responsabilidad para cuando la infracción de cotización resulta esporádica, no grave ni reiterada, se aplica a los supuestos de descubiertos en la cotización, pero no, salvo casos excepcionales, a los supuestos concretos de infracotización a la Seguridad Social (SSTS 8-3-2011 [RJ 2011, 3115] y 16-6-2005 [RJ 2005, 7324]).

cobertura de un período de cotización, que es en la que cuadra eximir de responsabilidad al empresario cuando existen cotizaciones suficientes para devengarla, como manifestación adecuada del principio de proporcionalidad. En las prestaciones que no dependen de un período de carencia, como son las derivadas de accidente de trabajo, la prueba del cumplimiento empresarial habrá que seguir determinándola con arreglo a otros criterios, puesto que no existe ese referente.

- b) El principio «non bis in ídem», con independencia de que en los supuestos generales es de difícil aplicación a la luz de la doctrina constitucional sobre el mismo, ligada siempre a la actuación del «ius puniendi» estatal que en el caso de la responsabilidad empresarial nunca podría apreciarse –por todas ver STC 234/1991, de 10 de diciembre o 164/1995, de 13 de diciembre –, acerca de los límites de aplicación de ese principio del derecho sancionador conectado con el art. 25 de la Constitución–, con mucho menor motivo puede estimarse aplicable a supuestos como los que aquí nos ocupan en los que el empresario ha sido ya previamente declarado insolvente, como requisito necesario para que la Mutua que anticipó sus prestaciones [SSTS 13-6-1994 y 21-12-1994 , por todas] y en los que, por lo tanto, con independencia de la multa que se le pueda imponer, difícilmente va a abonar la prestación a la que se le pueda condenar.
- c) La exención de responsabilidad empresarial por el solo hecho de que la existencia o inexistencia de cuotas no influye en la relación de protección supondría tanto como eliminar el carácter contributivo de las prestaciones derivadas de riesgos laborales, contra lo previsto expresamente al respecto por el art. 86.2 b) de la LGSS e iría claramente en contra de las previsiones del art. 126.2 LGSS que se trata de interpretar y aplicar en

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

La cuestión se volvió a plantear en la Sentencia de 16 de mayo de 2007, nuevamente con voto particular, en esta ocasión bastante más moderado. La Sentencia mantuvo el mismo criterio que en el 2000 y prácticamente con los mismos argumentos²¹. El posible interés está en que la Sentencia reconoce que "Se planteó, no obstante en la Sala el problema relativo a determinar si, a partir de esa gravedad que conduce a que la empresa haya de asumir el pago de las prestaciones reconocidas al actor se podía

²¹ "El recurso ha de estimarse de acuerdo con la doctrina de la sentencia del Pleno de la Sala de 1 de febrero de 2000 y que han seguido numerosas sentencias posteriores, entre las que pueden citarse las de 17, 18 y 26 de septiembre de 2001, o 27 de mayo de 2004, entre otras. En estas sentencias se establece, que la responsabilidad por descubiertos en el pago de primas de accidentes de trabajo, contingencia cuya protección no requiere período mínimo de cotización o carencia, tiene un régimen jurídico distinto del de la responsabilidad por descubiertos respecto a las contingencias comunes, donde el período de carencia permite una aplicación más matizada del principio de proporcionalidad; 2) la determinación de la responsabilidad empresarial de prestaciones por descubiertos en el pago de las primas de accidentes de trabajo depende de la duración de los descubiertos y gravedad de los descubiertos, de forma que cuando el período de descubierto es «expresivo de la voluntad empresarial de no cumplir con sus obligaciones de cotizar» debe imputarse tal responsabilidad a la empresa, mientras que sucede lo contrario si se trata de incumplimientos transitorios u ocasionales, que no obedecen a un propósito continuado de incumplir dicho deber legal, y 3) los incumplimientos a tener en cuenta para valorar la existencia de dicha responsabilidad empresarial, determinados por la jurisprudencia en defecto de la «fijación de los supuestos de imputación y de su alcance» anunciada en la Ley General de la Seguridad Social, son únicamente los producidos antes del acaecimiento del accidente laboral y no los posteriores".

moderar el alcance de la misma aplicando por analogía en cuanto fuera posible lo que esta Sala tiene establecido en relación con las contingencias comunes -por todas en sentencias de 8 de mayo de 1997"... sin embargo, "...respecto de esta cuestión entendió la Sala que, no planteada la misma por las partes en ningún momento procesal anterior al de la casación ni tampoco en el propio marco del presente recurso, aun cuando su análisis podría caber dentro de las posibilidades de una sentencia congruente puesto que entre las posturas extremas de las partes sobre el alcance cuantitativo de la responsabilidad -entre el todo o la nada a cargo de una u otra- cabía la posibilidad de una decisión sobre responsabilidad matizada por algún criterio de proporcionalidad, se trataba de una problemática que, por una parte excedía de las posibilidades de intervención de un tribunal de casación en cuanto que abordarlo y resolverlo supondría la introducción por parte del Tribunal de una "cuestión nueva" no resuelta por la sentencia que se recurre y por lo tanto más allá de los límites de este recurso extraordinario, y, además, podía causar indefensión a las partes al sustraer de las mismas la posibilidad de formular alegaciones e incluso aportar pruebas que permitieran alcanzar una solución que fuera, en definitiva, la que pudiera resultar más acomodada a derecho al tenor de los alegatos y pruebas aportados por aquéllas".

Pudiera parecer que, la negación rotunda de la Sentencia del 2000 se matiza ahora, abriendo posibilidades de futuro. En este orden, el voto particular incorpora una posición más moderada -recuérdese la tacha frontal de inconstitucional- y ofrece una situación intermedia buscando la proporcionalidad en la "ficción de comparar" el daño producido en referencia a una hipotética consideración de la contingencia originaria como contingencia común²². El tiempo dirá cuál es su alcance.

²² VOTO PARTICULAR, Que formula el presidente en funciones Excmo. SR. D. Aurelio Desdentado Bonete a la Sentencia dictada en el recurso 4263/2005. Del Voto, destacamos la argumentación referida en el texto:

6. CRITERIOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UN NUEVO MODELO DE RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL

En la fase de conclusiones y propuesta de un nuevo modelo, es necesario afirmar que no es fácil realizar una valoración final sobre el tema de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones y menos aún ofertar, incluso para el espacio del debate doctrinal, propuestas de reforma que contribuyan a la creación de un nuevo y diferente modelo.

Ya he comentado, que parece existir una aceptación general de las reglas de juego existentes, por mucho que se dude de su constitucionalidad, se critique su ordenación preconstitucional, su falta de adaptación a la realidad social actual y en definitiva, su contraposición con la existencia de un modelo público de Seguridad Social que se enmarca entre las funciones de Estado, arropado por el principio de garantía institucional.

Es necesario advertir con un cierto desánimo doctrinal que la afirmación realizada tiene su constatación empírica, como también he afirmado. La cuestión ha dejado de ser una preocupación o de mostrar el mínimo interés en las sucesivas renovaciones del Pacto de Toledo, ha dejado de tener presencia en los sucesivos Acuerdos entre los

"El criterio de moderación podría tener en cuenta el alcance del incumplimiento empresarial en relación con la carrera de seguro total completada por el trabajador en la empresa. En el caso decidido consta en la resolución administrativa obrante a los folios 485 y 486 -a la que remiten los hechos probados de la sentencia y la fundamentación jurídica del auto- que el actor causó alta en la empresa 1 de mayo de 1991 y el accidente tuvo lugar el 12 de abril de 2002, con lo que el período de cotización a cumplir sería de 3.662 días, mientras que el período de descubierto comprende 960 días, según los datos del hecho probado tercero. Este criterio de proporcionalidad determinaría una responsabilidad empresarial del 26% de la prestación reconocida. Ahora bien, de esta forma también se produciría un trato más desfavorable para las contingencias profesionales, por lo que resulta más ajustado aplicar una fórmula ficticia que tenga en cuenta cuál hubiera sido la repercusión del incumplimiento de la empresa sobre el período de cotización necesario para causar derecho a la prestación reconocida si la contingencia determinante hubiera sido enfermedad común".

diferentes gobiernos, de signo político distinto, y los interlocutores sociales, no siendo una cuestión relevante ni para los sindicatos, ni para las asociaciones empresariales. Ciertamente existen, como es evidente preocupaciones de mayor envergadura, la viabilidad misma del sistema, pero la regulación de la responsabilidad empresarial no es una cuestión baladí.

Lamentablemente los sucesivos Gobiernos no han mostrado interés en la materia, parece que la reforma del 2001 (los añadidos al artículo 126 de la LGS) con origen en el Pacto de Toledo y en el Acuerdo con los Interlocutores Sociales, ha sido suficiente.

La sorpresa, en el orden legislativo, ha venido de la mano de la nueva ordenación dada – con rango de Ley y desarrollo reglamentario, ni más ni menos- a la responsabilidad en materia de prestaciones en el ámbito del Sistema especial de Empleados de Hogar y referida singularmente a los riesgos profesionales.

Los oídos sordos ante las críticas judiciales han derivado en la inactividad legislativa. A pesar de la contundencia del voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2000 donde se afirmaba que “todo el sistema de responsabilidad empresarial establecido por los artículos 41 y 126 de la Ley General de la Seguridad Social puede incurrir en inconstitucionalidad por infracción del artículo 25 de la Constitución, tal como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional”, añadiendo que “por todo ello, entiendo que sería necesario cuestionar a través de la vía prevista en el artículo 35 y concordantes de la Ley Orgánica 2/1979 la constitucionalidad de los preceptos a que se ha hecho referencia de la Ley General de la Seguridad Social”.

Sí es cierto que existe una abundante y constante doctrina de unificación sobre materias reiteradísimas, de lo que podría deducirse la voluntad de los Tribunales Superiores de Justicia de forzar una respuesta más contundente del Tribunal Supremo. A mi juicio las tentativas, si así se pueden llamar, son indirectas, poco razonables, atentan contra el principio de seguridad jurídica, especialmente

cuando lo exigible es la presentación de la cuestión de inconstitucionalidad, si las dudas son de tal envergadura que carecen de la necesaria armonía con nuestro texto constitucional.

Sin perjuicio de la garantía institucional que preside nuestro texto constitucional, la premisa básica y razonable ante cualquier replanteamiento del modelo de responsabilidad empresarial en materia de prestaciones, es la constatación del nivel de incumplimiento de las obligaciones empresariales de afiliación, alta y cotización en términos correctos, que en definitiva constituyen conductas fraudulentas, ni deseables, ni aceptables. Tanto por su impacto individual sobre los derechos del trabajador (sea quien sea quien asuma el pago de las prestaciones), como sobre su impacto colectivo, que afecta al sistema financiero de reparto.

El tipo de fraude tiene distintas dimensiones, que en definitiva son las que propiciaron singularidades en la vieja ordenación jurídica y en la interpretación y aplicación jurisprudencial. Así podríamos diferenciar los distintos tipos de incumplimiento.

Las consecuencias de los incumplimientos son claras y dramáticas. En efecto, la falta de afiliación y alta que conllevan la falta de cotización, dejan al trabajador fuera del Sistema o fuera del régimen (ausencia de alta) imposibilitando o dificultando en exceso las actuaciones de control e inspección. No solo hay un incumplimiento sino también una ocultación, que normalmente afecta o irradia a todas las esferas de nuestro ordenamiento, laboral, fiscal y de seguridad social. Esta situación puede ser singularizada en un solo trabajador, en varios o en todos los trabajadores de la empresa, adquiriendo su expresión máxima cuando afecta a todos, empresario y trabajadores. Sea cual sea su dimensión, nos encontramos ante un incumplimiento de máxima gravedad en todos los órdenes.

Los matices aparecen cuando nos referimos al incumplimiento basado en el defecto de cotización referido a trabajadores en alta. Generalizando, podemos decir que se

trata de un incumplimiento sobre una realidad conocida por las distintas administraciones, laboral, fiscal y de seguridad social, lo que facilita la actuación de las mismas. Como se ha dicho con acierto, la administración no solo tiene el derecho a recibir las cotizaciones sino la obligación de recaudarlas con todos los medios a su alcance. Por tanto, se trata de una obligación conocida e individualizada, que tiene dos caras, por un lado la obligación del empresario de cumplirla y por otro, la obligación del ente recaudador de exigirla.

Por último y simplificando, dada la cantidad de supuestos específicos existentes, el incumplimiento puede afectar a la relación entre el salario realmente percibido, cualquiera que sea su forma y denominación, y la cuantía de la cotización efectuada. Son los supuestos que normalmente identificamos en el término "infracotización". Pues bien, estos supuestos tienen una cierta similitud con los supuestos de falta de afiliación y/o alta. En ellos hay una ocultación²³ de parte de la retribución que, salvo supuestos grotescos, impiden o dificultan la actuación recaudatoria dada la imposibilidad de descubrir la retribución real recibida por el trabajador. Sus efectos aunque más limitados tienen su importancia y afectan tanto a la esfera de la seguridad social, como a la fiscal. Igualmente y siguiendo el mismo razonamiento hecho, impactan sobre los derechos individuales del trabajador, en la medida en que las prestaciones giran en términos proporcionales sobre las cotizaciones efectuadas y éstas sobre los salario recibidos. Con similar alcance, la infracotización tiene un efecto

²³ La STS u.d. de 16 junio 2005, da por válidas las afirmaciones de la Sala "a quo" [entiende que en el comportamiento empresarial extendido no sólo al trabajador demandante de autos, sino a 37 más de los que componen la plantilla de la empresa recurrente, concurre un cierto ánimo defraudatorio revelador de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de la obligación de cotizar adecuadamente y por todos los conceptos económicos percibidos por el trabajador a la Seguridad Social..], añadiendo que "se ponen de manifiesto una conducta empresarial tendente a obviar de forma continuada y generalizada la cotización de un determinado concepto económico percibido por los trabajadores y que se encubre bajo una denominación, tan poco clara, como es la de "asignación gastos convenida", lo que produce una infracotización a la Seguridad Social..."

colectivo, en la medida en que la inferior cotización efectuada en relación con la cotización debida y exigible, impacta sobre el sistema financiero de reparto.

Todo lo anterior, esto es, la tipología y gravedad de los incumplimientos, nos conduce a realizar una afirmación de carácter preliminar, a saber, cualquier replanteamiento del sistema de responsabilidades del empresario en materia de prestaciones, debe tener presente el alcance de los distintos tipos de incumplimiento.

El principio de contributividad que preside nuestro sistema aporta otro matiz que es necesario destacar, y refiere al impacto de los incumplimientos empresariales en la vida laboral y la carrera de seguro del trabajador, en la medida en que gran parte del aparato protector contributivo vincula el nacimiento del derecho a la acreditación de periodos – largos (jubilación e incapacidad permanente y en ocasiones viudedad), medios (viudedad y desempleo) y cortos (incapacidad temporal, maternidad y paternidad)- de cotización a la seguridad social. Igualmente, la carrera de seguro impacta sobre la cuantía de las prestaciones, singularmente en la jubilación y la incapacidad permanente por contingencias comunes. Y finalmente, los incumplimientos pueden afectar, con distinto nivel de impacto, a la cuantía de las prestaciones.

Teniendo presente todos los factores planteados y en el convencimiento de que el sistema de responsabilidad empresarial en materia de prestaciones debe ser reformado, aventuro la siguiente propuesta:

- 1.-El postulado general coincidiría con la nueva ordenación realizada en materia de riesgos profesionales para el Sistema de empleo de hogar, de forma que:

Quando el empresario haya incumplido las obligaciones de afiliación, alta o cotización del trabajador a su servicio, se reconocerán el conjunto de las prestaciones económicas que le correspondan a éste, con independencia de la exigencia de responsabilidad al empresario en

cuanto al pago de la cotización, con sus recargos e intereses, como de las sanciones que se deriven en virtud de lo establecido en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, texto refundido aprobado por el Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto y de otras responsabilidades a que hubiera lugar.

De esta forma se separan las relaciones jurídicas entre el empresario y la seguridad social y el trabajador y la seguridad social. Por tanto, el trabajador tendría un derecho público subjetivo a la obtención de la protección de la Seguridad Social en las condiciones que marque la Ley en cada momento y desvinculado en todos sus parámetros (acceso al derecho, cuantía de la prestaciones...) de los incumplimientos empresariales (Blasco Pellicer, pág.166).

El principio general llevaría implícito la derogación del artículo 126 de la LGS y la desaparición del sistema de responsabilidad empresarial en materia de prestaciones. Igualmente, el principio de "alta de pleno derecho" previsto en el artículo 125.3 se extendería a toda la acción protectora, pero sin consecuencias en materia de responsabilidad. Actuaría como un garante del reconocimiento del derecho público subjetivo a la protección.

Finalmente desaparecería el principio de automaticidad, lo que queda implícito con la derogación del artículo 126 de la LGS.

2.- El postulado general debe provocar consecuencias adicionales de extraordinario interés, con la finalidad de no fomentar las situaciones fraudulentas, apostando por la lucha contra las mismas y, por tanto, reforzar [y no poner en peligro] la viabilidad del sistema protector. La apuesta coincidiría con las últimas recomendaciones del Pacto de Toledo y con los planteamientos recogidos en los Acuerdos con

los Interlocutores Social, en materia de lucha contra el fraude²⁴. Las medidas podrían ser las siguientes:

- Intensificar y perfeccionar el sistema de inspección y recaudación en sí mismo considerado, así como en su vinculación permanente con otros sectores de la administración, especialmente la tributaria.
- Modificar el plazo de prescripción de las cotizaciones en los supuestos de falta de afiliación y/o alta. Como vimos, se trata de los supuestos de máxima gravedad e impacto a nivel individual y colectivo.
Las posiciones pueden ser varias.
- ✓ Una, ampliar el plazo prescriptivo en un tiempo que actúe como mecanismo desincentivador de las conductas fraudulentas, por ejemplo fijando un plazo de 10 años.
- ✓ Otra, entender que el incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y cotización constituye una infracción continuada y ocultada por el propio empresario. En el caso de las faltas continuadas, conceptuando como tales aquellas que «responden a una conducta que se prolonga en el tiempo, a través de una pluralidad de hechos consecutivos dotados de unidad de propósito que corresponden al mismo tipo de infracción», dada la unidad de propósito que las mueve, que hace imposible su persecución, es doctrina consolidada del

²⁴ Como ya vimos, el Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo del año 2011 que sirvió para su renovación parlamentaria en dicha fecha, en dónde en su recomendación 10ª, reservada a la "lucha contra el fraude", se establece una propuesta en los siguientes términos:

"La Comisión entiende, por último, que deben reforzarse los instrumentos y medios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como el régimen de sanciones a los empleadores que no cumplan con sus obligaciones frente a la Seguridad Social, para lo cual deben adecuarse los tipos penales, la regulación de la prescripción en el caso de estructuras organizadas para la defraudación, el blanqueo de capitales, su ocultamiento en paraísos fiscales y otros delitos graves contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social."

Tribunal Supremo [aplicada a la fijación del cómputo de la prescripción de las faltas del trabajador, reguladas en el artículo 60.2 del Estatuto de los Trabajadores], que el plazo de prescripción no comienza el día en que se cometió cada falta sino el día en que se cometió la última «pues es a partir de ese último hecho cuando cesa esa conducta continuada que debe ser apreciada de forma conjunta a efectos de su sanción» STS 15 de julio de 2003, entre otras muchas²⁵.

Lo anterior quiere decir que, el plazo prescriptivo de las cotizaciones debidas comenzaría a computar el día en que se conociera por el órgano recaudador el incumplimiento, siendo objeto de reclamación las cotizaciones debidas desde el inicio de la actividad laboral constatada, esto es, desde el momento en que debieron cumplirse las obligaciones de afiliación y/ o alta y cotización. Aunque la propuesta pudiera parecer excesiva, repárese en que la construcción jurisprudencial sobre la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones carece de plazos prescriptivos, aplicándose aquella a incumplimientos acaecidos en los años 60 del siglo pasado.

- 3.- Los supuestos de infracotización tienen igualmente una máxima gravedad [atenuada por el cumplimiento de las demás obligaciones] cuyos efectos impactan de forma individual y colectiva. Igualmente, comparten la misma característica de

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 –, más en concreto «desde que cesó la ocultación» – TS 27-1-1990, Auto TS 15-7-1997–, aunque también se ha dicho que en estos casos computará la prescripción a partir de los seis meses desde que la empresa tuvo conocimiento de la falta cometida y ocultada – STS 25-4-1991, 3-11-1993, 29-9-1995, Auto TS 12-6-2002 –, siempre partiendo de la base de una ocultación mantenida eludiendo los posibles controles del empresario.

falta continuada y ocultación, de forma que se pueden aplicar las mismas soluciones, bien ampliar el tiempo prescriptivo, bien aplicar la teoría de la falta continuada en la fijación del dies a quo del plazo prescriptivo.

- 4.- Reordenar y endurecer el sistema de infracciones y sanciones sobre las materias analizadas y en función de su impacto, reguladas en la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social.

En definitiva, la propuesta que hago pretende buscar un punto de equilibrio conformado por la superación del modelo actual de responsabilidad, la conformación de un derecho público subjetivo a la protección frente al Estado e independiente de los incumplimientos empresariales, combinado con una apuesta por el cumplimiento de las obligaciones empresariales y la lucha contra el fraude, lo que exige una nueva ordenación de los instrumentos recaudatorios, de los plazos prescriptivos y del régimen de sanciones administrativas.

El mantenimiento del status quo es tremendamente frágil y amenazado de una posible declaración de inconstitucionalidad. De los distintos cauces que abrirían las puertas a tal declaración de inconstitucionalidad, quizás la más efectiva vendría de la mano de la vulneración del artículo 25.1 de la Constitución, tal como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional, que considera que este precepto está implícita también la garantía del principio «non bis in ídem» (sentencias del Tribunal Constitucional 2/1981, 154/1990 y 177/1999, entre otras), con la reelaboración efectuada a partir de la doctrina por el Pleno de este Tribunal en la STC 2/2003, de 16 de enero, en el sentido de determinar si se da el presupuesto de la interdicción de incurrir en bis in ídem, esto es, si existe la triple identidad requerida, de sujetos, hechos y fundamentos, pues «la triple identidad constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en bis in ídem, sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, ya que éstos no impiden la

conurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento».

La cuestión está en que si llegáramos a la conclusión de que el régimen de responsabilidades en orden a la prestaciones está viciado en los términos referidos, la interdicción se mantiene por mucho que sea objeto de ponderación, moderación, proporcionalidad..., que son los elementos que se vienen utilizando por la jurisprudencia para “salvar” el bis in ídem. Quizás por ello, el planteamiento el voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2000, apunta, como vimos, al conjunto del sistema de responsabilidad, planteando incluso la revisión de la doctrina de la Sentencia de Sala General de 8 de mayo de 1997, que consolida los mecanismos moderadores, siendo ponente el mismo Magistrado que planteó después el voto particular, lo que explicita las dificultades para avanzar. Voto particular, que con matices, el mismo Magistrado renueva y actualiza en el efectuado a la Sentencia de 16 mayo 2007, buscando soluciones alternativas.

Sin perjuicio de lo anterior, es posible y así lo he planteado, que la reforma del sistema de responsabilidades del Sistema Especial de Empleados de Hogar integrado en el Régimen General y reservado a los riesgos profesionales, abra una nueva puerta, ahora desde la consideración del principio de igualdad en la Ley, lo que tendría impacto tanto dentro del propio Sistema especial en base a la “selección” realizada por el legislador, como desde el régimen en que se integra (el general) y su traslación al conjunto de regímenes que incorporan trabajadores por cuenta ajena.