

ENRIQUE LLÁCER MORENO

Abogado.

Licenciado en Ciencias Empresariales.

ACCÉSIT PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 1996

Sumario:

- I. Introducción. Planteamiento general del problema.
- II. La incoherencia del sistema actual de imputación de responsabilidades.
- III. Falta absoluta de alta y cotización.
- IV. Infracotización.
- V. Descubiertos de cotización.

- VI. La moderación de la «culpa» empresarial.

- VII. Régimen de atribución de responsabilidades en el caso de subcontrata de obras o servicios.
 - 1. Defectos de cotización de trabajadores dados de alta.
 - 2. Trabajadores no dados de alta.

- VIII. Régimen de atribución de responsabilidades en el caso de cesión de trabajadores.
 - 1. Legalidad en la cesión.
 - 2. Cesión ilegal.

- IX. Régimen de atribución de responsabilidades en el caso de la sucesión de empresas.

- X. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL PROBLEMA

En materia de prestaciones de seguridad social, y como regla general aplicable en los casos en que el sujeto responsable de la cotización cumple correcta y temporáneamente las obligaciones que le incumben en esta materia, la responsabilidad en orden a las prestaciones se imputa a la entidad gestora o colaboradora que haya asumido la cobertura de la prestación de que se trate, tal como dispone el artículo 126.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (a partir de ahora TRLGSS): «(...) 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».

Este régimen común o general de imputación de responsabilidades quiebra en los casos de omisión o incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, alta o cotización por parte del sujeto responsable de las mismas; ciñéndonos a aquellos regímenes de seguridad social en que el sujeto responsable de dichas obligaciones es el empresario (es decir, el caso del régimen general, y, por asimilación, el de aquellos regímenes especiales donde al empleador incumben aquellas obligaciones respecto de sus trabajadores, como es el caso de los trabajadores por cuenta ajena del régimen especial agrario -ex. arts. 25 a 43 del Decreto 3772/1972; de 23 de diciembre (1)- del régimen especial de trabajadores del mar -ex. art. 22.2 del Decreto 2864/1974, de 30 de agosto-, de los trabajadores del régimen especial de empleados de hogar, salvo aquellos que presten sus servicios con carácter parcial o discontinuo para varios cabezas de familia, -según Res. de 23 de septiembre de 1983 de la Dirección de Régimen Económico y Jurídico de la Seguridad Social-, o de los trabajadores del régimen especial de la minería del carbón -ex. art. 5 del Decreto 298/1973 y art. 11.2 de la

(1) Véase en la actualidad el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social (BOE de 25 de enero y 25 de febrero de 1996).

O.M. de 3 de abril de 1973-), señala el artículo 126.2 del TRLGSS que el incumplimiento de las repetidas obligaciones determinará la exigencia de responsabilidad, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance, y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva. Es decir, en este caso, cabe la posibilidad de imputar la responsabilidad a personas distintas de las entidades gestoras o colaboradoras, remitiéndose el indicado precepto a un procedimiento que hasta la fecha no ha sido aún objeto de regulación, con la consiguiente merma para la seguridad jurídica, porque inevitablemente deben ser de momento los Tribunales los que, ante la inexistencia de dicho procedimiento específico, diluciden, caso por caso, si cabe la imputación de responsabilidad a personas distintas de las entidades gestoras o colaboradoras, y, en su caso, el alcance y contenido concreto de dicha responsabilidad.

A esta dificultad inicial, se añade la resultante de la ambigua redacción del apartado 3.º del mismo artículo 126 del TRLGSS; este precepto establece que las entidades gestoras o colaboradoras -sin perjuicio de la imputación de responsabilidad en los términos del art. 126.2.º del TRLGSS- deberán anticipar el pago de las correspondientes prestaciones «(...) en aquellos casos, incluidos en dicho apartado, en los que así se determine reglamentariamente (...)», en cuyo caso, y una vez efectuado el anticipo, la entidad gestora o colaboradora se subrogará en los derechos de los beneficiarios para repetir contra el empresario infractor, hasta allí donde alcance la responsabilidad de éste; tampoco este precepto ha sido objeto del susodicho desarrollo reglamentario, con lo que de nuevo la «patata caliente» de la determinación de los supuestos en que procederá el anticipo de las prestaciones pasa a los órganos jurisdiccionales. Este mismo precepto introduce el criterio de la posible moderación de la responsabilidad empresarial, en evitación de posibles consecuencias desproporcionadas derivadas de una eventual aplicación automática y literal de la imputación de responsabilidades a los sujetos infractores, «(...) en la medida en que se atenúe el alcance de la responsabilidad de los empresarios respecto a dicho pago». Como es evidente, tampoco «la medida» de esa atenuación en el alcance de la responsabilidad empresarial ha sido objeto de regulación o desarrollo normativo, con lo que de nuevo se hace necesario el recurso a los criterios jurisdiccionales en este punto.

En el ámbito concreto de la prestación contributiva de desempleo, el actual artículo 220 del TRLGSS establece de forma clara el principio de anticipo automático, y de forma bastante más confusa se refiere a la posible responsabilidad empresarial: «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».

El artículo 31 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, establece una genérica imputación de responsabilidad al empresario en el supuesto de falta de alta (que presupone también la falta absoluta de cotización), aunque, como dice el mismo precepto «(...) sin perjuicio del abono que de la misma efectúe la entidad gestora». En el artículo 32 de la misma norma se establece el procedimiento para hacer efectiva dicha responsabilidad en el supuesto de falta de alta, procedimiento que, como más adelante se explicará, tiene en la práctica escasa operatividad, siendo la vía jurisdic-

cional la más socorrida y utilizada al objeto de que el trabajador afectado pueda proteger sus derechos. En los supuestos de infracotización o falta absoluta de cotización mediando alta del trabajador, el artículo 31 del Real Decreto 625/1985, se remite a las normas aplicables al resto de prestaciones, que anteriormente se han esbozado.

Como ya se ha indicado, los preceptos del TRLGSS referentes a la responsabilidad en orden a las prestaciones, no han sido objeto aún del preceptivo desarrollo reglamentario, por lo que, de conformidad con la disposición transitoria segunda del Decreto 1645/1972, de 23 de junio, hay que entender vigentes los artículos 94, 95 y 96 del Decreto 907/1966, de 21 de abril, que aprueba el Texto Articulado I de la Ley 193/1963, de 21 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social. Aunque mayoritariamente se viene admitiendo la vigencia, con rango de norma reglamentaria, de la Ley del 66, algún pronunciamiento jurisdiccional no lo ha entendido así, vacilando a la hora de aplicar dicha norma; así, por ej., la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1988, cuando habla de «(...) la debatida cuestión de la aplicabilidad de las reglas de la Ley de 1966 (...)», aunque, como ya se ha dicho, esta postura resulta claramente minoritaria. (En este punto, no me resisto a apuntar que una interpretación estrictamente literal de los preceptos analizados permite, a mi modesto entender, cuestionar seriamente la vigencia, con carácter de norma reglamentaria, de los preceptos de la Ley del 66 -vigencia que, insisto, es admitida por la Jurisprudencia de forma casi unánime-, habida cuenta de que el artículo 126.2 del actual TRLGSS -en los mismos términos que el art. 126.2 del Texto Articulado del 74-, parece exigir, como condición previa o *sine qua non* para la exigencia de responsabilidad a entidades distintas de las gestoras, el previo desarrollo de los supuestos de imputación y del procedimiento para hacer efectiva aquella responsabilidad; en este sentido, entiendo que constituye una interpretación excesivamente forzada de la norma la que califica o atribuye a los antiguos preceptos de la Ley del 66 el carácter de desarrollo reglamentario del apartado 2.º del artículo 126 del TRLGSS, norma esta última muy posterior a aquella en el tiempo y que responde a una configuración del sistema público de prestaciones sociales muy distinta a la que informó en su momento la antigua Ley del 66. A mayor abundamiento, no hay que olvidar que aquellos preceptos tienen una vertiente claramente sancionatoria -cuya rígida aplicación genera, en no pocos casos, graves consecuencias para el empresario infractor-, por lo que deben ser siempre objeto de una interpretación restrictiva, máxime cuando la norma de cobertura -el TRLGSS- condiciona aquellos supuestos excepcionales de responsabilidad a un previo desarrollo reglamentario).

Como se puede apreciar, la ambigüedad y falta de desarrollo reglamentario del vigente TRLGSS, unido a la regulación cambiante y compleja de las prestaciones de seguridad social en general, y de desempleo en particular, origina un panorama actual de grave inseguridad jurídica, en la medida en que queda en manos de los órganos jurisdiccionales -que aplican criterios en ocasiones claramente contrarios o antitéticos- la determinación de los sujetos responsables de las prestaciones, así como, en su caso, la procedencia del anticipo de las mismas por parte de las entidades gestoras o colaboradoras, dada la enorme variedad de posibles incumplimientos por parte del empresario responsable en materia de alta, afiliación y cotización de sus trabajadores, tanto desde el punto de vista de la modalidad que adopte dicho incumplimiento, como desde la perspectiva de su diferente intensidad, complejidad que se traslada, como no podía ser de otro modo, al régimen de atribución de responsabilidades entre empresarios y entidades gestoras o colaboradoras.

Tampoco aclara el descrito panorama actual de inseguridad la aplicación de los artículos 94, 95 y 96 de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril del 1966; en primer lugar, porque dicha aplicación viene siendo progresivamente contestada en mayor medida, tanto por la Jurisprudencia como por la doctrina científica; pero, sobre todo, porque dicha norma es hoy claramente obsoleta, ya que responde a una realidad social muy distinta de la actual, amén de las también continuas -e incumplidas- remisiones reglamentarias contenidas en la misma.

En este trabajo trataré de sistematizar la situación actual de esta problemática en lo tocante a la prestación contributiva de desempleo.

II. LA INCOHERENCIA DEL SISTEMA ACTUAL DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDADES

La praxis judicial se ha visto inevitablemente llamada a suplir las escandalosas lagunas existentes en materia tan importante; y al hallarse en este contexto, dos son las opciones que caben:

- Configurar la relación jurídica de seguridad social (con su vertiente cotizatoria) como un negocio de base preeminentemente privada, en el que existe una proporción o sinalagma entre los derechos y las obligaciones que cada parte asume en esta relación, de modo que cualquier forma de omisión o defectuoso cumplimiento en materia de cotización desplegará sus efectos en orden a las prestaciones (trasladando al empresario la responsabilidad de las mismas, proporcionalmente a la intensidad de su incumplimiento), o bien,
- Admitir la existencia de dos relaciones jurídicas independientes: por una parte, la meramente recaudatoria o fiscal (entre empresario responsable y administración de la seguridad social), y por otra, la relación jurídica de seguridad social, de naturaleza pública, (entre trabajador y sistema de la seguridad social), sin que en este caso las incidencias habidas en el seno de la primera (por ej., incumplimientos empresariales) puedan repercutir en la segunda (dando lugar a la declaración de responsabilidad empresarial); o, dicho de otra manera, configurar el derecho del beneficiario a lucrar las prestaciones de seguridad social como un derecho subjetivo generado por la correlativa obligación de las entidades gestoras en el ejercicio de una función pública.

Entiendo que la opción no tiene color; necesariamente debemos decantarnos por la segunda posibilidad. Basta con una lectura del artículo 41 de nuestra vigente Constitución para constatar que nuestro primer texto normativo quiere hacer de las prestaciones de seguridad social una función pública del Estado, en la cual no pueden inmiscuirse ni incidir en modo alguno eventualidades tales como el incumplimiento empresarial -sea éste cual sea- en materia de afiliación, alta o cotización de trabajadores. Es decir, que la relación «trabajador-sistema de la seguridad social» claramente se configura como una relación jurídica independiente de cualesquiera incidencias o incumplimientos por

parte del empleador responsable de cotizar. En términos, si cabe más explícitos, se pronuncia la Directiva 80/987/CEE, de 20 de octubre de 1980, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, en cuyo artículo 7 se señala que «Los estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que el impago de las cotizaciones obligatorias adeudadas por el empresario a sus instituciones de seguros, antes de sobrevenir su insolvencia, en virtud de los regímenes legales nacionales de seguridad social, no tenga efectos perjudiciales en el derecho a prestaciones del trabajador asalariado (...)».

La consecuencia lógica no puede ser otra que la también correlativa autonomía de la relación jurídica recaudatoria (referida a las cotizaciones de seguridad social) entre el empresario responsable y el sistema de la seguridad social, quebrando cualquier posible afección entre cuotas y prestaciones, propia de una concepción privatista a mi entender claramente superada. A esta idea no es óbice el hecho de que para la determinación de la duración y cálculo de las concretas cuantías de las prestaciones se tengan en cuenta tanto los períodos cotizados, como las bases de cotización en un período de referencia determinado, en este sentido, cuando concurren omisiones contributivas, sencillamente deberá calcularse la prestación correspondiente tomando las bases que resultarían de un cumplimiento íntegro y correcto por parte del sujeto responsable, con independencia de que el grado de cumplimiento empresarial real sea inferior; de este modo se cohonesta perfectamente la independencia del derecho subjetivo del trabajador a la acción protectora de la seguridad social (a salvo de posibles incumplimientos empresariales), y la proporcionalidad entre prestaciones de seguridad social de naturaleza contributiva y cuotas (reales o debidas).

De ahí que si bien las cotizaciones aún hoy no se consideran claramente y sin ambages como un impuesto más (la jurisprudencia recurre al eufemismo «exacción parafiscal», como solución de compromiso para evitar las consecuencias de una declaración de ilegalidad de las normas reglamentarias que, como era costumbre hace varios años, contenían las reglas anuales en materia de cotización a la seguridad social, por incumplimiento de la reserva de ley que recae sobre los impuestos) lo que si es claro es que, como ocurre con los impuestos, quiebra cualquier relación entre cuotas liquidadas en tiempo y forma debidos, y las correspondientes prestaciones, quiebra que hay que entender referida al cumplimiento o incumplimiento de dichas obligaciones por el sujeto responsable en relación con el derecho a lucrar las correspondientes prestaciones por parte del trabajador, y no a la relación, -que indudablemente se mantiene vía reglas concretas de cálculo de las prestaciones contributivas- entre las cuotas (ingresadas o no) y las correlativas prestaciones.

O, dicho de otro modo, el sujeto responsable debería ser siempre y exclusivamente la entidad gestora o colaboradora correspondiente, sin perjuicio de que, si se detectan incumplimientos de cualquier naturaleza, dichas entidades podrán y deberán reclamar el adecuado cumplimiento de las repetidas obligaciones, por la vía de apremio si es necesario, sin perjuicio de las posibles sanciones administrativas que puedan proceder. Pues si ambas relaciones son independientes, ninguna repercusión sobre las prestaciones deben tener las omisiones de cualquier naturaleza en que pueda incurrir el empresario infractor.

Además, por esta vía se salvarían las graves dificultades que presenta la determinación del concreto alcance de la responsabilidad empresarial, -dada la variedad casi ilimitada de posibles incumplimientos- al eliminar de raíz la existencia misma de esa imputación empresarial, al tiempo que simplificaría, desde el punto de vista del beneficiario, el acceso a las prestaciones en estos supuestos turbios. Diversas Sentencias del Tribunal Constitucional (entre otras, las Ss. 65, 103, 127 y 189/87) predicen y reafirman la naturaleza pública de las prestaciones de seguridad social y el carácter cuasi-fiscal de las cuotas de seguridad social, aunque esos mismos pronunciamientos no llegan a extraer, abiertamente, la única conclusión que cabe alcanzar partiendo de tales premisas, cual es la inadmisibles interrelación o incidencia entre cualquier tipo de omisión empresarial en materia de cotizaciones y el ejercicio de la función pública prestacional en favor del trabajador. Especialmente significativa y clarificadora resulta la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 39, de 30-3-1992, según la cual, «(...) la relación entre cuota de cotización y contingencias protegidas es de naturaleza global, dominada por el principio de unidad, que no consiente en principio la fragmentación proporcional y particularizada de las contingencias que cubre, ni permite, por consiguiente, hablar de fracción de cuota correspondiente a la asistencia sanitaria o a cualquier otra prestación. Salvo en los supuestos específicamente previstos en los que la cotización se mantiene separada, como por ejemplo ocurre en las prestaciones de desempleo, accidente de trabajo y enfermedad profesional (...); aunque en el estado actual de la doctrina la naturaleza jurídica de la cuota de seguridad social es objeto de polémica, es innegable que el sistema de protección social se ha ido separando progresivamente del esquema contributivo y acercándose, de forma cada vez más próxima, al concepto de tributación, en el que la existencia de la cuota no autoriza a exigir un determinado nivel de prestaciones, ni su cuantía a repercutir en el nivel o contenido de las mismas, y, en tal sentido, es abundante la jurisprudencia constitucional que niega a la cuota de cotización la cualidad de "prima de seguro", de la que se derive necesariamente el derecho a la prestación o pueda dejar de pagarse en caso de inexistencia de ésta (...)».

En la anterior sentencia, especialmente en el inciso finalmente transcrito, se declara que el impago o inexistencia efectiva de cuotas por cotizaciones no permite dejar de pagar la prestación de que se trate; si bien dicha afirmación es una consecuencia necesaria del sistema de total independencia entre la relación recaudatoria (empleador-administración) y la prestacional (trabajador-sistema de la seguridad social), no es en sí misma suficiente para configurar un sistema de esta naturaleza, pues la declaración que en la sentencia transcrita efectúa el supremo intérprete constitucional -es decir, que no puede dejar de pagarse una prestación en base a la sola inexistencia de cotizaciones-, puede también ser objeto de una interpretación restrictiva, en el sentido de un anticipo automático a cargo de la gestora, sin exoneración empresarial de responsabilidad. Es por ello que se echa de menos un pronunciamiento más claro por parte del Tribunal Constitucional.

Desde algún sector de la doctrina se ha mantenido igual tesis, -es decir, improcedencia de la responsabilidad empresarial en cuanto al pago de prestaciones- con fundamento en el principio sancionador general del *non bis in ídem*, o imposibilidad de sancionar penal o administrativamente hechos que ya hayan sido objeto de sanción, cuando concorra identidad de sujeto, hecho y funda-

mento, principio que actualmente se proclama genéricamente en el artículo 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La posible incompatibilidad, recuérdese, se plantea entre la exacción de las cuotas debidas, con los recargos procedentes -acompañada de la sanción administrativa correspondiente a la infracción cometida-, y la simultánea exigencia de responsabilidad empresarial en orden al pago de las prestaciones causadas.

Ciertamente concurren aquellas tres identidades: un mismo sujeto infractor (el empleador), un mismo hecho (la omisión contributiva), y un mismo fundamento o finalidad sancionadora (la necesidad de subvenir al mantenimiento de la estructura financiera de la seguridad social). Asimismo parece, *prima facie*, que la exigencia de responsabilidad empresarial en cuanto a las prestaciones reviste, al menos desde un punto de vista material, carácter sancionador, dado que se exige simultáneamente con el pago de las cotizaciones impagadas o adeudadas; desde esta óptica, aplicando al principio que recoge el adagio *non bis in ídem*, habría que excluir cualquier imputación de responsabilidad prestacional a la empresa, que ya ha sido sancionada administrativamente por la infracción cometida. Cabe objetar a este planteamiento que la exigencia de responsabilidad prestacional al empleador no tiene, en estricta técnica jurídica, la naturaleza de sanción administrativa, dado que tal responsabilidad no se encuentra tipificada como sanción en sentido propio; es, simplemente, una de las consecuencias, de naturaleza meramente privada o patrimonial para el infractor, derivadas del incumplimiento empresarial. Por tanto, -siguiendo este razonamiento-, no viene en aplicación la analizada proscripción de la doble sanción por un mismo hecho. Como réplica a esta objeción se puede añadir, asimismo, que la inteligencia de la responsabilidad empresarial -desde el punto de vista del empresario- como una responsabilidad de orden patrimonial (y no como cumplimiento de una sanción), no se cohonestaría en modo alguno con la paralela exigencia de imponer también al infractor la liquidación de las cuotas adeudadas con sus correspondientes recargos (porque ello supone imponer al incumplidor, a la vez, dos cargas absolutamente incompatibles: el cumplimiento correcto de su obligación, y, a la vez, las consecuencias económicas derivadas del incumplimiento de la misma).

Pues bien, así planteada la polémica, vaya por delante que la Jurisprudencia se ha decantado mayoritariamente por la primera de las opciones, es decir, por la concepción privatista de la relación de seguridad social, asociando al incumplimiento empresarial la atribución de responsabilidades al sujeto infractor, sin perjuicio de admitir -según la naturaleza de la prestación y la intensidad de la omisión-, el anticipo por la gestora correspondiente. A lo más que han llegado nuestros Tribunales, y siempre de forma aislada, es a proclamar la obligación de anticipo de prestaciones en todos los casos (con independencia del tipo de prestación y de la modalidad de incumplimiento), pero manteniendo siempre la imputación empresarial de la responsabilidad, que permitirá a la entidad gestora subrogarse en los derechos de los trabajadores para reintegrarse de la prestación anticipada; un exponente claro de esta tendencia, según la cual procedería el anticipo por la gestora correspondiente en todo tipo de prestaciones -como digo, tendencia claramente minoritaria en la actualidad, y que en cualquier caso siempre mantiene el pronunciamiento de responsabilidad empresarial- es la Sentencia de 4 de febrero de 1993, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Tenerife:

«(...) esta parte de lo que se puede llamar una concepción progresista del vigente sistema de previsión social, tendente a una protección integral del beneficiario, que, en pugna con su régimen tradicional, predominantemente contributivo, encuentra apoyo legal -desde luego, de carácter general-, en el artículo 23.1 LGSS, precepto aplicable a todo el sistema, y en el artículo 96.1 de tal cuerpo, y encuentra también apoyo constitucional -también general- en el artículo 41 CE, e incluso en la legislación -de rango fundamental- preconstitucional, como cita la S. del TS de 2-10-75, al invocar la declaración X del Fuero del Trabajo. Tal posición parte, pues, de una concepción que no contempla el marco de previsión como un sistema sinalagmático puro obediente al sistema iusprivatista del contrato de seguro, sino como un sistema puro de seguridad social en el que, aunque el obligado no pague la prima -el empresario que no cotiza- la Entidad Gestora debe conceder la prestación (automaticidad) o anticiparla, lo cual no significa que se extinga la responsabilidad empresarial, sino que ésta simplemente se traslada, pues el empleador ya no es responsable directo ante el trabajador, sino ante la entidad gestora, que se subroga en los derechos y consiguientes acciones de aquél. Así, esta postura que antes se calificó como progresista, y tendente a la protección integral, ha sido ya abiertamente recogida por:

- a) Derecho positivo. En primer término, en relación con las prestaciones de asistencia sanitaria y desempleo, ambas responden al llamado principio de automaticidad de las prestaciones, y constituyen -desde el punto de vista normativo-, la primera quiebra del tradicional principio contributivo, pues así lo impuso la Ley 62/61, de 22 de julio, creadora del entonces llamado Seguro de Desempleo. La SS amplió tal cobertura a las prestaciones de ILT por accidente de trabajo o enfermedad profesional por medio del artículo 93.3, si bien el artículo 95.1.2.º limitaba su automaticidad -término en el que, con imprecisión técnica, la ley mezcla la automaticidad con el anticipo, conceptos diferentes aunque de igual operatividad- al caso de ausencia o defecto de cotización. Igualmente fue acogida esta posición por los artículos 96.1, 94.4 y 95.3 de la LGSS para las prestaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, a través de la aplicación del mecanismo del anticipo, así como para el subsidio de ILT derivado de contingencias comunes (art. 95.1.2.º LSS). Idéntica acogida legal han tenido los subsidios derivados de invalidez provisional y de la permanente, de lesiones permanentes no invalidantes y las pensiones y subsidios de supervivencia (apartados 4.º y 5.º del art. 95.1 LSS), si bien a través de un instrumento conceptualmente diferente, cual es la concesión anticipada de la prestación que requiere la llamada declaración previa de responsabilidad empresarial.

b) La doctrina legal. El TS, partiendo de la declaración de la vigencia, con rango reglamentario, de los artículos 94, 95, 96 y 97 (núms. 1 y 2) de la LSS -generalmente sobre la base de la falta de desarrollo reglamentario del art. 96.2 LGSS- declara, en numerosas sentencias, la aplicación del principio de automaticidad o la imposición del anticipo de prestaciones. Así, cabe citar las Ss. del Alto Tribunal de 4-6, y 23-12-1986, 20-1, 4, 9, 16 y 20-2-1987, 29-9-1988, entre tantas otras, y a cuyo tenor resulta incuestionable, porque así lo estableció la LSS de 1966 y lo fortalecieron los artículos 17.2 de la LFP y 90.3 LGSS, el carácter garantizador que en favor de los beneficiarios se atribuye al principio de automaticidad de las prestaciones, consistente en la asunción por la entidad gestora de su pago, no ya en los supuestos en que así le incumbe en virtud de la responsabilidad directa que legalmente le viene asignada (arts. 20, 26 y 96.3 LGSS), sino en los casos legalmente determinados de incumplimiento empresarial, lo que deja a salvo el derecho de la gestora a repetir contra la empresa incumplidora; y en esta línea hay que precisar que el artículo 96.3 de dicha Ley robustece tal principio. Tal línea jurisprudencial se sigue a lo largo de los siguientes años, hasta las más recientes Ss. en unificación de doctrina, datadas de 4-2, 8-7, 19-9 y 7-10-1991, y 30-3 y 28-9-1992. En todas ellas se aplican los mecanismos de automaticidad y anticipo, no sólo a aquellas prestaciones cuya automaticidad es indiscutible por el explícito tenor legal (asistencia sanitaria y desempleo, según se vio en el apartado anterior) sino a las demás prestaciones del sistema. La concepción progresista de protección social integral que aquí se comenta encuentra, además, apoyo en la jurisprudencia constitucional (Ss. del TC de 21-5 y 21-7-87, entre otras) y ha permitido que algunos TSJ hayan hecho una interpretación, en sentido humano e individualizador, para el atendimento de prestaciones, con apoyo en la directiva comunitaria 987, de 20-10-80, siendo ejemplos de ello las Ss. del V. de 13-6-91 o de esta Sala de 27-7-92. (...)».

Esta extensa exposición, inusual en una sentencia, parece obedecer a la necesidad que siente el órgano jurisdiccional de sustentar una interpretación -el automatismo puro y duro en el pago de todo tipo de prestaciones de seguridad social- que sabe claramente minoritaria frente al criterio dominante, que sólo impone el pago anticipado en el caso de determinados supuestos, abandonando en el resto de casos a su propia suerte al trabajador perjudicado, frente al empresario (en no pocas ocasiones insolvente o desaparecido).

Así pues, nuestros Tribunales han optado, a mi entender de forma equivocada, por la concepción privatista de la relación aseguratoria de seguridad social, en la medida en que se admite la incidencia (en mayor o menor medida) de las omisiones contributivas del empleador, sobre el derecho del trabajador a lucrar dichas prestaciones; es decir, se transpone al ámbito de la seguridad social el

mecanismo de la resolución contractual civil previsto en el artículo 1.124 del Código Civil, de modo que frente al incumplimiento de una de las partes (el empleador) la contraparte va a oponer la resolución de la obligación aseguratoria, con la consiguiente exoneración de su responsabilidad -sin perjuicio del eventual anticipo, que no excluye la declaración de responsabilidad empresarial-.

A mi entender, responde esta postura a una confusión conceptual entre las nociones de sistema contributivo y sistema de capitalización; la primera implica la proporcionalidad entre cuotas debidas (hayan sido o no ingresadas en tiempo y forma) y prestaciones devengadas, proporción que se articula en base a la fórmula de cálculo de la prestación de que se trate, que, evidentemente, va a tomar en consideración aquellas cuotas, sin que ello implique que la prestación haya sido generada precisamente por dichas cuotas; es decir, la fórmula de cálculo es sencillamente un módulo para determinar la cuantía de la prestación, permitiendo que sobre dicho sistema contributivo se proyecte, sin dificultad alguna, la noción de prestación de seguridad social como función de naturaleza estrictamente pública; en tanto que un sistema de capitalización implica que la prestación es causada directa y precisamente por las cuotas efectivamente ingresadas, de modo que en este caso concurre una reciprocidad o sinalagmaticidad entre cuotas y prestaciones, proyectando las incidencias en las primeras sus efectos sobre las segundas.

Sistema contributivo no equivale, pues, a sistema de capitalización; ni tampoco la vigencia del primero (admitida abiertamente por nuestro ordenamiento laboral, en detrimento expreso del segundo -salvo para las prestaciones respecto de las que explícitamente se predique su carácter asistencial o no contributivo-) lleva a excluir la consideración de la acción protectora de la seguridad social como función pública, sino que ambas nociones -sistema contributivo y función aseguratoria pública- son, bajo mi punto de vista, perfectamente compatibles, (y aun exigibles en el actual contexto normativo), produciendo como efectos típicos propios, respectivamente, la proporcionalidad entre cuotas debidas (hayan sido o no ingresadas) y prestaciones devengadas, por una parte, y la exoneración de responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones (sin perjuicio del deber de las gestoras de exigir el pago de dichas cuotas, si es preciso recurriendo a la vía de apremio), por otra.

Pero aún este esquema de base privatista se aplica de forma incoherente y claramente perjudicial para el empresario, respecto de lo que serían sus obligaciones estrictas en virtud del artículo 1.124 del Código Civil.

En efecto, este precepto permite, ante el incumplimiento de una de las partes, que la contraparte pueda escoger entre: o bien exigir el cumplimiento estricto de la obligación en los términos pactados, o bien la resolución de la obligación, con derecho, en cualquiera de ambos casos, al correspondiente resarcimiento de daños y abono de intereses. Pues bien, en el estado actual de cosas, al empresario infractor se le imponen ambas cargas: por una parte se declara su responsabilidad (lo que equivale a la resolución del negocio jurídico aseguratorio, y consiguiente exoneración de sus obligaciones por la gestora), y, por otra, se le impone el exacto cumplimiento de la obligación omitida o cumplida defectuosamente (en la medida en que la declaración de responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones no le exime de su deber de cumplir debidamente, ingresando la totalidad de

las cuotas debidas); y, por supuesto, se le hace cargar también con la correspondiente indemnización por daños y perjuicios, que en el caso de obligaciones de carácter dinerario, se concretan en los intereses devengados por las cantidades debidas (cuyo trasunto en el ámbito recaudatorio de cotizaciones son los recargos -de mora o apremio, según la fase en que se encuentre el procedimiento recaudatorio- que se exigen junto con las cuotas no ingresadas).

Semejante aplicación de la norma resulta, a mi juicio, inadmisibile, no sólo desde el punto de vista de la estricta aplicación de las normas sobre resolución de las obligaciones, sino también desde la perspectiva de principios generales básicos, como el de evitación del enriquecimiento injusto de las gestoras -producido a costa de los empleadores, en la medida en que (utilizando la terminología propia del contrato de seguro privado, puesto que es la concepción privatista la que actualmente han optado por aplicar nuestros tribunales de forma mayoritaria) se les exige el pago de una «prima», sin que en contraprestación la gestora asuma la cobertura del riesgo garantizado-, o el más elemental de seguridad jurídica -totalmente contrario a una determinación meramente judicial del alcance de la responsabilidad empresarial, tanto por la gama casi infinita de posibles defectos u omisiones empresariales, como por la ausencia de cualquier desarrollo reglamentario-, principios que parecen presidir cualquier intento de sistematizar o de extraer reglas o criterios generales en esta materia.

III. FALTA ABSOLUTA DE ALTA Y COTIZACIÓN

El artículo 95.1.2.^a de la LSS de 1966, a los efectos de la prestación de desempleo, enuncia lo que tanto la jurisprudencia como la doctrina científica han dado en llamar «principio de automaticidad» en el pago de la prestación por parte de la entidad gestora, imponiendo a la misma la obligación de anticipar al trabajador el importe de la prestación debida, y calculada como si las cotizaciones debidas se hubiesen ingresado en cantidad, tiempo y forma correcta por parte del sujeto responsable, si bien se condiciona este automatismo a la situación de alta del trabajador afectado; es decir, se enuncia una automaticidad atemperada o «relativa», en la medida en que se exige para su efectividad que el trabajador afectado esté en situación de alta en la seguridad social: «Las prestaciones de desempleo, (...) 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 (...)».

Dicho precepto, no obstante, debe entenderse corregido por el artículo 125.3 del TRLGSS, que, a los específicos efectos de la prestación por desempleo, considera como situación de alta de pleno derecho la de los trabajadores cuyo empleador haya incumplido las obligaciones que le incumben en materia de seguridad social; dichas obligaciones, habida cuenta de la generalidad e inconcreción tantas veces denunciada de estos preceptos, y desde una interpretación «pro-beneficiario» y tuitiva de los derechos de los trabajadores favorable a la acción protectora del sistema de la seguridad social, -principios de general aplicación y observancia en esta particular parcela del ordena-

miento jurídico-, comprende también las de afiliación y/o alta, por lo que la automaticidad relativa del artículo 95.1.2.^a de la LSS del 66 deviene absoluta, es decir, opera también en los casos de falta de alta del trabajador afectado, sin condicionamiento de ningún tipo.

Por consiguiente, en el caso de falta absoluta de alta y cotización, vendrá en aplicación la automaticidad absoluta o anticipo incondicionado de prestaciones por la gestora correspondiente, en este caso el INEM, anticipo que, como es obvio, deberá comprender el importe íntegro de la prestación, calculado como si el empresario hubiese cumplido íntegra y temporáneamente sus obligaciones en esta materia. Como se ha dicho, y sin perjuicio de la automaticidad señalada, la responsabilidad se traslada al empresario infractor. Así, una vez efectuado el anticipo, el INEM, como subrogado en los derechos de los trabajadores, podrá, o, mejor dicho, deberá -no puede olvidarse que la gestión recaudatoria es una función pública indeclinable- reclamar el reintegro del importe anticipado, o de la parte del mismo, respecto del cual se declare la responsabilidad empresarial. En cualquier caso, y desde el punto de vista del trabajador, la polémica en torno a la calificación de la relación jurídica de seguridad social (concepción publicista o privatista) queda relegada a un segundo plano, habida cuenta del anticipo automático de la prestación de desempleo; no así para el empresario infractor, que, en aras de la dominante concepción privatista, se ve abocado a asumir el importe íntegro de la prestación (y a liquidar las cotizaciones correspondientes al período de prestación real de servicios por parte del trabajador).

En cuanto al mecanismo o procedimiento a seguir para declarar, en su caso, la responsabilidad empresarial y el alcance de la misma, existe un procedimiento de carácter meramente administrativo -valiéndose de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social-, previsto para los supuestos de falta absoluta de alta y cotización, regulado en el artículo 32 del Real Decreto 625/1985, procedimiento que, no obstante, el propio INEM es el primero en desconocer. Así, ante un caso concreto de falta de alta, y formulada solicitud de prestación de desempleo por parte del trabajador afectado, -incluso poniendo en conocimiento del INEM dicha circunstancia-, la única respuesta que va a encontrar de este organismo es la denegación de la prestación, abocando a judicializar su problema al trabajador, que se verá obligado a entablar demanda jurisdiccional para defender su derecho; en este caso se dará una situación de litisconsorcio pasivo necesario, entre INEM y empresa infractora, que obligará al afectado a demandar a ambos para la adecuada constitución de la relación jurídico procesal.

En consecuencia, será el cauce judicial el que se emplee en la gran mayoría de los supuestos.

Sea cual sea el mecanismo o procedimiento utilizado, el problema a resolver, por uno u otro cauce, es el de la determinación del alcance de la responsabilidad que, en su caso, pueda corresponder a la empresa. Habida cuenta de que, en el caso de falta absoluta de alta y cotización, la responsabilidad que incumbe al empresario se extiende al importe íntegro de la prestación, resulta perfectamente trasladable al presente supuesto la jurisprudencia recaída en los casos de falta absoluta de alta y cotización para la contingencia de accidentes de trabajo -contingencia respecto de la cual también se predica la automaticidad absoluta-, puesto que en ambos casos el anticipo de la prestación se efectuará de forma anticipada por el organismo competente (INEM o Mutua de AT y EP de la SS); así, por ej., la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 24-9-1991, señala que:

«La falta de desarrollo reglamentario hace que adquiera valor de tal lo que disponen los artículos 94 a 96 de la LSS de 21-4-1966 (...) sin embargo el artículo 96.3 de la LGSS altera el anterior sistema y potencia el principio de automaticidad de las prestaciones, como así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala en SS. de 30-6-1990, ó 21-1-1991 (basándose en las del TS de 20-2-1987, 23 y 6-6-1989) por ello las entidades gestoras y colaboradoras deben abonar las pensiones a los beneficiarios, por aplicación de las reglas sobre anticipos, pues con independencia de la responsabilidad directa del empresario por su falta de cotización, procede declarar la responsabilidad mediante el pago anticipado de la prestación de la Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo, sin perjuicio de que ésta pueda repetir contra aquél por su falta de cotización; por ello, y pese al contenido del mencionado artículo 94.4 de la LSS del 66, esta norma ha de interpretarse conforme a la evolución contenida en el artículo 17.2 de la Ley de 21-6-1972 y el reiterado 96.3 LGSS dentro del precepto imperativo constitucional de que los poderes públicos mantendrán un régimen público de seguridad social.»

En igual sentido, la Sentencia del mismo Tribunal de 27-2-1990:

«(...) lo que resulta incuestionable, pues así lo establece la LSS y lo fortaleció el artículo 17.2 de la LFP y el artículo 96.2 de la LGSS, es el carácter garantizador que en favor de los beneficiarios se atribuye al principio de automaticidad de las prestaciones, consistente en la asunción por la entidad gestora de su pago, no ya así en los supuestos en que así le incumbe de responsabilidad directa que legalmente se le hubiera asignado (arts. 2, 23, 96.1 de la LGSS), sino en los casos legalmente determinados de incumplimiento empresarial, lo que deja a salvo el derecho de la entidad gestora de repetir contra la empresa incumplidora, y en esta línea hay que precisar que el artículo 96.3 de la LGSS, robustece tal principio desde que establece una moderación a la rígida prohibición de anticipar que establecía la LSS (STS de 4-6-88). Manteniéndose dicho criterio interpretativo en otras Sentencias del TS, como la de 9-2-87 y del TCT de 10-6-88 (...).»

Asimismo, hay que señalar que el cumplimiento de las obligaciones empresariales en esta materia, efectuado con posterioridad al hecho causante de la prestación de desempleo, y verificado de manera voluntaria por el sujeto responsable, no modifica en modo alguno el régimen de atribución de responsabilidades visto hasta este momento para el supuesto de falta absoluta de alta y cotización, de modo que dichas cuotas, ingresadas con posterioridad a la situación legal de desempleo del trabajador afectado (hecho causante de la prestación que nos ocupa), no eximen al empresario de su responsabilidad, como no podía ser de otra manera, precisamente en evitación de mecanismos artificiosos de «compra de pensiones», que dañarían de raíz el sistema de financiación de la seguridad social. El sujeto responsable, de admitirse la validez de las cuotas tardíamente liquidadas, podría obtener por esta vía un aplazamiento -si bien con el elevado coste financiero propio de los recargos-

en sus obligaciones contributivas, al otorgarse validez a aquellas cuotas tardías (tampoco aplicando correcta y propiamente el esquema *ius privatista* cabría otorgar validez a las cuotas posteriores al hecho causante, ya que en este caso el empleador podría escoger la opción menos costosa económicamente, ya sea la liquidación voluntaria de cuotas, si su importe -con los recargos correspondientes- es inferior a la prestación cuya responsabilidad en otro caso se le imputaría o bien, sencillamente, optar por persistir en el incumplimiento para el caso de que el cumplimiento tardío resulte más caro que el importe de la prestación de la que se le haría responsable en caso de impago).

Se trata, en cualquier caso, de una construcción que rezuma incoherencia: a los efectos de imputación de responsabilidades se aplica -defectuosamente- el esquema asegurativo privado, y a los efectos de exacción de cuotas, la cotización se configura como una obligación de naturaleza pública, desgajada y autónoma de las prestaciones, en base a lo cual se puede exigir a la empresa el pago de las cuotas y su responsabilidad simultánea en orden a las prestaciones.

Por consiguiente, también en este caso será exigible la responsabilidad empresarial (sin perjuicio, como se ha dicho ya con reiteración, del anticipo por parte de la entidad gestora, y de la exacción, incluso por vía de apremio, de las cuotas que resulten debidas, cuando efectivamente se acredite la existencia de una prestación de servicios realizada en régimen de ajeneidad y dependencia, como presupuesto de la existencia de un vínculo de naturaleza laboral).

En este sentido, dispone el artículo 30 del Real Decreto 1258/1987, de 11 de septiembre, por el que se regula la inscripción de empresas, y la afiliación, altas, bajas y variaciones de trabajadores en el sistema de la seguridad social, que las altas solicitadas fuera de plazo reglamentario sólo tendrán efectos desde el día de la solicitud; plazo reglamentario que actualmente debe entenderse siempre con carácter previo al inicio de la prestación de servicios determinantes del alta -salvo determinados supuestos especiales-, de conformidad con el artículo 1 de la Orden de 17 de enero de 1994, sobre presentación de solicitudes de afiliación y altas de los trabajadores en la seguridad social, y de afiliación, altas y bajas relativas a determinados trabajadores contratados a tiempo parcial (con anterioridad el artículo 17.2 de la Orden de 28 de diciembre de 1966 establecía un plazo de cinco días para formalizar dicha alta) (2).

Coherentemente con los preceptos expuestos, y para el caso de que se cotice por los trabajadores afectados sin la previa formalización del alta, los efectos de dichas cotizaciones, según el artículo 18.2.(a) de la referida Orden de 28 de diciembre de 1966, sólo surtirán efecto a partir del momento en que se ingresen dichas cuotas (3).

(2) Véase, en relación con este tema, el Real Decreto 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 (BOE de 27 de febrero y 27 de abril). Téngase en cuenta la disposición derogatoria única 2 del referido Real Decreto, por la que se declara sin efecto la disposición final del Real Decreto 1258/1987, de 11 de septiembre, -donde se facultaba al entonces Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para dictar las normas de desarrollo y aplicación del mismo, previéndose su entrada en vigor el día primero del segundo mes siguiente a la publicación en el BOE de la correspondiente Orden de desarrollo-, no procediendo la entrada en vigor del mismo al haberse incorporado sus normas al ya mencionado Real Decreto 84/1996.

(3) Véase, en la actualidad, el artículo 35 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero (BOE de 27 de febrero y 27 de abril).

De ahí que, verificado el cumplimiento de las obligaciones empresariales con posterioridad al hecho causante, dichas cuotas sólo puedan surtir efectos a partir de su ingreso o liquidación, careciendo, por tanto, de efectos retroactivos al momento del hecho causante, respecto del cual, y a los efectos que nos ocupan, el trabajador se halla en descubierto absoluto. Por tanto, dicho ingreso tardío, aunque obligatorio para el empresario, carece de trascendencia para que el trabajador pueda lucrar la prestación, por lo que no exonera al empresario de la obligación de responder del pago de la misma; responsabilidad que normalmente se exigirá por la entidad gestora, quien habrá venido obligada, previamente, a anticipar su pago al beneficiario.

Los Tribunales laborales, por regla general, ni siquiera consideran aptas para generar la prestación las cotizaciones ingresadas en virtud de acta de la inspección de trabajo, cuando el acta resulta posterior a la situación ilegal de desempleo. A pesar de que, en este supuesto, la existencia de una efectiva prestación de servicios en régimen de laboralidad -constatada por la inspección de trabajo, y determinante del levantamiento de las correspondientes actas- permite excluir el ánimo fraudulento o de compra de pensiones, cuya evitación informa la prohibición legal de considerar las cotizaciones extemporáneas posteriores al hecho causante como aptas para lucrar las correspondientes prestaciones; por ello resulta harto discutible la aplicación automática de la regla de inaptitud general a efectos de prestaciones de las cuotas ingresadas con posterioridad a la situación legal de desempleo. Como digo, éste es, no obstante, el criterio jurisprudencial más extendido; lo recoge, por ejemplo, la Sentencia del TCT de 11-1-1989:

«(...) las cotizaciones ingresadas con posterioridad al hecho causante no surten efectos en orden a las prestaciones, aunque se abonen en virtud de acta de la inspección, si el acta se levanta después de aquella fecha, tal como ocurre en el presente supuesto (...)».

En cuanto a las cuotas ingresadas tardíamente, ya sea voluntariamente o en virtud de acta de liquidación extendida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, si dicho ingreso se verifica con anterioridad a la situación legal de desempleo, parece, en principio, que no debe existir problema alguno a la hora de reconocer la validez de dichas cuotas para generar el derecho a la prestación correspondiente; por consiguiente, el responsable directo y único del pago de la prestación será la entidad gestora, sin más (sin perjuicio de las sanciones administrativas y los recargos que procedan por el ingreso extemporáneo de las cuotas).

A salvo, por supuesto, de posibles supuestos de fraude de ley, -que habrá que analizar caso por caso-, en que el empresario infractor, conocedor de que próximamente el trabajador va a quedar en situación legal de desempleo, lleve a cabo dicho cumplimiento tardío, aunque anterior a la situación de desempleo del trabajador; también aquí se produce una auténtica compra de pensiones, si bien de forma anticipada; en este caso, basta con acudir a la doctrina general del fraude de ley, contenida en el artículo 6.4 del Código Civil, para cuya evitación se impondrá al sujeto responsable la aplicación de la norma que mediante su actuación trata de soslayar, es decir, la atribución de responsabilidades en los términos expuestos.

Actualmente, y en la medida en que el período de referencia para determinar la duración de la prestación por desempleo es de seis años, ampliables además en determinados supuestos en que no existe obligación de cotizar (durante la realización del servicio militar o prestación social sustitutoria -cuando estas situaciones interrumpen una relación laboral preexistente, no si ésta no existía-, durante los distintos supuestos de excedencia forzosa, durante el primer año de excedencia por cuidado de hijo -a favor de este efecto interruptivo, en este concreto supuesto, se pronuncia la S. del TSJ de Baleares, de 27-5-92, o la del TSJ de Valencia de 9-2-94, aunque algún pronunciamiento jurisprudencial aislado no lo ha entendido así, como la S. del TSJ de Aragón de 26-2-92-, durante la situación de huelga legal o cierre patronal legal, durante la situación de Invalidez Provisional, durante el tiempo de tramitación judicial de una Invalidez Permanente -aunque no durante el tiempo de permanencia en la situación de IP Total, habida cuenta de que esta situación es compatible con la realización de otros trabajos y sus correlativas cotizaciones a la contingencia de desempleo-), cabe la posibilidad de que, no obstante la constatación de una relación laboral durante dicho período, una parte de las cuotas debidas y no ingresadas -las más antiguas- se encuentren ya prescritas (las cuotas debidas prescriben a los cinco años contados a partir del momento en que las mismas debieron quedar ingresadas, de conformidad con el artículo 21 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el TRLGSS). Esta circunstancia, no obstante, no es óbice para la aplicación de los criterios generales sobre imputación de responsabilidades al empresario infractor y sobre anticipo de prestaciones; su única consecuencia será que la entidad gestora no podrá reclamar el importe de las cuotas legalmente prescritas, ni su falta de ingreso podrá determinar sanción administrativa alguna, aunque conservará en su integridad su derecho a resarcirse del importe de la prestación anticipada al trabajador, para cuyo cálculo se habrán tenido en cuenta la totalidad de las cuotas que debieron en su momento ser ingresadas, con independencia de que una parte de las mismas se encuentre ya prescrita. Así, lo entiende, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de julio de 1991:

«(...) al entender la recurrente prescritas las cotizaciones impagadas en el período comprendido entre 1-1-55 y el 30-11-61 (...), pero la alegación formulada, con independencia de su formulación *ex novo* en fase de recurso, aun de ser tenida en cuenta, es ineficaz al objeto de dejar sin efecto la condena al pago de parte de la pensión por incumplimiento del deber de cotizar, ya que lo enjuiciado no es la exigencia actual del pago de cuotas, de suerte que pese a considerarlas hipotéticamente y en el trámite adecuado, prescritas, excluyendo así el pago de las mismas y las sanciones administrativas correspondientes, subsiste el incumplimiento de la obligación y la responsabilidad en el pago de las prestaciones a través de las determinaciones de los artículos 94.2 (b), y 95.1.4 y 2 de la LSS de 1966, dotado provisionalmente de valor reglamentario por la disposición transitoria 2.^a del Decreto 1675/72, de 22 de junio, en relación con el artículo 96 de la LGSS (...).».

Idéntico criterio se contiene en sentencias del mismo Tribunal, de 30 de mayo, y 15 de julio de 1991; conclusión lógica, en la medida en que, como señala la sentencia últimamente transcrita, el instituto de la prescripción tiene como exclusiva finalidad proteger la seguridad jurídica del empresario, que no puede quedar indefinidamente pendiente de una reclamación administrativa de cuotas, pero sin que por ello vaya a verse beneficiado de una supuesta exoneración de las responsabilidades que legalmente le incumben. Ésta parece ser la tendencia actual jurisprudencialmente mayoritaria, aunque tampoco han faltado pronunciamientos judiciales disonantes de este criterio, que absuelven a la empresa de cualquier responsabilidad con fundamento en la prescripción de las cuotas impagadas.

No cabe duda, no obstante, que, partiendo como lo hace la Jurisprudencia actual de una concepción privatista o sinalagmática de la relación entre cuotas y prestaciones (al admitir que defectos en las primeras incidan en las segundas) debería concluirse, en pura y estricta lógica privatista, la exoneración de la responsabilidad empresarial en los casos de prescripción de cuotas; al quebrar dicha conexión en este supuesto manteniendo el anticipo de la prestación -aunque se persista la declaración de responsabilidad empresarial-, los Tribunales van introduciendo pequeñas fallas en lo que sería la construcción estrictamente privatista que informa la dependencia que aún hoy se mantiene entre cuotas ingresadas en tiempo y forma, y las correlativas prestaciones.

IV. INFRACOTIZACIÓN

Con esta rúbrica nos referiremos a aquellos supuestos en que la base de cotización al desempleo resulta inferior a la que legalmente corresponde. No está de más recordar que las normas en materia de cotización a la seguridad social son normas de Derecho público, y que, por consiguiente, se encuentran sustraídas a la autonomía privada, tanto en su vertiente individual, como en su aspecto colectivo, sin que ni siquiera la normativa sectorial pueda en modo alguno alterar las reglas sobre cotización a la seguridad social; en este sentido, dispone el párrafo 2.º del artículo 105 del TRLGSS que «(...) será nulo todo pacto que pretenda alterar las bases de cotización que se fijan en el artículo 109 de la presente Ley».

No es infrecuente, sin embargo, la existencia de convenios colectivos donde se recogen complementos y pluses de la más diversa índole, y donde, regulando una materia ajena a su competencia, sin el menor recato se indica si dicho complemento o plus se incluirá o no en la base de cotización por las distintas contingencias; dicha inclusión procederá si el complemento de que se trate tiene naturaleza salarial -lo cual habrá que analizar en cada caso concreto-, y ello con independencia de lo que diga el convenio (de hecho en alguna ocasión se han levantado actas de liquidación de cuotas por diferencias debido a la falta de cotización por determinados conceptos respecto de los cuales el convenio de aplicación predicaba su no cotización a la seguridad social).

Centrándonos en la incidencia que la infracotización tiene sobre la prestación de desempleo, y en lo tocante al anticipo por la entidad gestora, hay que decir en este punto lo mismo que se ha dicho respecto del supuesto de falta absoluta de alta y cotización, es decir, que dicho incumplimiento (antes falta absoluta de cotización, y ahora infracotización) no afecta al derecho del beneficiario a obtener el íntegro anticipo de la prestación, calculada como si el sujeto infractor hubiese cumplido, íntegra y temporáneamente, la totalidad de sus obligaciones.

Cuestión distinta es la referida a la determinación del alcance de la responsabilidad empresarial; en este punto, la Jurisprudencia aplica, casi de manera unánime, la regla del reparto o la proporcionalidad entre el grado e intensidad del incumplimiento empresarial, y la extensión de la imputación de responsabilidad al empresario; es decir, se declara la responsabilidad de la empresa sobre una parte de la prestación -sin perjuicio del anticipo íntegro a cargo de la gestora, como ya se ha indicado-. Aunque uniforme a la hora de aplicar este criterio de proporcionalidad, la Jurisprudencia existente sobre la materia aplica criterios divergentes para determinar la medida o parámetro que permita traducir dicha proporcionalidad en el incumplimiento a una imputación concreta de responsabilidad.

Cuando la infracotización es constante y uniforme (por ej., falta de cotización por algún complemento salarial de forma permanente hasta el momento del hecho causante) el reparto de responsabilidades no plantea mayor problema: la gestora será responsable única y directa por el importe de la prestación calculado en función de las cotizaciones efectivamente ingresadas, y la empresa -sin perjuicio del anticipo a cargo de la gestora- será declarada responsable por la diferencia hasta alcanzar la prestación que corresponda, calculada como si no hubiera existido la infracotización; así lo entiende, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 28-4-1992:

«(...) en este caso el único responsable legal de las consecuencias de la infracotización salarial es el empresario, conforme al artículo 94.2.(c), por la diferencia entre la cuantía total de la prestación causada por el trabajador y la que corresponde asumir a la seguridad social por las cuotas efectivamente ingresadas (...).».

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), de 29-1-1993:

«(...) pero cuando se trata de un incumplimiento parcial, ya que existiendo afiliación y alta, sólo ha mediado una falta de cotización, o una cotización incompleta o infracotización, cualquiera que sea la causa de la misma, la empresa o empresas incumplidoras son las directamente responsables de lo postulado en la demanda sobre diferencias de prestación, pero la entidad gestora tiene la obligación de anticipar el pago, sin perjuicio de subrogarse en los derechos u obligaciones del beneficiario (...).».

Cuando la infracotización no es constante y uniforme, bien porque las cantidades o conceptos varían de unos períodos a otros, bien porque el defecto de cotización sólo alcanza a períodos concretos, plantea mayores dificultades la concreta determinación de la responsabilidad empresarial, ya que, de mantenerse a ultranza el criterio anteriormente expuesto para el supuesto de infracotización uniforme y constante, podría quebrar en determinados supuestos el principio de proporcionalidad entre la intensidad o gravedad del incumplimiento y la extensión de la responsabilidad empresarial, máxime en el caso de la prestación de desempleo, que toma como referencia para el cálculo de su importe períodos de tiempo relativamente cortos; así, por ej., un mismo defecto de infracotización, acaecido dentro de los 180 días anteriores a la situación legal de desempleo, va a tener una incidencia directa sobre el cálculo de la base reguladora de la prestación, y por tanto sobre la prestación misma, proyectándose sobre todo el período reconocido; en cambio, una omisión de igual intensidad, ocurrida fuera de dicho período, no afectará a la base reguladora, sino sólo -y con escaso influjo- a la duración del período reconocido; y ello a pesar de que en ambos casos la gravedad o intensidad del incumplimiento han sido idénticos. Por ello, y para evitar esta indeseable distorsión del sistema actual de imputación de responsabilidades, debería ponderarse el grado de incumplimiento de forma global, prescindiendo del momento en que dicho incumplimiento se haya producido. Dicha ponderación global lleva necesariamente a considerar el grado de incumplimiento acaecido a lo largo de todo el período de referencia apto para lucrar la prestación de que se trate; en el caso del desempleo, habrá que analizar la infracotización a lo largo del período de 6 años anteriores a la situación legal de desempleo (sin perjuicio de las posibles situaciones suspensivas de este período, ya apuntadas con anterioridad); a la empresa habrá que imputar la parte o porcentaje de responsabilidad en orden a dicha prestación igual al porcentaje o grado de incumplimiento o infracotización habido durante dicho período (sistema que, aplicado al supuesto de infracotización uniforme y constante coincide con el criterio de imputar a la empresa la diferencia entre la prestación que debió generarse de cumplir íntegramente, y la correspondiente a la prestación calculada en función de las cuotas efectivamente ingresadas).

No se oculta, sin embargo, la complejidad del método propuesto, que, a mi entender, es el único que garantiza la perfecta y estricta proporcionalidad entre incumplimiento y responsabilidad empresarial; por ello los Tribunales han optado actualmente, de forma mayoritaria, por aplicar sin más el criterio antes expuesto para los defectos de cotización constantes y uniformes; es decir, se calculan dos prestaciones distintas: la primera, en función de las cuotas realmente ingresadas por el sujeto responsable, y la segunda, calculada sobre las cuotas que podemos denominar «teóricas» o debidas, imputándose a la empresa infractora la responsabilidad correspondiente a la diferencia entre ambas, con los perversos efectos que genera la aplicación estricta de este criterio, en la medida en que el cálculo de la base reguladora de la prestación de desempleo atiende a un módulo temporal (180 días anteriores a la situación legal de desempleo) sensiblemente inferior al período de referencia apto para generar la prestación en sí y su duración (6 años anteriores a aquella situación).

Algunos ejemplos judiciales del método de la proporcionalidad estricta los encontramos en sentencias que hoy podemos calificar como antiguas (Sentencia del TCT de 18 de febrero de 1979, o de 7 de junio de 1982, o bien la Sentencia del TS de 31 de mayo de 1980, etc.).

Los Tribunales vienen recurriendo, para atenuar los desproporcionados efectos a que da lugar el criterio, mayoritariamente seguido, del cálculo de las dos prestaciones (la real -en función de las cuotas ingresadas- y la «teórica» -atendiendo a las cuotas precedentes-, con imputación al empleador de la diferencia entre ambas), a distintas «válvulas de escape», entendidas como criterios de moderación de la responsabilidad empresarial, que después se analizarán, comunes para los distintos supuestos de omisiones contributivas.

Al igual que ocurre en los supuestos de falta absoluta de alta y cotización, el ingreso extemporáneo de las diferencias debidas sólo exonerará a la empresa de cualquier responsabilidad si se verifica con anterioridad al hecho causante (en este caso la situación legal de desempleo); en cualquier otro caso (incluido el supuesto de pago en virtud de acta de liquidación de cuotas por diferencias), el pago tardío no exime de responsabilidad a la empresa, en los mismos términos que si dicho pago no se hubiese efectuado; idénticos criterios se aplican en este punto a los ya expuestos para el supuesto de cotización tardía o extemporánea en los casos de falta absoluta de alta y cotización, por lo que a lo allí dicho me remito.

V. DESCUBIERTOS DE COTIZACIÓN

Al hablar de descubiertos de cotización nos referiremos a aquellos supuestos en que la omisión contributiva no afecta a la totalidad del período de referencia que se tome en cada caso, aunque, respecto de los períodos afectados, la omisión contributiva es total; si la omisión afectara a la totalidad de los períodos por los que existe la obligación de cotizar, la responsabilidad empresarial sería íntegra y exclusiva -sin perjuicio del anticipo de la gestora-, en los mismos términos que en el caso de falta absoluta de alta y cotización. En este sentido, se podría considerar el «descubierto» como una especie del género «infracotización», aunque en este caso, y debido a la sucesión de períodos correctamente cotizados con otros de total omisión, se plantea el mismo problema que respecto de los supuestos de infracotización no uniforme ni constante, es decir, la determinación del criterio de imputación de responsabilidad empresarial, de forma que se mantenga siempre la proporcionalidad entre el grado de incumplimiento y la repetida responsabilidad empresarial. De seguirse el criterio propuesto con carácter general para los casos de infracotización (proporcionalidad estricta), se garantiza también en este supuesto dicha proporcionalidad.

Hay que decir que en los supuestos de descubiertos, la Jurisprudencia sí ha tendido a observar con mayor frecuencia en sus pronunciamientos dicho criterio, atendiendo a los períodos realmente cotizados por la empresa en relación con los que debieron realmente cotizarse, todo ello dentro de un período de referencia, que, también en la mayor parte de los casos, lo constituye el período computable para determinar la duración de la prestación. Sin embargo, en algún pronunciamiento jurisprudencial se atiende al grado de incumplimiento empresarial dentro del período considerado para el cálculo de la base reguladora de la prestación, criterio, a mi entender, incorrecto, puesto que dicho período no deja de ser un simple módulo de cálculo; además, dicho criterio genera siempre

una responsabilidad empresarial mayor, habida cuenta de que el lapso temporal considerado para el cálculo de la base reguladora (180 días en el caso de la prestación de desempleo) es siempre inferior al computado para determinar la duración de la prestación (seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar), de modo que un mismo descubierto representa un incumplimiento -y por tanto una correlativa imputación de responsabilidad empresarial- proporcionalmente mayor sobre un período de 180 días que sobre un período de seis años, agravando, si cabe, las perniciosas consecuencias del actual sistema, doblemente punitivo para el sujeto infractor.

Por otra parte, la Jurisprudencia venía exigiendo, para la aplicación del reparto de responsabilidades en los términos expuestos, que los descubiertos no afectaran al período de carencia exigido en cada caso para acceder a la prestación; de modo que, si las cotizaciones realmente efectuadas (sin incluir las correspondientes a los descubiertos) no permitían reunir el período de carencia exigido en cada caso, la responsabilidad se imputaba íntegramente a la empresa, siempre y cuando, como es evidente, aquella carencia se hubiese alcanzado de no mediar la omisión empresarial; con ello se acentúa la falta de proporcionalidad entre grado de incumplimiento e imputación de responsabilidad, en la medida en que, si no se reúne la carencia precisa, ni tan siquiera las cotizaciones realmente efectuadas sirven para trasladar a la gestora la parte de responsabilidad proporcional a las mismas.

En prestaciones donde hay que considerar largos períodos de cotización (normalmente los períodos de carencia son también largos en estos supuestos), se ha llegado incluso a exonerar a la empresa si los descubiertos no afectan al período de carencia legalmente exigible, a pesar de la existencia de descubiertos de cotización, configurándose la existencia de cotizaciones suficientes para alcanzar el período de carencia como una condición suficiente, por sí sola, para excluir cualquier declaración de responsabilidad empresarial, a pesar de la eventual existencia de descubiertos; así, en el caso de la pensión de jubilación, señala la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de 13 de junio de 1989, que «(...) como reúne la actora la carencia precisa según la normativa anterior, es evidente que no puede alcanzar responsabilidad a la recurrente, puesto que los descubiertos no inciden negativamente para la concesión de la pensión, pues conforme a la doctrina que se cita, efectivamente cubierta la carencia exigida para devengar una pensión, no puede exonerarse a la Gestora, so pretexto de determinados descubiertos que no afectan al mínimo exigible, esto es, cuando descartados los meses de descubierto tiene el beneficiario cumplido el período de carencia, sin perjuicio claro es del derecho de la entidad gestora a exigir por vía de apremio el importe de las cuotas debidas, a lo que se podrá oponer las excepciones pertinentes, entre ellas la prescripción, si ha transcurrido el plazo para su exigencia sin causas de interrupción de aquélla (...)».

No parece que semejante doctrina -que responde a los largos períodos de carencia y cotización computables en el caso de la pensión de vejez- pueda trasladarse al ámbito de la protección contributiva de desempleo, dado que esta prestación atiende a períodos relativamente cortos, tanto para el cálculo de la base reguladora, como para el cómputo de las cotizaciones aptas para determinar su

duración; en el supuesto de la prestación que nos ocupa, el requisito de que los descubiertos no afecten al período de carencia exigible (actualmente la carencia mínima es de un año) no pasa de ser un simple requisito o condición necesaria previa para que pueda operar el reparto de responsabilidades, verificado el cual, se aplicarán las reglas generales de reparto de cargas entre empresa y gestora.

No obstante, empiezan a surgir pronunciamientos judiciales que ni siquiera exigen tal condición mínima, que, como se ha visto, va en detrimento de la deseable proporcionalidad que debiera presidir esta materia; así, por ej., la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 8-5-1991, declara que «(...) si bien es cierto que la trabajadora no acredita el número de cotizaciones indicado, no lo es menos que, conforme a lo precisado en el relato de hechos probados de la Sentencia, el tiempo de servicios tuvo una duración muy superior al necesario para acreditar el período mínimo, con lo que el problema no debe plantearse desde el punto de vista de la inexistencia del derecho a la prestación, sino desde el de la imputación de responsabilidad en cuanto a la prestación devengada por la trabajadora. Cierto es que la Magistratura de instancia infringió los artículos 94.2.(a) y 95.3 LSS de 1966, pues en los mismos se precisa la responsabilidad empresarial en los supuestos de descubiertos en el pago de las cuotas, afecte o no al período de carencia; ahora bien, no puede olvidarse que es doctrina consolidada de nuestros tribunales la de repartir la responsabilidad en el pago de las prestaciones en función de las cotizaciones efectuadas y las en descubiertos, con el fin de evitar situaciones de enriquecimiento por parte del INSS, quien sí percibió, siquiera parcialmente, cotizaciones de la empleadora (...)».

Es decir, se aplica el criterio de reparto proporcional de responsabilidades, a pesar de que la omisión empresarial impide al trabajador alcanzar el período de carencia exigido.

Resulta interesante, para concluir este apartado, el análisis de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), de 31 de mayo de 1995, en la que, al tiempo que se aplica la máxima de la responsabilidad exclusiva e íntegramente empresarial en los casos de descubiertos que impiden alcanzar la carencia mínima de la prestación -sin perjuicio del anticipo íntegro a cargo del INEM, y su eventual posterior reintegro del empleador-, extiende la aplicación de los criterios hasta ahora expuestos a aquellas modalidades del subsidio de desempleo cuyo lucro requiera la acreditación de una determinada carencia o cotización, como es el caso del subsidio especial de desempleo para trabajadores mayores de 52 años, para cuyo reconocimiento es preceptivo, entre otros requisitos, acreditar un período de cotización específico a la contingencia de desempleo de, al menos, seis años. Señala la mentada sentencia:

«(...) durante todo el tiempo que prestó su relación laboral a la misma, debe ser computada íntegramente, tanto a los efectos de carencia específica del desempleo, como de la general para obtener la jubilación, por cuanto no puede afectar a la trabajadora tal circunstancia, imputable, en gran medida, a la propia empresa, y en parte a los servicios de Inspección (...) a la actora deben computarse los períodos en ella señalados, sin que pueda reducirse a los cinco años

que como consecuencia del acta de Inspección hubo de satisfacer la empresa por mor de la aplicación del Instituto de la prescripción (...) la incardinación del citado precepto (el art. 96 LGSS) en la regulación de la prestación contributiva de desempleo no es óbice para que deba ser considerado como un precepto de carácter general aplicable tanto a las prestaciones contributivas y a las asistenciales de desempleo (...) no es menos cierto que el subsidio por desempleo para mayores de 52 años no puede ser considerado en sustancia como una estricta pensión asistencial, dado que para su concesión se requiere el cumplimiento de diversos requisitos, entre ellos el de la existencia de un período cotizado, aun cuando éste sea mínimo, por lo que para regular la ausencia legal o reglamentaria, habrá que acudir a las normas generales de aplicación (...) que aun cuando pueda ser de responsabilidad de la empresa responsable de la falta de afiliación, en aplicación del artículo 96 LGSS en relación con el artículo 95.1 norma 4.ª, párrafo 2.º LSS, que conservan el carácter de reglamentarios, tiene derecho a percibir tal abono, en la cuantía y duración reglamentarios, que serán abonados por el INEM, sin perjuicio del derecho al reintegro de los mismos por la empleadora incumplidora (...)».

VI. LA MODERACIÓN DE LA «CULPA» EMPRESARIAL

A la vista del panorama legal y jurisprudencial expuesto, la aplicación en sede judicial de una serie de criterios que permitan moderar la desorbitada responsabilidad empresarial a que da lugar el incoherente sistema actual, cobra una singular importancia, porque, en definitiva, van a ser estos mecanismos de «expulsión» respecto del criterio dominante los que permitirán -en contadas ocasiones, vaya por delante- salvar la profunda incoherencia a que da lugar la transposición -técnicamente defectuosa, como ya se ha analizado-, del instituto civil de la resolución contractual al ámbito aseguratorio propio de la acción protectora de la seguridad social.

Un primer criterio o *ratio* que permite atenuar la responsabilidad empresarial es la ausencia de dolo o voluntad deliberadamente rebelde en el empleador al cometer la infracción que se le imputa, en la medida en que, sólo si concurre esta voluntad deliberadamente rebelde al correcto cumplimiento de sus obligaciones, cabrá efectuar la imputación de responsabilidades al sujeto infractor.

Ya de entrada se advierte la dificultad que la correcta y prudente administración de este criterio entraña, en la medida en que el Juzgador debe indagar acerca de un estado de ánimo o intención -esencialmente subjetivo- por parte del sujeto infractor; en dicho análisis, el intérprete necesariamente debe recurrir a datos fácticos o indicios externos a partir de los cuales se pueda inferir aquel ánimo o intención subjetiva; dichos indicios consisten, en la mayor parte de los casos, en la intensidad o repetición de los descubiertos -y me ciño a esta modalidad de incumplimiento, ya que sobre la misma se proyecta la eficacia del criterio atenuante que ahora se expone por parte de los Tribunales, al darse por supuesto el ánimo fraudulento en los supuestos, más graves, de falta de alta-; así, por

ejemplo, señala la Sentencia de la Sala 3.^a del TCT de 3 de febrero de 1989 que «(...) las Ss. de 7-6 y 18-9-88, en las que se sienta el criterio de que la responsabilidad empresarial por descubierto de las primas de accidentes de trabajo sólo aparece cuando demuestra la voluntad inequívoca de no cumplir con sus obligaciones de satisfacer aquellas primas incumpliendo sus obligaciones en orden a la financiación de la seguridad social, pero de la declaración fáctica se deduce que la patronal demandada tenía descubiertos parciales y en el tiempo en que la víctima prestó sus servicios había satisfecho las aludidas cuotas, por lo que no aparece aquella responsabilidad empresarial (...)».

En parecidos términos se expresa la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de 1 de julio de 1991, cuando señala que «(...) los descubiertos de la empresa fueron intermitentes y de no dilatada extensión en el tiempo (...) no cabe en tales circunstancias la condena de la empresa (...) sino que ello ha de tener lugar en supuestos de permanente situación de descubierto o de extensos períodos en tal situación en relación con el tiempo de servicios prestados en la empresa, o, evidentemente, en el caso más grave de no haber dado de alta en la misma al trabajador, donde la responsabilidad exclusiva es de ésta (..)».

Aplicando el mismo criterio, pero alcanzando conclusión opuesta, señala la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 24 de diciembre de 1990 que «(...) solamente se exceptúan aquellos supuestos en que no ha existido una voluntad deliberadamente rebelde en la satisfacción de las cuotas por parte de la empresa, circunstancias que no concurren en el supuesto de autos, ya que la infracotización por parte de la empresa ha sido muy reiterada, abarcando la mayor parte de los meses que integran el período tomado para el cálculo de la base reguladora (...)».

En la sentencia últimamente transcrita, se considera que el descubierto tiene carácter dilatado -y por tanto deliberado-, concluyendo la responsabilidad empresarial, y determinando el alcance de dicha responsabilidad atendiendo a los descubiertos habidos durante el período de referencia considerado para el cálculo de la base reguladora, con los perniciosos efectos ya expuestos anteriormente que esta máxima produce respecto del sujeto infractor (al tomar como base para calcular el porcentaje de la prestación que debe satisfacer la empresa el breve período que se toma para el cálculo de la base reguladora -breve en comparación con el más amplio considerado para determinar la duración de la prestación devengada-, derivándose para el empleador más graves responsabilidades).

En igual sentido se pronuncia la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de 24 de enero de 1991, cuando señala que «(...) al estar en descubierto en sus cotizaciones la empresa demandada por el período 1-12-81 a 25-3-85, y si bien no puede prosperar completamente la pretensión de la recurrente, sí es preciso, por aplicación del artículo 96.3 de la LGSS, conforme a reiterada interpretación de esta Sala, matizar que la responsabilidad, al menos en la diferencia de la base reguladora, corresponde a la empresa demandada, por encontrarse en descubierto durante largo período de tiempo en sus cotizaciones a la seguridad social (...)».

También, la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias, de 18 de enero de 1991, por la que se establece que «(...) cuando se contempla una prolongada falta de cotización a la seguridad social es inaceptable que se esté y sea homologable al supuesto de un descubierto ocasional, y, por ello, ha de recaer la responsabilidad sobre la empresa a tenor del artículo 94 de la Ley del 66, quedando exonerada la Mutua Patronal, y salvando siempre la responsabilidad subsidiaria del INSS y la Tesorería general (...)».

Sentado con carácter general este criterio, la dificultad que a continuación se plantea es la de determinar el número de meses de descubierto que marcan el umbral por encima del cual procede la declaración de responsabilidad empresarial; en este punto, las soluciones jurisprudenciales son forzosamente diversas; así, por ejemplo, la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 18 de septiembre de 1990, -si bien en materia de prestaciones causadas por accidente de trabajo-, considera que un descubierto de 6 meses no determina la exoneración de la entidad colaboradora -en este caso la Mutua correspondiente-, cuando establece que «(...) la responsabilidad empresarial nace cuando media un dilatado período de descubierto, revelador de la recalcitrante conducta empresarial, de no querer cumplir con las obligaciones pecuniarias de la seguridad social, mas en el caso que ahora se enjuicia, no se da esta circunstancia, ya que el descubierto de cuotas por un período de 6 meses no es dilatado (...)».

Puede ayudar a perfilar con mayor nitidez el umbral determinante de la existencia de responsabilidad empresarial la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 20 de noviembre de 1990, donde la Sala estima, también respecto de un supuesto de accidente de trabajo, que un descubierto de 14 meses sí debe considerarse «dilatado» a los efectos que nos ocupan, cuando establece que «(...) como en el caso de autos son 14 meses los descubiertos en el pago de las cuotas de las contingencias para accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, es claro que en aplicación de aquella doctrina jurisprudencial debe quedar exonerada la Mutua Patronal del pago de las prestaciones derivadas de los riesgos profesionales, y acertadamente así lo entendió el Juzgador *a quo* (...)».

No obstante, los umbrales anteriores deben considerarse con la debida cautela, en la medida en que en ambos casos se trata de trabajadores que llevan varios años en sus respectivas empresas, circunstancia que relativiza la importancia de los descubiertos, permitiendo al Juzgador, en la Sentencia de 18-9-1970 anteriormente transcrita en fragmento, concluir que un descubierto de 6 meses no debe considerarse «dilatado». En el caso de las prestaciones de desempleo, habida cuenta de que los períodos que se consideran son mucho más breves (6 años para determinar la duración de la prestación, y 6 meses para determinar su base reguladora), no necesariamente la calificación de un descubierto de 6 meses ha de ser la misma, puesto que este lapso reviste, relativamente, mayor importancia en el caso de la prestación de desempleo.

Lo que sí parece claro, en cualquier caso, es que los descubiertos superiores a 7 u 8 meses deben reputarse debidos a una voluntad o ánimo empresarial deliberadamente rebelde respecto de sus obligaciones financieras para con la seguridad social, y, por tanto, se calificarán como «dilatado».

dos», -término que parece haber encontrado un mayor eco jurisprudencial-, es decir, determinantes de la responsabilidad empresarial. Para descubiertos de duración inferior, no hay más remedio que analizar caso por caso.

En este punto, hay que hacer una salvedad, referida a lo que algún sector de la doctrina científica ha denominado «zonas grises» del ordenamiento laboral, es decir, aquellas relaciones de prestación de servicios en las que las notas de ajeneidad y dependencia propias de todo vínculo de naturaleza laboral se presentan de forma atenuada o resultan de difícil apreciación, y, donde, en la mayor parte de los casos, ambas partes han aceptado de consuno la naturaleza extralaboral de dicha relación desde el momento de su inicio; también, por la misma razón, la infracción -si es que existe- consiste siempre en la falta de alta -y correlativa cotización-, y los problemas sólo surgen con posterioridad al nacimiento de dicha relación, o a su finalización misma, en ocasiones actuando el propio trabajador en contra de sus propios actos anteriores, con la intervención, en no pocos casos, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; en estos casos, si no existe ánimo fraudulento por la empleadora, y, como se ha dicho, la relación jurídica se presenta de calificación compleja, cabría la moderación de la responsabilidad empresarial -que, en otro caso, se atribuiría íntegramente a la empresa, como corresponde, con carácter general, a los supuestos de falta absoluta de alta-; salvando las distancias, estaríamos también ante una transposición al ámbito aseguratorio público del instituto civil de la compensación de culpas.

Así, en la sentencia que a continuación se transcribe en extracto, el TCT, recurriendo al presente temperamento hermenéutico, reduce -que no excluye- la responsabilidad empresarial, tomando como criterio de reparto de cargas prestacionales la proporción existente entre el período efectivamente cotizado por la empresa -en este caso como consecuencia de la actuación inspectora-, y el período mínimo o carencia mínima legalmente exigible para lucrar la prestación de que se trate; en cualquier caso, no deja de resultar curioso que, como base para el cálculo de dicha proporción se tome solamente el período mínimo o carencia mínima exigible para acceder a la prestación, en lugar de tomar el período real de prestación de servicios del trabajador afectado, opción que parece más bien responder a un intento por parte del Juzgador de reducir al mínimo la responsabilidad empresarial (el período efectivamente cotizado, debido a actas de liquidación de la Inspección de Trabajo, representa una proporción mucho mayor sobre el período mínimo de carencia que sobre el período de real prestación de servicios, por lo que, de tomarse como criterio de reparto el descubierto referido al período real de prestación de servicios la responsabilidad de la empresa hubiese sido mucho mayor); así, dispone la comentada sentencia que:

«(...)

- a) No se desprende de la conducta del empresario una malicia o intento deliberado y manifiesto de defraudar a la seguridad social, impagando de forma continuada las cotizaciones preceptivas.

- b) La existencia de un proceso para dilucidar si el actor, de profesión perito-tasador, era trabajador por cuenta ajena; manteniendo la tesis negativa la Sentencia de instancia, y la positiva, la posterior del Tribunal Supremo, avallan la complejidad de la cuestión, y el error sufrido por la empresa, a que no fue ajeno el trabajador, quien solamente formuló pretensión de despido al término de su relación contractual, a pesar de haber trabajado para aquélla desde mayo del 86.
- c) El pago por la empresa de las cotizaciones exigidas por causa de la actuación inspectora promovida por el propio demandante (...) unido a una cotización correcta y reglamentaria sobre el resto de los trabajadores que supera la cifra de 150.

Los anteriores datos y circunstancias imponen una moderación de la responsabilidad del recurrente, dado que sería contrario al precepto examinado hacer gravitar toda la responsabilidad del pago de una prestación sobre una empleadora que en ningún momento actuó con malicia o intención fraudulenta con respecto al trabajador, ni a la seguridad social, aparte de cumplir correctamente las cotizaciones correspondientes al muy numeroso resto de sus trabajadores. Tal moderación viene impuesta también por aplicación de un elemental principio de equidad (a tener en cuenta conforme al artículo 4.(c) del Código Civil) y ello exige graduar el contenido de la responsabilidad empresarial, que, a tenor de lo anteriormente señalado, se fija en el 50% (atendiendo a la proporción entre carencia mínima y período cotizado en la empresa demandada), corriendo el restante 50% a cargo de la entidad gestora (...).

No se oculta tampoco la pobreza de este argumento, que si bien permite atenuar -que no eliminar- la responsabilidad empresarial, deja fuera de su alcance aquellos casos donde no se haya producido la actuación inspectora (porque es precisamente la cotización efectuada en virtud de la correspondiente acta de liquidación de la Inspección la que permite reducir, en parte, la responsabilidad del empleador), a pesar de que la no intromisión de la Inspección en un supuesto determinado no es óbice a la existencia de una «zona gris» o de difícil calificación en cuanto a la naturaleza laboral del vínculo.

Otro dato que en ocasiones ha sido valorado por los Tribunales ha sido la repercusión que la omisión contributiva del sujeto infractor ha tenido sobre el período de carencia mínimamente exigible para acceder a la prestación. Dicha valoración puede plantearse en un doble sentido:

- En primer lugar, desde un punto de vista negativo; es decir, cuando la omisión contributiva del empleador impide al beneficiario del sistema alcanzar la carencia mínima (que sí hubiese reunido de verificarse un cumplimiento correcto y temporáneo); en tal caso, la

Jurisprudencia se ha inclinado mayoritariamente, casi sin fisuras, por imputar al empleador íntegramente la responsabilidad derivada del pago de la prestación, calculada como si no se hubiese producido la omisión contributiva.

Planteamiento que, bajo mi punto de vista, va contra las más elementales reglas de equidad y proporcionalidad, en la medida en que el mismo hace depender la imputación de responsabilidad de factores absolutamente ajenos a la gravedad del incumplimiento (tales como la carencia exigible para cada prestación, afectada por continuos cambios legales, los eventuales trabajos en otras empresas, que pueden determinar que un mismo incumplimiento en un caso afecte al período de carencia y en otro no, etc.); piénsese, por ejemplo, en el caso de un descubierto totalmente ocasional e involuntario, -que, no obstante, impida al trabajador alcanzar la carencia mínima (en un caso extremo, cabría, por ejemplo, que la omisión afectase a un día de descubierto, y que dicha omisión impidiese al trabajador alcanzar la carencia mínima). Desde luego, la solución, como ya se ha señalado en otro punto de este trabajo, si se quiere que la imputación de responsabilidades sea proporcional al incumplimiento producido, pasa por el estudio de los posibles incumplimientos a lo largo de todo el período apto para generar la prestación de que se trate, prescindiendo del módulo de cálculo de la base reguladora de la prestación, e incluso de su período de carencia mínima. Solución que, desde luego, resulta más costosa de llevar a la práctica.

- Desde un punto de vista positivo, algunas sentencias -las menos, vaya por delante-, han exonerado al empleador cuando su omisión no ha afectado a la carencia mínima de la prestación; si por esta vía se alcanza la exoneración del empresario de una responsabilidad que jamás debió atribuírsele -sin perjuicio de las sanciones administrativas que procedan, y de la exacción, incluso por vía de apremio, de las cuotas debidas- bienvenida sea esta interpretación. Pero, ciñéndonos a la lógica -*ius privatista*- del sistema actualmente imperante en los pronunciamientos judiciales sobre esta materia, cabe efectuar a este temperamento hermenéutico idénticas objeciones que al planteamiento negativo referido en párrafos anteriores: también puede resultar contrario al principio de proporcionalidad que debe presidir esta materia exonerar al empleador por el hecho de que su incumplimiento (por grave y reiterado que pueda ser) no afecte al período mínimo de carencia de la prestación. En cualquier caso, como ya se ha apuntado, es claramente minoritaria la corriente judicial que, en base a este criterio, exonera de responsabilidad a la empleadora, si su incumplimiento -no obstante no afectar al período de carencia- afecta de algún modo a la cuantía o duración de la prestación.

Un exponente de esta interpretación «positiva» lo encontramos en la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de 13 de junio de 1989, según la cual «(...) Cuando reúne la parte actora la carencia precisa según la normativa anterior, es evidente que no puede alcanzar responsabilidad a la recurrente, puesto que los descubiertos no inciden negativamente para la concesión de la pensión pues conforme a la doctrina que se cita, efectivamente cubierta la carencia exigida para devengar una pensión, no puede exonerarse la Gestora, so pretexto de determinados descubiertos que no afectan al mínimo exigible, esto es, cuando

descartados los meses de descubieto tiene el beneficiario cumplido el período de carencia, sin perjuicio, claro es, del derecho de la Entidad Gestora a exigir por vía de apremio el importe de las cuotas debidas (...).

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Sala 3.^a del TCT, de 10 de mayo de 1989, según la cual «(...) en tales casos hay que limitar la responsabilidad del empleador a la parte correspondiente a su descubieto trascendente con relación a la cotización exigible (...).

Otra circunstancia eximente de la responsabilidad empresarial es la concesión del oportuno aplazamiento en el pago de las cuotas, no tanto en este caso por una interpretación flexibilizadora de los Tribunales, sino por los efectos que se atribuyen, *ex lege*, a la concesión del aplazamiento, y que se concretan en que el empleador que lo obtiene y lo cumple en sus estrictos términos se considera al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones para con la seguridad social (art. 24 de la Orden de 8-4-1992, dictada en desarrollo del ya derogado R.D. 1517/1991, de 11 de octubre); en consecuencia, quiebra la necesaria premisa de cualquier imputación de responsabilidades a sujetos distintos de las gestoras correspondientes; así lo ha entendido, -si bien referido a una prestación de invalidez permanente absoluta, aunque la *ratio decidendi* del pronunciamiento resulta perfectamente trasladable a la prestación que nos ocupa-, por ejemplo, la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de 16 de octubre de 1992, al señalar que, «(...) según reiterada jurisprudencia, son aplicables los artículos 94, 95 y 96 de la LSS de 21-4-66, y concretamente el artículo 94.2.(b) de la Ley del 66, señala que la responsabilidad del empresario queda excluida en los supuestos de cotización insuficiente cuando, como ocurre en el caso actual, se le hubiera concedido fraccionamiento o pago aplazado de los descubiertos (...) por lo que la empresa patronal demandante no es responsable del abono de la pensión IPA reconocida al trabajador demandado (...).

Como se ha señalado, dicha consecuencia se sigue necesariamente de la aplicación de la normativa vigente en materia de aplazamiento y fraccionamiento en el pago de cuotas; no obstante, tanto el ya derogado Real Decreto 1517/1991, como la literalidad del artículo 24 de la Orden de 8 de abril de 1992, que desarrollaba aquél, predicen dicha exclusión de responsabilidad sin limitación, excepción o matización alguna, en el caso de concesión de fraccionamiento o aplazamiento y correcto cumplimiento de los términos del mismo. Una aplicación estrictamente literal del precepto llevaría a la exoneración de responsabilidad empresarial en los casos de concesión del aplazamiento con posterioridad al hecho causante de la prestación (sería un supuesto de aplazamiento extraordinario), incluso mediando la insuficiente cotización antes de verificarse el hecho causante, lo cual constituye un manifiesto abuso de derecho, ya que por esta vía cabe la exoneración fraudulenta por parte del empleador de aquella responsabilidad, mediante el simple expediente de solicitar -y obtener- el aplazamiento después del repetido hecho causante.

Se objetará que la concesión del aplazamiento o fraccionamiento es discrecional por la administración, por lo que ésta puede evitar aquel resultado contrario a Derecho denegando la solicitud de aplazamiento. Pero con ello, sin embargo, se desnaturaliza el mecanismo del aplazamiento, haciendo depender su concesión de circunstancias extrañas a las dificultades económico-financieras que, como regla general, dan lugar o legitiman el acceso a este beneficio.

A mi juicio, la solución debe ser muy otra, y pasa por una interpretación teleológica de la normativa reguladora del aplazamiento y fraccionamiento en el pago de cuotas a la seguridad social, conjugada con la natural aplicación de la doctrina del fraude de ley, que conduce a la aplicación, al sujeto infractor, de la norma que trata de eludir; en este caso, no obstante la eventual concesión de un aplazamiento -que habrá respondido a los habituales criterios económicos de dificultades transitorias de tesorería, etc.-, y siempre y cuando el hecho causante sea anterior a la concesión del aplazamiento, cabrá efectuar al empleador la atribución de responsabilidades en orden a prestaciones en los términos expuestos hasta ahora, computando a este respecto solamente aquellos descubiertos anteriores a la concesión del aplazamiento -aunque la resolución comprenda también el aplazamiento de cuotas anteriores a dicho momento-, y considerando al solicitante al corriente de sus obligaciones aseguradoras respecto de las cuotas impagadas devengadas con posterioridad a la fecha de concesión del aplazamiento. De este modo se cohonestaría perfectamente el beneficio propio del aplazamiento -constriniéndolo a sus estrictos efectos recaudatorios-, y la evitación del fraude de ley en esta materia.

Así lo ha entendido mayoritariamente la Jurisprudencia (Ss. del TCT de 24-1-1989, de 6-4-1989, de 3-11-1989, etc.); por todas, la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 26 de diciembre de 1990, al establecer claramente que «(...) la responsabilidad del empresario no puede desvirtuarse por un pago aplazado que se concede años después de acaecido el hecho causante, y que por ello resulta totalmente intrascendente a los efectos aquí discutidos (...)».

No obstante lo anterior, el nuevo Reglamento General de Recaudación, (aprobado por el R.D. 1637/1995, de 6 de octubre) ha incorporado a su articulado previsión expresa en torno a este punto, al puntualizar que la exención de responsabilidad en orden a prestaciones sólo alcanzará a las nuevas prestaciones causadas durante la vigencia del aplazamiento, es decir, cuando el hecho causante se produzca después de concederse el aplazamiento, y no *-a sensu contrario* respecto de prestaciones causadas con anterioridad, recogándose de este modo, el criterio judicial mayoritariamente sostenido. Así, señala el artículo 42.2 b) del citado Real Decreto 1637/1995 que: «(...) la concesión del aplazamiento dará lugar (...) a que el deudor, en tanto cumpla las condiciones para la efectividad del aplazamiento, sea considerado al corriente de sus obligaciones con la seguridad social respecto de las deudas aplazadas en orden a (...) exención de responsabilidad por nuevas prestaciones de la seguridad social causadas durante el mismo (...)».

En cuanto a la incidencia del instituto de la prescripción -de las cuotas debidas- como eximente o atenuante de la responsabilidad empresarial, ya se ha señalado en otro lugar de este trabajo que una interpretación coherente del sistema *ius-privatista* informador de cualquier imputación de responsabilidad en orden a prestaciones a sujetos distintos de las gestoras, debiera llevar también aparejada la exoneración de responsabilidad en los casos de prescripción de las cuotas que sustentan la declaración de responsabilidad empresarial; no obstante, la Jurisprudencia viene entendiendo que la prescripción sólo despliega sus efectos sobre la posibilidad -o, mejor dicho, sobre la imposibilidad- de reclamar del infractor las cuotas supuestamente prescritas, pero no en orden a la responsabilidad sobre las prestaciones, manteniéndose intacto el sistema de imputación hasta ahora analizado.

En consecuencia, el sujeto infractor, ante la reclamación de cuotas prescritas, podrá oponer la excepción de prescripción, si bien esa misma prescripción no va a liberarle de la responsabilidad prestacional. Nótese como, de este modo, se incurre en una cierta esquizofrenia jurisprudencial, al admitir, por una parte, la disociación entre cotización y prestación, como correspondería a una concepción estrictamente pública de las prestaciones sociales (el empleador no está obligado a pagar las cuotas -por efecto de la prescripción-, y sin embargo el trabajador conserva su derecho a las prestaciones), y, por otra, se admite el nexo entre ambas propio de una concepción privatista de la actividad aseguradora pública (ya que se mantiene la imputación empresarial de responsabilidad).

En este sentido se pronuncia, entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, de 12 de mayo de 1992, según la cual, «(...) resta ahora analizar si la responsabilidad empresarial debe quedar o no atenuada por influencia del instituto de la prescripción. El Juzgador *a quo* se pronuncia en sentido afirmativo, estimando la prescripción de la infracotización correspondiente a los cinco años anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión, que comprende el período 1-5-1981 a 15-5-1982, imponiendo sobre el Ente Gestor cointerpelado la responsabilidad de ello, y, en consecuencia, exonerando a la empresa demandada de satisfacer la diferencia de pensión por importe de 5.769 pesetas mensuales; pero tal criterio no es compartido por la Sala, ya que el instituto de la prescripción no puede operar en el modo indicado, puesto que las consecuencias de la infracotización a efectos de fijación de responsabilidad empresarial quedan sometidas a lo preceptuado en los artículos 94, 95 y 96 de la LSS entrando en juego el artículo 57 de la LGSS únicamente respecto a la obligación del pago de cuotas a la SS, obligación que prescribe, como reza el precepto, a los cinco años, pero en modo alguno puede hacerse extensivo tal efecto jurídico a la obligación de la empleadora de asumir la carga de satisfacer la parte de prestación originada por el incumplimiento de su deber de cotizar (...).».

Igual conclusión se alcanza en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1995, dictada en Recurso de Casación para Unificación de doctrina, Sentencia que, no obstante enjuiciar un supuesto de determinación e imputación de responsabilidades referido a una pensión de jubilación, resulta especialmente interesante por la amplia fundamentación de la solución jurídica que en torno al instituto de la prescripción y su incidencia en la cuestión estudiada contiene, y en la cual puede leerse: «(...) La cuestión (...) estriba en determinar si la responsabilidad directa del empresario -o en su caso de los herederos- de asumir a su cargo el abono de la prestación de jubilación (...) derivada aquella responsabilidad del incumplimiento prolongado del deber de cotizar, desaparece por haber prescrito esta obligación por el transcurso del plazo de cinco años (...), o si, por el contrario, siendo imprescriptible el derecho al reconocimiento de dicha prestación -art. 156 de dicha Ley-, la responsabilidad del empresario en orden a su pago subsiste a pesar de haber prescrito la obligación del pago de las cotizaciones (...) Censura jurídica que merece favorable acogida, pues hay que distinguir entre la obligación de cotizar y la obligación de abono de la prestación por parte del empresario en el supuesto de prolongado incumplimiento de aquélla; no pudiendo admitirse que la extinción de la primera obligación por prescripción determine la extinción de la segun-

da, ya que tal modalidad de prescripción sólo es oponible frente al órgano correspondiente de la seguridad social cuando éste requiera el abono de las cuotas impagadas, pero no puede hacer ilusorio el carácter imprescriptible del derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación consagrado en el artículo 156 LGSS. Además, de admitir la tesis de la Sentencia recurrida se haría inviable el derecho de subrogación previsto en el artículo 96.3 LGSS (...). No obstante, dadas las circunstancias concurrentes en el presente caso, fundamentalmente la actitud pasiva de la entidad gestora durante los años en que el Notario sólo cotizó por contingencias profesionales sin advertirle de su error y sin que le requiriese el abono de las cotizaciones correspondientes, permiten atenuar y graduar su responsabilidad conforme a la doctrina sentada por esta Sala en sus Ss. de 31-5-1980 y 21-4-1986, de las que se hace eco la S. 28-9-1994, en el sentido de que "ha de existir proporcionalidad entre el incumplimiento empresarial y el trascendental resultado de imputar la íntegra responsabilidad en orden a las prestaciones a la empresa". Ello autoriza a que en el presente caso no se imponga el pago íntegro de la prestación a los herederos del Notario, sino sólo en la parte proporcional correspondiente al período no cotizado -del 22-10-1973 al 1-3-1979-, respondiendo directamente del resto el INSS (...): Por otra parte, sin perjuicio de lo expuesto, se debe declarar la obligación de anticipar íntegramente la pensión de jubilación por parte del INSS en virtud del principio de automaticidad (...)».

Nótese como, en la anterior Sentencia, lo que debiera ser el criterio general -esto es, el principio de proporcionalidad entre la intensidad y gravedad del incumplimiento y la extensión de la responsabilidad empresarial- se troca en excepción, a la que se llega precisamente por la aplicación de un criterio de moderación de la culpa empresarial -en este caso la desidia o pasividad de la entidad gestora, que no advirtió ni requirió en ningún momento al empresario incumplidor para subsanar la omisión contributiva-; es decir, que de no haberse apreciado por la Sala enjuiciadora este mecanismo de «compensación de culpas» (recurriendo a la terminología civilista), se habría declarado, pura y duramente, la íntegra responsabilidad empresarial en orden al pago de la prestación, a pesar de que el incumplimiento sólo afecta a unos pocos años -comparados con la totalidad de la vida laboral del trabajador afectado-, lo que da una idea del marcado carácter punitivo -para el empresario- de la Jurisprudencia aún hoy dominante sobre la materia.

En cuanto al carácter imprescriptible de la pensión de jubilación, que el órgano Juzgador aporta como argumento a mayor abundamiento, no parece que resulte trasladable a la prestación de desempleo, habida cuenta de que la duración de esta prestación es mucho más breve (máximo dos años) que la de jubilación, y de que el retraso en su solicitud origina la pérdida efectiva de tantos días de prestación como medien entre la fecha de efectos económicos de haberse solicitado en tiempo y forma, y la fecha de la efectiva solicitud. Por último, y para concluir el comentario acerca de la sentencia últimamente transcrita, cabe advertir que la misma contiene otro posible criterio de atenuación de la culpa empresarial -si bien de escasa aplicación judicial-, a saber, la desidia o retraso de la Entidad Gestora correspondiente en reclamar al empresario deudor las cuotas adeudadas, o en requerirle de subsanación de los errores en que haya podido incurrir -recuérdese la complejidad del ordenamiento de la seguridad social en general, y de las normas sobre cotización en particular, insosla-

yable realidad que no es posible ignorar-, como manifestación de un anormal funcionamiento de la Administración; criterio que, evidentemente, habrá que constreñir a los supuestos en que sea claramente advertible por la Administración actuante el error del empleador.

En cuanto al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, en principio no presenta especialidad alguna en esta materia respecto de los trabajadores del sector privado, cuando se produzca algún tipo de omisión contributiva por parte del empleador público, al menos en lo que se refiere al cálculo de la prestación y al derecho que asiste al trabajador a exigir su importe íntegro anticipado por la gestora; dispone en este sentido la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Tenerife de 4 de febrero de 1993, que «(...) el discurso de la Administración recurrente no puede ser compartido por la Sala, pues aparte de omitir la incidencia que en el caso tiene la Ley de 26-12-1958 -que resuelve el defecto de cotización para el personal al servicio del Estado equiparando para ellos el tiempo de trabajo a la efectiva cotización a efectos de carencia-, tal conclusión choca con la doctrina legal sentada en Ss. como la del fenecido TCT de 28-10-1987, y recordada por la del TSJC datada el 4-11-1991, para las que el período de servicios prestados a un Organismo Público y no cotizado ha de computarse para obtener el cálculo de la base reguladora (...)».

En cambio, sí existen discrepancias en materia de imputación de responsabilidades a los empleadores públicos; no han faltado, en este sentido, pronunciamientos jurisprudenciales que han exonerado a aquéllos en supuestos de omisiones contributivas, interpretando en dicho sentido la Ley de 26-12-58 que cita la sentencia anteriormente transcrita, ya que dicha norma, en su artículo 4, dispone que los centros públicos empleadores «(...) se relacionarán directamente con el Instituto Nacional de Previsión y el Mutualismo Laboral para cumplimentar trámites administrativos y efectuar pagos (...)».

Personalmente, entiendo que dichos preceptos no persiguen una exoneración de la responsabilidad que, en principio, debiera incumbir al empleador público, sino que, sencillamente, tratan de simplificar la relación recaudatoria entre entes de naturaleza pública, sin desnaturalizar ni establecer excepción alguna en cuanto al régimen general de imputación de responsabilidades. Indudablemente, favorecería al trabajador la imposición a la gestora correspondiente, en todo caso, de la obligación de pago de las prestaciones -al verse liberado de cualquier procedimiento, administrativo o judicial, tendente al esclarecimiento del reparto de cargas entre gestora y empleador público-, aunque semejante conclusión, bajo mi modesta opinión, excede -hasta la transgresión normativa- de lo que sería una interpretación *pro-operario* de las normas de este sector del ordenamiento.

Por último, apuntaré también que en algún pronunciamiento jurisdiccional se ha recurrido a la noción de «anomalía burocrática» para liberar al empresario de cualquier responsabilidad, cuando la infracción cometida por el empleador no responde a ningún ánimo rebelde o defraudador, sino sencillamente a algún error de naturaleza administrativa o burocrática que conlleva la omisión contributiva de que se trata.

En definitiva, supone, en cierto modo, el reconocimiento de la gran complejidad que actualmente entraña la correcta tramitación -en su vertiente estrictamente administrativa- de las empresas ante la administración socio-laboral (coexistencia de régimen general y regímenes especiales, -cada uno de ellos con sus especiales normas en materia de cotización-, y, dentro del primero, la existencia de sistemas especiales, con sus particularidades en materia de afiliación, encuadramiento, forma de cotización, etc.); evidentemente, la aplicación de este criterio va a resultar siempre muy restrictiva, reducida a aquellos supuestos en que la buena fe del empleador quede al margen de cualquier duda.

Un ejemplo de lo anterior es el que enjuicia la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 15 de octubre de 1991, referida a un supuesto en el que el INSS pretendía trasladar a la empresa la carga de abonar a un trabajador jubilado a los 64 años la parte de la prestación correspondiente a la reducción de su pensión por aplicación del coeficiente reductor del 8%, debido a que la empresa tardó ocho días en contratar un sustituto para el primero, entendiéndose la gestora que el transcurso de dicho plazo daba lugar a un incumplimiento de la norma que obligaba a contratar un sustituto simultáneamente al cese del trabajador que se jubilaba prematuramente; como no podía ser de otra manera, la Sentencia comentada corrige la aberrante interpretación formalista y literal que buscaba la gestora; así, señala la repetida Sentencia que:

«(..) un punto capital plantea el recurso, a saber, si la exigencia de simultaneidad entre el cese del jubilado y la contratación de quien le releva, ha de entenderse de manera estricta y literal; lo que la empresa niega arguyendo, adicionalmente, que si así se hiciera, incurriríamos en una situación jurídica abusiva, en la que el Instituto había roto el principio de los actos propios. La lectura de la norma colectivamente paccionada muestra que estamos ante una jubilación forzosa prematura, a los 64 años, que se incardina en la figura llamada a "relevo" que, como medida de incentivación de empleo, articula el aludido Real Decreto 1194/1985. Lo que da lugar a que la empresa que quisiera hacer uso de tal facultad, tenga que someterse a las previsiones de la norma estatal, y, si no lo hace, incurre en responsabilidad, cuya traducción no puede ser otra que reparar al obrero de la minoración que en su prestación acarrea el uso de un coeficiente reductor por razón de la edad. Ahora bien, esa responsabilidad debe ir aparejada de quebrantos significativos de la reglamentación citada; pero no puede predicarse de un caso como el presente, en el que, para un cese referido al día 1-12-1987, se contrata a una obrera sustituta, con efectos del día 9-12-1987, con la particularidad además de que esa persona se encontraba vinculada a la patronal mediante contrato temporal, que concluía en la última fecha. Existe, ciertamente, una irregularidad de la empresa; pero no pasa de ser una anomalía burocrática, de reducido alcance, y, por descontado, de insuficiente significado, a la hora de decretar un sustancioso deber de reparación, traducido en ingreso del capital requerido por la diferencia pensionística en juego. (...)».

En definitiva, la noción de «anomalía burocrática» no es más que una forma o manifestación del criterio -ya expuesto con anterioridad- de la buena fe o ausencia de ánimo deliberado de incumplir, como determinante de la exención de responsabilidad.

Hay que señalar, por último, que los diversos mecanismos de atenuación de la culpa empresarial hasta ahora expuestos, si bien contribuyen a mitigar o corregir los lamentables efectos del planteamiento actual del problema de reparto de cargas prestacionales, son normalmente objeto de una interpretación sumamente restrictiva y cicatera por parte de los órganos jurisdiccionales.

VII. RÉGIMEN DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDADES EN EL CASO DE SUBCONTRATA DE OBRAS O SERVICIOS

Hay dos casos en que, no obstante la existencia de una contrata o subcontrata, no se plantea problema ninguno, en la medida en que no se extiende ningún tipo de responsabilidad al dueño de la obra principal; son los supuestos en que la contrata corresponde a la que realiza un cabeza de familia respecto de obras de construcción o reparación en su vivienda habitual, y, por otra parte, aquellos casos en que la contrata no corresponde a la actividad propia y principal del dueño de la obra. Por ello, prescindiré del tratamiento de dichos supuestos en el presente trabajo, para centrarme en aquellos casos donde pueden derivarse responsabilidades tanto para el contratista como para el empresario principal, esto es, aquellas contratas correspondientes a la actividad propia del empresario principal.

Distinguiré, a efectos meramente sistemáticos, dos posibles supuestos; por una parte, aquellos incumplimientos del contratista consistentes en defectos de cotización (ya se trate infracotización o de simples descubiertos), y, por otra, aquellos supuestos en que el incumplimiento consiste precisamente de la falta de afiliación y/o alta.

1. Defectos de cotización de trabajadores dados de alta.

Habida cuenta de la falta de desarrollo reglamentario del artículo 126 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el TRLGSS, hay que entender vigentes -como ya se ha señalado en otro punto de este trabajo- los artículos 94, 95 y 96 del Decreto 907/1966, de 21 de abril, que aprueba el Texto Articulado I de la Ley 193/1963, de 21 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social.

En el caso de trabajadores dados de alta, y a los efectos de la prestación de desempleo, el artículo 95.1.2.^a de la referida Ley del 66 enuncia el principio de automaticidad, imponiendo a la entidad gestora la obligación de anticipar al trabajador el importe de la prestación (4); dicho precepto debe entenderse corregido por el artículo 125.3 del TRLGSS, que, a los efectos de la prestación de desempleo, considera como situación de alta de pleno derecho la de los trabajadores cuyo empleador haya incumplido las obligaciones que le incumben en materia de seguridad social; dichas obligaciones, habida cuenta de la inconcreción y generalidad de dicho precepto, y desde una interpretación «pro-beneficiario», tuitiva de los trabajadores, y favorable a la acción protectora del sistema de la seguridad social, comprende también las de afiliación y/o alta, por lo que la automaticidad relativa del artículo 95.1.2.^a de la Ley de Seguridad Social de 1966 deviene absoluta, es decir, también opera en los casos de falta de alta (5).

En cualquier caso, y respecto de los trabajadores dados de alta, el INEM viene obligado a efectuar el anticipo de la prestación, en iguales términos que si el empresario hubiese cumplido totalmente las obligaciones que le incumben en materia de cotización; sin perjuicio, como es lógico, de su derecho a exigir el reintegro de la prestación al empresario incumplidor, en función del grado e intensidad de dicho incumplimiento.

El aspecto que, partiendo de lo expuesto, puede resultar controvertido, es el alcance de la responsabilidad del empresario principal o dueño de la obra, en los casos de incumplimiento o defectuoso cumplimiento en materia de cotización por parte del contratista, y respecto de los trabajadores de éste.

El artículo 127.1 del TRLGSS contempla el incumplimiento del contratista referido a trabajadores empleados en la obra del empresario principal (es decir, durante la vigencia de la contrata), sin contemplar qué ocurre respecto de incumplimientos anteriores a la vigencia de la contrata; en este sentido, las consecuencias, a efectos de la prestación de desempleo, de incumplimientos en esta materia anteriores al inicio de la contrata, hay que buscarlas en el artículo 42.1 del Texto Refundido

(4) Según el artículo 95 de la LSS'66:

«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: (...) 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 reintegrar el importe de las mismas, sin perjuicio de lo que se disponga en orden al pago delegado de prestaciones.»

(5) Señala el artículo 125.3 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social:

«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.»

de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto-Ley 1/1995, de 24 de marzo; según este precepto, si el empresario principal ha obtenido la correspondiente certificación negativa por descubiertos de la Tesorería, o, solicitada la misma, han transcurrido los 30 días a que hace referencia el citado precepto, el único y exclusivo responsable de la prestación, contra quien se dirigirá el INEM (una vez anticipado el pago al trabajador), será el contratista o subcontratista. En caso contrario -es decir, cuando el empresario principal no haya recabado aquella certificación negativa, y por tanto no se haya asegurado de que el contratista se encuentra al corriente en el pago de las cuotas de Seguridad Social antes de iniciarse la contrata-, la dicción literal del artículo 42.1, en su inciso final, interpretado a *sensu contrario*, parece dar a entender que sí cabe la extensión al empresario principal de aquella responsabilidad, derivada de incumplimientos anteriores al inicio de la contrata, si bien parece que hay que conceder a dicho empresario el beneficio de exclusión recogido en el artículo 127.1, *in fine*, del TRLGSS; así parecen exigirlo elementales exigencias de equidad, así como una interpretación lógica de los preceptos analizados, pues no parece que la responsabilidad del dueño de la obra deba ser mayor por incumplimientos anteriores a la vigencia de la contrata que en el caso de incumplimientos acaecidos durante la vigencia de la misma, a pesar del silencio que sobre este punto concreto guarda el artículo 42.1 del TRLET (6).

El artículo 127.1 del TRLGSS parece ocuparse solamente de la responsabilidad empresarial en los supuestos de contrata o subcontrata respecto de prestaciones de seguridad social debidas a incumplimientos empresariales durante la vigencia de la contrata y con ocasión de la misma; así se desprende de la redacción del precepto, al señalar que «(...) si la correspondiente obra estuviera contratada (...)»; es decir, se vincula el incumplimiento a la obra contratada, y no a cualesquiera otras que pudiera encontrarse ejecutando el contratista, antes, durante o después de la vigencia de la contrata.

En este caso, y sin perjuicio de la automaticidad que tajantemente proclama el artículo 95.1.2.ª de la Ley de Seguridad Social de 1966, el artículo 127.1 del TRLGSS establece que «(...) si la correspondiente obra o industria estuviera contratada, el propietario de ésta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente».

(6) La Circular 2.016, de 30 de Abril de 1991, que transcribe escrito de 12-4-1991, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social ha interpretado que la solidaridad en la responsabilidad del empresario principal alcanza sólo a las obligaciones del contratista nacidas durante la vigencia de la contrata, no alcanzando a las anteriores; por ello aconseja solicitar, mes a mes, en la provincia donde el contratista tenga la obligación de ingresar las cuotas, certificación negativa por descubiertos, de cuyo pago (y de las prestaciones causadas al amparo de las mismas) sería responsable solidario. A la vista de esta circular queda, por tanto, la duda de si la posible responsabilidad del empresario principal se contrae y limita a la que con carácter solidario se le impone durante la vigencia de la contrata, o se extiende, además, a cuotas o prestaciones anteriores al inicio de la contrata, en el caso, en este último supuesto, de que el empresario principal, al iniciar su relación con el contratista, no haya verificado que éste se encontraba al corriente en el pago de las cuotas. Parece que, al amparo de la literalidad del artículo 42.1 del TRLET, también al dueño de la obra se extenderá la responsabilidad por cuotas o prestaciones anteriores al inicio de la contrata, en el caso de no haberse recabado previamente la certificación negativa por descubiertos; aunque, en aplicación del criterio de la Circular 2.016, dicha responsabilidad no será solidaria.

Así pues, se otorga al empresario principal el beneficio de exclusión, de modo que sólo le alcanzará la responsabilidad en el caso de que los bienes del contratista resulten insuficientes para atender al pago de las correspondientes prestaciones; dicho beneficio no está reñido con la solidaridad que igualmente y en beneficio de los trabajadores establece el artículo 42.2 del TRLET; en consecuencia, frente a la reclamación del trabajador, el dueño de la obra principal deberá abonar la prestación, sin perjuicio de su derecho de repetición contra el contratista, y hasta donde alcancen los bienes de éste (y, lógicamente, hasta el importe abonado al trabajador). Aunque no será frecuente que sea el trabajador el que reclame estas prestaciones, sino que, en la mayor parte de los casos, el reclamante será la entidad gestora, que, obligada como lo está por el principio de automaticidad, habrá anticipado previamente la prestación debida al trabajador; en este sentido, si bien la literalidad del precepto parece permitir que la entidad gestora pueda dirigirse indistintamente contra el dueño de la obra o contra el contratista, parece que una interpretación teleológica del precepto nos lleva a entender que la solidaridad se establece frente a incumplimientos de naturaleza salarial (donde evidentemente no opera el principio de automaticidad), y cuya reparación sólo puede exigirse directamente por los trabajadores acreedores; y no tanto para beneficiar a la entidad gestora, que dispone de mecanismos propios de exacción de las cuotas o prestaciones debidas, incluso en vía ejecutiva, si ello resulta necesario. Otra interpretación obligaría al empresario principal a reintegrar a la entidad gestora las prestaciones anticipadas, y a repetir posteriormente contra el contratista incumplidor.

2. Trabajadores no dados de alta.

Cuando el incumplimiento empresarial afecta, no ya tan sólo a la cotización, sino a la misma alta del trabajador en la seguridad social, el régimen jurídico de atribución de responsabilidades es el mismo que el visto hasta ahora, habida cuenta de que el artículo 125.3 del TRLGSS considera la situación del trabajador a efectos de la prestación de desempleo como alta de pleno derecho, en los mismos términos que para las contingencias de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

En consecuencia, rige el principio de automaticidad, de carácter pleno o absoluto, al salvarse la posible falta de alta material por la vía de la figura del alta de pleno derecho, ampliando la automaticidad que enuncia el artículo 95.1.2.^a de la LSS del 66, en cuya redacción el anticipo a cargo de la entidad gestora se condiciona al requisito del alta.

Por consiguiente, alcanzará la responsabilidad al empresario principal en los mismos términos que en el caso de defectuosa cotización, sin perjuicio de que tanto el trabajador -para obtener el anticipo de la entidad gestora-, como la propia entidad gestora -para reintegrarse del contratista, o, en su caso, del empresario principal-, deberán adoptar una actitud mucho más activa, habida cuenta de que, si no existe alta real, la Administración actuante desconoce, en principio, tanto la existencia del incumplimiento, como la gravedad o intensidad del mismo, incertidumbre que se extiende al montante de la prestación que vaya a ser objeto de anticipo.

En este punto, hay que hacer una salvedad: cuando la falta de alta (y la consiguiente responsabilidad en orden a prestaciones) se haya producido antes del inicio de la contrata, y habida cuenta de que este incumplimiento no resulta detectable por la vía de las certificaciones de descubiertos a que hace referencia el artículo 42.1 del TRLET, no parece que al empresario principal pueda alcanzar responsabilidad alguna, puesto que aquellas certificaciones sólo sirven para detectar descubiertos de cotización correspondientes a trabajadores dados de alta; por ello, parece que hay que entender que la extensión de responsabilidad que enuncia este apartado 1.º del comentado artículo 42 se refiere a defectos de cotización, y no a la falta de afiliación y/o alta.

VIII. RÉGIMEN DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDADES ENTRE EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL Y EMPRESAS USUARIAS

La Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se desarrollan las Empresas de Trabajo Temporal (ETT) regula -de forma bastante parca- en su artículo 16.3, el régimen de atribución de responsabilidades contraídas con el trabajador en materia salarial y de seguridad social entre la ETT y la empresa usuaria, frente al propio trabajador, o, en su caso, frente a la entidad gestora correspondiente, la cual viene obligada en todo caso al anticipo de la prestación de desempleo, en aplicación del principio de automaticidad absoluta que rige en esta prestación, como ya se ha visto al tratar del tema de las contratas de obras o servicios.

Así, cabe distinguir dos posibles supuestos; un primer caso sería aquel en que una ETT válidamente constituida y habiendo contratado -en alguno de los supuestos legalmente previstos- a algún trabajador, cedido en misión a la empresa usuaria, incurre en incumplimientos salariales o de seguridad social; el segundo posible supuesto es el caso en que, al incumplimiento anterior frente a la seguridad social, se superpone una cesión ilegal.

1. En el caso de legalidad en la cesión.

Es el caso en que la cesión se ha efectuado por medio de una ETT legalmente constituida, y en alguno de los supuestos habilitantes del contrato de puesta a disposición, previstos en el artículo 6 de la Ley 14/1994, y sin incurrir en ninguna de las exclusiones del artículo 8 de la misma norma legal (7) en este caso, y ante cualquier incumplimiento en materia de afiliación, alta o cotización por

(7) Según el artículo 6.2 de la Ley 14/1994: «Podrán celebrarse contratos de puesta a disposición cuando se trate de satisfacer necesidades temporales de la empresa usuaria en los siguientes supuestos:

- a) Para la realización de una obra o servicio determinado cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es, en principio, de duración incierta.
- b) Para atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa.

parte de la ETT, las responsabilidades que eventualmente pudieran derivarse, incumben a la ETT como responsable principal, y a la empresa usuaria a título de responsable subsidiario; esta responsabilidad subsidiaria en pocas ocasiones llegará a hacerse efectiva, en la medida en que, como requisito previo a la concesión de la autorización administrativa para la constitución de la ETT, la autoridad laboral exige la prestación de una fuerte garantía financiera, regulada en el artículo 3 de la Ley, y en el artículo 7 del Reglamento de desarrollo (R.D. 4/1995, de 13 de enero), cuyo objeto es, precisamente, atender a posibles responsabilidades derivadas de incumplimientos en esta materia (8).

Por otra parte, y para mayor protección de los intereses de la empresa usuaria, el reglamento de desarrollo, en su artículo 17, obliga a la ETT a suministrar a la empresa usuaria el contrato laboral del trabajador cedido, y la documentación acreditativa de haber cumplido las obligaciones salariales y de seguridad social contraídas con dichos trabajadores.

2. Supuestos de cesión ilegal.

Cuestión distinta de la vista hasta ahora será cuando al incumplimiento en materia de afiliación, alta o cotización se superpongan irregularidades en el contrato mismo de puesta a disposición o en el carácter de la empresa cedente como ETT.

Cuando la irregularidad del contrato consista en que el mismo se haya celebrado al margen de los supuestos legalmente permitidos y enumerados en el artículo 6 de la ley, o bien porque se ha incurrido en alguna de las exclusiones de su artículo 8, estaremos en presencia de la figura de la cesión

-
- c) Para sustituir a trabajadores de la empresa con derecho a reserva de puesto de trabajo.
 - d) Para cubrir de forma temporal un puesto de trabajo permanente mientras dure el proceso de selección o promoción.»

Según el artículo 8 de la misma norma: «Las empresas no podrán celebrar contratos de puesta a disposición en los siguientes casos:

- a) Para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria.
 - b) Para la realización de las actividades o trabajos que, por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud, se determinen reglamentariamente.
 - c) Cuando en los 12 meses inmediatamente anteriores a la contratación la empresa haya amortizado los puestos de trabajo que se pretenda cubrir por despido improcedente o por las causas previstas en los artículos 50, 51 y 52, apartado c) del Estatuto de los Trabajadores, excepto en los supuestos de fuerza mayor.
 - d) Para ceder trabajadores a otras empresas de trabajo temporal.»
- (8) Según el apartado 2.º del artículo 3 de la Ley 14/1994: «La garantía, prevista en el número anterior, debe alcanzar, para obtener la primera autorización, un importe igual a veinticinco veces el salario mínimo interprofesional, en cómputo anual. Para obtener las autorizaciones administrativas subsiguientes, esta garantía debe alcanzar un importe igual al 10% de la masa salarial del ejercicio económico inmediato anterior, sin que, en ningún caso, pueda ser inferior al importe de la garantía exigido para el primer año de actividad».

Según el apartado 5.º del mismo artículo: «La garantía constituida responderá, en la forma prevista reglamentariamente, de las deudas por indemnizaciones salariales y de Seguridad Social.»

ilegal de trabajadores, actualmente recogida en el artículo 43 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto-Ley 1/1995, de 24 de marzo; en este sentido, incluso aunque la empresa cedente esté válidamente constituida como ETT cabe la existencia de una cesión ilegal, si el contrato de puesta a disposición se ha producido al margen de los supuestos contemplados en el artículo 6 o vulnerando alguno de las exclusiones del artículo 8, puesto que la legalidad de la cesión exige no sólo que el trabajador cedido lo sea por una ETT legalmente constituida, sino que la cesión se produzca «(...) en los términos que legalmente se establezcan», tal como señala el artículo 43.1 del TRLET, entre los cuales están los contenidos y reglados en los repetidos artículos 6 y 8 de la Ley reguladora de las empresas de trabajo temporal.

Tanto en el artículo 43.2 del TRLET, como en el artículo 16.3, *in fine*, de la Ley 14/1994 se impone a ambos, cedente y cesionario, la solidaridad en la responsabilidad derivada de incumplimientos salariales y/o de seguridad social (el TRLET regula, además, la posibilidad de que el trabajador sometido al tráfico prohibido adquiera la condición de fijo, a su elección, en la empresa cedente o en la cesionaria, sin perjuicio de las posibles sanciones administrativas y de todo orden que se deriven de la cesión ilegal).

El problema que a continuación se plantea, y sin perjuicio de la solidaridad frente al trabajador o la entidad gestora, es el referido al reparto y atribución de responsabilidades, a efectos meramente internos, entre empresa cedente y cesionaria, una vez abonada por cualquiera de ambas la prestación causada. En este punto hay que distinguir según la cesión ilegal lo sea por una contratación ilegal, o bien porque la cesión no se lleva a cabo por una ETT legalmente constituida; en el primer caso, podemos acudir a la disposición adicional primera de la Ley 14/1994, que se limita a señalar que se aplicará la legislación civil y mercantil en las relaciones entre la ETT y la empresa usuaria, dando a entender que entre ambas empresas rige el principio de autonomía privada; el negocio jurídico que vincula a ambas empresas es el contrato de puesta a disposición, uno de cuyos objetivos es, precisamente, eludir el nacimiento de una relación de naturaleza laboral entre la empresa usuaria y el trabajador cedido; por ello, y teniendo en cuenta que la misma Ley 14/1994 apela al ordenamiento civil para la regulación de las relaciones internas entre ambas empresas -es precisamente en el ámbito civil donde la autonomía contractual opera con mayor fuerza-, parece que el responsable principal debe ser la ETT; en consecuencia, si la empresa usuaria, haciendo efectiva la responsabilidad solidaria legalmente impuesta, se ha visto obligada a hacer frente a las obligaciones de seguridad social o desempleo surgidas como consecuencia de incumplimientos de la ETT, entiendo que podrá repetir contra la ETT por el importe íntegro de las cantidades abonadas. Ahora bien, sin perjuicio de la repetida solidaridad y de que el responsable principal siga siendo la ETT, la empresa usuaria conserva, en cualquier caso, su condición de responsable subsidiario, por lo que, si al intentar la empresa usuaria repetir contra la ETT ésta resulta insolvente, no podrá la primera ejecutar la garantía financiera, ejecución cuya legitimación activa reserva el artículo 9.2 del reglamento sólo a los trabajadores afectados; además, no sería lógico que la responsabilidad del cesionario fuese mayor en caso de legalidad en la contratación (en este caso el art. 16.3 de la Ley 14/1994 expresamente declara su condición de responsable subsidiario) que en el caso de que la contratación se haya realizado al margen de los supuestos legalmente permitidos.

Si la ilegalidad afecta a la existencia misma de la ETT, es decir, cuando la cesión se ha llevado a cabo por una empresa que no está válidamente constituida o autorizada para actuar como ETT, no cabe la aplicación del artículo 16.3 de la Ley 14/1994 (ya que este precepto se refiere sólo a las ETT's), sino que directa y llanamente vendrá en aplicación el artículo 43.2 y 43.3 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto-Ley 1/1995, de 24 de marzo, que sanciona dicha cesión ilegal imponiendo la solidaridad en la responsabilidad empresarial frente al trabajador (o frente a la entidad gestora, en el caso de que ésta haga frente a las posibles prestaciones que se causen en base al principio de automaticidad absoluta aplicable a las prestaciones de desempleo), y permitiendo al trabajador sometido al tráfico prohibido escoger entre adquirir la condición de fijo en cualquiera de ambas entidades empleadoras implicadas.

Dado que en este caso no existe ETT, ni por consiguiente tampoco se puede hablar válidamente de contrato de puesta a disposición, no cabe en este punto reproducir el problema de las relaciones internas entre ambos empleadores, que se planteaba cuando la irregularidad se había cometido por una ETT válidamente constituida; en este caso, y sin perjuicio de la solidaridad en la responsabilidad (y, por supuesto, las posibles sanciones de todo orden), ambas empresas responden por igual, de modo que aquella de ellas que se vea obligada a hacer efectiva aquella responsabilidad, podrá repetir contra la otra empresa, para reclamar el 50% de las cantidades abonadas, sin que aquí sea dable distinguir entre responsable principal y responsable subsidiario, aun cuando el comentado artículo 43 del TRLET guarde silencio en este punto.

Las responsabilidades estudiadas corresponden a incumplimientos durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, o, en el caso de inexistencia o falta de autorización válida de la ETT, durante la cesión ilegal producida; no existe en la regulación legal de las ETT's (o, en su caso, de la cesión ilegal), precepto alguno que imponga responsabilidad a la empresa usuaria o cesionaria por incumplimientos o deudas anteriores a la cesión (como ocurre en las contratas o subcontratas) o que obligue a la cesionaria a verificar que la entidad cedente esté al corriente en el pago de las cuotas a la seguridad social, sin que, a mi juicio, sea posible la aplicación analógica de la regulación de esta cuestión en las contratas o subcontratas, dado el carácter sancionador y excepcional de la extensión de responsabilidad a que da lugar.

IX. RÉGIMEN DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDADES EN EL CASO DE LA SUCESIÓN DE EMPRESAS

El posible problema se plantea respecto de la responsabilidad en orden a las prestaciones causadas o devengadas con anterioridad a la sucesión empresarial, puesto que de las nacidas con posterioridad a la misma, responde, como es lógico, el sucesor (9).

(9) Salvo el supuesto anormal en que la transmisión sea declarada delito, en cuyo caso también el transmitente responde de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, al menos de las que tengan carácter «laboral», tal como señala el artículo 44.2 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto-Ley 1/1995, de 24 de marzo.

El artículo 127.2 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social establece la responsabilidad solidaria del adquirente respecto de prestaciones causadas antes de la transmisión; en el caso de las prestaciones de desempleo, y como ya se ha visto en los puntos anteriores, rige el principio de automatidad plena o absoluta, de modo que la entidad gestora competente (en este caso el INEM) viene obligada a anticipar la prestación correspondiente, con lo cual el trabajador no tendrá que preocuparse del régimen legal de atribución y reparto de responsabilidades entre transmitente y sucesor.

A diferencia del párrafo 1.º del artículo 127 del TRLGSS, en el párrafo 2.º de dicho precepto no se establece -al menos explícitamente-, el beneficio de excusión del sucesor, sino que se proclama, sin más, la responsabilidad solidaria de ambos en el pago de las prestaciones causadas antes de la repetida sucesión empresarial. El fundamento de este diferente trato legal parece que hay que buscarlo en la naturaleza misma del hecho sucesor, en el que el adquirente absorbe la entidad jurídico-patrimonial que denominamos empresa, y que es el objeto de la sucesión en sí, a diferencia del supuesto de las contratas y subcontratas, donde el dueño de la obra y el contratista conservan, como objeto y como sujeto -es decir, como empresa y como titular de ésta o empresario- su propia y plena identidad y personalidad. De hecho, al ser figuras jurídicas próximas, en no pocos casos resulta difícil discernir la sucesión propiamente dicha de la unidad o identidad de empresa; la sucesión, en puridad, se produce cuando la empresa -entendida como unidad patrimonial distinta de su titular- se transmite a otro titular distinto; pocas veces en la práctica se da este supuesto de forma diáfana y clara, siendo lo habitual simples cambios de denominación social, o creación de nuevas sociedades con la misma o similar composición social e instalaciones, o bien la transmisión de secciones de una misma empresa, o bien de elementos patrimoniales concretos del patrimonio de la misma, etc.

Por todo ello, y habida cuenta de la dificultad que entraña distinguir entre la sucesión y la identidad de empresa, el ordenamiento impone a la primera, como efecto propio, las mismas consecuencias que se derivarían de la segunda, es decir, la subrogación sin más en todos los derechos y obligaciones (y entre ellas las de Seguridad Social en general y desempleo en particular) de los que era titular el transmitente; es decir, la responsabilidad íntegra y solidaria respecto de las prestaciones causadas con anterioridad al hecho sucesor.

En consecuencia, parece que, efectuado el anticipo de la prestación de desempleo por parte de la entidad gestora correspondiente, ésta podrá dirigirse, indistintamente, contra el transmitente o contra el sucesor, para reclamar el importe de la prestación satisfecha; precisamente porque, si efectivamente se ha producido la sucesión, la empresa (como entidad patrimonial, distinta del titular transmitente o adquirente) es una y la misma tanto antes como después de la transmisión.

Lo que a continuación cabe plantearse es el régimen de atribución o imputación de responsabilidades, a efectos de posibles acciones internas, entre transmitente y sucesor. A mi juicio, esta cuestión no admite una solución unívoca, sino que dependerá en cada caso del título de la transmisión, y de las condiciones pactadas entre transmitente y adquirente para llevar a cabo la misma. El orden público socio-laboral sólo impone la solidaridad entre ambos y frente al reclamante (ya sea éste el

trabajador o la entidad gestora); todo lo que vaya más allá de esta responsabilidad impuesta *ex lege* constituye campo abonado a la autonomía privada y a la libertad negocial (salvo, evidentemente, los supuestos de fraude de ley, donde, por la vía del negocio jurídico transmisivo, se persiga la sustracción de alguno de los intervinientes a las responsabilidades que le incumben).

Así, será el título de la transmisión el que sirva de base para determinar el alcance de las posibles responsabilidades y acciones internas de repetición entre transmitente y adquirente, en el caso, por ejemplo, de que el adquirente o sucesor, haciendo efectiva la solidaridad legalmente impuesta, se vea obligado a hacer frente al pago de prestaciones devengadas o causadas con anterioridad a la sucesión (10).

El artículo 127.2, párrafo segundo del TRLGSS contiene una cláusula de salvaguarda en favor del sucesor, en el caso de que recabe de la Administración de la Seguridad Social (en este caso será de la Tesorería General de la Seguridad Social) la oportuna certificación negativa por descubiertos «(...) que implique garantía de no responsabilidad para los adquirentes.»

También en este punto cabe reproducir el problema que se plantea en el caso de que el incumplimiento empresarial consista en la falta de afiliación y/o alta del trabajador en la seguridad social, porque dicho incumplimiento no resulta detectable por la vía de las certificaciones negativas que pueda emitir la Tesorería; en cualquier caso, y a pesar de que el artículo 127.2, párrafo primero del TRLGSS impone sin más la solidaridad, no parece que en este concreto supuesto quepa imponer al sucesor responsabilidad alguna en orden a las prestaciones en general y al desempleo en particular, puesto que le resulta materialmente imposible el acceso al conocimiento de esta situación de hecho (salvo mala fe probada del sucesor, que en este caso equivale precisamente al conocimiento de la irregularidad cometida por el transmitente); conclusión que igualmente se alcanza por la vía de una interpretación teleológica del precepto, que atribuye a las certificaciones de la Administración «(...) la garantía de NO responsabilidad para los adquirentes», garantía que se enuncia de un modo, al menos tan claro, como la solidaridad impuesta en el comentado primer párrafo del artículo 127.2 del TRLGSS.

Todo lo cual no es óbice a la aplicación del principio de automaticidad plena, con el consiguiente anticipo de prestaciones de desempleo en todo caso -incluidos los supuestos de falta de afiliación y/o alta-, por parte de la entidad gestora.

(10) Este supuesto será poco habitual, ya que, en la mayoría de los casos, si existen cuotas o prestaciones pendientes de liquidar, el adquirente o sucesor, o bien incluirá dichas prestaciones para minorar el precio de la empresa transmitida, asumiendo, por tanto, el importe de dichas prestaciones y renunciando a cualesquiera acciones internas de repetición, o bien tratará de sustraer la transmisión a las reglas generales de la sucesión de empresas, dando a la misma alguna forma jurídica ajena a la venta o transmisión de empresa, (por ej., como compraventa de elementos patrimoniales concretos) y no como compra de empresa o industria propiamente dicha. En cualquier caso, la existencia o inexistencia de la sucesión será cuestión que, en último término, decidirá el juez, aplicando, si procede, la doctrina del fraude de ley, en evitación de consecuencias contrarias a las queridas por el ordenamiento en los supuestos de las sucesiones empresariales.

El precepto analizado (art. 127.2 TRLGSS) sólo regula de un modo explícito el supuesto de prestaciones causadas antes de la sucesión; respecto de las posteriores, en supuestos normales, no existirá más que un responsable: el sucesor; el artículo 44.2 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto-Ley 1/1995, de 24 de marzo, contempla el supuesto de que la sucesión sea declarada delito, en cuyo caso también alcanzan al transmitente, solidariamente con el sucesor, las obligaciones posteriores a la transmisión; no obstante, hay que tener en cuenta que el artículo 44 del TRLET se refiere sólo a las obligaciones de naturaleza laboral y no a las de seguridad social (de hecho, en el art. 42.2 del TRLET se distingue entre ambos tipos de obligaciones, por lo que, en coherencia con el mismo y desde una interpretación sistemática de ambos preceptos, parece que el artículo 44 del TRLET no se refiere a las obligaciones de seguridad social, sino sólo a las estrictamente laborales).

En cualquier caso, la ausencia de cualquier referencia similar u homóloga al señalado artículo 44.2 del TRLET en el artículo 127.2 del TRLGSS, no excluye, a mi juicio, la posible responsabilidad solidaria del transmitente respecto de obligaciones de seguridad social posteriores a la transmisión o sucesión; así, entiendo que en todos los supuestos de fraude de ley en general (incluidos aquellos en que la sucesión sea declarada delito, como especie del género fraude de ley) cabrá dicha extensión de responsabilidad, como sanción al repetido fraude, cuando a través del mismo se pretenda precisamente evitar o eludir la responsabilidad del transmitente utilizando como cobertura el negocio jurídico transmisivo y como norma de aplicación aparente el artículo 127.2 del TRLGSS interpretado a *sensu contrario* (que llevaría precisamente a la exoneración de cualquier responsabilidad respecto del cedente por obligaciones posteriores a la sucesión); extensión aplicable sin límite temporal alguno, a salvo, claro está, de las reglas generales en materia de prescripción.

X. CONCLUSIONES

1. Lamentable falta de desarrollo reglamentario del artículo 126 del TRLGSS en lo referido a la determinación del alcance de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de seguridad social en general, y de desempleo en particular, lo cual ha obligado a la Jurisprudencia a volver sobre normas que hoy podemos calificar de antiguas y obsoletas (LSS de 1966) para integrar esta palmaria laguna del ordenamiento.
2. Merma considerable de la seguridad jurídica, habida cuenta de que la LSS de 1966 respondía en su momento a supuestos y prestaciones distintas -tanto en su concepción como en su regulación- de las actuales; ello obliga a Jueces y Tribunales a llevar a cabo una labor cuasi-legislativa, al tener que subsumir la casi infinita gama de posibles omisiones contributivas empresariales en los enunciados de tres escuetos preceptos de una ley anticuada -cuya misma aplicación resulta contestable-, de lo que necesariamente se sigue la dispersión y falta de uniformidad de los criterios judiciales.

3. No obstante predicarse en nuestra vigente Constitución (y reafirmarse en diversas Sentencias del Tribunal Constitucional) la naturaleza esencialmente pública de la función aseguradora y prestacional (art. 41 CE), así como la correlativa falta de afección entre cotizaciones y prestaciones (inafección que es perfectamente compatible con la naturaleza contributiva de la mayor parte de las prestaciones del sistema de la seguridad social) se mantiene, en un ejercicio de profunda incoherencia, la imputación empresarial de responsabilidad, trasvasando al ámbito de las prestaciones sociales el instituto civil de la resolución contractual; trasunto que, además, se lleva a cabo defectuosamente, porque se impone al incumplidor no sólo la resolución contractual (y con ella la imputación de responsabilidad prestacional al empresario), sino también el cumplimiento íntegro de la obligación que al empleador incumbe en el contrato «resuelto» (al mantenerse la exigibilidad de las cuotas debidas -salvo incidencias, como la prescripción de las mismas-), así como la indemnización correspondiente al incumplimiento empresarial (que se concreta en los recargos sobre las cuotas impagadas).

4. Posible moderación de la «culpa empresarial», mediante el recurso a indicios que denotan la existencia indubitada de buena fe por parte del empleador y la ausencia de cualquier ánimo deliberado o rebelde de incumplir correcta y temporáneamente con sus obligaciones, si bien estos mecanismos de «expulsión» respecto de los criterios aún hoy mantenidos de forma generalizada por los órganos jurisdiccionales son objeto de una aplicación sumamente restrictiva por parte de dichos órganos.