



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



SUMARIO

I.-LA CONSTRUCCION DEL MARCO NORMATIVO.

1.- LA CONFORMACIÓN DEL MARCO NORMATIVO EN SU DEVENIR HISTÓRICO.

2.- REFLEXIONES SOBRE EL MARCO JURÍDICO .

3.- LA PUNTUAL Y SORPRENDENTE REFORMA

II.- LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LAS POSIBLE CAUSAS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDADES EN MATERIA DE PRESTACIONES.

III.- LOS ESPACIOS DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN MATERIA DE PRESTACIONES

1.- LAS OBLIGACIONES DE AFILIACION, ALTA Y COTIACIÓN COMO DETERMINANTES DEL ACCESO A LA PROTECCIÓN Y LA DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN CASO DE INCUMPLIMIENTO.

1.1 Actos de encuadramiento y su normativa reguladora

1.1.1 La inscripción del empresario

1.1.2 La afiliación de los trabajadores

1.1.3 Altas y bajas de los trabajadores

1.2 Requisitos de acceso a la protección y alta de pleno derecho



1.3 El incumplimiento de las obligaciones empresariales de relación jurídica y su alcance: la otra cara de la moneda

1.4.-La singularidad de la jubilación en la doctrina del Tribunal Supremo

2.- LOS INCUMPLIMIENTOS EN MATERIA DE COTIACION

2.1 Planteamiento general

2.2 El alcance y la valoración de los incumplimientos en materia de cotización: una construcción jurisprudencial compleja e incierta

2.3 Falta parcial de cotización: infracotización.

3.- ELEMENTOS SINGULARES DE ORDENACIÓN VINCULADOS DE LA RESPONSABILIDAD EN ORDEN A LAS PRESTACIONES EN LOS SUPUESTOS DE CONTINGENCIAS PROFESIONALES

3.1 La importancia de la determinación del hecho causante en el caso de los riesgos profesionales.

3.2 Alcance del principio de automaticidad

3.3 Singularidades de la falta de inscripción y cobertura de los riesgos profesionales

3.3.1 La inscripción y los actos derivados

3.3.2 La tarificación

3.4 Ubicación de la responsabilidad del empresario por irregularidades en la tarificación

3.5 Responsabilidades en materia de prestaciones vinculadas a obligaciones de prevención.

IV . LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN OTROS SUPUESTOS

1.- LA SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS.



1.1 La delimitación del concepto de contrata de obra y servicios.

1.2. Responsabilidad en materia de prestaciones: una primera delimitación de los distintos supuestos de imputación normativa.

1.3. La noción de propia actividad. Una aproximación jurisprudencial

1.4. Ámbito objetivo o material de las distintas responsabilidades en materia de seguridad social.

1.4.1. Responsabilidad solidaria del art. 42 ET

1.4.2. La responsabilidad subsidiaria del art. 127 LGSS

1.4.3. La responsabilidad en el ámbito de la Ley 32/2006

1.4.4. La responsabilidad en materia sancionadora y el recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad e higiene.

1.4.5. El alcance de la deuda en los distintos supuestos de responsabilidad.

1.5 El ámbito subjetivo de las responsabilidades: la identificación de los distintos sujetos responsables.

1.6. El aspecto temporal de la responsabilidad.

1.7. Mecanismos de exoneración de las responsabilidades: el deber de comprobación del art. 42.1 ET. Un nuevo deber de comprobación: el art. 12 Real Decreto-Ley 5/2011 de 29 de abril.

1.8. Otras cuestiones

2.- LA CESIÓN DE TRABAJADORES: CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES Y RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL MARCO DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL



2.1. Delimitación de los supuestos de cesión de trabajadores determinantes de la exigencia de responsabilidad en materia de Seguridad Social.

2.2. Alcance de la responsabilidad en materia de Seguridad Social en supuestos de cesión (legal e ilegal) de trabajadores.

3.- RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SUPUESTOS DE TRANSMISIÓN DE EMPRESA

3.1 Subrogación empresarial en materia de seguridad social: alcance de la subrogación en materia de Seguridad Social

3.2. La responsabilidad solidaria en materia de seguridad social: los arts. 104.1 y 127.2 LGSS

4. UN SUPUESTO SINGULAR. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN LOS SUPUESTOS DE CONTRATACIÓN DE TRABAJADORES EN SITUACIÓN IRREGULAR

V.- VALORACION FINAL Y PROPUESTA DE MODELO

1.- VALORACIÓN GENERAL E INDICADORES NECESARIOS

2.- PROPUESTAS DE REFORMA

2.1 PRIMERA PROPUESTA: CONSTRUCCION DE UN MODELO NUEVO.

2.2 SEGUNDA PROPUESTA. PERFECCIONAMIENTO DEL MODELO ACTUAL

BIBLIOGRAFIA



I.-LA CONSTRUCCION DEL MARCO NORMATIVO.

1. LA CONFORMACIÓN DEL MARCO NORMATIVO EN SU DEVENIR HISTÓRICO.

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 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 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, recogiendo en los artículos 94 a 96 su ordenación 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 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 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.

En la actualidad el marco normativo queda delimitado por los artículos 41, 126 y 127 (en relación este último, entre otros, con los artículos 42,43 y 44 del Estatuto de los



trabajadores) LGSS¹ y 94 a 96 LSS², de aplicación reglamentaria en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria segunda del Decreto 1645/1972, dictado en

¹ Artículo 41. Responsabilidad en orden a las prestaciones.

1. Las Entidades gestoras de la Seguridad Social serán responsables de las prestaciones cuya gestión les esté atribuida, siempre que se hayan cumplido los requisitos generales y particulares exigidos para causar derecho a las mismas en las normas establecidas en el Título II de la presente Ley, por lo que respecta al Régimen General y a la modalidad no contributiva de las prestaciones, y en las específicas que sean aplicables a los distintos Regímenes Especiales.

2. Para la imputación de responsabilidades en orden a las prestaciones, en su modalidad contributiva, a entidades o personas distintas de las determinadas en el apartado anterior, se estará a lo dispuesto en la presente Ley, en sus disposiciones de desarrollo y aplicación o en las normas reguladoras de los Regímenes Especiales.

Artículo 126.- Responsabilidad en orden a las prestaciones.

1. 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.

2. 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.

3. No obstante lo establecido en el apartado anterior, las entidades gestoras, Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales o, en su caso, los servicios comunes procederán, de acuerdo con sus respectivas competencias, al pago de las prestaciones a los beneficiarios en aquellos casos, incluidos en dicho apartado, en los que así se determine reglamentariamente, con la consiguiente subrogación en los derechos y acciones de tales beneficiarios; el indicado pago procederá, aún cuando se trate de



empresas desaparecidas o de aquéllas que por su especial naturaleza no puedan ser objeto de procedimiento de apremio. Igualmente, las mencionadas entidades, mutuas y servicios asumirán el pago de las prestaciones, en la medida en que se atenúe el alcance de la responsabilidad de los empresarios respecto a dicho pago.

El anticipo de las prestaciones, en ningún caso, podrá exceder de la cantidad equivalente a 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. 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 aquéllas 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 subrogaren en los derechos y acciones de los beneficiarios, aquéllos 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.

4. 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 aquélla o constituir el correspondiente capital coste.

Artículo 127.- Supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones.



1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, para las contrataciones y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, a tenor de lo previsto en el artículo anterior, si la correspondiente obra o industria estuviera contratada, el propietario de ésta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente.

No habrá lugar a esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un amo de casa respecto a su vivienda.

2. En los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión. La misma responsabilidad se establece entre el empresario cedente y cesionario en los casos de cesión temporal de mano de obra, aunque sea a título amistoso o no lucrativo.

Reglamentariamente se regulará la expedición de certificados por la Administración de la Seguridad Social que impliquen garantía de no responsabilidad para los adquirentes.

3. Cuando la prestación haya tenido como origen supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona, incluido el empresario, la prestación será hecha efectiva, cumplidas las demás condiciones, por la entidad gestora, servicio común o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, en su caso, sin perjuicio de aquellas responsabilidades. En estos casos, el trabajador o sus derechohabientes podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables criminal o civilmente.

Con independencia de las acciones que ejerciten los trabajadores o sus causahabientes, el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria y, en su caso, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social tendrán derecho a reclamar al tercero responsable o, en su caso, al subrogado legal o contractualmente en sus obligaciones, el coste de las prestaciones sanitarias que



hubiesen satisfecho. Igual derecho asistirá, en su caso, al empresario que colabore en la gestión de la asistencia sanitaria, conforme a lo previsto en la presente Ley.

Para ejercitar el derecho al resarcimiento a que se refiere el párrafo anterior, la Entidad gestora que en el mismo se señala y, en su caso, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales o empresarios, tendrán plena facultad para personarse directamente en el procedimiento penal o civil seguido para hacer efectiva la indemnización, así como para promoverlo directamente, considerándose como terceros perjudicados al efecto del artículo 104 del Código Penal.

² **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 procedente.

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 hubieren 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 dispensando 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 presupuestos beneficiarios.

Artículo 96. Procedimiento para la exigencia de responsabilidad.-1. Cuando la Entidad Gestora deniegue su responsabilidad por una o varias prestaciones, en aplicación del artículo 94 lo hará en resolución fundada, oído el empresario o empresarios afectados siempre que sea posible. Cuando se



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

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.



Social del Tribunal Supremo³. 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 LGSS⁴. La razón de su ubicación no es otra, como se sabe, que las vicisitudes históricas de la protección por desempleo. En efecto, la ordenación del desempleo salió de la Ley de Seguridad Social (TRLGSS/74) con la reforma operada a través de la Ley Básica de Empleo (Ley 8/1980, de 8 de octubre) posteriormente reformada por la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por desempleo, lo que obligo a efectuar una ordenación completa y acabada. De la mano de la Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo (DF.2^a.2)⁵ la ordenación volvió a la LGSS, lo que motivo la

³ Entre otras y más recientes, SSTS de 19 de junio de 2000 (RJ 7405), 7 de diciembre de 2005 (RJ 2006/406), 17 de marzo de 2006 (RJ 2118), 17 de febrero de 2009 (RJ 1837), 23 de abril de 2010 (RJ 4863) y 8 de marzo de 2011 (RJ 3115)

⁴ **Artículo 220.- Automaticidad del derecho a las prestaciones.** La entidad gestora competente pagará las prestaciones por desempleo en los supuestos de incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y de cotización, sin perjuicio de las acciones que pueda adoptar contra la empresa infractora y la responsabilidad que corresponda a ésta por las prestaciones abonadas.

⁵ **Disposición final segunda.**

1. Se autoriza al Gobierno para que regularice, sistematice y armonice las disposiciones en materia de protección por desempleo contenidas en la presente Ley, con los textos legales siguientes:

a) Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo.

b) Real Decreto-ley 3/1989, de 31 de marzo, de Medidas Adicionales de Carácter Social.

c) Artículo 111. Siete, de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992.



creación en la Ley de un Título nuevo, el Título III, para adicionar la ordenación del desempleo.

Finalmente, hay que destacar el contenido singular en la materia establecido en el artículo 61.2 del Real Decreto 1993/1995⁶, 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.

2. Se autoriza también al Gobierno para que dichas normas, debidamente regularizadas, aclaradas y armonizadas, se integren en el Texto Refundido previsto en la disposición final primera de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, a cuyo efecto el plazo para llevar a cabo dicho Texto Refundido concluirá el 31 de diciembre de 1993.

⁶ **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.**

Artículo 61.- Empresarios asociados.

2. De conformidad con lo establecido en el artículo 10 de este Reglamento respecto al alcance de la cobertura que realizan en su colaboración con la Seguridad Social las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, en los supuestos de incumplimiento por los empresarios asociados a las mismas de las obligaciones en materia de afiliación, de altas y bajas y de cotización, se estará a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 126 de la Ley General de la Seguridad Social, no pudiendo la Mutua proceder a la resolución o suspensión del convenio de asociación y estando obligada la entidad, por tanto, a hacerse cargo de las prestaciones económicas y sanitarias a que tengan derecho los trabajadores empleados por tales empresarios, sin perjuicio de las acciones legalmente previstas para el resarcimiento de los importes correspondientes.



Por último, fuera del marco de la LGSS, el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores⁷ y el artículo 16.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, sobre Empresas de Trabajo Temporal⁸, 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.

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 reordenación de las reglas contenidas 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 1995⁹, que aprobada el Informe de la Ponencia sobre *"análisis de los problemas estructurales del sistema de seguridad social y de las principales*

⁷ **Artículo 43. Cesión de trabajadores**

3. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.

⁸ **Artículo 16. Obligaciones de la empresa usuaria.**

3. La empresa usuaria responderá subsidiariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, así como de la indemnización económica derivada de la extinción del contrato de trabajo. Dicha responsabilidad será solidaria en el caso de que el referido contrato se haya realizado incumpliendo lo dispuesto en los artículos 6 y 8 de la presente Ley.

⁹ Publicado en el BOCG Serie E 12 de abril de 1995 Núm. 134



*reformas que deberán acometerse*¹⁰. 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”.

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 Acuerdo 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

¹⁰ El documento fue previamente aprobado por la Comisión de Presupuestos el día 30 de marzo de 1995



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.

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 subrogarán 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 actualidad¹¹, 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:

¹¹ Detenidamente sobre la reforma de la Ley 24/2001 y su contexto, GALA DURÁN, C. “La problemática actual de la responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones: perspectivas legal y jurisprudencial”, *Temas Laborales*, núm. 66, 2002 y PANIZO ROBLES, J.A., “Las últimas modificaciones en el ámbito de las prestaciones de la Seguridad Social”, en *Relaciones Laborales*, nº 2, 2002.



“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.

En este sentido 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, incorpora la recomendación 10ª, reservada a la “lucha contra el fraude”, estableciendo 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.”

Como puede apreciarse, la arcaica ordenación legal de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones ha dejado de ser una preocupación, para adquirir relevancia la lucha contra el fraude en materia de Seguridad Social, pivotando sus actuaciones sobre la actividad inspectora, el reforzamiento del régimen sancionador y, singularmente, el aparato legal que permitan dificultar y perseguir las actividades de las estructuras organizadas para la defraudación. La reordenación singular de la responsabilidad empresarial ha dejado de ser una prioridad en el orden de las reformas, e incluso, de las recomendaciones, tanto en sede parlamentaria, como en los Acuerdos con los Interlocutores Sociales.



2.- REFLEXIONES SOBRE EL MARCO JURIDICO

Posiblemente y dentro 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 actualidad¹². Sin perjuicio de la atención propia del quehacer doctrinal, la

¹² Entre los trabajos generales en el devenir histórico a partir del 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 encuadramiento en la Seguridad Social. Teoría y Práctica”, en *Actualidad Laboral*, núms. 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, JL y MOLINA NAVARRETE, C. Responsabilidades empresariales, en AAVV 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.



preocupación ha venido mediatizada por acontecimientos de distinto orden. Unos, los legislativos y otros, los jurisprudenciales.

La evolución 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 escisionista”, pasando por no pocos estadios intermedios¹³. 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 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 judicial¹⁴.

Finalmente hay que hacer referencia a la construcción teórica permanente de ALONSO OLEA, M. en *Las instituciones de Seguridad Social*, desde su primera edición de 1959.

¹³ Un estudio completo de estas teorías y sus implicaciones, en BLASCO PELLICER, A. *Configuración dogmática del sistema de responsabilidades...* cit, págs. 78 y ss., entre otras, con citas obligadas de ALONSO OLEA, VIDA SORIA, DE LA VILLA, BORRAJO, ALMANSA...

¹⁴ 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»*.



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 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.

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 científica¹⁵ y al quehacer cotidiano de los órganos judiciales, en cuyas decisiones ya es “fórmula de estilo” la crítica y desesperanza ante la situación legal¹⁶. 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

¹⁵ Tal es así que, el IX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, se dedicó singularmente al tema de la responsabilidad empresarial. El conjunto de ponencias y comunicaciones pueden verse en en AAVV. La responsabilidad del Empresario, Madrid, edit. Laborum, 2012.

¹⁶ CARRILLO MÁRQUEZ, D., “Responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones. En el desasosiego y la esperanza”, en AA VV (Coordinador LÓPEZ-CHACARTEGUI), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2005.



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.

3.- LA PUNTUAL Y SORPRENDENTE REFORMA

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 especial¹⁷.

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

¹⁷ El tema es analizado detenidamente con valoraciones sumamente acertadas por RODRIGUEZ INIESTA, G. Ante incumplimientos empresariales del empleador doméstico (afiliación ,alta y cotización) ¿cabe exigirle responsabilidad prestacional por contingencias profesionales?, en La Responsabilidad del empresario, IX Congreso de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia, edit. Laborum, 2012, págs. 137 y ss.



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 letra 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.»

Es complejo entender las razones que han motivada esta ordenación tan singular, que transforma radicalmente el sistema de responsabilidades, como complejas son sus consecuencias. Nos referiremos 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.

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. 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 socialización del riesgo¹⁸.

Podríamos decir, utilizando la terminología al uso 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.

Curiosamente 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).

En segundo lugar, 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, sigue vigente las normas vistas y su aplicación-construcción 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 si existe la justificación objetiva y razonable que el TCO 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 TCO 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.

En virtud de la singularidad de la relación laboral especial, podría pensarse que el criterio de “razonabilidad “ que justificaría la medida, está en la singularidad del

¹⁸ Por todos, sobre este tema, ALONSO OLEA, M. *Instituciones de seguridad Social...cit*, en todas sus ediciones.



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...

Sin embargo, la posible justificación se desvanece cuando la norma “selecciona” las contingencias que quedan fuera del alcance de la LGSS artículo 126, 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 generarán 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 deja desprotegido al trabajador, salvo en los supuestos de previa declaración administrativa o judicial de insolvencia, provisional o definitiva, de dicho empresario.

Finamente, la corruptela y la litigiosidad están servidas y fomentadas. Es claro que las voluntades e intereses de empleador y empleado podrán asociarse buscando la cobertura del riesgo profesional, que genera protección y exime de responsabilidad prestacional¹⁹.

II.- LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LAS POSIBLE CAUSAS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDADES EN MATERIA DE PRESTACIONES.

El Tribunal Constitucional no se ha tenido que pronunciar sobre la constitucionalidad del sistema de de responsabilidad en materia de prestaciones, lo que abre dudas sobre su posible posición, si se diera el caso, a pesar de la contundencia expresada en el 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 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”.

Hasta la fecha (31 de julio de 2012) no existe ninguna cuestión de inconstitucionalidad admitida a trámite y pendiente en el Tribunal Constitucional. Por todo lo anterior,

¹⁹ Así lo plantea igualmente RODRIGUEZ INIESTA, G. Ante incumplimientos empresariales del empleador doméstico (afiliación , alta y cotización) ¿cabe exigirle responsabilidad prestacional por contingencias profesionales?...cit, pág. 148



carecemos de instrumentos que nos permitieran aventurar una posible posición del Tribunal. No obstante, analizaremos su doctrina sobre el artículo 41 y concordantes de la CE, con la finalidad de apreciar su posición general y obtener elementos de juicio necesarios.

Es conocido que son numerosas las ocasiones en que el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance de las obligaciones impuestas a los poderes públicos por el art. 41 CE. En este orden, conviene destacar una serie de rasgos de interés, que el Tribunal ha ido acuñando en su doctrina²⁰ (entre las más recientes STC 128/ 2009, de 1 de junio) y que nos permitan obtener las conclusiones oportunas. En este orden son destacables los siguientes rasgos:

- La Constitución ha recogido y consagrado en su art. 41 la evolución que han experimentado los sistemas contemporáneos de Seguridad Social, de tal suerte que la protección de los ciudadanos ante situaciones de necesidad se concibe como «una función del Estado», rompiéndose en buena parte la correspondencia prestación-cotización propia del seguro privado, superada por la dinámica de la función protectora de titularidad estatal (SSTC 103/1983, de 22 de noviembre , F. 3; 65/1987, de 21 de mayo , F. 17, entre otras).
- Por otro lado, es de recordar (197/203 de 30 de octubre, F. 6) que la extensión específica de la «Seguridad Social» no es deducible por sí solo del tenor del art. 41 CE. Como en relación con otras tantas instituciones ya se ha dicho, conviene recordar aquí que no es posible partir de la previsión constitucional de un único modelo de Seguridad Social. La Constitución consagra una institución protegiéndola contra alteraciones que puedan desnaturalizar su esencia, “pero no cierra posibilidades para la evolución del sistema de Seguridad Social hacia ámbitos desconocidos en la actualidad o hacia técnicas que hasta ahora no se han querido o podido utilizar”.
- El art. 41 CE impone a los poderes públicos la obligación de establecer –o mantener– un sistema protector que se corresponda con las características técnicas de los mecanismos de cobertura propios de un sistema de Seguridad Social. En otros términos, el referido precepto consagra en forma de garantía institucional un régimen público «cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo... un núcleo o reducto

²⁰ Un análisis temporal puede verse en CARDENAL CARRO, M., “La Seguridad Social en la Constitución vista por el Tribunal Constitucional”, en *Aranzadi Social*, T-V, 1999.



indisponible por el legislador» (STC 32/1981, de 28 de julio , F. 3), de tal suerte que ha de ser preservado «en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» (STC 26/1987, de 27 de febrero , F. 4; y 76/1988, de 26 de abril , F. 4).

- Salvada esta indisponible limitación, el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél (STC 65/1987, de 21 de mayo , F. 17, entre otras).
- También es doctrina reiterada que «el art. 41 CE convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, pero tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento (STC 65/1987). Los arts. 41 y 50 CE no constriñen al establecimiento de un único sistema prestacional fundado en principios idénticos, ni a la regulación de unos mismos requisitos o la previsión de iguales circunstancias determinantes del nacimiento del derecho (STC 114/1987). La identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico (SSTC 103/1984 y 27/1988), ni vulnera el principio de igualdad» (SSTC 77/1995, de 20 de mayo , F. 4 y 197/203 de 30 de octubre, F. 6)
- También es conveniente tener presente respecto del derecho a la igualdad con relación a las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, que es doctrina del Tribunal, sintetizada en la SSTC 213/2005, de 21 de julio ,197/2003, de 30 de octubre , F. 3, y 205/2011,de 15 de diciembre,F.4, que, como advierte la STC 197/2003, de 30 de octubre , F. 6 in fine, si bien la cobertura de las situaciones de necesidad de los colectivos sociales «es un ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que nuestra Constitución asume en sus arts. 41 y 50 y que han de informar la legislación positiva –art. 53.3 CE–» sin embargo «el Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de



tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable (STC 184/1993, de 31 de mayo, F. 6)».

Como puede apreciarse y así ha sido puesto de manifiesto por la doctrina, el Tribunal Constitucional ha mantenido una cierta ambigüedad en la interpretación y alcance del artículo 41 CE, sin dejar de reconocer sus importantes aportaciones a la interpretación de un texto en si mismo ambiguo, polivalente o abierto...donde en ocasiones hemos querido ver lo que el texto ni dice ni puede decir, tanto por su ubicación en la Carta Magna, como por la materia de regula²¹.

En efecto y como no podía ser de otra forma, el derecho reconocido en el artículo 41 CE es de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular el sistema, su estructuración, la acción protectora, su contenido, el sistema de responsabilidades...en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél. Todo ello sin perjuicio de ciertos límites impuestos por la propia doctrina constitucional, otros preceptos del texto constitucional y los Tratados Internacionales.

Sentados los criterios, valores y límites que encierra el artículo 41 CE en su valoración constitucional, conviene ahora identificar las posibles quiebras de la ordenación legal de la responsabilidad en materia de prestaciones que pudieran tener relevancia constitucional.

²¹ Una representación de estas distintas opiniones, en ALONSO OLEA, M., “ Prólogo” al libro de SÁNCHEZ-URÁN, Y., *Seguridad Social y Constitución*, Civitas, Madrid, 1995; APARICIO TOVAR, J., “La Seguridad Social en la Constitución”, en AA VV (Dir. A. V. SEMPERE), *El Modelo Social en la Constitución Española de 1978*, MTASS, Madrid, 2003; GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Los principios caracterizadores del Sistema de Seguridad Social en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en AA VV, VII *Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, CARL, Sevilla, 1991; VIDA SORIA, J. Modelos de la Seguridad Social en el ámbito constitucional, en AAVV *Las reforma de la Seguridad Social*, Madrid, edit. F. Ebert, 1982, y más recientemente “ La seguridad social en la Constitución Española: desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional”, en *Documentación Laboral*, núm. 30 y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., *Seguridad Social y Constitución*, Civitas, Madrid, 1995.



De los distintos cauces que abrirían las puertas a la 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 concurrencia 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 del 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 planteo 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.

Finalmente, es posible y así lo hemos 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.

En este orden, es conveniente comenzar por traer a colación la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 205/2011, de 5 de diciembre, en la que nos recuerda la doctrina que dicho Tribunal ha establecido en relación con dicho principio. Así se dice que desde la STC 22/1981, de 2 de julio, ha señalado reiteradamente recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que:



- "... el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE , sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad, en suma, son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos" (SSTC 200/2001, de 4 de octubre , F 4 , y 88/2005, de 18 de abril , F 5, por todas).
- Lo propio del juicio de igualdad, ha dicho este Tribunal, es "su carácter relacional conforme al cual se requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas" (STC 181/2000, de 29 de junio , F 10) y, de otro, que "las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre , F 6 ; 29/1987, de 6 de marzo , F 5 y 1/2001, de 15 de enero , F 3). Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma" (STC 200/2001, de 4 de octubre, F 5).
- En definitiva, como ha sintetizado la STC 125/2003, de 19 de junio , el principio de igualdad prohíbe al legislador "configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria". Dicho de otra manera, sólo ante iguales supuestos de hecho actúa la prohibición de utilizar "elementos de diferenciación que quepa



calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable" (STC 39/2002, de 14 de febrero , F 4.

A modo de conclusión podemos decir que las puertas a la declaración de inconstitucionalidad del sistema de responsabilidad empresarial en materia de prestaciones están abiertas. Lo estuvieron desde el año 2000 con petición expresa desde el propio Tribunal Supremo por vulneración del artículo 25.1 CE y lo vuelven a estar ahora por la vía del artículo 14 CE. No obstante, el suceder histórico en esta materia no ofrece demasiadas esperanzas.

III.- LOS ESPACIOS DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN MATERIA DE PRESTACIONES

Cuando nos referimos a la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones, se abre un abanico de supuestos que traen su causa en una variada tipología de naturaleza dispar y sin vinculación alguna de carácter relevante²². 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 LGSS ofrece a las empresas la posibilidad de colaborar voluntariamente en la gestión de determinadas contingencias, singularmente la incapacidad temporal (artículo 77, desarrollado por la Orden de 25 de noviembre de 1966²³). La colaboración, tiene dos caras, por un lado la empresa asume directamente el coste y pago de las prestaciones y,

²² Esta clasificación ha sido detenidamente separada y analizada por la doctrina, con especial criterio, BLASCO PELLICER A., *El régimen legal de la responsabilidad... cit.*, pags. 31 y ss.

²³ 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.



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 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 126.1, “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 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.

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 131.1 párrafo segundo de la LGSS. 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.

Por último, el artículo 126.2 de la LGSS 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 126.1, a saber, “cuando se haya causado derecho a una prestación por haberse cumplido las condiciones a que se refiere el artículo 124 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”.

En este orden, desde una óptica competencial, cabe señalar que, según el artículo 126.4 de la LGSS, corresponde a la entidad gestora competente la declaración, en vía administrativa de la responsabilidad en orden al pago de prestaciones cualquiera que sea la prestación de que se trate, así como de la entidad que, en su caso, deba anticipar aquélla o constituir el correspondiente capital coste. Como vimos, el apartado referido del artículo 126, fue incorporado por la reforma (única en esta materia) del 2001, que vino a resolver (o a actualizar) , las dudas planteadas por la normativa de la LSS.

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 126. 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 125.3.

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 126.1, 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 46 años que han transcurrido sumergidos en el caos (1966-2012), las soluciones han venido dadas por la jurisprudencia. Primero, mantenido 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 164571972, 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 armónica²⁴.

1.- LAS OBLIGACIONES DE AFILIACION, ALTA Y COTIACIÓN COMO DETERMINANTES DEL ACCESO A LA PROTECCIÓN Y LA DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN CASO DE INCUMPLIMIENTO.

Los instrumentos de relación jurídica, la afiliación y el alta - que además exigen la previa inscripción del empresario-, y el cumplimiento de la obligación de cotización se convierten en los ejes principales de las dos caras de una misma moneda, a saber, el acceso a la protección y la imputación de responsabilidad,. Por ello, es necesario referirnos primero a su ordenación, determinando su alcance, sujetos obligados, plazos y efectos, así como a los requisitos de acceso a las distintas prestaciones.

1.1 Actos de encuadramiento y su normativa reguladora

La incorporación formal al sistema de seguridad social exige la realización de la correspondiente actividad profesional y se produce mediante una serie de actos administrativos que determinan el nacimiento de la relación jurídica de seguridad social. De esta relación derivan a su vez tanto las obligaciones de cotización como los derechos de acción protectora en los términos legalmente previstos.

Los principales actos de encuadramiento son la inscripción de la empresa y la afiliación, alta y baja de los trabajadores; también habrá de procederse en su caso a la oportuna variación de datos, tanto en relación con la empresa como en relación con los trabajadores. La regulación formal de todos estos actos para el conjunto del sistema se rigen por los artículos, 13 y 14 LGSS. En el Régimen General la ordenación se efectúa en los artículos los arts. 99 y ss. LGSS, desarrollados por el RD 84/1996, de 26 de enero , por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social. También hay que hacer referencia a las previsiones particulares contenidas en otras normas, así el Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el

²⁴ En estudio actual sobre la materia puede verse en GALA DURAN,C La responsabilidad empresarial derivada del incumplimiento de las obligaciones de afiliación/alta y cotización. Un problema sin solución, en AAVV. La responsabilidad del Empresario, IX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Madrid, edit. Laborum, 2012, pags.323 y ss.



reglamento sobre colaboración de las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y con las normas reguladoras de las entidades gestoras de seguridad social, especialmente con el RD 1314/1984, de 20 de junio, sobre estructura y competencias de la Tesorería General de la Seguridad Social.

Cuando se utilicen medios electrónicos, informáticos y telemáticos las solicitudes se considerarán presentadas y resueltas por la Dirección Provincial de la TGSS en la que el solicitante haya sido autorizado para su formulación a través del sistema RED (art. 39.1 RD 84/1996).

Sin perjuicio de su trascendencia, es necesario advertir, como ha confirmado la jurisprudencia, que los actos de encuadramiento son actos formales que no deben prejuzgar las relaciones materiales de cotización y prestación, al ser estos actos de distinto signo, como los de declaración y liquidación de la deuda contributiva y las de reconocimiento de prestaciones (STS 17-1-2006 [RJ 2006, 540]).

1.1.1 La inscripción del empresario

La inscripción de la empresa constituye el único acto de relación jurídica que vincula al empresario con la seguridad social. A estos efectos, tanto el artículo 99 de la LGSS como el artículo 5 del RD 84/1996, establecen que la inscripción de la empresa o del centro de trabajo constituye uno de los requisitos previos e indispensables para la iniciación de sus actividades. La inscripción de empresa es una obligación legal, que debe efectuarse con antelación al inicio de las actividades, cuyo incumplimiento origina para el empresario una serie de responsabilidades, no sólo por la falta de inscripción de la empresa, sino por la ausencia de cumplimiento de otras obligaciones como la afiliación, el alta o la cotización de los trabajadores que le prestan sus servicios.

A lo dicho, habría que añadir que el acto de la inscripción del empresario reviste considerable importancia, a otros efectos. Así, el empresario en el acto de solicitar la inscripción hará constar la entidad gestora o la entidad colaboradora para la protección, tanto de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, como para la cobertura de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes (arts. 11.2.3º y 13.4 RD 84/1996, de 26 enero). Para ello, el empresario deberá formalizar el documento de asociación bien sea con la entidad gestora o con la mutua según la opción que haya formulado. No obstante, la opción de la cobertura de la protección económica de incapacidad temporal por contingencias comunes a favor de una Mutua, solo es posible si dicha Mutua es, también, la encargada de la protección de los trabajadores por contingencias profesionales (DA 11.ª 1 LGSS).



Los documentos de cobertura o de asociación, según se haya formalizado con la TGSS o con la Mutua, producirán sus efectos desde el día de inicio de la actividad, salvo que la solicitud de inscripción se hubiera presentado en fecha posterior, en cuyo caso, los efectos se producirán desde el día de la presentación (art. 14.4 RD 84/1996).

Ante el incumplimiento de las obligaciones relativas a la inscripción de los empresarios, la TGS procederá de oficio a realizar las actuaciones correspondientes, dando cuenta al empresario afectado (art. 20.1 RD 84/1996). Los efectos de la actuación de oficio se producirán desde el mismo día en que se haya llevado a cabo la actuación inspectora o se hayan recibido los datos o los documentos que acrediten la actividad empresarial.

Como veremos en el análisis de las singulares derivadas de contingencias profesionales, la falta de inscripción del empresario tiene consecuencias derivadas, al constituir un acto al que se vincula la formalización del documento de asociación.

1.1.2 La afiliación de los trabajadores

La afiliación es el acto administrativo por el cual la Tesorería General reconoce la condición de persona incluida en el Sistema de Seguridad Social a quien por primera vez va a realizar una de las actividades que obligan a estar dentro del campo de aplicación del Sistema (art. 6.1 RD 84/1996). En este orden la afiliación se caracteriza por:

- Ser obligatoria para todas las personas comprendidas en el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, a efectos de los derechos y obligaciones en su modalidad contributiva.
- Ser exclusiva, ya que por la misma actividad nadie puede ser obligado a estar incluido en otro Régimen obligatorio de previsión (art. 8.1 LGSS).
- Ser única y general para todos los regímenes que componen el Sistema, sin perjuicio de que las personas afiliadas pueden cambiar de Régimen en función de la actividad que desarrollen en cada momento.
- Ser vitalicia, dado que se mantiene durante toda la vida de las personas.

Por tanto, la afiliación al Sistema de Seguridad Social, por sí sola o en unión de otros requisitos, constituye el título jurídico para la adquisición de derechos y el nacimiento de obligaciones en materia de protección social. A través de la afiliación se traslada a la entidad gestora o colaboradora la responsabilidad de proteger al trabajador, de tal manera que de no cumplirse la obligación legal de afiliar el empresario mantiene su responsabilidad.



La afiliación a la Seguridad Social ha de realizarse a instancia de los empresarios, si bien en los supuestos de incumplimiento cabe la posibilidad de que se efectúe a petición de los propios trabajadores, o de oficio por la TGSS (art. 100.1 y 2 LGSS; art. 23 RD 84/1996). Por tanto la norma fija las siguientes posibilidades:

- a instancia del empresario: los empresarios están obligados a solicitar la afiliación al Sistema de la Seguridad Social de quienes, no estando ya afiliados, comiencen a prestarles sus servicios por cuenta ajena (art. 24 RD 84/1996).
- a instancia del trabajador: los trabajadores por cuenta ajena, o asimilados, cuyo empresario no haya cumplido con sus obligaciones en materia de Seguridad Social pueden solicitar directamente su afiliación, en cualquier momento posterior a la constatación del incumplimiento empresarial. En esta situación, la TGSS dará cuenta a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
- de oficio: la afiliación se practicará de oficio por la TGSS cuando, como consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de los datos obrantes en las entidades gestoras y servicios comunes o por cualquier otro procedimiento, se compruebe que los empresarios no han cumplido con la obligación de solicitar la afiliación de sus trabajadores. Asimismo, si la actuación de oficio no está motivada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se le dará cuenta para que realice las comprobaciones oportunas (art. 26 RD 84/1996).

La solicitud de afiliación deberá formularse con anterioridad a la iniciación de la prestación de servicios del trabajador por cuenta ajena (art. 27.2 RD 84/1996). No obstante, cabe la posibilidad de que la TGSS autorice, excepcionalmente, la presentación de los datos para la afiliación en otro plazo más amplio cuando la empresa justifique que no puede comunicarla antes, bien por el volumen de contratación de trabajadores, o bien por la índole de su actividad (art. 32 RD 84/1996).

1.1.3 Altas y bajas de los trabajadores

Las altas, que también son obligatorias (art. 7.2 RD 84/1996), se diferencian del acto de la afiliación en que mediante ésta se vincula al sujeto con la Seguridad Social como consecuencia de su primer trabajo, mientras que las altas tienen como finalidad la incorporación del trabajador al régimen que corresponda según la actividad económica de su empresario. El alta sirve para formalizar y constituir la relación de seguridad social del trabajador y su incorporación a un régimen determinado, generando la titularidad de derechos.



Para practicar el alta se aplican las mismas reglas que para la afiliación a la Seguridad Social; por lo tanto, el alta ha de realizarse a instancia de los empresarios antes del inicio de la actividad, aunque se admite la posibilidad de que se efectúe a petición de los propios trabajadores o de oficio por la TGSS (art. 100.1 y 2 LGSS; art. 29 RD 84/1996).

La solicitud de alta deberá formularse con anterioridad a la iniciación de la prestación de servicios del trabajador por cuenta ajena, sin que en ningún caso pueda presentarse antes de los sesenta días naturales anteriores (arts. 29.1 y 32.3.1 RD 84/1996). No obstante, existen casos excepcionales, en los que se alteran las reglas generales, con los mismos requisitos que se aplican en materia de afiliación.

La realización de actividades múltiples tiene su propia ordenación. En efecto, el artículo 7.4 del R D 84/1996 se refiere a los supuestos de alta simultánea, distinguiendo entre la pluriactividad y el pluriempleo en los siguientes términos:

– La pluriactividad es la situación del trabajador por cuenta propia y/o ajena cuyas actividades dan lugar a su alta obligatoria en dos o más Regímenes distintos del Sistema de la Seguridad Social.

– El pluriempleo es la situación del trabajador por cuenta ajena que presta sus servicios profesionales a dos o más empresas y en actividades que dan lugar a varias altas en el mismo Régimen de la Seguridad Social.

Por lo tanto, el pluriempleo únicamente afecta a trabajadores por cuenta ajena, de ahí que nunca pueda darse en el Régimen especial de trabajadores autónomos, y sólo cuando las distintas altas se producen en el mismo Régimen. Mientras que la pluriactividad puede afectar, tanto a trabajadores por cuenta propia como a trabajadores por cuenta ajena y a diferentes Regímenes de la Seguridad Social.

En las situaciones de pluriempleo y pluriactividad, el alta debe efectuarse por cada actividad que se realiza y en el régimen que corresponda, siendo obligación de cada uno de los empresario para los que se presta actividad o del trabajador por cuenta propia

El artículo 102.2 LGSS establece que las altas solicitadas fuera de plazo no tienen efecto retroactivo alguno; de ahí que una de las características de este acto de encuadramiento sea que ha de practicarse antes de que comience la prestación de servicios por el trabajador (art. 102.2 LGSS; art. 35.1 RD 84/1996).

De esta manera, la regla general consiste en que las altas que se hayan presentado con carácter previo a la prestación de servicios surtirán sus efectos desde la fecha en la que se inicie la actividad.

No obstante, se establecen las reglas especiales siguientes:



- Si el alta ha sido solicitada dentro de los 60 días de antelación, no producirá efectos cuando el interesado comunique la no iniciación de la prestación de servicios del trabajador.
- En el caso de que el alta sea defectuosa, ésta surtirá sus efectos cuando se subsanen los defectos en el plazo de diez días.
- Si el alta se presentó fuera de plazo, producirá sus efectos desde el día en que se formule la solicitud, salvo que se hayan ingresado las cuotas en plazo reglamentario, en cuyo caso el alta retrotraerá sus efectos a la fecha en que se haya efectuado el ingreso de las primeras cuotas correspondientes al trabajador de que se trate.
- En el caso de que el alta se hubiera practicado de oficio por la TGSS, se retrotraerán sus efectos a la fecha en que los hechos que la motivan fueron conocidos. Es decir, desde la fecha en la que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social realizó su actuación, o desde la fecha en la que se dio la orden superior para actuar, o desde la fecha en que la entidad gestora solicitó la intervención de la Inspección, o desde la fecha en la que tuvo entrada la denuncia o queja que informaba de la ausencia de alta de un trabajador. Cuando la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social consista en un requerimiento de pago de cuotas o actas de liquidación definitiva en vía administrativa, siempre que se hubiera efectuado el ingreso de su importe, los efectos del alta se retrotraerán, para causar futuras prestaciones, a la fecha de inicio del período de liquidación figurado en el requerimiento o acta (art. 35.1.2 RD 84/1996).
- Si el alta fuera indebida se determinará la reposición a la situación existente en el momento anterior, de manera que procederá la devolución de las cuotas con deducción de las prestaciones percibidas, siempre que no hayan transcurrido más de cuatro años y que no hubieran sido ingresadas de mala fe. No obstante, si el alta era debida en otro Régimen de la Seguridad Social, las cotizaciones serán computadas recíprocamente (art. 60 RD 84/1996).

Como veremos, todos los supuestos descritos tienen su impacto en materia de responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones.

Las bajas de los trabajadores se corresponden con el cese en la actividad profesional que venían desarrollando, o con la extinción del contrato de trabajo que vinculaba al trabajador con una empresa determinada, o con el cambio a un centro de trabajo situado en diferente provincia, e incluso dentro de la misma provincia, si es necesaria la adscripción a una cuenta de cotización distinta (art. 29.1.1 RD 84/1996).



Para practicar la baja se aplican las mismas reglas que para la afiliación y el alta en la Seguridad Social; por lo tanto, la baja ha de realizarse a instancia de los empresarios, aunque se admite la posibilidad de que se efectúe a petición de los propios trabajadores o de oficio por la TGSS (art. 100.1 y 2 LGSS; art. 29 RD 84/1996).

Las solicitudes de baja de los trabajadores en el Régimen General deberán presentarse en el plazo de los seis días naturales siguientes al del cese en el trabajo (art. 32.3.2 RD 84/1996). Igualmente, cabe la posibilidad de que la TGSS autorice, excepcionalmente, la presentación de los datos para comunicar la baja en otro plazo más amplio cuando la empresa justifique que no puede cumplir el establecido con carácter general, bien por el volumen de contratación de trabajadores, o bien por la índole de su actividad (art. 32.3.3 RD 84/1996).

La regla general consiste en que la baja del trabajador producirá sus efectos desde el cese en la prestación de servicios, o en la actividad profesional, o desde la desaparición de las circunstancias que permitieron su inclusión en el Régimen de la Seguridad Social (art. 35.2 RD 84/1996). Además, la baja extingue la obligación de cotizar, siempre que se comunique en el modelo oficial y dentro del plazo establecido en el Reglamento General.

No obstante, existen algunas reglas especiales:

- Cuando la baja se presenta fuera de plazo no se extingue la obligación de cotizar hasta el día en que la TGSS conozca el cese en el trabajo o la desaparición de las condiciones que justificaban la inclusión en el Régimen correspondiente.
- En el caso de que la baja se hubiera practicado de oficio, la obligación de cotizar se extingue el día en que se haya realizado la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o en que se hubieran recibido los datos que acrediten el cese en el trabajo.
- Si la baja era indebida, la obligación de cotizar subsiste, aunque se deben diferenciar los efectos del alta que ello conlleva, de manera que el trabajador será considerado en situación de alta desde el momento en que concurre alguna de las causas siguientes para declarar la baja indebida: por lesionar derechos fundamentales y libertades públicas, o por haberse acordado por un órgano manifiestamente incompetente, o por resultar de imposible contenido, o por constituir (ser la consecuencia de) una infracción penal, o por haber prescindido absolutamente del procedimiento, o por ser una baja contraria al ordenamiento jurídico. En otro supuesto, el trabajador será considerado en alta desde la fecha en que se inicie el procedimiento administrativo que declaró indebida la baja (art. 61 RD 84/1996).



Sin perjuicio de las reglas descritas, los interesados pueden probar, por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, que el cese en la prestación de servicios tuvo lugar en una fecha distinta a la de la presentación de la baja, para conseguir la extinción de la obligación de cotizar (art. 35.2.4 RD 84/1996).

1.2 Requisitos de acceso a la protección y alta de pleno derecho

En el artículo 124.1 y 2 de la LGSS se señala que las personas incluidas en el campo de aplicación del régimen general de la Seguridad Social causarán derecho a las prestaciones contributivas –enumeradas, a su vez, en el artículo 38- cuando, además de los requisitos particulares exigidos para la respectiva prestación, reúnan el requisito general de estar afiliadas y en alta en dicho régimen o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal en contrario. A lo que se añade que, en las prestaciones cuya concesión o cuantía esté subordinada, además, al cumplimiento de determinados períodos de cotización, solamente serán computables las cotizaciones efectivamente realizadas o las expresamente asimiladas a ellas en la LGSS o en sus disposiciones reglamentarias. Por su parte, en el apartado 4 del precepto citado, se añade que no se exigirán períodos previos de cotización para el derecho a las prestaciones que se deriven de accidente, sea o no de trabajo, o de enfermedad profesional, salvo disposición legal expresa en contrario.

Pero antes de avanzar un paso más en este tema, cabe recordar que términos muy semejantes a los del artículo 124 se recogen en los artículos 41 y 126.1 de la LGSS. En efecto, en el primero de ellos se afirma que las entidades gestoras serán responsables de las prestaciones cuya gestión les esté atribuida, *“siempre que se hayan cumplido los requisitos generales y particulares exigidos para causar derecho a las mismas”* en las normas establecidas en el Título II de la LGSS por lo que respecta al régimen general y a la modalidad no contributiva de las prestaciones y en las específicas que sean aplicables a los distintos regímenes especiales.

Finalmente y como elemento de garantía, el artículo 125.3 de la LGSS establece que los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen General se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, aunque su empresario hubiere incumplido sus obligaciones. Igual norma se aplicará a los exclusivos efectos de la asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral. El precepto no incorpora las situaciones de riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, calificadas como



“riesgos profesionales”, deficiencia que pretende ser superada por su incorporación de forma expresa la norma reglamentaria, esto es, al artículo 29. 2 del RD 84/1996²⁵ .

Por último, debemos recordar que para las contingencias de origen común, juega la denominada automaticidad relativa, esto es, el anticipo de las prestaciones (*con los matices que se verán para la jubilación*) solo entra en juego cuando se han cumplido las obligaciones de afiliación y alta, lo que quiere decir, a sensu contrario, que incumplidas aquellas obligaciones (afiliación y alta) no entra en juego el principio de automaticidad y el empresario es el responsable directo frente al trabajador o sus causahabientes²⁶.

La triple distinción referida entre automaticidad absoluta (riesgos profesionales, desempleo y asistencia sanitaria), automaticidad relativa (contingencias comunes para trabajadores en alta) y no automaticidad (contingencias comunes para trabajadores sin alta), sitúa a nuestro ordenamiento en un espacio de complejidad y expulsión de la

²⁵ Artículo 29. Formas de promover las altas y bajas de los trabajadores.

2. No obstante lo establecido en el apartado 1, los trabajadores por cuenta ajena y asimilados incluidos en el campo de aplicación de los regímenes del sistema de la Seguridad Social se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta en ellos a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, desempleo, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, aunque su empresario hubiera incumplido sus obligaciones al respecto. Igual norma se aplicará a los exclusivos efectos de la asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral.

²⁶ Un ejemplo grafico de lo dicho en el texto en STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de noviembre de 2011, ante una falta de alta de 13 años, el Tribunal declara la responsabilidad de la empresa por la totalidad de una pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común, sin obligación de anticipo por parte de la entidad gestora, señalándose que: “... si se trata de contingencias comunes, el defecto de alta del trabajador impide la entrada en juego del principio de <automaticidad> y la responsabilidad prestacional se restringe al empresario infractor. Aplicando lo expuesto al presente supuesto, al no existir alta del trabajador en el Régimen General de la Seguridad Social y tratarse de incapacidad permanente total por contingencias comunes, no es posible aplicar el principio de automaticidad en orden a las prestaciones...”.



protección pública, sumamente criticable, como mayoritariamente lo ha hecho la doctrina y la jurisprudencia.

Con todo, el principio de automaticidad, cualquiera que sea la contingencia originaria, tiene actualmente un límite cuantitativo. En efecto, como establece el artículo 126.3 LGSS, el anticipo de las prestaciones, en ningún caso, podrá exceder de la cantidad equivalente a dos veces y media 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, MATEP o servicios. En todo caso, el cálculo del importe de las prestaciones o del capital coste para el pago de las mismas por las MATEP o empresas declaradas responsables incluirá el interés de capitalización y el recargo por falta de aseguramiento establecido pero con la exclusión del recargo por falta de medidas de seguridad y salud regulado en el artículo 123 de la LGSS. El límite previsto tiene sus derivaciones ya que la “garantía” de la automaticidad no es completa en términos cuantitativos, de lo que deriva el mantenimiento de la responsabilidad empresarial directa “no anticipada” en la diferencia entre el límite del anticipo (dos veces y media el SMI) y el límite de la prestación (tope máximo de cotización) o de la pensión (tope de pensión).

1.3 El incumplimiento de las obligaciones empresariales de relación jurídica y su alcance: la otra cara de la moneda

Como vimos, los instrumentos de relación jurídica, la afiliación y el alta, cuya formalización constituye obligación legal impuesta a los empresarios, se convierte en los ejes principales de la imputación de responsabilidad, que además exigen la previa inscripción del empresario, y así ha sido criterio constante en la jurisprudencia²⁷. Si bien y como hemos analizado, 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.

²⁷ SSTs 4 de febrero de 1991, 8 de julio de 1991, 7 de octubre de 1991, 30 de marzo de 1992, 28 de septiembre de 1992, 23 y 30 de enero de 1993, 12 de febrero de 1993, 11 de diciembre de 1995, 3 de abril de 1997 y 29 de diciembre de 1998 (R859/198) entre otras.



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. 12 y ss. y 100 de la LGSS 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 este 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.

En la ordenación vigente 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” 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 incumplidor.

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 LGSS 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, del oficio, por la actuación inspectora..., que nunca producen 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 supuesto 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 ya recogidas y ordenadas en el artículo 35 del RD 84/1996, de 26 de enero.

Lo riguroso de la ordenación 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 RD 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 jubilación anticipada de los que fueron (debieron ser)



mutualista, por ejemplificar el plazo más largo entre el incumplimiento y la aplicación de responsabilidad empresarial (STS de 20 diciembre 1998)²⁸

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 condicionantes 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 responsabilidad²⁹.

²⁸ En este sentido, STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de octubre de 2011 (Jur 2011/424946), firma: "... la prescripción de las cotizaciones en nada obsta a la responsabilidad empresarial del art. 126 de la LGSS por infracotización de la empresa demandada...". A estos efectos, el artículo 96.5 LSS establece que, "..., 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".

²⁹ Con especial detenimiento son identificadas por, BLASCO PELLICER A., *El régimen legal de la responsabilidad...cit*, pág. 35 y ss; y GALA DURAN, C *La responsabilidad empresarial derivada del incumplimiento de las obligaciones de afiliación/alta y cotización. Un problema sin solución, en AAVV. La responsabilidad del Empresario...cit*, Así, han declarado los Tribunales que el desarrollo **de una actividad empresarial sin la correspondiente licencia administrativa –actividad de juego- y sin dar de alta a los trabajadores, no constituye una situación equiparable a una falta de alta en la Seguridad Social** y, por consiguiente, dichos trabajadores –terceros de buena fe- deben ser protegidos por la entidad gestora, sin perjuicio de que ésta pueda reclamar a la empresa el coste de la prestación (SSTSJ de Baleares de 28 de septiembre de 2010 (Jur 2010/414781) y 22 de septiembre de 2010 (Jur



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 no³⁰. 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 jornada, independientemente

2010/397041). . **La misma solución se aplica cuando la falta de alta se debe no a una voluntad incumplidora de la empresa sino a un error propiciado por la propia entidad gestora (STS de 27 de enero de 2009 (RJ 1833)).**

³⁰ De este tema ya me ocupe hace bastantes años, parece que todo se repite, al respecto TORTUERO PLAZA, JL “ Los efectos jurídicos de la baja en la seguridad social” en *Revista de Jurisprudencia de Sanidad y Seguridad Social*, núm. 4, 1980.



de la hora concreta de su presentación³¹ (SSTS 23-6-2003 y 18-1-2007³²). 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 LGS”.

Igualmente se ha pretendido subsanar el incumplimiento del alta (y cumplimiento después del hecho causante) mediante el ingreso de las cotizaciones en plazo reglamentario, utilizando indebidamente la regla del art. 35 del RD 84/1996. En este orden los Tribunales han sido tajantes, así STS de 11 de octubre de 2006³³ afirma que :
“...la retroactividad o eficacia de las cuotas ingresadas dentro de plazo reglamentario, pero en casos en los que el alta en Seguridad Social es posterior al hecho causante, queda limitada a la fecha en la que se produjo el ingreso de aquellas cuotas y en

³¹ MORENO ROMERO destaca en estos supuestos el elemento de la “inmediatez” en MORENO ROMERO, F. La responsabilidad empresarial en materia de prestaciones a la luz de la incapacidad temporal, en AAVV. La responsabilidad del Empresario... cit., pág. 374.

³² En la STS de 18 de enero de 2007 se manifiesta que *“... se produce indudablemente la infracción de lo dispuesto en el artículo 32.3.º1º del Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliaciones, Altas, Bajas y variaciones de datos de Trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por RD 84/1996, de 26 de enero, en cuanto establece: <Las solicitudes de alta deberán presentarse por los sujetos obligados con carácter previo al comienzo de la prestación de servicios por el trabajador>, sin que a ese carácter previo de la actuación empresarial obste la utilización de procedimientos electrónicos, informáticos o telemáticos, pues ello no hace sino facilitar la diligencia en el cumplimiento de tal obligación por el empresario. La interpretación que hace la sentencia recurrida de que el alta tramitada el mismo día en que se comienza la prestación de servicios y con posterioridad al accidente hace que ese día quede cubierto por entender con independencia de la hora concreta en que se cursó el alta, dejaría ciertamente vacío de contenido el precepto que acabamos de comentar, en relación con los artículos 124 y 126 de la Ley General de la Seguridad Social... Consecuentemente, se infringe también el artículo 35.1.1º del mismo reglamento en cuanto la sentencia recurrida... trata de aplicar en el caso controvertido una retroactividad a efectos del alta que sólo viene prevista para el supuesto de que las primeras cuotas correspondientes al trabajador de que se trate hubieran sido ingresadas con anterioridad al momento del alta formal...”*.

³³ RJ 7658.



ningún caso al momento al que corresponda la primera de esas cuotas... ya que en el principal precepto analizado (art. 35.1.1.3º RD 84/96) lo que se dice es que el alta produce solo efectos desde su solicitud y no, como sostiene la resolución recurrida, desde el inicio de la actividad laboral, sin perjuicio de los efectos en cuanto a las cuotas ingresadas en plazo reglamentario, pero después de iniciada la relación laboral y de comenzada también la IT... el posterior ingreso de las cotizaciones, aunque se hubiera hecho en plazo, y siempre después de la baja médica, sólo surtirá efectos desde esa fecha, pero no incidirá en situaciones anteriores ni podrá subsanar entonces la ausencia de alta que motivó la denegación del subsidio por parte de la Entidad Gestora...”.

A modo de conclusión y con los matices dichos y los que se dirán más adelante, podemos afirmar que los incumplimientos empresariales en materia de afiliación y alta generan la responsabilidad del empresario³⁴ respecto del conjunto de la acción protectora³⁵, con la singularidad de que si el riesgo originario de la misma es de origen

³⁴ SSTs de 18 de enero de 2007 (RJ 2784), 14 de junio de 2011 (RJ 5338) y 18 de octubre de 2011 (RJ 2012/524) y SSTSJ de Murcia de 22 de febrero de 2010 (Jur 2010/155788), de Madrid de 2 de diciembre de 2011 (Jur 2012/23710), de Andalucía/Granada de 13 de abril de 2011 (AS 2169), de Galicia de 25 de marzo de 2011 (Jur 2011/166192) y de Cataluña de 28 de enero de 2011 (Jur 2011/162386).

³⁵ **Derivadas de contingencias profesionales:** asistencia sanitaria [SSTSJ de Andalucía/Granada de 13 de abril de 2011 (AS 2169) y Galicia de 25 de marzo de 2011 (Jur 2011/166192)], incapacidad temporal [SSTs de 18 de enero de 2007 (RJ 2784), 14 de junio de 2011 (RJ 5338) y 18 de octubre de 2011 (RJ 2012/524) y SSTSJ de Murcia de 22 de febrero de 2010 (Jur 2010/155788), de Madrid de 2 de diciembre de 2011 (Jur 2012/23710), de Andalucía/Granada de 13 de abril de 2011 (AS 2169)], incapacidad permanente [SSTs de 21 de septiembre de 2005 (RJ 8364) y 28 de abril de 2006 (RJ 4727) y STSJ de Andalucía/Granada de 13 de abril de 2011 (AS 2169)] muerte y supervivencia [³⁵ STSJ de Cataluña de 28 de enero de 2011 (Jur 2011/162386)]. Lógicamente las situaciones de riesgo durante el embarazo y la lactancia, ausentes en la LSS, quedan enmarcados, sin distinción, en las contingencias profesionales y, por tanto, inmersas en el principio de automaticidad.

Derivadas de contingencias comunes: incapacidad temporal [SSTs de 14 de junio de 2000 (RJ 5116), 7 de diciembre de 2005 (RJ 2006/406), 11 de julio de 2006 (RJ 8573), 11 de octubre de 2006 (RJ 7658) y 10 de julio de 2007 (RJ 8298) y SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de marzo de 2010 (AS 1526), de Madrid de 22 de abril de 2010 (AS 1748), de Aragón de 12 de mayo de 2010 (AS 2091) y 16 de mayo de 2011 (Jur 2011/238928), del País Vasco de 22 de junio de 2010 (Jur. 2010/415637) y 16 de noviembre de



profesional (incluyendo junto al accidente de trabajo, la enfermedad profesional y el desempleo, las nuevas situaciones de riesgo durante el embarazo y la lactancia natural) , como vimos, juega el principio de alta de pleno derecho, del que deriva la automaticidad absoluta de las prestaciones y, por tanto, el anticipo de las mismas por parte de la entidad gestora o colaboradora.

2010 (Jur 2011/132718), de Andalucía/Granada de 12 de julio de 2010 (Jur. 2011/97507) y de Islas Canarias/Las Palmas de 28 de febrero de 2011 (Jur. 2011/283279)] incapacidad permanente [STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de noviembre de 2011 (AS 51)]. Por lo que refiere a la maternidad y a la paternidad, que carecían de identidad singularizada en la LSS (bien por estar incorporada a la incapacidad laboral transitoria- en caso de maternidad- , bien por ser de nueva creación – en caso de la paternidad- la jurisprudencia viene aplicando las reglas de la incapacidad temporal por contingencia común (STSJ de Cataluña de 26 de enero de 2010 “... resulta innegable que el art. 95.1.2ª de la Ley de Seguridad Social de 1966 exige, de modo ineludible, el alta del trabajador para que proceda la obligación de anticipo por parte de la Entidad Gestora de la S.S. de la prestación económica de incapacidad laboral transitoria (hoy incapacidad temporal). En ausencia de aquélla, la prestación, por mandato del art. 95.1.3ª, <será abonada por el empresario directamente al trabajador y a su cargo>. Salvo que, como antes apuntábamos, se trate de contingencias profesionales. c) No es dable confundir la situación de descubierto o retraso en el pago de las pertinentes cotizaciones a la S.S. por parte de la empresa, situación en la que sí opera el señalado mecanismo de automaticidad en el pago, art. 95.1.2ª LSS de 1.966, mediante el oportuno anticipo y sin perjuicio del subsiguiente reintegro... con la que se contempla en este recurso de ausencia total de alta en el Régimen General de la S.S. al tiempo de producirse la actualización de la contingencia, supuesto en que la Entidad Gestora queda exenta de toda responsabilidad...”), lo que es técnicamente correcto al constituir una contingencia común, pero desvirtúa la intensidad y finalidad protectora de los institutos, que lógicamente están por encima de la construcción técnica. Por lo que refiere a la jubilación, ver más adelante el epígrafe singular dedicado a la misma.

Sobre este análisis jurisprudencial, GALA DURAN, C La responsabilidad empresarial derivada del incumplimiento de las obligaciones de afiliación/alta y cotización. Un problema sin solución, en AAVV. La responsabilidad del Empresario...cit,



El Tribunal Supremo ha resumido de forma grafica los términos del alcance de la responsabilidad empresarial por contingencias comunes con los siguientes postulados (14 de junio de 2000)³⁶:

1º) El artículo 95.1.2ª de la LSS 1966 exige, de modo ineludible, el alta del trabajador para que proceda al obligación de anticipo por parte de la entidad gestora de la prestación (*automaticidad relativa*). En ausencia de aquélla, la prestación, por mandato del artículo 95.1.3ª de la LSS 1966, será abonada por el empresario directamente al trabajador y a su cargo (*no automaticidad*), salvo que se trate de contingencias profesionales (*automaticidad absoluta*).

2º) No se puede confundir la situación de descubierto o retraso en el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social, situación en la que sí se aplica el principio de automaticidad en el pago, mediante el oportuno anticipo y sin perjuicio del subsiguiente reintegro (*automaticidad relativa*), con la ausencia total de alta al tiempo de producirse la actualización de la contingencia, supuesto en que la entidad gestora queda exenta de toda responsabilidad (*no automaticidad*)³⁷.

3º) el mandato del artículo 41 de la Constitución no puede llevar a la protección de situaciones como la que nos ocupa, por muy lamentables que puedan resultar desde una perspectiva humana, porque ello supondría desnaturalizar el carácter contributivo del régimen de Seguridad Social aplicable, sin tener en cuenta, al propio tiempo, las exigencias de financiación. Asimismo, conviene recordar que la determinación reglamentaria de los supuestos en que debe proceder el INSS al abono de las prestaciones, en los casos a que se refiere el artículo 126.2 y 3 de la LGSS, es tarea que no incumbe a los Tribunales sino al Gobierno.

Una vez más hay que dejar constancia que a triple distinción referida (en función de la situación o no de alta y del tipo de contingencia) entre automaticidad absoluta (riesgos profesionales, desempleo y asistencia sanitaria), automaticidad relativa (contingencias comunes para trabajadores en alta) y no automaticidad (contingencias comunes para trabajadores sin alta), sitúa a nuestro ordenamiento en un espacio de complejidad y expulsión de la protección pública, sumamente criticable, como mayoritariamente lo ha hecho la doctrina y la jurisprudencia.

³⁶ La misma solución en las SSTS de 7 de diciembre de 2005 (RJ 2006/406), 10 de julio de 2007 (RJ 8298) y 17 de febrero de 2009 (RJ 1837).

³⁷ Las cursivas son de los autores



1.4.-La singularidad de la jubilación en la doctrina del Tribunal Supremo

Ya me he referido a 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 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 INS deberá proceder al anticipo de la pensión, tal y como establece el artículo 95.2 de la referida LSS1966 , 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 138.3 de la LGS 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 174.1 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 derivadas 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 la LGS artículo 125.3, en los términos vistos.

2.- LOS INCUMPLIMIENTOS EN MATERIA DE COTIACION

2.1 Planteamiento general



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.

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*. De la distinción derivan importantes efectos, así: para, 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 defraudadora 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 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 idem” - cotización, sanción y responsabilidad³⁸- 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 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 incumplimiento, sino de sus repercusiones en el acceso y cuantificación de la protección, por tanto del daño causado.

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

³⁸ La aplicación del principio *non bis in idem* no ha sido ajena a la polémica jurídica, desde el hecho de de su discutido entronque constitucional hasta sus repercusiones procesales, pasando por los detalles de una construcción y operatividad que ha venido cambiando con el tiempo en virtud de la decisión, o necesidad, de la jurisprudencia. Para un análisis más detallado al respecto, vid: MUÑOZ LORENTE, J. La nueva configuración del principio non bis in idem. Madrid, Ecoiuris, 2001; VERA JURADO, D. J. “El principio non bis in idem y su aplicación a las relaciones de sujeción especial de la policía gubernativa”, REDA, nº 79, 1993; DOMINGUEZ VILA, A. Constitución y Derecho sancionador administrativo, Madrid, Marcial Pons, 1997, p: 259; NIETO GARCÍA, A. Derecho administrativo sancionador, 3ª edición, Madrid, Tecnos, 2002. p: 418; SANZ GANDASEGUI, F. La potestad sancionadora de la Administración: la Constitución Española y el Tribunal Constitucional, Madrid, Edersa, 1985, p: 137; REBOLLO PUIG, M. Potestad sancionadora, alimentación y salud pública, Madrid, INAP, 1989, p: 820., entre otros. Detenidamente en el marco que nos ocupa, IGARTUA MIRÓ, MT. Responsabilidad empresarial en riesgos profesionales, en AAVV La responsabilidad del empresario...cit, pag. 82 y ss.



trabajador está en “alta” y, por tanto, con anticipo de la parte de responsabilidad que corresponde al empresario³⁹.

³⁹ La sentencia en cuestión fundamente su fallo de la siguiente manera:

“[respecto de] la infracción del artículo 126 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con los artículos 94, 95 y 96 de la Ley Articulada de la Seguridad Social de 21 abril de 1966; estos últimos vigentes con rango reglamentario hasta que se desarrolle el precepto citado en primer lugar, como aclara la disposición transitoria segunda del Decreto 1645/1972. (...) El artículo 126.2 de la Ley General de la Seguridad Social establece que "el incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad, en cuanto al pago de las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva" y el artículo 94.2 b) de la Ley Articulada de la Seguridad Social prevé que el empresario responderá de las prestaciones causadas 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". Pero después de señalar que "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", el artículo 95.4 de la misma Ley prevé que "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". Por su parte la doctrina jurisprudencial ha moderado también la rigidez de la norma valorando la gravedad del incumplimiento empresarial y en este sentido la sentencia de 1 de junio de 1992, recogiendo y sintetizando la anterior doctrina de la Sala (entre otras, sentencias de 20 de marzo de 1987, 10 y 21 de octubre de 1988) establece que el desplazamiento de la responsabilidad no debe producirse "cuando los descubiertos sean ocasionales o esporádicos y de corta duración, pues un simple retraso o impago de las cuotas no puede constituir un motivo de asunción de responsabilidad por parte de la deudora", ya que en estos casos no es posible entender que existía una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de la obligación. En el supuesto que se decide no se trata ciertamente de un descubierto de corta duración, porque el período sin cotización es de doce meses, pero hay que tener en cuenta que la empresa ha continuado cotizando durante un periodo también significativo desde junio de 1994 a abril de 1995, lo que impide la configuración del caso como un supuesto de resistencia al cumplimiento, tratándose más bien, como apunta el Ministerio Fiscal en su



informe, de un incumplimiento parcial por presumibles dificultades de liquidez. Por otra parte, ese incumplimiento no ha tenido repercusión sobre el derecho de la trabajadora que reúne el período de cotización necesario para causar derecho a la prestación.”

[y continúa] “No desconoce la Sala que el artículo 94.2.b) de la Ley Articulada de la Seguridad Social ya citado configura el supuesto de responsabilidad por falta de ingreso de las cotizaciones de una forma en que ese incumplimiento se desvincula de las repercusiones de la falta de cotización en los requisitos de acceso a la protección: se responde por la simple falta de cotización; no por los efectos de ésta en la relación de protección. Pero este precepto -hoy con valor reglamentario y procedente de una norma preconstitucional debe ser objeto de una interpretación sistemática y finalista en la línea ya iniciada por la Sala (sentencias de 22 de octubre de 1975, 29 de enero de 1980, 16 de febrero de 1981) para salvar su legalidad y su conformidad con algunos principios fundamentales del ordenamiento jurídico y garantías constitucionales. En efecto, a diferencia de lo que ocurre en el marco de la ordenación del contrato de seguro con el incumplimiento de la obligación de abonar las primas (artículo 15 de la Ley 50/1980), en el Derecho de la Seguridad Social el incumplimiento de la obligación de cotizar no extingue las relaciones de seguridad social y el cobro de las cotizaciones debidas se realiza por vía ejecutiva con abono de los recargos procedentes (artículo 33 de la Ley General de la Seguridad Social). Por otra parte, la falta de ingreso de las cotizaciones es una infracción grave sancionable administrativamente (artículos 13, 37 y 38 de la Ley 8/1988). Por ello, para no vulnerar el principio "non bis idem" -cuya proyección constitucional reconocen las sentencias del Tribunal Constitucional 2/1981 y 159/1985- 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. En otro caso se sancionaría dos veces la misma conducta (sanción administrativa directa y sanción indirecta también administrativa por la vía de una responsabilidad, que no se justifica en el marco de la relación de protección) en un efecto que no puede autorizar una regla, que como el artículo 94.3 de la Ley de 21 de abril de 1966, que tiene, como se ha dicho valor reglamentario y es además anterior a la Constitución. De esta forma, se vulneraría además, como ya señaló la sentencia de 27 de febrero de 1996, el principio de proporcionalidad, pues el alcance de la responsabilidad no está en función de la gravedad del incumplimiento, sino de la cuantía de la prestación causada y de las demás variables que determinan en su caso el importe del capital coste cuando se trata de pensiones.”



La doctrina sentada por la Sentencia de 8 de mayo de 1997 choco 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 Supremos en Sentencia de 1 de febrero de 2000 (con voto particular ya citado)⁴⁰, que cerró las puertas a cualquier posibilidad de aplicación del criterios de proporcionalidad, 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 trate de *incumplimientos definitivos* y

[para finalizar concluyendo] “Desde esta perspectiva hay que examinar el artículo 126 de la Ley General de la Seguridad Social y en él se advierte que su número 1 establece claramente que cuando el derecho a la prestación se haya causado por haberse cumplido los requisitos legalmente previstos (el alta y, en su caso, los periodos de cotización) la responsabilidad corresponde a la entidad gestora, a la mutua de accidentes de trabajo o al empresario que asuma directamente el riesgo en virtud de las normas sobre colaboración voluntaria y, si ello es así, la regla del número 2 de este artículo sobre la responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de cotización no puede interpretarse como una norma autónoma de carácter sancionador, sino como una disposición que establece una responsabilidad conectada causalmente con el perjuicio que el incumplimiento empresarial ha producido en el derecho del trabajador. El empresario está obligado a reparar ese perjuicio y por ello debe responder, aunque la entidad gestora, para cumplir el interés público en la protección efectiva de las situaciones de necesidad, anticipe el pago de la prestación de acuerdo con el principio de automaticidad. Fuera de este supuesto el incumplimiento empresarial en materia de cotización será objeto de sanción con independencia de la recaudación en vía ejecutiva de las cotizaciones adeudadas, pero no debe determinar un supuesto de responsabilidad.”

⁴⁰ SEMPERE NAVARRO, A. V., “La responsabilidad empresarial en contingencias profesionales tras la STS 1 febrero 2000” en *Aranzadi Social*, nº 4, 2001.



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 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 argumentos⁴¹. 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 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 caer 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

⁴¹ “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”.



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 común⁴². El tiempo dirá cual es su alcance.

2.2 El alcance y la valoración de los incumplimientos en materia de cotización: una construcción jurisprudencial compleja e incierta

⁴² 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:

“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”



Una vez establecidas las principales líneas jurisprudenciales y la evolución que la doctrina ha venido señalando en las últimas décadas, conviene hacer un análisis más pormenorizado sobre cómo se termina configurando el marco de responsabilidades en orden a prestaciones en función de los diferentes incumplimientos que pudieran producirse en relación con la cotización.

Sin perjuicio de las valoraciones, que analizaremos seguidamente, sobre la intensidad del defecto de cotización, es necesario reiterar que en materia de riesgos comunes (como vimos en el epígrafe anterior y a diferencia de los riesgos profesionales, como también vimos), la doctrina mayoritaria sigue la tesis de la proporcionalidad instaurada desde 1997, de forma que existe una “...vinculación entre la apreciación de la responsabilidad y los efectos del incumplimiento empresarial en la relación jurídica de protección, tanto en el acceso a la protección como en la determinación de la cuantía de las prestaciones...”; declarando, asimismo, que, en todo caso, esa responsabilidad es proporcional a la gravedad del incumplimiento y existe la obligación de anticipo de la prestación a cargo de la correspondiente entidad gestora⁴³. Finalmente, conviene recordar también que en contingencias profesionales, el INSS, responde frente a la mutua de la posible insolvencia del empresario, lo que no es el caso de la incapacidad temporal por contingencias comunes (única prestación que puede gestionar las Mutuas)⁴⁴

⁴³ Recientemente en la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, pueden verse STSJ de Galicia de 21 de mayo de 2010 (Jur 2010/323075) y STSJ de Aragón de 22 de noviembre de 2010 (Jur 2011/49677).

⁴⁴ En este sentido recientemente, en la STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de febrero de 2012 se afirma: “... cuando a la mutua le corresponde el anticipo de la prestación de incapacidad temporal por contingencia común el Instituto Nacional de la Seguridad Social no responde frente a la entidad colaboradora por la eventual insolvencia del empresario, sin perjuicio de la responsabilidad que, frente al beneficiario, pudiera corresponder en virtud del principio de garantía pública de la acción protectora de la Seguridad Social en caso de insolvencia de la mutua. Es cierto que, en contingencias profesionales, el INSS, responde frente a la mutua de la posible insolvencia del empresario. Pero esa responsabilidad surge por su condición de sucesor del extinguido Fondo de Garantía de Accidente de Trabajo... que, conforme a su régimen regulador (artículos 39 a 41 del Decreto 22 junio 1956), garantizaba las



La concreción de la amplitud del período de descubiertos en la cotización que ha de concurrir para que se desencadene la responsabilidad empresarial, tanto en contingencias comunes como profesionales, ha sido una labor que ha llevado a cabo la jurisprudencia analizando los condicionantes que presenta cada caso particular, sin que pueda establecerse un criterio único al respecto en lo que a duración temporal se refiere. La doctrina tradicional del Tribunal Supremo afirma que los incumplimientos en materia de cotización sólo determinan el desplazamiento de la responsabilidad *si se han producido incumplimientos graves, descubiertos repetidos y constantes; no meros descubiertos ocasionales y esporádicos de corta duración, pues un simple retraso en el pago de las cuotas no puede constituir un motivo de asunción de responsabilidad*. Como se deduce de los criterios jurisprudenciales que se exponen a continuación, lo importe a efectos de imputar la responsabilidad no es sólo la duración del incumplimiento, sino su duración proporcional al período de aseguramiento y su relación de inmediatez temporal en el accidente⁴⁵.

prestaciones causadas por accidente de trabajo en el supuesto de insolvencia empresarial. Pero no existiendo una regulación equivalente para las contingencias comunes, es claro que no puede aplicarse al Instituto Nacional de la Seguridad Social la regla de subsidiariedad para el caso de la insolvencia patronal prevista para las contingencias profesionales...”

⁴⁵ Esta solución ha sido aplicada en materia de **contingencias profesionales**, recientemente, en el ámbito de los Tribunales Superiores de Justicia. Así para las prestaciones de asistencia sanitaria (STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de septiembre de 2010 (Jur 2010/348628) incapacidad temporal (SSTSJ de Cataluña de 20 de julio de 2011 (Jur 2011/330507), 20 de junio de 2011 (Jur 2011/289715) y 28 de febrero de 2011 (Jur 2011/181288), de Castilla-La Mancha de 23 de septiembre de 2010 (Jur 2010/348628), de Aragón de 9 de noviembre de 2011 (Jur 2011/426944), lesiones permanentes no invalidantes (STSJ de Islas Canarias/Las Palmas de 28 de abril de 2010 (AS 2789) y de incapacidad permanente (SSTSJ de Galicia de 16 de abril de 2010 (Jur 2010/193809) y 4 de febrero de 2011 (Jur 2011/116399), de Murcia de 21 de marzo de 2011 (Jur 2011/178709). Sobre este análisis jurisprudencial, GALA DURAN, C La responsabilidad empresarial derivada del incumplimiento de las obligaciones de afiliación/alta y cotización. Un problema sin solución, en AAVV. La responsabilidad del Empresario...cit,



En la STS 20 de enero de 2003 podemos encontrar una sistematización bastante exhaustiva del criterio seguido por la jurisprudencia hasta ese momento: “La Sala ha mantenido en sus últimos tiempos criterios generales bastante claros, que se concretan en los dos siguientes; a saber: a) Que la responsabilidad en estos casos está en función de la duración de los descubiertos en atención al período de seguro correspondiente al trabajador afectado, de forma que sólo cuando el período en descubierto es "expresivo de la voluntad empresarial de no cumplir con sus obligaciones de cotizar" debe imputarse esa responsabilidad prestacional a la empresa, lo que no se producirá cuando se trate de "incumplimientos transitorios, ocasionales o involuntarios" en cuanto que por serlo no obedecen a una voluntad de incumplir aquella obligación legal de cotizar, sino a otras circunstancias accidentales no constitutivas de incumplimiento determinante de responsabilidad. La Sala ha distinguido, en definitiva, entre incumplimiento doloso o incumplimiento negligente o fortuito, siendo en tal sentido como en diversas sentencias ha considerado que la empresa era responsable - así en STS 1-2-2000 (Rec.- 694/99) en que el descubierto era sólo de siete meses pero eran los únicos siete meses de relación laboral del trabajador con la empresa -; STS 21-2- 2000 (Rec.-71/99) en que la falta de cotización alcanzaba a un año y diez meses; STS 18-9-2000 (Rec.-3745/99) en un supuesto en el que el período de descubierto fue superior a dos años; STS 15-12-2000 (Rec.- 4348/99) contemplando casi cuatro años de descubierto; STS 5-2-2001 (Rec.- 2122/00) con cerca de tres años de descubiertos; STS 12-2-2001 (Rec.-131/2000) con un descubierto de dos años y tres meses; STS 5-3-2991 (Rec.-4606/99) en el que la empresa sólo había abonado un mes dentro del período de los doce meses anteriores que eran los únicos trabajados desde que había sido dado de alta en la empresa; STS 20-3-2001 (Rec.- 594/00) con más de doce años en descubierto; STS 21-3-2001 (Rec.- 2187/2000) con más de dos años de descubiertos; STS 5-4-2001 (Rec.-1838/2000) con más de cinco años de descubierto; STS 28-6- 2001 (Rec.- 3412/00) contemplando treinta y cuatro meses de falta de cotización; o STS 17-9- 2001 (Rec.-1824/2000) con descubiertos de más de dos años inmediatamente anteriores al accidente. Siendo importante, como puede apreciarse, no solo la duración del incumplimiento sino su duración proporcional al período de aseguramiento y su relación de inmediatez temporal con el accidente; y b) Que los únicos descubiertos a tener en cuenta son los anteriores al accidente dado que la responsabilidad empresarial sólo puede estimarse derivada de la actuación empresarial previa a la producción del accidente y no de cualquier actuación



posterior, cual puede apreciarse en la doctrina recogida en las sentencias de esta Sala de 22-2-2001 (Rec.-3033/2000) y 24-3-2001 (Rec.-794/2000).”

Como antecedente a la doctrina expuesta nos encontramos, por ejemplo, la STS 1 de junio de 1992 (Roj. 4368/1992), que fue la primera de las que abordan esta cuestión en unificación de doctrina, reiterando la doctrina que venía siendo aplicada con anterioridad, establece que seis meses de descubiertos se consideran ocasionales y de corta duración por lo que ha de exonerarse a la empresa deudora, siendo responsable la Mutua de Accidentes. Así mismo, un descubierto de ocho meses no puede configurarse como un caso de resistencia empresarial, sino como ocasional o esporádico como defiende la STS 25 de enero de 1999 (R 500/1998). E incluso encontramos ejemplos que señalan que un descubierto en el pago de cotizaciones de un año en la fecha del accidente, sin que existieran descubiertos posteriores y habiendo solicitado y obtenido la empresa un aplazamiento con posterioridad al accidente, ha de calificarse como un incumplimiento por presumibles dificultades de liquidez, y no un supuesto de resistencia al cumplimiento como es el caso de la STS 17 de marzo de 1999 (R 1034/1998).

Sin embargo, también encontramos casos en la jurisprudencia en los que una falta de cotización inferior a las que hemos señalado antes puede considerarse como determinante para establecer la responsabilidad empresarial. Es el caso, por ejemplo, de la ya señalada STS 1 de enero de 2000 (694/1999) en la que se establece que un descubierto de cotización de siete meses, que por su duración podría ser interpretado como ocasional, determina la responsabilidad empresarial cuando se establece que en realidad la empresa nunca llegó a cotizar por accidentes de trabajo ya que el descubierto abarcaba toda la duración de la relación laboral.

Por su parte, cuando nos encontramos con casos de descubiertos intermitentes, como es el caso que analiza la STS 1 de junio de 1992 que analiza el descubierto de una empresa de dos años pero producido de forma discontinua dentro de un largo período de seguro, se ha estimado que no debía producirse el desplazamiento de responsabilidad a la empresa: “en el supuesto de descubiertos repetidos y constantes por parte de una empresa ha de exonerarse de responsabilidad a las Mutuas Patronales... pero que esa responsabilidad no existe cuando los descubiertos sean ocasionales o esporádicos y de corta duración, pues un simple retraso o impago de las cuotas no puede constituir un motivo de asunción de responsabilidad por parte de la deudora; dogmática, dice, que es



de aplicación al caso, porque no puede afirmarse que existiera una intención de no pagar las cuotas de la Seguridad Social” (STS 1 de junio de 1992, Roj 20504/1992).

En la misma línea, el descubierto de cotizaciones se considera involuntario cuando se debe a dificultades económicas y de liquidez de la empresa que culmina en un procedimiento concursal en el que se integra la deuda por impago de cuotas, aunque dicha situación y el acuerdo con los acreedores sean posteriores al hecho causante (STSJ de Castilla-León (Valladolid), 25 de abril 2007)⁴⁶. Un supuesto similar en el que se basa la sentencia anterior viene contemplado en STS 19 de febrero de 2001: “La cuestión debatida, ya ha sido reiteradamente resuelta en casación para unificación de doctrina por esta Sala su sentencia de 1 de febrero de 2000 (recurso 694/1999, Sala General, voto particular), -seguida, entre otras, por las sentencias de 29 de febrero de 2000, (recurso 1106/1999), 27 de marzo de 2000 (recurso 2474/1999), 31 de marzo de 2000 (recurso 2271/1999), 19 de abril de 2000 (recurso 1976/1999), 18 de septiembre de 2000 (recurso 3745/1999), 13 y 27 de noviembre de 2000 (recursos 4380/99 y 3305/99)-, en donde se concluye que "en relación con las prestaciones derivadas de accidente laboral sigue siendo válida la aplicación de la doctrina tradicional en relación con la responsabilidad empresarial por falta de cotización, en el sentido de distinguir

⁴⁶ No obstante lo anterior, hemos de tener en cuenta que en los casos de empresas incursas en un procedimiento concursal, para que se actualice la responsabilidad subsidiaria de la entidad gestora se requiere que el procedimiento de concurso de la empresa haya concluido, ya que no resulta suficiente con que se haya incoado. En este sentido se pronuncia la STSJ de Cataluña 25 de octubre de 2010: “No puede por ello, aceptarse la interpretación extensiva del *artículo 274 del TRLPL* realiza el Magistrado de instancia, en el sentido de que basta una mera presunción de insolvencia que se produce por la existencia del concurso, para despachar ejecución contra el INSS, siendo necesaria una declaración judicial que debe ser real y no presunta, sin que puedan instarse ejecuciones individuales (*artículos 55 y 178.2 de la LC*) mientras continúa la tramitación del concurso, y ello es así porque tal y como manifiesta el letrado del INSS en su escrito a partir de la declaración del concurso, todos los acreedores incluida la mutua demandante, quedan integrados en la masa pasiva del concurso y, por consiguiente deberá esperar a que el mismo concluya, y se declare en su caso la insolvencia de la empresa” (STSJ de Cataluña 25 de octubre de 2010, R. 3355/2009).



según 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, para, en el primer caso imponer la responsabilidad del pago de las prestaciones a la entidad gestora o colaboradora y en el segundo a la empresa, con la responsabilidad subsidiaria del INSS (en su consideración de sucesor del antiguo Fondo de Garantía de accidentes de Trabajo). Tesis ésta que, aun no explicitada con argumentos concretos, ha sido aplicada ya por esta Sala en dos sentencias de 1999 al resolver sobre supuestos de responsabilidad empresarial por defectos de cotización [en concreto en las dos sentencias ... de 25-I-1999 (Rec.- 2345/98) y 17-III-1999 (Rec.- 1034/98), aunque en ellas se consideró que estábamos en presencia de descubiertos ocasionales y por ello no se hizo responsable al empresario]. Esta doctrina aplicada al supuesto de autos, en donde el trabajador sufrió un accidente de trabajo el 10 de abril de 1996 permaneciendo en situación de baja hasta el 6 de junio de 1997 en que la Unidad de Valoración Médica de Incapacidades emitió el preceptivo dictamen con propuesta de invalidez permanente total y, la empresa tenía al descubierto el pago de cotizaciones de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de julio de 1995 a mayo de 1996 y de octubre a diciembre de 1996, por cuyos descubiertos se sigue vía ejecutiva, dado que se encontraba al corriente de las restantes cotizaciones, resultan circunstancias moderadoras del incumplimiento empresarial, que ha de ser considerado transitorio motivado por problemas económicos, y no definitivo y rupturista, o expresivo de la voluntad empresarial de no cumplir con su obligación de cotizar, lo que determina la exoneración de responsabilidad del pago de las prestaciones a la empresa, manteniendo la responsabilidad de la Mutua de Accidentes.” (STS 19 de febrero de 2001, R 4602/2000).

Finalmente, descubiertos de más de 2 años son considerados incumplimientos definitivos y voluntarios, rupturistas o expresivos de la voluntad empresarial de no cumplir con su obligación de cotizar, de la voluntad rebelde del empresario, por lo que determinan la responsabilidad empresarial (STS 27 de marzo de 2000, R 2474/1999). Y evidentemente el criterio es el mismo en un supuesto de descubierto de cuatro de duración (STS 31 de marzo de 2000, R 2271/1999).

Como conclusión debemos tener presente que la doctrina del Tribunal Supremo es clara a la hora de establecer la responsabilidad empresarial en orden a prestaciones derivada de incumplimientos del deber de cotizar, y en ella se otorga más importancia a la intención última que mueve al empresario a generar los descubiertos que a la duración propia de los mismos. De este modo cuando la falta de cotización es considerada



transitoria, ocasional o involuntaria se impone la responsabilidad del pago de las prestaciones a la entidad gestora o colaboradora. En cambio, cuando el incumplimiento es considerado definitivo, voluntario, rupturista o expresivo de la voluntad rebelde del empresario para no cumplir con su obligación de cotizar, la responsabilidad corresponde a la empresa. En definitiva, la solución consistente en distinguir entre un descubierto ocasional y un descubierto constante o reiterado a la hora de decidir la existencia o no de responsabilidad empresarial, como afirma en orden al pago de prestaciones STS de 23 de abril de 2010 (RJ4863).

2.3 Falta parcial de cotización: infracotización.

Como hemos comentado con anterioridad, el incumplimiento de la obligación de cotización puede ser parcial, cuando la empresa deja de abonar no la totalidad de las cuotas de la Seguridad Social, sino parte de ellas. Esta situación da lugar a lo que se considera infraseguro, esto es, cuando se cotiza por una base inferior a la que corresponde al trabajador.

Podemos distinguir dos supuestos de falta parcial de cotización o infraseguro. De un lado, el abono de las cotizaciones en cuantía inferior a la debida como consecuencia de que se ha tomado como base de cotización una cantidad inferior a la que legalmente correspondería por aplicación de las normas que determinan la cuantía de la base de cotización en función de los conceptos retributivos que han de computarse. Y de otro lado, el caso de la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, aplicando unas tarifas de accidentes de trabajo inferiores a las que corresponden a la actividad que desarrolla.

En el primero de los casos se cotiza por una base de cotización inferior a la que correspondería al trabajador, por lo que sería éste el perjudicado en primera instancia ya que esta situación devendría en una merma a la hora de establecer las cuantías de las prestaciones a las que pudiera generar derecho. En el segundo de los casos, la base de cotización utilizada es la correcta, pero se aplica un porcentaje inferior al establecido para la actividad que se desarrolla, por lo que el perjudicado en esta ocasión es el propio sistema de seguridad social que ve con ello afectado su nivel de ingresos y con éstos los principios de suficiencia y equilibrio financiero que deben regir su labor.



El artículo 94.2.c LSS alude a ambos casos, de modo que se establece que si se ha cotizado por una cantidad inferior a la que corresponda al trabajador, el empresario deberá responder 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. Y, del mismo modo, en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se equipará al supuesto anterior la ocultación o falseamiento deliberados en la declaración de las circunstancias que hayan motivado un ingreso de cuotas o primas inferiores al que debería haberse aplicado.

Establecido así el marco regulatorio de la falta parcial de cotización cabe precisar a continuación las consecuencias de su incumplimiento. A continuación analizaremos la infracotización por base inferior a la debida, común a las contingencias profesionales y comunes, dejando el análisis de los problemas de tarificación para el estudio de ésta en el epígrafe de las singularidades de las contingencias profesionales

Cuando se ha cotizado por base inferior a la correcta, la entidad gestora o, en su caso, la Mutua de accidentes realizará el cálculo de la prestación correspondiente con arreglo a las bases por las que se ha cotizado. Puesto que necesariamente se determinará una cuantía inferior a la que realmente le correspondería percibir al trabajador de haberse efectuado la cotización de modo correcto, la empresa resultará responsable en cuanto a la diferencia existente entre ambos importes.

En los casos de infracotización, en contra de lo que sí ocurre en los supuestos de incumplimiento total de cotización, no cabe aplicar moderación alguna en base al artículo 95.4 LSS, que establece la posibilidad de poder “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”. La razón para ello es que en que la cotización inferior a la debida, en general y salvo supuestos muy singulares, se ha de atribuir a una conducta culpable de la empresa, que al omitir parte del salario en la base de cotización, defrauda conscientemente a la Seguridad Social, además de perjudicar al trabajador⁴⁷.

⁴⁷ No obstante cuando el empleador cotice por una base inferior a la legalmente aplicable debido a una controversia justificada deberá tomarse en consideración si la falta de aportaciones deriva o no de un error excusable. Concepto éste de error excusable que resulta de difícil delimitación, por estar sujeto a



Así, entre otras, se aplica este criterio en la STS 16 de junio de 2005 (R 3332/2003): “Aunque de forma un tanto confusa y sin cumplir con el rigor adecuado la exigencia impuesta al respecto por el *art. 222 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral*, la parte recurrente alega infracción del *art. 126 del Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social*, en relación con la infracción del principio "non bis in idem" en la proyección constitucional que reconocen las sentencias del Tribunal Constitucional 2/1981 y 159/1985. En tal sentido invoca como doctrina correcta la recogida en la sentencia de contraste que, a su vez se apoyan en la doctrina unificada de esta Sala establecida a partir de la sentencia de 8 de mayo de 1997. Al respecto, es conveniente aclarar, ya desde un principio, que la doctrina unificada que esgrime la sentencia de contraste no resulta de aplicación al caso contemplado en el presente recurso. En efecto, dicha doctrina unificada que libera de responsabilidad alguna a la empresa incumplidora de su deber de cotización a la Seguridad Social cuando, posteriormente y en virtud de la actividad inspectora de la Administración Laboral, abona las cotizaciones impagadas y la sanción correspondiente, solo resulta aplicable a aquellos supuestos de incapacidad laboral derivados de enfermedad común en los que se requiere un periodo de carencia para poder optar a la prestación de Seguridad Social correspondiente. En otro aspecto, dicha doctrina no resulta de aplicación para los supuestos concretos de infracotización a la Seguridad Social. Ciertamente, esa doctrina jurisprudencial se basa, en el principio "non bis in idem" porque entiende que si la empresa, inicialmente incumplidora de su deber de cotización a la Seguridad Social, con posterioridad abona las cotizaciones impagadas y, asimismo, asume la sanción impuesta por la autoridad laboral, el imponerle luego el abono de la pensión o de parte de ésta correspondiente a la trabajador que tuvo a su cargo, supondría, sin duda alguna, incurrir en violación del principio, ya mencionado, "non bis in idem", toda vez que se le haría pagar dos veces por la misma causa. Pero esta doctrina unificada, que vino a modificar el criterio jurisprudencial mantenido con anterioridad en orden a la responsabilidad empresarial en los casos de descubiertos totales y no de simple infracotización a la Seguridad Social, se halla referida, única y exclusivamente, para aquellos supuestos en los que la invalidez permanente derivada de enfermedad común y para los que se exige un periodo de carencia que, una vez cubierto, se entiende debe propiciar el reconocimiento de la contingencia asegurada con cargo exclusivo a la Seguridad Social, siempre y cuando

numerosas “incógnitas” y cuya concreción “no se percibe con claridad”: ORDEIG, FOS, J. M^a. “Hacia un régimen público de Seguridad Social. la responsabilidad: encrucijada de la jurisprudencia”, Revista Actualidad Laboral, nº 28, 1985, p: 1423.



por la empresa incumplidora y en momento anterior a dicha contingencia se hubiese producido el pago del descubierto en que incurrió y la sanción inherente al mismo. Para esos otros supuestos en los que la incapacidad permanente tiene su origen en un accidente laboral y para los que no se exige periodo de carencia alguno, obviamente, ha de seguir manteniéndose el criterio jurisprudencial anterior, en el que, como principio básico se mantiene la responsabilidad empresarial en los casos de impago o descubiertos completos a la Seguridad Social y solo se atempera esa responsabilidad en función de las circunstancias concurrentes y teniendo en cuenta, en todo caso, si la actitud incumplidora de la empresa responde, o no, a una contumaz voluntad de omitir de forma sistemática y continuada el deber de cotización con la Seguridad Social. A la vista de este último criterio jurisprudencial que viene a ser recogido en nuestra sentencia de 27 de mayo de 2004, dictada en el recurso nº 2843/2003 , en la que, a su vez, se hace cita, entre otras, de las sentencias de esta Sala, de 1 de junio de 1992 -rec. 1302/91-, de 22 de abril de 1994, dictadas en Sala General -rec. 2304/93 y 2475/93-, de 11 de julio de 1994 -rec. 18/94-, 20 de julio de 1995 -rec. 3795/94-, de 27 de febrero de 1996 -rec.1896/95-, de 22 de febrero de 1997 -rec. 3406/96-, de 25 de enero de 1999 -rec. 2345/98- y de 17 de marzo de 1999 -rec. 1034/98 -, resulta evidente que en el caso enjuiciado no puede ser aplicada la doctrina, de esta Sala iniciada en la sentencia de 8 de mayo de 1997 que, erróneamente, aplica, sin embargo, la sentencia propuesta como término de comparación”.

Continua razonando el Tribunal que “en el presente caso, nos hallamos ante una incapacidad permanente derivada de accidente laboral, en la que se acredita una infracotización en el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social por parte de la empresa, hoy recurrente, y durante un periodo que abarca a todo el año 2000 y que se extiende, no solo al trabajador demandante de autos, sino a 37 más de los que componen la plantilla de la misma. Dicha infracotización fue objeto de levantamiento de la correspondiente Acta de Liquidación por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sin que haya quedado acreditado en la sentencia impugnada que se hubiera hecho efectivo el pago de la liquidación y de la correspondiente sanción por parte de la empresa incumplidora, hoy recurrente. En otro aspecto, no puede desconocerse que la sentencia recurrida apoya todo su razonamiento jurídico en la conducta poco clara de la empresa recurrente que, bajo el impreciso concepto de "asignación gastos convenida" incluye una serie de emolumentos de distinta naturaleza, respecto de los que incurre en la infracotización a la que se deja hecha ya referencia y que imposibilita la aplicación de la doctrina de esta Sala que se contiene en la sentencia propuesta como término de contradicción. De aquí que, la Sala "a quo" entienda que en el comportamiento



empresarial extendido no solo 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, lo que, de acuerdo con la tradicional jurisprudencia de esta Sala, le lleva a imponer la responsabilidad a la empresa, por la diferencia de pensión correspondiente al trabajador demandante de autos, sin perjuicio de la obligación de anticipo que impone a la Mutua y de la responsabilidad, que en su caso, podría corresponder al INSS y a la TGS”.

A pesar de la claridad de la doctrina del TS y clásica en materia de infracotización, los elementos de ponderación de la responsabilidad, no aplicables en estos supuestos, han propiciado una doctrina confusa de los Tribunales Superiores de Justicia buscando una proporcionalidad inadecuada y sumada a la que va implícita en la propia responsabilidad por infracotización.

A este respecto el Tribunal Supremo se ha vuelto a pronunciar de forma clara y gráfica en su Sentencia de 8 de marzo de 2011 (RJ.3115) advirtiendo que “... *la doctrina de esta Sala ha ido fijando los supuestos en que procede atemperar la responsabilidad empresarial, distinguiéndose según se trate de prestaciones derivadas de accidente laboral o de enfermedad común, y en función de la repercusión del incumplimiento empresarial sobre los requisitos de acceso a la protección, señalando que esa 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... Conclusión que tiene su lógica puesto que la moderación de la responsabilidad en caso de infracotización va ínsita en la determinación de su alcance a cargo del empresario, que abarca solamente la diferencia entre la cuantía total de la prestación causada y la que corresponde a la Seguridad Social en virtud de las cuotas efectivamente ingresadas...*”

Lo anterior no impide, la existencia de supuestos excepcionales, destacados por la doctrina⁴⁸, en los que se admite la moderación de la responsabilidad empresarial en el

⁴⁸ GALA DURAN, C La responsabilidad empresarial derivada del incumplimiento de las obligaciones de afiliación/alta y cotización. Un problema sin solución, en AAVV. La responsabilidad del Empresario...cit,



supuesto de infracotización, cabe citar aquéllas en que la cuantía por la que no se cotizó resultaba discutida a nivel judicial o las situaciones de pluriempleo en las que la empresa ha seguido cotizando por una base inferior porque ignoraba que el trabajador hubiera dejado de cotizar en el otro empleo, o bien el caso en que resulta más que discutible la posible existencia de algún tipo de infracotización⁴⁹. Igualmente, no existe responsabilidad empresarial por infracotización en los supuestos en que se ha producido un encuadramiento indebido en el régimen general de la Seguridad Social –cuando el trabajador debía estar incorporado en el régimen especial de trabajadores del mar- y dicha circunstancia se debe a la absoluta anuencia de la propia Tesorería General de la Seguridad Social y del Instituto Social de la Marina⁵⁰.

3.- ELEMENTOS SINGULARES DE ORDENACIÓN VINCULADOS DE LA RESPONSABILIDAD EN ORDEN A LAS PRESTACIONES EN LOS SUPUESTOS DE CONTINGENCIAS PROFESIONALES

3.1 La importancia de la determinación del hecho causante en el caso de los riesgos profesionales.

⁴⁹ SSTSJ de Cataluña de 22 de septiembre de 2010 (Jur 2010/386502), de Madrid de 30 de junio de 2010 (Jur 2011/26372) y de La Rioja de 25 de mayo de 2010 (Jur 2010/214790).

⁵⁰ Así, en la STS de 4 de diciembre de 2010 (RJ 2011/1445) se afirma: “... la indebida afiliación del trabajador al RGSS no sólo fue llevada a cabo con la absoluta anuencia de la TGSS y del ISM, sino que incluso este mismo Organismo en el año 1997 rechazó... que otros muchos compañeros del actor (exactamente 39) fuesen correctamente encuadrados en el RETM, con lo que su actual postura – pretendiendo que la responsabilidad determinada por la errónea afiliación haya de imputarse a la empresa- justifica que se aplique el principio general del Derecho expresivo de que a nadie –incluida la Administración de la Seguridad Social- le es lícito beneficiarse de su propia torpeza...”. También, STS de 26 de septiembre de 2011 (RJ 7634) y STSJ del País Vasco de 13 de octubre de 2010 (Jur 2010/415311).



A la hora de establecer las posibles responsabilidades empresariales en orden a prestaciones de la Seguridad Social resulta una cuestión previa de absoluta importancia la determinación del hecho causante.

El hecho causante está entendido en nuestro ordenamiento como una situación de necesidad protegida por el sistema de Seguridad Social, en el caso que nos ocupa los riesgos profesionales, concretamente las relacionadas con el accidente de trabajo y la enfermedad profesional, aunque la legislación ha tendido a perfeccionar el ámbito profesional incluyendo también dentro del mismo las prestaciones de riesgo durante el embarazo y la lactancia natural⁵¹.

De esta manera el hecho causante supone el momento concreto en el que el trabajador genera el derecho a una prestación concreta reconocida por el sistema de Seguridad Social cuando para ello reúna los requisitos exigidos a tal fin. Por tanto es este concreto momento el que se ha de tomar como referencia a la hora de establecer el posible régimen de responsabilidades que un empresario pueda llegar a tener respecto de las prestaciones derivadas del primero en función de si ha cumplido o no, y en qué grado lo ha hecho, las diferentes obligaciones de inscripción, afiliación y cotización a la Seguridad Social a las que está legalmente obligado.

⁵¹ La Disposición adicional decimoctava, apartados ocho y diez, de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, reconoció a las prestaciones económicas por riesgo durante embarazo y por riesgo durante la lactancia natural naturaleza de prestaciones derivadas de contingencias profesionales. Al respecto del encaje jurídico y práctico que estas prestaciones han terminado teniendo en el marco de las contingencias profesionales y de los problemas surgidos en relación a una incompleta implementación normativa en lo relativo a distintas materias como las relacionadas con la lagunas legales en la cobertura de estas contingencias en el caso de empresas autoaseguradoras, la sucesión de entidades aseguradoras, la responsabilidad subsidiaria del INSS, entre otras; vid: SALAS BAENA, A. Prestaciones económicas por riesgo durante el embarazo y lactancia natural. Gestión de las prestaciones: lagunas legales y necesidad de desarrollo reglamentario, pp: 1-15 (adenda) en: BORRAJO DACRUZ, E. (Coordinador). Accidentes de Trabajo y Mutuas. Madrid, La Ley, 2009.



El hecho causante se despliega así en una doble dimensión. De un lado contiene una dimensión material referida al daño producido, en el caso del accidente de trabajo y la enfermedad profesional, o la situación protegida, en el caso de los riesgos durante el embarazo y la lactancia natural. Y de otro lado, contiene una dimensión temporal que respecto de la anterior despliega su eficacia en orden a concretar si en ese preciso instante el beneficiario reúne o no los requisitos que hacen posible el acceso a la prestación o, en caso contrario, si existe algún tipo de incumplimiento que limiten o impidan el acceso de los beneficiarios a las prestaciones de modo que de ello pueda derivarse algún tipo de responsabilidad y de quién es la misma.

Por su parte, en lo relativo a las mejoras voluntarias de las prestaciones de Seguridad Social, la doctrina jurisprudencial en torno a la determinación del hecho causante ha unificado el criterio a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo dictada por su Sala General con fecha de 1 de febrero de 2000 (RJ 2000/1069) donde se establece que “la noción de hecho causante que utiliza, de manera imprecisa, la legislación de Seguridad Social, no resulta aplicable a estos efectos, porque esa noción, que, como ha señalado la doctrina de esta Sala (sentencias de 3 y 11 de diciembre de 1991 [RJ 1991\9037 y RJ 1991\9054], 7 de julio de 1992 [RJ 1992\5588], 1 de marzo de 1993 [RJ 1993\2409] y 18 de julio de 1994 [RJ 1994\6682], entre otras), puede ser aplicable para determinar el momento en que ha de entenderse causada la prestación a efectos de derecho transitorio o para fijar el nacimiento de una situación protegida (...), no lo es para determinar la entidad responsable de las secuelas que derivan del accidente de trabajo. En este caso ha de estarse a la fecha del accidente, porque éste es el riesgo asegurado, y lo mismo sucede en relación con el reaseguro, (...) [de modo que] es la producción del accidente la que determina la aseguradora responsable, aunque el efecto dañoso (la incapacidad o la muerte) aparezca con posterioridad”.

Con anterioridad a la citada sentencia, tradicionalmente el hecho causante y la responsabilidad en orden a las prestaciones derivada del mismo se situaba en la fecha del dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades o, o si se consolidaban con anterioridad las secuelas, en la fecha de dicha consolidación, y ello con total independencia de la contingencia de las prestaciones de la Seguridad Social, pues el criterio se fijó igualmente tanto para las derivadas de contingencias comunes como



profesionales, sin hacer distinción alguna⁵². Sin embargo, a partir de la STS de 1 de febrero de 2000, la jurisprudencia en este sentido da un giro radical y procede a aplicar un criterio de aseguramiento puro, de modo que lo que prima es el riesgo asegurado (accidente de trabajo), y no las secuelas derivadas del mismo (incapacidad temporal, incapacidad permanente, o fallecimiento). Por tanto las responsabilidades en orden a prestaciones han de establecerse en estos casos en función de la póliza y la cobertura establecida en la misma vigente en el momento en el que se produce el accidente de trabajo, aunque la declaración de las lesiones derivadas del mismo tengan lugar en un momento posterior y aún a pesar de que ya no se encuentre en vigor la propia póliza y sus coberturas. En este mismo sentido se han pronunciado coincidiendo con la jurisprudencia marcada desde al año 2000 las SSTS de 14 Marzo de 2000 (RJ 2000/2857), 21 Marzo de 2000 (RJ 2000/2872), 27 marzo de 2000 (RJ 2000/3125), 10 y 18 (2) de Abril de 2000 (RJ 2000/3522, 5145, 3968), 24 Mayo de 2000 (RJ 2000/4639), 20 de Julio de 2000 (RJ 2000/8197), 21 de Septiembre de 2000 (RJ 2000/8212), 4 de Octubre de 2001 (RJ 2002/1415), entre otras.

El hecho causante de esta forma se constituye como referencia temporal a partir de la que despliega sus efectos el cuadro de responsabilidades, que más adelante estudiaremos con mayor detenimiento, y en el que en todo caso cabe señalar los siguientes elementos como principales en orden a las prestaciones derivadas por contingencias profesionales.

3.2 Alcance del principio de automaticidad

Como ya se ha comentado, nuestro ordenamiento ofrece en el caso de los riesgos profesionales un tratamiento diferenciado, más perfecto y garantista, del establecido con carácter general para los riesgos comunes. De este modo, en virtud del artículo 125.3 de la LGSS, en el caso de los riesgos profesionales, esto es, accidente de trabajo,

⁵² SÁNCHEZ REYES, M. M. “Mejoras voluntarias. A propósito de la sentencia del TSJ de Canarias, Las Palmas, de fecha 29.09.00 y posteriores”. Revista Derecho.com, nº 15, septiembre de 2004.



enfermedad profesional, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural y desempleo, y a los exclusivos efectos de la asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral, cuando el empresario incumpla sus obligaciones en materia de inscripción, afiliación o cotización a la Seguridad Social se considerará en todos estos casos que se está ante una situación de alta de pleno derecho. Por tanto los trabajadores afectados en estos casos no se ven privados de su derecho a las correspondientes prestaciones que pudieran haberse originado con ocasión de su actividad laboral, como consecuencia de la aplicación del principio de automaticidad de prestaciones por el que la entidad que haya asumido la cobertura del riesgo en cuestión debe adelantar al trabajador las mencionadas prestaciones.

Sin embargo esta mejor protección reconocida para el trabajador no supone un eximente de la responsabilidad que en su caso quepa atribuir al empresario incumplidor en los supuestos en los que tal circunstancia se produzca y, por extensión, al resto de actores que intervienen en la protección de los riesgos profesionales. De esta forma, el incumplimiento empresarial de sus obligaciones de inscripción de la empresa, y de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social de los trabajadores a su servicio determina la responsabilidad empresarial, aunque opera el principio de automaticidad en las prestaciones de modo que éstas son anticipadas por parte de la entidad gestora o la mutua (art. 126.3 LGSS).

El INSS, en su calidad de entidad gestora, o bien la mutua aseguradora, en su calidad de entidad colaboradora, procederá al pago de las prestaciones al beneficiario, subrogándose en los derechos y acciones del mismo frente al empresario declarado responsable de prestaciones por resolución administrativa o judicial, o frente al INSS por haber asumido las funciones que correspondían al Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, pero únicamente se puede ejercitar contra el empresario responsable subsidiario tras su previa declaración administrativa o judicial de insolvencia, provisional o definitiva⁵³.

⁵³ Problemática distinta se ha planteado respecto al descuento de las prestaciones de incapacidad temporal. Así, no responde el INSS frente a la mutua cuando el empresario abona la IT como pago delegado descontándose de las correspondientes cotizaciones, a pesar de no hallarse al corriente en



las mismas. Ese descuento constituye una infracción por parte del empresario responsable de las normas sobre recaudación en periodo voluntario, al proceder a compensar un pago, que, aunque real, no había hecho en nombre de la mutua ni por delegación de ésta, sino cubriendo una responsabilidad propia. Al ser, por tanto, un problema de recaudación en periodo voluntario, el INSS, como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes, no es responsable subsidiario frente a la mutua. En este sentido se pronuncia, entre otras, la STS 29 de noviembre de 2011 que se pronuncia en los siguientes términos: “la doctrina de la Sala a partir de las sentencias de 4 de febrero y 8 de julio de 1991 , seguida de numerosas resoluciones posteriores, ha precisado que, si bien las normas sobre las funciones de garantía en la legislación anterior -Seguro de Accidentes de Trabajo y LASS- sólo preveían la subrogación a favor del Fondo de Garantía, como "único garante de los derechos de los beneficiarios, a partir de la recepción del principio de automaticidad la subrogación se extiende a las Mutuas en cuanto, en virtud de este principio, asumen el anticipo de la prestación. Ahora bien, las sentencias citadas añaden que "lo anterior debe «entenderse acorde con la transitoria sexta de la Ley General de la Seguridad Social, en la que se dispone la subsistencia del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, con mantenimiento de sus competencias y funciones", pues este mandato demuestra que la instauración del principio de automaticidad de las prestaciones no debe "alterar el área de responsabilidad del citado Fondo, ni debía suponer, por tanto, que parte de la que a éste correspondía hubiera de recaer sobre la Mutua Patronal que, como consecuencia de dicho principio, hubiera, anticipado prestaciones causadas, ya que tal pago, como se ha dicho, produce subrogación en los derechos y acciones que correspondieran al beneficiario". De ahí que el INSS y eventualmente la Tesorería General de la Seguridad Social en el ámbito de sus respectivas competencias, en cuanto sucesores del extinguido Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, deban responder subsidiariamente ante la Mutua en caso de insolvencia del empresario.” [sin embargo, continúa argumentando la sentencia] “Esa extensión de la responsabilidad se produce en orden al cumplimiento de la función de garantía del efectivo abono de la prestación para el beneficiario, es decir, cuando el empresario incumple la obligación de pago de la prestación, bien de forma directa o mediante la constitución del capital coste, lo que obliga a la Mutua a hacerse cargo de la prestación para que ésta tenga efectividad. Pero no ha sido esto lo que ha sucedido en el presente caso. La prestación se ha abonado por el empresario, aunque indebidamente ese abono se ha realizado como pago delegado y se ha descontado de las correspondientes cotizaciones. Ese descuento constituye una infracción por parte del empresario responsable de las normas sobre recaudación en periodo voluntario, al proceder a compensar un pago, que, aunque real, no había hecho en nombre de la Mutua ni por delegación de



ésta, sino cubriendo una responsabilidad propia. Por ello, el descuento indebido no tiene amparo en el art. 52 del Reglamento General de Recaudación , aprobado por el Real Decreto 1415/2004, en relación con las normas que regulan la colaboración obligatoria de las empresas y, en concreto, del art. 20 de la Orden de 25 de noviembre de 1966. Pero esa infracción no puede dar lugar a una acción atendible de garantía por parte de la Mutua frente a la Administración de la Seguridad Social, porque la Mutua no ha realizado ningún pago al trabajador para cubrir la desprotección causada por el incumplimiento del empresario, que *ha pagado correctamente* la prestación al trabajador, pero la *ha descontado indebidamente* a la Mutua, con lo que, aparte de las posibles sanciones administrativas aplicables, estamos ante un problema de recaudación en periodo voluntario, que determinará en su caso el recurso a la vía ejecutiva para recuperar lo indebidamente descontado. Es cierto que no resulta aplicable la doctrina de nuestras sentencias de 26 de junio y 3 de julio de 2002 , pues se refieren a supuestos en que no existía ninguna responsabilidad empresarial en materia de prestaciones y el empresario se había limitado a descontar como pago delegado el importe de una prestación que no había abonado al trabajador, con lo que la responsabilidad directa de la Mutua no quedaba alterada y, en consecuencia, si ésta pagó al trabajador, lo hizo para atender a su propia responsabilidad, con independencia de que el empresario practicara además un descuento improcedente que podría haber determinado un doble pago de la entidad colaboradora, al hacer efectiva la prestación y al soportar su descuento indebido por quien no la había pagado. Pero el supuesto aquí decidido sí es el mismo que el que resolvió la sentencia de contraste, cuyo criterio hay que reiterar por las razones expuestas. La responsabilidad subsidiaria que se pide frente la Administración de la Seguridad Social está fuera de la función de garantía, incluso en la interpretación extensiva que realizó la Sala a partir de la sentencia de 4 de febrero de 1991 , porque la responsabilidad del Fondo de Garantía de Accidentes, que ahora asumen sus sucesores lo era para cumplir esa función, cuando "la entidad aseguradora" o "el patrono" dejasen de satisfacer las prestaciones, pero no se extiende a cubrir los perjuicios que la entidad colaboradora pueda sufrir por el funcionamiento irregular de la repercusión del pago delegado en la recaudación en periodo voluntario." (STS 29 de noviembre de 2011, R. 372/2011).



El pago procede aun cuando se trate de empresas desaparecidas. Del mismo modo, dicho anticipo no puede, en ningún caso, exceder de la cantidad equivalente a 2,5 veces el 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 ha de incluir el interés de capitalización y el recargo por falta de aseguramiento, pero con exclusión del recargo por falta de medidas de seguridad e higiene.

La Mutua de accidentes y enfermedades profesionales puede reclamar a la empresa y, subsidiariamente al INSS, el importe del capital coste y el de los intereses de capitalización, siempre que su actuación haya sido conforme a derecho: “cuando las situaciones que se acaban de indicar se derivan de un accidente de trabajo y es la Mutua correspondiente la que ha tenido que asumir la obligación de anticipar el pago de la pensión causada por tal contingencia, una vez que da cumplimiento a esa obligación, la Mutua, tiene pleno derecho a ser resarcida de todos los gastos y desembolsos que ella haya tenido que efectuar para llevar a cabo tal anticipo, con la única excepción de aquellos abonos o mayores gastos que sean imputables a su negligencia, dolo o morosidad. Si la Mutua hubiese tenido que llevar a cabo la correspondiente constitución del capital coste de renta, es obvio que el derecho al resarcimiento comentado comprende y alcanza a todos los gastos y pagos que la misma hubiese hecho efectivos para constituir ese capital coste” (STS 11 de julio de 2007, R. 2967/2006).

Así mismo, se considera exclusivamente responsable a la empresa del pago de la mejora de las prestaciones pactadas en convenio colectivo, sin que exista responsabilidad subsidiaria de la mutua o el INSS: “En armonía con lo razonado, la sentencia de esta Sala de 8 de Abril de 1997 añadió que "si es la empresa la que se obliga directamente o concierta la mejora con otras entidades distintas de las gestoras de la Seguridad Social, ninguna responsabilidad puede imputarse a éstas últimas en el abono de la mejora” (STS 8 de junio de 1998, R. 1502/1997).



Por su parte cuando dos empresas comparten con carácter solidario la responsabilidad de las prestaciones de Seguridad Social, son también responsables las entidades que por cuenta de aquéllas (INSS o Mutua) garantizan el anticipo de las mismas (STSJ de Baleares 27 de junio de 2008, R. 238/2008).

3.3 Singularidades de la falta de inscripción y cobertura de los riesgos profesionales

3.3.1 La inscripción y los actos derivados

Regulado, como vimos, en el artículo 99 LGSS los empresarios, como requisito previo e indispensable la iniciación de sus actividades deben solicitar su inscripción el Régimen General de la Seguridad Social, o, si cumple los requisitos específicos para ello, en alguno de los regímenes especiales, haciendo constar la entidad gestora o, en su caso, la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social que haya de asumir la protección por las contingencias profesionales. Es también una obligación comunicar las variaciones que pudieran producirse referentes tanto a la actividad como al cambio de entidad que asuma la protección de las citadas contingencias profesionales.

En los términos del artículo 15 del RD 84/1996, la inscripción identifica al empresario y las circunstancias que concurren en el mismo a efectos de la inclusión de los trabajadores a su servicio. Por su parte la formalización de la protección por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales determina la responsabilidad de la Entidad Gestora o Colaboradora que hubiere asumido la protección por las prestaciones derivadas de dichas contingencias, siempre que se cumplan las obligaciones de cotización y demás requisitos generales y particulares exigibles para causar derecho a las mismas en los términos establecidos en el artículo 41 LGSS..

En este mismo sentido, continúa el Reglamento referido que, la infracción de lo dispuesto en lo relativo a inscripción y formalización de coberturas por parte de una



entidad, por no tener establecida la protección de su personal o parte de él respecto de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, además de las responsabilidades de todo orden a que haya lugar, determinará que las cuotas debidas se devenguen a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social.

En el caso de empresas no inscritas se debe declarar la responsabilidad del empresario del accidente, esto es, de las prestaciones derivadas del siniestro, y subsidiariamente del Instituto Nacional de la Seguridad Social, como heredero del extinguido Fondo de Garantía sustitutorio de las obligaciones de los patronos no asegurados.

Del mismo modo si la empresa inicia su actividad laboral sin estar inscrita, no existe desplazamiento de la responsabilidad empresarial que pudiera producir un accidente de trabajo, al no existir todavía aseguradora de esa contingencia⁵⁴, (TCT 25 de febrero de 1987) por lo que corresponde también al INSS anticipar las prestaciones al trabajador en razón del principio de automaticidad de las prestaciones.

⁵⁴ A este respecto son numerosos los autores que han señalado que el origen del principio del desplazamiento de responsabilidad hunde sus raíces en el ámbito del seguro privado: “ Es la idea, propia del seguro privado, del desplazamiento del riesgo la que se encuentra tras esta referencia a la responsabilidad de Gestoras o Colaboradoras del art. 41 LGSS; desplazamiento que, en el ámbito del seguro, tiene lugar mediante la suscripción de la póliza de aseguramiento y el pago de la prima, que hace responsable de prestaciones, para sí mismo o para terceros, a otro sujeto diferente de quien originariamente debería asumir dicha responsabilidad. Y que, en el terreno de la Seguridad Social, se materializa con el cumplimiento de las obligaciones en este ámbito por parte del sujeto a quien la norma las atribuye”, GONZALEZ ORTEGA, S. y GARCÍA MUÑOZ, M. La responsabilidad de las Mutuas de accidentes de trabajo. en MERCADER UGUINA, J. (Coordinador). Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Madrid, La Ley, 2007. p. 542



La falta de observancia de la obligación de inscripción determina la responsabilidad de la empresa, no sólo por la propia inexistencia de inscripción⁵⁵ que en sí misma supone un veto para comenzar la actividad⁵⁶, sino también porque ello supone a su vez el incumplimiento de otras obligaciones legales como la afiliación y alta de los trabajadores a su servicio y la cotización por ellos a la Tesorería General de la Seguridad Social. Por ello, el incumplimiento total por no haber solicitado la inscripción en ningún momento, o haberlo hecho de forma tardía o extemporánea⁵⁷ una vez iniciada la actividad, harán surgir la responsabilidad empresarial de las prestaciones a que tengan derecho los trabajadores mientras subsista la situación de incumplimiento. En este sentido se ha de señalar que la jurisprudencia ha establecido con claridad que la inscripción posterior al inicio de la actividad carece de efectos retroactivos respecto del desplazamiento de responsabilidades⁵⁸.

Un efecto similar al de la falta de inscripción puede derivar de una inscripción incorrecta en la que exista ocultación deliberada o falseamiento en la declaración de actividades. Debemos tener presente que en el momento de la formalización de la inscripción y efectuar la opción de aseguramiento con una Mutua, la empresa debe comunicar a la Tesorería General de la Seguridad Social la actividad económica

⁵⁵ SSTCT 15 de marzo de 1982, 7 de enero de 1985, 25 de febrero de 1987, ó 4 de mayo de 1989, entre otras.

⁵⁶ A este respecto “la norma es categórica al fijar la necesidad de efectuar la inscripción en el plazo fatal, o sea, antes del comienzo del funcionamiento de la empresa, por lo que si ésta inició su actividad laboral sin estar inscrita, contraviniendo los preceptos citados, no puede desplazar la responsabilidad del accidente producido entonces hacia la entidad aseguradora”, HEVIA-CAMPOMANES CALDERÓN, E; MIRANDA RIVAS, F.; VIVANCO BUSTOS, M^a C. y GÓMEZ CAMPOY, F.: Los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. incapacidad temporal por contingencias comunes. 3^a ed., Madrid, Colex, 2000. pg. 256.

⁵⁷ La jurisprudencia ha venido históricamente señalando que los plazos para realizar la inscripción han de considerarse tan importantes como el acto mismo. En este sentido, entre otras, SSTC 2 julio y 26 noviembre 1973, 10 febrero 1981, 7 noviembre 1985, ó 25 febrero 1987.

⁵⁸ Entre otras, SSTC 10 de febrero de 1981, 26 y 27 de abril de 1983, 7 de enero y 7 de noviembre de 1985, 19 de diciembre de 1986 ó 25 de febrero de 1987.



principal, así como aquellas actividades concurrentes, que tendrá la empresa con el objeto de que la citada TGSS establezca la tarificación que corresponda para la cotización que cubra los riesgos profesionales de accidente de trabajo y enfermedad profesional en los términos en los que lo regula el art. 14.3 del RD 84/1996 Reglamento general de afiliación. Si existiera una ocultación deliberada o falseamiento en la declaración de las actividades, podría desplazarse la responsabilidad a la empresa por infraseguro además de tener que abonar las diferencias que se le reclamaran conforme al Reglamento General de Recaudación, tal y como veremos con mayor detalle más adelante.

3.3.2 La tarificación

Ya hemos visto que tal y como se establecen en los artículos 15 a 17 LGSS para las coberturas de las contingencias profesionales, el obligado a cotizar es exclusivamente el empresario, naciendo dicha obligación desde el momento de iniciación de la actividad correspondiente y manteniéndose hasta que la misma finalice definitivamente.

En el momento de la inscripción, según la regulación del artículo 11.1.2º RD 84/1996, el empresario deberá hacer constar “la actividad económica principal de la empresa así como, en su caso, otras actividades concurrentes con ella que impliquen la producción de bienes y servicios que no se integren en el proceso productivo de la principal” y, a mayor abundancia, tal y como recoge el artículo 5.3 del mismo reglamento, “los empresarios deberán comunicar también a la Tesorería General de la Seguridad Social la realización de actividades económicas distintas de las declaradas al solicitar la inscripción inicial, siempre que impliquen la producción de bienes o servicios que no se integren en el proceso productivo de la actividad económica principal; los datos de los trabajadores de la empresa que presenten especialidades en materia de cotización; las variaciones que se produzcan en los datos facilitados con anterioridad y cualesquiera otras circunstancias que a estos efectos determine el Ministerio de Trabajo e Inmigración”.



La actividad económica se constituye por tanto como el principal elemento a la hora de determinar la tarificación, esto es, el tipo de cotización a aplicar, que corresponde a las coberturas por riesgos profesionales. El artículo 14.3.1ª RD 84/1996 continúa concretando que para “la tarificación y formalización del documento de asociación o de cobertura de las contingencias profesionales, en función de la actividad o actividades económicas declaradas por el empresario, la dirección provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o la administración de la Seguridad Social competente practicará la tarificación que corresponda, asignándole los tipos de cotización que resulten aplicables de la tarifa de primas vigente para la cotización a la Seguridad Social por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (...) la tarificación realizada se comunicará al empresario de forma simultánea a la de su inscripción en el respectivo régimen de la Seguridad Social”

Así, el tipo de cotización a aplicar en el caso de las contingencias profesionales se determina en base a una tarifa de primas establecida para cada una de las distintas actividades económicas siguiendo el Código Nacional de Actividades Económicas (CNAE), y calculadas, en principio, a partir del nivel de siniestralidad registrado en cada una de estos sectores de actividad y atendiendo a los principios de suficiencia y equilibrio financiero del sistema. Dicha tarifa comprende en cada caso un tipo general para cada actividad y, a su vez, determina que una parte de las mismas vaya destinada a la cobertura de la incapacidad temporal (IT) y otra parte haga lo propio con las prestaciones de invalidez, muerte y supervivencia (IMS). En todos los casos estas primas por contingencias profesionales tienen, a todos los efectos, la condición de cuotas de la Seguridad Social

La tarifa de primas actualmente vigente para la cotización a la Seguridad Social por las contingencias de accidente de trabajo y enfermedades profesiones está establecida por la Disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, en la redacción dada por la disposición final octava de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado



para el año 2010, y no se han modificado desde ese momento hasta la fecha actual⁵⁹. En dicha norma se recogen las distintas tarifas para cada una de las actividades económicas de modo que todas ellas oscilan en un rango que oscila entre el 0,90% y el 7,15%⁶⁰.

⁵⁹ Igualmente hemos de señalar que desde el año 2010 opera en el ámbito de la cotización asociada las contingencias profesionales un nuevo sistema de cotización variable ajustado a la siniestralidad de cada empresa y no sólo a la media registrada en el sector de actividad. Dicho sistema se basa en incentivos sobre la tarifa de primas general en base al principio de “bonus malus”, y está regulado en el Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral. Este nuevo sistema de cotización se articula en base a la posibilidad que el art. 108.3 LGSS permite para el establecimiento de primas de cotización variables en atención a la actividad preventiva de las empresas individualmente consideradas, y permite reducir la cuantía de las primas “en el supuesto de empresas que se distingan por el empleo de medios eficaces de prevención”, así como aumentar su cuantía a aquellas empresas que “incumplan sus obligaciones en materia de higiene y seguridad en el trabajo”, estableciendo el límite máximo del “bonus” en hasta el 10% de la cuantía de las primas y el “malus” en hasta el 20%, articulado en forma de devolución de las cotizaciones ya satisfechas y facturación adicional, según los casos. No obstante, los desarrollos reglamentarios derivados de este RD 404/2010 se han limitado a regular exclusivamente el “bonus” para las empresas que mejoran sus niveles de prevención y mejoran así reducir su siniestralidad, olvidando deliberadamente la dimensión punitiva del procedimiento, por lo que algunos autores hablan más bien de un “bonus-nullus”: SEMPERE NAVARRO, A. V. “Del bonus-malus al bonus-nullus”, *Aranzadi Social* nº 4, 2010, p: 1; LAFUENTE SUÁREZ, J. L., “El sistema de incentivos para la reducción de cotizaciones por contingencias profesionales. Análisis crítico de urgencia”, *Actualidad laboral*, nº 13, 2010, p:8. Del mismo modo, para un análisis más exhaustivo del nuevo sistema de cotización establecido a partir del RD 404/2010 vid: GINES I FABRELLAS, A., *Prestaciones de la Seguridad Social por contingencias profesionales*, Albacete, Bomarzo, 2012, p:32-3; BLASCO LAHOZ, J. F. “El nuevo sistema de “bonus” en las cotizaciones por disminución de la siniestralidad laboral”, *Información Laboral*, nº 9, 2010, p: 2-11. , entre otros.

⁶⁰ La prima más baja está establecida para las actividades de confección de prendas de vestir (excepto cuero, peletería y punto) y Actividades de fotografía, mientras que la más alta está prevista en los casos



Cuando en una empresa concurren, junto con la actividad principal, otra u otras que deban ser consideradas auxiliares con respecto de aquélla, el tipo de cotización será el establecido para dicha actividad principal. Cuando la actividad principal de la empresa concorra con otra que implique la producción de bienes o servicios que no se integren en el proceso productivo de la primera, disponiendo de medios de producción diferentes, el tipo de cotización aplicable con respecto a los trabajadores ocupados en éste será el previsto para la actividad económica en que la misma quede encuadrada.

A partir de la aplicación de las reglas anteriores se calcularán las primas que habrá de satisfacerse, y su periodo de liquidación estará referido a mensualidades completas, salvo que se establezcan o se autoricen expresamente liquidaciones por períodos

de trabajos habituales en interior de minas y en los de extracción de piedra ornamental y para la construcción, piedra caliza, yeso, creta y pizarra. No obstante lo anterior, hemos de señalar que en los últimos años se ha venido asistiendo a una considerable reducción de las tarifas de primas más altas. Valga como ejemplo los casos de las mismas actividades que se han referenciado más arriba. En el caso de las actividades textiles, cuya prima se sitúa actualmente en 0,90%, podemos comprobar que en 1980⁶⁰ ya se preveía una tarifa muy similar, concretamente el 1,00%, y hasta diciembre de 2006 operó el 0,90%; mientras que en el caso de los trabajos de minería, actualmente con una prima situada en el 7,15%, en 1980 sin embargo tenía establecida una prima que prácticamente la duplicaba, concretamente el 13,00%, y del mismo modo hasta diciembre de 2006 la prima que tenía atribuida era considerablemente superior, concretamente de 11,70%. Aunque, como se ha comentado antes, el establecimiento de las tarifas se realiza, en principio, atendiendo a los índices de siniestralidad registrados en cada uno de los sectores de actividad así como a los principios de suficiencia y equilibrio financiero del sistema, en ninguna de las últimas actualizaciones normativas de estas primas (leyes de Presupuestos Generales del Estado para 2007, 2009 y 2010) se han incluido a este respecto ningún tipo de justificación de dicha decisión.



superiores o inferiores. Dichas liquidaciones de cuotas deben recaer sobre bases constituidas por retribuciones referidas al mes natural al que corresponda su devengo, con independencia de que el pago deba efectuarse dentro del mismo plazo o en otro distinto establecido al efecto.

Se ha de señalar también a este respecto que en el caso de que se hubiese arbitrado algún tipo de aplazamiento de cuotas, éstas nunca cubriría las obligaciones que surgen por el impago de cuotas en el caso de contingencias profesionales, ya que con arreglo al artículo 40 del RD 1637/1995 “salvo que por ley se disponga otra cosa, los aplazamientos no podrán comprender las cuotas correspondientes a las contingencias de accidentes de trabajo”, por lo que no existe a este respecto posibilidad de exonerar de responsabilidad del empresario⁶¹.

3.4 Ubicación de la responsabilidad del empresario por irregularidades en la tarificación

Como regla general, las irregularidades en materia tarificación se sitúan en el espacio de la cotización y no en el entramado de las responsabilidades empresariales en materia de prestaciones. Por tanto, la defectuosa aplicación de una determinada tarifa, podrá provocar la correspondiente reclamación de las diferencias de cotización con los recargos e interés establecidos, sin derivar en una responsabilidad en materia de prestaciones, asimilando el supuesto a los casos de infracotización. Así lo ha entendido la jurisprudencia, al afirmar que “la infracotización (descrita) no afecta a la base de la prestación ni a ningún otro parámetro que sirva para determinar el importe de las pensiones en cuestión. En efecto, se trata de un accidente de trabajo para el que, como se sabe, "no se exigirán periodos previos de cotización" y la base reguladora de las prestaciones se calcula en función de las retribuciones efectivamente percibidas por el trabajador accidentado. Es por ello que el defecto de cotización consistente en haber

⁶¹ RIVAS VALLEJO, P. La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social e caso de riesgos profesionales, en: PUMAR BELTRÁN, N. (Coordinadora) La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral, Albacete, Bomarzo, 2006. p: 211.



efectuado la empresa los ingresos de la prima por un epígrafe distinto al que corresponde según el reglamento, no incide en absoluto --al menos de modo directo-- en las prestaciones a percibir por los beneficiarios. Esos defectos, en principio, únicamente tienen consecuencias en el plano de la relación jurídica de cotización, no en el de la acción protectora. Por tanto, las acciones y derechos que la mutua aseguradora pueda ejercitar frente al único sujeto incumplidor (el empresario, pues "la cotización completa correrá a cargo exclusivamente de los empresarios": *art. 103.3 LGSS/1994*) en orden a obtener el pertinente resarcimiento de las deudas de cotización, con los recargos que en su caso pudieran corresponder (cuestiones estas cuya revisión jurisdiccional ni siquiera corresponde al orden social: *art. 3.b LPL*)⁶², al carecer de cualquier efecto sobre la relación jurídica de protección, pues no influye en absoluto ni en el derecho al reconocimiento de las prestaciones ni en la determinación de su cuantía, no es posible, en principio, hacer recaer sobre el empresario responsabilidad prestacional de clase alguna, ni siquiera aplicando el criterio de proporcionalidad⁶³.

⁶² Exclusión mantenida por el artículo 3.f) de la *Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*: "De las impugnaciones de los actos administrativos en materia de Seguridad Social relativos a inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores, así como en materia de liquidación de cuotas, actas de liquidación y actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas y con respecto a los actos de gestión recaudatoria, incluidas las resoluciones dictadas en esta materia por su respectiva entidad gestora, en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta con las cuotas de Seguridad Social y, en general, los demás actos administrativos conexos a los anteriores dictados por la Tesorería General de la Seguridad Social; así como de los actos administrativos sobre asistencia y protección social públicas en materias que no se encuentren comprendidas en las letras o) y s) del artículo 2".

⁶³ STS 18 de febrero de 2008 (RJ 2008, 3029) reiterada por STS de 21 de julio de 2009 (RJ 2009,553)



El matiz a la regla descrita, viene impuesto por el tenor del artículo 94.2.c LSS.1966⁶⁴, que en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales equipara al supuesto del número 5 del artículo 92⁶⁵ (infracotización) “la ocultación o falseamiento deliberados en la declaración de las circunstancias que hayan motivado un ingreso de cuotas o primas inferiores al procedente”. En este orden, la jurisprudencia, tras recordar que, la norma referida “no puede interpretarse como una norma autónoma de carácter sancionador, sino como una disposición que establece una responsabilidad conectada causalmente con el perjuicio que el incumplimiento empresarial ha producido en el derecho del trabajador”, pone el acento en la conducta del empresario, esto es, en la exigencia de “ocultación o falseamiento deliberado en el documento de asociación”. De esta forma, advierte que “solo en el caso de que conste expresamente acreditada una conducta empresarial deliberadamente rebelde e intencional, será posible atribuir al empresario incumplidor responsabilidad prestacional, a pesar de que las diferencias de cotización no afecten de forma directa a la relación de protección”. Para ello, advierte la Sentencia – y no es tema menor- es necesario que la cuestión sea planteada expresamente en la demanda y que la entidad gestora o colaboradora despliegue una actividad probatoria “intensa” en orden a acreditar tanto la ocultación o falseamiento, como la intencionalidad del empresario⁶⁶.

⁶⁴ 94.2. “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:

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 procedente”.

⁶⁵ 5. La cotización efectuada con arreglo a una base inferior a la que corresponda al trabajador surtirá efectos por la cuantía efectivamente ingresada, sin perjuicio de la responsabilidad empresarial que corresponda de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 94.

⁶⁶ STS 18 de febrero de 2008 (RJ 2008, 3029) reiterada por STS de 21 de julio de 2009 (RJ 2009,553)



A mayor abundamiento de esta doctrina, el Reglamento general de afiliación establece que cuando se encuentre probado que se haya producido dolo, negligencia o morosidad por parte del empresario, éste resultará responsable para abonar las diferencias de las prestaciones y las cuotas no satisfechas, además de también quedar sujeto a las responsabilidades que haya lugar. Así se establece respectivamente en los artículos 58.2 y 57.2 RD 84/1996 al señalar en el primer caso que “cuando la formalización y la tarificación del documento de asociación y, en su caso, la opción de cobertura de la prestación por incapacidad temporal que resulten indebidas se hubiere producido con dolo, negligencia o morosidad se estará, además, a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo anterior y no procederá la devolución de las cuotas ingresadas maliciosamente”, y en el segundo “quien, en relación con la inscripción del empresario que resulte indebida, hubiere obrado con dolo, negligencia o morosidad, quedará sujeto a las responsabilidades a que haya lugar. La Tesorería General de la Seguridad Social dará cuenta de los hechos a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a efectos del levantamiento de las actas de infracción que procedan y ejercitará las demás acciones que le asistan”.

Finalmente si la tarificación indebida fuese imputable a error de la Tesorería General de la Seguridad Social, y cuando la misma no actúe en calidad de empresario, vendrá obligada a resarcir a los interesados de los perjuicios que les hubiere ocasionado, tal y como establece el artículo 58.1.2º RD 84/1996 “si el origen o causa de la tarificación indebida fuera imputable a error de la Tesorería General de la Seguridad Social o, en general, a la administración, sin que ésta actúe en calidad de empresario, no se aplicará recargo alguno a la diferencia o, en su caso, se devolverá el exceso, independientemente de la obligación de resarcir a los interesados los perjuicios que se les hubiera ocasionado.”

3.5 Responsabilidades en materia de prestaciones vinculadas a obligaciones de prevención.



Desde la órbita de la seguridad social es clásico el establecimiento de responsabilidades empresariales en materia de prestaciones por contingencias profesionales⁶⁷, derivadas de incumplimientos relacionados con tareas propias de la prevención de riesgos laborales⁶⁸, entre los que destacan los incumplimientos de paralización de trabajos ordenados por la Inspección de Trabajo y los relacionados con el incumplimiento de la obligación de realizar reconocimientos médicos periódicos en actividades de riesgo de enfermedad profesional.

En lo relativo al primero de estos casos, se considera que, en virtud del artículo 195 LGSS, el incumplimiento por parte de las empresas de la decisión de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social (ITSS) y de las resoluciones de la autoridad laboral

⁶⁷ Entre otras, vid: COMÍN, F. “Las fases históricas de la Seguridad Social en la España del siglo XX”, en TORTUERO PLAZA, J.L. Cien años de Protección Social en España. Libro conmemorativo del I Centenario del Instituto Nacional de Previsión. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007 pp: 643-686; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.J. Seguridad e higiene en el trabajo. Formación histórica y fundamentos. Consejo Económico y Social, Madrid, 1997. pp: 240-ss.; VALDEOLIVAS, Y. y MORÓN, R. “La seguridad en el trabajo: de la Ley de Accidentes de trabajo a la vigente Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en AA.VV. Cien años de Seguridad Social. Fraternidad-Muprespa y UNED, Madrid, 2000. pp: 688-ss.

⁶⁸ En este sentido resulta interesante comprobar cómo el marco jurídico en esta materia ha venido evolucionando y madurando a lo largo del tiempo: *“que el empresario sea principal obligado y responsable de la garantía de seguridad en el marco de su empresa, en una posición que reviste hoy caracteres singulares, fruto de la experiencia adquirida en el tratamiento jurídico de décadas de desarrollo de esta materia y de las nuevas condiciones productivas, organizativas, técnicas y económicas en que hoy se envuelven las prestaciones de trabajo y que modifican las exigencias prevencionistas. Por ello, aunque históricamente esa deuda de seguridad tuvo un tono claramente paternalista, inspirador de todos los deberes de protección del empresario, la regulación actual rompe ese cordón umbilical, reconociendo un principio de protección objetiva, genérica y omnicompreensiva, de la que, siendo acreedores los trabajadores, llega a independizarse de ellos para configurar también un deber investido de cierta naturaleza pública, cuyo incumplimiento justifica, así, la imposición de sanciones penales y administrativas”* VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. Aseguramiento y protección social de los riesgos profesionales. Análisis a la luz de la responsabilidad empresarial en materia preventiva. Bomarzo, Albacete, 2012. pp:13-14.



sobre la paralización de los trabajos, se equipara, respecto de los accidentes de trabajo que puedan producirse, a la falta de formalización de la protección por esta contingencia, con independencia de cualquier otra responsabilidad o sanción a que hubiese lugar.

En este sentido debemos señalar que las competencias de la ITSS en esta materia se encuentran desarrolladas en diferentes normas, tanto en las propias reguladoras de la función inspectora, como en las referidas a la Seguridad Social, infracciones y sanciones o seguridad y salud. En concreto, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales establece en sus artículos 9⁶⁹ y 44⁷⁰, respectivamente, las funciones

⁶⁹ El art. 9 establece las funciones de la ITSS Social en los siguientes términos: “1. Corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la función de la vigilancia y control de la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

En cumplimiento de esta misión, tendrá las siguientes funciones:

- a. Vigilar el cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, así como de las normas jurídico-técnicas que incidan en las condiciones de trabajo en materia de prevención, aunque no tuvieran la calificación directa de normativa laboral, proponiendo a la autoridad laboral competente la sanción correspondiente, cuando comprobase una infracción a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, de acuerdo con lo previsto en el capítulo VII de la presente Ley.
- b. Asesorar e informar a las empresas y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones cuya vigilancia tiene encomendada.
- c. Elaborar los informes solicitados por los Juzgados de lo Social en las demandas deducidas ante los mismos en los procedimientos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.
- d. Informar a la autoridad laboral sobre los accidentes de trabajo mortales, muy graves o graves, y sobre aquellos otros en que, por sus características o por los sujetos afectados, se considere necesario dicho informe, así como sobre las enfermedades profesionales en las que concurren dichas calificaciones y, en general, en los supuestos en que aquélla lo solicite respecto del cumplimiento de la normativa legal en materia de prevención de riesgos laborales.
- e. Comprobar y favorecer el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los servicios de prevención establecidos en la presente Ley.



f. Ordenar la paralización inmediata de trabajos cuando, a juicio del inspector, se advierta la existencia de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud de los trabajadores.

2. Las Administraciones General del Estado y de las comunidades autónomas adoptarán, en sus respectivos ámbitos de competencia, las medidas necesarias para garantizar la colaboración pericial y el asesoramiento técnico necesarios a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que, en el ámbito de la Administración General del Estado serán prestados por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

Estas Administraciones públicas elaborarán y coordinarán planes de actuación, en sus respectivos ámbitos competenciales y territoriales, para contribuir al desarrollo de las actuaciones preventivas en las empresas, especialmente las de mediano y pequeño tamaño y las de sectores de actividad con mayor nivel de riesgo o de siniestralidad, a través de acciones de asesoramiento, de información, de formación y de asistencia técnica.

En el ejercicio de tales cometidos, los funcionarios públicos de las citadas Administraciones que ejerzan labores técnicas en materia de prevención de riesgos laborales a que se refiere el párrafo anterior, podrán desempeñar funciones de asesoramiento, información y comprobatorias de las condiciones de seguridad y salud en las empresas y centros de trabajo, con el alcance señalado en el apartado 3 de este artículo y con la capacidad de requerimiento a que se refiere el artículo 43 de esta Ley, todo ello en la forma que se determine reglamentariamente.

Las referidas actuaciones comprobatorias se programarán por la respectiva Comisión Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a que se refiere el artículo 17.2 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para su integración en el plan de acción en Seguridad y Salud Laboral de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

3. Cuando de las actuaciones de comprobación a que se refiere el apartado anterior, se deduzca la existencia de infracción, y siempre que haya mediado incumplimiento de previo requerimiento, el funcionario actuante remitirá informe a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el que se recogerán los hechos comprobados, a efectos de que se levante la correspondiente acta de infracción, si así procediera.

A estos efectos, los hechos relativos a las actuaciones de comprobación de las condiciones materiales o técnicas de seguridad y salud recogidos en tales informes gozarán de la presunción de certeza a que se refiere la disposición adicional cuarta, apartado 2, de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.



que corresponden a la ITSS, entre las que se señala “Ordenar la paralización inmediata de trabajos cuando, a juicio del inspector, se advierta la existencia de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud de los trabajadores”, y el procedimiento que se ha de seguir para realizar dicha paralización de trabajos cuando se “compruebe que la inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales implica, a su juicio,

4. Las actuaciones previstas en los dos apartados anteriores, estarán sujetas a los plazos establecidos en el artículo 14, apartado 2, de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

⁷⁰ En su art. 44 regula el procedimiento a seguir por la ITSS para proceder a la paralización de trabajos en los siguientes términos: Paralización de trabajos.

“1. Cuando el Inspector de Trabajo y Seguridad Social compruebe que la inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales implica, a su juicio, un riesgo grave e inminente para la seguridad y la salud de los trabajadores podrá ordenar la paralización inmediata de tales trabajos o tareas. Dicha medida será comunicada a la empresa responsable, que la pondrá en conocimiento inmediato de los trabajadores afectados, del Comité de Seguridad y Salud, del Delegado de Prevención o, en su ausencia, de los representantes del personal. La empresa responsable dará cuenta al Inspector de Trabajo y Seguridad Social del cumplimiento de esta notificación.

El Inspector de Trabajo y Seguridad Social dará traslado de su decisión de forma inmediata a la autoridad laboral. La empresa, sin perjuicio del cumplimiento inmediato de tal decisión, podrá impugnarla ante la autoridad laboral en el plazo de tres días hábiles, debiendo resolverse tal impugnación en el plazo máximo de veinticuatro horas. Tal resolución será ejecutiva, sin perjuicio de los recursos que procedan.

La paralización de los trabajos se levantará por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que la hubiera decretado, o por el empresario tan pronto como se subsanen las causas que la motivaron, debiendo, en este último caso, comunicarlo inmediatamente a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

2. Los supuestos de paralización regulados en este artículo, así como los que se contemplen en la normativa reguladora de las actividades previstas en el apartado 2 del artículo 7 de la presente Ley, se entenderán, en todo caso, sin perjuicio del pago del salario o de las indemnizaciones que procedan y de las medidas que puedan arbitrarse para su garantía.”



un riesgo grave e inminente para la seguridad y la salud de los trabajadores”. Del mismo modo, la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en su art. 7.10 vuelve a regular dentro de las posibles medidas derivadas de la acción inspectora de la ITSS la de “Ordenar la paralización inmediata de trabajos o tareas por inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, de concurrir riesgo grave e inminente para la seguridad o salud de los trabajadores”.

En el momento en el que la ITSS decide la paralización o suspensión inmediata de los trabajos dicha medida debe ser notificada a la autoridad laboral y la empresa responsable, quien, a su vez, debe ponerlo en conocimiento de inmediato de los trabajadores afectados, el comité de seguridad y salud, o delegado de prevención o, en su ausencia de estos, de la representación unitaria de los trabajadores.

La decisión de paralización o suspensión de trabajo es ejecutiva sin perjuicio de los recursos que procedan. En concreto, la decisión de paralización o suspensión puede ser impugnada por la empresa ante la autoridad laboral competente en el plazo de 3 días hábiles y debe resolverse en el plazo máximo de 24 horas.

La paralización de los trabajos se levanta por la ITSS que la hubiese decretado, o por el propio empresario tan pronto como se subsanen sus causas. En este último caso debe ser comunicado a la Inspección.

El incumplimiento por parte del empresario de la orden de paralización inmediata de trabajos dictada por la ITSS está recogido como una infracción muy grave, artículo 13.3 LISOS⁷¹, y, como ya se ha comentado, “se equiparará, respecto de los accidentes de trabajo que en tal caso pudieran producirse, a falta de formalización de la protección por

⁷¹ “Art 13. Infracciones muy graves. Son infracciones muy graves: (...) 3. No paralizar ni suspender de forma inmediata, a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, los trabajos que se realicen sin observar la normativa sobre prevención de riesgos laborales y que, a juicio de la Inspección, impliquen la existencia de un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, o reanudar los trabajos sin haber subsanado previamente las causas que motivaron la paralización”.



dicha contingencia de los trabajadores afectados, con independencia de cualquier otra responsabilidad o sanción a que hubiera lugar”, artículo 195 LGSS⁷².

En el mismo plano de responsabilidad empresarial derivada de incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales se ha de destacar los relacionados con los reconocimientos médicos.

Los artículos 196⁷³ y 197⁷⁴ LGSS regulan, respectivamente, la obligación de las empresas a practicar reconocimientos médicos periódicos en todos los casos en los que

⁷² La jurisprudencia ha venido a incorporar este criterio de la paralización y sus consecuencias, así cabe mencionar, entre otras, la STS (Sala IV) de 19 de enero de 1999, en la que se “declara la responsabilidad empresarial por culpa in vigilando derivada del incumplimiento por el vigilante [de la empresa] de sus deberes respecto de las zonas de trabajo que presenten riesgos importantes [respecto de un accidente grave ocurrido el día anterior], incluida la paralización de las tareas. El vigilante era condecorador, por habérselo dicho el compañero del turno anterior, de la caída de los cuadros de sostenimiento del techo como consecuencia de las explosiones del día de antes, al igual que de la existencia de un gran costero que representaba un grave peligro de desprendimiento, "pese a lo cual se limitó a advertir al picador y a su ayudante de la existencia del peligro" sin comunicarlo a los técnicos de la empresa, ordenar la paralización de las tareas o hacer más visitas al lugar de trabajo, infringiendo en tal sentido lo dispuesto por el *art. 62 del Reglamento General* (obligación de multiplicar las visitas en aquellos avances que presenten dificultades o riesgos particulares).” (STS –Sala IV- de 19 de enero de 1999)

⁷³ El art. 196 LGSS establece las normas específicas que deben operar en relación a las enfermedades profesionales en lo relativo a las disposiciones que las empresas han de poner en marcha en lo relativo a seguridad e higiene en el trabajo: “1. Todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquéllos y a realizar los reconocimientos periódicos que para cada tipo de enfermedad se establezcan en las normas que, al efecto, dictará el Ministerio de Empleo y Seguridad Social.



2. Los reconocimientos serán a cargo de la empresa y tendrán el carácter de obligatorios para el trabajador, a quien abonará aquélla, si a ello hubiera lugar, los gastos de desplazamiento y la totalidad del salario que por tal causa pueda dejar de percibir.

3. Las indicadas empresas no podrán contratar trabajadores que en el reconocimiento médico no hayan sido calificados como aptos para desempeñar los puestos de trabajo de las mismas de que se trate. Igual prohibición se establece respecto a la continuación del trabajador en su puesto de trabajo cuando no se mantenga la declaración de aptitud en los reconocimientos sucesivos.

4. Las disposiciones de aplicación y desarrollo determinarán los casos excepcionales en los que, por exigencias de hecho de la contratación laboral, se pueda conceder un plazo para efectuar los reconocimientos inmediatamente después de la iniciación del trabajo.”

⁷⁴ El art. 197 LGSS regula las responsabilidades derivadas por falta de reconocimientos médicos: “1. Las Entidades gestoras y las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social están obligadas, antes de tomar a su cargo la protección por accidente de trabajo y enfermedad profesional del personal empleado en industrias con riesgo específico de esta última contingencia, a conocer el certificado del reconocimiento médico previo a que se refiere el artículo anterior, haciendo constar en la documentación correspondiente que tal obligación ha sido cumplida. De igual forma deberán conocer las entidades mencionadas los resultados de los reconocimientos médicos periódicos.

2. El incumplimiento por parte de la empresa de la obligación de efectuar los reconocimientos médicos previos o periódicos la constituirá en responsable directa de todas las prestaciones que puedan derivarse, en tales casos, de enfermedad profesional, tanto si la empresa estuviera asociada a una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, como si tuviera cubierta la protección de dicha contingencia en una entidad gestora.

3. El incumplimiento por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo les hará incurrir en las siguientes responsabilidades:

a) Obligación de ingresar a favor de los fines generales de prevención y rehabilitación, a que se refiere el



se hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales, y en la responsabilidad en la que incurrirán dichas empresas por la falta de dichos reconocimientos médicos.

Con criterio general⁷⁵ todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar dichos puestos laborales, y también a realizar los reconocimientos periódicos que para cada tipo de enfermedad se establezcan en las normas que al efecto dictamine el Ministerio de Trabajo. Así lo establece además del artículo 196 LGSS, los artículos 22 y 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, que desarrollan a su vez con mayor concreción el mandato general establecido en la primera, especificando la necesidad de especial atención sobre los colectivos de trabajadores con discapacidad física, psíquica o sensorial cuando éstas situaciones los hagan especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo, y también sobre aquellas situaciones que pudieran

artículo 73 de la presente Ley, el importe de las primas percibidas, con un recargo que podrá llegar al 100 por 100 de dicho importe.

b) Obligación de ingresar, con el destino antes fijado, una cantidad igual a la que equivalgan las responsabilidades a cargo de la empresa, en los supuestos a que se refiere el apartado anterior de este artículo, incluyéndose entre tales responsabilidades las que procedan de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 123 de esta Ley.

c) Anulación, en caso de reincidencia, de la autorización para colaborar en la gestión.

d) Cualesquiera otras responsabilidades que procedan de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley y en sus

disposiciones de aplicación y desarrollo.”

⁷⁵ Puede consultarse para un análisis más detallado en: FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. “La vigilancia de la salud y el respeto a los derechos del trabajador en el marco de la negociación colectiva”, Revista Jurídica de Castilla y León, nº 15, Mayo 2008, pp: 239-ss.



incidir en la función de procreación de los trabajadores y trabajadoras con carácter general ⁷⁶.

Los reconocimientos médicos son siempre a cargo de las empresas y obligatorios y gratuitos para los trabajadores a su servicio, quienes, además, tienen derecho al abono de los gastos que ello pueda ocasionar y, en su caso, al salario que dejen de percibir.

Por su parte, tanto las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales como la Entidad Gestora están obligadas a llevar un libro de reconocimientos médicos donde han de inscribir los resultados de los efectuados a los trabajadores con riesgo de enfermedad profesional, tanto previos como periódicos.

El incumplimiento por parte de la empresa de la obligación de efectuar los reconocimientos médicos previos o periódicos, constituye una infracción grave en

⁷⁶ El art. 25 establece la Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos: “1. El empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias.

Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo.

2. Igualmente, el empresario deberá tener en cuenta en las evaluaciones los factores de riesgo que puedan incidir en la función de procreación de los trabajadores y trabajadoras, en particular por la exposición a agentes físicos, químicos y biológicos que puedan ejercer efectos mutagénicos o de toxicidad para la procreación, tanto en los aspectos de la fertilidad, como del desarrollo de la descendencia, con objeto de adoptar las medidas preventivas necesarias.



materia de seguridad e higiene y salud laborales, y la constituirá en responsable directa de todas las prestaciones que puedan derivarse, en tales casos, de enfermedad profesional, tal y como regula el artículo 197.2 LGSS.

En este sentido cabe mencionar, entre otras, las SSTs de 14 de febrero y 18 de julio de 2012 (R. 2082/2011 y 1653/2011), y de 18 de mayo de 2011 (R. 2621/2010), en las que se establece con carácter sistemático la regulación que la empresa debería haber cumplido en materia de prevención de riesgos laborales, de modo que aunque “desde el Decreto 792/1961, de 13 de abril, desarrollada por la Orden de 12-1-1963, la empresa estaba obligada a hacer reconocimientos médicos semestrales y, sin embargo, la demandada y recurrente solo comenzó a realizar reconocimientos desde 1974 y con periodicidad únicamente anual” causa por la que se determina la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones originadas (STS de 14 de febrero de 2012, R. 2082/2011)⁷⁷.

⁷⁷ La mencionada doctrina establece además para justificar su fallo un exhaustivo análisis de la regulación que en materia de prevención de riesgos laborales debería haber cumplido la empresa y la evolución que ha tenido la misma a lo largo del tiempo, destacando en ella el papel de los reconocimientos médicos:

“**B)** La Orden 7-marzo-1941 por la que se dictan normas para la prevención e indemnización de la silicosis como enfermedad profesional (BOE 18-03-1941), que afectaba a aquellas industrias en la que se desprendía polvo mineral o metálico " *por la mayor existencia en su ambiente de polvo capaz de producir afecciones neumoconiósicas, cuando el trabajo no se efectúa al aire libre o se utiliza maquinaria* ", entre otras, a las " *industrias en que se actúa sobre materias rocosas o minerales* " y a las " *industrias metalúrgicas en las que se desprende polvo metálico* " (art. 3). Entre otras normas sobre las debidas condiciones respecto a ventilación o a los locales para cambios de ropa y armarios para los mismos fines (art. 4), destaca ya la exigencia de **reconocimientos médicos** específicos (cavidad naso-faríngea, aparato respiratorio a efectuar mediante Rayos X, aparato cardio-vascular, fijando el diagnóstico lo más exactamente posible de las lesiones cardio-pulmonares existentes), tanto al ingreso en el trabajo, con posteriores revisiones anuales y en los casos de cese en el trabajo por despido (art. 6). (...)

E) El Decreto 792/1961 de 13-abril (sobre enfermedades profesionales y obra de grandes inválidos y huérfanos de fallecidos por accidentes de trabajo o enfermedad profesional -BOE 30-05-1961), en la que



se incluye también como enfermedad profesional la " *asbestosis* " por " *extracción, preparación, manipulación del amianto o sustancias que lo contenga. Fabricación o reparación de tejidos de amianto (trituration, cardado, hilado, tejido). Fabricación de guarniciones para frenos, material aislante de amianto o productos de fibrocemento* " (art. 2 en relación con su Anexo de " *Cuadro de enfermedades profesionales y lista de trabajos con riesgo de producirlas* "); estableciéndose, dentro de las " *normas de prevención de la enfermedad profesional* " (arts. 17 a 23), la exigencia de " *mediciones técnicas del grado de peligrosidad o insalubridad de las industrias observado* " y el que " *Todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgos de enfermedad profesional están obligadas a practicar un **reconocimiento médico** de sus respectivos obreros, previamente a la admisión de los mismos y a realizar los **reconocimientos** periódicos que ordene el Ministerio, y que serán obligados y gratuitos para el trabajador ...* " (art. 20.1), destacándose, por tanto, la **obligación** de **reconocimientos médicos** específicos. (...)

G) La Orden de 12-enero-1963 (BOE 13-03-1963), -- dictada para dar cumplimiento al art. 17 del Decreto 792/1961 de 13-abril y el art. 39 del Reglamento de 9-mayo-1962 --, donde se concretan normas sobre las " *asbestosis* " y para los **reconocimientos médicos** previos " *al ingreso en labores con riesgo profesional asbestósico* ", así como la posterior **obligación** de **reconocimientos médicos** periódicos " *cada seis meses* " (plazo inferior al establecido para detectar otro tipo de enfermedades profesionales) en los que específicamente deben realizarse obligatoriamente, al igual que para los trabajadores con riesgo silicósico o neumoconiósico fibrótico, una exploración roentgenológica de tórax por alguno de los procedimientos que detalla (foto- radioscopia en películas de tamaño mínimo de 70x70, radiografía normal o radioscopia). (...)

J) La Orden de 21-julio-1982 (BOE 11-08-1982), sobre condiciones en que deben realizarse los trabajos en que se manipula amianto, -- desarrollada por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 30-septiembre-1982 (BOE 18-10-1982) --, establece el nivel y valor límite de exposición en su art. 5 (" *En los ambientes laborales en los que, como consecuencia del proceso productivo o trabajo a realizar, los operarios pueden estar expuestos a la inhalación de fibras de amianto, se establece, como Concentración Promedio Permisible (CPP) en los puestos de trabajo y para una exposición de ocho horas diarias y*



cuarenta horas semanales, el valor de dos fibras por centímetro cúbico... Se establece como concentración límite de exposición, que no puede ser superada en ningún momento, la de 10 fibras por centímetro cúbico"); establece medidas para el control ambiental de los puestos de trabajo en su art. 7 (" Las empresas efectuarán mediciones de la concentración ambiental de lo puestos de trabajo, realizando las tomas de muestras y el recuento de fibras por personal técnico competente ... "); reitera la exigencia de control **médico** de los trabajadores en su art. 8 (" Todos los trabajadores que manipulen amianto, en cualquier tipo de actividad, deberán someterse a control **médico**, mediante **reconocimientos** previos, periódicos y postocupacionales ... "); y, entre otras, sobre medidas de prevención técnicas relativas a ventilación, locales, protección personal, en su art. 9.g) unas normas sobre ropa de trabajo y vestuario (" Los trabajadores potencialmente expuestos a fibras de amianto deberán utilizar ropa de trabajo apropiada que incluya la protección del cabello.- La ropa de trabajo, que deberá lavarse con frecuencia, se mantendrá aislada de la ropa de calle y efectos personales, y no se permitirá a los trabajadores llevarla para su lavado a su domicilio particular ").

K) En la citada Resolución de la Dirección General de Trabajo de 30-septiembre-1982 se detallan en su apartado 7 las reglas sobre control **médico** de los trabajadores, disponiendo que " Todos los trabajadores que manipulen amianto, en cualquier tipo de actividad, deberán someterse a control **médico** preventivo, de acuerdo con los siguientes criterios: a) **Reconocimientos** previos ...; b) **Reconocimientos** periódicos: Los **reconocimientos** periódicos serán obligatorios para todos los trabajadores que estén en ambientes con posible riesgo de amianto.- La periodicidad será semestral, y como mínimo se harán las siguientes pruebas: Estudio radiológico: Según las indicaciones descritas para el **reconocimiento** previo, Exploración funcional respiratoria, comparándola siempre con las anteriores realizadas desde su ingreso en la Empresa, Estudios de cuerpos asbestósicos en esputos como índice de exposición, Exploraciones clínicas que el **médico** considere pertinente; c) **Reconocimientos** postocupacionales: Cuando un trabajador con antecedentes de exposición a fibras de amianto de diez años o más cese en la Empresa, bien por cambio de actividad o por jubilación, la Organización de los Servicios Médicos de Empresa velará para que a dichos trabajadores se les sigan realizando las revisiones periódicas anuales. El **reconocimiento** periódico de los obreros afectados de asbestosis deberá efectuarse con citología del esputo cada tres o cuatro meses, por su posible riesgo de cáncer bronquial.- En cualquiera de los **reconocimientos** citados, el hallazgo de alguno de los criterios diagnósticos que se



*exponen a continuación dará lugar a la remisión del paciente a un servicio especializado para un **reconocimiento** más minucioso ... ". (...)*

M) La Orden de 31-octubre-1984, por la que se aprueba el Reglamento sobre trabajos con riesgo por amianto (BOE 07-11- 1984) y se adapta la normativa hasta entonces existente a la Directiva de la Comunidad Económica Europea de 19-septiembre- 1983. En su Preámbulo se explica que " *Los peligros que para la salud de los trabajadores se derivan de la presencia de fibras de amianto en el ambiente laboral se concretan y manifiestan en una patología profesional específica que en forma explícita recoge nuestro vigente cuadro de enfermedades profesionales, aprobado por Real Decreto 1995/1978, de 12 mayo, al incluirse en el mismo tanto la asbestosis (apartado C.1.b) como el carcinoma primitivo de bronquio y pulmón y el mesotelina pleural o peritoneal por asbesto (apartado F2).- La constatación de la realidad, gravedad y progresivo aumento de esta patología, consecuencia directa de la amplia utilización industrial de las diferentes variedades del asbesto, aconsejó una regulación de las condiciones en que se realizan los trabajos con amianto, que se plasmó en la Orden de 21 julio 1982 y la Resolución de 30 septiembre del mismo año, normativa hoy vigente sobre la materia y que supuso un indiscutible y notable avance en cuanto se refiere a la acción preventiva frente al riesgo profesional por amianto.- No obstante los continuos avances científicos y técnicos en este campo, las lagunas observadas en la actual normativa de 1982 y la conveniencia de adaptarla a la Directiva de la Comunidad Económica Europea de 19 septiembre 1983 aconsejan una actualización que se aborda en el Reglamento sobre Trabajos con Riesgo por Amianto que ahora se aprueba "*. En su articulado, se regulan, entre otros, los siguientes aspectos: **a)** " *La concentración promedio permisible (CPP) de fibras de amianto en cada puesto de trabajo se establece en 1 fibra por centímetro cúbico, salvo para la variedad crocidolita o amianto azul, cuya utilización queda prohibida "* (art. 3.1); **b)** " *Cuando las medidas de prevención colectiva, de carácter técnico u organizativo, resulten insuficientes para mantener la concentración de fibras de amianto dentro de los límites establecidos en el artículo 3 de este Reglamento se recurrirá con carácter sustitutorio o complementario al empleo de medios de protección personal de las vías respiratorias "* (art. 7.1); **c)** " *Las Empresas quedan obligadas a suministrar a los trabajadores los medios de protección personal necesarios, siendo aquellas responsables de su adecuada limpieza, mantenimiento y, en su caso, reposición, de tal modo que estos equipos individuales de protección se encuentren en todo momento aptos para su utilización y con plena garantía de sus prestaciones "* (art. 7.4); **d)** " *Queda rigurosamente prohibido a los trabajadores llevarse la ropa de trabajo a su domicilio para su lavado "*



La responsabilidad en orden a prestaciones derivada del incumplimiento de la obligación de efectuar los reconocimientos médicos previos o periódicos se establece, tal y como hemos visto, con independencia de la modalidad elegida por la empresa para la cobertura de las contingencias profesionales ya sea mediante una Mutua de accidentes o a través de la entidad gestora⁷⁸. En el caso de incumplimiento por parte de las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la obligación de realizar los oportunos reconocimientos médicos, tanto previo a la actividad como los periódicos de seguimiento, les hará incurrir en varias responsabilidades.

(art. 8.8); e) " **Reconocimientos** periódicos. Todo trabajador en tanto desarrolle su actividad en ambiente de trabajo con amianto, se someterá a **reconocimientos médicos** periódicos. La periodicidad será anual para los trabajadores potencialmente expuestos o que lo hubieran estado con anterioridad y cada tres años para los que en ningún momento hayan estado potencialmente expuestos " (art. 13.4); y f) " **Reconocimientos** postocupacionales. Habida cuenta del largo período de latencia de las manifestaciones patológicas por amianto, todo trabajador con antecedentes de exposición al amianto que cese en la actividad con riesgo, ya sea por jubilación, cambio de Empresa o cualquier otra causa, seguirá sometido a control **médico** preventivo mediante **reconocimientos** periódicos realizados, con cargo a la Seguridad Social, en servicios de Neumología que dispongan de medios adecuados de exploración funcional respiratoria " (art. 13.5).

N) En la Orden de 31-marzo-1986 (por la que se modifica art. 13, control **médico** preventivo de los trabajadores, del Reglamento de trabajos con riesgo por amianto de 31-10-1984) (BOE 22-04-1986), se refuerzan los **reconocimientos** previos y los post-ocupacionales, que deberán ser realizados estos últimos específica y periódicamente " *con cargo a la Seguridad Social, en Servicios de Neumología que dispongan de medios adecuados de exploración funcional respiratoria u otros Servicios relacionados con la patología del amianto* ". (SSTS de 14 de febrero y 18 de julio de 2012 -R. 2082/2011 y 1653/2011-, y de 18 de mayo de 2011 -R. 2621/2010-).

⁷⁸ Lógicamente así lo interpreta la jurisprudencia, vid, por todas, TSJ País Vasco 24 de febrero de 2004, (R. 2655/2003).



De un lado se establece la obligación de ingresar a favor de los fines generales de prevención y rehabilitación el importe de las primas percibidas, con un recargo que no podrá llegar al 100% de dicho importe.

Igualmente se establecerá la obligación de ingresar, con el mismo destino anteriormente mencionados, una cantidad igual a la que equivalgan las responsabilidades a cargo de la empresa, en los supuestos anteriores, incluyéndose entre tales responsabilidades las que procedan en relación al recargo de prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

Asimismo, en caso de reincidencia por parte de la Mutua, se prevé incluso la anulación de la autorización para colaborar en la gestión del sistema de Seguridad Social.

Por último, se prevén cualesquiera otras responsabilidades que procedan de acuerdo con lo dispuesto en la LGSS así como en la LISOS⁷⁹.

IV . LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN OTROS SUPUESTOS

La confusión existente en materia de responsabilidad del empresario respecto de las prestaciones de seguridad social que hemos venido examinando se debe, como se ha señalado, a la coexistencia de una normativa caracterizada por la vigencia provisional de unas normas que respondían a una configuración jurídica de la seguridad social basada

⁷⁹ En concreto en lo contenido en los arts. 11 a 13 LISOS, que regulan las infracciones en relación a la prevención de riesgos laborales.



mas en esquemas privatistas que en parámetros públicos, juntamente a mecanismos protectores de carácter público, de mas tardía gestación, no siempre de fácil conciliación en su aplicación con la técnica del seguro que subyace en la conformación de nuestro sistema de seguridad social. Esta peculiar situación normativa, fruto entre otras cosas, del carácter refundido de nuestro ordenamiento de seguridad social, ha determinado que hayan sido los tribunales los que finalmente tengan que lidiar con los problemas prácticos que se derivan de su aplicación, buscando siempre, dentro de la (i)lógica jurídica que rige nuestro sistema, la solución mas conveniente en cada caso, lo que no deja de ser difícil al estar en juego, por un lado, la protección del eventual beneficiario de las prestaciones y por otro, el interés (económico) de la administración de la Seguridad Social.

Pero junto a la responsabilidad en materia de prestaciones en que puede incurrir el empresario incumplidor de sus obligaciones en materia de seguridad social consecuencia de la aplicación de la técnica del seguro privado que subsiste como sustrato técnico de nuestro sistema de protección social, amén de su responsabilidad administrativa por dicho incumplimiento (arts. 22.1, 22.2 y 22.3 LISOS), y cuya regulación normativa presenta la señalada complejidad, el ordenamiento de seguridad social regula otros supuestos de responsabilidad en materia de prestaciones cuya fundamentación ya no se halla en la falta de traslado a la Administración de la Seguridad Social de una responsabilidad empresarial de atribución legal consecuencia de la aplicación de la técnica asegurativa sino en la voluntad de legislador de extender este círculo de responsabilidad a otros sujetos que, aún no siendo los empleadores del trabajador, mantienen con él relaciones de carácter mercantil, que pueden presentar muy diferente tipología. En este sentido, son muchas las normas que vienen a establecer otros supuestos de responsabilidad en materia de prestaciones predicadas de sujetos distintos de quien es el empleador del trabajador o en su caso, de quien por traslado de aquél, es responsable en supuestos de cumplimiento de dichas obligaciones instrumentales: la entidad gestora o colaboradora. En general, estos casos se caracterizan porque concurren de una u otra forma una pluralidad de empresarios. En algunos casos, esta pluralidad lo es en la comisión de la infracción de una norma legal, como en el caso de la cesión ilegal de trabajadores (art. 43 ET). En otros casos, esa pluralidad lo es de carácter puntual y/o circunstancial, como es el supuesto de transmisión o sucesión de empresas (art. 44 ET). En otros, la responsabilidad se imputa incluso a quien no es en sentido técnico-jurídico empleador del trabajador sino que únicamente mantiene con éste relaciones de carácter mercantil como es el caso de contratas y subcontratas (art. 42 ET y 127.2 LGSS) o en su caso, el propietario de la



obra (art. 127.1 LGSS), cuando esta está contratada, reuniendo determinadas particularidades.

Y también en estos supuestos nos encontramos ante regulaciones normativas que distan mucho de ser ejemplares desde la perspectiva de la claridad exigible en aras a una imprescindible seguridad jurídica. En algunos casos, como ahora veremos, resulta casi imposible determinar a la luz de la redacción legal el alcance de la responsabilidad de estos otros sujetos en materia de prestaciones de seguridad social de las que pudiera ser beneficiario el trabajador de un empresario con quien aquellos mantienen relaciones de carácter mercantil. Y como siempre que el legislador no es capaz de resolver con la debida claridad jurídica el problema entra en escena la doctrina judicial y la jurisprudencia quienes precisan de un largo tiempo hasta que se sientan criterios uniformes cuya permanencia en el tiempo, por otro lado, no está asegurada.

1.- LA SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS.

La regulación legal vigente que establece responsabilidades en materia de prestaciones en los supuestos de subcontratación de obras y servicios es variada y responde, además, a momentos históricos y finalidades muy diversas. Por un lado, y específicamente en materia de seguridad social, hay que señalar los arts. 104.1 y 127.1 LGSS, referidos respectivamente, a la responsabilidad en materia de cotización y en materia de prestaciones, cuyo origen mas remoto se sitúa en el Decreto de 31-1-1933 por el que se aprobó el Reglamento de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900. Por su parte, el art. 42 ET también consagra una responsabilidad en materia de prestaciones de seguridad social en los supuestos de contratación de obras y servicios, cuyo origen se sitúa en el Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre y es, por tanto, de gestación posterior a aquella. Finalmente y de mas reciente aparición, los arts. 7.2 y 7.3 Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción (en adelante, LSC) y en desarrollo de esta, el art.6.3 RD 1109/2007, de 24 de agosto. También hay que señalar la importancia (en la actualidad, mas por omisión que por su regulación pero no así en el pasado) los arts. 12 y ss. RD 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (en adelante, RGR), sin olvidar el art. 42.3 LISOS.



La normativa señalada tiene por finalidad imponer diversos grados de responsabilidad en materia de seguridad social a quienes recurren a la subcontratación de obras y servicios por cuanto, pese a que la subcontratación de obras y servicios constituye una forma legítima de organización empresarial, fundada en el principio de libertad de empresa, el ordenamiento de Seguridad Social –y también el Derecho del Trabajo- han adoptado ciertas cautelas que, en lo que ahora interesa, se concretan en la imposición de diversos grados de responsabilidad en materia de seguridad social a quienes recurren a esta forma de descentralización productiva. Se trata así de buscar la implicación del empresario principal, que devendrá responsable –solidario o subsidiario- de los incumplimientos en materia de seguridad social de aquél con quien contrate por razón de actividad empresarial. Además del efecto indirecto derivado de la coerción realizada sobre el empresario contratista por parte del empresario principal a fin de evitar su responsabilidad, conlleva como efecto directo el incremento de la tutela del trabajador en materia de Seguridad Social al derivar la responsabilidad en esta materia hacia el empresario principal o contratista en determinados supuestos.

La subcontratación, con ser un fenómeno relativamente reciente, ha sufrido un desarrollo espectacular en las últimas décadas⁸⁰ que, sin embargo, no se ha trasladado al ámbito de lo jurídico que, en lo esencial, sigue regulado por un conjunto normativo de compleja inteligencia, cuando no abiertamente contradictorio, no obstante haber sido objeto de algunas modificaciones menores que no han abordado los principales problemas derivados de su aplicación lo que ha generado nuevamente una amplia intervención judicial con la particularidad de que, paradójicamente, también a estos han que atribuir buena parte de la responsabilidad de la expansión de este modalidad de organización empresarial que, si en el pasado fue generadora de ciertas suspicacias, ha

⁸⁰ No existen datos específicos sobre subcontratación de forma integrada aunque sí existen algunos estudios parciales. Entre ellos puede señalarse CAMARAS DE COMERCIO “La subcontratación industrial en España. Tecnología y competitividad”, 2008 que puede descargarse de <http://subcont.camaras.org/EstudiosInformes/menuestudiossubcont.asp>.

También CASTILLO, J.J. “Los estragos de la subcontratación en España. La organización del trabajo como factor de riesgo laboral”, Comunidad de Madrid (Conserjería de Empleo y Mujer), 2004.



encontrado ya plena carta de naturaleza, lo que ha afectado, por otro lado, a otras instituciones del propio Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social⁸¹.

Efectivamente, la extensión del fenómeno de la subcontratación en el tráfico jurídico debe mucho a dos actuaciones jurisprudenciales concretas.

En primer lugar, a la admisión de las contrata y subcontratas como válidas causas para la suscripción de contratos para obra o servicio determinado, camino que se inicia, *obiter dictum*, con la STS de 15-1-1997 (RJ 1997, 497) y ya con total claridad, a partir de la STS de 8-6-1999 (RJ 1999, 5209)⁸², consolidando así una línea jurisprudencial que se ha mantenido inamovible desde entonces, corrigiendo la interpretación anterior⁸³ según la cual la contrata mercantil o concesión administrativa justifica el recurso al contrato para obra o servicio determinado en la empresa subcontratista en tanto la permanencia del servicio a prestar puede ser permanente para la empresa principal pero no lo es para la empresa contratista, cuya necesidad de personal está vinculada al

⁸¹ El Proyecto de Ley de Disposiciones Específicas en materia de Seguridad Social –que culminó con la aprobación de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre- preveía la adición de nuevos párrafos al art. 127 LGSS incluyendo dentro de la responsabilidad subsidiaria los empresarios que celebraran contratos de maquila u otros en las que se encubra un contrato de ejecución de obra o de prestación de servicios. Finalmente, dicho precepto no fue modificado desapareciendo durante la tramitación parlamentaria. Sin embargo, dicha Ley sí modificó el art. 104.1 LGSS (inicialmente no previsto en el Proyecto de Ley) referido a la responsabilidad en materia de seguridad social en los casos de transmisión de empresas.

⁸² Esta doctrina continúa después sin interrupción en, entre otras muchísimas, las STS de 20-11- 2000 (RJ 2001, 1422), STS de 26-6-2001 (RJ 2001, 6839), STS de 14-6-2007 (RJ 2007, 5479), STS de 21-2-2008 (núm. rec. 178/2007), STS de 10-6-2008 (núm. rec. 1204/2007).

⁸³ El Tribunal Supremo inició su viraje a lo que ha acabado siendo su total aceptación con una doctrina intermedia según la cual esta contratación era válida no sobre la base de que tales supuestos constituyan obras o servicios determinados sino entendiendo su válida admisión como condición resolutoria al amparo de los arts. 49.2 y 3 ET al entender que no sería apreciable ningún abuso por parte del empresario al introducir la cláusula de supeditación del contrato al mantenimiento de la contrata o concesión, argumentación también apuntada y admitida por algún autor de la doctrina. Vid. STS de 28-2-1996 [RJ 1996, 2738] y STS de 15-1- 1997 (RJ 1997, 497)].



mantenimiento de dicha contrata⁸⁴. Lógicamente este cambio de criterio determinó un importante incremento de los contratos para obra o servicio determinados y la externalización de multitud de actividades, accesorias o no, en la empresa.

En segundo lugar, y en una coincidencia temporal con la anterior que no cabe dejar de señalar, la jurisprudencia también modificó su interpretación del concepto de “propia actividad”⁸⁵ -que constituye elemento básico en la delimitación de los distintos supuestos de responsabilidad empresarial en supuestos de contrata y subcontrata- desde una interpretación amplia a una interpretación claramente restrictiva acogiendo la denominada “tesis de la inherencia”, tesis a la que también puede atribuirse buena parte de esa extensión de la “empresa red”, al otorgar a la empresa principal una restricción del ámbito de su responsabilidad por los posibles incumplimientos en los que pudieran incurrir sus empresas contratistas y subcontratistas respecto de sus trabajadores.

1.1. La delimitación del concepto de contrata de obra y servicios.

Ya la primera dificultad a la que ha tenido que enfrentarse el intérprete de las distintas normas señaladas ha sido la identificación de qué negocios jurídicos quedan comprendidos en sus respectivos ámbitos de aplicación, al referirse a un concepto que si bien está generalizado en el uso común, carece de una significación específica en el ámbito jurídico, a lo que se añade el problema de su delimitación respecto de

⁸⁴ Efectivamente, la doctrina anterior, que abarca aproximadamente periodo desde 1991 a 1997, el Tribunal Supremo sentó doctrina unificada según la cual “la expresa mención en el contrato de trabajo del lugar de prestaciones de servicios no dota por sí solo a estos de autonomía y sustantividad propias exigidas por (...)”. Vid. entre otras vid. STS de 26-9-1992 (RJ 1992, 6816) y STS de 17-3-1993 (RJ 1993, 1866).

⁸⁵ La restricción del concepto de propia actividad, como luego se señalará, se inicia con la STS de 18-1-1995 (RJ 1995, 514).



actividades de dudosa legalidad susceptibles de quedar comprendidas en el ámbito de la prohibida cesión de trabajadores del art. 43 ET⁸⁶.

Y nuevamente ha sido la jurisprudencia la que ha tenido que resolver esta primera vaguedad o indefinición normativa: así, se ha considerado [STS de 17-12-2001 (RJ 2001, 3026)] que parece que debe incluirse en este concepto las figuras de los arrendamientos de obra o servicios regulados en los arts. 1588 CC y 1583 CC realizados a través de una empresa, incluyendo entre estas también a las empresas con forma jurídica cooperativa [STS de 17-12-2001 (RJ 2001, 3026)] y comprendiendo también otros contratos equivalentes en su finalidad con aquéllos, que no es otra que la descentralización productiva⁸⁷, como los contratos y las concesiones administrativas, existiendo sobre estas últimas una consolidada jurisprudencia que las incluye en el ámbito de aplicación del art. 42.2 ET⁸⁸.

Otros supuestos de descentralización productiva, admitidos por la doctrina judicial como lícitas actividades de descentralización productiva, han planteado dudas sobre su inclusión o no en el concepto de “subcontrata” a los efectos de la aplicación de la

⁸⁶ Sobre este tema, vid. in extenso, GOERLICH PESET, J.M^a, “Determinación del supuesto: la noción de contrata y subcontrata de obras y servicios”, en AA.VV., “Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.

⁸⁷ STS de 3-3-1997 (RJ 1997, 2194), STS de 15-12-1996 (RJ 1996, 5990), STS de 27-9-1996 (RJ 1996, 6910), STS de 18-11-1996 (RJ 1996, 8628), STS de 14-12-1996 (RJ 1996, 9464), STS de 23-12-1996 (RJ 1996, 9844), STS de 31-12-1996 (RJ 1996, 9867), STS de 18-3-1997 (RJ 1997, 2572) y STS de 12-12-2007 (RJ 2008, 1781)

⁸⁸ A esta interpretación contribuyó también, en su momento, el hecho de que la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, no excluyera la responsabilidad de las Administraciones Públicas respecto de los incumplimientos de sus contratistas y subcontratistas, como con anterioridad sí había hecho su predecesor el Decreto de 31 de diciembre de 1970. En los mismos términos se mantuvo en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en la actualidad derogado definitivamente con la derogación del Capítulo IV del Título V del Libro II por disp. derog. única.2 de Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.



distintas normativa. Así, entre otros, los contratos de “merchandising”⁸⁹ o la cesión de la explotación de área comercial dentro de supermercado han sido incluidos por aquélla en el ámbito conceptual de la contrata. Sin embargo, el arrendamiento de negocio o industria no ha recibido un tratamiento unitario en la doctrina judicial de tal forma que mientras algunos Tribunales Superiores excluyen que queden comprendidos en el ámbito de aplicación del art. 42.2 ET (sin perjuicio de la eventual aplicación del art. 44 ET para el supuesto de cese del arrendamiento y continuación de la actividad empresarial por el arrendador y propietario de la industria)⁹⁰, otros parecen considerarlos comprendidos en su ámbito de aplicación⁹¹. Tampoco resulta aplicable a los supuestos de arrendamiento de local de negocio pues en tal caso no existe realización de obra o servicio por parte del arrendatario ni tampoco en aquellos otros negocios en los que no existe obra o servicio como objeto del encargo como son los contratos de suministro, de compraventa. Sí queda comprendido, sin embargo, el contrato de transporte⁹² pues, en definitiva, se trata de un contrato desligado de la finalidad descentralizadora previsto como supuesto de imputación normativa por el art. 42 ET⁹³.

⁸⁹ STSJ Castilla-La Mancha de 11-11-2009 (AS 2009, 2635), STSJ Madrid de 13-4-2004 (AS 2004, 2320), STSJ Comunidad Valenciana de 11-1-2011 (JUR 2011, 132569), STSJ Cataluña de 17-1-2008 (AS 2008, 1046).

⁹⁰ STS (Cont.-admvo) de 18-7-1995 (RJ 1995, 5623); STSJ País Vasco de 26-5-1998 (AS 1998, 5503)

⁹¹ Vid. STSJ Andalucía/Sevilla de 20-3-1996 (AS 1996, 1908), respecto de alquiler de parte de local de negocio para venta de productos

⁹² STSJ Andalucía/Sevilla de 6-4-1995 (AS 1995, 1765)

⁹³ Sí lo incluye, sin embargo, dentro del ámbito del concepto de contrata el contrato de transporte, GOERLICH PESET, J.M^a, “Determinación del supuesto: la noción de contrata y subcontrata de obras y servicios”, en AA.VV., “Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pág. 89.

Sobre el tema negocial, vid. también DEL REY GUANTER, S., “A propósito de los requisitos del art. 42.1 TRET y en especial, sobre la “propia actividad”: notas a la luz de la STS de 24-11-1998” en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “Descentralización productiva y



En tanto la condición pública del titular del servicio no excluye la aplicación de estas normas de responsabilidad, también quedan comprendidos en el concepto de subcontratación de obras y servicios todos los negocios jurídicos que tengan por objeto la gestión de un servicio, aún correspondientes a la esfera pública, siempre que generen cesiones indirectas y se cumplan los demás requisitos exigidos para la actuación de dichos preceptos⁹⁴ siempre que no impliquen ejercicio de autoridad⁹⁵. Concretamente, el art. 127.1 LGSS incluye en su ámbito de aplicación los supuestos de gestión indirecta de servicios públicos, mediante la que se encomienda a un tercero tal gestión, imponiéndole la aportación de sus elementos personales para el desarrollo del encargo que asume pues entender lo contrario supondría una reducción del ámbito protector del citado artículo⁹⁶.

Con todo, el problema fundamental que ha venido presentando la contrata es su delimitación respecto de una actividad ilícita, salvo cuando se realiza a través de empresas de trabajo temporal, como es la cesión ilegal de mano de obra (art. 43 ET) supuesto en el que también se contemplan responsabilidades en materia de prestaciones

nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Madrid (MTAS), 2000, pág. 234-236.

⁹⁴ Sobre el particular, vid. GÁRATE CASTRO, J., “Descentralización productiva por medio de contratas y servicios. Algunas cuestiones laborales y de Seguridad Social con especial referencia a las Administraciones Públicas”, Actualidad Laboral nº 9, 2004. Vid. también GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., y GOÑI SEIN, J.L., “Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contratas”, en AA.VV., “Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.

⁹⁵ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., y GOÑI SEIN, J.L., “Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contratas”, en AA.VV., “Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pág. 151.

⁹⁶ STSJ Madrid de 20-11-2006 (RJ 2008, 1620). En el mismo sentido, vid. STSJ Cantabria de 8-9-2004 (AS 2004, 2751)



de seguridad social (art. 43 ET; art. 16.3 LETT) amén de responsabilidades de tipo administrativo (art. 8.2 LISOS)⁹⁷.

Originariamente la jurisprudencia exigía que la empresa contratista dispusiera de una organización autónoma e independiente, es decir, la concurrencia de los medios materiales y personales necesarios para la prestación de la actividad subcontratada entre los que cabía incluir la sede, la plantilla y la titularidad de los medios materiales utilizados, es decir, que se no se tratara de un empresario ficticio⁹⁸. En otras ocasiones, el Tribunal Supremo incidió mas en la puesta en juego de la organización empresarial, señalando que la esencia de la cesión no se centraría en que la empresa cedente fuera real o ficticia o que tuviera o careciera de organización sino que lo relevante a los efectos de delimitación entre contrata y cesión ilegal consistiría en la puesta en marcha o no de esa organización, de manera que se contemplaría la cesión ya no como un supuesto de interposición de mano de obra entre empresas ficticias como en un primer momento se entendió sino una situación que puede darse entre empresas reales que, sin embargo, no actúan como tales en el desarrollo de la contrata al no implicar en ella su organización y riesgos empresariales⁹⁹. Para el Tribunal Supremo la existencia de una realidad empresarial sería así en sí misma irrelevante pudiendo darse la cesión tanto en

⁹⁷ Sobre el particular, vid. RAMIREZ MARTINEZ, J.M. y SALA FRANCO, T., “Contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores”, en en AA.VV., “Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.

⁹⁸ STS de 21-3-1997 [RJ 1997, 2612], STS de 14-9-2001 [RJ 2002, 582], STS de 17-12-2001 [RJ 2002, 3026]; STS de 17-1/2002 [RJ 2002, 3755], STS de 17-12-2001, STS de 30-11-2005 [RJ 2006, 1231], STS de 14-3-2006 [RJ 2006, 5230], y STS de 17-4-2007 [RJ 2007, 3173]

⁹⁹ STS 17-7-1993 [RJ 1993, 5688]; STS de 19-1-1994 [RJ 1994, 352], STS de 12-12-1997 [RJ 1997, 9315]; STS de 3-2-2000 [RJ 2000, 1600]; STS de 14-9-2001 [RJ 2002, 582], STS de 27-12-2002 [RJ 2003, 1844], STS de 16-6-2003 [RJ 2003, 7092], STS de 11-11-2003 [RJ 2004, 283], STS de 20-9-03 [RJ 2004, 260], STS de 3-10-2005 [RJ 2005, 7333], STS de 30-11-2005 [RJ 2006, 1231], STS de 14-3-2006 [RJ 2006, 5230], STS de 24-4-2007 [RJ 2007, 6372], STS de 21-9-2007; STS de 26-9-2007 [RJ 1997, 7898], y STS de 4-12-2007 [RJ 2008, 1195].



caso de empresas aparentes como cuando concurriera una realidad empresarial pues el hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propias no impide la concurrencia de cesión ilícita de mano de obra si en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal, no se han puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo de tal servicio¹⁰⁰. La clave en la delimitación entre la válida contrata y la cesión ilegal se hallaría así en la actuación empresarial en el marco de la contrata, en el ejercicio por el contratista del poder de dirección propia de tal condición¹⁰¹, aunque en algún caso excepcional se ha estimado que este ejercicio del poder empresarial formal puede no ser suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal, como es el caso de los locutorios telefónicos¹⁰².

El problema de delimitación entre ambas figuras- lícita la contrata e ilegal cesión de mano de obra- se complica cuando la contrata consiste en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria. En tales casos, la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación de diversos criterios de valoración, complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios¹⁰³; el ejercicio de los poderes empresariales¹⁰⁴ y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico, como capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva (...) ¹⁰⁵. En otras ocasiones se ha afirmado que la línea divisoria entre los supuestos de subcontratación lícita y de

¹⁰⁰ STS de 12-12-1997 [RJ 1997, 9315], STS de 24-4-2007 [RJ 2007, 6372]

¹⁰¹ STS de 19-1-1994 [RJ 1994, 352], STS de 25-10-1999 [RJ 1999, 8152], entre muchas

¹⁰² Entre otras, SSTS 14-9-2001 [RJ 2002, 582], STS de 17-1-2002 [RJ 2002, 3755]; STS de 16-6-2003 [RJ 2003, 7092] y STS de 14-3-2006 [RJ 2006, 5230]

¹⁰³ STS de 7-3-1988 (RJ 1988, 1863)

¹⁰⁴ STS de 12-9-1988 (RJ 1988, 6877), STS de 16-2-1989 (RJ 1989, 874), STS de 17-1-1991 (RJ 1991, 58) y STS de 19-1-1994 (RJ 1994, 352)

¹⁰⁵ SSTS de 17-1-1991 (RJ 1991, 58), STS de 11-10-1993 (RJ 1993, 7586), STS de 14-9-2001 (RJ 2002, 582), STS de 17-1-2002 (RJ 2002, 3755), STS de 16-6-2003 (RJ 2003, 7092) y STS de 14-3-2006 (RJ 2006, 5230)



seudocontrata o cesión ilegal de trabajadores bajo falsa apariencia de contrata de obras o servicios ha de ser trazada de acuerdo con la doctrina del empresario efectivo¹⁰⁶, debiendo ponderarse el desempeño de la posición empresarial no de manera general sino en relación al trabajador concreto que la solicita¹⁰⁷. De acuerdo con esta doctrina, los casos de empresas contratistas que asumen la posición de empresarios o empleadores respecto de sus trabajadores, desempeñando los poderes y afrontando las responsabilidades propias de tal posición se incluyen en la subcontratación lícita, regulada por el art. 42 ET, mientras que los casos de contrataciones ficticias de obras o servicios que encubren una mera provisión de mano de obra constituyen cesión ilegal de trabajadores, prohibida y regulada por el 43 del ET. En definitiva, para proceder a la calificación que corresponda en cada caso es necesario en cada litigio considerar las circunstancias concretas que rodean la prestación de servicios del trabajador, las relaciones efectivamente establecidas entre el mismo y las empresas que figuran como comitente y contratista, y los derechos y obligaciones del nexo contractual existente entre estas últimas¹⁰⁸.

Estos criterios han sido ahora asumidos legislativamente en dos formas diferentes. En primer lugar, con la reforma del art. 43 ET por el Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio (tramitado como proyecto de ley y dando como resultado la Ley 43/2006, de 29 de diciembre), que, en un intento de delimitar la cesión ilegal de trabajadores, considera ahora, como presunción *iuris et de iure*, que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores cuando se produce alguna de las siguientes circunstancias: a) cuando el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limita a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria; b) también cuando la empresa cedente carece de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuenta con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerce las funciones inherentes a su condición de empresario¹⁰⁹.

¹⁰⁶ STS 11-7-1986 (RJ 1986, 4026); STS de 17-7-1993 [RJ 1993, 5688), STS de 11-10-1993 [RJ 1993, 7586), STS de 18-3-1994 [RJ 1994, 2548), y STS de 12-12-1997 [RJ 1997, 9315)

¹⁰⁷ STS de 12-9-1988 (RJ 1988, 6877) y STS de 19-1-1994 (RJ 1994, 352)

¹⁰⁸ STS de 30-5-2002 (RJ 2002, 7567). Doctrina extraída de STS de 4-3-2008 (RJ 2008, 1902).

¹⁰⁹ Como señalara el Preámbulo de dicha norma “En relación con la subcontratación de obras y servicios, se actualizan algunos elementos de la legislación vigente con el objetivo de asegurar que la



En segundo lugar, y aunque se trata de una norma restringida a un ámbito muy concreto de actividad, la construcción¹¹⁰, resultan plenamente aplicables con carácter general, pues no en balde la estructura del art. 4.1 Ley 32/2006, de 18 de octubre, distingue dos niveles diferentes de condiciones o requisitos, recogiendo en su número los que la jurisprudencia exigía para la delimitación de la contrata y dejando en su número 2 los referidos a requisitos meramente formales o en su caso, adicionales pero que no afectan a la definición de la contrata. Por tanto, estaremos ante una lícita actividad de contratación, cualquiera que sea el sector de actividad, cuando, por un lado, posea una organización productiva propia, que se concreta en que cuente con los medios materiales y personales necesarios y sean utilizados para el desarrollo de la actividad contratada; además, la empresa asuma los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias del desarrollo de la actividad empresarial; y finalmente, ejerza directamente las facultades de organización y dirección sobre el trabajo desarrollado por sus trabajadores en la obra o servicio contratado. A sensu contrario, cuando falte la organización productiva o no sea esta la que se utiliza para el desarrollo de la actividad contratada; cuando la empresa no asuma los riesgos propios de la actividad empresarial y finalmente, cuando no ejerza las facultades de organización y dirección del trabajo,

organización empresarial de la producción mediante diversas fórmulas de descentralización productiva sea compatible con la protección de los trabajadores, especialmente cuando se trate de empresas principal, contratistas y subcontratistas que comparten de forma continuada un mismo centro de trabajo. Por otra parte, se procede a deslindar la subcontratación de obras y servicios entre empresas de las prácticas que incurren en la figura de la cesión ilegal de trabajadores, teniendo presente que, según nuestra legislación, la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo puede efectuarse legalmente a través de empresas de trabajo temporal. Con esta finalidad, se incorpora al Estatuto de los Trabajadores una definición de la cesión ilegal de trabajadores, que traslada a la ley la jurisprudencia sobre esta materia”.

¹¹⁰ La Ley 32/2006, de 18 de octubre define su ámbito de aplicación a los contratos que se celebren en régimen de subcontratación, para la ejecución de los siguientes trabajos realizados en obras de construcción: excavación, movimiento de tierras, construcción, montaje y desmontaje de elementos prefabricados, acondicionamientos o instalaciones, transformación, rehabilitación, reparación, desmantelamiento, derribo, mantenimiento, conservación y trabajos de pintura y limpieza, saneamiento.



estaremos ante una cesión ilegal de trabajadores, por lo que entrará en juego las consecuencias previstas en el art. 43 ET.

1.2. Responsabilidad en materia de prestaciones: una primera delimitación de los distintos supuestos de imputación normativa.

Clarificada ahora ya legislativamente la delimitación de la subcontratación respecto de la cesión ilegal de trabajadores, y entrando ya en la delimitación de la responsabilidad en materia de prestaciones de Seguridad Social en supuestos de subcontratación de obras y servicios, el siguiente problema al que debe enfrentarse el operador jurídico es la delimitación del ámbito de aplicación de dos normas bien distintas en su ubicación y redacción: el art. 42.2 ET y el art. 127.1 LGSS cuestión en la que las divergencias doctrinales y jurisprudenciales han sido también significativas y que finalmente, encontraron una peculiar aclaración vía reglamentaria¹¹¹ como luego se señalará mas extensamente¹¹².

Y el punto de partida de la comparación entre ambos preceptos necesariamente debe iniciarse con el análisis histórico de la regulación específica en materia de Seguridad Social para apuntar, brevemente, que la LSS (1966) ya se refería a esta responsabilidad en términos de subsidiariedad en supuestos de contratación de la obra o servicio, en términos amplios, y sin limitar el supuesto de hecho de la norma a que dichas obras o

¹¹¹ En este sentido, vid. LUQUE PARRA, M., “La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios”, Relaciones Laborales nº 14, 2000, pág. 189.

¹¹² Efectivamente, aunque el Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, por el que se aprobó el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, actualmente derogado, pareció restringir la responsabilidad subsidiaria del art. 127.1 LGSS también a las contratas correspondientes a la propia actividad del empresario principal, el Real Decreto 1426/1997, de 15 de septiembre, que derogó aquél, suprimió dicha referencia en lo que pareció una vuelta a la interpretación amplia de las contratas determinantes de la aplicación del art. 127.1 LGSS comprendiendo así todas las obras o servicios contratadas, correspondieran o no a la propia actividad del empresario principal.



servicios correspondieran a la propia actividad del “propietario”¹¹³, norma que pasó en términos muy similares al Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 30 de mayo de 1974¹¹⁴. Se recogía así lo que ya se contemplaba en el Decreto de 22 de junio de 1956, por el que se aprobó el Reglamento de la Ley de Accidentes de

¹¹³ Art. 97 Decreto 907/1966 de 21 de abril, por el que se aprueba el Texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social.

Art. 97. Otras responsabilidades.

1. Cuando el empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, a tenor de lo previsto en los artículos anteriores, si la obra o industria estuviese contratada, el propietario responderá de las obligaciones del contratista, si este es declarado insolvente.

No habrá lugar a esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada sólo afecte a las reparaciones realizadas por un amo en la vivienda que él mismo ocupe.

¹¹⁴ Art. 127. 1 Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social.

Art. 127. Supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones.

1. Cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, a tenor de lo previsto en el artículo anterior, si la correspondiente obra o industria estuviera contratada, el propietario de ésta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente.

No habrá lugar a esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un amo de casa respecto a su vivienda.



Trabajo¹¹⁵ que, a su vez, recogía lo previsto en el Decreto de 31-1-1933 por el que se aprobó el Reglamento de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900¹¹⁶.

La confusión a la que se llegaría posteriormente se inicia con toda probabilidad con la aprobación del Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre, con un título muy clarificador de su finalidad o propósito¹¹⁷, al igual que su propio Preámbulo, que introdujo por vez primera la responsabilidad solidaria del empresario principal que contratara con otros la ejecución de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquél responsabilidades que, además, se circunscribían a las contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, durante el periodo de vigencia de la contrata¹¹⁸.

Esta previsión se recogió en términos idénticos por la Ley de Relaciones Laborales de 1976 (art. 17) cuya redacción sufrió un cambio relevante, complicando su comprensión, con la promulgación de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, cuyo art. 42, intitulado

¹¹⁵ Art. 8, último párrafo: *“En caso de falta de seguro, si la obra o industria estaba contratada, el propietario responderá de todas las obligaciones del contratista en el caso de que éste resultara insolvente. Si se tratara de aparcería, el propietario vendrá obligado a reintegrar al aparcerero la parte del coste de las prestaciones proporcional a su participación en el contrato”.*

¹¹⁶ Efectivamente, el art. 2 del citado Reglamento, al definir al patrono, señalaba:

“Se considera patrono al particular o Compañía, persona natural o jurídica, propietaria de la obra, explotación o industria donde el trabajo se preste.

Estando contratada la ejecución o explotación de la obra o industria se considera patrono al contratista, subsistiendo siempre la responsabilidad subsidiaria de la obra o industria. El responsable subsidiario tendrá derecho a repetir contra el directo por el importe de la indemnización abonada y gastos satisfechos”.

Vid. Gaceta de Madrid nº 33 de 2-2-1933. También se recoge publicada en la Gaceta de Madrid nº 38 de 7-2-1933.

¹¹⁷ *Por el que se establecen normas para prevenir y sancionar actividades fraudulentas en la contratación y empleo de trabajadores.*

¹¹⁸ Para una evolución histórica de la normativa expuesta, vid. OJEDA AVILES, A., “La deconstrucción del Derecho del Trabajo”, Madrid (La Ley), 2010, págs. 147-153.



“Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios”, establecía la responsabilidad empresarial solidaria en materia de prestaciones en su número 2, responsabilidad que no circunscribía a un tipo concreto de contrata de obras o servicios, aunque esta limitación se infería del número 1 del mismo artículo que, respecto del deber de comprobación que se imponía al principal respecto de que el contratista se encontrara al corriente en el pago de las cuotas con la Seguridad Social, restringía dicha obligación a las contratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos (es decir, del empresario principal).

Así, en una inteligencia conjunta del art. 42 ET y atendiendo también a su origen o procedencia, la doctrina consideró que dicho precepto, en toda su extensión, y por tanto también en lo referente a la responsabilidad en materia de prestaciones de seguridad social, se circunscribía a aquellas contratas de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal. Se trataba así de una responsabilidad adicional a la que se preveía en la normativa de seguridad social, tanto por su naturaleza (solidaria vs. subsidiaria) como por el propio supuesto de imputación normativa (contratas correspondientes a la propia actividad del empresario principal vs. cualesquiera tipo de contratas), si bien sí se produjo una modificación, a la que luego se hará referencia, respecto del alcance de la responsabilidad en materia de seguridad social, pasando de un criterio subjetivo (“con” la Seguridad Social) a un criterio material (“de seguridad social”).

La situación, sin embargo, se enturbió nuevamente con la promulgación de los dos sendos textos refundidos todavía vigentes en materia laboral y de seguridad social respectivamente (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social y Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores), especialmente este último pues si el primero no modificó prácticamente en nada la redacción de su antecesor, el segundo dio entrada en la redacción del precepto a una remisión al art. 42 ET, inciso cuya clara finalidad no era otra que dejar clara la aplicabilidad concurrente de ambas previsiones – por el diferente supuesto de hecho contemplado- si bien, a mi parecer, se cometió un claro error de puntuación ortográfica, que ha sido el determinante de buena parte de las dudas doctrinales que se sucedieron a continuación.

Efectivamente, el citado Texto Refundido de 1994 iniciaba el art. 127.1 LGSS con la previsión *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, para las contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes*



a la propia actividad del empresario contratante”, que se añadió a la anterior declaración de responsabilidad subsidiaria del propietario de la obra respecto de las eventuales responsabilidades en el pago de prestaciones. La inclusión entre comas de la referencia a *“para las contrata y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario comitente”* pareció dar a entender que el supuesto normativo del art. 127.1 LGSS también quedaba limitado a dichas contrata¹¹⁹, cuando la señalada evolución del precepto claramente indica que esa limitación se predica – reiterando el ámbito de aplicación del art. 42 ET cuando no hubiera sido necesario en esta sede- del supuesto de hecho del art. 42 ET que es el que sí tiene limitado su ámbito de aplicación a las contrata y subcontratas correspondientes a la propia actividad del empresario principal.

La situación se complicó todavía por los cambios en vía reglamentaria pues si inicialmente el Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, por el que se aprobó el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social pareció restringir la responsabilidad subsidiaria del art. 127.1 LGSS también a las contrata correspondientes a la propia actividad del empresario principal¹²⁰

¹¹⁹ Vid. en este sentido, MERCADER UGUINA, J.R., “Modificaciones, adaptaciones y ajustes en el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social: el Real Decreto 1426/1997, de 15 de septiembre”, Relaciones Laborales nº 24, 1997, que se alinea claramente con la tesis a favor de restringir la aplicación del art. 127 LGSS también a las contrata y subcontratas correspondientes a la propia actividad del empresario principal.

¹²⁰ Artículo 12. Responsables subsidiarios.

1. Para las contrata o subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, el propietario de la obra o de la industria contratada y por el período de vigencia de la contrata o subcontrata, responderá de la obligación de cotizar respecto de los trabajadores por cuenta ajena así como del pago de prestaciones cuando el empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, de las mismas a tenor de lo previsto en los artículos 104.1 y 127.1 de la Ley General de la Seguridad Social, siempre que dicho empresario fuese declarado insolvente.



posteriormente fue objeto de corrección con el Real Decreto 1426/1997, de 15 de septiembre en lo que pareció una vuelta a la interpretación amplia de las contrataciones determinantes de la aplicación del art. 127.1 LGSS¹²¹ comprendiendo así todas las obras o servicios contratadas, correspondieran o no a la propia actividad del empresario principal.

En la actualidad, por tanto, y así lo ha entendido buena parte de la doctrina científica¹²² y también la jurisprudencia, el ámbito de ambos preceptos normativos es bien diferente:

No habrá lugar a esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un cabeza de familia respecto a su vivienda.

Lo previsto en este apartado se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en el apartado 3 del artículo 10 de este Reglamento.

¹²¹ El apartado 1 del artículo 12 queda redactado en los siguientes términos:

«1. Para las contrataciones o subcontratas de obras y servicios, el propietario de la obra o de la industria contratada, por los incumplimientos con la Seguridad Social durante el periodo de vigencia de la contrata o subcontrata, responderá de la obligación de cotizar respecto de los trabajadores por cuenta ajena, así como del pago de prestaciones cuando el empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, de las mismas a tenor de lo previsto en los artículos 104.1 y 127.1 de la Ley General de la Seguridad Social, siempre que dicho empresario fuese declarado insolvente.

No habrá lugar a esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un cabeza de familia respecto a su vivienda.

Lo previsto en este apartado se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en el apartado 3 del artículo 10 de este Reglamento.»

¹²² Se alinearon en la tesis a favor de la ampliación del art 127 LGSS a todas las contrataciones, pertenecieran o no a la propia actividad de la empresa principal, entre otros, CAMPS RUIZ, L., "El nuevo Reglamento



mientras el art. 42 ET queda limitado a las contrata y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario comitente, el art. 127.1 LGSS opera respecto de todas las contrata y subcontratas que pueda concertar el propietario de la obra, correspondan o no a su propia actividad, siendo la primera responsabilidad de tipo solidario frente a la naturaleza subsidiaria que presenta la segunda. Como señalara la STS de 23-9-2008 (RJ 2008, 5551) *“la delimitación de los campos de aplicación correspondientes a uno y otro se determina atendiendo al supuesto de hecho legal del art. 42.2 ET : si las obras o servicios contratados o subcontratados pertenecen a la "propia actividad" de la empresa principal o de la contratista inicial se aplica tal precepto y la responsabilidad de tales empresarios comitentes es solidaria; si no es así se aplica el art. 127.1 LGSS , y la responsabilidad de los empresarios que hacen el encargo es subsidiaria, es decir, se desencadena sólo en el supuesto en que el*

General de recaudación de los recursos del sistema de Seguridad Social y el régimen jurídico de la contrata y subcontrata de obras y servicios” Tribuna Social, 1996; CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrata y subcontratas”, Relaciones Laborales, Tomo I, 1992; MONEREO PERÉZ, J.L., “El ámbito material de la responsabilidad empresarial en el trabajo en contrata (Las obligaciones referidas a la Seguridad Social)”, Relaciones Laborales tomo II, 1992.; GARCIA ORTEGA, J., “Régimen general de prestaciones y responsabilidades”, Enciclopedia de la Seguridad Social, Valencia (CISS), 1997, pág. IV-30;

Sin embargo, manteniendo la limitación de esta responsabilidad también a las contrata y subcontratas referidas a la propia actividad de la empresa principal, vid. entre otros, ALARCON CARACUEL, M.R./GONZALEZ ORTEGA, S., “Compendio de Seguridad Social”, Madrid (Tecnos), 1991; MERCADER UGUINA, M.J., “Modificaciones, adaptaciones y ajustes en el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social: el Real Decreto 1426/1997, de 15 de septiembre”, Relaciones Laborales nº 24, 1997; DEL VAL TENA, A.L., “La responsabilidad empresarial en contrata y subcontratas: del supuesto de hecho a la diversidad de regímenes”, en AA.VV (Dir. Rivero Lamas; Coord: del Val Tena), “Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing”, Thomson- Aranzadi (Cizur Menor), 2003, pág. 87. También parece alinearse en esta posición vid. OJEDA AVILES, A., “La deconstrucción del Derecho del Trabajo”, Madrid (La Ley), 2010, pág. 174.



empleador subcontratista <fuese declarado insolvente>". Se trata de una doctrina ya consolidada¹²³.

Pero los preceptos legales que regulan responsabilidades en orden a las prestaciones de Seguridad Social no se agotan con los preceptos señalados, de larga tradición. Mas recientemente, y en un ámbito de actividad específico en el que predomina el recurso a la subcontratación como es la construcción, la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en dicho sector, establece una responsabilidad solidaria del contratista respecto de las obligaciones de seguridad social derivadas de la ejecución del contrato acordado que correspondan al subcontratista responsable del incumplimiento de las obligaciones a las que se anuda esta responsabilidad, que no son otras que las obligaciones de acreditación y registro previstas en el art. 4.2 de la misma norma o del régimen de subcontratación establecido en el art. 5, responsabilidades que son exigibles “*sin perjuicio de otras responsabilidades establecidas en la legislación social*” y “*cualquiera que fuera la actividad de dichas empresas*”. Así pues, esta responsabilidad, de tipo solidario, coincide con la prevista en el art. 127.1 LGSS en que no se restringe expresamente a que la actividad contratada corresponda a la propia actividad de la empresa principal aunque sí existe cierta coincidencia en tanto el campo de aplicación de la citada Ley está restringido al ámbito de la construcción—aunque no necesariamente, como antes hemos señalado, pues el requisito de la misma actividad no exige necesariamente el mismo sector de actividad-, mientras que coincide con la prevista en el art. 42 ET en su naturaleza solidaria. En los tres casos, como luego veremos, alcanza a las responsabilidades en materia de seguridad social, amén de otras responsabilidades en materia laboral en dos de dichos casos aquí irrelevantes, aunque presenta diferencias importantes especialmente en el propio supuesto determinante de la imputación de la responsabilidad que es claramente diferente en este último caso respecto de los anteriores: en el supuesto del art. 7.2 Ley 32/2006 existe un incumplimiento de una obligación específica que se impone a todos los sujetos de la cadena de subcontratación y es por ello que todos ellos son responsables originarios de dicho incumplimiento. En los supuestos contemplados en el art. 42 ET y art. 127.1 LGSS el incumplimiento originario lo es del contratista o subcontratista y la responsabilidad que se le impone al empresario principal, contratista o “propietario de la obra” lo es “derivada” del incumplimiento de aquél. En el ámbito de la Ley 32/2006, el

¹²³ Reitera doctrina la STS de 9-10-2010 (RJ 2010, 391). En el mismo sentido, mas recientemente, vid. STS de 9-12-2010 (RJ 2001, 391).



art. 7 impone a las empresas contratistas y subcontratistas que intervengan en las obras de construcción incluidas en su ámbito de aplicación la obligación de vigilar que las empresas y trabajadores autónomos con los que contratan han cumplido con las obligaciones de acreditación y registro que la propia norma les impone en su art. 4.2 así como que cumplen con el régimen de la cadena de subcontratación regulada en el art. 5 de la misma norma. Por tanto, existe un incumplimiento de una obligación propia y no meramente derivada porque la responsabilidad solidaria en el pago de las prestaciones de seguridad social no se impone porque no se cumplen los requisitos de acreditación y registro o porque se ha incumplido el régimen en la cadena de la contratación y subcontratación por quien debería cumplir dichos requisitos sino porque no se ha cumplido con el deber de vigilancia que se impone a esos otros sujetos contratistas o subcontratistas de aquéllos.

Además, el deber de vigilancia que se impone los contratistas y subcontratistas es doble: por un lado, que aquellas empresas o trabajadores con quienes contratan cumplen con las obligaciones de acreditación y registro del art. 4.2 y por otro que éstas han cumplido con el régimen de subcontratación –concretamente, los límites impuestos a la misma- previstos en el art. 5.

La distinción entre este doble supuesto de hecho es importante porque, como veremos con posterioridad, cabe la exoneración de la primera responsabilidad en determinados casos (art. 6.3 RD 1109/2007) pero no de la segunda, que se configura como absoluta.

En todo caso, el art. 42 ET se configura como núcleo central de la regulación pese a no ser, como hemos visto, la más antigua de las normas que en nuestro ordenamiento jurídico atendieron al fenómeno de la subcontratación¹²⁴.

1.3. La noción de propia actividad. Una aproximación jurisprudencial

Como se infiere de lo señalado, la noción de propia actividad es esencial al constituir la línea de demarcación entre la responsabilidad solidaria prevista en el art. 42 ET y la

¹²⁴ Vid. señalando también la centralidad del art. 42 ET en la heterogénea regulación jurídica de la subcontratación, DEL VAL TENA, A.L, “La responsabilidad empresarial en contrataciones y subcontratas: del supuesto de hecho a la diversidad de regímenes”, en AA.VV (Dir. Rivero Lamas; Coord: del Val Tena), “Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing”, Thomson- Aranzadi (Cizur Menor), 2003, pág. 87.



responsabilidad subsidiaria contemplada en el art. 127.1 LGSS y de la contemplada –en este caso, en términos de solidaridad- por el art. 7.2 Ley 32/2006, responsabilidades que, no obstante, en ningún caso son excluyentes entre sí. Y en este propósito resulta imprescindible nuevamente acudir a la jurisprudencia y doctrina judicial.

Efectivamente, pese a que la redacción del art. 42 ET no ofrece la claridad que cabría esperar en aras a la salvaguarda de la necesaria seguridad jurídica, el ámbito de aplicación del art. 42 ET claramente se encuentra restringido a los contratistas o subcontratistas correspondientes a la propia actividad del empresario principal, tal y como se infiere de su número 1 (*“Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad...”*), precepto que sirve no sólo para delimitar el alcance de la obligación de comprobación del empresario principal respecto del cumplimiento de la obligación de abono de las cuotas de la Seguridad Social por parte del contratista, sino también para delimitar el alcance de la responsabilidad solidaria que se impone a dicho empresario principal por el art. 42.2 ET.

La jurisprudencia se debatió en el pasado entre dos tesis diferentes en orden a la identificación de la “propia actividad”¹²⁵. Según la “tesis de la indispensabilidad”, quedaban comprendidas en el ámbito de las contratistas a las que se refería el art. 42 ET todas aquellas contratistas que fueran indispensables para la realización de la actividad principal, aunque no constituyeran el objeto social de la empresa, es decir, todas las que resulten necesarias para la organización de la empresa, comprendiendo también entre tales las actividades o tareas complementarias (ALONSO OLEA). Según la “tesis de la inherencia”, sólo quedarían comprendidas las que correspondieran al ciclo productivo de la empresa principal, lo que implica la exclusión del concepto de propia actividad de las tareas complementarias o no nucleares (CRUZ VILLALÓN; GODINO REYES; SAGARDOY DE SIMON). Finalmente, en un largo debate jurisprudencial y doctrinal, acabó imponiéndose esta última tesis, en el entendimiento de que *“si se exige que las obras y servicios (...) deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad”* lo que necesariamente conduce a excluir la primera tesis *“pues su aceptación llevaría a una anulación del efecto del mandato del art. 42 ET que no puede tener otra finalidad que*

¹²⁵ Vid. un resumen de ambas tesis en STS de 24-11-1998 (RJ 1998, 4770).



*reducir los supuestos de responsabilidad del empresario comitente*¹²⁶. El fundamento de esta interpretación estriba en que las actividades del ciclo productivo, a diferencia de las actividades indispensables no inherentes a dicho ciclo, se incorporan al producto o resultado final de la empresa o entidad comitente, tanto si son realizadas directamente como si son encargadas a una empresa contratista, justificando así la responsabilidad patrimonial de la empresa comitente¹²⁷. Esto no implica la exclusión del concepto de “propia actividad” de todas las actividades complementarias sino exclusivamente de aquéllas que, por su ocasionalidad o inespecificidad son complementarias de la generalidad de las empresas, lo que implica, a sensu contrario, que sí quedan comprendidas las complementarias indispensables¹²⁸.

Así, en aplicación de esta doctrina, que se viene manteniendo sin vacilaciones desde 1995, se ha considerado, entre otros, que corresponde a la propia actividad el transporte sanitario respecto del Servicio público de Salud por cuanto esta actividad formaba parte necesaria de la prestación de la asistencia sanitaria propia de esa entidad, sin que fuera óbice el que la normativa específica (RD 63/1995, de 20 de marzo) la calificara de prestación sanitaria complementaria pues esta denominación únicamente implica, según la propia definición reglamentaria, *“aquellas que suponen un elemento adicional y necesario para la consecución de una asistencia sanitaria completa y adecuada”*¹²⁹, conclusión que se predica también respecto del transporte sanitario urgente¹³⁰. En este mismo sentido se ha entendido respecto de otras actividades accesorias respecto de la realizada de forma principal por la empresa, siempre que forme parte de su propia actividad y así se ha entendido por ejemplo, respecto de las azafatas del servicio de información de aeropuertos respecto de AENA, pues los servicios de información

¹²⁶ STS de 18-1-1995 (RJ 1995, 514). En el mismo sentido, entre otras, STS de 10-12-1999 (RJ 1999, 9730), STS de 27-10-2000 (RJ 2000, 9656) y STS de 22-11-2002 (RJ 2002, 510)

¹²⁷ STS de 29-10-1998 [RJ 1998, 9049].

¹²⁸ En este sentido, PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “El concepto de propia actividad empresarial”, en AA.VV., “Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.

¹²⁹ STS de 24-6-2008 (RJ 2008, 4233) y STS de 23-1-2008 (RJ 2008, 2775).

¹³⁰ STS de 3-10-2008 (RJ 2008, 7366)



directa deben ser prestados por AENA como parte de su actividad aeroportuaria¹³¹. También constituye propia actividad de las empresas de telefonía, la instalación del tendido aéreo de líneas telefónicas por medio de postes colocados a lo largo de un trayecto desde el momento en que esas obras o instalaciones a realizar constituyen el soporte permanente de la actividad de telefonía, que es la básica de la empresa recurrente¹³²; el montaje e instalación de acometidas y nuevos suministros o ampliación de los existentes, modificaciones de la red de baja y media tensión y desmontaje de conductores y postes de madera de una línea de baja tensión respecto de la empresa principal dedicada a la distribución de energía eléctrica¹³³; el servicio de comedor de Colegio Mayor universitario puesto que la labor del centro se integra con dos áreas de actividad, la docente y la de hostelería¹³⁴; el servicio de atención a personas mayores en Centros de día respecto del Ayuntamiento de Santurce y ello con independencia de que el citado ayuntamiento estuviera o no directamente obligada a asumir dichas competencias pero desde el momento en que asumió esa función social, para la que es competente, se convirtió en “propia actividad”¹³⁵ o mas en general, la prestación de servicios sociales por entidad local (Ayuntamiento) a través de entidades privadas¹³⁶.

Con todo, la jurisprudencia y doctrina judicial en algún caso ha ido mas allá aunque no siempre de forma unánime, y ha mantenido una interpretación mas amplia del concepto de propia actividad: así, por ejemplo, se ha considerado que la limpieza forestal del perímetro de las líneas y tendidos eléctricos constituyen propia actividad de la empresa eléctrica pues dentro de la actividad normal de la empresa está la de reparación y mantenimiento de las líneas eléctricas, en la que se han de incluir tanto los trabajos sobre las propias líneas (postes eléctricos o cableados), como los que necesariamente se han de realizar en los lugares próximos a las mismas y al ser claro que de no haberse contratado los trabajos de limpieza forestal a la empresa empleadora del accidentado, la

¹³¹ STSJ Baleares de 24-11-2011 (AS 2012, 39) y STSJ Baleares de 16-3-2010 (AS 2010, 1092)

¹³² STS de 22-11-2002 [RJ 2003, 510]

¹³³ STS de 11-5-2005 (RJ 2005, 6026)

¹³⁴ STS de 24-11-1998 [RJ 1998, 10034]

¹³⁵ STS de 5-12-2011 (RJ 2012, 1626)

¹³⁶ STSJ Madrid de 30-5-2005 (AS 2005,2457), STSJ Comunidad Valenciana de 4-5-2005 (AS 2005, 1491)



empresa principal tendría que haber realizado por sí misma la actividad que contrató [STSJ Cataluña de 17-11-2007 (AS 2007, 1062)]. Sin embargo, no aplica, aunque lo cita expresamente como criterio delimitador, el criterio de la sustitubilidad la STSJ Castilla La Mancha de 18-7-2005 (AS 2005, 2564) que excluye del concepto de propia actividad la limpieza de las estaciones de RENFE por la empresa contratista pues la normativa aplicable no contempla entre las funciones de RENFE dicha función, que sólo puede calificarse de accesorio. Por el contrario, la subcontrata del servicio de grúa municipal sí forma parte de la propia actividad del ayuntamiento, en cuanto éste tiene legalmente atribuido el control del tráfico de vehículos y de su estacionamiento, y cobro de tasas por tal, función que entra dentro de las que le son propias, conforme a la normativa local [STSJ País Vasco de 11-1-2000 (AS 2000,1008)].

En general, en el ámbito de la administración pública, la contrata es de la propia actividad cuando tiene por objeto la gestión de servicios públicos que son competencia de aquéllas, si se exterioriza la cobertura de tales servicios mediante gestión directa o gestión indirecta (concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta) previstas en la Ley de Contratos de las Administraciones públicas (retirada de vehículos, ayuda a domicilio, limpieza y cuidado de jardines). En definitiva, cuando se transfieren mediante la contrata actividades y atribuciones que son misión y responsabilidad específica de la Administración Pública de tal forma que, de no concertarse el servicio con tercero, la Administración tendría que gestionarlo por sí misma y con sus propios empleados¹³⁷. No obstante, no faltan autores (OJEDA) que recientemente¹³⁸ defienden una reconsideración de este criterio propugnando que el criterio atributivo de la responsabilidad sea el ejercicio del poder directivo –ausente por completo en el ámbito de la administración pública que lo delega en la adjudicataria– pues en definitiva, son quienes deciden sobre las condiciones de trabajo de los trabajadores. Igual consecuencia se impone cuando se trata de contratos administrativos de obras públicas. También en los supuestos en los que la ejecución de las obras las

¹³⁷ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., y GOÑI SEIN, J.L., “Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contratas”, en AA.VV., “Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pág. 155.

¹³⁸ Vid. OJEDA AVILES, A., “La deconstrucción del Derecho del Trabajo”, Madrid (La Ley), 2010, págs



asuma la Administración en colaboración con empresarios particulares, excluido expresamente el contrato de los casos que dan lugar al contrato de obra, aunque tendrá también carácter administrativo. Más dudoso sería el supuesto de contrata sustentada en un contrato de consultoría y asistencia o de servicios (artículos 196 y ss. LCAP)¹³⁹.

Especialmente conflictivo se ha presentado la consideración de la propia actividad en el ámbito de la construcción, planteándose grandes divergencias judiciales respecto de la figura del promotor. En general, el Tribunal Supremo, pese a vacilaciones iniciales¹⁴⁰, no considera propia actividad la realizada por una empresa contratista respecto de una empresa promotora inmobiliaria en sentido estricto¹⁴¹ porque aunque ambas actividades están insertas en el mismo sector de la edificación, las actividades empresariales son distintas: el promotor desarrolla una serie de actividades de iniciativa, coordinación y financiación de la proyectos de edificación que tiene carácter básicamente administrativo y comercial mientras la que la labor de construcción es fundamentalmente física y productiva (...) y en este sentido, la actividad de construcción no es una actividad inherente al ciclo productivo de la actividad inmobiliaria, doctrina que, sin embargo, no se ha trasladado de forma clara a los TSJ, pudiendo encontrarse todavía pronunciamientos en contra¹⁴² aunque no de forma

¹³⁹ STSJ Cantabria de 8-9-2004 (AS 2004, 2751)

¹⁴⁰ STS de 9-7-2002 (RJ 2002, 2175).

¹⁴¹ STS de 2-10-2006 [RJ 2006, 6728] y STS de 20-7-2005 [RJ 2005, 5595]

¹⁴² STSJ Andalucía/Málaga de 19-4-2007 (AS 2007, 3320). La empresa contratista y empleadora del trabajador accidentado llevaba a cabo sus tareas de impermeabilización y drenaje de muros de hormigón en el centro de trabajo de la principal, promotora de la obra en construcción. En el mismo sentido, consideró que la construcción sí formaba parte de la propia actividad de la empresa promotora la STSJ Andalucía/Sevilla de 11-1-2000 (AS 2000, 1008) porque “pues lo que la empresa principal promociona es precisamente la construcción, cuya ejecución contrata con terceros, pero tan importante es la actividad contratada para ella, que si se elimina no es ya que se perjudique de manera importante su ciclo productivo, sino que prácticamente se le vacía de contenido, lo que lleva a concluir que la construcción forma parte de su actividad empresarial”. En el mismo sentido, STSJ Navarra de 12-4-2000 (AS 2000, 1859) para quien: “Siendo obvio que la actividad de promoción inmobiliaria no tiene esencia por sí misma, y que para ejercitar su fin empresarial debe materializarse en una contrata de obras y



unánime¹⁴³. Por su parte, alguna otra sentencia ha concluido que, aunque en aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo las actividades de promoción y construcción son diferentes, en el caso concreto examinado correspondían a la propia actividad porque el objeto social de la empresa promotora comprendía, además de la promoción, la urbanización y construcción de inmuebles de cualquier tipo, así como la reparación, decoración y mantenimiento de los mismos¹⁴⁴. Tampoco se ha considerado propia actividad la actividad de formación realizada por centros privados colaboradores con el INEM en el Plan FIP respecto de la actividad del INEM porque la propia actividad de éste es el fomento de la formación ocupacional mediante la subvención de los cursos, pero no la realización de estos, que corre a cargo de empresas o entidades colaboradoras¹⁴⁵. Ni tampoco la actividad de vigilancia y seguridad constituye propia actividad de la Junta de Castilla y León¹⁴⁶ ni de una empresa de construcción¹⁴⁷; ni tampoco el inventario y catalogación de los bienes de RENFE al constituir una mera actividad complementaria¹⁴⁸. Tampoco el transporte de material explosivo y munición, sujeto a reglas especiales, pues el ciclo productivo de la empresa principal comienza y finaliza en lo que es su objeto social que es la investigación, desarrollo, fabricación y comercialización de todo tipo de explosivos así como munición de todo tipo de calibre, armas y sistemas de armas de aplicación naval, terrestre y aérea e investigación y desarrollo de dichas armas»¹⁴⁹. En general, la actividad de limpieza, salvo los supuestos

servicios que son así parte fundamental de su esencia, pues no puede existir sin ella, y sin que la pura sustantividad especulativa puede reconocerse subsistente por sí a efectos laborales”.

¹⁴³ STSJ Castilla y León/Burgos de 21-1-2010 (AS 2010, 1017), STSJ Castilla y León/Burgos de 17-12-2009 (AS 2010,90), STSJ Andalucía/Sevilla de 9-2-2007 (AS 2007, 1590), STSJ País Vasco de 29-9-2009 (AS 2009, 2693), STSJ Aragón de 23-9-2009 (AS 2009, 2844), entre muchas

¹⁴⁴ STSJ Madrid de 27-10-2007 (AS 2007, 3000)

¹⁴⁵ STS de 29-10-1998 (RJ 1998, 9049)

¹⁴⁶ STSJ de 18-1-1995 (RJ 1995, 514)

¹⁴⁷ STSJ Madrid de 30-6-2008 (AS 2008, 1783)

¹⁴⁸ STSJ País Vasco de 15-10-2002 (AS 2002, 2968)

¹⁴⁹ STSJ Andalucía/Granada de 10-7-2001 (AS 2002, 879)



particulares señalados, se considera ajena a la actividad de la empresa principal: así, por ejemplo, la limpieza de los locales de una empresa de venta de accesorios para vehículos¹⁵⁰; sin embargo, no así cuando concurren determinadas circunstancias especiales como cuando esas labores de limpieza inciden en las propias posibilidades de desarrollar el proceso productivo (de no desarrollarse aquélla el proceso productivo se vería finalmente paralizado) e, incluso, recuperación de la materia prima empleada en el citado proceso productivo¹⁵¹. Tampoco es propia actividad la administrativa que presta servicios en una obra de construcción pues estos servicios no son propia actividad de la empresa de construcción¹⁵². Tampoco es propia actividad la instalación de una cinta transportadora en empresa dedicada a la fabricación y venta de cemento¹⁵³.

En definitiva, la opción jurisprudencial a favor de limitar el concepto de propia actividad a las actividades inherentes al ciclo productivo de la empresa principal conlleva una restricción importante de la operatividad de la garantía del art. 42 ET en tanto que las actividades inherentes a su ciclo productivo no son las que habitualmente son objeto de contratación al haber quedado fuera de las mismas, en general, las contrataciones referidas a trabajos de construcción (salvo en empresas de construcción), comercialización, transporte, distribución, vigilancia y seguridad, limpieza, servicios de comedor y cafetería, entre otros.¹⁵⁴ Se ha pasado así, con un mismo precepto legal, de un posicionamiento de nuestro ordenamiento jurídico de cautela hacia la actividad de subcontratación a una libre aceptación de la misma, con una reducción importante de las garantías de los trabajadores al operar sólo la regla de la responsabilidad subsidiaria del art. 127 LGSS, como ahora veremos. Este tránsito se consolidará legislativamente con la reforma operada por la Ley 12/2001 de 9 de julio sobre el propio título del precepto que pasa de “responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios” a

¹⁵⁰ STSJ Cataluña de 19-10-2010 (AS 2010, 3015)

¹⁵¹ STSJ Cataluña de 3-9-2007 (AS 2008, 339)

¹⁵² STSJ Aragón de 14-12-2005 (AS 2006, 616)

¹⁵³ STSJ Cataluña de 2-1-2001 (AS 2001, 559)

¹⁵⁴ En este sentido, LOPERA CASTILLEJO, M.J., “Responsabilidades en materia de Seguridad Social de los contratistas”, en AA.VV (Dir. Rivero Lamas; Coord. del Val Tena), “Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing”, Thomson- Aranzadi (Cizur Menor), 2003, pág. 125.



“subcontrata de obras y servicios”, cambio en apariencia nimia pero que refleja bien a las claras la recepción por el legislador de la postura jurisprudencial de manifiesta aceptación de la subcontratación como vía de organización de la actividad empresarial¹⁵⁵. Desde otra perspectiva, se echa en falta una delimitación normativa que aporte mayor seguridad al concepto de propia actividad que, al final, se está determinando casuísticamente sobre la base de un conjunto de indicios¹⁵⁶ lo que determina una elevada dosis de inseguridad jurídica: en tanto la “propia actividad” constituye la frontera entre la aplicación del régimen de protección privilegiado del art. 42 ET y el régimen del art. 127 LGSS sería conveniente que el legislador aportara, si se quiere sobre la base de dichos indicios, criterios normativos claros para la delimitación de ese concepto fundamental¹⁵⁷.

1.4. Ámbito objetivo o material de las distintas responsabilidades en materia de seguridad social.

La existencia de tres previsiones normativas distintas, en algún caso con una redacción poco afortunada, no podía dejar de presentar también problemas interpretativos en lo que se refiere a la identificación del alcance de la responsabilidad en materia de seguridad social que se infiere del conjunto de la normativa señalada lo que ha determinado que nuevamente la jurisprudencia y doctrina judicial hayan tenido que asumir un papel exorbitado, que posiblemente excede de la labor interpretativa que le corresponde.

¹⁵⁵ Vid. una crítica a la validez de este criterio como delimitador del nacimiento del supuesto fáctico del art. 42 ET, en RIVERO LAMAS, J., “Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico laboral”, en AA.VV (Dir. Rivero Lamas; Coord: del Val Tena), “Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing”, Thomson- Aranzadi (Cizur Menor), 2003, págs. 41-42.

¹⁵⁶ Sobre estos indicios, vid. CRUZ VILLALON, J., “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”, Relaciones Laborales, tomo II, 1992; DEL VAL TENA, A.L, “La responsabilidad empresarial en contratas y subcontratas: del supuesto de hecho a la diversidad de regímenes”, en AA.VV (Dir. Rivero Lamas; Coord: del Val Tena), “Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing”, Thomson- Aranzadi (Cizur Menor), 2003, pág. 87.

¹⁵⁷ Sobre el particular, vid. vid. OJEDA AVILES, A., “La deconstrucción del Derecho del Trabajo”, Madrid (La Ley), 2010, págs.. 164 y ss;



1.4.1. Responsabilidad solidaria del art. 42 ET

Según el tenor literal del art. 42.2 ET la responsabilidad empresarial solidaria de la empresa principal respecto de la contratista en materia de seguridad social se predica de *“las referidas a la Seguridad Social”*. Por su parte, el art. 127.1 LGSS se refiere, sin duda con mayor claridad, al pago de una prestación de seguridad social de la que pudiera haber sido declarado responsable el empresario a tenor de las reglas de responsabilidad previstas en el art. 126 LGSS; mientras que, finalmente, el art. 7.2 Ley 32/2006 se refiere a *“las obligaciones de seguridad social derivadas de la ejecución del contrato acordado que correspondan al subcontratista responsable del incumplimiento en el ámbito de ejecución de su contrato”*.

Por lo que se refiere al alcance del art. 42 ET, la utilización de un pronombre personal de objeto (*“las”*) para la identificación del alcance objetivo de la obligación obliga a una labor interpretativa que lleva a identificar dicho pronombre con el sustantivo *“obligaciones”* previamente mencionado en la misma oración. Por tanto, el alcance de esta responsabilidad solidaria en materia de seguridad social alcanza a las obligaciones referidas a la Seguridad Social durante el periodo de vigencia de la contrata.

La identificación de cuales son esas obligaciones es por tanto la cuestión controvertida: el número 1 del art. 42 ET se refiere a la necesidad de comprobación por el empresario principal de que los contratistas y subcontratistas se hallan al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad social, por lo que obviamente entre dichas obligaciones se incluye la de cotización y por tanto, la responsabilidad del empresario principal y contratista alcanzará a los descubiertos de cuotas de los contratistas y subcontratistas como, por lo demás, prevé expresamente el art. 104.1 LGSS¹⁵⁸. Pero, además de lo anterior, la responsabilidad parece que debería alcanzar también a las consecuencias en materia prestacional derivadas del incumplimiento de dicha obligación de cotización –y por supuesto, también las derivadas del incumplimiento de la obligación de afiliación y alta, que constituye acto de encuadramiento previo del que resulta responsable el empleador-, en aplicación de las reglas del art. 126 LGSS: restringir esta responsabilidad solidaria exclusivamente al abono de las cuotas debidas por el contratista supone reducir grandemente el sistema de garantías que quiere establecerse

¹⁵⁸ Art. 104.1 LGSS: *“(…) responderán, asimismo, solidaria, subsidiariamente o “mortis causa” las personas y entidades sin personalidad a que se refieren los arts. 15, 127.1 y 127.2 de esta Ley”*.



en favor de los trabajadores, que en su caso, quedaría reducida a la aplicación del art. 127.1 LGSS, y por tanto, a una mera responsabilidad subsidiaria. Una lectura combinada de los arts. 42 ET y arts. 104 y 127 LGSS corrobora legalmente, en mi opinión, esta interpretación: el art. 104.1 LGSS impone la responsabilidad respecto de las cuotas -solidaria o subsidiaria- de las personas a las que se refiere el art. 127.1 y 127.2 LGSS que imponen la responsabilidad respecto de las prestaciones, precepto el primero que, a su vez, declara su aplicación “*sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 42.1 ET, para las contratadas y subcontratadas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal*”, declarando así taxativamente el carácter complementario y no excluyente de ambas regulaciones normativas (art. 42 ET y art. 127.1 LGSS), como antes se ha señalado. Así pues, ambos preceptos coincidirían en el alcance de la responsabilidad en materia de seguridad social, que alcanzaría tanto a las cuotas como a las prestaciones de las que pudiera ser declarado responsable el empresario por incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, alta o cotización ex art. 126 LGSS, radicando la diferencia entre uno y otro en la restricción del supuesto de la responsabilidad solidaria a las contratadas correspondientes a la propia actividad del empresario principal.

Sin embargo, no es esta la postura que parece mantener en la actualidad el Tribunal Supremo quien, analizando la cuestión de si quedan comprendidas dentro de dicho concepto las mejoras voluntarias en materia de Seguridad social¹⁵⁹ ha declarado que la responsabilidad solidaria del art. 42.2 ET queda limitada exclusivamente a las cuotas de seguridad social y, todo lo mas, a las prestaciones anticipadas por la Seguridad Social,

¹⁵⁹ STS de 22-12-2000 (RJ 2000, 1873), STS de 16-9-1999 (RJ 1999, 7226), STS de 19-5-1998 (RJ 1998, 4730), STS de 14-2-2000 (RJ 2000, 2036)



prestaciones nacidas precisamente de esos incumplimientos¹⁶⁰, apartándose así –bien que *obiter dicta*- de lo señalado en otras sentencias, muy próximas temporalmente, en las que expresamente declaró la responsabilidad tanto respecto de los descubiertos de cuotas en que incurriera el contratista con sus trabajadores afectados por la contrata, como respecto de las prestaciones sociales asignadas a éstos y de cuyo pago hubiera sido declarado responsable dicho contratista por el incumplimiento de sus obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización¹⁶¹. Para la última doctrina del Tribunal Supremo, el art. 42.2 ET enumera las obligaciones referidas a la Seguridad social, entendida ésta como “ente gestor” de prestaciones, considerando además, que la solidaridad nunca puede presumirse y que la regla general en materia de responsabilidad por prestaciones es la subsidiariedad prevista en el art. 127.1 LGSS.

En definitiva, el Tribunal Supremo¹⁶² ha optado por interpretar esa referencia a la Seguridad social en términos subjetivos en lugar de en términos materiales u objetivos por lo que, en lo que respecta a las prestaciones de seguridad social, parece inferirse de dicha doctrina que sólo cuando la deuda se mantenga con la Seguridad Social, entendida como Administración institucional específica, entra en juego la responsabilidad solidaria del art. 42.2 ET que encuentra así un nuevo límite –subjetivo en este caso- además del material de que las contratas se refieran a la propia actividad del empresario principal. Esta doctrina podría encontrar cierto apoyo en el pasado –aunque no se señala así en las sentencias examinadas-, esta posición pudo encontrar en la redacción del art. 10.3 Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento

¹⁶⁰ F.J.6º: Hay que resaltar en relación con estas deudas, que las mismas inicialmente están referidas a las cuotas, como ocurre en el párrafo primero y por el enlace entre las dos partes del artículo del que hicimos mención. El precepto está enumerando obligaciones referidas a la Seguridad Social, entendida como Ente gestor de prestaciones, y que únicamente pueden referirse a esas cuotas o a prestaciones anticipadas por la Seguridad Social –y ello se admite aquí a efectos dialécticos-, prestaciones nacidas precisamente de estos descubiertos, pues el precepto en esta materia de Seguridad Social no se refiere a deudas con trabajador, sino a obligaciones con la Seguridad Social, que como veremos son subsidiarias cuando se trata de las prestaciones del sistema.

¹⁶¹ STS de 19-1-1998 (RJ 1998, 998); STS de 20-5-1998 (RJ 1998, 4738)

¹⁶² En este mismo sentido se venían pronunciando ALONSO OLEA, M., y TORTUERO PLAZA, J.L., “Instituciones de Seguridad Social”, Madrid (Civitas), 2000, pág. 174.



General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, actualmente derogado, que se refería expresamente al pago de las deudas con la Seguridad Social¹⁶³. Así pues, para el Tribunal Supremo no estamos ante la protección de créditos del trabajador frente al empresario sino de protección de créditos de la administración de la Seguridad Social frente al empresario responsable¹⁶⁴.

Esta misma interpretación pareció asumir alguna negociación colectiva que, de manera harto discutible -pues, en definitiva, la negociación colectiva carece de poderes para fijar el alcance de la responsabilidad fijada por el precepto legal-, pareció restringir la responsabilidad en materia de seguridad social a las cotizaciones, aunque con posterioridad, y posiblemente por su clara ilegalidad, dicha limitación desapareció¹⁶⁵.

¹⁶³ “3. En caso de subcontrata de obras o servicios, el empresario principal y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente del pago de las deudas con la Seguridad Social, además de las de naturaleza salarial, contraídas por los subcontratistas respecto de sus trabajadores durante el período de vigencia de la contrata o subcontrata (...).

¹⁶⁴ En sentido contrario, incluyendo tanto las cuotas como las prestaciones lo mismo frente a trabajadores que frente a la Seguridad Social, vid. En este sentido, LOPERA CASTILLEJO, M.J., “Responsabilidades en materia de Seguridad Social de los contratistas”, en AA.VV (Dir. Rivero Lamas; Coord: del Val Tena), “Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing”, Thomson- Aranzadi (Cizur Menor), 2003, pág.133. Vid. también LOPEZ GANDÍA, J. y TATAY PUCHADES, C., “Contratas y subcontratas y responsabilidades de Seguridad Social”, en AA.VV., “Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pág. 230-231; MONEREO PERÉZ, J.L., “El ámbito material de la responsabilidad en el trabajo en contratas. Las obligaciones “referidas” a la Seguridad Social”, Relaciones Laborales Tomo II, 1992, pág. 270

¹⁶⁵ I Convenio General para el sector de la Construcción (Resolución de 4-5-1992; BOE de 20-5-1992) *Artículo 31. Subcontratación.-Las empresas que subcontraten con otras del sector la ejecución de obras o servicios, responderán ante los trabajadores de las empresas subcontratistas en los términos establecidos en el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores quedando referido el límite de responsabilidad de dicha disposición a las obligaciones de naturaleza salarial y cotizaciones a la Seguridad Social*



La doctrina del Tribunal Supremo ha sido recogida por algún Tribunal Superior de Justicia que limita claramente la responsabilidad solidaria a las prestaciones únicamente cuando sean anticipables por la Entidad Gestora¹⁶⁶.

Hay que tener en cuenta que esta nueva interpretación jurisprudencial, combinada con la reforma operada por la ley 24/2001, de 27 de diciembre sobre el art. 126 LGSS¹⁶⁷, limitando la cuantía de las prestaciones anticipables, supone una restricción importante de la garantía de los derechos de los trabajadores ya no sólo porque quedan excluidas de la responsabilidad solidaria las prestaciones no anticipables sino también porque queda fuera la cuantía de las prestaciones que supera dicho límite.

Pero esta limitación jurisprudencial, hay que insistir que elaborada en la resolución de la controversia sobre la inclusión o no de las mejoras voluntarias en el ámbito de la protección de la responsabilidad solidaria prevista en el art. 42.2 ET (de la misma forma que la anteriormente citada extendiendo la responsabilidad también a las prestaciones lo fue, obiter dicta, en relación con el análisis de las responsabilidades en materia salarial), además, se aplica por el Tribunal Supremo también incluso en aquellos supuestos en los que los que el convenio colectivo consagra expresamente una responsabilidad solidaria de contratistas y subcontratistas respecto de determinadas mejoras voluntarias pactadas en el convenio colectivo, sin que las sentencias señaladas en unificación de doctrina, aún declarando la existencia de dichos preceptos convencionales en sus hechos

derivadas del Convenio Colectivo aplicable al nacer dicha responsabilidad, o a las derivadas de su contrato de trabajo, si fueran superiores.

En el mismo sentido, II CGSC (Resolución de 30-4-1998; BOE de 4-6-1998).

Sin embargo, a partir del III CGSC ya desaparece dicha previsión remitiéndose “a los términos establecidos en el art. 42 ET”. En el mismo sentido, IV CGSC CGSC (Resolución de 1-8-2007; BOE de 17-8-2007) aunque adiciona también la remisión a Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción.

¹⁶⁶ Vid. SSTSJ Comunidad Valenciana de 11-4-2006 (AS 2006, 2586) y de 12-12-2006 (AS 2007, 1416).

¹⁶⁷ Art. 126.2, último párrafo, LGSS: “El anticipo de las prestaciones en ningún caso podrá exceder de la cantidad equivalente a dos veces y media el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante (...)”.



probados, contengan declaración alguna sobre la responsabilidad en tales supuestos en sus fundamentos jurídicos¹⁶⁸. En mi opinión, si en el pasado la legalidad de dichas cláusulas podría ser discutible cuando extendía dicha responsabilidad a todos los empresarios principales con independencia de que estuvieran o no comprendidos en el ámbito de aplicación del citado convenio colectivo, la restricción a estos últimos operada en los últimos convenios determina la plena aplicación de la responsabilidad solidaria a las prestaciones de seguridad social complementaria que el citado convenio viene a recoger, ya no por la vía del art. 42.2 ET –vista la doctrina jurisprudencial señalada- sino por la voluntad de los sujetos legitimados para negociar dicho convenio

¹⁶⁸ Esta omisión del citado apoyo normativo convencional en la resolución del recurso para la unificación de doctrina se pone de manifiesto por alguna sentencia de suplicación: “Tal conclusión no podría verse obstaculizada por la jurisprudencia anteriormente referida (SSTS 19/05/1998, 16/09/1999, 14/02/2000 y 22/12/2000) que eliminan de esta responsabilidad del contratista principal las mejoras voluntarias de prestaciones, pues dichas sentencias limitan su pronunciamiento a lo que resulta del art. 42 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) , único precepto invocado como infringido en dichas resoluciones y aunque en el recurso del que conoció la sentencia de 22/12/00 también aparecía involucrado el art. 31 del Convenio General de la Construcción (RCL 1992, 1131, 1475) publicado en el BOE de 20/5/92 , de contenido similar al art. 30 del Convenio General de la Construcción vigente en el año 2001 y en consecuencia también similar al art. 24 del Convenio Colectivo Provincial que hoy nos ocupa, el TS obvió tal apoyo normativo limitándose a reproducir la doctrina contenida en las anteriores sentencias sobre el alcance del art. 42 ET en relación a las mejoras voluntarias de Seguridad Social. Quizá por ello son numerosas las Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que consideran no aplicable dicha jurisprudencia en casos similares en los que se invoca la infracción de preceptos convencionales en los que se extiende la responsabilidad del empresario principal respecto a los trabajadores de la empresa subcontratista por las mejoras voluntarias establecidas en Convenio como la que aquí se debate” (de la STSJ Andalucía/Sevilla de 29-4-2010 (AS 2010, 1120)

Algunas sentencias en suplicación declararon la extensión de la responsabilidad solidaria prevista en el CGSC: así, entre otras, STSJ Aragón de 25-5-2005 (AS 2005, 1542), STSJ Andalucía/Sevilla de 29-4-2010 (AS 2010, 1120), STSJ Canarias 30/6/05 (AS 2005, 1668) , STSJ Aragón 25-5-2005 (AS 2005, 1542) , STSJ Andalucía de 23-10-2003, STSJ Cataluña 15-7-2003 (JUR 2003, 213348) , STSJ Castilla-La Mancha 12-6-2006 (AS 2006, 2622). Sin embargo, otras la excluyen: STSJ Cataluña de 16-12-2009 (AS 2009, 671).



colectivo de naturaleza estatutaria¹⁶⁹ de acuerdo con lo dispuesto en el art. 82.3 ET. El complemento de incapacidad temporal queda excluido en tanto es una mejora voluntaria [STSJ Andalucía/Málaga de 2-7-2007 (AS 2008, 2982)].

i. La responsabilidad subsidiaria del art. 127 LGSS

Por su parte, la responsabilidad subsidiaria del art. 127 LGSS se refiere expresamente al “*pago de una prestación*”, se entiende lógicamente de “seguridad social”, a la que hay que añadir la responsabilidad en materia de cuotas que establece, por remisión al art. 127.1 LGSS, el art. 104 LGSS. En este caso, y puesto que esa responsabilidad empresarial en el pago de una prestación lo es “*a tenor de lo previsto en el artículo anterior*”, la responsabilidad subsidiaria alcanza además de a las cuotas –ex art. 104.1 LGSS- a las prestaciones de Seguridad Social pública, con independencia del carácter anticipable o no. Todas las prestaciones de seguridad social de carácter público de las que pudiera ser responsable el empresario a tenor del art. 126 LGSS quedan comprendidas dentro de la responsabilidad subsidiaria del art. 127 LGSS. Quedan excluidas, pues, las mejoras voluntarias, pues esta responsabilidad no deriva de lo previsto en el párrafo anterior. Y tampoco parece que pueda extenderse la

¹⁶⁹ Vid. I Convenio General para el sector de la Construcción (Resolución de 4-5-1992; BOE de 20-5-1992) cuyo art. 31 extendía la responsabilidad solidaria del art. 42.2 ET a la indemnización de naturaleza no salarial por muerte o incapacidad permanente absoluta derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional pactada en el convenio aplicable. Esta previsión se reiteraba en los mismos términos por el II CGSC (Resolución de 30-4-1998; BOE de 4-6-1998).

En la actualidad, el V CGSC (Resolución de 28-2-2012; BOE de 15-3-2012) establece dicha responsabilidad a la indemnización de naturaleza no salarial por muerte, gran invalidez, incapacidad permanente absoluta o total derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional pactada en el artículo 67 del propio Convenio, quedando limitado el ámbito de esta responsabilidad exclusivamente respecto de los trabajadores de las empresas subcontratadas obligadas por este Convenio General (art. 26). Esta misma previsión y en los mismos términos se recogía también en el IV CGSC (Resolución de 1-8-2007; BOE de 17-8-2007) (art. 22) y en el III CGSC (Resolución de 26-7-2002; BOE de 10-8-2002).



responsabilidad prevista en los convenios colectivos señalados pues con la referencia al art. 42 ET está claramente restringiendo su ámbito de aplicación a las “contratas correspondientes a la propia actividad del empresario principal”. Por otro lado, la obligación en el pago puede ser total o parcial, por infracotización¹⁷⁰.

1.4.3. La responsabilidad en el ámbito de la Ley 32/2006

Por su parte, aunque el supuesto de imputación normativo del art. 7.2 Ley 32/2006 es bien distinto de las anteriores como se ha señalado, el ámbito material de la responsabilidad se predica también de las “*obligaciones de seguridad social*” aunque en este caso se identifican con mayor claridad con la referencia a “*las derivadas de la ejecución del contrato acordado que correspondan al subcontratista responsable del incumplimiento en el ámbito de ejecución de su contrato*”.

Cuestiones de delimitación subjetiva aparte respecto de los respectivos ámbitos de responsabilidad que se abordan con posterioridad, la responsabilidad solidaria del contratista– consecuencia del incumplimiento del deber de vigilancia en materia de acreditación y registro y en lo referente al cumplimiento de los límites previstos en la cadena de subcontratación- lo es de las obligaciones de seguridad social derivadas de la ejecución del contrato acordado y por tanto, parece que hay que entender que se refiere también a las obligaciones de afiliación, alta y cotización y las derivadas del incumplimiento de dichas obligaciones, por tanto, las responsabilidades en materia de prestaciones que pudieran imputarse al subcontratista respecto de sus trabajadores y durante la ejecución del contrato acordado e incluso las prestaciones de seguridad social complementaria.

En este caso, parece fuera de toda duda que no es posible acudir al criterio subjetivo para la identificación de las responsabilidades en materia de seguridad social sino que, por el contrario, la norma atiende a la fuente remota de dicha obligación: deben derivar de la ejecución del contrato acordado y consecuentemente, en tanto la prestación de servicios (determinante de la existencia del contrato) determina la obligación legal de afiliación/alta y cotización y el incumplimiento de estas obligaciones legales determina la responsabilidad en el pago de las prestaciones, con independencia de la anticipación o

¹⁷⁰ Vid. un supuesto concreto en STSJ Madrid de 20-11-2006 (RJ 2008, 1620)



no por la entidad gestora, la responsabilidad alcanza a las cuotas y a todas las prestaciones de las que pudiera ser declarado responsable el empresario contratista, alcanzando, a mi parecer, también a las mejoras voluntarias de seguridad social porque estas también derivan de la ejecución del contrato acordado.

Lo relevante en este caso ya no es la tutela de la administración institucional de la Seguridad Social sino los derechos de los trabajadores por el hecho mismo de tal condición, que nace del contrato de trabajo que, desde la perspectiva espiritualista que impregna nuestro ordenamiento jurídico, existe con la mera prestación de servicios en los términos previstos en el art. 1.1 ET.

ii. La responsabilidad en materia sancionadora y el recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad e higiene.

Tradicionalmente, la doctrina había excluido de la responsabilidad solidaria del art. 42 ET la derivada de las infracciones en materia de seguridad social previstas en la LISOS en atención a su naturaleza sancionadora y por la exigencia del principio de culpabilidad propio del derecho sancionador. Sin embargo, en la actualidad, la LISOS contempla la responsabilidad solidaria de los empresarios que contraten o subcontraten la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad respecto de las infracciones a que se refiere el apartado 1,a) del art. 23 LISOS cometidas por el empresario contratista o subcontratista durante todo el período de vigencia de la contrata. Y el art. 12.4 RGR¹⁷¹ admite esta posibilidad si está prevista legalmente aunque consagra con carácter general el carácter personalísimo de la responsabilidad por infracciones administrativas. En tanto el art. 23.1.a) LISOS tipifica como infracción administrativa grave dar ocupación como trabajadores a beneficiarios o solicitantes de pensiones u otras prestaciones

¹⁷¹ 12.4 RD 1415/2004: Salvo que las normas legales de aplicación a los concretos supuestos de responsabilidad establezcan otra cosa, no podrán exigirse por responsabilidad solidaria, subsidiaria o mortis causa, las sanciones pecuniarias ni los recargos sobre prestaciones económicas debidas a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales causados por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo salvo, respecto de estos últimos, que exista declaración de responsabilidad de la entidad gestora competente.



periódicas de la Seguridad Social, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de su actividad, la responsabilidad solidaria de los contratistas y subcontratistas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad alcanzará por tanto, a la sanción prevista para dicha infracción de la que son responsables en grado de solidaridad, cuantificada, si se impone en su grado mínimo, en 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio entre 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo entre 100.006 euros a 187.515 euros [art. 40.1.c) LISOS]. Y ello sin perjuicio de que las infracciones a lo dispuesto en el art. 42 ET determinen la responsabilidad de los empresarios afectados en los términos allí dispuestos (art. 42.1 LISOS). Y a sensu contrario implica que no cabe ninguna responsabilidad –ni solidaria ni subsidiaria- del empresario principal respecto del incumplimiento de otras obligaciones de seguridad social que pudieran corresponder al empresario subcontratista, por el principio de tipicidad que rige en materia sancionadora.

Mas discutido ha sido en la doctrina científica y en la jurisprudencia si cabe incluir en alguno de los supuestos de responsabilidad previstos –art. 42.2 ET y 127.1 LGSS- y específicamente en el art. 42.2 ET el recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad previsto en el art. 123 LGSS que imputa la responsabilidad en el pago del recargo directamente sobre el empresario infractor, sin que pueda ser objeto de seguro alguno (art. 123.2 LGSS). Hay que recordar que el art. 42.3 LISOS declara la responsabilidad solidaria de la empresa principal con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el art. 24.3 LPRL del cumplimiento, durante el periodo de la contrata, de las obligaciones impuestas en dicha ley, en relación con los trabajadores que los contratistas ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal.

De la lectura de la muy abundante jurisprudencia sobre el particular se puede concluir que mas que ante un supuesto de solidaridad, en aquellos supuestos en los que se ha extendido la responsabilidad a la empresa principal en relación al abono del recargo de prestaciones lo ha sido, no sobre la base de la solidaridad del art. 42.2 ET, sino en la interpretación amplia que la misma ha realizado del concepto de “empresario infractor” a que se refiere el art. 123 LGSS, lo que unido al deber de vigilancia que se impone al empresario principal por el art. 24.3 LPRL –en relación con el art. 42.3 LISOS- ha acabado con la imposición del recargo al empresario principal pero no en términos de solidaridad, sino de corresponsabilidad. Este cambio de orientación jurisprudencial se sitúa en la fundamental STS de 18-4-1992 (RJ 1992, 4849) –contra la que se presentó recurso de amparo que fue desestimado por la STC 81/1995, de 5 de junio-, la cual,



prescindiendo en apariencia del debate sobre la naturaleza jurídica del recargo –debate que había monopolizado la resolución de la controversia- centró su atención en la definición e identificación del concepto de “empresario infractor”, concluyendo que si bien los empleados de la empresa contratista y subcontratista mantienen su relación laboral exclusivamente con ésta *“no puede olvidarse que en muchas ocasiones desarrollan su trabajo bajo el control y la inspección de la empresa principal o en relación con lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de ésta y que, además, los frutos y consecuencias de ese trabajo repercuten en ella, produciéndose así una peculiar situación en la que participan los empleados de la contratista, éste y también la empresa principal situación en la que concurren conexiones e interferencias mutuas entre tres partes que en ella se encuadran (...) es perfectamente posible que una actuación negligente e incorrecta del empresario principal cause daños y perjuicios al empleado de la contrata e incluso que esa actuación sea la causa del accidente laboral sufrido por éste”*.

Esta misma doctrina se ha mantenido por el Tribunal Supremo en sentencias posteriores, promulgada ya la LPRL¹⁷², en las que insiste en que lo esencial es la identificación del empresario infractor y para ello lo importante es el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene, lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a éste de la responsabilidad en la reparación del daño causado, sin que se trate propiamente de una ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control¹⁷³.

Y esta responsabilidad de la empresa principal por esta consideración de “empresario infractor” se ha declarado incluso con abstracción de que concurra o no el requisito exigible en el art. 42 ET –y el propio art. 24.3 LPRL que impone ese deber de vigilancia en un ámbito objetivo (propia actividad) y locativo (sus propios centros de trabajo) muy

¹⁷² STSJ de 16-12-1997 (RJ 1997, 9320) y STS de 5-5-1999 (RJ 1999, 4705), STS de 2-10-2000 (RJ 2000,9673), STS de 14-2-2001 (RJ 2001, 2521), STS de 7-10-2008 (RJ 2008, 6969)

¹⁷³ En el mismo sentido, vid. OJEDA AVILES, A., “La deconstrucción del Derecho del Trabajo”, Madrid (La Ley), 2010, pág. 172.



concreto¹⁷⁴ - respecto de que la obra o servicio contratada corresponda a la propia actividad del empresario principal, precisamente porque lo importante no es tanto esta calificación como el que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal, y dentro de su esfera de responsabilidad¹⁷⁵.

Recientemente, sin embargo, la doctrina del Tribunal Supremo aparentemente ha enturbiado, aunque siempre invoca la doctrina señalada señalando su operatividad. Así, la STS de 20-3-2012 (RJ 2012, 4189), aplicando dicha doctrina considera, a sensu contrario, que para que haya infracción de la empresa principal sólo puede ser respecto de la obligación de vigilancia que le impone el art. 24.3 LPRL lo que exige la concurrencia de dos supuestos: a) cuando se trate de la misma actividad; b) Cuando las labores se realicen en su centro de trabajo o en un centro sobre el que la principal extiende su esfera de control, lo que implica, por tanto, que no existiría dicha corresponsabilidad fuera de dichos supuestos. No queda claro si se trata de requisitos acumulativos o, por el contrario, utilizando la propia expresión de la sentencia, de dos “supuestos” alternativos. La misma duda suscita la STS de 18-1-2010 (RJ 2010, 3097) que excluye la responsabilidad solidaria porque la actividad contratada (demolición de una nave) no se refería a la propia actividad de la empresa principal (siderometalúrgica) y porque no aconteció en el centro de trabajo de la empresa principal, puesto que dicho centro estaba ya desalojado y precisamente se contrató con la subcontratista su demolición. Al no concurrir ninguno de los “requisitos” del art. 24.3 LPRL o de los “supuestos” a los que se refiere la STS de 20-3-2012 (RJ 2012, 4189) no queda tampoco suficientemente claro. Hay que recordar que precisamente en la voluntad de extender la responsabilidad al empresario principal en estos supuestos está en la base del reconocimiento legal (art. 2 RD 171/2004, de 30 de enero, de desarrollo del art. 24 LPRL) - de una consideración amplia de “centro de trabajo” extensible a *“cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo”*.

¹⁷⁴ Sobre el particular, vid. GARCIA NINET, J.I., “Obligaciones y responsabilidades en materia de seguridad y salud en los supuestos de contratas y subcontratas. Consideraciones en torno al art. 24 (coordinación de actividades empresariales) de la LPRL”, en AA.VV., “Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pág. 260.

¹⁷⁵ STS de 7-10-2008 (RJ 2008, 6969)



En todo caso, lo que queda claro de cuando se ha expuesto hasta este momento es que la posible extensión de la responsabilidad por el recargo de prestaciones de seguridad social al empresario principal no ha quedado vinculada en la jurisprudencia analizada a la interpretación del concepto de “*las [obligaciones) referidas a la Seguridad social*” del art. 42.2 ET sino a la interpretación del art. 123 LGSS respecto del empresario infractor y del art. 24.3 LPRL. Y esto explica la inexistencia de jurisprudencia referida a la posible responsabilidad subsidiaria del empresario principal respecto del recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad o, lo que es lo mismo, respecto de si dentro del concepto de “pago de una prestación a tenor de lo previsto en el artículo anterior” a que se refiere el art. 126 LGSS quedaría comprendido también el eventual recargo de prestaciones. La escasa doctrina judicial que se ha referido al tema ha excluido su aplicación pero por considerar que el art. 127.1 LGSS exige para su aplicación que las obras y servicios contratados correspondan a la propia actividad del empresario principal, lo que no acontecía en el supuesto examinado [STSJ de 4-3-2008 (AS 2008, 1392)] presupuesto que, como se ha señalado, no coincide con la doctrina unificada del Tribunal Supremo para quien el art. 127 LGSS no exige que la contrata corresponda a la propia actividad de la empresa principal. Se trata, pues, de una cuestión pendiente de resolver.

1.4.5 El alcance de la deuda en los distintos supuestos de responsabilidad.

El alcance de la deuda es diferente en los supuestos de responsabilidad solidaria (art. 42 ET y art. 7.2 Ley 32/2006) y subsidiaria (art. 127.1 LGSS).

En el primer caso, y salvo que la responsabilidad solidaria se halle limitada por ley, comprende el principal de la deuda y los recargos e intereses devengados hasta el momento de su emisión, en procedimiento recaudatorio seguido contra el primer responsable solidario a quien se hubiese reclamado o que hubiera presentado los documentos de cotización dentro del plazo reglamentario de ingreso, incluyendo también, las costas generadas para el cobro de la deuda. Desde la reclamación de la deuda o acta de liquidación por derivación giradas contra los responsables solidarios también integran la deuda, además, del principal, los recargos e intereses que puedan ser exigibles a dicho primer responsable y todas las costas que se generen para el cobro de la deuda (art. 13.3 RD RGR).

En el supuesto de responsabilidad subsidiaria, y salvo también que la responsabilidad se halle limitada por ley, alcanza a la totalidad de la deuda exigible al deudor principal en



el momento de su emisión, con exclusión de los recargos, intereses y costas (art. 14.2 RGR). Salvo que las normas legales de aplicación a los concretos supuestos de responsabilidad dispongan otra cosa, no se incluye sin embargo, en el ámbito de la responsabilidad solidaria ni subsidiaria ni las sanciones pecuniarias ni los recargos sobre prestaciones económicas debidas a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales causados por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo salvo, respecto de estos últimos, que exista declaración de responsabilidad de la entidad gestora competente (art. 12.4 RGR).

1.5 El ámbito subjetivo de las responsabilidades: la identificación de los distintos sujetos responsables.

Tampoco la identificación del ámbito subjetivo de los distintos supuestos normativos ha estado exenta de dificultades. Las controversias principales han sido dos: en primer lugar, si es necesaria la cualidad empresarial de quien actúa en condición de contratante principal o propietario de obra; y en segundo lugar, si la responsabilidad alcanza a toda la cadena de contratistas y subcontratistas implicados en una eventual cadena de contrataciones y subcontratas o si, por el contrario, la responsabilidad queda limitada en cada escalón de la cadena de subcontratistas del contratista respecto de su contratista.

Por lo que respecta a la primera cuestión, no cabe duda que el art. 42.2 exige la condición empresarial de quien contrata la obra o servicio correspondiente a su propia actividad, tanto expresamente [*“los empresarios que contraten (...)”*] como tácitamente, al exigir la propia actividad. Exigencia que se ve reforzada al excluir del ámbito de la responsabilidad que viene a imponer *“cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de actividad empresarial”*. No se exige que dicho empresario tenga trabajadores a su servicio sino únicamente la condición de empresario y por lo tanto, no resulta aplicable la definición traslativa del art. 1.2 ET a estos efectos.

Más cuestionable es la exigencia de esta condición en el ámbito de la responsabilidad subsidiaria del art. 127 LGSS: en este caso, la responsabilidad se predica del *“propietario de la obra o industria contratada”*, es decir, no exige expresamente la condición de empresario –que sí imputa al contratista– y, además, entre las causas de exclusión de dicha responsabilidad no se encuentra *“cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de actividad empresarial”* sino únicamente *“cuando la obra contratada se refiere exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un amo de casa respecto de su vivienda”* supuesto coincidente con lo previsto



también en el art. 42.2 ET. No obstante, un estudio histórico de la normativa de Seguridad Social pone de manifiesto que el concepto de “propietario de obra o industria” opera como sinónimo de empleador o patrono: efectivamente, este concepto proviene de la Ley de Accidentes de Trabajo de 31-1-1900 donde se utiliza claramente este concepto como sinónimo de empleador¹⁷⁶ y en su reglamento de desarrollo de 31-1-1933¹⁷⁷. Con todo, no falta doctrina que considera que esta responsabilidad alcanza también aunque no se contrate por razón de actividad empresarial o por una persona que no sea empresario, a excepción de las reparaciones que pueda contratar un amo de casa respecto de su vivienda¹⁷⁸.

La doctrina científica, en general, ha coincidido en señalar que se trata de exclusiones declarativas, muy similares en su contenido, y cuya finalidad es excluir de los respectivos ámbitos de aplicación de las responsabilidades que viene a imponer estos preceptos cuando la actividad contratada no responde a una actividad empresarial, es decir, cuando está excluida la búsqueda del beneficio empresarial, entendiendo que el

¹⁷⁶ Efectivamente, vid. art. 10 [“el propietario de los establecimientos industriales (...)”] en relación con el art. 3 al que éste remite, cuya función es definir qué actividades quedan comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la LAT (1900). Gaceta de Madrid de 31-1-1900 y reproduciendo de nuevo la norma, por su gran demanda de ejemplares, la Gaceta de 9-2-1900.

¹⁷⁷ Efectivamente, el art. 2 del citado Reglamento, al definir al patrono, señalaba:

“Se considera patrono al particular o Compañía, persona natural o jurídica, propietaria de la obra, explotación o industria donde el trabajo se preste.

Estando contratada la ejecución o explotación de la obra o industria se considera patrono al contratista, subsistiendo siempre la responsabilidad subsidiaria de la obra o industria. El responsable subsidiario tendrá derecho a repetir contra el directo por el importe de la indemnización abonada y gastos satisfechos”.

¹⁷⁸ DEL VAL TENA, A.L, “La responsabilidad empresarial en contratas y subcontratas: del supuesto de hecho a la diversidad de regímenes”, en AA.VV (Dir. Rivero Lamas; Coord: del Val Tena), “Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing”, Thomson- Aranzadi (Cizur Menor), 2003, pág. 119.



hecho de que el ET reitere la misma causa de exclusión probablemente responde a una voluntad de clarificar un supuesto excluyente que ya venía previsto en la legislación de seguridad social. No es obstáculo para que opere la exclusión el hecho de que la vivienda reparada, domicilio del promotor y empresario principal, coincida con el domicilio social de la empresa, pues la obra contratada se refería a la ampliación de la vivienda familiar¹⁷⁹. Esta exclusión alcanza tanto a la responsabilidad solidaria del art. 42.2 ET como a la subsidiaria del art. 127.1 LGSS¹⁸⁰. Quedan equiparados al concepto de amo de casa las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal¹⁸¹. Así quedaría excluida la responsabilidad subsidiaria en el caso de la contratación por una persona de la construcción de su propia vivienda unifamiliar, contratada con una contratista que a su vez subcontrató la obra con una subcontratista, cuyo trabajador, no dado de alta, falleció en accidente de trabajo¹⁸² y en otros casos muy similares de contratación de reparaciones de viviendas particulares¹⁸³. También quedó excluida, a mi parecer de forma cuestionable, la responsabilidad subsidiaria de una empresa, dedicada al transformado de plásticos, que contrató la ejecución de las obras de reforma de los aseos de la nave de la empresa, pues si bien la responsabilidad solidaria quedó excluida por no tratarse la actividad contratada de la misma actividad que la empresa principal, no puede entenderse que se trate de una contratación que puede realizar un amo de casa respecto de su vivienda, pues la nave no es una vivienda y la contratación lo fue por razón de actividad empresarial¹⁸⁴.

La misma condición empresarial se exige, implícitamente, para la responsabilidad solidaria prevista en el art. 7.2 Ley 32/2006, dado su ámbito de aplicación.

¹⁷⁹ STSJ Aragón de 7-10-2002 (AS 2002, 3142)

¹⁸⁰ STSJ Asturias de 29-3-1996 (AS 1996, 595).

¹⁸¹ STSJ Cataluña de 22-1-1998 (AS 1998, 5384)

¹⁸² STSJ Asturias de 29-3-1996 (AS 1996, 595)

¹⁸³ STSJ Andalucía/Granada de 2-7-2002 (AS 2002, 2780)

¹⁸⁴ STSJ Cataluña de 18-6-1998 (AS 1998, 3159). En sentido similar parece deducirse en la STSJ Andalucía/Sevilla de 6-5-1993 (AS 1993, 2369) cuando declara la responsabilidad subsidiaria de un Ayuntamiento por el fallecimiento del trabajador de la empresa con la que aquél había subcontratado el pintado de 500 farolas del municipio.



Por lo que respecta a la segunda cuestión, el art. 42.2 ET se refiere inicialmente al “empresario principal” como sujeto a quien se imputa la responsabilidad por los incumplimientos de las distintas obligaciones contempladas contraídas por los contratistas y subcontratistas, utilizando la conjunción copulativa “y” aunque en el deber de comprobación recogido en el art. 42.1 ET utiliza la conjunción disyuntiva “o”. Por su parte, el art. 127.1 LGSS se refiere al propietario de la obra o industria que estuviera contratada para imponerle la responsabilidad subsidiaria respecto del pago de las prestaciones de seguridad social de las que pudiera ser declarado el empresario con el que tuviera contratada la obra o industria. Finalmente, el art. 7.3 Ley 32/2006 impone la responsabilidad solidaria “al contratista respecto de las obligaciones (...) que correspondan al subcontratista responsable del incumplimiento en el ámbito de ejecución de su contrato”.

Por lo que respecta a la responsabilidad solidaria del art. 42.2 ET, las pasadas discrepancias doctrinales y judiciales se han saldado con la consagración por el Tribunal Supremo de la tesis conocida como del “*encadenamiento máximo*” que implica que la responsabilidad solidaria alcanza a todos los empresarios implicados en una eventual cadena de contrata y subcontratas respecto de las obligaciones de los empresarios sucesivos. En esta unificación de doctrina, sin duda, fue definitiva la reforma del art. 42.2 ET por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, mas taxativa en su redacción que el texto anterior¹⁸⁵ pero no ha dado respuesta a algunas de las objeciones que se presentaron en el pasado y especialmente, cómo juega la exoneración de responsabilidad consagrada en el art. 42.1 ET. Como señalara el Tribunal Supremo¹⁸⁶ – en aplicación de la normativa anterior a la reforma de 2001- el art.42.2 ET sólo puede interpretarse en el sentido de entender que en la modalidad de descentralización

¹⁸⁵ “El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo”

¹⁸⁶ STS de 9-7-2002 (RJ 2002, 10538). En el mismo sentido, STS de 9-7-2002 (RJ 2002, 10538) y STS de 9-12-2010 (RJ 2011, 391). Siguen esta doctrina, entre otras, la STSJ Comunidad Valenciana de 8-11-2005 (AS 2006, 1167) y STSJ Castilla y León/Burgos de 15-12-2010 (AS 2010, 2573)



productiva en que consiste la contratación o subcontratación de todo o parte de una misma obra, lo que realmente se patentiza es la existencia de una realidad fáctica que es la obra en sí misma considerada en la que concurren varias empresas con un interés compartido y común y en el que las unas actúan como auxiliares de las otras en cadena descendente, pero bajo el control económico y técnico prevalente del dueño de la misma o, en su caso, del contratista principal. Para el Tribunal Supremo lo que el precepto quiere evitar es que quien se halla mejor situado en esa cadena de contratación (comitente, dueño de la obra o contratista principal), que es quien controla realmente su ejecución y quien en definitiva asume en mayor medida los beneficios económicos de la actividad que realizan otros en todo o en parte, quede inmune ante las posibles deudas de estos últimos frente a sus trabajadores ante su posible situación de insolvencia, por lo que deviene razonable que el legislador, que no le niega los beneficios, le exija también responder de las posibles deudas salariales o de seguridad social que puedan haber generado aquellos subcontratistas situados en el final de cadena. Para el Tribunal Supremo, el art. 42 ET constituye un reflejo, mal traducido para el caso que contempla, del principio de Derecho según el cual quien está en condiciones de obtener un beneficio debe de estar también dispuesto a responder de los perjuicios que puedan derivarse del mismo, y que fue ésta en definitiva la intención del legislador aunque éste, a la hora de redactar el precepto, no tuviera realmente en cuenta más que la figura del empresario principal y la de los «subcontratistas», dentro de cuyo último plural es donde deben entenderse incluidos todos los situados en la cadena de contratación.

La responsabilidad solidaria alcanza, por tanto, para el Tribunal Supremo, a todos los empresarios contratistas y subcontratistas de la cadena de producción, incluyendo, lógicamente, al empresario principal en el entendimiento de que sería absurdo consagrar una responsabilidad del empresario principal y del subcontratista, dejando libre de responsabilidad al contratista que se encuentra en medio de esa cadena de producción, en la que participa y de la obtiene los beneficios del mismo. Pero, lógicamente, precisa el Tribunal Supremo, siempre que concurra el supuesto básico determinante de la aplicación del precepto, que no es otro que la propia actividad: de tal forma que no cabe imponer la responsabilidad solidaria al empresario principal, propietario de la obra, si la actividad contratada no corresponde a su propia actividad, porque estamos entonces fuera del ámbito de imputación del art. 42.2 ET.

En el ámbito de la contratación en el sector público, los subcontratistas quedan obligados sólo ante el contratista principal que es quien asume, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del



contrato (art. 227.4 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público).

Tampoco en el ámbito de la responsabilidad subsidiaria del art. 127.1 LGSS ha sido pacífico el alcance subjetivo de la responsabilidad subsidiaria que viene a consagrar y mientras la doctrina científica se ha encontrado dividida¹⁸⁷ son prácticamente nulos los pronunciamientos en suplicación -y ninguno en unificación de doctrina- que han extendido la tesis del encadenamiento máximo también al ámbito de la responsabilidad subsidiaria del art. 127.1 LGSS, si bien la argumentación está construida sobre la redacción del art. 42.2 ET y su interpretación judicial¹⁸⁸. Hay que recordar que el art. 127.1 LGSS imputa la responsabilidad al “propietario de la obra”, lo que plantea con carácter previo la cuestión de si se refiere en sentido técnico estricto a quien es propietario de la obra o industria que estuviera contratada (así, en el ámbito de la construcción, el promotor y en otros ámbitos, quien efectivamente encarga la obra en cuestión) o si, en un sentido mas amplio, incluye también a la empresa principal que resulta adjudicataria de la totalidad de la obra. Y en un segundo nivel de controversia es preciso resolver si “propietario de la obra” es el empresario principal –primer o en su caso, único comitente-, limitando la responsabilidad subsidiaria siempre a este, con independencia de la mayor o menor presencia de contratistas o subcontratistas; o por el contrario, si hay que equiparar “propietario de la obra” a “empresario principal” pero también a “contratista”, en el caso de que exista una cadena de subcontratación, considerando responsable subsidiario a cada “contratista” respecto de los

¹⁸⁷ La entendieron limitada a un único nivel o escalón de la cadena, MONTOYA MEDINA, D. “Trabajo en contratas y protección de los trabajadores”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2004, pág. 185. En este sentido, LOPERA CASTILLEJO, M.J., “Responsabilidades en materia de Seguridad Social de los contratistas”, en AA.VV (Dir. Rivero Lamas; Coord: del Val Tena), “Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing”, Thomson- Aranzadi (Cizur Menor), 2003, pág.144.

En sentido contrario, LUQUE PARRA, M., “La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios”, Relaciones Laborales nº 14, 2000, pág. 27.

¹⁸⁸ STSJ Madrid de 20-11-2006 (AS 2008, 1620)



incumplimientos de su “subcontratista”. Posiblemente el tenor literal del precepto excluye esta última interpretación puesto que parece indicar que dicha responsabilidad es de quien inicialmente encarga dicha obra, sin que queden comprendidos los distintos subcontratistas que en una cadena de contrataciones hayan podido contratar el encargo previo¹⁸⁹. Por tanto, la responsabilidad originaria es del empresario incumplidor, en cualquiera de los niveles de subcontratación en que se encuentre, siendo la responsabilidad subsidiaria del “propietario de la obra” sin que sea aplicable el encadenamiento de responsabilidades¹⁹⁰.

De más fácil delimitación es el alcance de la responsabilidad solidaria en el caso previsto en el art. 7 Ley 32/2006. Efectivamente, en este caso la responsabilidad –solidaria- se predica del “correspondiente” contratista respecto de las obligaciones de seguridad social “derivadas de la ejecución del contrato acordado que correspondan al subcontratista responsable en el ámbito de ejecución de su contrato (...)” en lo que parece circunscribir claramente la responsabilidad de cada contratista respecto del incumplimiento de su subcontratista sin que se extienda, por tanto, al resto de subcontratistas en una eventual cadena de subcontratación. Esta interpretación se ve reforzada vía reglamentaria cuando, al regular los efectos de la obtención de la certificación relativa a la inscripción en el Registro de la empresa contratista (art. 6.3 RD 1109/2007, de 24 de agosto) de cara a la exoneración del deber de vigilancia señalado respecto de la inscripción de la subcontratista en el Registro de Empresas Acreditadas se precisa claramente que “la empresa comitente quedará exonerada durante la vigencia del contrato y para una sola obra de construcción de la responsabilidad prevista en el art. 7.2 para el supuesto de incumplimiento por dicho subcontratista de las obligaciones de acreditación y registro”. Aunque esta exoneración de responsabilidad se predica exclusivamente del deber de vigilancia en lo relativo al cumplimiento por el contratista de lo dispuesto en el art. 4 Ley 32/2006, creo que la conclusión puede extrapolarse a todo el deber de vigilancia y por tanto, la responsabilidad solidaria que viene a consagrar se predica del comitente respecto de su

¹⁸⁹ En el mismo sentido, citando antigua doctrina del Tribunal Supremo, vid. STSJ País Vasco de 21-9-1999 (AS 1999, 2878)

¹⁹⁰ En sentido contrario, vid. STSJ Madrid de 20-11-2006 (AS 2008, 1620) que, sin excesiva argumentación, aplica la tesis jurisprudencial del encadenamiento máximo construida sobre el art. 42.2 ET a la responsabilidad subsidiaria del art. 127.1 LGSS.



respectivo contratista. Por lo demás, las dudas sobre la condición del promotor están claramente atajadas por la definición de contratista que realiza la propia Ley 32/2006 de tal forma que sólo cuando el promotor realice directamente con medios humanos y materiales propios la totalidad o determinadas partes de la obra tendrá tal consideración [art. 3.e) Ley 32/2006].

1.6. El aspecto temporal de la responsabilidad.

Tampoco la determinación del alcance temporal de las distintas responsabilidades ha estado exenta de dificultades. Dos son las cuestiones fundamentales: determinar el periodo de tiempo al que se contrae la responsabilidad de los sujetos señalados en cada uno de los supuestos examinados y determinar el plazo o término para su exigencia. Hay que señalar las discrepancias que existen en la literalidad de los distintos preceptos aplicables y así, mientras el art. 42.2 ET se refiere expresamente a ambas cuestiones, el art. 127. 1 LGSS omite cualquier referencia al aspecto temporal de la responsabilidad subsidiaria que viene a imponer mientras que el art. 7.2 Ley 32/2006 tampoco contiene referencia expresa alguna al aspecto temporal de dicha responsabilidad o al plazo o término para su ejercicio.

Por lo que respecta, en primer lugar, a la responsabilidad recogida en el art. 42.2 ET, encuentra expresamente una doble limitación temporal. Por un lado, el alcance de la responsabilidad está limitado a las obligaciones contraídas durante el periodo de vigencia de la contrata; por otro lado, el plazo –de prescripción- en el cual cabe exigir esa responsabilidad se limita al año siguiente a la terminación del encargo, cuestión que ha resultado también muy controvertida, a la que se haré referencia con posterioridad.

La cuestión es si dicha limitación predica de las obligaciones contraídas durante el periodo de vigencia de la contrata–cuya determinación es sencilla en lo que se refiere a la cuantificación de las deudas debidas por cuotas- alcanza o no a la totalidad de las posibles prestaciones que se deriven de dicho incumplimiento o del incumplimiento de la obligación de afiliación aun cuando la contrata ya se hubiera extinguido.

Especialmente problemático se ha presentado el alcance de la responsabilidad solidaria en lo que respecta a las prestaciones de incapacidad temporal centrándose la controversia en si la responsabilidad solidaria se limita al abono de las prestaciones de incapacidad temporal debidas mientras está vigente la contrata o si, por el contrario,



basta con que el hecho causante de la incapacidad temporal acaezca vigente la contrata para que la responsabilidad solidaria se extienda a la totalidad de la prestación, durante todo el periodo de su duración, aunque la contrata ya se hubiera extinguido. Esta última ha sido la postura mantenida por el Tribunal Supremo¹⁹¹ para quien siempre que la incapacidad temporal que exceda del tiempo de vigencia de la contrata sobre la misma actividad traiga su causa de la enfermedad o accidente acaecido durante ella, tiene consideración de prestación de la Seguridad Social, de la que responde solidariamente el contratista principal cuando sea responsable el subcontratista, contratado para la misma actividad de la contrata principal. Para el Tribunal Supremo, en tanto la finalidad del artículo 42.2 ET, que es garantizar que los beneficiarios del trabajo por cuenta ajena respondan de todas las contraprestaciones inherentes al mismo, evitando que el lucro que de él puedan obtener vaya en perjuicio de la protección social del trabajador, es claro que la protección o desprotección total de la incapacidad laboral temporal está vinculada al cumplimiento de las obligaciones del empresario con la Seguridad Social durante la vigencia de la contrata, cuando el hecho causante de la incapacidad temporal -enfermedad o accidente- se produce durante la misma.

En todo caso, la responsabilidad se extiende a las prestaciones nacidas de los eventuales descubiertos acontecidos durante la vigencia de la contrata, pero sin comprender las posibles deudas anteriores del empresario contratista con sus trabajadores en materia de Seguridad Social¹⁹². No obstante, hay que recordar la doctrina del Tribunal Supremo antes señalada limitando la responsabilidad solidaria a las cuotas y todo lo mas, a las prestaciones anticipadas por la seguridad social y derivadas de dicho incumplimiento¹⁹³

¹⁹¹ STS de 17-5-1996 (RJ 1996, 4472). No obstante, no faltó doctrina jurisprudencial entendiendo que no cabía la exigencia de responsabilidad solidaria a la empresa principal respecto de prestaciones de incapacidad temporal posteriores a la fecha de extinción de la contrata.

¹⁹² STS de 19-5-1998 (RJ 1998, 4730). En el mismo sentido, vid. ROQUETA BUJ, R., "Alcance temporal de las responsabilidades" en AA.VV., "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno", Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pág. 260.

¹⁹³ STS de 22-12-2000 (RJ 2000, 1873), STS de 16-9-1999 (RJ 1999, 7226), STS de 19-5-1998 (RJ 1998, 4730) y STS de 14-2-2000 (RJ 2000, 2036).



Por su parte, el art. 127.1 LGSS parece limitar la responsabilidad subsidiaria del propietario de la obra o principal también al pago de las prestaciones que pudieran causarse durante la vigencia de la contrata puesto que se refiere a que la obra o industria estuviera contratada: por tanto, la vigencia de la contrata se predica también para el hecho causante de la prestación, pero no se excluiría la responsabilidad subsidiaria por el hecho de que la duración de la prestación pudiera extenderse mas allá de la vigencia de la contrata, al igual que en el caso anterior y por los mismos motivos. Por tanto, producido el hecho causante dentro del periodo de vigencia de la contrata, la responsabilidad subsidiaria alcanza a las obligaciones del empresario cuando este es declarado responsable, total o parcial, del pago de una prestación¹⁹⁴.

Finalmente, el art. 7.2 Ley 32/2006 no exige expresamente la vigencia de la contrata sino que se refiere a las obligaciones de seguridad social “derivadas de la ejecución del contrato acordado”. Aunque a primera vista pudiera parecer que no existe límite temporal, sólo mientras la contrata está vigente produce efectos y pueden derivarse obligaciones lo que, exige, en definitiva, la vigencia de la contrata pero esa vigencia se predica respecto del hecho causante de las prestaciones y no del devengo de las mismas, que puede prolongarse mas allá de la duración de la vigencia de la contrata.

Así pues, la vigencia de la contrata constituye un elemento decisivo para determinar el alcance de la responsabilidad en los supuestos señalados. Normalmente la contrata está vigente hasta la llegada del término final pactado—o en su caso, hasta la recepción a plena satisfacción por el comitente, en los contratos de ejecución de obra, lo que supone que la extensión de la responsabilidad alcanzaría también a los trabajadores ocupados en la corrección de las deficiencias observadas¹⁹⁵-, lo que no plantea problemas en su determinación, pero existen supuestos anormales de finalización de la contrata, que sin embargo, no anulan las responsabilidades señaladas: así, el desistimiento unilateral del empresario principal sin justa causa no le exime de la responsabilidad solidaria del art. 42.2 ET, que se mantiene hasta la duración pactada de la obra¹⁹⁶; la extinción anticipada

¹⁹⁴ En el mismo sentido, vid. STSJ Madrid de 20-11-2006 (AS 2008, 1620)

¹⁹⁵ En este mismo sentido, ROQUETA BUJ, R., “Alcance temporal de las responsabilidades” en AA.VV., “Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pág. 263-264. Vid. in extenso, el trabajo citado.

¹⁹⁶ Tácitamente, la STS de 22-1-1988 (RJ 1988, 37)



de la contrata por incumplimiento de la otra parte no exime tampoco de responsabilidad solidaria siendo precisa la resolución judicial (STCT de 10-12-1985) y finalmente, la extinción por mutuo acuerdo tiene por efecto la extinción de la responsabilidad solidaria aunque se mantendrá la responsabilidad del empresario principal hasta la protocolización de dicho acuerdo.

Por lo que respecta, en segundo lugar, al plazo para la exigencia de dichas responsabilidades, el art. 42.2 ET parece restringir dicho plazo al año siguiente a la terminación del encargo (“durante el año siguiente a la terminación del encargo”) plazo de prescripción que si bien coincidiría con el plazo ordinario de prescripción de las acciones laborales –y específicamente, el plazo para la reclamación de las deudas salariales-, es mucho mas reducido que el previsto para la exigencia de responsabilidades en materia de seguridad social (art. 43.1 LGSS). La interpretación que parece imponerse es que con independencia del plazo general de prescripción en materia de seguridad social, que operará respecto del empresario incumplidor de las obligaciones en materia de seguridad social, la responsabilidad solidaria que el precepto viene a imponer al empresario principal únicamente será exigible durante el año siguiente a la terminación de su encargo y lógicamente también, durante el periodo de vigencia de la misma¹⁹⁷. Se trata, además, de un plazo de prescripción y no de caducidad¹⁹⁸. Lo breve del plazo previsto, que puede determinar la inoperancia de la protección especialmente en materia de Seguridad Social puesto que el trabajador puede tener conocimiento del incumplimiento mucho tiempo después de que la contrata se haya extinguido, ha determinado una nueva propuesta de modificación legislativa, ampliando a tres años dicho plazo para la responsabilidad en materia de Seguridad

¹⁹⁷ STSJ Andalucía/Granada de 24-9-2001 (AS 2001, 4060). En sentido contrario, SJS Madrid nº 25, de 9-12-1999 (AS 1999, 3952).

¹⁹⁸ STSJ Galicia de 21-7-2004 (JUR 2004, 271548). En el mismo sentido la STSJ de Madrid de 24-10-1990 (AS 1990, 2532). En el mismo sentido, vid. ROQUETA BUJ, R., “Alcance temporal de las responsabilidades” en AA.VV., “Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pág. 260.



Social; no así la responsabilidad en materia salarial que continúa fijada en el año siguiente a la terminación del encargo¹⁹⁹.

Este plazo no opera para la exigencia de la responsabilidad subsidiaria, que es de un año, a partir del momento en que el responsable directo de la prestación sea declarado insolvente, siendo un plazo de prescripción. Lógicamente, con anterioridad han podido resultar operativos otros plazos: el general de cinco años previsto en el art. 43 LGSS para el reconocimiento de la prestaciones –si bien hay que recordar que buena parte de las prestaciones de seguridad social son imprescriptibles- y concatenadamente, el previsto en el art. 96.5 LSS (1966) «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».

Por su parte, la responsabilidad solidaria prevista en el art. 7.2 Ley 32/2006 no tiene previsto plazo especial de prescripción. Por tanto, en lo que se refiere a las prestaciones de Seguridad Social serán aplicables los plazos previstos con carácter general: cinco años para el reconocimiento de prestaciones salvo las imprescriptibles (art. 43 LGSS) y en su caso, el plazo de un 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 [art. 96.5 LSS (1966)].

Finalmente, la doctrina diverge respecto de la interpretación de la expresión “*salvo el plazo del transcurso antes señalado respecto a la Seguridad Social*”, con el que se inicia el art. 42.2 ET, expresión que algunos autores interpretaron como un periodo de gracia (CRUZ VILLALÓN) entendiéndolo que durante el primer mes de ejecución de la contrata el empresario principal quedaría en todo caso exonerado de la responsabilidad solidaria. Sin embargo, otros autores (GODINO REYES/SAGARDOY DE SIMON) consideran que dicha exoneración sólo se produce en el caso de que la TGSS no libre la certificación solicitada en el plazo señalado pero tanto si no se ha solicitado la certificación como si el plazo no ha transcurrido o la certificación es positiva, la responsabilidad alcanza el tiempo íntegro de la duración de la contrata.

¹⁹⁹ Vid. Proyecto de Ley de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social (nº 121/000020). Boletín de las Cortes Generales de 7 de septiembre de 2012, Serie A.



1.7. Mecanismos de exoneración de las responsabilidades: el deber de comprobación del art. 42.1 ET. Un nuevo deber de comprobación: el art. 12 Real Decreto-Ley 5/2011 de 29 de abril.

El art. 42.1 ET prevé la exoneración parcial de la responsabilidad solidaria impuesta por el art. 42.2 ET cuando dispone la obligación de que los empresarios que contraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad comprueben que estos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social mediante la solicitud de una certificación negativa por descubiertos a la Seguridad Social, que deberá librarla en el plazo de 30 días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Esta remisión reglamentaria fue introducida por el RDL 5/2001 a resultas de las dudas sobre la eventual ilegalidad por *ultra vires* del art. 10 del RGR (1995), que vino a precisar algunos aspectos problemáticos de dicha certificación. Curiosamente, sin embargo, el vigente RGR (2004) no recoge previsión alguna sobre el particular²⁰⁰.

En todo caso, los problemas interpretativos de esta exoneración de responsabilidad acompañan al precepto desde su misma promulgación, problemas que tampoco se acabaron con aquella cuestionada previsión reglamentaria²⁰¹. Resulta difícil conciliar el deber de comprobación a cargo del empresario principal enunciado en términos futuros (“deberá comprobar”) con la limitación de la responsabilidad solidaria a las obligaciones contraídas durante la vigencia de la contrata. Así parecía que este deber comprobación, si era anterior a la contratación o subcontratación de la obra o servicio, lo sería lógicamente del cumplimiento de las obligaciones anteriores a la contrata, lo que no tiene sentido puesto que la responsabilidad solidaria no se extiende a estas obligaciones sino únicamente a las contraídas durante el periodo de vigencia de la contrata.

²⁰⁰ Con anterioridad, la solicitud de certificación venía regulada por Circular 5-046 de 14 de noviembre de 1996, de la Tesorería General de la Seguridad Social.

²⁰¹ Sobre el particular vid. CAMPS RUIZ, L., “La obligación empresarial de comprobar la solvencia del contratista o subcontratista: significado y consecuencias”, en AA.VV., “Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.



Una interpretación razonable sería entender que el deber de comprobación no es únicamente el inicial previo al momento de llevar a cabo la contratación de la obra o servicio sino que debe llevarse a cabo periódicamente, es decir, mensualmente puesto que este es el periodo de cumplimiento de la obligación de cotizar, de cuyo incumplimiento deriva la responsabilidad del empresario incumplidor y del contratista tanto por las cuotas de seguridad social como por las prestaciones derivadas de dicho incumplimiento. Aún siendo razonable, ninguna norma legal o reglamentaria vigente impone este deber con carácter periódico o mensual por lo que con independencia de que puede ser recomendable, el citado deber de comprobación se entenderá cumplido si se solicita la certificación con carácter previo al inicio de la contrata y esta es negativa²⁰². De hecho, la TGSS sí mantuvo durante un tiempo el criterio de la necesidad de que dicha certificación se solicitara mensualmente (Circular TGSS nº 2-007 de 2 de enero de 1981 y Circular TGSS de 18 de enero de 1989) aunque con posterioridad cambió de criterio (Circular nº 2-016, de 30 de abril de 1991).

Por otro lado, el aspecto material u objetivo de la certificación que debe solicitarse –a falta de desarrollo reglamentario– es, genéricamente, que el empresario se halla al corriente en el pago de las cuotas de la seguridad social; en definitiva, que no está en situación de morosidad con la Seguridad social pero en ningún caso esa certificación parece que vaya a hacer prueba alguna sobre la situación de la cotización e incluso de la afiliación o alta de cada trabajador del contratista o subcontratista que preste servicios durante la vigencia de la contrata, lo que no dejó de ser criticado por la doctrina²⁰³. Bien mirado, se trata de una previsión totalmente inoperante desde la perspectiva del control

²⁰² Todavía hay autores que defienden, pese a la derogación de la norma reglamentaria que establecía la obligación de comprobación mensualmente, la necesidad de solicitar la certificación con una periodicidad mensual. Vid. KAHALE CARRILLO, D.T., “Descentralización productiva y ordenamiento laboral. Un estudio sobre la contratación externa de actividades descentralizadas”, Cuadernos de Aranzadi Social, Cizur Menor (Aranzadi), 2011, págs. 151-152.

²⁰³ Vid. STSJ Comunidad Valenciana de 24-2-2009 (AS 2009, 2022) supuesto en el que se solicitó un certificado de descubiertos que fue librado en tiempo y forma por la TGSS pero que no respondía luego a la realidad de la retribución abonada al trabajador, tratándose de un supuesto de infracotización del que se impuso la responsabilidad solidaria a la empresa principal sin que en la sentencia se exima a ésta de responsabilidad en base al citado certificado.



por parte del empresario principal de la situación a efectos de seguridad social de los trabajadores que en cada momento estén prestando servicios para el contratista o subcontratista a resultas de la contrata correspondiente a la propia actividad del empresario principal y antes bien parece tener la finalidad de excluir del mercado, por la propia lógica de éste –mediante la extensión de la responsabilidad al empresario principal- a las empresas morosas con la Seguridad Social.

En todo caso, parece que hay que entender que la exoneración, sí procede (es decir, si expedida es negativa o, en su caso, si no se ha expedido en el plazo de 30 días), lo es de las deudas contraídas durante la vigencia de la contrata aunque, curiosamente la certificación no alcance a éstas sino a la situación de la empresa con la Seguridad Social en el momento previo al inicio de la contrata y así se recogía expresamente en el Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, por el que se aprobó el Reglamento General de Recaudación de los recursos del sistema de Seguridad Social (ahora derogado)²⁰⁴ aunque esta previsión no figura en el vigente Reglamento General de Recaudación, el aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio. No obstante, no pareció entenderlo así la jurisprudencia²⁰⁵ para quien la virtualidad de exoneración de la

²⁰⁴ Art. 10.3.b) Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

“b) Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos podrán recabar de la Tesorería General de la Seguridad Social, respecto de estos últimos y con identificación de la explotación, industria o negocio afectado, certificación negativa o positiva por descubiertos con la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar dicha certificación en el término de treinta días improrrogables. Si se extendiere certificación negativa o transcurriere el indicado plazo sin haberse expedido la misma, el empresario solicitante quedará exonerado de la responsabilidad solidaria a que se refiere el apartado 2 del artículo 42 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”.

²⁰⁵ Tribunal Supremo (Contencioso-Administrativo) de 28-10-1996 (RJ 1996, 7714).

En el mismo sentido, vid. citando la anterior, la STSJ País Vasco (Contencioso-Administrativo) de 21-2-2001 (RJ 2001, 1361) para quien “El párrafo salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la



certificación negativa por descubiertos en la entidad gestora o del transcurso del plazo de treinta días, que establece el apartado 1 del art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, se refería a la responsabilidad por las cantidades que pudieran adeudarse a la Seguridad Social con anterioridad a la adjudicación de la subcontrata, únicas de las que se podía certificar, no a la responsabilidad exigible precisamente por cotizaciones no satisfechas a la Seguridad Social por el subcontratista como consecuencia de las obras subcontratadas, a las que se refiere el apartado 2 del mismo precepto del Estatuto.

No cabe otra interpretación: el art. 42.1 ET exonera de responsabilidad al empresario principal y esta responsabilidad sólo puede entenderse, a falta de otra responsabilidad que le imponga el propio precepto, la prevista en el art. 42.2 ET que es la solidaria que venimos examinando²⁰⁶. Que este certificado no sirva, como hemos visto, para que efectivamente el contratista se halle al corriente en el pago de las cuotas y en el cumplimiento de sus obligaciones de afiliación y alta de sus trabajadores no puede

Seguridad Social no puede interpretarse en el sentido que parece propugnar la parte recurrente, que extendería las consecuencias de la exoneración de responsabilidad, a los descubiertos que pudieran generarse durante la vigencia de la contrata por impago de cuotas a la Seguridad Social, aun cuando el certificado de descubierto al que se refiere el art. 42.1 ET tiene por finalidad la comprobación de que el contratista o subcontratista está al corriente del pago de cuotas, en el momento de la contratación o subcontratación. Es decir, en todo caso no podría entenderse que se contiene una cláusula de exoneración de la responsabilidad a futuro, respecto de deudas posteriores a la solicitud de certificación, sino respecto de deudas anteriores a la fecha de la solicitud. El inciso indicado salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social lleva a contemplar la posibilidad de que el empresario interese certificación negativa de descubierto, durante la vigencia de la contrata: si no se libra el certificado en el término de 30 días improrrogables quedaría exonerado de las responsabilidades ya contraídas. Lo que no podría sostenerse es la exoneración respecto de responsabilidades no contraídas por el contratista o subcontratista.

²⁰⁶ En el mismo sentido, vid. DEL VAL TENA, A.L, “La responsabilidad empresarial en contratas y subcontratas: del supuesto de hecho a la diversidad de regímenes”, en AA.VV (Dir. Rivero Lamas; Coord: del Val Tena), “Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing”, Thomson- Aranzadi (Cizur Menor), 2003, pág. 87.



significar privar de contenido a la exoneración de responsabilidad puesto que el contratista no es responsable de las deudas contraídas antes de la vigencia de la contrata y, por tanto, no precisa de ninguna exoneración. Como señalara la doctrina y la jurisprudencia, este precepto quería contribuir a expulsar del mercado de la subcontratación a las empresas incumplidoras, compeliendo así a los contratistas a cumplir con sus obligaciones en materia de seguridad social implicando así a las empresas comitentes en este control.

En todo caso, la situación normativa ha venido a complicarse todavía más con la promulgación del Real Decreto-Ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas²⁰⁷ que ha venido a establecer sobre los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos o que se presten de forma continuada en sus centros de trabajo, un nuevo deber de comprobación, con carácter previo al inicio de la prestación de la actividad contratada o subcontratada, respecto de la afiliación y alta en la Seguridad Social de los trabajadores que los contratistas y subcontratistas ocupen en los centros de trabajo de aquéllos, y todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 42 ET (art. 5). El incumplimiento de este deber de comprobación se tipifica como falta grave por la LISOS (art. 22.12 introducido por Real Decreto-Ley 5/2011), considerándose a estos efectos una infracción por cada uno de los trabajadores afectados.

Así pues, esta nueva regulación no afecta a lo dispuesto en el art. 42.1 (“sin perjuicio de”) por lo que el deber de comprobación que tiene la capacidad de exonerar de la responsabilidad solidaria que el art. 42.2 ET establece es la certificación de descubiertos que debe solicitarse -y expedirse- por la Tesorería General de la Seguridad Social y cuyo objeto se predica de que los contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Su incumplimiento no está tipificado como infracción administrativa: la consecuencia es que el empresario principal no queda exonerado de la responsabilidad solidaria prevista en el art. 42.2 ET. El hecho de que este deber no tenga la consideración de ilícito administrativo nos clarifica la verdadera naturaleza jurídica del art. 42.1 ET que no viene a establecer en puridad un deber u obligación sino una facultad a favor del empresario de exoneración de la responsabilidad que viene a imponerle el art. 42.2 ET. Ninguna otra consecuencia se deriva para el empresario

²⁰⁷ BOE de 6-5-2011.



incumplidor de ese impropio deber de certificación: la no exoneración de la responsabilidad.

Dicho lo anterior, existe también alguna otra diferencia importante entre ambos deberes de comprobación. Así ocurre respecto del momento en que debe llevarse a cabo este deber de comprobación que claramente es con carácter previo al inicio de la prestación de la actividad contratada o subcontratada. No se ha establecido, pues, una obligación periódica de comprobación de la situación administrativa de los trabajadores del contratista o subcontratista que prestan servicios en el centro de trabajo del empresario principal o contratista. El deber está cumplido con la comprobación inicial, con independencia de que esta situación se mantenga durante toda la duración de la obra o contrata. Lo taxativo de la redacción de esta nueva redacción legal abunda en la conveniencia de interpretar también en este mismo sentido el art. 42.1 ET lo que casa perfectamente su propio tenor literal, por lo menos, hasta tanto la regulación reglamentaria a la que se refiere este último precepto pudiera aclarar definitivamente la cuestión.

Más difícil es interpretar a qué tipo de contrata se refiere el art. 5 RDL 5/2011 y ello por el uso de la conjunción disyuntiva “o”, que tiene tanto un sentido semántico de alternativa como de equivalencia²⁰⁸. Aunque a primera vista parece que sería más razonable optar por la primera que por la segunda pues no parecen equivalentes el que la contrata o subcontrata corresponda a la propia actividad del empresario principal con el hecho de que la contrata se preste de forma continuada en el centro de trabajo del

²⁰⁸ Diccionario de la Real Academia Española (22ª edición) (www.rae.es)

o. (Del lat. aut).

1. conj. disyunt. Denota diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas. Antonio o Francisco. Blanco o negro. Herrar o quitar el banco. Vencer o morir.

2. conj. disyunt. U. generalmente ante cada uno de dos o más términos contrapuestos. Lo harás o de grado o por fuerza.

3. conj. disyunt. Denota equivalencia, significando 'o sea, o lo que es lo mismo'. El protagonista, o el personaje principal de la fábula, es Hércules.



empresario contratante sobre el que se impone el deber de comprobación, el hecho de que el deber de comprobación se predique de la afiliación y alta en la Seguridad Social de los trabajadores que los contratistas o subcontratistas ocupen en los centros de trabajo del empresario contratante podría parecer que restringe el ámbito material del deber de comprobación a las contrataciones correspondientes a la propia actividad que son las que se desarrollan en el centro de trabajo del empresario contratante, optando así por un criterio geográfico-locativo que algún autor (RODRIGUEZ PIÑERO) propuso en el pasado como criterio integrador del concepto de “propia actividad” a que se refería el art. 42 ET²⁰⁹.

No obstante, me inclino por otra interpretación que creo se ajusta más a la literalidad del precepto²¹⁰: este deber de comprobación alcanza a dos tipos de contrataciones diferentes: las

²⁰⁹ RODRIGUEZ PIÑERO, M., “El lugar de ejecución de la contrata”, Relaciones Laborales tomo I, 1996, págs. 27-34.

²¹⁰ En sentido similar, vid. DEL VAL TENA, A.L., “La responsabilidad empresarial en contrataciones y subcontratas: del supuesto de hecho a la diversidad de regímenes”, en AA.VV (Dir. Rivero Lamas; Coord: del Val Tena), “Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing”, Thomson- Aranzadi (Cizur Menor), 2003, pág. 99, para quien no es válido criterio interpretativo del art. 42 ET el hecho de que el art. 24 LPRL sí exija esa coincidencia locativa; todo lo más, le otorga un mero valor indiciario en relación con el requisito de la propia actividad. En el mismo sentido, Sobre el tema negocial, vid. también DEL REY GUANTER, S., “A propósito de los requisitos del art. 42.1 TRET y en especial, sobre la “propia actividad”: notas a la luz de la STS de 24-11-1998” en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Madrid (MTAS), 2000, pág. 234-236.

En una postura intermedia se sitúa OJEDA AVILES (OJEDA AVILES, A., “La deconstrucción del Derecho del Trabajo”, Madrid (La Ley), 2010, págs. 167-168) para quien no habría inconveniente en aceptar como requisito que la contrata se realice en el centro o lugar de la principal siempre que se admite que todo requisito tiene sus excepciones, excepción que derivará de la aplicación del criterio del ejercicio del poder directivo, es decir, que lo relevante es el ejercicio del poder directivo y admitiendo que éste exige normalmente una cercanía o proximidad, existen supuestos en los que puede no ser necesario de lo que



que corresponden a la propia actividad del empresario contratante y también a las que, sin corresponder a la propia actividad, se desarrollan en su centro de trabajo, aunque el deber de comprobación respecto de la afiliación alcanza sólo a los trabajadores que, en ambos casos, prestan servicios en el centro de trabajo del empresario contratante.

Finalmente, este nuevo deber de comprobación no lo es respecto de la situación de la empresa respecto de la seguridad social en lo que se refiere al abono de las cuotas de Seguridad Social sino que alcanza a la afiliación de los trabajadores que, como hemos señalado, prestan servicios en el centro de trabajo del empresario contratante. El empresario contratante deberá informar, por tanto, al empresario comitente de la identidad de los trabajadores que van a prestar servicios en su centro de trabajo puesto que sólo así podrá el empresario comitente cumplir con esa obligación de comprobación, deber de informar que no consta expresamente en ninguna previsión legal. No consta tampoco como puede el empresario comitente cumplir con dicho deber de comprobación: si mediante solicitud de certificación a la TGSS o por solicitud de dicha información directamente al contratista o subcontratista empleador de dichos trabajadores. o en su caso, mediante la comunicación de datos laborales de los trabajadores por ejemplo, tales como el TC2 o el recibo de salarios de los trabajadores. Sobre esta última vía hay que recordar que la Agencia Española de Protección de Datos²¹¹ ha venido manteniendo que tanto la cesión de los TC2 como de los recibos de salarios queda comprendida en el ámbito de la excepción prevista en el art. 7.3 Ley Orgánica 15/1999 en tanto dicho precepto autoriza la cesión de datos sin expreso consentimiento de su titular cuando así lo disponga expresamente una Ley, ley que identificaba con el art. 42.1 ET –pese a que este precepto se refiere expresamente a una certificación de descubiertos y no a la posibilidad de que esta exoneración pudiera venir por otra vía informativa entre comitente-contratista-, doctrina que, sin ninguna duda, cabe extrapolar también al nuevo deber de comprobación señalado.

Por otro lado, y volviendo nuevamente a la exoneración de la responsabilidad solidaria a que se refiere el art. 42.1 ET, según dicho precepto sólo se produce en dos casos: a) cuando la certificación es negativa y b) cuando la TGSS no la libra en el plazo

concluye que "(...) el hilo conductor estará en averiguar si el trabajador de la contrata está sometido al empresario múltiple (...) o por el contrario, se somete a un único y definido empresario".

²¹¹ Vid. AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (Gabinete Jurídico): Informes 0412/2009; 0030/2010; 0047/2010.



improrrogable de 30 días. Por tanto, si la certificación es positiva y pese a ello se lleva a cabo la citada contratación de obras o servicios o en su caso, se mantiene la contrata, no existe exoneración de la responsabilidad solidaria, pero siempre predicada de las obligaciones en materia de seguridad social referidas al periodo de vigencia de la contrata que afectan por tanto, a las cuotas debidas por los trabajadores durante la vigencia de la contrata y el abono de las prestaciones de seguridad social cuyo hecho causante hubiera tenido lugar durante el periodo de vigencia de la contrata, tal y como antes hemos señalado.

Por lo que respecta a la responsabilidad subsidiaria del art. 127 LGSS, no existe posibilidad alguna de exoneración basada en la solicitud de algún tipo de certificación sobre el cumplimiento de las obligaciones de quien constituye empleador del trabajador. La responsabilidad subsidiaria del propietario de la obra nace por la insolvencia de quien constituye el responsable directo -total o parcialmente- de la prestación de seguridad social, por el incumplimiento de aquellas obligaciones en materia de seguridad social que determinan el traslado de la responsabilidad a la entidad gestora en los términos previstos en el art. 126 LGSS. El hecho mismo de que la obra o servicio estuviera contratada es el supuesto de hecho determinante de la responsabilidad subsidiaria, sin posibilidad de exoneración. En definitiva, se trata de una responsabilidad subsidiaria incondicionada y no vinculada a una mayor o menor diligencia de la empresa principal en la comprobación de la situación de la subcontrata en materia de obligaciones de seguridad social²¹².

Sí cabe, sin embargo, la exoneración de la responsabilidad solidaria impuesta en el art. 7.2 Ley 32/2006 para uno de los supuestos concretos que integran el deber de vigilancia impuesto a las empresas contratistas y subcontratistas que intervengan en el sector de la construcción. Como antes hemos señalado, dicho deber de vigilancia tiene dos dimensiones: por un lado, la vigilancia de que las empresas subcontratistas han cumplido con las obligaciones de acreditación y registro reguladas en el art. 4.2 Ley 32/2006 y por otro, que se ha cumplido con los límites a la subcontratación que regula el art. 5. Pues bien, respecto de la obligación de acreditación y registro, el art. 7.3 dispone que si la empresa comitente obtiene certificación relativa a la inscripción en el Registro de Empresas acreditadas respecto de una empresa subcontratista, se entenderá que ha cumplido con su deber de vigilar el cumplimiento por la empresa contratista de

²¹² STSJ Cataluña de 30-10-2007 (JUR 2008, 32323).



los requisitos recogidos en el art. 4.1 y 4.2 Ley 32/2006, disponiendo, además, la exoneración de la empresa comitente respecto de la responsabilidad solidaria a que se refiere el art. 7.2 para el supuesto de incumplimiento de las obligaciones de acreditación y registro, exoneración que se limita a la vigencia de la contrata y a para una sola obra de construcción. Esta certificación debe solicitarse dentro del mes anterior al inicio de la ejecución del contrato y debe ser emitida por el órgano competente en el plazo máximo de diez días desde la recepción de la solicitud teniendo efectos con independencia de la situación registral posterior de la empresa afectada.

1.8. Otras cuestiones

No cabe derivar la responsabilidad solidaria o subsidiaria impuesta a la Mutua con la que la empresa, declarada responsable solidaria o subsidiaria, tenga concertada la cobertura de los riesgos²¹³. Sin embargo, cuando la responsabilidad deriva de contingencias profesionales, corresponde a la Mutua con la que la empresa incumplidora de sus obligaciones tenga asegurados dichos riesgos, el anticipo de las prestaciones, incluso aunque el trabajador no hubiera sido dado de alta porque en materia de accidentes de trabajo el trabajador se encuentra en situación de alta presunta (art. 125.3 LGSS) según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia²¹⁴. En este mismo caso, el principio de automaticidad se predica en términos de solidaridad de las respectivas entidades responsables: la Mutua, como aseguradora de la empresa contratista y el INSS como asegurador de la empresa incumplidora, en los mismos términos de solidaridad, sin que quepa admitir en el INSS una responsabilidad meramente subsidiaria²¹⁵. Esta misma solidaridad se predica en el caso de que las empresas principal y contratista estuvieran asociados a diferentes Mutuas: la responsabilidad de ambas, en concepto de anticipo de prestaciones, es solidaria²¹⁶.

²¹³ STSJ País Vasco de 21-9-1999 (AS 1999, 2878), STSJ País Vasco de 30-5-2000 (AS 2000, 1747), STSJ País Vasco de 30-11-2004 (AS 2004, 3840)

²¹⁴ STS de 16-6-1995 (RJ 1995, 4906), STS de 3-4-1997 (RJ 1997, 3048) y 27-10-2004 (RJ 2004, 7348) entre otras

²¹⁵ STSJ Baleares de 27-6-2008 (AS 2008, 1093), STSJ País Vasco de 21-9-1999 (AS 1999, 2878)

²¹⁶ STSJ Galicia de 25-11-1999 (AS 1999, 4163); STSJ Canarias de 24-11-1998 (AS 1998, 7595)



Por otro lado, la responsabilidad subsidiaria queda condicionada a la insolvencia de todos los responsables solidarios, en su caso²¹⁷. Así se recoge también por el art. 4.1 RD 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los recursos del sistema.

El hecho de que, tras la reforma de 2001, se hayan ampliado los deberes de información impuestos a la empresa contratista y subcontratista de identificación de la empresa principal ante la TGSS, facilita sin duda la efectividad de la garantía para la Seguridad Social.

2.- LA CESIÓN DE TRABAJADORES: CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES Y RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL MARCO DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

El art. 43 ET prohíbe la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa, salvo si dicha cesión se realiza a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas, en los términos que legalmente se establezcan. Amén de otras consecuencias en el ámbito del contrato de trabajo (art. 43.4 ET) y la posible concurrencia de otras responsabilidades, incluso penales, (art. 43.3 ET in fine), en lo que aquí interesa dicho precepto impone una responsabilidad solidaria a los empresarios cedente y cesionario de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social. Por su parte, el art. 127.2 LGSS impone también una responsabilidad solidaria entre el empresario cedente y cesionario en los casos de cesión temporal de mano de obra, aunque sea a título amistoso y no lucrativo. En materia de cuotas, además, el art. 104. 1 LGSS establece la responsabilidad solidaria de las personas a las que se refiere el art. 127.2 LGSS lo que implica la extensión de la responsabilidad solidaria prevista en el art. 127.2 LGSS a los empresarios cedente y cesionario en los casos de cesión temporal de mano de obra en lo que respecta a las cuotas de seguridad social.

A lo anterior hay que añadir dos nuevos supuestos de responsabilidad previstos en la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regula las empresas de trabajo temporal: una responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria respecto de las obligaciones de seguridad social contraídas durante la vigencia del contrato de puesta a disposición (art. 16.3 LETT) y una responsabilidad solidaria cuando el contrato se hubiera realizado

²¹⁷ STSJ País Vasco de 30-5-2000 (AS 2000, 1747)



incumpliendo lo previsto en los arts. 6 y 8 LETT, es decir, cuando se concierta fuera de los supuestos taxativamente autorizados o cuando se hubiera suscrito contraviniendo las prohibiciones del art. 8 LETT.

Nuevamente pues, nos hallamos ante un doble orden de responsabilidades entre dos empresarios en materia de seguridad social: cedente y cesionario, con distinta naturaleza (solidaria vs. subsidiaria) y diferente alcance.

2.1. Delimitación de los supuestos de cesión de trabajadores determinantes de la exigencia de responsabilidad en materia de Seguridad Social.

A priori, existe una cesión ilegal de mano de obra cuando un empresario contrata a unos trabajadores actuando formalmente como empresario respecto de los mismos pero sin ser el receptor de la prestación laboral para la que se concierta el contrato, prestación que se lleva a cabo en el ámbito de organización y dirección de otra empresa, que se convierte así en el empresario real, y todo ello fuera del ámbito de las empresas de trabajo temporal, únicas autorizadas para contratar trabajadores con la finalidad de ser cedidos. Con todo, como antes se ha señalado, la cesión ilegal de trabajadores suele presentarse frecuentemente de manera torticera, encubierta bajo una supuesta contrata o subcontrata entre empresas. Sin ánimo de reiterar lo ya señalado respecto de la distinción entre la auténtica contrata o subcontrata y la pseudocontrata, que constituye cesión ilegal de trabajadores (vid. supra), estaremos ante una cesión ilegal cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: a) que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria; b) que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable; c) que la empresa cedente no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad; d) o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario (art. 43.2 ET). Se recoge así expresamente tras la modificación en el art. 43 ET, tras su modificación operada por el Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio (tramitado como proyecto de ley y dando como resultado la Ley 43/2006, de 29 de diciembre), los criterios que la jurisprudencia había venido exigiendo para considerar excluidos los fenómenos de cesión prohibida²¹⁸.

²¹⁸ Originariamente la jurisprudencia exigió que la empresa contratista dispusiera de una organización autónoma e independiente, o lo que es lo mismo, la concurrencia de los medios materiales y personales necesarios para la prestación de la actividad subcontratada entre los que debía incluir la sede, la plantilla y la titularidad de los medios materiales utilizados, es decir, que se no se tratara de un empresario



ficticio [STS de 21-3-1997 [RJ 1997, 2612], STS de 14-9-2001 [RJ 2002, 582], STS de 17-12-2001 [RJ 2002, 3026]; STS de 17-1/2002 [RJ 2002, 3755], STS de 17-12-2001, STS de 30-11-2005 [RJ 2006, 1231], STS de 14-3-2006 [RJ 2006, 5230], y STS de 17-4-2007 [RJ 2007, 3173]] . En otras ocasiones, el Tribunal Supremo incidió mas en la puesta en marcha de la organización empresarial, de tal forma que la esencia de la cesión no estriba en que la empresa cedente fuera real o ficticia sino que el criterio relevante había que situarlo en la puesta en marcha o no de esa organización, contemplando la cesión ya no como un supuesto de interposición de mano de obra entre empresas ficticias sino como una situación que puede darse entre empresas reales que, sin embargo, no actúan como tales en el desarrollo de la contrata al no implicar en ella su organización y riesgos empresariales (STS 17-7-1993 [RJ 1993, 5688]; STS de 19-1-1994 [RJ 1994, 352], STS de 12-12-1997 [RJ 1997, 9315]; STS de 3-2-2000 [RJ 2000, 1600]; STS de 14-9-2001 [RJ 2002, 582], STS de 27-12-2002 [RJ 2003, 1844], STS de 16-6-2003 [RJ 2003, 7092], STS de 11-11-2003 [RJ 2004, 283], STS de 20-9-03 [RJ 2004, 260], STS de 3-10-2005 [RJ 2005, 7333], STS de 30-11-2005 [RJ 2006, 1231], STS de 14-3-2006 [RJ 2006, 5230], STS de 24-4-2007 [RJ 2007, 6372], STS de 21-9-2007; STS de 26-9-2007 [RJ 1997, 7898], y STS de 4-12-2007 [RJ 2008, 1195]) . Para el Tribunal Supremo la existencia de una realidad empresarial sería así en sí misma irrelevante pudiendo darse la cesión tanto en caso de empresas aparentes como cuando concurriera una realidad empresarial pues el hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propias no impide la concurrencia de cesión ilícita de mano de obra si en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal, no se han puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo de tal servicio (STS de 12-12-1997 [RJ 1997, 9315], STS de 24-4-2007 [RJ 2007, 6372]). La clave en la delimitación entre la válida contrata y la cesión ilegal se hallaría así en la actuación empresarial en el marco de la contrata, en el ejercicio por el contratista del poder de dirección propia de tal condición (STS de 19-1-1994 [RJ 1994, 352], STS de 25-10-1999 [RJ 1999, 8152], entre muchas), aunque en algún caso excepcional se ha estimado que este ejercicio del poder empresarial formal puede no ser suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal (entre otras, SSTs 14-9-2001 [RJ 2002, 582], STS de 17-1-2002 [RJ 2002, 3755]; STS de 16-6-2003 [RJ 2003, 7092] y STS de 14-3-2006 [RJ 2006, 5230]) . Si, además, la contrata consiste en la prestación de servicios en el marco de la empresa principal la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación de diversos criterios de valoración, complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios [STS de 7-3-1988



Se trata de una presunción iuris et de iure, que no exige, además, la concurrencia de todas dichas circunstancias sino que basta con que se produzca una de ellas para considerar la existencia de cesión ilegal: por tanto, legalmente la cesión ilegal no concurre exclusivamente en los supuestos mas burdos –y menos habituales- de mera puesta a disposición por empresas inexistentes sino también cuando, existiendo una empresa real, esta sea una mera pantalla porque carezca de actividad o de los medios necesarios para el desarrollo de la actividad, pero también cuando gozando de una organización propia y dotada de medios, el cedente no ejerce sobre el trabajador las funciones de dirección inherentes a la condición de empresario. Así pues, también existe cesión ilegal cuando el trabajador, aún siendo contratado por una empresa legal, trabaje permanentemente para otra empresa siendo esta la que hace suyos los frutos de su trabajo y la que ejercita respecto del trabajador las facultades de organización y dirección inherentes a la condición de empresario²¹⁹.

Que resulta ilegal la cesión de trabajadores llevada a cabo por empresas que no estén debidamente autorizadas como ETT resulta indudable, conclusión que se basa en la genérica prohibición del fenómeno interpositorio y su exclusiva admisión cuando se realiza por ETT «debidamente autorizadas», tal como expresamente refiere el art. 43.1 ET²²⁰. Pero mas cuestionado ha sido si también constituye cesión ilegal la cesión llevada a cabo por ETT debidamente autorizada pero fuera de los supuestos legalmente autorizados. La cuestión es de gran importancia ante la falta de coincidencia en el ámbito material de las responsabilidades entre el art. 43 ET y el art. 16.3 LETT pues mientras este último se limita a las “obligaciones salariales y de Seguridad Social”, aquél se refiere a unas mas amplias “obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social”.

(RJ 1988, 1863)] adicionales a los señalados. Tampoco faltó el recurso a la doctrina del empresario efectivo [STS 11-7-1986 (RJ 1986, 4026); STS de 17-7-1993 [RJ 1993, 5688), STS de 11-10-1993 [RJ 1993, 7586), STS de 18-3-1994 [RJ 1994, 2548), y STS de 12-12-1997 [RJ 1997, 9315)] , en relación al trabajador concreto que la solicita [STS de 12-9-1988 (RJ 1988, 6877) y STS de 19-1-1994 (RJ 1994, 352)]

²¹⁹ Vid. sobre el ejercicio de los poderes empresariales, entre otras, STS de 12-9-1988 (RJ 1988, 6877), STS de 16-2-1989 (RJ 1989, 874), STS de 17-1-1991 (RJ 1991, 58) y STS de 19-1-1994 (RJ 1994, 352), STS de 19-1-1994 [RJ 1994, 352), STS de 25-10-1999 [RJ 1999, 8152].

²²⁰ STS de 4-7-2006 (RJ 2006, 6419)



La jurisprudencia, en la actualidad²²¹, mantiene la tesis afirmativa en el entendimiento de que si las ETT han de estar «debidamente autorizadas», su válida constitución como tales necesariamente implica que lo han sido –precisamente– «en los términos que legalmente se establezcan», y por tanto, la suscripción de contratos de puesta a disposición fuera de los supuestos previstos en el art. 6 LETT o su suscripción en los supuestos prohibidos por el art. 8 LETT constituyen manifestaciones integrantes de la cesión ilegal de los trabajadores porque están fuera de los “términos que legalmente se establecen” a que se refiere el art. 43 ET para admitir la cesión temporal de trabajadores en el marco de las empresas de trabajo temporal. Esto no significa que cualquier infracción a la regulación legal o reglamentaria o a determinados elementos accesorios sea reconducible también al concepto de cesión ilegal de trabajadores sino que la cesión fuera de los supuestos legalmente previstos o en los supuestos prohibidos constituyen cesión ilegal de trabajadores. No se exige, en ningún caso, que exista una connivencia entre la empresa usuaria y la ETT pero tampoco basta con la concurrencia formal de la causa legal justificativa para excluir la cesión ilegal porque esto reduciría la diligencia exigible a la ETT en orden al cumplimiento de las previsiones legales, con la consiguiente desprotección para los intereses del trabajador.

Pero los supuestos de responsabilidad en el marco de las relaciones triangulares no se agotan con la cesión ilegal –incluyendo en este concepto los contratos concertados fuera de los supuestos autorizados o en los supuestos expresamente prohibidos- sino que también existe un supuesto de responsabilidad en materia de seguridad social de la empresa usuaria en supuestos de cesión de trabajadores en el marco de las empresas de trabajo temporal y por tanto, en supuestos de cesión “legal” de trabajadores: el art. 16.3 LETT consagra la responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria respecto de las obligaciones de la empresa de trabajo temporal contraídas con el trabajador en materia de seguridad social durante la vigencia del contrato de puesta a disposición.

La coexistencia de esta previsión juntamente a la responsabilidad solidaria del art. 127.2 LGSS (y 104.1 LGSS) predicada de una genérica cesión temporal de mano de obra (sin exigir su condición de ilegal), lleva a que nos preguntemos si esta ilegalidad está implícita en el art. 127.2 LGSS o, si por el contrario, se trata de una regla especial respecto de la general prevista en el art. 16.3 LETT que consagraría, por tanto una

²²¹ STS de 4-7-2006 (RJ 2006, 6419), STS de 3-11-2008 (RJ 2008, 6094) y STS de 19-2-2009 (RJ 2009, 1594)



responsabilidad solidaria sobre la subsidiaria prevista en aquél, obligando también a determinar su alcance. En nuestra opinión, debe prevalecer la primera interpretación y considerar que la cesión temporal a la que se refiere el art. 127.2 LGSS (y por derivación, también el art. 104.2 LGSS) se refiere a una cesión “ilegal” de trabajadores, ilegalidad que, no obstante, no se ve excluida (expresamente) por el hecho de que la cesión sea a título amistoso y no lucrativo. La razón no es otra que una interpretación histórica: el art. 127 LGSS es fruto de un momento en el que todas las cesiones de trabajadores eran ilegales y de ahí que fuera innecesario calificar dicha cesión temporal de trabajadores desde el punto de vista de su adecuación a la ley. La LETT-que es la norma específica que autoriza y regula el marco jurídico de la válida cesión temporal de trabajadores- estableció posteriormente una responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria en las obligaciones de seguridad social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición y esta responsabilidad opera cuando la cesión es legal: cuando, pese a que se realiza por ETT debidamente autorizada, la cesión es ilegal por no ajustarse a las reglas de los arts. 6 y 8 LETT opera ya la responsabilidad solidaria del propio art. 16.3 LETT y del art. 127.2 LGSS (y, por remisión, del art. 104.2 LGSS). Esta conclusión se ve reforzada por el art. 43.2 LISOS que remite las responsabilidades entre empresas de trabajo temporal y empresas usuarias en materia de seguridad social a lo dispuesto en el art. 16.3 LETT.

2.2. Alcance de la responsabilidad en materia de Seguridad Social en supuestos de cesión (legal e ilegal) de trabajadores.

Por tanto, la responsabilidad en materia de seguridad social es de diferente alcance según la legalidad o ilegalidad de la cesión de trabajadores. Cuando la cesión es legal en los términos señalados, se establece una responsabilidad “subsidiaria” de la empresa usuaria y lo es respecto de las *“obligaciones (...) de seguridad social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición”*. Cuando la cesión es ilegal, bien porque se ha realizado fuera del marco de las ETTS bien porque el contrato de puesta a disposición no se ajusta a los supuestos autorizados por el art. 6 LETT o se ha llevado a cabo para alguno de los supuestos prohibidos por el art. 8 LETT, la responsabilidad es solidaria y alcanza a las *“obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social”* (art. 43.1 ET).

Por lo que respecta a la responsabilidad subsidiaria, dos elementos definen su alcance.



Subjetivamente, se refiere a obligaciones contraídas “con el trabajador” lo que parecería excluir, a priori, las obligaciones con la administración de la Seguridad Social, por el pago de cuotas adeudadas pues las cuotas se adeudan a la Seguridad Social y no a los trabajadores. No obstante, en tanto que materialmente se predica de “obligaciones” de seguridad social, sin restringirse a las prestaciones de seguridad social que pudieran adeudarse al trabajador, cabría interpretar el precepto en términos amplios y considerar que, en definitiva, la obligación nace de la prestación de servicios del trabajador por lo que la obligación de cotizar también sería una obligación frente a este, siendo el recaudador la administración de la Seguridad Social.

En segundo lugar, se refiere a las obligaciones contraídas durante la “vigencia” del contrato de puesta a disposición: aunque no existe jurisprudencia sobre el particular, bien puede aplicarse por analogía la jurisprudencia antes señalada respecto de la responsabilidad en materia de subcontratación que considera que esa vigencia debe referirse a la generación de las prestaciones, es decir, al hecho causante, y por tanto alcanzaría a cualquier obligación derivada de un incumplimiento durante el periodo de vigencia de la contrata aunque los efectos de dicho incumplimiento en materia prestacional se desarrollaran o materializaran una vez extinguida la cesión. La responsabilidad alcanzaría también a las mejoras voluntarias en materia de seguridad social que pudieran adeudarse al trabajador. Salvo que la responsabilidad se encuentre limitada por ley, la reclamación de deuda frente al responsable subsidiario comprende la totalidad de la deuda exigible al deudor principal en el momento de su emisión, con exclusión de los recargos, intereses y costas (art. 14.2 RGR).

Por lo que respecta a la responsabilidad solidaria, consecuencia de la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, alcanza a “(...) *las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social*”. Las referencia a las “obligaciones contraídas con la Seguridad social” puede interpretarse en sentido objetivo o material o subjetivo: posiblemente y dada la interpretación judicial antes señalada respecto de idéntica redacción presente en el art. 42 ET debe interpretarse en sentido subjetivo, como las obligaciones referidas a la administración de Seguridad Social sin que ello excluya la responsabilidad en materia de seguridad social respecto de las prestaciones que pudieran adeudarse a los trabajadores pues el tenor literal no restringe “las obligaciones contraídas con los trabajadores” a las laborales pudiendo comprender perfectamente las de seguridad social en tanto *ubi lex non distinguit* (...). Esta interpretación permite incluir también dentro del alcance de la responsabilidad solidaria las mejoras voluntarias de Seguridad Social puesto que se trata también de obligaciones contraídas con los trabajadores. La responsabilidad también alcanza a las cuotas de seguridad



social que pudiera adeudar la ETT respecto de sus trabajadores cedidos ilegalmente en virtud de lo dispuesto en el art. 104.2 LGSS. Temporalmente, ni el art. 104.1 ni el art. 127.2 LGSS restringen o limitan dicha responsabilidad a las obligaciones contraídas durante la vigencia de la cesión ilegal aunque parece que, por razones de coherencia y analogía con la regulación del art. 16.3 LETT, sería lo razonable. La deuda alcanza el principal, los recargos e intereses devengados al momento de su emisión y las costas que se hubieran generado para el cobro de la deuda (art. 13.3 RGR)

Por otro lado, no existe posibilidad alguna de exoneración de las responsabilidades señaladas. Aunque el art. 127.2 LGSS se refiere a la eventual regulación reglamentaria de la expedición de certificados por la Administración de la Seguridad Social que impliquen garantía de no responsabilidad para los adquirentes, esta posibilidad –no materializada- hay que restringirla al supuesto de transmisión de empresa regulada también en el art. 127.2 LGSS y de hecho como primer supuesto de imputación de responsabilidad respecto del que la responsabilidad por cesión de trabajadores constituye una regulación adicional.

3.- RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SUPUESTOS DE TRANSMISIÓN DE EMPRESA

Consecuencia del carácter traslativo de la definición de empresario vigente en nuestro ordenamiento jurídico laboral (art. 1.2 ET) es el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en los supuestos de transmisión de empresas que viene a consagrar el art. 44 ET normativa a la que hay que añadir el art. 104.1 LGSS (modificado por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre) y el art. 127 LGSS. Hay que señalar que el art. 44 ET fue modificado por la Ley 12/2001, de 9 de julio con la finalidad de adaptar las previsiones nacionales a la modificación de la regulación comunitaria que, en la actualidad, está constituida por la Directiva 2001/23/CE, del Consejo, de 12 de marzo. Por otro lado, para los supuestos de concurso, el art. 57 bis ET dispone, la aplicación de las especialidades previstas en la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio) a efectos de determinadas materias y entre ellas, en materia de transmisión de empresas²²². Con todo, se trata de una previsión jurídicamente extraña dado el principio general que vincula deuda y responsabilidad (DESDENTADO) pero que encuentra su razón de ser también en el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo.

²²² En este sentido, vid. art. 149 LC.



La regulación del art. 44 ET presenta numerosos problemas interpretativos, puestos de relieve por autorizada doctrina científica²²³ que han obligado a una constante intervención judicial –estatal y comunitaria-, especialmente en lo que se refiere a la identificación del supuesto de hecho determinante de la aplicación del precepto, que no pueden ser aquí abordados en toda su extensión, limitándonos en este lugar exclusivamente a abordar el tema de las responsabilidades en materia de Seguridad Social que es el relevante en este trabajo y que también presenta específicos problemas interpretativos en los que ni de la jurisprudencia ni la doctrina judicial se puede extraer una doctrina clara, uniforme y consolidada que permita al operador jurídico obtener la deseable seguridad jurídica.

En todo caso, aunque sea brevemente, el art. 44 ET identifica ahora –tras la modificación operada por la Ley 12/2001- cuándo estamos ante un supuesto de transmisión de empresas habiendo sido este uno de los temas mas controvertidos y en los que la jurisprudencia –también la comunitaria- ha tenido que intervenir en mas ocasiones. En la actualidad, el art. 44.2 ET dispone que se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio. Lo fundamental es el mantenimiento de la identidad económica y su capacidad de poder llevar a cabo una actividad económica, sea esencial o accesorio. Así se recoge en la Directiva 2001/23/CE fruto, por su parte, de la muy abundante jurisprudencia comunitaria. Como señalara el Tribunal Supremo [STS de 23-10-2009 (RJ 2009, 5734)], recogiendo esta última, el elemento relevante para determinar la existencia de una transmisión consiste en determinar si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que se desprende, en particular, de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que esta se reanude (Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 1986 [TJCE 1986, 65], Spijkens, 24/85; de 11 de marzo de 1997 (TJCE 1997, 45) , Süzen, C-13/95; de 20 de noviembre de 2003 (TJCE 2003, 386) , Abler y otros, -340/01 y de 15 de diciembre de 2005 (TJCE 2005, 406) , Guney-Gorres, C.232/04 y 233/04). La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada

²²³ Vid. la amplia bibliografía recogida al final de este trabajo y especialmente, vid. DESDENTADO BONETE, A., “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo art. 44 ET desde la jurisprudencia”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 38, 2002.



(Sentencia de 19 de septiembre de 1995 (TJCE 1995, 154) , Rygaard, C-4888/94), infiriéndose el concepto de entidad a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencias Süzen y Abler y otros, antes citadas). Según el Tribunal Supremo, para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles , el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y de la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (asunto Süzen antes citado). La segunda cuestión controvertida es si se requiere que haya transmisión de la propiedad del cedente al cesionario, o si, por el contrario no es preciso que el cesionario adquiera la propiedad de tales elementos. Para el Tribunal Supremo, siguiendo la jurisprudencia comunitaria [entre otras, las sentencias de 17 de diciembre de 1987 (TJCE 1988, 67) , My Molle Kiro, 287/86, 12 de noviembre de 1992 (TJCE 1992, 184) , 1992/84, Watrson Risk y Christensen 209/91, y 20 de noviembre de 2003 (TJCE 2003, 386) Abler y otros, C-340/01), el ámbito de aplicación de la Directiva abarca todos los supuestos de un cambio, en el marco de las relaciones contractuales, de la persona física o jurídica que sea responsable de la explotación de la empresa que, por ello, contraiga las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa, sin que importe si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales de forma que el hecho que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenezcan a su antecesor, sino que fueron puestos a su disposición por el primer empresario no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva 77/187. Pero, además, y en tercer lugar, se plantea si es o no exigible una vinculación contractual directa entre cedente y cesionario. Tal como ha señalado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia Süzen anteriormente citada, la inexistencia de vínculo contractual entre el cedente y el cesionario no puede revestir una importancia decisiva a este respecto, a pesar de que puede constituir un indicio de que no se ha producido ninguna transmisión en el sentido de la Directiva. También puede producirse la cesión en dos etapas, a través de un tercero, como el propietario o el arrendador (sentencia de 7 de marzo de 1996 (TJCE 1996, 41) Mercks y Neuhyus,



asuntos acumulados C-171/94 y C72/94). Tampoco excluye la aplicación de la Directiva la circunstancia de que el servicio o contrata de que se trate haya sido concedido o adjudicado por un organismo de Derecho público (sentencia de 15 de octubre de 1996, Merke, 298/94). Para el Tribunal Supremo, lo definitivo es si se ha producido un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y si la transmisión afecta a una entidad económica que mantenga su identidad siendo de todo punto irrelevante si el cesionario, continuador de la actividad, es propietario o no de los elementos patrimoniales necesarios para el desarrollo de la misma siendo igualmente irrelevante la existencia o no de un negocio jurídico entre el cedente y el cesionario. Así a título meramente ejemplificativo, se ha considerado por la jurisprudencia que concurre la sucesión de empresa en un supuesto de externalización de un servicio de gestión de tecnologías de la información y comunicaciones por constituir una unidad productiva autónoma [STS de 7-2-2012 RJ 2012, 4970)] así como en un supuesto de segregación de las actividades publicitarias, de impresión y de servicios cuando existe transmisión lícita y real de los medios humanos y materiales necesarios para desarrollar las actividades segregadas [STS de 14-2-2011 (RJ 2011, 2734)], cuando se escinde una sociedad en once sociedades individuales con adscripción del respectivo patrimonio [STS de 16-9-2010 (RJ 2010, 8441)]; la externalización de los servicios de restauración en régimen de arrendamiento, sin transmisión de elementos patrimoniales [STS de 12-12-2007 (RJ 2008, 1460)] o la conservación de la identidad económica de la actividad ejercitada en un supuesto de contratas, a pesar de no transmitirse los elementos patrimoniales básicos [STS de 27-10-2004 (RJ 2004, 7202)], en la sucesión de contratas de los servicios auxiliares y accesorios de un aeropuerto, al haber asumido la nueva concesionaria una parte significativa de la plantilla de la saliente, sin que el hecho de que ésta no celebre contrato alguno con la anterior contratista y se vea obligada a aportar maquinaria y ciertos elementos materiales desvirtúe la calificación de lo sucedido [STS de 7-12-2011 (RJ 2012, 106)]; en un supuesto de fusión por absorción [STS de 3-11-2009 (RJ 2009, 737)], entre muchos supuestos.

Efectivamente, son varias las previsiones normativas referidas a las consecuencias sobre la relación laboral derivadas de la transmisión de empresa. En primer lugar, el art. 44 ET que consagra, como es sabido, para los supuestos de cambio de titularidad de una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, la subrogación del adquirente en los derechos y obligaciones en materia de Seguridad Social del cedente (art. 44.1 ET), además de una responsabilidad solidaria de cedente y cesionario, durante tres años, respecto de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no



hubieran sido satisfechas, y ello sin perjuicio de lo establecido en la legislación de seguridad social. Por su parte, esta última dispone en su art. 127.2 LGSS en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, una responsabilidad solidaria del adquirente y del anterior titular respecto del pago de las prestaciones causadas con anterioridad a la sucesión. A la anterior se añade, pro el art. 104.2 LGSS la misma responsabilidad solidaria, por remisión al art. 127.2 LGSS en materia de cuotas a la seguridad social.

Así pues, hay que diferenciar entre la subrogación del nuevo titular en los derechos y obligaciones en materia de seguridad social y la responsabilidad solidaria de éste con el cedente, respecto del pago de cuotas y prestaciones causadas con anterioridad a la sucesión.

3.1 Subrogación empresarial en materia de seguridad social: alcance de la subrogación en materia de Seguridad Social

Pese a que en el pasado fue una cuestión muy controvertida, en la actualidad, la subrogación empresarial dispuesta por el art. 44 ET alcanza también expresamente a los derechos y obligaciones en materia de Seguridad Social, incluyendo, además, los compromisos de pensiones en los términos previstos en su normativa específica, previsión que se extiende legislativamente en términos amplios a *“en general, cuantas obligaciones en materia de seguridad social complementaria hubiera adquirido el cedente”*. Efectivamente, la actual redacción difiere de la anteriormente vigente (previa a la modificación operada por la Ley 12/2001, de 9 de julio) que predicaba la subrogación exclusivamente de las “obligaciones y derechos laborales” lo que no impidió, sin embargo, a la doctrina (VALDES DAL-RE; SEMPERE NAVARRO; CAMPS RUIZ) considerar incluidas entre dichas obligaciones laborales las de seguridad social, habiéndose elaborado amplias interpretaciones doctrinales para dotar de coherencia a la coexistencia del art. 44 ET (en la actualidad, art. 44.3 ET) que también consagraba una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales y el art. 127.2 LGSS²²⁴.

²²⁴ Vid. sobre el particular, GALA DURAN, C., “La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social”, Pamplona (Aranzadi), 1997, págs. 512 y ss.



Con la reforma del art. 44 ET operada por el RD 12/2001, el legislador español, por un lado, clarificó el ámbito de aplicación material del art. 44 ET al incluir expresamente a las obligaciones de “seguridad Social” y, por otro lado, optó por hacer uso de la posibilidad prevista en la Directiva 2001/23/CE, del Consejo, de 12 de marzo, extendiendo la garantía del mantenimiento del derecho de los trabajadores afectados por la transmisión también a las prestaciones derivadas de regímenes complementarios de seguridad social que, según la Directiva, quedan excluidos de su regulación armonizadora salvo disposición en contrario de los Estados Miembros²²⁵. Así pues, en principio, la subrogación del cesionario que impone el art. 44 ET respecto de las obligaciones del cedente alcanzan a los derechos en materia de seguridad social, tanto legal como complementaria, con exclusión, no obstante, de las meras expectativas de derechos²²⁶.

La diferenciación entre “obligaciones de seguridad social” y “obligaciones laborales” en el art. 44.1 ET, unido a la redacción del actual número 3 del art. 44 ET que establece una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales, “*sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social*”, permite clarificar los respectivos ámbitos de actuación de la responsabilidad solidaria en casos de transmisión de empresas respecto de las obligaciones laborales (art. 44.3 ET) y la responsabilidad en el mismo supuesto en materia de “seguridad social” pese al uso de una terminología antigua, presente por lo demás en todo el art. 127 LGSS fruto de las sucesivas refundiciones-. Si la subrogación del adquirente en los derechos y obligaciones ex art. 44.1 ET alcanza tanto a las obligaciones laborales como a las de Seguridad Social por mandato legal expreso, la responsabilidad solidaria del adquirente en materia de

²²⁵ Art. 4:

a) Salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros, los apartados 1 y 3 no serán aplicables a los derechos de los trabajadores en materia de prestaciones de jubilación, invalidez o supervivencia al amparo de regímenes complementarios profesionales o interprofesionales fuera de los regímenes legales de seguridad social de los Estados miembros.

²²⁶ STS de 5-12-1992 (RJ 1992, 10059), STS de 10-12-1992 (RJ 1992, 10066) respecto al personal integrado en la Administración del Estado procedente del extinguido Organismo autónomo «Medios de Comunicación Social del Estado», STS de 20-1-1997 (RJ 1997, 618), STS 19-4-1999 (RJ 1999, 4433) y STS de 18-3-2002 (RJ 2002, 7524).



seguridad social (cuotas y prestaciones) no se regula por el art. 44 ET sino, respectivamente, por los arts. 104.1 LGSS (cuotas) y el art. 127.2 LGSS (prestaciones)²²⁷. El ámbito de aplicación de la subrogación y de la responsabilidad solidaria queda así claramente delimitado.

Por otro lado, la inclusión de los compromisos de pensiones en el ámbito de la garantía del art. 44 ET lo es “*en los términos específicos previstos en su normativa específica*”. Sin embargo, esta normativa específica –constituida en la actualidad por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Fondos y Planes de Pensiones, desarrollado reglamentariamente por el RD 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones–, prevé como causa de terminación de los planes de pensiones la disolución del promotor del plan de pensiones disponiendo, además, que salvo pacto en contrario no será causa de terminación la disolución del promotor por fusión o cesión global del patrimonio, debiendo la entidad resultante o cesionaria subrogarse en la condición de promotor [art. 5.4.f) Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre y art. 24.1.f) RD 304/2004, de 20 de febrero]. Existiría así una discordancia parcial entre la regulación estatutaria y la regulación específica en tanto esta última parece admitir la posibilidad de pacto en contrario para excluir la subrogación de la cesionaria en el plan de pensiones en supuestos de disolución del promotor por cesión global del patrimonio. Posiblemente debe excluirse la aplicación de esta previsión en los planes de pensiones de empleo dado el carácter indisponible del art. 44 ET, que constituye norma de derecho necesario absoluto. El mismo carácter

²²⁷ En el mismo sentido, vid. STS de 23-1-2007 (RJ 2007, 1908), STSJ Madrid de 14-10-2009 (AS 2009, 2678), STSJ Cataluña de 29-7-2011 (JUR 2011, 369776), STSJ País Vasco de 15-9-2009 (JUR 2010, 405511)

No obstante, con anterioridad a la modificación normativa la doctrina judicial y jurisprudencia venían admitiendo que las obligaciones en materia de Seguridad Social quedaban comprendidas dentro de las genéricas obligaciones laborales a las que se refería el art. 44.1 in fine ET en la redacción anterior a la reforma del año 2001, aunque siempre limitadas a las causadas con anterioridad a la transmisión: vid. STSJ Murcia de 22-6-1999 (AS 1999, 1933) referido a un complemento de incapacidad temporal que se causó dos días después de la fecha acreditada para la sucesión.



indisponible²²⁸ hay que predicar, en general, de todo el art.44 ET aunque no ha faltado doctrina científica que considera necesario, por aplicación de la doctrina mercantil, un pacto expreso de asunción de deudas para que las mismas sean transmitidas al adquirente, afirmación que parte lógicamente de la premisa de que dentro de las “obligaciones laborales y de Seguridad Social” a las que alcanza la subrogación del art.44.1 ET están comprendidas también las deudas que el cedente pudiera tener en dichas materias²²⁹. La naturaleza imperativa que, en general, caracteriza al Derecho Laboral exige que su eventual carácter dispositivo venga expresamente previsto en la propia institución laboral lo que aquí no acontece, a diferencia de su antecesor más remoto, el art. 79 LCT (1944), aunque predicada respecto de los sujetos de la relación laboral y no de cedente y cesionario²³⁰.

Especialmente conflictivo resulta dotar de contenido a “*los derechos y obligaciones en materia de Seguridad Social*” respecto de los que se predica la subrogación y concretamente la controversia se centra en clarificar si dentro de esas obligaciones hay que situar también las posibles deudas del cedente en materia de Seguridad social, tanto respecto de cuotas como, especialmente, respecto de prestaciones de las que pudiera haber sido declarado responsable el cedente por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y cotización derivadas de la aplicación del art. 126 LGSS.

En atención a la finalidad del precepto –que parece ser la protección de los créditos laborales para evitar que la insolvencia del cedente pueda determinar un fraude en los derechos de los trabajadores- y el propio concepto jurídico de obligación (art. 1088 Código Civil) la conclusión que parece imponerse sería la afirmativa, concluyendo así

²²⁸ En el mismo sentido, SEMPERE NAVARRO, A. y CAVAS MARTINEZ, F., “Claroscuros en el nuevo régimen Jurídico de la Sucesión de empresa”, Aranzadi Social nº 10/2001 (BIB 2001, 1007).

²²⁹ GALA DURAN, C., “La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social”, Pamplona (Aranzadi), 1997, págs. 516 y algunas otras posteriores en las que se mantiene reiteradamente el carácter dispositivo de la asunción de deudas ordenada por el art. 44 ET.

²³⁰ “No terminará el contrato de trabajo por cesión, traspaso o venta de la industria a no ser que en aquel contrato se hubiera pactado expresamente lo contrario, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior”.



que quedan comprendidas en dicho concepto también las deudas y por tanto, en lo que aquí interesa, las cuotas de seguridad social adeudadas y las prestaciones de seguridad social de las que pudiera haber sido declarado responsable el cedente con anterioridad a la transmisión. Sin embargo, esta interpretación no resulta fácilmente conciliable con la responsabilidad solidaria prevista en el art. 127.2 LGSS pues no parece que el cesionario pueda ser responsable a título originario, es decir, titular por la subrogación operada, y responsable en términos de solidaridad por mandato del art. 127.2 LGSS puesto que las prestaciones a las que se refiere éste último en orden a establecer la responsabilidad solidaria de cedente y cesionaria también deben estar causadas con anterioridad a la transmisión, según su tenor literal.

Caben varias interpretaciones sin que la jurisprudencia o doctrina judicial sean determinantes en favor de una y otra, siendo imprescindible la intervención del legislador.

Así, una primera posibilidad sería restringir la subrogación del art. 44.1 ET a la “simple sustitución”²³¹ de cedente por cesionario de tal forma que el adquirente quedaría obligado al mantenimiento del *status quo* de los trabajadores de la empresa incluyendo las obligaciones y compromisos que pudiera tener en materia de seguridad social. Es decir, la subrogación entendida como mantenimiento del vínculo contractual y el complejo haz de derechos y obligaciones derivados de éste. De esta manera, el tratamiento de las posibles deudas quedaría sujeta a la responsabilidad solidaria del art. 44.3 ET para las deudas de carácter laboral y de los arts. 104.1 y 127.2 LGSS para las

²³¹ GALA DURAN, C., “La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social”, Pamplona (Aranzadi), 1997, págs. 515.



de seguridad social²³², y por tanto, el cedente mantendría su responsabilidad respecto de las deudas que pudiera haber contraído mientras fue titular de la empresa, en aplicación estricta del art. 1911 Cc. En este sentido se explica la exigencia de alguna doctrina judicial²³³ respecto de la vigencia de la relación laboral para la operatividad de la subrogación negando que la sucesión produzca el conocido como “efecto Lázaro”, es decir, la resurrección de contratos ya extinguidos.

Otra interpretación sería aquella que, partiendo de un concepto mas amplio de subrogación, entendido como la sustitución total de un empresario por otro también en lo referente a las posibles deudas de aquél, restringiría el ámbito de aplicación de la subrogación a la asunción de las deudas por prestaciones de las que pudiera haber sido declarado responsable el cedente con anterioridad a la transmisión, que en tanto deuda ya reconocida e integrada en el patrimonio del cedente pasaría al cesionario, que quedaría así exonerado-, dejando la responsabilidad solidaria del art. 127.2 LGSS para las prestaciones que pudieran causarse con posterioridad al hecho de la cesión pero fundadas en el incumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad social del cedente antes de la transmisión o en su caso, causadas con anterioridad a la transmisión pero todavía no declaradas. El carácter imprescriptible de buena parte de las prestaciones de Seguridad social justificaría, además, la no aplicación del limite de tres años previsto para la responsabilidad solidaria de las obligaciones laborales. No obstante, no faltan obstáculos a esta interpretación, singularmente el propio tenor literal del art. 127.2 LGSS que se refiere a prestaciones causadas con anterioridad a la

²³² En este sentido, parece manifestarse DESDENTADO BONENTE, A., “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 ET desde la jurisprudencia”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 38, 2002, pág. 254-255. Vid. también en este mismo sentido, expresamente respecto de la regulación anterior a la reforma operada por la Ley 12/2001, SERRANO OLIVARES, R., y MARTÍNEZ FONS, D., “Responsabilidades de seguridad social en las situaciones de descentralización productiva”, Temas Laborales nº 86, 2006, pág. 82.

Implícitamente, esta parece ser la también la interpretación que se recoge en la STSJ País Vasco de 10-9-2002 (JUR 2002, 280606).

²³³ STSJ País Vasco de 10-9-2002 (JUR 2002, 280606).



transmisión, previsión que ha venido interpretándose en términos estrictos por la más reciente jurisprudencia y doctrina judicial, como se señala posteriormente²³⁴.

Otra posibilidad sería cambiar el punto de vista en el análisis de la responsabilidad del art. 127.2 LGSS (y también a efectos laborales, del art. 44.3 ET) y considerar que aunque el cesionario se subroga en todos los derechos y obligaciones del cedente en materia de seguridad social, incluyendo las deudas derivadas del incumplimiento de sus obligaciones (cuotas y prestaciones que pudieran causarse) la responsabilidad solidaria del art. 127.2 LGSS tiene por finalidad hacer responsable solidario también al cedente, juntamente con el cesionario, que deviene responsable por la subrogación del art. 44.1 ET. La finalidad de la previsión sería así extender la responsabilidad solidaria no al cesionario –que ya está subrogado en la posición jurídica del cedente- sino al cedente que con la transmisión se ha visto liberado de las deudas en materia de seguridad social²³⁵. Se produciría así un retorno de la deuda a quien fue su originario titular aunque en régimen de solidaridad con el cesionario.

No obstante y por las razones que se exponen a continuación, creo que la interpretación mas correcta es la apuntada en primer lugar y considerar que la subrogación del cesionario en la posición del cedente se predica de las obligaciones que aquél pudiera tener contraídas en materia de seguridad social, incluyendo entre estas obligaciones las posibles deudas por cuotas o prestaciones de las que pudiera haber sido declarado responsable con anterioridad a la transmisión aunque no parece ser esta la interpretación que mantiene alguna doctrina de suplicación que parece equiparar la subrogación y la responsabilidad solidaria²³⁶. Esta subrogación es total y alcanza también al recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad del que pudiera haber sido declarada la empresa cedente por aplicación del art. 123 LGSS sin que el hecho de que dicho precepto declare su carácter personalísimo e intransferible sea obstáculo pues la

²³⁴ Vid. STS de 28-1-2004 (RJ 2004, 1835), STS de 22-11-2005 (RJ 2006, 1236), STS de 13-11-2006 (RJ 2006, 9761) y STS de 23-1-2007 (RJ 2007, 1908).

²³⁵ Así parece entenderlo tácitamente la STSJ Castilla –La Mancha de 25-10-2000 (AS 2000, 3817).

²³⁶ Vid. STSJ Castilla La Mancha de 2-2-2007 (AS 2007, 1509) que declara la responsabilidad solidaria de la cedente y cesionaria por una prestación de desempleo en un supuesto de falta de cotización de la cedente durante el periodo anterior a la transmisión aunque se reconoce con posterioridad a la transmisión.



limitación a que se refiere dicho precepto parece que debe conectarse con la actividad aseguradora y no con la operatividad de la subrogación ordenada por el art. 44 ET y así parece haberlo entendido también la doctrina judicial de forma bastante unánime²³⁷. En materia de seguridad social complementaria, “la subrogación alcanza a las contribuciones de la empresa al correspondiente sistema de previsión que pudiera estar establecido así como en relación con las prestaciones causadas y devengadas después de la sucesión cuando corran a cargo de la empresa (por ejemplo: complementos de pensiones de trabajadores jubilados antes de la sucesión, que se devenguen después de ésta y que deban abonarse directamente por la empresa) pero nunca las prestaciones que no se han causado o se han causado con reducción por incumplimiento de las obligaciones de la empresa cedente pues ya no se tratará de una garantía de subrogación, sino una garantía a través de la responsabilidad solidaria del cesionario” (DESDENTADO)

Desde el punto de vista subjetivo, la subrogación afecta a todos los trabajadores de la empresa transmitida, sin exceptuar los contratos que pudieran estar suspendidos en el momento de la transmisión [STSJ Canarias/Las Palmas de 15-9-1997 (AS 1997, 3431)] pero exigiéndose que el contrato se encuentre vigente [STS de 11-5-1987 (RJ 1987, 3664), STS de 24-7-1995 (RJ 1995, 6331) y STS de 20-1-1997 (RJ 1997, 618)] disponiéndolo así dispone expresamente la Directiva 2001/23/CE (art. 3.1)²³⁸.

3.2. La responsabilidad solidaria en materia de seguridad social: los arts. 104.1 y 127.2 LGSS

Juntamente a la subrogación empresarial prevista en el art. 44.1 ET, y aclarado su alcance, nuestro ordenamiento jurídico también prevé una responsabilidad solidaria del cesionario con el cedente, responsabilidad cuyo régimen jurídico se regula en los arts. 104.1 y 127.2 LGSS pues como se ha señalado con anterioridad, la responsabilidad

²³⁷ STSJ Cataluña de 4-3-2005 (AS 2005, 977), STSJ Madrid de 14-10-2009 (AS 2009, 2678), STSJ Cataluña de 18-4-2007 (AS 2007, 2326), STSJ Cataluña de 20-3-2008 (JUR 2008, 181793), STSJ Galicia de 29-6-2001 (JUR 2001, 218576).

²³⁸ 1. Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso.



solidaria que consagra el art. 44.3 ET lo es exclusivamente respecto de las obligaciones en materia laboral, lo que acarrea como primera consecuencia la inaplicación del plazo de tres años previsto en dicho precepto a los efectos de la responsabilidad en materia de seguridad social [STS de 23-1-2007 (RJ 2007, 1908)]²³⁹. Así lo establece el propio art. 44.3 ET remitiendo a lo establecido en la legislación de Seguridad Social, que dispone una responsabilidad solidaria de la empresa cesionaria respecto de las cuotas que pudiera adeudar el cedente con anterioridad a la transmisión (art. 104.1 LGSS) y también respecto de las prestaciones causadas con anterioridad a la transmisión (art. 127.2 LGSS).

El problema fundamental que presenta esta responsabilidad solidaria lo es respecto del límite predicado de las prestaciones, que expresamente se limita a las “*causadas con anterioridad a la transmisión*”. Esta limitación parece dejar fuera de la responsabilidad solidaria las prestaciones de las que pudiera ser responsable el empresario cedente por incumplimiento de sus obligaciones en materia de Seguridad Social en los términos previstos por el art. 126 LGSS cuando la prestación se causara con posterioridad a la transmisión pero sobre la base de un incumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad social del empresario cedente, lógicamente con anterioridad a la transmisión. De hecho, así lo ha venido interpretando la jurisprudencia²⁴⁰ y doctrina judicial²⁴¹.

²³⁹ En el mismo sentido, vid. STSJ Madrid de 14-10-2009 (AS 2009, 2678), STSJ Cataluña de 29-7-2011 (JUR 2011, 369776), STSJ País Vasco de 15-9-2009 (JUR 2010, 405511).

Distinguiendo la naturaleza de dicho plazo como de caducidad de la responsabilidad respecto de la prescripción de la acción, vid. STSJ Asturias de 15-5-1998 (AS 1998, 1446)

²⁴⁰ STS de 28-1-2004 (RJ 2004, 1835), STS de 22-11-2005 (RJ 2006, 1236), STS de 13-11-2006 (RJ 2006, 9761) y STS de 23-1-2007 (RJ 2007, 1908).

²⁴¹ Siguen la tesis del Tribunal Supremo, entre otras, la STSJ Cantabria de 11-10-2006 (AS 2006, 3383), STSJ Madrid de 23-1-2005 (AS 2005, 797), STSJ País Vasco de 28-12-2004 (AS 2005, 160) que expresamente anuncia que se aparta de su anterior doctrina ante el pronunciamiento del TS; STSJ País Vasco de 23-11-2004 (AS 2004, 3865), STSJ País Vasco de 16-3-2010 (JUR 2010, 406340), STSJ País Vasco de 15-9-2009 (JUR 2010, 405511), STSJ Galicia de 15-12-2009 (JUR 2009, 253153), STSJ Andalucía/Sevilla de 15-5-2008 (JUR 2009, 149085), STSJ Madrid de 27-12-2007 (JUR 2008, 89345), STSJ País Vasco de 13-



Efectivamente, en la actualidad, el Tribunal Supremo viene manteniendo que la responsabilidad solidaria del art. 127 LGSS se predica exclusivamente de las prestaciones causadas con anterioridad a la transmisión, interpretación que basa en el tenor literal del art. 127.2 LGSS si bien hay que apuntar que ninguna de dichas sentencias hace referencia a la modificación del art. 104.1 LGSS por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, en los términos y con las consecuencias que se apuntan a continuación. Alguna de dichas sentencias añade como argumentación adicional, sobre la base de la inaplicabilidad del art. 44.3 ET a las prestaciones de seguridad social con su límite de tres años, que *“la responsabilidad por obligaciones en materia de prestaciones no puede ser ilimitada parece evidente, no puede mantenerse indefinidamente la posibilidad de una responsabilidad empresarial por ese concepto en casos de sucesión*

6-2006 (JUR 2007, 96630), STSJ País Vasco de 21-3-2006 (AS 2006, 1630), STSJ País Vasco de 11-1-2005 (JUR 2005, 77968)

Por el contrario, consideran que la responsabilidad solidaria también alcanza a las prestaciones causadas con posterioridad a la transmisión, un buen número de sentencias previas a la STS de 28-1-2004 (RJ 2004, 1835), entre otras, vid. STSJ Castilla y León de 29-3-1999 (AS 1999, 1285), STSJ Castilla La Mancha de 25-10-2000 (AS 2000, 3817), STSJ Cataluña de 11-11-1998 (AS 1998, 6912), STSJ Cantabria de 25-2-1993 (AS 1993, 664), STSJ Andalucía/Málaga de 25-3-1991 (AS 1991, 2263) . Para estas sentencias, “cuando el citado precepto de Seguridad Social impone, en los casos de sucesión en la titularidad de la empresa, la responsabilidad solidaria del adquirente con el titular anterior o con sus herederos en el «pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión», sin fijar plazo alguno, a diferencia del Estatuto de los Trabajadores, es de todo punto obligado entender, con adecuado criterio integrador, que se está refiriendo también a las responsabilidades en el pago de las prestaciones generadas por incumplimientos anteriores al cambio de la titularidad empresarial, ya que de otro modo quedarían irrazonablemente sin la cobertura de tal garantía solidaria las prestaciones cuyo devengo resulta tan necesariamente posterior a dicho cambio como condicionado a las cotizaciones efectuadas con anterioridad”. Como sentencias previas a la unificación del TS que ya restringieron la responsabilidad a las prestaciones causadas con anterioridad a la transmisión, vid. STSJ País Vasco de 15-1994 (AS 1994, 737), STSJ País Vasco de 29-10-1993 (AS 1993, 4308) Las SSTSJ Cataluña de 17-11-2006 (JUR 2007, 113302) y de 13-1-2010 (JUR 2010, 114871) consideran que la doctrina del Tribunal Supremo no es aplicable a los supuestos de absorción de empresas.



de empresas, por causas que tienen su origen en un incumplimiento de obligaciones de cotización por empresa cedente, debe establecerse un límite” de lo que infiere que el límite se halla en su limitación a las prestaciones causadas con anterioridad a la sucesión o transmisión empresarial. En todo caso, esta interpretación se predica de prestaciones causadas es decir, no necesariamente declaradas o reconocidas por lo que la responsabilidad solidaria se extiende también respecto de una indemnización por lesiones permanentes no invalidantes cuyo hecho causante (el informe del EVI) tuvo lugar con anterioridad a la sucesión [STSJ País Vasco de 24-6-2008 (JUR 2008, 390673)].

La respuesta a esta cuestión se encuentra, a mi parecer, en la modificación del art. 104.1 LGSS operada por la Ley 52/2003 de 10 de diciembre que establece la responsabilidad solidaria en materia de cuotas en los supuestos previstos en el art. 127.2 LGSS y por tanto, la responsabilidad solidaria del adquirente y cedente en los casos de transmisión de empresas. Dicha modificación introdujo una aclaración –en el art. 104.1 LGSS referido a la responsabilidad por cuotas aunque predicada de la responsabilidad solidaria establecida en el art. 127.2 LGSS- según la cual dicha responsabilidad solidaria “*se extiende a la totalidad de las deudas generadas con anterioridad al hecho de la sucesión*”. Partiendo de que dicho precepto es aplicable tanto a las deudas por cuotas como a las deudas por prestaciones de las que pudiera ser responsable el empresario cedente a tenor de la redacción del precepto²⁴² nos encontramos con un cambio importante pues se ha pasado de “prestaciones causadas” con anterioridad a la transmisión a “deudas generadas” también con anterioridad a la transmisión. Posiblemente el concepto de prestaciones causadas debe ponerse en relación con el hecho causante de las prestaciones, verdadera piedra angular del sistema de seguridad social lo que implica que sólo cuando el hecho causante ha tenido lugar con anterioridad a la transmisión opera la responsabilidad solidaria. Sin embargo, el concepto de “deudas generadas” admite una interpretación mas amplia, comprensiva de cualesquier prestación que pudiera causarse con posterioridad a la transmisión pero de las que

²⁴² Artículo 104 LGSS

1. (...)

“La responsabilidad solidaria por sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio que se establece en el citado artículo 127 se extiende a la totalidad de las deudas generadas con anterioridad al hecho de la sucesión (...):



podiera ser declarado responsable el empresario por incumplimiento de las obligaciones que determinan el traslado de responsabilidades en materia de prestaciones a las entidades gestoras y, concreta y específicamente, la deuda por cuotas impagadas a la seguridad social por prestaciones de servicios laborales previos a la transmisión de empresa. La falta de cotización por el empresario cedente en relación con trabajadores de su empresa (y la falta de afiliación determina la falta de cotización) constituye una deuda generada con anterioridad al hecho de la sucesión y las consecuencias de esa deuda en materia de prestaciones quedan también comprendidas en el ámbito de la responsabilidad solidaria del art. 127.2 LGSS.

La interpretación propuesta, además, permite dar sentido a la previsión del párrafo segundo del art. 127.2 LGSS que prevé la posibilidad de regular reglamentariamente la expedición de certificados por la Seguridad Social que impliquen garantía de no responsabilidad para el adquirente. Se trata de una previsión similar, en su finalidad exoneratoria, a la prevista en el art. 42.1 ET para los supuestos de subcontratación de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal: la posibilidad de que el adquirente pueda verse liberado de la responsabilidad que viene a consagrar el art. 127.2 LGSS por un certificado expedido por la Seguridad Social que, a falta de producirse el citado desarrollo reglamentario, hay que entender por analogía con aquél que certificaría la inexistencia de descubiertos de cuotas del cedente que pudieran determinar la futura responsabilidad del cesionario, tanto por las cuotas como, en su caso, por las eventuales prestaciones de las que pudiera ser declarado responsable a tenor de las reglas del art. 126 LGSS. Es decir, su finalidad sería permitir conocer al adquirente la situación de la empresa en lo que se refiere al cumplimiento por el cedente de las obligaciones en materia de seguridad social de las que en el futuro pudieran derivarse responsabilidades para el adquirente.

En todo caso, la falta del citado desarrollo reglamentario implica que, en la actualidad, se trata de una responsabilidad de la que el empresario adquirente no puede exonerarse²⁴³ y sin límite temporal alguno, aunque lógicamente, con la aplicación de las

²⁴³ No obstante, algunos autores señalan que este vacío se cubre mediante la Circular TGSS nº 2002, de 18 de enero de 1989 que disponía que dicho certificado se regularía de forma analógica con lo dispuesto en el art. 26 de la OM de 28-12-1966. Vid. SERRANO OLIVARES, R., y MARTINEZ FOS, D., "Responsabilidades de seguridad social en las situaciones de descentralización productiva", Temas Laborales nº 86/2006, pág. 83. Negando virtualidad jurídica al art. 26 OM de 28-12-1966 y por tanto, a la



reglas generales de prescripción y caducidad en materia de cuotas y de prestaciones en aquellas prestaciones que prescriban. Tampoco se exige la vigencia del vínculo contractual en el momento de la reclamación de responsabilidad bastando con que exista el incumplimiento de las obligaciones del cedente y la sucesión de empresa por el cesionario²⁴⁴.

Por lo demás, a la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de Disposiciones Específicas en materia de seguridad social, se debe también una precisión sobre el mismo concepto de sucesión de empresa. Según el último párrafo del art. 104.1 LGSS, se entenderá que existe sucesión de empresa aún cuando sea una sociedad laboral la que continúe la explotación, industria o negocio, esté o no constituida por trabajadores que prestaron servicios por cuenta del empresario anterior. El hecho de que esta precisión se recoja en el art. 104 LGSS –que establece garantías para el cobro de las deudas por cuotas y por tanto, a favor de la administración de la Seguridad Social- y no en el art. 127 LGSS o, en su caso, en el art. 44 ET –en los que las garantías son a favor de los beneficiarios de las prestaciones y los trabajadores-, no deja de ser significativo y plantea la duda de si nos hallamos ante una definición propia de sucesión de empresa a efectos de seguridad social. Hay que recordar la jurisprudencia comunitaria y nacional que, en general, había excluido del concepto de la sucesión de empresa –y por tanto, de la aplicación del art. 44 ET- los supuestos en los que los trabajadores de la empresa disuelta –en muchos casos, en proceso de quiebra, o liquidación- constituían una sociedad laboral con todos o parte del activo empresarial de la empresa anterior, en el entendimiento de que la transmisión de empresa exige, entre otros requisitos, la vigencia de los contratos de los trabajadores así como la transmisión de los elementos patrimoniales precisos para la continuidad de la actividad laboral. Esta jurisprudencia, que en lo que respecta a la proveniente del Tribunal Supremo, se fundamentaba claramente en una interpretación teleológica del art. 44 ET en base a la cual su finalidad primordial era el mantenimiento de los puestos de trabajo que hubiera en la entidad transmitida, no podía conducir a que fueran los trabajadores de la empresa, constituidos en sociedad laboral, los que sufrieran las consecuencias que se derivarían de la aceptación de la sucesión, actuación lícita que

citada Circular, vid. GALA DURAN, C., “La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social”, Pamplona (Aranzadi), 1997, pág. 531.

²⁴⁴ STSJ País Vasco de 10-9-2002 (JUR 2002, 280606).



merece la protección del ordenamiento lastrando así la posibilidad de continuar la actividad laboral. Es por ello que esta jurisprudencia consideraba que en estos casos mas que “transmisión” se producía una “reconstrucción”, argumentación de la que se derivaba la no aplicación del art. 44 ET²⁴⁵. Parece pues, que la finalidad de la modificación normativa fue la corrección de esta tesis jurisprudencial abriendo así a la aplicación del art. 104 LGSS –y del art. 127 LGSS- los supuestos examinados, es decir, en aquellos supuestos en los que sea una sociedad laboral la que continúe la explotación, sociedad laboral que, por otro parte, no necesariamente debe estar constituida por trabajadores que hubieran prestado servicios por cuenta del empresario anterior²⁴⁶. La cuestión que queda pendiente de resolver es si se trata de una norma especial respecto del art. 44 ET –de tal forma que a efectos de Seguridad Social en tal caso siempre estaremos ante una transmisión de empresa, con independencia de que concurren las notas que el art. 44 ET exige, en la interpretación jurisprudencial- o si, por el contrario, es una matización respecto del art. 44 ET y por tanto, siempre se tratará de una sucesión de empresas también a efectos laborales o, finalmente, su aplicación exige la concurrencia de la “transmisión de empresas”, en los términos recogidos en el art. 44 ET.

4. UN SUPUESTO SINGULAR. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN LOS SUPUESTOS DE CONTRATACIÓN DE TRABAJADORES EN SITUACIÓN IRREGULAR

La responsabilidad empresarial respecto de las cuotas y prestaciones de Seguridad Social en supuestos de contratación de trabajadores extranjeros en situación irregular también constituye un supuesto particular de responsabilidad, que ha generado una

²⁴⁵ STS de 25-2-2002 (RJ 2002, 6235). Entre otras, , STS de 11-7-2001 (RJ 2001, 9274), STS de 15-2-1993 (RJ 1993, 1166), STS de 2-9-2008 (RJ 2008, 6601), STS de 22-12-1993 (RJ 1993, 9984), STS de 23-11-1993 (RJ 1993, 8937) y STS de 17-5-1993 (RJ 1993, 4102).

²⁴⁶ Efectivamente, esta es la redacción final del precepto otorgada por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, aunque el Proyecto de Ley se refería a una sociedad laboral constituida por todos o por parte de los trabajadores que continuasen en todo o en parte la actividad económica.



especial conflictividad legislativa y jurisprudencial²⁴⁷. La regulación actual, recogida en los arts. 10 y 36 L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (en adelante, LOEx), en su redacción operada por la Ley 2/2009, de 11 de diciembre, ha actuado en una doble línea de actuación pues mientras por un lado ha recogido parcialmente la doctrina jurisprudencial en lo relativo al acceso a determinadas prestaciones, por otra parte ha cerrado el camino a la señalada interpretación jurisprudencial, desestimando el acceso a las prestaciones de seguridad social y también la imposición al empresario de la responsabilidad (objetiva) en materia de prestaciones propia del sistema de seguridad social.

Efectivamente, la jurisprudencia, con anterioridad a la señalada L.O. 2/2009, sobre la base del tenor literal del art. 36.3 LOEx –en su redacción operada por la L.O. 14/2003– vino entendiendo que la falta de los preceptivos permisos de trabajo y residencia no impedía el acceso a las prestaciones especialmente a las derivadas de contingencias profesionales, sobre la base de la variada normativa internacional aplicable en España en virtud del art. 96 CE. Hay que recordar que originariamente (L.O. 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España) la exclusión de los extranjeros en situación irregular del acceso a las prestaciones, y consiguiente irresponsabilidad del empresario, se fundamentaba en para la citada norma el trabajador era el sujeto obligado a obtener el permiso de trabajo cuando pretendía ejercer una actividad lucrativa –por cuenta propia o ajena-. En tanto la responsabilidad era del trabajador, el empresario devenía irresponsable. Fue el cambio en la identificación del sujeto obligado a solicitar el permiso o autorización administrativa lo que determinaría finalmente el cambio en la imputación de responsabilidades, si bien aunque el primer cambio se llevó a cabo en la redacción original de la vigente LOEx, para el segundo, sin embargo, hubo que esperar a la reforma operada por la LO 14/2003, de 29 de septiembre, si bien con anterioridad los Tribunales (STS de 9-6-2003) –tras la reforma llevada a cabo por la L.O. 8/2000, de diciembre, de muy poco calado en esta materia-

²⁴⁷ Vid. TREJO CHACÓN, M^a F., “La responsabilidad empresarial por contratación de extranjeros sin autorización de trabajo”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL “La responsabilidad empresarial”, Murcia (Laborum), 2012; RUBIO VELASCO, M^a F., “Prestaciones de Seguridad Social y desempleo derivadas de la contratación de extranjeros en situación irregular”, en “”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL “La responsabilidad empresarial”, Murcia (Laborum), 2012;



empezaron a pronunciarse a favor al reconocimiento de las prestaciones derivadas de contingencias profesionales de los trabajadores en situación irregular al operar el mecanismo del alta presunta aplicando también el principio de automaticidad de las prestaciones. Además, en la vía contencioso administrativa los Tribunales llevaban tiempo declarando la obligación de cotizar respecto de los trabajadores que prestasen servicios aunque no estuvieran provistos de los preceptivos permisos de trabajo²⁴⁸.

Así pues, la reforma del art. 36 por la LO 14/2003 inicia la consagración legislativa de la doctrina jurisprudencial al recoger que la carencia de la autorización por parte del empresario, *sin perjuicio de las responsabilidades a que diera lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social*, no invalidaría el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero *ni sería obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle* (art. 36.3 LOEx). Pese a que la redacción legal no se refería únicamente a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, el hecho de que la doctrina judicial²⁴⁹ y la jurisprudencia²⁵⁰ hiciera especial hincapié en la posibilidad de acceder a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales argumentando la existencia de obligaciones internacionales²⁵¹ aplicables en virtud del art. 96 CE, acabó determinando la limitación

²⁴⁸ STS de 2-12-1998 ((RJ 1998,10268)

²⁴⁹ SSTSJ Aragón de 28-6-2001 (AS 2001, 2537) y STSJ Aragón de 9-9-2001 (AS 2001, 2951), STSJ Castilla y León/Valladolid de 4-12-2000 (AS 2001, 308).

Como ejemplo de la doctrina anterior que niega el derecho a las prestaciones en caso de falta de permiso de trabajo del extranjero, incluso en caso de accidentes de trabajo, vid. STSJ Castilla y León/Valladolid de 30-4-2002 (AS 2002, 1593),

²⁵⁰ Con anterioridad a la reforma de la LOE, alguna doctrina judicial ya había seguido este mismo criterio: vid. entre muchas, por ejemplo, STSJ Cataluña de 14-5-2002 (AS 2002, 1974).

²⁵¹ Convenio núm. 143 de la OIT, sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores emigrantes (art. 9.1); Convenio núm. 19 de la OIT, relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidente de trabajo (art.1.1) y en la Recomendación núm. 151 de la OIT sobre trabajadores migrantes, entre otros.



de esta doctrina a las contingencias profesionales²⁵² incluso aunque dicho trabajadores se encontraran en situación irregular en España –es decir, sin contar con la preceptiva autorización de residencia- siempre que fueran nacionales de algún Estado que hubiera ratificado el Convenio OIT nº 19 y así pareció entenderlo también el ejecutivo a tenor de lo que reforma del art. 42.2 RGAAB por el RD 1041/2005 de 5 de septiembre²⁵³, doctrina que fue finalmente confirmada por el Tribunal Supremo²⁵⁴.

²⁵² Vid. RIVERA SÁNCHEZ, J.R. "La Acción protectora derivada de contingencias profesionales a los trabajadores extranjeros en situación irregular" Aranzadi Laboral, Boletín mensual, enero 2002, pág.9 De hecho, como señala TREJO CHACON, ob. cit., pág. 488, la entrada en vigor de la L.O. 14/2003 determinó la adopción por el INSS del criterio de que, a partir del 21-12-2003 y para hechos causantes causado a partir de dicha fecha, que a efectos del reconocimiento de prestaciones "se considerará al extranjero que trabaja en España sin la preceptiva autorización gubernativa como trabajador que no está dado de alta por el empresario, debiendo estarlo, con las consecuencias legales de todo orden que tal incumplimiento comporta, de conformidad con la legislación vigente", de lo que se derivaba la responsabilidad directa del empresario de todas las prestaciones que pudieran corresponder al trabajador,.

²⁵³ «Artículo 42. De la afiliación y alta de los extranjeros.

1. A efectos de la afiliación y el alta para su inclusión en el sistema y en el correspondiente régimen de Seguridad Social en los términos previstos en la ley, se equiparan a los españoles los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España y hayan obtenido una autorización administrativa previa para trabajar, en los casos en que sea legal o reglamentariamente exigible. Para tal inclusión, las solicitudes de afiliación y alta de los trabajadores extranjeros, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, deberán acompañarse de la documentación acreditativa de su nacionalidad y, a excepción de aquellos a los que resulte de aplicación la normativa comunitaria, de la correspondiente autorización para trabajar o del documento que acredite la excepción de la obligación de obtenerla, además de los datos y documentos requeridos para las de los trabajadores españoles.

2. Con independencia de lo dispuesto en el apartado anterior, los trabajadores por cuenta ajena extranjeros de países que hayan ratificado el Convenio número 19 de la Organización Internacional del Trabajo, de 5 de junio de 1925, que presten sus servicios sin encontrarse legalmente en España y sin



Menos clara era la situación respecto de las contingencias comunes y las prestaciones por desempleo. Respecto de las primeras, el Tribunal Supremo, consideraba aplicable también el art. 36.3 LOEx siempre que el extranjero contara con la autorización de residencia si bien otra cosa distinta era la determinación del sujeto responsable de las mismas que era exclusivamente el empresario infractor al no operar el principio de automaticidad relativa al estar condicionada al requisito del alta. Se diferenciaba así el régimen de responsabilidad respecto de las contingencias comunes de la aplicable a las contingencias profesionales que, al operar el mecanismo del alta presunta (art. 125.3 LGSS) y el principio de automaticidad de las prestaciones, eran abonadas por la Entidad Gestora, quien luego podía reclamar su importe al empresario infractor²⁵⁵ -aunque no

autorización para trabajar o documento que acredite la excepción a la obligación de obtenerla, se considerarán incluidos en el sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Ello se entiende sin perjuicio de la aplicación, a los mismos efectos de protección, del principio de reciprocidad expresa o tácitamente reconocida. Los extranjeros que, precisando de autorización administrativa previa para trabajar, desempeñen una actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la ley.»

²⁵⁴ STS de 18-3-2008 (núm. rec. 800/2007)

²⁵⁵ Entre muchas, vid. Sentencia Juzgado de lo Social nº 14 de Valencia de 16-5-2005 (AS 2005, 1631); STSJ Murcia de 4-12-1999 (AS 1999, 3206), STSJ Madrid de 20-6-2005 (AS 2005, 2466), STSJ Madrid de 14-3-2005 (AS 2005, 1213), STSJ Madrid de 11-10-2004 (AS 2004, 2915), STSJ Cataluña de 20-5-2003 (AS 2003, 2597), STSJ Madrid de 5-9-2002 (AS 2002, 3359).

En el mismo sentido lo entiende el INSS que en sus Criterios de aplicación nº 6/2008, de 13 de marzo de 2008, señala que hay que tratar estos supuestos aplicando las reglas de los arts. 125 y 126 LGSS: consideración del trabajador en situación de alta de pleno derecho a efectos de contingencias profesionales (artículo 125.3 LGSS); atribución al empresario de responsabilidad en orden a las prestaciones (artículo 126 LGSS); anticipo de éstas (por la mutua, en su caso); responsabilidad subsidiaria de este Instituto, en caso de insolvencia de la empresa (y, en su caso, de la mutua insolvente), como continuador del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo.



falta doctrina judicial en contra²⁵⁶-, conclusión también extrapolable a las prestaciones por desempleo, cuando se tuviera derecho a las mismas²⁵⁷. Esta responsabilidad respecto de las contingencias profesionales también se aplica incluso en el caso de que el trabajador figurara en alta y cotizando a la Seguridad Social con permisos de residencia y trabajo falsos, considerando la jurisprudencia que las prestaciones a las que el trabajador tenía derecho serían responsabilidad del empresario en el supuesto connivencia en la falsedad, sin perjuicio de que operara el principio de automaticidad de las prestaciones; por el contrario, si quedaba acreditado que el empresario, ignorando la falsedad documental, afilió o dio de alta ingresando las cotizaciones correspondientes, incluso aunque estas hubieran sido devueltas por la TGSS por haberse anulado el alta, debía quedar exonerado de responsabilidad porque no podía entenderse que hubiera incumplido norma alguna. En este caso, la prestación –cuyo derecho se mantenía porque deriva no de la afiliación y de la cotización sino del hecho de la prestación de servicios sin que exista, de perseguirse penalmente, prevista como pena accesoria en estos casos por el ordenamiento penal la pérdida del derecho a la protección de las contingencias profesionales-debía ser abonada por la entidad gestora o colaboradora que cubriera las contingencias profesionales en la empresa, la Mutua o el INSS²⁵⁸.

Cuando se trataba de un trabajador sin permiso de residencia y en lo que se refería a la protección por las contingencias comunes, el Tribunal Supremo²⁵⁹ pareció haber llegado a la conclusión de que, en tal caso, cabía la exigencia de responsabilidad por daños y perjuicios, si bien siempre y cuando la ausencia de los requisitos que impedían acceder

²⁵⁶ STSJ Castilla y León/Burgos de 30-7-2004 (AS 2004, 2194). Según esta sentencia la responsabilidad en la contratación irregular es de la empresa sin que pueda hacerse extensiva a la Mutua que tiene asumida la gestión de las prestaciones de contingencias profesionales, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del INSS.

²⁵⁷ En este sentido, vid. STSJ Castilla y León/Valladolid de 17-11-2005 (AS 2005, 3384). En el mismo sentido, STSJ Madrid de 25-1-2008 (AS 2008, 1155), STSJ Castilla y León/Burgos de 30-11-2005 (AS 2005, 3324), STSJ Castilla y León/Valladolid de 21-11-2005 (JUR 2007, 86601)

También extiende el principio de automaticidad por el abono de prestaciones de desempleo de extranjero incluso sin permiso de residencia la STSJ Cataluña de 4-3-2008 (AS 2008, 1236).

²⁵⁸ Criterio de Aplicación del INSS nº 6/2008, de 13 de marzo de 2008.

²⁵⁹ STS de 18-3-2008 (núm. rec. 800/2007). Sigue esta doctrina la STSJ Comunidad Valenciana de 16-11-2010 (JUR 2011, 80427).



a las correspondientes prestaciones de Seguridad Social fuera imputable a la actuación del empleador, dado el carácter culposo de esta responsabilidad, frente a la responsabilidad objetiva de la Seguridad Social. Se conceptuaba, pues, de una responsabilidad de carácter meramente indemnizatorio y por tanto, directa del empresario, a su exclusivo cargo y sin obligación alguna para las entidades gestoras o colaboradoras. Y ello, porque del propio hecho de la contratación irregular, nace para el empresario la obligación de asumir (art. 36.3 LOE) las "*responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social*". Aunque el art. 36.3 LOE no distinguía, expresamente, entre trabajador residente y trabajador no residente, implícitamente parecía partir de la condición "legal" del extranjero pues su finalidad era regular los efectos de la ausencia de la preceptiva autorización para trabajar, presuponiendo la condición de residente legal.

En lo referente a la protección por desempleo, el Tribunal Supremo²⁶⁰ declaró el derecho del extranjero a la prestación de desempleo cuando sí contaba con la pertinente autorización para residir pero no cuando carecía de ésta porque sin ella el extranjero ni podía trabajar, ni podía inscribirse como demandantes de empleo ni podía suscribir el compromiso de actividad, condiciones que los arts. 207 y ss. LGSS exigen para poder acceder a la prestación por desempleo. Además, en este caso, para el Tribunal Supremo ni siquiera cabía la exigencia de la responsabilidad indemnizatoria que sí entendía procedente en el caso de contingencias comunes, salvo que el empresario formara parte de las "redes organizadas para la inmigración ilegal o el tráfico ilícito de mano de obra" a las que se refiere el art. 59 LO 4/2000, puesto que la situación de irregularidad por ausencia de autorización de residencia, es previa a la contratación y solo

²⁶⁰ STS de 18-3-2008 (Núm. rec. 800/2007).

Algunos Tribunales Superiores de Justicia han admitido, no obstante, también el derecho a las prestaciones de desempleo incluso sin permiso de residencia, aunque en otros casos existiendo este: vid. STSJ Castilla y León/Burgos de 14-3-2006 (AS 2006, 1468); STSJ Cataluña de 4-3-2008 (AS 2008, 1236), STSJ Castilla y León/Burgos de 30-11-2005 (AS 2005, 3324), STSJ Castilla y León/Valladolid de 21-11-2005 (JUR 2007, 86601)

Otras lo han admitido sin permiso de residencia pero en atención a que el trabajador cumplía con las condiciones para acceder a dicho permiso por "arraigo laboral": vid. STSJ Madrid de 25-1-2008 (AS 2008, 1155).



responsabilidad del propio extranjero²⁶¹. Incluso algún Tribunal²⁶² negó el derecho a la prestación por desempleo por carencia de autorización para trabajar del extranjero pendiente de expulsión que acreditaba cotizaciones suficientes por el trabajo realizado para el Organismo Autónomo de Instituciones Penitenciarias durante el periodo (de casi 10 años) que permaneció cumpliendo condena, en alta y cotizando a la Seguridad Social.

La última etapa en la situación del extranjero irregular respecto de su eventual acceso a la protección en materia de Seguridad Social se inicia con la promulgación de la Ley Orgánica 2/2009 que volvió a modificar el art. 36 LOE recogiendo, en parte, lo que venía señalado la jurisprudencia y en otros casos, para todo lo contrario: para cerrar el camino a la señalada interpretación judicial. Además del cambio de numeración operado en el texto legal -pues el anterior art. 36.3 quedó como art. 36.5 LOE- la reforma recogió dos modificaciones esenciales.

En primer lugar, en lo que se refiere a las prestaciones derivadas de los supuestos contemplados en los convenios internacionales de protección a los trabajadores –es decir, como antes hemos señalado, las contingencias profesionales- la falta de carencia de la autorización de residencia y trabajo no es obstáculo para la obtención de las mismas, aunque se añadió un críptico *“siempre que sean compatibles con su situación”*. Se recogió así lo que venían resolviendo los tribunales, tal y como hemos señalado: la imposibilidad de que el trabajador quede excluido de las prestaciones de seguridad social en tales casos, al derivar el derecho a estas prestaciones de normativa internacional aplicable en España y siempre que el extranjero sea nacional de país ratificante de esos mismos convenios.

Pero en segundo lugar y más importante, el legislador, en lo que se refiere a la protección por desempleo, cerró totalmente la posibilidad de acceso a la misma cuando el trabajador carezca de la autorización de residencia y trabajo pues expresamente

²⁶¹ La Orden TAS/3698/2006, de 22 noviembre regula las condiciones del trabajador extranjero para poder inscribirse como demandante de empleo con las consecuencias que ello implica para el acceso a la protección por desempleo. En todo caso se exige estar en posesión de la autorización para trabajar o estar en condiciones de poder acceder a ella lo que no acontece nunca a quien está en situación de residencia irregular

²⁶² STSJ Castilla y León/Burgos de 21-11-2007 (JUR 2008, 75818)



señala ahora el art. 36.5 LOE que *“En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo”*. La reforma operada por el legislador fue mas lejos que la interpretación jurisprudencial y cerró totalmente el paso a la que hasta entonces se había venido manteniendo por los Tribunales, según hemos señalado: es imprescindible para acceder a la prestación por desempleo que el trabajador posea la autorización de residencia y trabajo²⁶³.

Finalmente, la LO 2/2009 señala ahora expresamente también que, salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero.

Por otro lado, la falta de autorización para trabajar no exime de la obligación de cotizar pues de lo contrario se produciría un enriquecimiento injusto del empresario que se vería liberado, pese a la infracción, de un coste importante asociado al trabajo. El artículo 106.1 LGSS establece que la obligación de cotizar se inicia con la prestación de servicios por cuenta ajena, precepto éste que ya había llevado a la Sala de lo

²⁶³ La STSJ Madrid de 18-10-2011 (JUR 2011, 23125) concede al trabajador las prestaciones por desempleo aunque carecía en el momento de su solicitud de permiso de trabajo y residencia vigentes, porque habían caducado, porque habiendo el trabajador cursado la solicitud de renovación en plazo, la Administración no resolvió hasta que dos años mas tarde le denegó posterior solicitud de residencia y trabajo por arraigo. Para el Tribunal, la falta de resolución de la administración supuso la renovación de los permisos, dado el carácter positivo del silencio administrativo, por lo que concluye que no puede considerarse al solicitante en situación irregular.

Sin embargo, la STSJ Castilla y León/Valladolid de 10-2-2010 (AS 2010, 939) deniega la prestación por desempleo deniega la prestación por desempleo al considerar al trabajador en situación irregular en el momento de la solicitud, considerando irrelevante el hecho de que el contrato de trabajo cuya extinción determinó la solicitud de prestaciones, se hubiera articulado sobre un permiso válido, amparado en una resolución judicial dictada como medida cautelar.

Por su parte, la STSJ Castilla y León/Burgos, de 7-10-2009 (AS 2010, 187), concede las prestaciones de desempleo solicitadas porque en el momento de la solicitud, la situación del trabajador no es irregular, al considerar que la orden de expulsión del territorio nacional está suspendida por un auto judicial a resultas del recurso interpuesto por el extranjero contra la misma.



Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo²⁶⁴ a considerar el carácter plenamente autónomo de la obligación de cotizar, desvinculando la cotización de otras obligaciones formales.

Igualmente, cabe pensar que también procede el alta del trabajador²⁶⁵ en la seguridad social, en primer lugar, por tratarse de un contrato válido y, en segundo lugar, porque la propia norma se refiere a las responsabilidades para el empresario incluyendo expresamente las de seguridad social²⁶⁶, entre las que necesariamente hay que entender que se encuentra la cotización y la afiliación. Otra cosa será la forma de hacerla efectiva. En este sentido el art. 48 Ley 62/2003 dispone el incremento de la multa a imponer al empresario que utilice un trabajador sin la preceptiva autorización para trabajar en la cuantía que resulte de calcular lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas a la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, desde el comienzo de la prestación del trabajo del trabajador extranjero hasta el último día en que se constate dicha prestación de servicios. El importe correspondiente al incremento de esta sanción se recauda conjuntamente con la sanción conforme al procedimiento

²⁶⁴ STS de 2-12-1998 (RJ 1998,10268)

²⁶⁵ Hasta el momento, se había venido considerando que no procedía el alta ni a instancia del empresario ni de oficio. En este sentido, la STSJ Madrid de 6-5-2000 (AS 2000, 3192) establece que: "*(...) lo cierto es que respecto a la materia objeto de debate en la presente litis, fecha de efectos del alta en la Seguridad Social, la regularización administrativa de la situación del trabajador, es requisito previo y necesario para la formalización de la relación jurídica de Seguridad Social, sin la cual el TGSS no puede proceder al alta en el sistema de Seguridad Social del trabajador, ni a instancia de éste ni de oficio, al quedar sujetos los trabajadores extranjeros a la legislación específica sobre la materia (art. 7.5 LGSS, art. 7.3 ET, y disposiciones concordantes), con independencia de la infracción administrativa en que incurra la empresa y el reproche social que merece su conducta; y en todo caso el contrato concertado contra la prohibición expresa de la ley, es nulo (...)*".

²⁶⁶ La STS de 9-6-2003 (RJ 2003, 3936) expresamente señala, tras hacer referencia a lo preceptuado en la LO 4/2000, con posterioridad a la modificación operada por la LO8/2000, que el artículo 106.1 del TRLGSS establece "que la obligación de cotizar se inicia con la prestación de servicios por cuenta ajena, precepto determinante de que la Sala de lo Contencioso Administrativo de este Tribunal haya declarado la obligatoriedad de cotizar de los extranjeros que presten servicios sin las correspondientes autorizaciones y permisos".



reglamentariamente establecido en ejecución de la citada Ley Orgánica 4/2000. Las cantidades recaudadas se transferirán periódicamente a la Tesorería General de la Seguridad Social a instancias del Ministerio de Trabajo e Inmigración (art. 48.3 Ley 62/2003, en su modificación operada por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010).

La cotización es válida aunque se realice en una actividad profesional para la que el trabajador no cuenta con permiso de trabajo, al estar su autorización referida a otro ámbito funcional²⁶⁷.

Por otro lado, la señalada equiparación de los extranjeros llevada a cabo por la jurisprudencia alcanzaba también, según alguna doctrina judicial, a las mejoras voluntarias pactadas en Convenio Colectivo, incluso aunque se hubiera falseado la identidad del trabajador y el fallecido, cuya viuda demanda la indemnización por fallecimiento en accidente de trabajo prevista en el Convenio de la Construcción, careciera de permiso de residencia y permiso de trabajo, responsabilidad que era extensible también a la empresa principal, en virtud del art. 42 ET, sin perjuicio de las acciones que a la principal le correspondan frente a la contratista, e incluso a la empresa aseguradora siempre que el seguro concertado tuviera ese objeto y no el mero de responsabilidad civil²⁶⁸.

Y todo lo anterior pese a la previsión del párrafo segundo del art. 42.2. RGAAB (en la redacción dada por el RD 1041/2005) que expresamente declara la no inclusión en el Sistema de Seguridad Social de los extranjeros que carecen de autorización administrativa para trabajar cuando desempeñen actividad en España sin dicha autorización pues dicho precepto establece la salvedad de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la Ley, lo que obliga a concluir que, dado su rango inferior, están incluidos en los términos arriba señalados.

²⁶⁷ STSJ Aragón de 5-4-2004 (JUR 2004, 260029)

²⁶⁸ STSJ Canarias/Las Palmas de 30-6-2005 (AS 2005, 1668).



V.- VALORACION FINAL Y PROPUESTA DE MODELO

1.- VALORACIÓN GENERAL E INDICADORES NECESARIOS

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

Ya hemos planteado, 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 publico de Seguridad Social que se enmarca entre las funciones de Estado, arropado por el principio de garantía institucional. Al mismo tiempo, existe una crítica generalizada sobre la vigente ordenación y su aplicación jurisprudencial, o mejor dicho, sobre la inevitable y no deseada función normativa de la jurisprudencia.

La afirmación tiene su constatación empírica, como también hemos 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 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.

Tampoco los sucesivos Gobiernos 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. Esta reforma

Tampoco las críticas judiciales han forzado las reformas. A pesar de la contundencia del voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo de de 1 de febrero de 2000 donde se afirmaba 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”. Salvo error u omisión, como también he afirmado a fecha 31 de julio del 2012 no existe ninguna cuestión de inconstitucionalidad sobre la materia pendiente en el Tribunal Constitucional.

Si 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 nuestro 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.

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 ocultación²⁶⁹ 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

²⁶⁹ La STS u. d. de 16 junio 2005, da por validas las afirmaciones de la Sala "a quo" [entienda 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...”



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.

2.- PROPUESTAS DE REFORMA

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 .

2.1 PRIMERA PROPUESTA: CONSTRUCCION DE UN MODELO NUEVO.

2.1.1 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 empresariales²⁷⁰.

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 fraude²⁷¹.

²⁷⁰ En este sentido coincido con la propuesta de BLASCO PELLICER, A La responsabilidad ...cit, pág. 166

²⁷¹ 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:



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

*“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.”*



ser apreciada de forma conjunta a efectos de su sanción” STS 15 de julio de 2003, entre otras muchas²⁷².

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 123 de la LGSS.**

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.**

²⁷² 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.



2.1.2 ORDENACION DE SUPUESTOS SINGULARES DE RESPONSABILIDAD

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 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 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 contrataciones o subcontratas, 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 cualesquiera 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.

2.1.3 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.



2.2 SEGUNDA PROPUESTA. PERFECCIONAMIENTO DEL MODELO ACTUAL

2.2.1 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.

2.2.2 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-empedor, 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 contrataciones 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.

2.2.3 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.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., “Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.
- AA. VV., La responsabilidad del empresario. Ediciones Laborum, Madrid, 2012.
- AGUSTÍ JULIA, J. y FARGAS FERNÁNDEZ, J. (Coordinadores) La Seguridad Social en continuo cambio: un análisis jurisprudencial. Bomarzo, Albacete, 2010.
- ALARCÓN CARACUEL, M. R., (Director) Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social. Aranzadi, Navarra, 2003.



- ALARCÓN CARACUEL, M. R., “Prólogo”, en GALA DURÁN, C. La responsabilidad empresarial por incumplimientos de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social. Aranzadi, Pamplona, 1997.
- ALBIOL MONTESINOS, I.: Aspectos laborales de la transmisión de empresa. IESS. Madrid, (1984).
- ALFONSO MELLADO, C. L. “Daños derivados de accidente de trabajo. Competencia jurisdiccional y naturaleza de la responsabilidad empresarial”. Revista de Derecho Social, nº 2. 1999.
- ALONSO OLEA, M. “El origen de la Seguridad Social en la Ley de accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900”, Papeles y Memorias, número 8, 2000.
- ALONSO OLEA, M. “La responsabilidad por accidente de trabajo”. Revista Iberoamericana de Seguridad Social, nº 5, 1958.
- ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L., Instituciones de la Seguridad Social, 18ª edición, Civitas, Madrid, 2002.
- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del Trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Madrid (MTAS), 1999.
- BLASCO LAHOZ, J. F. “El nuevo sistema de “bonus” en las cotizaciones por disminución de la siniestralidad laboral”, Información Laboral, nº 9, 2010.
- BORRAJO DACRUZ, E. (Coordinador) Accidentes de Trabajo y Mutuas. La Ley, Madrid, 2009.
- CALABRESI, G. El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil. Ariel, Barcelona, 1984.
- CAMPS RUIZ, L. M.: Régimen laboral de la transmisión de empresa. Tirant lo Blanch. Valencia, (1993).



- CAMPS RUIZ, L.M.: «El nuevo Reglamento General de Recaudación de los recursos del sistema de Seguridad Social y el régimen jurídico de las contratadas y subcontratadas de obras y servicios», Tribuna Social, núm. 71, 1996
- CAMPS RUIZ, L., “La obligación empresarial de comprobar la solvencia del contratista o subcontratista: significado y consecuencias”, en AA.VV., “Descentralización productiva y protección del trabajo en contratadas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000
- CAVAS MARTINEZ, F., “Algunos puntos críticos en el régimen jurídico de la transmisión de empresas”, Aranzadi Social nº 14/2005.
- CABAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social, Aranzadi, Navarra, 2006.
- COMÍN, F. “Las fases históricas de la Seguridad Social en la España del siglo XX”, en TORTUERO PLAZA, J. L. Cien años de protección Social en España. Libro conmemorativo del I Centenario del Instituto Nacional de Previsión. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratadas y subcontratadas”, Relaciones Laborales Tomo I, 1992.
- DEL REY GUANTER, S., «El nuevo régimen laboral de la sucesión de empresas: anotaciones a las novedades esenciales del art. 44 del TRET», TL, nº 61/2001.
- DEL REY GUANTER, S., “A propósito de los requisitos del art. 42.1 TRET y en especial, sobre la “propia actividad”: notas a la luz de la STS de 24-11-1998” en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Madrid (MTAS), 2000
- DEL VAL TENA, A.L, “La responsabilidad empresarial en contratadas y subcontratadas: del supuesto de hecho a la diversidad de regímenes”, en AA.VV (Dir. Rivero Lamas; Coord: del Val Tena), “Descentralización productiva y



- responsabilidades empresariales. El outsourcing”, Thomson- Aranzadi (Cizur Menor), 2003.
- DESDENTADO BONETE: «La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia», Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 38, 2002, pgs. 241-265 (BIB 2005, 1831).
 - DOMÍNGUEZ VILA, A. Constitución y Derecho sancionador administrativo. Marcial Pons, Madrid, 1997.
 - FERNÁNDEZ-AVILÉS, A. El accidente de trabajo en el sistema de Seguridad Social. Atelir, Barcelona, 2007.
 - FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. “La vigilancia de la salud y el respeto a los derechos del trabajador en el marco de la negociación colectiva”, Revista Jurídica de Castilla y León, nº 15, mayo 2008.
 - GALA DURAN, C., “La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social”, Pamplona (Aranzadi), 1997.
 - GARATE CASTRO, J., “Descentralización productiva por medio de contratas de obras y servicios. Algunas cuestiones laborales y de Seguridad Social, con especial referencia a las administraciones públicas”, Actualidad Laboral nº 9, 2004.
 - GARCIA NINET, J.I., “Obligaciones y responsabilidades en materia de seguridad y salud en los supuestos de contratas y subcontratas. Consideraciones en torno al art. 24 (coordinación de actividades empresariales) de la LPRL”, en AA.VV., “Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000
 - GARCIA NINET, J.I. (Dir.), y RUANO ALBERTOS, S. (Coord.), “Régimen jurídico del trabajo de los extranjeros en España (Estudio tras el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril), Barcelona (Atelier), 2011.



- GARCÍA VIÑA, J., “Cuestiones actuales de los mecanismos laborales de la transmisión de empresas”, Actualidad Laboral nº 18, 2005.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J., «La transmisión de empresas en la Ley 12/2001. Una primera aproximación al nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores», en AA.VV., «La reforma laboral de la Ley 12/2001», Madrid (Lex Nova), 2002
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., y GOÑI SEIN, J.L., “Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contrata”, en AA.VV., “Descentralización productiva y protección del trabajo en contrata. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pág. 151.
- GINES I FABRELLAS, A. Prestaciones de la Seguridad Social por contingencias profesionales. Bomarzo, Albacete, 2012.
- GOERLICH PESET, J.M^a, “Determinación del supuesto de hecho: la noción de contrata y subcontrata de obras y servicios” en AA.VV., “Descentralización productiva y protección del trabajo en contrata. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.
- GONZALO GONZÁLEZ, B. y NOGUERIA GUSTAVINO, N. (Coordinadores) Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900. Fraternidad-Muprespa y UNED, Madrid, 2000.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S. y GARCÍA MUÑOZ, M. “La responsabilidad de las Mutuas de accidentes de trabajo” en MERCADER UGUINA, J. (Coordinador). Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. La Ley, Madrid. 2007.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J. J. Seguridad e Higiene en el trabajo. Formación histórica y fundamentos. Consejo Económico y Social, Madrid, 1997.
- GÓMEZ FERREIRO, F. y MOLINER TAMBORERO, G. (Directores). Aspectos complejos en materia de Seguridad Social. CGPJ, Madrid, 2001.



- GORELLI HERNÁNDEZ, J. Responsabilidad patrimonial del empresario derivada de riesgos profesionales. Tecnos, Madrid, 2006.
- HEVIA-CAMPOMANES CLADERÓN, E.; MIRANDA RIVAS, F.; VIVANCO BUSTOS, M^a. C. y GÓMEZ CAMPOY, F.: Los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Incapacidad temporal por contingencias comunes. 3^a ed. Colex, Madrid, 2000.
- KAHALE CARRILLO, D.T., “Descentralización productiva y ordenamiento laboral. Un estudio sobre la contratación externa de actividades descentralizadas”, Cuadernos de Aranzadi Social, Cizur Menor (Aranzadi), 2011.
- LAFUENTE SUÁREZ, J. L., “El sistema de incentivos para la reducción de cotizaciones por contingencias profesionales. Análisis crítico de urgencia”. Actualidad Laboral, nº 13, 2010.
- LOPERA CASTILLEJO, M.J., “Responsabilidades en materia de Seguridad Social de los contratistas”, en RIVERO LAMAS, A., y DEL VAL TENA, A.L, “Descentralización productiva y responsabilidades empresariales”, Cizur Menor (Aranzadi), 2003.
- LOPEZ ANIORTE, C., “La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo”, Murcia (Laborum), 2003.
- LUQUE PARRA, M., “La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios”, Relaciones Laborales nº 14, 2000.
- MATEOS BEATO, A. y MARTÍNEZ JIMÉNEZ, R.: «Las contratas y subcontratas en la Seguridad Social», Documentación Laboral, núm. 68, 2003.
- MATEOS BEATO, A. y MARTÍNEZ JIMÉNEZ, R. La derivación de responsabilidad por deudas de Seguridad Social. 2^a edición. Lex Nova, Valladolid, 2004.
- MERCADER UGUINA, J. R. Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo: Seguridad Social y derecho de daños, La Ley, Madrid, 2001.



- MERCADER UGUINA, J. R., “Modificaciones, adaptaciones y ajustes en el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema: el Real Decreto 1426/1997, de 15 de septiembre”, Relaciones Laborales nº 24, 1997.
- MERCADER UGUINA, J. R. (Coordinador). Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. La Ley, Madrid, 2007.
- MOLERO MANGLANO, C., “¿De qué depende que una contrata sea declarada cesión ilegal tras la reforma de 2006? Actualidad Laboral nº 21, 2006.
- MOLERO MANGLANO, Mª L., “Descentralización productiva y relaciones laborales”, Relaciones Laborales nº 9, 2010.
- MOLERO MARAÑÓN, M. L., “La descentralización productiva en la unificación de doctrina”, Madrid (La Ley),2003.
- MOLINA NAVARRETE, C. «El último capítulo de la primera fase de la reforma del mercado de trabajo: puntos críticos de la Ley 12/2001», Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, CEF, nº 221-222 /2001.
- MOLINER TAMBORERO, G. “La responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones de la Seguridad Social. Déficit regulador de la misma. Criterios jurisprudenciales”, en GÓMEZ FERRIRO, F. y MOLINER TAMBORERO, G. (directores) Aspectos complejos en materia de seguridad Social. CGPJ, Madrid, 2001.
- MOLINS GARCIA-ATANCE, J., “La tercera etapa de la contratación y subcontratación de obras y servicios”, Relaciones Laborales nº 19, 2009.
- MONEREO PERÉZ, J. L., “El ámbito material de la responsabilidad empresarial en el trabajo de contratas. Las obligaciones “referidas” a la Seguridad Social”, Relaciones Laborales nº 2, 1992.
- MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) Tratado práctico de la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Comares, Granada, 2006.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. “La conformación de la acción protectora del Sistema de seguridad Social”. Revista Relaciones Laborales, nº 2, 2010. (versión La Ley Digital).



- MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N. (Coordinadores) La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación. Comares, Granada, 2008.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N. (Directores) Comentario a la Constitución Socio-Económica de España. Comares, Granada, 2002.
- MUÑOZ LORENTE, J. La nueva configuración del principio *non bis in ídem*. Ecoiuris, Madrid, 2001.
- NIETO GARCÍA, A. Derecho administrativo sancionador. 3ª edición. Tecnos, Madrid, 2002.
- OJEDA AVILES, A., “La deconstrucción del Derecho del Trabajo”, Madrid (La Ley), 2010.
- ORDEIG FOS, J. M. “Hacia un régimen público de Seguridad Social. La responsabilidad: encrucijada de la jurisprudencia”, Revista Actualidad Laboral, nº 28, 1985.
- PÉREZ CAPITÁN, L.: «La responsabilidad en materia de cotización a la Seguridad Social en las contratas y subcontratas», Revista de Derecho Social, núm. 5, 1999
- PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “El concepto de propia actividad empresarial”, en AA.VV., “Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.
- PINTOS AGER, J Baremos, seguros y derecho de daños. Civitas, Madrid, 2000.
- PUMAR BELTRÁN, N. (Coordinadora). La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral. Bomarzo, Albacete, 2006.
- RAMIREZ MARTINEZ, J.M. y SALA FRANCO, T., “Contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores”, en en AA.VV., “Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.



- REBOLLO PUIG, M. Potestad sancionadora, alimentación y salud pública, INAP, Madrid, 1989.
- RIVAS VALLEJO, P. “La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social en caso de riesgos profesionales”, en PUMAR BELTRÁN, N. (Coordinadora) La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral. Bomarzo, Albacete, 2006.
- RIVERO LAMAS, A., y DEL VAL TENA, A.L, “Descentralización productiva y responsabilidades empresariales”, Cizur Menor (Aranzadi), 2003.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., «El carácter indisponible del art. 44 ET», Relaciones Laborales, nº 11, 1988.
- ROQUETA BUJ, R., “Alcance temporal de las responsabilidades” en AA.VV., “Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.
- RUBIO VELASCO, Mª F., “Prestaciones de Seguridad Social y desempleo derivadas de la contratación de extranjeros en situación irregular”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL, “La responsabilidad del empresario”, Murcia (Laborum), 2012.
- 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)”, Revista Iberoamericana de Seguridad Social, nº 6, 1974. Pág. 1478.
- SALA FRANCO, T., “Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras y servicios: puntos críticos”, Actualidad Laboral nº 9, 2005.
- SALAS BAENA, A. “Prestaciones económicas por riesgo durante el embarazo y de lactancia natural. Gestión de las prestaciones: lagunas legales y necesidad de desarrollo reglamentario”, pp.: 1-15 (adenda) en BORRAJO DACRUZ, E. (Coordinador) Accidentes de Trabajo y Mutuas. La Ley, Madrid, 2009.
- SALCEDO BELTRAN, Mª del C., “La responsabilidad empresarial respecto de las prestaciones de la Seguridad Social en la cadena de subcontratación”, Aranzadi Social, 15/2007.



- SALINAS MOLINA, F., “Contratas y subcontratas: jurisprudencia unificadora”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 38, 2002.
- SÁNCHEZ REYES, M. M. “Mejoras voluntarias. A propósito de la sentencia del TSJ de Canarias, Las Palmas, de fecha 29.09.00 y posteriores”. Revista Derecho.com, nº 15, septiembre de 2004.
- SANGUINETI RAYMOND, W.: «El régimen laboral de la sucesión de empresa: puntos críticos tras su reforma», Relaciones Laborales, núm. 21, 2004, pgs. 9-34 (BIB 2004, 1969).
- SANZ GANDASEGUI, F. La potestad sancionadora de la Administración: la Constitución Española y el Tribunal Constitucional. Edersa, Madrid, 1985.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., “Ausencia de responsabilidad pese al descubierto prolongado de cotizaciones”. Revista Aranzadi Social, 1999, T. III.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. “Del bonus-malus al vonus-nullus”, Aranzadi Social nº 4, 2010.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., y CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Claroscuros en el nuevo régimen jurídico de la sucesión de empresa», Aranzadi Social, núm. 10, 2001, pgs. 9-35 (BIB 2001, 1007) .
- SERRANO OLIVARES, R., y MARTÍNEZ FONS, D., “Responsabilidades de Seguridad Social en las situaciones de descentralización productiva”, Temas Laborales nº 86, 2006.
- TOLOSA TRIVIÑO, C.: «La responsabilidad empresarial por contratas y subcontratas», Relaciones Laborales, 1998, núm. 13.
- TORTUERO PLAZA, J. L. Cien años de Protección Social en España. Libro conmemorativo del I Centenario del Instituto Nacional de Previsión. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007.
- TREJO CHACÓN, Mª F., “La responsabilidad empresarial por la contratación de extranjeros sin autorización de trabajo”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE



SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL, “La responsabilidad del empresario”, Murcia (Laborum), 2012.

- VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. Aseguramiento y protección social de los riesgos profesionales. Análisis a la luz de la responsabilidad empresarial en materia preventiva. Bomarzo, Albacete, 2012.
- VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. y MORÓN, R. “La seguridad en el trabajo: de la Ley de accidentes de trabajo a la vigente Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en AA.VV. Cien años de Seguridad Social. Fraternidad-Muprespa y UNED, Madrid, 2000.
- VALDES DAL-RE, F., “Contratas y subcontratas: las reformas pendientes”, Relaciones Laborales, nº 2, 2007.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: Relaciones Laborales. «Reforma de la legislación sobre transmisión de empresas (I)» núm. 23, 2000, pgs. 1-11(2001).
- VERA JURADO, D. J. “El principio *non bis in ídem* y su aplicación a las relaciones de sujeción especial de la policía gubernativa”, REDA, nº 79, 1993.
- VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R. Manual de Seguridad Social. Tecnos, Madrid, 2008.