



LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN MATERIA DE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

(Primer premio FIPROS 2011, REF.PF 2011/23. Orden TIN 73172011)

La Seguridad Social no se identifica necesariamente con el contenido y/o conclusiones de los estudios e investigaciones en el ámbito de la protección social que subvenciona y edita, cuya total responsabilidad recae exclusivamente en sus autores.

INVESTIGADOR PRINCIAL: JOSÉ LUIS TORTUERO PLAZA

INVESTIGADORES

FRANCISCA MORENO ROMERO
CARMEN SANCHEZ TRIGUEROS
ENRIQUE MARTIN- SERRANO JIMENEZ

COLABORADORA

ARÁNTZAZU VIDENTE PALACIO



RESUMEN

Entendida 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 normativo queda delimitado por los artículos 41, 126 (reformado por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre) y 127 LGSS (en relación este último, entre otros, con los artículos 42,43 y 44 del Estatuto de los trabajadores) y 94 a 96 LSS.1966, de aplicación reglamentaria en 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. Finalmente, los artículos 195 y 197 de la LGSS establecen un sistema de responsabilidades del empresario en materia de prestaciones, para los supuestos de incumplimiento de las decisiones en materia de paralización de la actividad, así como de los incumplimientos en materia de reconocimientos médicos obligatorios en los supuestos de enfermedades profesionales. Junto a los preceptos referidos, cabe añadir en el ámbito singular de las prestaciones por desempleo, el artículo 220 de la LGSS. Igualmente, hay que destacar el contenido singular en la materia establecido en el artículo 61.2 del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidente de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, referido a las obligaciones de las Mutuas en los supuestos de incumplimiento de los empresarios asociados. Por último, fuera del marco de la LGSS, el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 16.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, sobre Empresas de Trabajo Temporal, articulan un sistema de responsabilidades en materia de seguridad social, que incluyen las referidas a las prestaciones, en caso de incumplimiento de las obligaciones empresariales.

La situación legislativa que hemos apuntado, ha dado lugar a planteamientos y teorías doctrinales de todo orden y alcance, desde la denominada “teoría unitaria” hasta la “teoría escisioncita”, pasando por no pocos estadios intermedios. 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 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 mas 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 judicial. 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 “ todo el sistema de responsabilidad empresarial establecido por los artículos 41 y 126 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”. 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, por lo que la aceptación de la situación actual por parte del legislador es consciente y premeditada.

Sorprendentemente 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. Así, la disposición adicional tercera, nueve de la Ley 39/2010, de 22 diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2011, incorporó una nueva disposición adicional, la quincuagésima tercera a la LGSS (*con respecto a las contingencias a que se refiere la presente disposición- las profesionales-, 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*), cuyo contenido es reiterado la disposición adicional trigésima novena, de la Ley 27/2011, de 1 de agosto. El desarrollo reglamentario está contenido en el artículo



4 del por RD 1596/2011, de 4 de noviembre, estableciendo que “...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 Socia...”.

De esta forma se desvinculan 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. Sin embargo, 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, sigue vigente las normas vistas y su aplicación-construcción jurisprudencial. En este orden, cabe pensar sí existe la justificación objetiva y razonable que el TCO impone para las desigualdades establecidas en la Ley.

Al hilo de los planteamientos realizados, 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 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. 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.

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:



- 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.
- Cuestión distinta es 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.
- Finalmente 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 ocultación de parte de la retribución que, salvo supuestos grotesco, 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 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.



Otro matiz que es necesario destacar, 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, aventuramos **DOS PROPUESTAS ALTERNATIVAS QUE CORRESPONDEN A MODELOS DE RESPONSABILIDAD DIFERENTES.**

Cada propuesta se enfoca con sentido globalizador, esto es, integrando todos los supuestos de responsabilidad. Con igual sentido, cada propuesta se estructura sobre la base de criterios cerrados e independientes, que pretender dar uniformidad y coherencia, esto es, avanzar en la construcción de los modelos que conforman cada propuesta.

En definitiva, no se trata de efectuar propuestas puntuales o de matiz, sino de ordenar dos modelos alternativos de responsabilidad en materia de prestaciones. En este sentido procederemos a estructurar cada modelo en sus parámetros básicos, delimitando su ordenación jurídica, las reformas necesarias, implícitas o derivadas, así como procederemos a su valoración .

PRIMERA PROPUESTA: CONSTRUCCION DE UN MODELO NUEVO.

ORDENACIÓN GENERAL

1.-El postulado general de ordenación jurídica de la responsabilidad en materia de prestaciones (que coincidiría con la nueva ordenación realizada en materia de riesgos profesionales para el Sistema de empleado de hogar), se estructuraría en los siguientes términos:

Cuando el empresario haya incumplido las obligaciones de afiliación, alta o cotización del trabajador a sus servicio, se reconocerán en 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.



La ordenación pretende separar 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.

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, constituyendo el enlace necesario entre el cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones empresariales.

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 propuesta 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 fraude.

Las medidas podrían ser las siguientes:

- **Intensificar y perfeccionar el sistema de inspección y recaudación en si mismo considerados, 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 el incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y cotización constituyen 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», y dada la unidad de propósito que las mueve y que hace imposible su persecución, es doctrina consolidada del Tribunal Supremo [aplicada a la fijación del computo 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 muchas.

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 lata y cotización.

Aunque la propuesta pudiera parecer excesiva, repárese en la construcción jurisprudencial sobre la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones, que 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 falta continuada y ocultación**, de forma se pueden aplicar las mismas soluciones, bien ampliar el tiempo prescriptivo, bien aplicar la teoría de la falta continuada en la fijación del diez a quo del plazo prescriptivo.

4.- Los supuestos de responsabilidad empresarial en materia de prestaciones contemplados en los artículos de la LGS y referidos a los incumplimientos en materia de reconocimientos médicos en los supuestos de enfermedad profesional y a los incumplimientos de la orden de paralización de actividades, quedarían reconducidos al aparato sancionador y constituirían causa singular en la aplicación del recargo de prestaciones ordenado en el artículo de la LGS.

5.- 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.

ORDENACION DE SUPUESTOS SINGULARES DE RESPONSABILIDAD

MINISTERIO
DE EMPLEO
Y SEGURIDAD SOCIAL

DIRECCIÓN GENERAL
DE ORDENACIÓN
DE LA SEGURIDAD SOCIAL



En la regulación de los “supuestos especiales de responsabilidad” se aprecian también importantes deficiencias que precisan ser abordadas por el legislador. En algunos supuestos son muy puntuales y no afectan a la totalidad de la regulación jurídica (empresas de trabajo temporal y transmisión de empresas); por el contrario, en otros supuestos (subcontratación de obras y servicios) es precisa una reforma completa, cuyo alcance –mayor o menor- se encuentra necesariamente condicionado por la reforma respecto del régimen de responsabilidad empresarial.

Por lo que respecta a la extensión de la responsabilidad en los supuestos de descentralización productiva (contratas y subcontratas de obras y servicios), el régimen jurídico actual presenta grandes incoherencias en buena parte debidas a la falta de una postura clara del legislador respecto del propio fenómeno de descentralización productiva que en la actualidad se lleva a cabo a través de una miríada de negocios jurídicos. La empresa red ha tomado el relevo de la empresa tradicional que asumía todas las fases del proceso productivo y la regulación de la responsabilidad en materia de prestaciones debe tomar en cuenta esta circunstancia y el hecho de que se trata de una actividad perfectamente lícita ante la que el ordenamiento debe adoptar medidas garantistas razonables, efectivas y coherentes. Entre estas medidas la extensión de la responsabilidad en materia de cuotas y prestaciones al empresario comitente es razonable y conveniente pero con una regulación acorde y coherente con la regulación aplicable en otros supuestos de finalidad muy similar como es el recurso a la contratación temporal en el marco de las empresas de trabajo temporal en la que la solidaridad de responsabilidad de quienes no son empleadores directos de los trabajadores se deja exclusivamente para actuaciones ilícitas o ilegales, y operando la subsidiaridad como mecanismo garantista para actuaciones perfectamente lícitas.

En este modelo de completa reforma del régimen de responsabilidad mediante la configuración de un auténtico derecho subjetivo del beneficiario de la seguridad social al acceso a las prestaciones a cargo del sistema público de Seguridad Social y en el que la responsabilidad del empresario en caso de incumplimiento no alcanza a la responsabilidad en materia de prestaciones a las que pudiera tener derecho el trabajador, el régimen de responsabilidad de los empresarios comitentes en los supuestos de contratación de obras y servicios debería reformarse en el siguiente sentido:

- a) Remitir el papel colaborador de las empresas en el control del fraude en materia de afiliación y cotización a la vertiente puramente sancionadora, desvinculando los incumplimientos de cualesquiera deberes de vigilancia de la responsabilidad en materia de seguridad social como así ha hecho el Real Decreto Ley 5/2011 respecto del control de la afiliación. Se puede así mantener la regulación respecto del deber de vigilancia en materia de afiliación, cotización (configurándolo como un deber y no como una facultad exoneratoria), y respecto del cumplimiento de los requisitos de acreditación y registro y del cumplimiento del régimen de subcontratación de la Ley 32/2006, pero tipificándolos como



faltas sancionables administrativamente. Deberá, además, regularse reglamentariamente de manera clara los mecanismos para el cumplimiento de dicha obligación. Estos deberes deben imponerse además, para todas las contrata, correspondan o no a la propia actividad de la empresa comitente, y respecto de los trabajadores que el contratista ocupe en las actividades objeto de la contrata, se realicen o no en el centro de trabajo de la empresa comitente.

b) Suprimir el régimen de la responsabilidad solidaria del art. 42 ET respecto a las cuotas de Seguridad Social, limitándolo a las obligaciones de naturaleza laboral (obligaciones salariales)

c) Mantener el régimen de la responsabilidad subsidiaria del comitente de los arts. 104 y 127 LGSS respecto de la cuotas del sistema público de seguridad social de la que pudiera ser declarado responsable el contratista, mejorando la técnica y la redacción del precepto con la finalidad de aclarar a qué negocios jurídicos alcanza y el escalonamiento de las responsabilidades en supuestos de contrataciones sucesivas. Esta responsabilidad debe alcanzar también a todas las contrata o subcontrata, correspondan o no a la propia actividad del empresario comitente. En definitiva, pese a que no cabe imponer una responsabilidad “derivada” en materia de prestaciones al empresario comitente al no imputarse responsabilidad sobre las mismas al propio empresario incumplidor, ello no impide que respecto de aquéllos extremos en los que subsiste una responsabilidad en el abono del empresario incumplidor, es decir, en materia de cotización, quepa hacer extensible dicha responsabilidad al empresario comitente, en los supuestos de descentralización productiva, responsabilidad exigible únicamente en términos de subsidiariedad.

Las modificaciones en los otros supuestos de responsabilidad son de menor calado pero lógicamente son imprescindibles por la propia modificación del régimen de responsabilidad empresarial aquí propuesto en tanto no cabe imputar una responsabilidad “derivada” en materia de prestaciones si no existe una responsabilidad originaria de quien es el verdadero incumplidor de las obligaciones en materia de seguridad social. Así, en primer lugar, y respecto de la cesión de trabajadores, la propuesta es diferente según la legalidad o ilegalidad de la cesión, en cualquiera supuestos de cesión (a través de empresas de trabajo temporal; por empresas ficticias o por empresas reales pero cediendo ilegalmente trabajadores): en el primer caso, la responsabilidad de la empresa usuaria respecto del incumplimiento por la ETT de las obligaciones en materia de seguridad social debe mantenerse en la actualidad configuración de responsabilidad subsidiaria pero debe quedar restringida a la responsabilidad en materia de cuotas, al quedar excluida la responsabilidad en materia de prestaciones de la propia ETT en este primer modelo de la propuesta. Por el contrario, también debe mantenerse la responsabilidad solidaria actualmente establecida en los supuestos de cesión ilegal (incluyendo en este concepto todos los supuestos de



cesión ilegal tanto los realizados por empresas -ficticias o reales- que no son empresas de trabajo temporal como las llevadas a cabo por ETT fuera de los supuestos permitidos o en los supuestos expresamente prohibidos, si bien esta responsabilidad debe ajustarse al alcance de la propia responsabilidad del empresario incumplidor y restringirse a las cuotas adeudadas.

Por lo que respecta a la responsabilidad en los supuestos de transmisión de empresas, el régimen jurídico es claramente mejorable en algunos aspectos apuntados en el trabajo aquí presentado pero, en lo que ahora interesa, la modificación aquí propuesta del sistema de responsabilidad afecta necesariamente a la responsabilidad solidaria que en materia de seguridad social establecen los arts. 104 y 127 LGSS de tal forma que habría que suprimir la responsabilidad en materia de prestaciones prevista en el art. 127 LGSS dejando exclusivamente la responsabilidad en materia de cuotas prevista en el art. 104 LGSS.

VALORACION DEL MODELO

A modo de valoración podríamos decir, que la propuesta pretende buscar un punto de equilibrio conformado por los siguientes elementos:

- 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.
- Reordenación de los instrumentos que inciden en el cumplimiento de las obligaciones empresariales y la lucha contra el fraude, lo que exige una nueva ordenación de los mecanismos recaudatorios, de los plazos prescriptivos y del régimen de sanciones administrativas. En esta ordenación sigue siendo importante la colaboración de las empresas comitentes en los supuestos de subcontratación de obras y servicios, mediante la imposición de deberes de vigilancia respecto del cumplimiento por sus contratistas y subcontratistas de las obligaciones en materia de seguridad social, tanto en materia de afiliación y alta como en materia de cotización y aunque el incumplimiento de este deber de vigilancia no determine responsabilidades en materia de seguridad social sino exclusivamente administrativas, puede constituir un mecanismo muy útil en la lucha contra el fraude.

SEGUNDA PROPUESTA. PERFECCIONAMIENTO DEL MODELO ACTUAL

ORDENACIÓN GENERAL



Una reforma menos rupturista del sistema de responsabilidad empresarial en materia de prestaciones, se centraría en los siguientes parámetros:

1.- Universalizar los supuestos de automaticidad de las prestaciones, cualquiera que sean los supuestos de incumplimiento y su alcance. En este orden la ordenación de la regla general se estructuraría en los siguientes términos:

- a. Cuando se haya causado derecho a una prestación por haberse cumplido las condiciones a que se refiere el artículo 124 de la presente Ley, 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.**
- b. El incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad, en cuanto al pago de las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva.**
- c. No obstante lo establecido en el apartado anterior, en los supuestos de incumplimiento empresarial de las obligaciones de afiliación y/o alta y cotización, así como en los supuestos de falta de cotización e infracotización, la entidad gestora o colaboradora asumirá, cualquiera que sea la contingencias, la protección directa del beneficiario, procediendo al pago anticipado de las correspondientes prestaciones, con la consiguiente subrogación en los derechos y acciones de tales beneficiarios.**

La propuesta supone el mantenimiento de la estructura actual del sistema de responsabilidades en orden a las prestaciones, con la singularidad ya referida, de proceder a la universalización del principio de automaticidad. En este orden, es



imprescindible proceder al correspondiente desarrollo reglamentario fijando los supuestos de responsabilidad y su alcance. En caso contrario, mantendríamos el aparato normativo actual (LSS1966) y la jungla de decisiones jurisprudenciales.

2.- Fijar con carácter reglamentario los supuestos de imputación, alcance y procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad empresarial.

La norma reglamentaria debería valorar las líneas jurisprudenciales consolidadas en los últimos años, con la finalidad de asumir o direccionar los supuestos de imputación de responsabilidad y su alcance, con los siguientes criterios:

- a. **Determinar el alcance del incumplimiento de la obligación de cotizar, diferenciando mediante pautas de aplicación general los supuestos de falta de cotización constante y prologada, de aquellos otros que deben quedar asumidos en el marco de la “obligación de recaudar”.** La fijación de pautas necesarias tienen como finalidad evitar una excesiva casuística en sede judicial, sin perjuicio de que la casuística es inevitable.
- b. **Delimitar los supuestos de falta de afiliación y/o alta y cotización, incorporando elementos de ponderación de la responsabilidad en términos homogéneos, esto es, cualquiera que sea la contingencia originaria –común o profesional- en función del impacto del incumplimiento sobre la “carrera de seguro del trabajador”.**

Este planteamiento implica la superación de la construcción jurisprudencial sobre la “teoría de daño”, con los siguientes efectos:

- Por un lado, desvincular el alcance de la responsabilidad del daño producido, respecto al acceso, cuantificación y duración de la protección.
- Por otro, referir el “daño” al impacto sobre la carrera de seguro. En este orden podría utilizarse el valor del tiempo de cotización en materia de jubilación y aplicarlo al conjunto de la acción protectora.



- Finalmente, el cambio de criterio, permitiría dar el mismo tratamiento a las contingencias profesionales y comunes. En efecto, el criterio planteado permitiría superar las distorsiones provocadas por la doctrina jurisprudencial, en la medida en que la “determinación del daño” resulta de mayor complejidad en las contingencias profesionales, al no quedar vinculado el nacimiento y cuantificación del derecho al tiempo de cotización. Por el contrario, el “daño sobre a carrera de seguro” tiene carácter universal.

c. **Aplicar la misma técnica a los supuestos de infracotización.** A estos efectos, cada día, mes o año de “cotización debida” tendría un valor – fijado, por ejemplo, con referencia a la cuantificación de la pensión de jubilación-, siendo el valor de la infracotización, la parte proporcional que corresponda.

3.- **En esta propuesta no sería aplicable la teoría planteada en la “primera propuesta” respecto a la “ocultación de las obligaciones de afiliación/alta y cotización”,** ya que resultaría desproporcionado en exceso imputar responsabilidad en orden a las prestaciones y, al tiempo, poder exigir periodos de cotización que superen el plazo general prescriptivo, con sus correspondientes recargos e intereses. A nuestro juicio se trata de instrumentos alternativos -y no acumulativos- que deben aplicarse con criterios de racionalidad y proporcionalidad.

4.- Igualmente, la propuesta comparte con la anterior, **los elementos de perfeccionamiento en la gestión inspectora y recaudatoria, la intensificación de la actuación colaboradora entre las distintas administraciones, singularmente con la Agencia Tributaria, así como una ordenación más coherente con el significado y alcance de los incumplimientos empresariales, en términos de infracciones y sanciones.**

5.- **Los supuestos de responsabilidad empresarial en materia de prestaciones contemplados en los artículos de la LGS y referidos a los incumplimientos en materia de reconocimientos médicos en los supuestos de enfermedad profesional y a los incumplimientos de la orden de paralización de actividades, quedarían reconducidos al aparato sancionador y constituirían causa singular en la aplicación del recargo de prestaciones ordenado en el artículo de la LGS.**



ORDENACION DE SUPUESTOS SINGULARES DE RESPONSABILIDAD

En el contexto de esta reforma menos rupturista con el sistema de responsabilidad actualmente vigente, las consideraciones sobre la necesidad de una reordenación del sistema de responsabilidad en supuestos “especiales” de responsabilidad subsiste si bien, lógicamente, al tratarse de una responsabilidad derivada de quien es el verdadero responsable por incumplimiento (empresario), el alcance de la misma será diferente que en el modelo anterior. En todo caso, vale igualmente la reflexión general sobre la necesidad de una toma de postura clara del legislador hacia los fenómenos de descentralización productiva, en el entendimiento de que la nueva regulación debe tener en cuenta la generalización del fenómeno de descentralización productiva y su completa legalidad lo que no debe obstar la adopción de medidas garantistas del trabajador y del propio sistema de Seguridad Social, entre las que la extensión de la responsabilidad a los empresarios comitentes es razonable pero partiendo de la coherencia con otras medidas similares del ordenamiento jurídico para fenómenos descentralizadores muy similares en su finalidad y sin que, por su dureza, impliquen un juicio de desvalor ya superado.

En este 2º modelo de reforma articulado básicamente sobre la base de la extensión del principio de automaticidad a todas las prestaciones del sistema, la propuesta reformadora de la responsabilidad en los supuestos de descentralización productiva a través de formulas de contratación mercantil o administrativa u otros negocios jurídicos similares, coincide en algunos extremos con la propuesta anterior, pero tiene un alcance mas amplio, al comprender también esta responsabilidad derivada las prestaciones de las que pudiera ser declarado responsable el empresario-empleador, en los términos que se señalan:

a) Remitir el papel colaborador de las empresas en el control del fraude en materia de afiliación y cotización a la vertiente puramente sancionadora, desvinculando los incumplimientos de cualesquiera deberes de vigilancia de la responsabilidad en materia de seguridad social como así ha hecho el Real Decreto Ley 5/2011 respecto del control de la afiliación. Se puede así mantener la regulación respecto del deber de vigilancia en materia de afiliación, cotización (configurándolo como un deber y no como una facultad exoneratoria), y respecto del cumplimiento de los requisitos de acreditación y registro y del cumplimiento del régimen de subcontratación de la Ley 32/2006, pero tipificándolos como faltas sancionables administrativamente. Deberá, además, regularse reglamentariamente de manera clara los mecanismos para el cumplimiento de dicha obligación. Estos deberes deben imponerse además, para todas las contrataciones, correspondan o no a la propia actividad de la empresa comitente, y



respecto de los trabajadores que el contratista ocupe en las actividades objeto de la contrata, se realicen o no en el centro de trabajo de la empresa comitente.

b) Suprimir el régimen de la responsabilidad solidaria del art. 42 ET respecto a las prestaciones de Seguridad Social, limitándolo a las obligaciones de naturaleza laboral (obligaciones salariales)

c) Mantener el régimen de la responsabilidad subsidiaria del comitente de los arts. 104 y 127 LGSS respecto de la cuotas y las prestaciones del sistema público de seguridad social de la que pudiera ser declarado responsable el contratista, mejorando la técnica y la redacción del precepto con la finalidad de aclarar a qué negocios jurídicos alcanza y el escalonamiento de las responsabilidades en supuestos de contrataciones sucesivas. Esta responsabilidad debe alcanzar también a todas las contrata o subcontratas, correspondan o no a la propia actividad del empresario comitente.

d) Las mejoras voluntarias quedarían excluidas de esta garantía de responsabilidad, correspondiendo a la negociación colectiva el establecimiento de los mecanismos de extensión de responsabilidad en los supuestos de contratación de obras y servicios y con el alcance que consideren oportunos.

El mantenimiento de la responsabilidad en materia de prestaciones pese a la extensión del principio de automaticidad permite mantener la actual regulación de los supuestos especiales de responsabilidad tanto en los supuestos de cesión de trabajadores (legal e ilegal) como en los supuestos de transmisión de empresas, si bien es imprescindible corregir algunos aspectos muy puntuales de la regulación actual, tal y como se ha apuntado en las páginas precedentes.

VALORACION DEL MODELO

A modo de valoración, podríamos decir en términos generales, que el planteamiento propuesto en esta *segunda alternativa*, no rompe radicalmente la construcción contractualista del aseguramiento, aunque sí proporciona elementos de perfeccionamiento que traen su origen en la “vis atractiva” del carácter público del Sistema. Juegan este papel, esto es, moderan el carácter contractualista, o si se prefiere ponderan el elemento de derecho público los siguientes elementos ya planteados y analizados:



- La universalización del sistema de automaticidad de las prestaciones, superando su vinculación a los riesgos profesionales y a la constatación de la formalización de la relación jurídica.
- Ponderación de los efectos vinculados al incumplimiento de las obligaciones de cotización, dado relevancia a la “obligación de recaudación”.
- Superación del tratamiento diferencial clásico y de base contractualista entre las contingencias comunes y las contingencias profesionales.
- Superación de la teoría del “daño singular”, vinculándolo con carácter universal al impacto sobre la carrera de seguro del trabajador.