ANTE UNA NUEVA DIMENSIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN EL PAGO DE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL EN LOS SUPUESTOS DE DESCUBIERTO EN EL ABONO DE LAS COTIZACIONES

Carmelo Batista Machín
José Losada Quintás
Profesores de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

© Del documento,los autores. Digitalización realizada por ULPGC. Biblioteca Universitaria,2011.

SUMARIO:

I. JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO
II. ANTECEDENTES LEGALES Y REGLAMENTARIOS. LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN MATERIA DE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL. EN PARTICULAR, LA RESPONSABILIDAD POR DESCUBIERTOS DE COTIZACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA LEGAL Y REGLAMENTARIA
III. LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE JUNIO DE 1992
3.1 Supuesto de hecho objeto del litigio
3.2 Análisis jurídico de la solución adoptada
3.3 Otras sentencias en igual sentido
IV. LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE MAYO DE 1997
4.1 Supuesto de hecho objeto del litigio
4.2 Análisis jurídico de la solución adoptada
4.3 Otras sentencias en igual sentido
V. A MODO DE BREVES CONCLUSIONES

I. JUSTIFICACION DEL TRABAJO

Las siguientes consideraciones tienen por objeto ofrecer un análisis descriptivo del actual estado que presenta, a nivel preferentemente jurisprudencial, la imputación de responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de Seguridad Social en los supuestos de descubiertos en el pago de cuotas al Sistema.

La responsabilidad empresarial en materia de prestaciones -cuando el empresario incumple sus obligaciones en materia de afiliación, alta y/o cotización- es una cuestión que ha ocasionado reiteradas controversias en el ámbito de aplicación de las normas de la Seguridad Social. El origen de las dificultades ha de buscarse en una deficiente regulación legal, plagada de interrogantes no resueltos y de sucesivos períodos de aplicación transitoria de normas ante la falta de desarrollo reglamentario de esta materia en la más reciente regulación legal.

El criterio de quienes desarrollamos este trabajo descansa sobre la idea de que asistimos a la formulación de propuestas de revisión de unas soluciones hasta la fecha contrarias a la responsabilidad pública en los supuestos de descubierto, salvo en supuestos muy matizados, como el de la "ocasionalidad" del incumplimiento. La exoneración de responsabilidad empresarial se obtiene acudiendo a principios generales del Derecho como el de "non bis idem" o el de la "proporcionalidad", e incluso al principio denominado en alguna sentencia como de "ponderación de la voluntad del agente", típico en el ámbito de la responsabilidad por daños.

Los criterios de exoneración aparecían especialmente detallados en la sentencia de 22 de junio de 1992 de la Sala IV del Tribunal Supremo que sintetizaba argumen-

© Del documento,los autores. Digitalización realizada por ULPGC. Biblioteca Universitaria,2011.

tos de resoluciones precedentes de la propia Sala. La ocasionalidad de los incumplimientos en materia de descubiertos no permitía desplazar la responsabilidad del abono de las prestaciones desde el Sistema hacia el empresario incumplidor. Se acudía a los preceptos de la Ley de Seguridad Social de 1966 para fundamentar esta solución.

Asistimos ahora a un intento de fundamentar la misma solución exoneratoria pero desde las normas contenidas en el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1994. Es paradigmática de esta nueva línea de solución la dictada por la Sala IV del Tribunal Supremo de fecha 8 de mayo de 1997, que ha tenido su continuidad en otras sucesivas, que a menudo se han limitado a una mera reproducción literal de los contenidos de aquélla sin aportar nuevos elementos de interés, con excepción de los datos estrictamente casuísticos.

Será referencia imprescindible en este estudio el revisar la Jurisprudencia anterior a la sentencia citada y la recepción que han tenido en la doctrina científica estas propuestas innovadoras. Tendremos ocasión de verificar como de forma tradicional se vino aceptando la responsabilidad directa del empresario por descubiertos de cotización permanentes, pero sin uniformidad en los criterios, puesto que en unas ocasiones se ha declarado una responsabilidad empresarial absoluta y en otras ocasiones se ha declarado una responsabilidad proporcional al tiempo dejado de cotizar o proporcional al tiempo que le restaba al trabajador para completar el período de carencia de la prestación de que se tratase.

Pero además esta nueva (s) línea (s) de doctrina surgida (s) a partir de la sentencia citada de mayo de 1997 podría apuntar hacia modificaciones de mayor alcance frente a la representada por su precedente de 22 de junio de 1992. Nos incitan a sostener esta opinión determinados planteamientos de la sentencia de mayo de 1997 que aparentemente acude a los postulados tradicionales para con posterioridad avanzar hacia otros planteamientos. No en vano se analiza el supuesto de hecho desde el concepto de "ocasionalidad" para advertir que no puede incardinarse como tal ante la importancia del período en descubierto; pero pese a que no pueda dársele ese tratamiento, se acude a datos como la "falta de voluntariedad en el incumplimiento" por parte del sujeto obligado o su "conducta en los meses posteriores al descubierto" que se imputaba como causa para desplazar la responsabilidad prestacional.

Estas posiciones favorables a la exoneración de responsabilidad prestacional al empresario se argumentan ahora desde la necesaria adecuación al texto constitucional de las normas anteriores al mismo en materia de responsabilidad prestacional. Asistimos así al abandono de la opción del desplazamiento de aquélla responsabilidad hacia el empresario por constituir situaciones en que podría incluso infringirse el principio de "non bis in idem" y porque sería improsperable la imputación de la responsabilidad so pena de inobservar el principio de "proporcionalidad".

© Del documento,los autores. Digitalización realizada por ULPGC. Biblioteca Universitaria,2011.

Es relevante revisar el concepto de "ocasionalidad" de los descubiertos en materia de cotización. El problema se traslada así a determinar cuándo estamos en presencia de un descubierto ocasional que permita exonerar de toda responsabilidad a la empresa del pago de la prestación, de modo que deberán considerarse con carácter general las circunstancias del caso en particular, y si la ocasionalidad es un dato efectivamente trascendente. Pero además, y a nuestro criterio es lo trascendente, se analizan los actos posteriores del sujeto obligado para determinar si ha continuado incumpliendo o si por el contrario ha abonado las cotizaciones sucesivas, en lo que ha venido a denominarse la "ponderación de la voluntad del agente" -sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1998-.

Adelantamos nuestra posición favorable a este esfuerzo de revisión de esta cuestión desde los postulados de una norma más moderna y que debe interpretarse en el contexto del sistema normativo en que está integrada. A nuestro juicio, y de cara a la labor que emprendemos, no resultará viable en esta materia el tratar de establecer diferencias entre "pensiones" y "prestaciones"; la responsabilidad empresarial en supuestos de descubierto en el abono de cotizaciones tendrá iguales efectos con independencia de la naturaleza de la situación prestacional del beneficiario. Es necesaria una clarificación expresa de esta materia, que deberá ir necesariamente precedida de la oportuna adaptación del Derecho positivo vigente, mediante el anunciado y nunca realizado desarrollo reglamentario del artículo 126 apartado 2º del T.R.L.G.S.S. No en vano, como tendremos ocasión de indicar, la propia Jurisprudencia se ha referido a la situación que se produce como consecuencia de la aplicación de la normativa de Seguridad Social anterior a 1974 y de principios del derecho de responsabilidad por daños, como a que se ha dado lugar a "una infinidad de problemas en penumbra" -sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1997-.

La sentencia de 8 de mayo de 1997 que ha centrado nuestro trabajo constituye un indudable punto de inflexión en esa actividad desplegada por los Tribunales en la imputación de la "responsabilidad empresarial prestacional", variando el punto de referencia legal desde el artículo 94 de la L.S.S. de 1966 hacia el artículo 126 del T.R.L.G.S.S. de 1994. No constituye una mera cuestión accidental que esta sentencia además haya sido dictada en Sala General, puesto que le arroga un mayor valor cualitativo. En gran medida los criterios de solución son los habituales, pero ahora estamos ante una sentencia que asume sin fisuras una posición que trata de poner punto y final a la aplicación de la normativa de 1966.

Podría haber en algún sentido ofrecido dudas el tratamiento que se habría otorgado en lo sucesivo a esta nueva línea de producción jurisprudencial para los supuestos de "infracotización". Sin embargo, la Sala de lo Social ha consolidado los criterios de solución que ya venía utilizando.

© Del documento,los autores. Digitalización realizada por ULPGC. Biblioteca Universitaria,2011.

II. ANTECEDENTES LEGALES Y REGULACION LEGAL DE LA "RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN MATERIA DE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL". EN PARTICULAR, LA RESPONSABILIDAD POR DESCUBIERTOS DE COTIZACION DESDE LA PERSPECTIVA LEGAL Y REGLAMENTARIA

Debemos analizar la existencia de responsabilidad empresarial para el abono de las prestaciones, a tenor de lo preceptuado en el artículo 126 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (R.D. Legislativo 1/1994, de 20 de junio)[1] por incumplimiento de la obligación de cotizar.

Los artículos 104 y 113 apartado 1º del T.R.L.G.S.S. y el artículo 9 apartado 1.1.a) del R.D. 1637/1995, de 6 de octubre, del Reglamento de General de Recaudación de los recursos del Sistema de Seguridad Social, identifican al empresario como sujeto responsable del ingreso de las cotizaciones en la Tesorería General de la Seguridad Social tanto de las cuotas empresariales como de las correspondientes a las aportaciones de sus trabajadores que está obligado a retenerles de sus salarios. Esa obligación empresarial de ingreso erigiéndole en "sujeto responsable" descansaría sobre las finalidades de simplificar los trámites administrativos, de unificar el acto de percepción y de otorgar la mayor garantía posible a la efectividad del ingreso; GALA DURAN[2] expresa que la de "simplificación de trámites" parecería ser la razón principal de las varias expresadas.

El Régimen jurídico de la responsabilidad en materia prestacional de Seguridad Social está integrado por una serie de reglas que determinan el sujeto obligado al abono de la prestación de que se trate. En particular, el objeto de este trabajo es el análisis de los supuestos de descubiertos en el abono de cotizaciones a la Seguridad Social, con expresa omisión de los restantes supuestos legales -falta de alta, infracotización...-.

Habría por ello que determinar, en primer lugar, y sumariamente qué se entiende por "cotización"; se ha definido como la obligación impuesta por la Ley a ciertos individuos y entidades de contribuir al sostenimiento de las cargas económicas de los regímenes de previsión o de Seguridad Social de acuerdo con ciertos criterios,

1 El artículo 126 prevé en su apartado 2º 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"; esa responsabilidad es compatible con la obligación de anticipo de las prestaciones impuesta a las entidades gestora y colaboradoras en el apartado 3º. A menudo se ha puesto de manifiesto la aparente incoherencia de este precepto con el apartado inmediatamente anterior que declara que si se causa derecho a una prestación porque se han cumplido las condiciones del artículo 124 del T.R.L.G.S.S. –afiliación, situación de alta o asimilada y carencia, cuando proceda según la prestación o pensión de que se trate- la responsabilidad prestacional se imputará, según sus respectivas competencias, a la entidades gestoras y colaboradoras de la Seguridad Social. El apartado 3º *in fine* del artículo 126 prevé la viabilidad de la moderación de la responsabilidad del empresario en función de criterios a fijar reglamentariamente.

2 Gala Durán, Carolina, en "La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las Obligaciones de Afiliación, Alta y/o Cotización a la Seguridad Social"; Editorial Aranzadi; página 120; Navarra; 1997.

© Del documento,los autores. Digitalización realizada por ULPGC. Biblioteca Universitaria,2011.

también fijados legalmente (ALARCON CARACUEL Y GONZALEZ ORTEGA, citando a Borrajo Dacruz)[3].

No han faltado autores que tradicionalmente se han opuesto a cualquier desplazamiento de la responsabilidad prestacional hacia el empresario (ORDEIG FOS)[4] y a estos efectos han recurrido a conceptos novedosos en el momento de su elaboración, como el de la "responsabilidad potenciada" que, como tendremos ocasión de analizar, coinciden en esencia con los postulados más actuales de la Jurisprudencia. Se trata de localizar una conducta empresarial que denote un especial ánimo defraudatorio frente al Sistema con el abandono de su obligación de cotizar o determinar de forma alternativa qué supuestos conllevan un perjuicio directo para los intereses prestacionales del beneficiario.

Es trascendente todavía en la actualidad el Artículo 94 apartado 2º.b) de la Ley de Seguridad Social, de 21 de abril de 1966 (BOE de 22 de abril). Este precepto tiene carácter reglamentario ante la falta de desarrollo de esta naturaleza de los apartados 2º y 3º del artículo 96 de la Ley General de Seguridad Social (Decreto 2065/1974, de 30 de mayo). De conformidad con el meritado precepto, en los supuestos de falta de ingreso de las cotizaciones por la Empresa, literalmente:

> "(...) podrá moderarse reglamentariamente el alcance de la responsabilidad empresarial cuando el empresario ingresa las **cuotas correspondientes a la totalidad de sus trabajadores; en tal caso, la Entidad gestora asumirá, en la medida que el empresario quede exonerado, la responsabilidad resultante**".

DESDENTADO BONETE[5] destaca que los artículos 94 a 96 de la Ley de Seguridad Social contenían una regulación a la vez casuística y fragmentaria, suscitando problemas de aplicación ante la omisión del desarrollo reglamentario previsto. La Ley

3 Alarcón Caracuel, Manuel R. y González Ortega, Santiago en "Compendio de Seguridad Social"; Editorial Tecnos; 4ª Edición revisada; página 160; Madrid; 1991.

4 Ordeig Fos, José Mª., en "El Sistema español de Seguridad Social (y el de la Comunidad Europea)"; Editorial Edersa; quinta edición; páginas 233 y 234; Madrid; 1993. Destaca que la responsabilidad prestacional en todo sistema de Seguridad Social moderno ha de ser una responsabilidad pública del Estado y de los entes gestores, no una responsabilidad privada. A su juicio, la empresa no será por lo tanto responsable de las prestaciones, ni subjetiva ni objetivamente. Su papel es el de sujeto afiliado contributivamente al sistema para cooperar a su financiación y eventualmente a su gestión auxiliar. El incumplimiento de las obligaciones por parte del empresario no puede traducirse en la derivación de la responsabilidad del pago de las prestaciones atendiendo a que existe un sistema de Seguridad Social y la responsabilidad es *ab initio* pública. No existen a su juicio medios hábiles para fundamentar el traslado de la responsabilidad prestacional del Sistema hacia el empresario incumplidor. Destaca en esencia los potenciales perjuicios para el beneficiario que verá así mermadas sus garantías prestacionales y por esto prefiere hablar de "responsabilidad potenciada", como concurso o concurrencia de responsabilidades pública -en las prestaciones- y privada -por medio de sanciones que penalicen los incumplimientos en que haya incurrido el empresario-. Por eso indicabamos que es una interpretación muy próxima a las más recientes del Tribunal Supremo en aplicación del principio de "non bis idem".

5 Desdentado Bonete, Aurelio; en "Derecho de la Seguridad Social"; VV.AA.; Ed. Tirant Lo Blanch; página 301; Valencia; 1997.

© Del documento,los autores. Digitalización realizada por ULPGC. Biblioteca Universitaria,2011.

24/1972, de 21 de junio, constituyó un intento de simplificación de la ordenación legal en esta materia, estableciendo una serie de principios generales en su artículo 17, con la previsión expresa de la determinación de los supuestos de imputación de responsabilidad, el alcance de la responsabilidad y el procedimiento para su determinación, en las oportunas normas de desarrollo reglamentario de esta Ley. Se añadió esta previsión en los mismos términos en el artículo 24, en relación con el artículo 96 apartado 2º, de la Ley General de Seguridad Social de 1974 (Decreto 2065/1974, de 30 de mayo), sin que se haya llevado a efecto el repetido desarrollo reglamentario -ni tan siquiera en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (R.D. Legislativo 1/1994, de 20 de junio)-, de modo que a través de las previsiones de la Disposición Transitoria 2ª del Decreto 1645/1972 continúan aplicándose los artículos 94 a 96 de la Ley de Seguridad Social del año 1966.

El artículo 94 apartado 2º.b) de la L.S.S. de 1966 convertía al empresario en responsable de las prestaciones previstas en el Régimen General en los supuestos de falta de ingreso de las cotizaciones a partir de la iniciación del segundo mes siguiente a la fecha en que expirase el plazo reglamentario establecido para el pago, sin que las cotizaciones ingresadas fuera de plazo exonerasen de responsabilidad al empresario, salvo que se le hubiese concedido un fraccionamiento de pago o en otros supuestos que se determinasen reglamentariamente.

Es también interesante destacar que el artículo 96 apartado 3º de la L.S.S. de 1966 preveía supuestos de moderación de la responsabilidad empresarial, atenuándola en función de criterios de razonabilidad, cuando existiesen datos que permitiesen vislumbrar la falta de intencionalidad en la conducta del sujeto obligado a cotizar para la producción de descubiertos. ALONSO OLEA[6] se hacía eco de que su aplicabilidad era igualmente compleja, atendiendo a que en su vigencia nos encontrabamos con la falta de desarrollo reglamentario de esas previsiones. Sin embargo, encontramos referencias jurisprudenciales coetáneas que nos permiten afirmar que fue efectivamente aplicado a las finalidades seguidas en la norma[7].

El artículo 96 del T.R.L.G.S.S. de 1974 regulaba en tres apartados la determinación de la "Responsabilidad en orden a las prestaciones", en términos de que la responsabilidad nacerá al causarse el derecho a una prestación por el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos y se imputará a la entidad que resulte com-

6 Alonso Olea, Manuel; en "Instituciones de Seguridad Social"; Editorial Civitas; página 434; Edición 11ª; Madrid; 1995.

7 Vid. las sentencias del Tribunal Supremo de la entonces Sala VI de fechas 3 de abril de 1970 y de 31 de mayo de 1980. La primera de las resoluciones citadas señalaba que cuando la prestación exigiese un período de carencia y éste no hubiese sido cubierto al servicio del empresario que hubiese incumplido sus obligaciones de afiliación, alta y cotización, entonces la responsabilidad empresarial no se extendería hasta el punto de suplir totalmente la cobertura del período de carencia, sino la correspondiente al período de prestación de servicios; parece un ejemplo claro de aplicación del principio de "proporcionalidad". Sin embargo esta doctrina tendría -a juicio de ALONSO OLEA- difícil aplicación práctica, porque la responsabilidad es proporcional al tiempo de servicios cuando el período de carencia puede ser completado con los prestados a otro u otros empresarios.

© Del documento,los autores. Digitalización realizada por ULPGC. Biblioteca Universitaria,2011.

petente. El incumplimiento de obligaciones en materia de "afiliación, altas, bajas y cotización" determinará la existencia de responsabilidad en materia de prestaciones, lo que requeriría la previa fijación de los supuestos de imputación y de su alcance. Se cerraba con la previsión en su último apartado de medidas tendentes a garantizar la efectividad de la protección que está obligado a prestar el Sistema, incluso en los supuestos de responsabilidad empresarial, con la obligación de anticipo de prestaciones por la entidad gestora o colaboradora; preveía igualmente supuestos de atenuación de la responsabilidad empresarial, con remisión al desarrollo reglamentario para fijar las medidas correctoras y para la concreción de las circunstancias que actuarían como atenuantes. Contrasta con el artículo recién citado de la L.S.S. de 1966, puesto que aquél sí contenía los supuestos de imputación precisando los incumplimientos empresariales que hacían aparecer la responsabilidad prestacional y los supuestos que originaban el anticipo de prestaciones a cargo de la entidad gestora o colaboradora.

La posibilidad prevista legalmente de la declaración total o parcial de responsabilidad prestacional es una compulsión adicional importante para que el empresario cumpla sus obligaciones de Seguridad Social, sin que pueda considerarse en sentido material como una sanción por consideraciones recaudatorias en sentido estricto, reforzándose esta perspectiva por la exigencia del principio de reserva de Ley en materia de postestad sancionadora (LOPEZ GANDIA Y BLASCO LAHOZ [8]).

La falta de desarrollo reglamentario tanto del artículo 96 de la L.G.S.S. de 1974 como del artículo 126 del T.R.L.G.S.S. de 1994 hace que deban considerarse transitoriamente vigentes, con ese rango, las previsiones del artículo 94 de la L.S.S. de 1966, en aplicación de la Disposición Transitoria 2ª del Decreto 1645/1972 [9]. La intrepretación de la Jurisprudencia ha supuesto una recreación e innovación del artículo 95 apartado 4º de la LSS de 1966 (LOPEZ GANDIA Y BLASCO LAHOZ)[10]; en la práctica los Tribunales no se han limitado a atenuar o a moderar la responsabilidad, sino que se ha introducido la "exoneración" bajo la aplicación de principios de elaboración jurisprudencial. Este es nuestro próximo objeto de estudio.

III. LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE JUNIO DE 1992 [11]

3.1 Supuesto de hecho objeto del litigio

La Sala estimó el Recurso de Casación para la unificación de doctrina que interpuso la entidad "A. de M., S.A." contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que casó y anuló, confirmando la dictada en la instan-

8 López Gandía, Juan y Blasco Lahoz, José Fco., en "Curso de Seguridad Social (Régimen General y prestaciones no contributivas)"; páginas 258 y 259; Ed. Tirant Lo Blanch; 4ª Edición; Valencia; 1997.
9 Vid. nota nº 5;-Desdentado Bonete, Aurelio: "Derecho ...."; página 301.
10 Vid. nota 8; Blasco Lahoz y López Gandía; "Curso ...."; página 264.
11 (RJ 1992/4502).

© Del documento,los autores. Digitalización realizada por ULPGC. Biblioteca Universitaria,2011.

cia. Planteó demanda por "prestaciones de viudedad y orfandad" la esposa de un trabajador fallecido en accidente de trabajo.

En la instancia se condenó a la "Mutua A." al pago de las prestaciones solicitadas, como subrogada en las obligaciones de la empresa, sin perjuicio de las obligaciones que pudiesen alcanzar al INSS y a la TGSS.

La Mutua recurrió en suplicación y la Sala de lo Social de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León estima el Recurso y absuelve a la Mutua y mantiene los restantes pronunciamientos de instancia, incluida la condena a "A. de M., S.A.", al abono de la prestación reclamada como responsable principal. El fundamento de tal pronunciamiento derivaba de que al producirse el accidente en 1988 la empleadora se hallaba en descubierto por los períodos que comprenden desde febrero a octubre de 1986 y febrero 1987 a marzo 1988; serían datos que, a juicio de la Sala, revelarían por sí solos una clara voluntad empresarial rebelde al cumplimiento de sus obligaciones para con la Seguridad Social. Se declaró probado que para el cobro de las cotizaciones por los períodos de febrero a octubre 1986 y de febrero a agosto 1987 estaba en trámite la correspondiente vía ejecutiva; y que por el período septiembre 1987 a marzo 1988 estaba requerida la empresa en vía administrativa.

3.2 Análisis jurídico de la solución adoptada

La Sala adoptó una solución favorable a la tesis defendida por la recurrente de modo que, en supuestos de descubiertos repetidos y constantes por parte de una empresa, ha de exonerarse de responsabilidad a las Mutuas de Accidentes, 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 entidad deudora de las cotizaciones.

Destacamos que se incluye como ocasional y esporádico un impago de cuotas de cotización durante veintitrés (23) meses anteriores a la fecha del hecho causante, sin perjuicio de que se hubiesen iniciado por la Administración los trámites de reclamación para su ingreso. Por consiguiente, y siempre a juicio de la Sala, tales descubiertos son de carácter ocasional y no tienen la suficiente entidad para derivar la responsabilidad hacia la empresa. La viabilidad de esa imputación gravitaría sobre la pre-existencia de un supuesto que ampare el desplazamiento de la responsabilidad hacia el empresario.

3.3 Otras sentencias en igual sentido

Atendiendo a sus argumentos, esta sentencia de junio de 1992, y las que se indicarán a continuación, constituirían un primer bloque jurisprudencial de sentencias dictadas en Casación **-entre otras, de fechas 12 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6103); de 10 de diciembre de 1986 (R.J. 1986, 7320); de 20 de marzo de 1987 (RJ 1987, 1647); de 23 de mayo de 1988 (RJ 1988, 4280); de 21 de octubre de**

© Del documento,los autores. Digitalización realizada por ULPGC. Biblioteca Universitaria,2011.

1988 (RJ 1988, 8129); de 1 de junio de 1992 (RJ 1992, 4502); de 27 de febrero de 1996 (RJ 1996/1511); de 25 de enero de 1999 (RJ 1999/3748) y de 17 de marzo de 1999 (RJ 1999/3005)-.

La sentencia de 25 de enero de 1999[12] acude una vez más al criterio de que no será viable exigir responsabilidad prestacional a una entidad mercantil que tenga la condición de empleadora y que haya incumplido su obligación de cotizar, salvo cuando su incumplimiento en materia de cotizaciones sea constitutivo de un impago reiterado de las mismas y tenga trascendencia en la relación jurídica de protección. Se valora que el impago de ocho (8) meses de cotizaciones carecería de la nota de "resistencia empresarial al cumplimiento de obligaciones de Seguridad Social" y debería considerarse esporádico y ocasional.

La más reciente de las sentencias dictadas en esta línea de interpretación es la de 17 de marzo de 1999[13], que no añade -a nuestro juicio- en su argumentación datos innovadores. En esencia se llega a esta solución exoneratoria de responsabilidad para la Empresa considerando que nos encontramos ante un supuesto que no implica un incumplimiento de suficiente trascendencia en la relación jurídica de protección como para impedir al beneficiario la cobertura del período de carencia. Se recupera en la resolución judicial comentada el planteamiento de que previsiblemente los descubiertos hubiesen estado motivados por falta de liquidez de la entidad mercantil, puesto que en los meses posteriores no se aprecian nuevos incumplimientos. Si bien a juicio de la Sala y una vez más se advierte que un año de descubierto no es de escasa entidad -vid. Fundamento Jurídico Tercero-, se llega a la solución de exo-

12 (RJ 1999/3748). En este procedimiento es actora la Mutua "M.". El supuesto de hecho consiste en un descubierto de ocho meses de duración –desde diciembre de 1992 hasta julio de 1993- naciendo el hecho causante el día 7 de julio de 1993, durante la existencia del descubierto, derivando de accidente de trabajo. La sentencia de instancia había condenado a la Mutua como responsable del pago de prestaciones de Incapacidad Permanente Parcial derivadas de accidente laboral; la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Sevilla estimó el Recurso de Suplicación que planteó la Mutua y condenó a la Empresa al pago, con obligación de anticipo de las prestaciones para la Mutua, que se subrogaría en los derechos del beneficiario y con responsabilidad subsidiaria del INSS y de la TGSS para responder de la hipotética insolvencia empresarial. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo estima el Recurso interpuesto por el INSS y absuelve a la empresa demandada, con condena al pago de las prestaciones exclusivamente a la Mutua, sin perjuicio de que se recabase de la Empresa el pago de las cotizaciones y su recargo, así como la sanción que correspondiese.

13 (RJ 1999/3005). La sentencia citada analiza un supuesto donde la entidad mercantil recurrente "M., S.L." había incurrido en un descubierto de once meses de duración –desde diciembre 1993 hasta noviembre de 1994-. El beneficiario de las prestaciones objeto de la reclamación fue declarado Incapaz Permanente Total derivada de accidente de trabajo sufrido en enero de 1995, imputándose íntegramente a la Empresa la responsabilidad del pago de la pensión, consistente en un 55% de la base reguladora. La Empresa planteó reclamación administrativa previa que resultó desestimada y posteriormente accionó resultando desestimadas sus pretensiones tanto ante un Juzgado de lo Social de Barcelona, como ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. En sede casacional se emplea como sentencia contradictoria la dictada por el Tribunal Supremo con fecha 1 de junio de 1992. El Recurso de la Empresa fue estimado, declarando a la Mutua responsable de las prestaciones –recordar que el hecho causante derivaba de accidente de trabajo- y sin perjuicio de reclamar a la Empresa las cuotas y recargos, además de que pudiese ser sancionada por su incumplimiento en materia de cotizaciones.

© Del documento,los autores. Digitalización realizada por ULPGC. Biblioteca Universitaria,2011.

nerar de responsabilidad prestacional a la Empresa, sin perjuicio de otras responsabilidades en que pudiese haber incurrido.

IV. LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE MAYO DE 1997 [14]

4.1 Supuesto de hecho objeto del litigio

Se dictó en Sala General y el Fallo desestimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia de 2 de julio de 1996 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en autos promovidos por "T.I., S.A.", sobre reclamación de responsabilidad empresarial en el abono de prestación económica por "maternidad".

La Empresa no se encontraba al corriente del pago de las cotizaciones al causarse derecho a la prestación, figurando al descubierto desde junio de 1993 a junio de 1994, aunque con abono de las cotizaciones correspondientes al período de julio de 1994 a abril de 1995. La sentencia recurrida confirmó la de instancia que había excluido la responsabilidad empresarial por entender que se trataba de un simple retraso en el cumplimiento de la obligación de cotizar y que el incumplimiento no tenía transcendencia en el derecho de la trabajadora, pues ésta tenía cubierto el período de cotización necesario.

4.2 Análisis jurídico de la solución adoptada

La sentencia de la Sala IV de fecha 8 de mayo de 1997 constituye la primera de las manifestaciones de la doctrina jurisprudencial que propone una revisión de las posiciones en esta materia desde la relectura de estos supuestos vía artículo 126 del T.R.L.G.S.S. En el escrito de interposición del Recurso, la entidad recurrente relacionaba los contenidos de la L.S.S. de 1966 y del T.R.L.G.S.S. de 1994 para explicitar su tesis favorable a la infracción del artículo 126 apartado 2º, en relación con los preceptos reglamentarios transitoriamente aplicables.

La Sala iniciaba su argumentación admitiendo que en el supuesto que se decidía no se abordaba un descubierto de corta duración, porque el período sin cotización -trece (13) meses-, pero valora un hecho positivo y a su criterio determinante: la empresa recurrente había continuado cotizando durante un período también significativo desde junio de 1994 a abril de 1995; para la Sala es un dato determinante, porque equivale a la imposibilidad de la configuración del caso como un supuesto de resistencia al cumplimiento.

En segundo lugar, se valora por la Sala que el incumplimiento, aún de cierta entidad y derivado de causas que amparan la involuntariedad de tal conducta, no ha tenido repercusión sobre el derecho de la beneficiaria, puesto que reúne el período de cotización necesario para causar derecho a la prestación de que se trataba -en el supuesto "maternidad"-.

14 (RJ 1997/3970)

© Del documento,los autores. Digitalización realizada por ULPGC. Biblioteca Universitaria,2011.

La Sala propició la hipotética aplicación del artículo 94.2, b) de la LSS de 1966 desde la perspectiva de que configuraba el supuesto de responsabilidad por falta de ingreso de las cotizaciones de una forma en que ese incumplimiento se desvinculaba de las repercusiones de la falta de cotización en los requisitos de acceso a la protección, de modo que la responsabilidad aparecería por la simple falta de cotización y no por los efectos de ésta en la relación de "protección prestacional"; se rechaza así la automaticidad entre no ingresar las cotizaciones y la aparición de la responsabilidad. Se valoraba que su posible alcance requeriría necesariamente una interpretación sistemática para salvar su legalidad y su conformidad con principios fundamentales del ordenamiento jurídico ordinario y constitucional, como precepto preconstitucional y de actual rango reglamentario.

En tercer lugar, debe destacarse la referencia a que se acude por la Sala para establecer una marcada frontera entre el Sistema de Seguridad Social y otras formas de aseguramiento en relaciones de protección frente a determinados riesgos, porque no existe equivalencia entre dejar de pagar las cuotas a un régimen de seguro privado que a un Sistema de aseguramiento público. Se pone el énfasis de los argumentos en que en el marco de la ordenación del "contrato de seguro" el incumplimiento de la obligación de abonar las primas extinguirá el vínculo contractual; mientras que, por el contrario, 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 realizará por vía ejecutiva con abono de los recargos procedentes. Constituye el punto de partida para que la Sala considere que si además se añade la posibilidad de responsabilizar al empresario de las prestaciones de Seguridad Social, podría vulnerarse el principio de "non bis idem"; porque la aparición de esa responsabilidad tiene que vincularse a un incumplimiento con trascendencia en la relación jurídica de protección. La falta de cotización imputable al empresario que permita hacerle responsable de las prestaciones debe ser de tal entidad que impida la cobertura del período de cotización exigido, o en otro caso se sancionaría dos veces la misma conducta.

Además se añade por la Sala la referencia al "principio de proporcionalidad", que podría verse igualmente vulnerado si el alcance de la responsabilidad no estuviese en función de la gravedad del incumplimiento, sino de la cuantía de la prestación causada y de las demás variables que determinan el importe del "capital coste". Este último principio ya aparecía entre las resoluciones del extinto Tribunal Central de Trabajo, al admitir que para que existiese responsabilidad empresarial sería imprescindible que el incumplimiento originase la pérdida de derecho de acceso a la prestación de que se tratase, pero que no sería aceptable si el incumplimiento fuese indiferente[15].

15 Sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 22 de noviembre de 1982; de 1 de febrero de 1984; y de 29 de noviembre de 1984. ALMANSA PASTOR tuvo ocasión de comentar respecto a estos antecedentes judiciales que la solución era técnicamente inaceptable, porque en la práctica sus postulados incitaban al empresario a limitarse a cotizar durante el tiempo estrictamente necesario para la cobertura del período de carencia, a sabiendas de que así habría trasladado su responsabilidad; a su juicio, se deterioraba de esta forma el principio de "solidaridad" (Almansa Pastor, José M., en "Derecho de la Seguridad Social"; página 358; Ed. Tecnos; 7ª Edición; Madrid; 1991).

© Del documento,los autores. Digitalización realizada por ULPGC. Biblioteca Universitaria,2011.

Así, si el trabajador cumple los requisitos legales precisos para acceder a las prestaciones o pensión de que se trate, sin que el pretendido descubierto le impida reunir el requisito de carencia o tiempo de cotización mínimo, entonces la responsabilidad es exclusiva de la entidad gestora o colaboradora, según corresponda (vid. Fundamento Jurídico Segundo in fine). La Sala llegó a la conclusión de que no se guardaba la proporcionalidad si no se atendía a la gravedad del incumplimiento.

Estamos ante una lectura del artículo 126 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 que trata de hacer aportaciones innovadoras, porque además no se aborda desde el apartado 2º exclusivamente, sino que se recuerda como su apartado 1º establece que cuando el derecho a la prestación se haya causado por haberse cumplido los requisitos legalmente previstos -alta y, en su caso, carencia- la responsabilidad corresponde a la entidad gestora o entidad colaboradora o al empresario que asuma directamente el riesgo -aplicando normas sobre colaboración voluntaria-. Desde esa previsión legal, la regla del apartado 2º de este artículo no sería susceptible de una interpretación como "norma autónoma de carácter sancionador", porque constituye una disposición que establece una responsabilidad conectada causalmente con el perjuicio que el incumplimiento ha producido en el derecho del trabajador.

Así, el empresario adquiriría la obligación de reparar ese perjuicio y responder ingresando las cuotas y su recargo correspondiente, sin perjuicio de la obligación de anticipo de las prestaciones por parte de la entidad gestora en aplicación del "principio de automaticidad". Para la Sala, a salvo de este supuesto, a partir del artículo 126 del T.R.L.G.S.S. el incumplimiento empresarial en materia de cotización habrá de ser objeto de sanción con independencia de la recaudación en vía ejecutiva de las cotizaciones adeudadas, pero sin que llegue a originar un supuesto de responsabilidad prestacional. Hasta ahora la solución jurisprudencial era aplicar preceptos preconstitucionales salvando al mismo tiempo su validez formal (MORENO PUEYO) [16]. Como vemos, resulta una visión realmente novedosa de esta situación.

En la resolución judicial comentada se valora el concreto descubierto empresarial como un mero retraso en el cumplimiento de la obligación de cotizar que carecería sin trascendencia en el derecho de la beneficiaria, puesto que ésta contaba con la cobertura del período de cotización preciso. Se citaba la sentencia de 1 de junio de 1992 como recordatorio de que el desplazamiento de la responsabilidad prestacional a la empresa requiere que los descubiertos no sean ocasionales o esporádicos y de corta duración. A juicio de la Sala el descubierto es de entidad, pero valora que con posterioridad el empleador cumplió con sus obligaciones en materia de cotización con regularidad, lo que permitiría suponer que el incumplimiento en aquel período no sería incardinable como un acto voluntario, sino que se justificaría por la falta de liquidez.

16 "Moreno Pueyo, Manuel; en "La responsabilidad empresarial en materia de Prestaciones de Seguridad Social"; Actualidad Laboral nº 27/1998; Páginas 527 a 542; Madrid; 1998.

© Del documento,los autores. Digitalización realizada por ULPGC. Biblioteca Universitaria,2011.

Consideramos que adquiere especial interés en la argumentación contenida en la sentencia el dato de la "naturaleza sancionadora" que se atribuye a las normas reguladoras de la responsabilidad empresarial; si el incumplimiento de las obligaciones de cotización no afecta a los requisitos de acceso a las prestaciones, entonces procede exigir el ingreso de las cuotas con los recargos que reglamentariamente correspondan y sancionar cuando proceda al empresario incumplidor, atendiendo al principio de reserva de Ley y en aplicación de los principios de proporcionalidad y de "non bis in idem". Entonces se restringe la responsabilidad empresarial por incumplimiento de la obligación de cotizar a aquellos supuestos de incumplimientos con trascendencia en la relación jurídica de protección a riesgo; si el incumplimiento afecta al acceso del beneficiario a la protección del Sistema, procede dirigirse contra el empleador como responsable.

Parece cuando menos dudosa la aplicación que se realiza del principio de "non bis in idem" (MORENO PUEYO)[17]. La doctrina constitucional ha aceptado tradicionalmente la dualidad de sanciones, pero siempre que las normas sancionadoras contemplen los mismos hechos desde la perspectiva de un diferente interés jurídico protegido (sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de diciembre de 1991). Las normas que concurrirían serían el artículo 126 del TRLGSS y el artículo 14 apartado 1º.5 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, de Sanciones e infracciones en el Orden Social, que tipifica como infracción grave "la falta de ingreso en forma y plazo de los conceptos que recauda el Sistema o el ingreso de cuantía inferior a la debida, salvo que concurra situación extraordinaria en la empresa sin haber efectuado solicitud de aplazamiento de pago". La falta de identidad es manifiesta, pero aunque existiese identidad en los hechos, existe una nueva dificultad de índole formal, puesto que no hay dualidad Jurisdiccional por ser ambas responsabilidades -sancionadora y prestacional- de naturaleza administrativa.

Entonces, la solución derivaría a la exigencia de sólo una de ambas siempre que ya se hubiese impuesto una. No se vislumbra un criterio preferencial claro entre ambas, aunque la sentencia citada recurre a un curioso giro gramatical que en la práctica tiene difícil encaje normativo -se habla de la responsabilidad prestacional como "sanción indirecta" frente a la responsabilidad sancionadora pura como "sanción directa"-. Sin embargo, consideramos que el incumplimiento siempre incide en la relación de protección, con independencia de la afectación a la carencia exigible, por lo que la responsabilidad dimana de la protección de un bien jurídico determinado: la efectividad del derecho del beneficiario a la prestación. Nos parece un argumento endeble para obviar la aplicación del principio de "responsabilidad empresarial prestacional" en la actual regulación legal y reglamentaria. La aplicación directa de ese principio nos llevaría a la interpretación inversa a alcanzada de sentencia. En igual sentido, puede citarse en la doctrina científica a ALMANSA PASTOR que ya propuso distinguir la doble faceta del incumplimiento de las obligaciones de alta, afiliación y cotización, en cuanto a que darán lugar a una "responsabilidad administra-

17 Vid. nota 16.

© Del documento,los autores. Digitalización realizada por ULPGC. Biblioteca Universitaria,2011.

tiva" -frente al Sistema de Seguridad Social- y una "responsabilidad legal" -frente al beneficiario-[18].

Para concluir, creemos necesario revisar la incidencia de los supuestos en que el incumplimiento empresarial motivase la imposibilidad de acceso al beneficiario por no cumplir los requisitos mínimos habilitantes. A nuestro juicio es inviable porque impondría un nuevo requisito para el acceso a la prestación -además de los de afiliación, situación de alta o asimilada al alta y de cotización-, y que consistiría en que el empresario para el que el beneficiario prestaba servicios se encontrase al corriente en sus obligaciones de cotización -e incluso en ocasiones bastaría con que se encontrase "casi" al corriente, si se admiten descubiertos ocasionales o esporádicos, y además se analiza la situación posterior en materia de cumplimiento de las obligaciones de cotización-. Se trataría de un requisito implícito que condicionará el derecho a las prestaciones, ya que al declararse responsable directo al empresario se está exonerando de responsabilidad a la entidad gestora o colaboradora responsable de las prestaciones, sin perjuicio de las medidas correctoras que el propio Sistema ha previsto en aras a evitar situaciones de insolvencia que imposibiliten la efectividad del derecho a las prestaciones -anticipo de las prestaciones, procediendo a subrogarse en la posición del acreedor y repitiendo lo anticipado contra el responsable directo-.

4.3 Otras sentencias en igual sentido

Los criterios de la resolución comentada han sido reiterados por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencias dictadas durante el año 1998 y los meses transcurridos del año 1999, imputando descubiertos de diversa entidad y forma de producción. Los descubiertos oscilan entre un mínimo de dos (2) meses de descubierto y un máximo de dieciséis (16) meses, si bien en todas ellas figura, como destacaremos una desafortunada, por ambigüa, referencia -"(...) entre otros (...)"- que nos impide precisar este extremo con absoluta seguridad. Es interesante destacar que de las once sentencias que citaremos, una fue generada por una entidad mercantil, otra por un Ayuntamiento -el de Campanario en Badajoz y las nueve restantes son de la Universidad "Complutense" de Madrid-. La relativa a la entidad mercantil significaba analizar un descubierto de siete (7) meses consecutivos de duración con solicitud de aplazamiento en el pago de cuotas; la correspondiente al Ayuntamiento era de ocho (8) cursos escolares completos; y las de la Universidad variaban entre descubiertos de dos (2) meses y dieciséis (16) meses, frecuentemente acompañados de diferencias de cotización. Destacamos las siguientes sentencias:

18 (Vid. Nota 15 -Almansa Pastor, José M.; en "Derecho de la ..."; páginas 355 y 356). ALMANSA PASTOR indicaba que constituyen un deber empresarial frente al Sistema que como tales darían lugar a una infracción administrativa en caso de su incumplimiento –no afiliar, no dar de alta y/o no cotizar-; es la "responsabilidad administrativa". Pero frente al beneficiario son obligaciones legales propias de la relación de Seguridad Social cuyo incumplimiento le perjudicará directamente si afecta a la relación de protección por el Sistema; originará una "responsabilidad legal" compatible con la administrativa.

© Del documento,los autores. Digitalización realizada por ULPGC. Biblioteca Universitaria,2011.

En la **sentencias de fechas 26 de enero de 1998**[19] **y 9 de febrero de 1998**-[20] se analizan sendos descubiertos de once (11) meses continuados; en la de fecha **6 de abril de 1998**[21] el descubierto de cotizaciones era de catorce (14) meses continuados; en la **sentencia de 20 de abril de 1998**[22] era de siete (7) meses consecutivos -era parte la entidad mercantil "R.A., S.A."; en la **sentencia de 24 de abril de 1998**[23] el descubierto era de once (11) meses consecutivos; en la sentencia de **sentencia de 28 de abril de 1998**[24] el descubierto era de quince (15) meses discontínuos en un período de referencia de cinco años; en la s**entencia de de 25 de mayo de 1998**[25] el descubierto era de dieciséis (16) meses discontínuos en un período de referencia aproximado de tres años y diferencias de cotización en tres (3) meses consecutivos; en la **sentencia de 10 de junio de 1998**[26] el descubierto era de ocho (8) meses consecutivos; en la **sentencia de 23 de septiembre de 1998**[27] los descubiertos eran de catorce (14) meses discontínuos y había diferencias en cuatro (4) meses; y en la **sentencia de 25 de enero de 1999**[28] había ocho cursos escolares completos en situación de descubierto.

En diez de las sentencias citadas se llega a la conclusión adoptada en la sentencia de 8 de mayo de 1997, absolviendo a la entidad mercantil y a la Universidad de toda responsabilidad prestacional. Sin embargo, en la relativa al Ayuntamiento de Campanario la solución es de mayor interés a los efectos de este estudio, ya que se imputa una responsabilidad prestacional proporcional a la duración de los descubiertos de cotización. Esa sentencia de 25 de enero de 1999 deriva de la demanda interpuesta por un beneficiario de prestaciones de "jubilación", siendo codemandados el Ayuntamiento de Campanario (Badajoz), el INSS y la TGSS, resultando estimada por el Juzgado de lo Social nº1 de Badajoz, condenando al INSS y a la TGSS al pago de la pensión correspondiente y absolviendo al Ayuntamiento. Recurrida en Suplicación por las meritadas entidades gestoras fue estimado el Recurso por la Sala de lo Social del TSJ de Extremadura, condenando ahora al Ayuntamiento y absolviendo a ambas entidades gestoras. El Ayuntamiento interpuso entonces Recurso de casación para la unificación de doctrina.

El supuesto de hecho consistía en que un trabajador de la corporación local había estado prestando servicios entre septiembre de 1965 y septiembre de 1973 como bedel en un colegio dependiente del mismo, en concierto con el entonces Ministerio de Educación Nacional, sin figurar de alta en el Sistema de Seguridad Social y no ingresándose las cotizaciones, de modo que al solicitar la jubilación no se le compu-

19 (R.J. 1998/2992).
20 (R.J. 1998/1649)
21 (R.J. 1998/3469).
22 (R.J. 1998/3481).
23 (R.J. 1998/3735).
24 (R.J. 1998/3872).
25 (R.J. 1998/4923).
26 (R.J. 1998/5196).
27 (R.J. 1998/7424).
28 (R.J. 1999/2476).

© Del documento,los autores. Digitalización realizada por ULPGC. Biblioteca Universitaria,2011.

tan estos períodos como "cotizados". Concurrían las siguientes circunstancias: a) el beneficiario acreditaba cotizaciones en diversas empresas o entidades (hasta cinco se citaban en la demanda) por un período de más de tres mil trescientos días; b) sumadas estas cotizaciones a las que en su momento debió ingresar el Ayuntamiento de Campanario por servicios prestados en el comienzo de la actividad laboral del actor se hubiera superado el período de carencia exigido para el reconocimiento de la pensión de jubilación; c) no constaba en el relato fáctico si el pago del salario en el período citado correspondió de manera efectiva, en el período no cotizado, a la dirección del colegio o al Ayuntamiento; d) la propia corporación municipal recurrente figuraba entre las entidades empleadoras que abonaron cotizaciones por cuenta del demandante en los años 1982 y 1983, período en el que éste prestó servicios en un colegio municipal distinto del anterior, dependiente del propio Ayuntamiento de Campanario.

Se denunciaba en el Recurso de la corporación local la infracción del artículo 126 del TRLGSS y de los artículos 94 y 95 de la LSS de 1966. La cuestión planteada en este recurso de casación versaba sobre el alcance de la responsabilidad empresarial de la pensión de "jubilación" de la Seguridad Social cuando el asegurado no ha podido completar el período de carencia por incumplimiento de las obligaciones de alta y de cotización de uno de los empresarios para los que prestó servicios. La Sala valoraba algunas de sus sentencias ya citadas en este estudio -las de 8 de mayo de 1997; de 29 de mayo de 1997; de 9 de febrero de 1998; y de 10 de marzo de 1998- de modo que el dato concreto de los meses en situación de descubierto podía considerarse importante en cuanto indicativo de una voluntad rebelde al cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social, pero consideró también claro que tal resistencia al cumplimiento no concurría en el caso de la sentencia recurrida, si se tomaba en consideración que, por una parte el carácter mediato de la relación de trabajo con la corporación municipal, a través de la prestación de servicios en un colegio libre adoptado vinculado a aquélla, y por otra parte que el propio hecho del cumplimiento de las obligaciones de afiliación y alta por parte del mismo Ayuntamiento respecto del mismo asegurado en un momento posterior de su vida laboral.

La Sala argumentó que la regulación de la responsabilidad directa del empresario de las prestaciones de Seguridad Social -por incumplimiento de sus obligaciones de afiliación, alta y cotización- está prevista en términos muy generales en el artículo 96 apartado 2º de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 -hoy artículo 126 apartado 2º de la vigente Ley General de la Seguridad Social de 1994-, sin su correlativo desarrollo reglamentaria, que había venido cubriéndose con el recurso a los principios del derecho de la "responsabilidad por daños"; en particular, se apela dentro de aquél al "principio de proporcionalidad", que en materia de responsabilidad empresarial directa del abono de las prestaciones de Seguridad Social comportará en algunos casos que el empresario sea exonerado de la misma, y en otros supuestos que la citada responsabilidad sea compartida con la entidad gestora, cuando la entidad o la duración del incumplimiento son apreciables, pero las circunstancias del mismo no son particularmente graves.

© Del documento,los autores. Digitalización realizada por ULPGC. Biblioteca Universitaria,2011.

La Sala consideraba que es esto lo que ocurría en el caso resuelto en la sentencia de la propia Sala de 20 de julio de 1995 y lo que ocurría en el presente caso. Este reparto de responsabilidades no tendría expresa cobertura legal, pero la Sala consideraba que esa falta de previsión se debe seguramente a la enorme laguna normativa existente en la materia, y que la hipótesis de tal reparto puede entenderse implícita en las menciones del vigente art. 126 del TRLGSS al alcance de la responsabilidad empresarial (párrafo 2º) y a la atenuación de la misma (párrafo 3º). A ello se añadía en la fundamentación jurídica que la doctrina de la sentencia citada de 23 de mayo de 1994 debe entenderse superada por la establecida en la también citada sentencia posterior de 20 de julio de 1995, que resolvió en el sentido de repartir la responsabilidad de las prestaciones. Se acudía además a la cita de otro de los principios del derecho de la "responsabilidad por daños", concretamente el de "ponderación de la voluntad del agente", valorando que es preciso desde la perspectiva de la potencial imputación de la responsabilidad imputada como sanción de conductas de incumplimiento de quien colabora en los procedimientos aseguratorios sin asumir la responsabilidad de la acción protectora. La aplicación de ambos principios al caso conduciría a la conclusión de que no es proporcionado ni adecuado, a la magnitud de la conducta enjuiciada, imputar la responsabilidad íntegra del pago de la pensión de jubilación del demandante a la corporación local; valoró la Sala además: que la carrera de seguro del actor transcurrió en más de cuatro quintas (4/5) partes en otras empresas; que la relación de trabajo con dicha corporación municipal tuvo en el período no cotizado fue mediata y podía plantear alguna duda sobre los deberes de afiliación y cotización: y que en la conducta de la corporación no se aprecian indicios de rebeldía o resistencia al cumplimiento. Condujo a la estimación parcial del recurso de casación en términos de que la parte alícuota imputable a la corporación local empleadora debía ser proporcional al tiempo de cotización que restaba al asegurado para completar el período de carencia de la prestación de jubilación solicitada.

Hasta aquí nuestro análisis de las soluciones más recientes en esta materia. Las sentencias de 1998 y 1999 que acaban de comentarse constituyen los ejemplos más inmediatos de la continuidad de los criterios que adoptó la Sala General en su sentencia de 8 de mayo de 1997, pero el más claro precedente de este conjunto de resoluciones de la Sala IV lo situamos en la sentencia de la Sala IV de fecha 31 de enero de 1997[29], donde vino en gran medida a fijar las bases que en lo sucesivo han servido como criterios decisivos para la imputación de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de Seguridad Social. Igual interés, aunque en sentido inverso porque la solución fue desestimatoria, merece como antecedente la senten-

29 (RJ 1997/648). La entidad mercantil recurrente en casación tenía un descubierto de cotizaciones de cincuenta y seis (56) meses que dio lugar a que se levantó por la Inspección de Trabajo un acta de liquidación de cuotas. La Sala valoró como eficaces esas cotizaciones, de modo que al ser computadas el beneficiario disponía de la carencia necesaria para el reconocimiento de las prestaciones de "jubilación"; con este dato, y en aplicación de los principios de "non bis in idem" y de "proporcionalidad", se absuelve a la Empresa de cualquier responsabilidad prestacional, condenando a la entidad gestora.

© Del documento,los autores. Digitalización realizada por ULPGC. Biblioteca Universitaria,2011.

cia de fecha 12 de febrero de 1997[30] en la que se valoraban hechos muy similares a los enjuiciados en las sentencias que hemos venido comentando en el presente epígrafe; la reiteración de soluciones en el sentido inverso al de esta resolución permite considerar como superados sus postulados.

Después de este análisis de las sentencias más recientes del Tribunal Supremo, ofrecemos dos cuestiones adicionales para concluir este estudio. En primer lugar, señalaremos que en la doctrina de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas se han recibido con desiguales soluciones finales estas tesis de la Jurisprudencia. Así, una sentencia de las Sala de lo Social de Madrid de fecha 27 de enero de 1999[31] ha omitido las anteriores fórmulas de solución, frente a otra de la Sala de lo Social de Cataluña de 1 de octubre de 1998[32] que con algún matiz que flexibiliza aún más los criterios jurisprudenciales exonera a una empresa de toda responsabilidad en el pago de prestaciones. En segundo lugar, respecto al tratamiento que se dispensará a los supuestos de "infracotización", la sentencia de 2 de febrero de 1999[33] de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo reunida en Sala General del Tribunal Supremo ha ratificado los criterios de la Jurisprudencia anterior de la Sala sobre esta materia; en esencia, las empresas que coticen por cantidad inferior a la debida responderán proporcionalmente por el parcial incumplimiento de su obligación, inclusive en los supuestos de ingreso de las cotizaciones complementarias realizadas después de producirse el hecho causante.

30 (RJ 1997/1262). La Universidad "Complutense" había sido absuelta en la instancia y en sede de Suplicación, resultando sin embargo estimado el Recurso de casación que interpuso el INSS al considerar que doce (12) meses de descubierto consecutivos y dos (2) meses en que se incurrió en diferencias de cotización sí tenían entidad suficiente para constatar una voluntad rebelde al cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social. Como en las sentencias de 1998 y 1999 que hemos comentado, se había incurrido en esta situación por la situación de iliquidez derivada del incumplimiento de obligaciones contraídas por la Administración Central y Autonómica para con la Universidad; la Sala considera irrelevante este extremo y valora que la referencia de la escasa trascendencia del período de descubierto que utilizó como criterio de exoneración la Sala de suplicación introduciría la inseguridad jurídica en estos supuestos de responsabilidad. Se estimó el recurso y se hizo responsable de las prestaciones de "maternidad" a la Universidad.

31 (AS 1999/93). La empresa recurrente en suplicación tenía un descubierto de diecisiete (17) meses sin aplazamiento extraordinario de cuotas, resultando declarada responsable del pago de prestaciones de "Maternidad" a una trabajadora a su servicio. Esta Sala declaró la responsabilidad de la Empresa y desestimó el Recurso, porque la misma no estaba al corriente y porque las cotizaciones que ingresó fuera de plazo no le exoneraban de tal responsablidad.

32 (AS 1998/4192). La Mutua recurrente en suplicación sostenía la responsabilidad directa y exclusiva de la Empresa en el pago de las prestaciones de "viudedad y orfandad" ante un descubierto en la fecha del hecho causante de diez (10) meses consecutivos, que se convierten en veinticinco (25) meses continuados al persistir esa situación tras el accidente que dio lugar a las prestaciones de referencia. La Sala valora que a estos efectos sólo pueden considerarse relevantes los anteriores al hecho causante y no los posteriores; y a la vista de la sentencia de Sala General del Tribunal Supremo –Sala de lo Social- de 8 de mayo de 1997 exonera de toda responsabilidad en el pago de las prestaciones, porque el período de descubierto relevante sería insuficiente para determinar un ánimo deliberado de incumplir las obligaciones de Seguridad Social.

33 (RJ 1999/1146). La sentencia de Sala General desestimó el recurso de casación de la empresa que incurrió en la infracotización sobrevenida tras la situación de "incapacidad temporal". El ingreso de las cotizaciones complementarias tras el hecho causante no permiten exonerar a la entidad empleadora de su responsabilidad proporcional al período y cuantía de infracotizados.

© Del documento,los autores. Digitalización realizada por ULPGC. Biblioteca Universitaria,2011.

V. A MODO DE BREVES CONCLUSIONES

Parece patente a la vista de estas consideraciones que la recuperación de una cuestión tan compleja y tan polémica como la de la responsabilidad por incumplimiento del deber de cotizar ha dado lugar a un intento de revisión desde la norma reguladora más moderna en esta materia; se convierte jurisprudencialmente al artículo 126 del TRLGSS en el cauce de solución para las reclamaciones en materia de imputación de responsabilidad prestacional a las empresas y se declara expresamente su validez como referente sin necesidad de acudir a las normas que continuaban aplicándose transitoriamente ante la falta de desarrollo reglamentario del TRLGSS y la falta de desarrollo reglamentario de la Ley de Seguridad Social de 1974.

Para su mejor y última comprensión, los elementos a valorar para determinar si procede la imputación o no de la responsabilidad a una empresa que haya incurrido en descubiertos de cotización serían esquemáticamente los siguientes; a saber:

1-. **Acreditación del de los requisitos de acceso a las prestaciones por parte del beneficiario.** Si el beneficiario que solicita las prestaciones o pensión de que se trate se encontraba en el momento del hecho causante afiliado y en situación de alta en el Sistema y contaba con el período de cotizaciones -carencia- exigidos para acceder a la prestación de que se trate, nacerá el derecho a las mismas. Siempre sin perjuicio de que, de no concurrir el requisito de carencia, operen otras fórmulas de garantía para el beneficiario como el anticipo de las obligaciones a cargo del Sistema, sin perjuicio del derecho de repetición de éste contra el empleador incumplidor de sus obligaciones. Si concurren estos requisitos, con todo el énfasis ya expresado respecto del requisito de "carencia", entonces nacerá la obligación para el Sistema de dar lugar a las prestaciones que correspondan sin posibilidad de declarar la responsabilidad prestacional empresarial.

2-. **Duplicidad de sanciones o principio de "non bis in idem"**. La exigencia de responsabilidad al empresario por incumplir sus obligaciones de Seguridad Social será en todo caso liquidatoria y sancionadora, pero no la prestacional. El empresario que incurra en descubiertos de cotización debe ingresar las cuotas, los recargos procedentes y la sanción administrativa que corresponda a la gravedad de su incumplimiento. Se ha desplazado hacia este principio la relevancia que antes correspondía a la "ocasionalidad" del incumplimiento de las obligaciones en materia de cotización.

3-. **Proporcionalidad de la responsabilidad empresarial.** Se imputará la responsabilidad correspondiente en función de la gravedad de la conducta en que incurra el empresario, pero no en función de la cuantía de la prestación causada ni otros criterios similares.

4-. **Ocasionalidad y entidad de los descubiertos.** El dato de la frecuencia y entidad de los descubiertos es un elemento que ha pasado a un segundo

© Del documento,los autores. Digitalización realizada por ULPGC. Biblioteca Universitaria,2011.

plano en los más recientes postulados de la Jurisprudencia, porque en supuestos que la Sala expresamente ha declarado que los descubiertos son de verdadera entidad, se ha exonerado de responsabilidad prestacional al empresario incumplidor haciendo responsable a la entidad gestora.

5-. **Ponderación de la conducta del sujeto obligado a cotizar y situación financiera de la Empresa al producirse los descubiertos.** Su importancia actual reside en que permitirá diferenciar supuestos en que el descubierto derive de dificultades de financiación respecto de los supuestos de mera dejación de las obligaciones para con el Sistema de Seguridad Social. Es un elemento que podría adquirir mayor relieve en lo sucesivo, atendiendo a que en la práctica la mayor parte de las resoluciones analizadas han resuelto supuestos de imputación de responsabilidad prestacional en que se vio incursa una concreta entidad pública que había tenido dificultades de liquidez para hacer frente a sus obligaciones de Seguridad Social por incumplimientos presupuestarios a cargo de otras entidades públicas. Es un dato que se concretará o que hará variar estas posiciones jurisprudenciales durante los próximos años.

Resumidamente, éstas son las premisas desde las que debe abordarse en la actualidad esta materia, partiendo de las más recientes resoluciones jurisprudenciales. En todo caso, y tal y como ya hemos reiterado en este trabajo, es imprescindible afrontar en los próximos años el tan esperado desarrollo reglamentario del artículo 126 apartados 2º y 3º del T.R.L.G.S.S. y hacerlo desde la perspectiva de buena parte de los argumentos y principios de elaboración jurisprudencial analizados en este estudio. La Jurisprudencia ha cubierto deficiencias de regulación legal y reglamentaria, pero además ha logrado una vez más adaptar con sus soluciones una normativa desfasada a una realidad que había evolucionado a mayor velocidad que las normas que la regulaban dando respuesta a una necesidad en la que el legislador ha hecho dejación de su misma existencia y razón de ser.

BIBLIOGRAFIA

AURELIO DESDENTADO BONETE-; -. "Derecho de la Seguridad Social", de VV.AA. - Ed. Tirant Lo Blanch; páginas 300 a 307; Valencia; 1997.

-. "Curso de Seguridad Social", de VV.AA.; Ed. Tirant Lo Blanch; páginas 257 a 264; 4ª Edición; Valencia; 1997.

MANUEL ALARCON CARACUEL Y SANTIAGO GONZALEZ ORTEGA; -. "Compendio de Seguridad Social"; página 160 y ss.; Ed. Tecnos; 4ª Edición revisada; Madrid; 1991.

JOSE M. ALMANSA PASTOR; -. "Derecho de la Seguridad Social"; página 346 a 363; Ed. Tecnos; 7ª Edición; Madrid; 1991.

MANUEL ALONSO OLEA Y JOSE LUIS TORTUERO; -. "Instituciones de Seguridad Social"; páginas 430 a 435; Ed. Civitas; 14ª Edición; Madrid; 1995.

CAROLINA GALA DURAN; -. "La responsabilidad empresarial por incumplimiento de obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social", Ed. Aranzadi; Pamplona; 1997.

JOSE Mª ORDEIG FOS; -. "El Sistema español de Seguridad Social (y el de la Comunidad Europea)"; Editorial Edersa; Quinta edición; páginas 225 a 259; Madrid; 1993.

© Del documento,los autores. Digitalización realizada por ULPGC. Biblioteca Universitaria,2011.

Mª JOSE HERNANDEZ PEREZ; -. "La responsabilidad en orden a las prestaciones de Seguridad Social"; páginas 97 a 137; Edit. Secretaría de Publicaciones de la Universidad de Murcia; 1994.

MANUEL MORENO PUEYO; -. "La responsabilidad empresarial en materia de Prestaciones de Seguridad Social"; Actualidad Laboral nº 27/1998; Páginas 527 a 542; Madrid; 1998.

LUIS PEREZ CAPITAN; -. "Una aproximación al estudio de la Responsabilidad derivada en materia de cotización a la Seguridad Social"; Aranzadi Social nº 18/Enero 1999; Páginas 41 a 98; Editorial Aranzadi; Pamplona; 1999.

© Del documento,los autores. Digitalización realizada por ULPGC. Biblioteca Universitaria,2011.