

LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE AFILIACION, ALTA Y COTIZACION A LA SEGURIDAD SOCIAL

SUMARIO:

1. *Introducción.*—2. *Responsabilidad empresarial por falta de afiliación y alta de sus trabajadores:* 2.1. Responsabilidad empresarial por falta de alta: 2.1.1. Supuestos de modificación o atenuación de la responsabilidad empresarial por falta de alta.—3. *Responsabilidad por falta de cotización:* 3.1. Supuestos en los que, aun efectuándose el ingreso de las cuotas fuera de plazo, el empresario quede exonerado de responsabilidad: 3.1.1. Concesión de aplazamiento o fraccionamiento de pago. 3.1.2. Ingreso fuera de plazo de la totalidad de las cuotas correspondientes a la totalidad de sus trabajadores. 3.2. Doctrina jurisprudencial sobre la materia. 3.3. Conclusiones sobre la doctrina jurisprudencial. 3.4. La doctrina y el principio sobre el enriquecimiento injusto o sin causa.—4. *Variaciones y matizaciones de las reglas generales de responsabilidad en el pago de las prestaciones.*

I. INTRODUCCIÓN

Parece evidente que nuestra Seguridad Social se encamina hacia lo que se ha llamado «universalidad de la cobertura», es decir, hacia el logro de la meta propuesta en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, reconociendo el derecho de toda persona a la protección dispensada por aquélla (1).

Por otra parte, en nuestro ordenamiento, es el propio Estado el que garan-

(1) Véase MANUEL ALONSO OLEA: *Instituciones de Seguridad Social*, 4.^a edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1972, pág. 26.

Algunos de los regímenes especiales hoy existentes son, por sí mismos, una buena prueba de esta tendencia, que ha hecho superar clara y rotundamente la equiparación entre sujeto protegido y trabajador por cuenta ajena. En este sentido cabe citar el Régimen de los trabajadores autónomos (Decreto 2.530/1970, de 20 de agosto, y Orden ministerial de 24 de septiembre de 1970), así como el Régimen de escritores de libros (Decreto 3.262/1970, de 29 de octubre, y Orden ministerial de 27 de junio de 1972).

tiza a las personas incluidas en el ámbito de la Seguridad Social, el derecho a las prestaciones correspondientes, al decir el artículo 2.º de la ley de 21 de abril de 1966 (LSS) que: «El Estado español garantiza a las personas... comprendidas en su campo de aplicación (en el de la ley de Seguridad Social), protección adecuada en las contingencias y situaciones que en esta ley se definen». En este precepto no se hace, además, más que transcribir el contenido de la Base Preliminar II, de la ley de Bases de la Seguridad Social, de 28 de diciembre de 1963. Estos preceptos están directamente inspirados en otro constitucional, el artículo 28 del Fuero de los Españoles: «El Estado español garantiza a los trabajadores la seguridad de amparo en el infortunio y les reconoce el derecho a la asistencia en los casos de vejez, muerte, enfermedad, maternidad, accidentes de trabajo, invalidez, paro forzoso y demás riesgos que puedan ser objeto de seguro social.»

Sin embargo, pese a la amplitud y generosidad de las declaraciones de estos preceptos, en la organización concreta de la Seguridad Social el derecho a las prestaciones —no a todas, pero sí a varias de ellas— se hace depender de la concurrencia de una serie de condiciones y requisitos, que limitan de forma notable ese derecho de toda persona o de todo ciudadano, por el mero hecho de serlo, a la protección de la Seguridad Social, al que nos referíamos al principio.

La existencia de esas limitaciones y requisitos responden más que nada, en mi opinión, a preocupaciones —lógicas preocupaciones— de orden recaudatorio (2). Efectivamente, dado que las cotizaciones de empresarios y trabajadores son la base fundamental en que se apoya todo el sistema, habiendo representado en 1971 un porcentaje muy próximo al 90 por 100 del total de los recursos de la Seguridad Social (3). Es muy explicable que, por mecanismos diversos, se haya procurado interesar en el problema recaudatorio a las personas incluidas en la Seguridad Social. En líneas generales, y dejando a salvo las precisiones que se harán más adelante, este «interesamiento» se logra, para los trabajadores, dejando existir la posibilidad —el peligro, diríamos más bien— de quedarse sin prestaciones, si no han obrado con la debida diligencia, ase-

(2) ALFREDO MONTOYA MELGAR ha llegado también a la conclusión, casi con toda seguridad acertada, de que la causa de la existencia de los regímenes especiales, distintos del general, está más que nada en los problemas económicos, de recaudación o, más concretamente, actuariales. Ver su trabajo «La fragmentación de la Seguridad Social y sus razones», en REVISTA DE POLÍTICA SOCIAL, núm. 98.

(3) Véase *Cuentas y Balances de la Seguridad Social. Ejercicio 1971*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo. En este año las cuotas de empresarios y trabajadores representaron 182.407.608.676 pesetas y las subvenciones y los recursos patrimoniales y diversos, respectivamente, 12.957.360.240 y 10.926.544.126 pesetas.

gurándose de que su empresario los tenía afiliados y dados de alta y comprobando que las cotizaciones se ingresan regularmente (4). Para los empresarios, sujetos responsables del ingreso de las dos cotizaciones (art. 68, LSS, y artículo 25, OCR), además de la posibilidad de sanciones administrativas en caso de incumplimiento, la garantía de su colaboración se refuerza por el riesgo existente para ellos —riesgo gravísimo para algunas contingencias— de hacer recaer sobre los mismos la responsabilidad directa del pago de las prestaciones causadas.

Estas posibilidades punitivas, para empresarios y trabajadores, contenidas en el ordenamiento de nuestra Seguridad Social —es preciso insistir en ello— pueden suponer, en ocasiones, la aplicación de una sanción de gravedad extrema. hacen también que la garantía asumida como obligación por el Estado quede considerablemente limitada, por no decir inexistente, en muchos de esos mismos casos. Junto a esto, es preciso indicar aquí, aunque sea obvio, que el Estado no asume nunca, de forma directa, la responsabilidad o la carga de hacer frente a las prestaciones de Seguridad Social debidas. La protección se formaliza por medio de las «Entidades gestoras»: INP y Mutualidades Laborales, ambas con personalidad jurídica distinta de la del Estado (art. 38,2, LSS) y de las «colaboradoras en la gestión», Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo y Empresas, ambas también, por supuesto, con su propia personalidad jurídica, reconocida en cuanto a las primeras en el artículo 2.º, 2, del Decreto 1.536/1967, de 6 de julio. Finalmente, cabe la posibilidad de que entre en juego, en determinados casos, la responsabilidad subsidiaria de último grado que asumen algunos de los llamados «Servicios Comunes de la Seguridad Social»: Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, Fondo Compensador del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales y Servicio de Reaseguro de Accidentes de Trabajo (Disposición transitoria quinta, 1 LSS) (5).

La incidencia de los principios expuestos, en los supuestos concretos que nuestra legislación plantea, es el objeto de este trabajo, adelantando aquí que será objeto de una atención muy principal la doctrina jurisprudencial sobre estos temas, ya que es este uno de los casos en el que nuestro Tribunal Supremo se ha lanzado, resueltamente, hacia una interpretación extensiva y, por supuesto, favorable a los sujetos incluidos en el ámbito de la Seguridad So-

(4) La obligación de las Empresas contenida en el artículo 56.4 de la Orden de 28 de diciembre de 1966 (OCR) es muy significativa en este sentido: «Los empresarios deberán colocar en lugar destacado de los centros de trabajo el ejemplar de documento de cotización que recoja las cuotas últimamente ingresadas.»

(5) Sobre el juego de esta responsabilidad subsidiaria pueden consultarse G. DIÉGUEZ CUERVO: «Responsabilidades sobre prestaciones entre entidades gestoras y colaboradoras del Régimen general», en REVISTA DE POLÍTICA SOCIAL, núm. 82, págs. 81 a 95.

cial. De esta forma se procura darle la mayor efectividad posible a los principios recogidos en los artículos 28 del Fuero de los Españoles y 2.º de la LSS, en una labor verdaderamente encomiable y que acredita la preocupación social de nuestros jueces.

No obstante, y como queda bien claro en el título de este trabajo, sólo afrontaremos de forma directa el aspecto de la cuestión referido a la responsabilidad empresarial en el Régimen general (6) en cuanto a las prestaciones, por incumplimiento de sus obligaciones de afiliación, alta y cotización, tocando sólo marginalmente el problema —muy ligado al anterior en bastantes ocasiones— de la posible pérdida de las prestaciones para los sujetos protegidos, en caso de faltar alguno de los requisitos particulares que la legislación establece.

2. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR FALTA DE AFILIACIÓN Y ALTA DE SUS TRABAJADORES

Los empresarios están obligados «a solicitar la afiliación inicial de los trabajadores a su servicio» (art. 64, LSS, y art. 11, OCR) (7). Hay que tener en cuenta que la afiliación es única para toda la vida del trabajador (art. 12, LSS, y art. 9.º, OCR), por lo que solamente el empresario que le emplee por primera vez, al comenzar su vida laboral, puede cometer infracción en este punto y, en su consecuencia, sólo a él podrán exigirse las responsabilidades derivadas de esta omisión. Lamentablemente, en el lenguaje ordinario se confunde muchas veces la obligación de afiliación con la obligación de dar de alta (a la que más adelante nos referiremos). Esto es más de lamentar cuando la confusión se produce en una norma legal, como es el caso del artículo 17 de la ley 24/1972, de 21 de junio (LFP), precepto muy importante para el objeto de nuestro estudio y al que, por ello, habremos de referirnos en más ocasiones.

La afiliación inicial, como bien dice Alonso Olea, implica su alta (8), lo que quiere decir que, incluso en esa primera entrada al trabajo del trabajador, que es cuando únicamente se da el acto de la afiliación, la responsabilidad por

(6) Los regímenes especiales suelen remitirse en este punto a las normas del Régimen general, así en el *agrario*, art. 17, T. R., de 23 de julio de 1971; *artistas*, artículo 20 del Decreto de 12 de marzo de 1970; *trabajadores del mar*, art. 65 del Decreto de 9 de julio de 1970.

(7) La llamada «relación jurídica de afiliación» se estudia con bastante detalle por J. M. ALMANSA PASTOR en su *Derecho de la Seguridad Social*, págs. 386 a 396.

(8) Ob. cit., pág. 296.

la falta de ésta no es posible desligarla, en la práctica, de la falta u omisión del alta. En este sentido, como siempre que hay alta existe afiliación, puede resultar disculpable la confusión que, a veces, se produce entre ambos conceptos, aunque quede claro, como ya se ha dicho, que estamos ante dos actos jurídicos distintos, de efectos también diferentes.

Por lo dicho, no daremos un tratamiento diferenciado a la responsabilidad derivada de la falta de afiliación, que nunca puede aparecer separada de la de falta de alta. El artículo 94, LSS, no obstante, dice que «el empresario será responsable de las prestaciones: a) *Por falta de afiliación o alta...*». Lo que sucede —y la propia realidad de las situaciones ya expuesta avala esta afirmación— es que, en este precepto, más que una disyuntiva «o», debería haber una copulativa «y» para que la concordancia del mismo con el resto de la regulación de la LSS fuera más ajustada.

2.1. Responsabilidad empresarial por falta de alta

Todos los empresarios, al admitir a un trabajador, están obligados a darle de alta en la Seguridad Social (art. 64, LSS, y art. 17.1, OCR); la comunicación del alta ha de efectuarse dentro de los cinco días siguientes al de iniciación del trabajo (art. 17, OCR) (9).

La falta de cumplimiento de esta obligación, según ya vimos en la transcripción efectuada del artículo 94, LSS, hace responsable de las prestaciones que puedan causarse al empresario infractor. Pero incluso en este caso —estimamos— la responsabilidad sólo es plena si ha habido también falta de cotización, enlazando con lo que ya decíamos al principio de que la verdadera preocupación del legislador, para efectuar estas imputaciones de responsabilidad, está en que el volumen de la cotización o, en otras palabras, de la recaudación, no sufra menoscabo.

2.1.1. *Supuestos de modificación o atenuación de la responsabilidad empresarial por falta de alta.*—En primer lugar si, pese a no haber habido alta, el empresario ha cotizado y, consiguientemente, «hubiese incluido al trabajador en los documentos de cotización que haya formulado para efectuar sus liquidaciones...», el Instituto Nacional de Previsión, al proceder a declarar el alta de oficio, retrotraerá sus efectos a la fecha en que se haya efectuado por

(9) Para el estudio de esta obligación, ver ALONSO OLEA, *Ob. cit.*, págs. 296 y 297, y ALMANSA PASTOR, *Ob. cit.*, págs. 396 a 408 (en éste se reproducen los documentos que se utilizan en estos actos).

la Empresa el ingreso de las primeras cuotas correspondientes al trabajador» (artículo 18.2.a), OCR), con lo que claramente se pone de manifiesto que lo verdaderamente determinante es la cotización y que el resto de defectos en la formalización de la relación aseguradora de Seguridad Social pueden subsanarse sin que entre en juego la responsabilidad empresarial. Esto es así, aunque el artículo 92.3.3.^a, de la LSS, en concordancia con el 66.2, partían del principio opuesto de no conceder efecto alguno a las altas practicadas fuera de plazo, si bien dejaban abierta una posibilidad al dejar a salvo el supuesto de que «la afiliación o el alta se efectúen en oficio por el Instituto Nacional de Previsión», que es la que justifica la regulación contenida en el artículo 18.2.a), OCR, que hemos visto. Este mismo precepto, en sus apartados b), c) y d), regula otros supuestos de alta de oficio, que suponen otras tantas limitaciones o modificaciones de la responsabilidad empresarial por incumplimiento de esta obligación. Son los siguientes:

a) *Si el alta de oficio se efectúa como consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo, «los efectos de la declaración de alta se retrotraerán a la fecha en que se haya llevado a cabo tal actuación y... si la misma hubiere sido promovida por orden superior, instancia de las Entidades gestoras, solicitud de la Organización Sindical o como consecuencia de denuncia, queja o petición expresa de Empresas o trabajadores, los indicados efectos se retrotraerán a la fecha de la orden superior o a aquella en que hayan tenido entrada en la Inspección la respectiva instancia, solicitud, denuncia, queja o petición; imputándose al empresario las responsabilidades que se deriven de la falta de alta del trabajador con anterioridad a las expresadas fechas». No obstante, lo que sucederá en la práctica en estos casos es que se levantará Acta de liquidación —además de la de infracción posible— comprendiendo en el descubierto todo el período que el trabajador lleve en la Empresa (salvo que por la Empresa se hubiera cotizado directamente parte de este período, en cuyo caso estaríamos en el supuesto anterior), tomando como fecha inicial de la liquidación la comprobada como de iniciación del trabajo. Y para estos casos, el artículo 92.3.1.^{ab}) de la LSS establece que: «Cuande la cotización se haya efectuado fuera de plazo, a consecuencia de actuación inspectora o espontáneamente previa comprobación de la Inspección, surtirá plenos efectos.» Es decir, que la actuación de la Inspección de Trabajo, en reclamación de las cuotas debidas por las Empresas tiene, en cada caso, el mismo efecto que si la relación de aseguramiento se hubiera formalizado con todos los requisitos exigidos*

dos y las cotizaciones correspondientes se hubiesen ingresado dentro del plazo reglamentario. Esta regla (o esta excepción a las reglas, según se mire) es de tan gran interés que tendremos que referirnos nuevamente a la misma al apoyar nuestras tesis sobre la atenuación de la responsabilidad empresarial en determinados supuestos de falta de cotización (10).

b) *Si el alta se efectúa de oficio por el INP como consecuencia de datos obrantes en los Servicios de Colocación*, «los efectos del alta se retrotraerán a la fecha en que tales datos hayan llegado a conocimiento del Instituto», siendo imputable al empresario la responsabilidad por las prestaciones en el período anterior. Pero téngase en cuenta que «la obligación de cotizar nace con el mismo comienzo de la prestación del trabajo» (arts. 15.2 y 70.1, LSS, y art. 28, OCR). y que «se mantendrá por todo el período en que el trabajador esté en alta o preste sus servicios» (art. 70.2, LSS, y art. 29.1, OCR).

c) *Si el alta se lleva a cabo de oficio, como consecuencia de cualquier otro procedimiento distinto de los anteriores*, «los efectos del alta se retrotraerán a la fecha en que los hechos que la motivaron hayan llegado a conocimiento del INP», siendo responsable el empresario, al igual que en los otros casos, por el período anterior (11).

(10) Sin embargo, el artículo 94.2.6), final, dispone que, tampoco en estos supuestos, quedará exonerado de responsabilidad el empresario, con lo que no se alcanza qué quiso decir el legislador al hablar de «plenos efectos» en este supuesto. A nuestro parecer, y los volveremos a ver con mayor detalle más adelante, lo que sucede es que la preocupación (casi obsesiva) por el tema recaudatorio ha llevado al legislador a contradecirse en dos preceptos casi consecutivos. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 6.^a, de 3 de marzo de 1971 (Ar. 1.017) exonera de responsabilidad a la Empresa y la establece para la Mutualidad correspondiente, cuando el descubierto en la cotización de la primera fue recogido en acta de liquidación, practicada por la Inspección de Trabajo.

ALONSO OLEA, Ob. cit., pág. 315, es también de la opinión de que el artículo 92.3.1.^ab), LSS, juega plenamente sin la excepción del artículo 94.2.b).

(11) Según la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 6.^a, de 3 de abril de 1970, (Ar. 1.693), citada por A. OLEA en Ob. cit., pág. 298, si la prestación exige un período de carencia y éste no se hubiera cubierto al servicio del empresario que haya incumplido sus obligaciones en estas materias, la responsabilidad empresarial no se extiende «hasta el extremo de suplir totalmente la cobertura del período de carencia, sino la correspondiente al tiempo de servicio del operario».

No hay problema, en este supuesto, para repartir entre los distintos empresarios, posiblemente afectados, la liquidación por las cuotas debidas, en proporción al tiempo efectivamente servido por el trabajador con cada uno. El problema es mucho más difícil, y ya lo apunta ALONSO OLEA, en el supuesto de tener que efectuar la concreta impu-

No nos referimos aquí, por no tener incidencia especial sobre las responsabilidades del empresario, a las situaciones denominadas «asimiladas al alta» (artículo 93, LSS), que representan, en todos los casos, supuestos de extinción o suspensión de la relación laboral, ni tampoco a los supuestos de alta «presunta o de pleno derecho», que se da a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, desempleo y accidente no laboral a los exclusivos efectos de la asistencia sanitaria (art. 93.3, LSS) (12), que tampoco modifican ni alteran el alcance de la responsabilidad empresarial, por el incumplimiento de sus obligaciones en este punto, como muy bien se cuida de precisar el artículo 94.2.a) de la LSS (13).

Con esto pasamos al estudio del supuesto de responsabilidad empresarial de pago directo de prestaciones que, de acuerdo con lo que hemos dicho, consideramos más importante y, por supuesto, de mayor trascendencia.

3. RESPONSABILIDAD POR FALTA DE COTIZACIÓN

El alcance de esta responsabilidad está, en principio, fijado por el artículo 94.2.b) de la LSS, que imputa al empresario la responsabilidad del pago de las prestaciones causadas «por falta de ingreso de las cotizaciones, a partir de la iniciación del segundo mes siguiente a la fecha en que expire el plazo reglamentario establecido para el pago» (14).

tación de responsabilidad para pago de prestaciones, cuestión que no resuelve esta sentencia, en la que se trataba de una reclamación por accidente de trabajo, de la que se absolvió al empresario demandado por quedar demostrado que, en la fecha de producción del accidente, el vínculo o relación laboral ya se había extinguido.

(12) Las especiales situaciones mencionadas pueden estudiarse con mayor detalle en ALONSO OLEA y ALMANSA PASTOR en obras y páginas citadas en nota anterior. También en ANGEL TRUJILLO CABRERA: *Manual práctico de la Seguridad Social*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, Madrid, 1973, págs. 205 a 208.

(13) «... sin que le exonere de responsabilidad (al empresario) el alta presunta de pleno derecho del número 3 del artículo anterior».

(14) El plazo reglamentario para el pago es el «del mes siguiente al que corresponda» el devengo de las cuotas, debiéndose efectuar la liquidación «por mensualidades vencidas y en un solo acto» (art. 46.1 OCR).

3.1. *Supuestos en los que, aun efectuándose el ingreso de las cuotas fuera de plazo, el empresario queda exonerado de responsabilidad*

3.1.1. Hay que considerar, en primer lugar, el de *concesión de aplazamiento o fraccionamiento de pago* (art. 94.2.b), LSS). El procedimiento, tramitación y efectos de estas concesiones se regula en los artículos 57 a 62 de la OCR; las reglas a las que se sujetan estas concesiones son, esencialmente, las siguientes:

— Para que se conceda el aplazamiento o fraccionamiento en el pago, ha de solicitarlo expresamente la Empresa afectada, y se ha de referir a cuotas futuras y nunca a las ya devengadas en el momento de producirse la petición. El fundamento de estas solicitudes está, normalmente, en «razones económicas de carácter transitorio», que imposibiliten para «liquidar puntualmente» las aportaciones correspondientes.

— El aplazamiento o fraccionamiento se concede, en su caso, exclusivamente respecto a la cotización empresarial y no en relación con la cuota de los trabajadores, que hay que continuar ingresando puntualmente.

— La concesión la otorga el delegado de Trabajo, si la cuantía total del pago aplazado no excede de 150.000 pesetas; en otro caso la concesión corresponde a la Dirección General de la Seguridad Social. El aplazamiento no puede exceder en ningún caso de un año, la amortización tampoco puede exceder, salvo casos extraordinarios, de otro año. No se da recurso alguno contra las resoluciones dictadas en esta materia.

— La Empresa a la que se otorgue aplazamiento o fraccionamiento de pago deberá ofrecer y constituir fianza por las cantidades aplazadas.

— La autoridad que resuelva sobre la concesión de aplazamiento podrá exceptuar también a la Empresa del pago delegado de las prestaciones de incapacidad laboral transitoria y de desempleo parcial (no de las de protección a la familia).

3.1.2. *Cuando el empresario ingresa —aunque sea fuera de plazo— "las cuotas correspondientes a la totalidad de sus trabajadores" (art. 95.4, LSS). En estos casos, sigue diciendo el mismo precepto, «la Entidad gestora asumirá,*

en la medida en que el empresario quede exonerado, la responsabilidad resultante». En este sentido, Almansa Pastor (15) sostiene que esa es la situación: En el caso de que el empresario ingrese las cuotas correspondientes a la totalidad de sus trabajadores, aunque sea fuera de plazo, dicho empresario queda exonerado de responsabilidad y, por tanto, no tiene que hacer frente a las prestaciones que se causen.

Sin embargo, existe una objeción importante, que obstaculiza grandemente esta exención de responsabilidad. Está contenida en el propio artículo 95.4, LSS, que comienza diciendo que: «En el supuesto a que se refiere el apartado b) del número 2 del artículo anterior (falta de ingreso de las cotizaciones), *podrá moderarse reglamentariamente* el alcance de la responsabilidad empresarial cuando el empresario ingrese las cuotas correspondientes a la totalidad de sus trabajadores», es decir, que parece que este precepto no es directamente aplicable, sino que precisa un desarrollo reglamentario que gradúe el alcance de la responsabilidad empresarial. En cualquier caso, resulta evidente que no es adecuado dar el mismo tratamiento a todas las posibilidades de ingreso fuera de plazo, ya que en algunos puede darse una actitud verdaderamente fraudulenta —o lo que es lo mismo, un actuar de mala fe— que no puede considerarse lo mismo que un retraso en el pago por imposibilidad sobrevenida (sin haber podido solicitar aplazamiento), subsanado —con el pago de los recargos correspondientes—, tan pronto como han desaparecido las circunstancias que lo motivan. Ni que decir tiene que el Reglamento que debería desarrollar este precepto aún no se ha dictado.

En estas condiciones resultaba verdaderamente difícil mantener que el empresario que ingresa fuera de plazo las cuotas correspondientes a la totalidad de sus trabajadores, no responde del pago de las prestaciones. Dificultad que no hace más que aumentar tras la promulgación de la ley de 21 de junio de 1972 (LFP), en especial por lo dispuesto en su artículo 17 (16). Sobre todo cuando la Disposición transitoria segunda del Decreto 1.645/1972, de 23 de junio, dictado en desarrollo de la LFP, establece que «en tanto se dicten las

(15) Ob. cit., pág. 493.

(16) Artículo 17 —LFP—: 1. El incumplimiento de obligaciones en materia de afiliación y cotización 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.

2. Las Entidades gestoras de la Seguridad Social asumirán la responsabilidad de las prestaciones en los casos en que la misma resultara atenuada por la Empresa, así como el anticipo de aquellas prestaciones cuando procediera, aun en los supuestos de Empresas desaparecidas o de las que por su especial naturaleza no puedan ser objeto de procedimiento de apremio.

disposiciones en las que se determinen las circunstancias a que se refiere el número 1 del artículo 17, LFP, se aplicarán las normas contenidas en los artículos 94, 95, 96 y 97, números 1 y 2 de la LSS», lo que quiere decir que, a falta de desarrollo reglamentario, las cosas siguen como estaban (17). El número 2 del artículo 17, LFP, introduce una modificación en el artículo 95.2, LSS, relativo a los supuestos a los que la Entidad gestora debe anticipar el pago de la pensión de vejez a los trabajadores de Empresas que no se encuentren al corriente de pago, eliminando la excepción que existía respecto a las «Empresas desaparecidas o que, por su especial naturaleza, no puedan ser objeto de procedimiento de apremio»; más adelante, al estudiar las peculiaridades de cada prestación, haremos otra vez referencia a este tema.

3.2. *Doctrina jurisprudencial sobre la materia*

Como dice Almansa Pastor (18), la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha realizado en este punto una meritoria labor, moderando el excesivo rigor legal y sometiendo la letra de la ley al principio del enriquecimiento injusto o *sin causa*.

Enumeraremos seguidamente una serie de pronunciamientos en los que se declara la no existencia de responsabilidad empresarial en los casos de ingreso de las cuotas fuera del plazo reglamentario, unas veces espontáneamente y otras en virtud de la actuación de la Inspección de Trabajo. Transcribiremos lo que nos parece esencial de la doctrina sentada por cada una de las sentencias citadas:

— «... la cotización efectuada fuera de plazo a consecuencia de actuación inspectora o espontáneamente, surtirá también plenos efectos, siendo el requerimiento básico para determinar en este caso la responsabilidad, *dado que su aceptación y consiguiente pago exonera a la Empresa Patronal (sic) de toda clase de obligaciones, máxime*

(17) ALONSO OLEA, en el «Apéndice 1973» a las *Instituciones*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1973, págs. 43 y 44, expresa esta misma opinión y añade que «como reglamentariamente no pueden introducirse innovaciones en esta materia, que por ser de carácter punitivo, ha de ser objeto de regulación por ley, no cabe esperar sino una nueva sistematización de los preceptos de la LSS, incorporando a ellos los criterios más firmes y reiterados de la jurisprudencia, junto con la regulación del procedimiento, a la que se alude expresamente».

(18) Ob. cit., pág. 493.

cuando evidencia la sentencia recurrida la buena fe de aquélla, por actos anteriores y posteriores a la omisión referida» (18 bis).

— No procede el recurso de casación interpuesto por la Mutua Patronal aseguradora, declarada responsable por la Magistratura de instancia, por falta de cotización de la Empresa, «porque la actitud de inactividad expectante en que la Mutua se hallaba colocada con respecto a la cotización de su asociada, resulta no solamente contraria a la finalidad y carácter que le son propios, sino de *contenido contrario a la equidad elemental, ya que le permitiría aprovecharse, si quiera fuera retardadamente, de las actuaciones del INP para el percibo de sus cuotas, habiendo estado, mientras tanto, exonerada de la responsabilidad* a la que se había comprometido (19). En esta sentencia y en la que veremos a continuación, parece exigirse a la entidad aseguradora una actitud diligente en reclamación de las cuotas que se le deben, pues, en otro caso, no podrá invocar la responsabilidad de la Empresa por falta de ingreso de las mismas.

— El apartado b) del número 2 del artículo 94, LSS (imputación de responsabilidad a la Empresa por falta de ingreso de las cotizaciones), «se limita a establecer en general la imputación de responsabilidad del empresario, la *que debe determinarse a la vista de las circunstancias concurrentes y en relación con las restantes disposiciones rectoras de la materia y, entre ellas, con las contenidas en la sección 3.ª del capítulo II, LSS, dedicada a regular la recaudación de cuotas y en la que se establecen medidas de control de su falta de ingreso, inspección, certificaciones de descubierto y requerimientos previos, todo ello... tendente a compeler y facilitar la cotización, evitando, en lo posible, que llegue a producirse la situación de responsabilidad empresarial directa contraria a los fundamentos del sistema instaurado...*» (20).

— Si la Empresa, en virtud de la actuación de la Inspección, «*fue obligada a pagar todas las cuotas correspondientes al período de tiempo que tuvo a su servicio... al trabajador..., pago aceptado sin oposi-*

(18 bis) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 6.ª, de 10 de mayo de 1972 (Ar. 2.858).

(19) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 6.ª, de 21 de abril de 1972 (Art. 2.837).

(20) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 6.ª, de 15 de febrero de 1972 (Ar. 515); estimo esta sentencia del máximo interés, pues la Sala, sin duda, ha cuidado la redacción y doctrina contenida en la misma, que sirve de antecedente a otras varias sentencias, entre ellas las dos citadas en las notas anteriores. Los preceptos clave en materia de imputación de responsabilidad son los artículos 92.3.1.ªb), 94.2.b) y 95.4, LSS, que en esta sentencia se ponen en relación, se conjugan, matizan y aclaran.

ción ni reserva alguna..., es visto que tal actuación implicó no sólo el cobro, sino también la afiliación o alta como actos inseparables, asumiendo (la Mutualidad Laboral) las responsabilidades económicas consiguientes..., y entender lo contrario significaría un enriquecimiento injusto..., aparte de que las imperfecciones del Derecho positivo nunca pueden dar lugar a interpretaciones que produzcan un resultado contrario a los principios inmutables en que un determinado ordenamiento jurídico se asienta, y es evidente que (sic) admitir lo favorable y rechazar lo adverso de un acto o negocio jurídico determinado siempre es contrario a los más elementales principios de la Justicia» (21).

— *«El retraso en el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social no genera, por sí sólo y de modo automático, el cese de las obligaciones de la misma (la entidad aseguradora), pues siempre pervive, una vez realizada la oportuna afiliación, el derecho de ella al cobro de las cotizaciones no ingresadas a su debido tiempo, con los recargos y sanciones legalmente establecidos», y, en otra parte: «... pues si bien es cierto que la Seguridad Social viene constituida como un amplio servicio público, no puede desconocerse que su estructura obligacional sigue paralela al contrato de seguros...» (22).*

Sin embargo, en nuestra opinión, el fundamento para responsabilizar a las Entidades gestoras o colaboradoras, incluso en el caso de impago de las cuotas debidas, habrá que buscarlo, justamente, en el razonamiento contrario, es decir, que en la Seguridad Social, pese a ciertas apariencias o paralelismo con el contrato de seguro, nos encontramos ante algo muy próximo a un servicio público, que las Entidades encargadas del mismo están obligadas a prestar aunque no se mantenga la equivalencia de las prestaciones. Téngase en cuenta, además, que las entidades aseguradoras están obligadas a aceptar «toda proposición de asociación y protección que se formule respecto a su personal por Empresas comprendidas en su ámbito (art. 6.º3 del Decreto 1.563/1967, de 6 de junio, Reglamento de Mutuas Patronales) y que, como reconoce esta misma sentencia «las Mutuas no tienen la facultad de suspender los efectos de la Póliza con ellas concertada».

(21) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 6.ª, de 20 de enero de 1972 (Ar. 296). Esta sentencia es también importantísima en el tema de la responsabilidad empresarial, su trascendencia creo que se pone claramente de manifiesto con la simple lectura de la doctrina transcrita.

(22) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 6.ª, de 13 de noviembre de 1971 (Aranzadi 4.346).

— «Si una Empresa patronal (sic) viene cotizando normalmente a la Seguridad Social, el hecho de que deje de ingresar unas cuotas de cotización (sic) en el plazo legalmente señalado, si no hay una expresa declaración de voluntad, no es por sí sólo suficiente para exonerar a la Entidad aseguradora de la responsabilidad que debe asumir..., pues ello supondría la subsistencia de un contrato de seguro sólo en lo que favoreciera a una de las partes, puesto que sigue existiendo la obligación de pago de las cuotas, siendo obvio que aunque se contradiga aparentemente la interpretación literal del apartado b) del número 2 del artículo 94, LSS, una racional y finalista interpretación de la norma conduce a la vigencia de la doctrina antes expuesta» (23).

— Hay que computar tanto los días de cotización abonados dentro de plazo como los «abonados fuera de él... en virtud del Acta de inspección», puesto que la LSS «concede plenos efectos a las aludidas cotizaciones efectuadas fuera de plazo por actuación inspectora o espontáneamente si por ésta se comprueba su certeza» (24).

— «El artículo 94.2.b), LSS, se limita a determinar en general la imputación de responsabilidad al empresario respecto a las prestaciones por falta de ingreso de las cuotas fuera del plazo reglamentario, pero sin expresar el *quantum* o alcance de esa responsabilidad, lo que, según se deduce también de los enunciados de los preceptos en cuestión, se hace en el artículo 95 que permite moderar la misma; por ello, la sentencia recurrida, al no haberlo entendido así y estimar que la Empresa demandada es en todo caso responsable del importe total de la prestación correspondiente a las cotizaciones efectuadas fuera de plazo, ha interpretado erróneamente aquel precepto» (25).

(23) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 6.^a, de 10 de noviembre de 1971 (Aranzadi 4.880). En esta sentencia, al igual que en otras anteriores citadas, se concede especial importancia, a efectos de la imputación de responsabilidad, a la actitud adoptada por la aseguradora, de pasividad o diligencia para el cobro de las cuotas debidas.

(24) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 6.^a, de 29 de enero de 1970 (Ar. 353).

(25) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 6.^a, de 2 de enero de 1970 (Ar. 216). En esta sentencia se cita, para apoyar su argumentación, la Circular de la Dirección General de Previsión, de 4 de octubre de 1967.

Las sentencias escogidas para demostrar cuál es la posición de la jurisprudencia en estas materias son todas posteriores a 1970, pero las hay también anteriores, algunas de las cuales son citadas por ALONSO OLEA en «El aseguramiento de los accidentes de trabajo», REVISTA DE POLÍTICA SOCIAL, núm. 98, nota 14 en pág. 48, y por ALMANSA PASTOR, en Ob. cit., pág. 494. Ambos autores citan también varias de las sentencias recogidas en las páginas precedentes de este trabajo.

3.3. *Conclusiones sobre la doctrina jurisprudencial relativa a la responsabilidad empresarial en los supuestos de falta de cotización*

En base a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en las sentencias que hemos comentado, entre otras, nos atrevemos a formular las siguientes reglas de interpretación de los preceptos de la LSS (arts. 92.3.1.ºb), 94.2.b) y 95.4) relativos a la imputación de responsabilidad, en cuanto a las prestaciones, en los supuestos de falta o retraso en el pago de las cuotas debidas:

1.º El artículo 94.2.b) que imputa —prácticamente sin más excepción que la del aplazamiento de pago autorizado—, tal responsabilidad al empresario está plenamente vigente y es aplicable. Pero su aplicación no puede hacerse de forma aislada, desentendiéndose totalmente de lo establecido en los artículos 92 y 95 al respecto. Por el contrario estos dos preceptos limitan, condicionan y —en cierta medida— completan lo establecido en él.

2.º No todos los casos de descubierto en la cotización pueden tener las mismas consecuencias, el artículo 95.4 lo impide. En tanto no se dicten las disposiciones reglamentarias que gradúen la responsabilidad empresarial, atendiendo a las circunstancias de cada caso, los Tribunales y los órganos administrativos deben de tener en cuenta dichas circunstancias para pronunciarse sobre la responsabilidad empresarial moderándola según los casos.

3.º En todo caso, estimo, debe distinguirse entre ausencia total de cotización y retraso en el ingreso de la misma. En el primer supuesto la responsabilidad empresarial será plena, no así en el segundo.

4.º En los supuestos de ingreso retrasado de las cuotas hay cuatro circunstancias, que si concurren todas ellas en un caso concreto, trasladan casi con toda seguridad la responsabilidad a la aseguradora correspondiente. Estas circunstancias son:

a) Que la Empresa tenga dado de alta al trabajador que causa la prestación y haya cotizado por él normalmente antes y después del período de descubierto.

b) Que el período de descubierto haya sido reclamado por la Inspección de Trabajo y formalizado en Acta de liquidación o requerimiento, o que se haya procedido a su ingreso directamente por la Empresa, en virtud de la actuación de la Inspección.

c) Que se ingresen la totalidad de las cotizaciones del período de descubierto por la totalidad de los trabajadores afectados.

d) Que la Entidad aseguradora haya aceptado el pago sin reserva ni protesta.

Si no concuren todas estas circunstancias, pero sí alguna de ellas, es también posible la exculpación de la Empresa. Si no concurre ninguna de ellas, la responsabilidad se le imputará íntegramente a la Empresa.

5.º En la construcción jurisprudencial referida, para limitar el alcance de la responsabilidad empresarial, ha tenido una extraordinaria importancia la doctrina civilista sobre el enriquecimiento injusto o sin causa, a la que creemos necesario prestar alguna atención, cosa que hacemos seguidamente.

3.4. *La doctrina y principio sobre el enriquecimiento injusto o sin causa*

Castán Tobeñas, citando a Planiol y Josserand, parece admitir que el enriquecimiento sin causa es una de las fuentes de las obligaciones (26). En este sentido, y con mayor firmeza, se pronuncia Hernández Gil (27), a quien vamos a seguir para la exposición de lo que la doctrina y jurisprudencia civil entiende por enriquecimiento sin causa.

Según el autor últimamente citado, una de las finalidades generales del Derecho de obligaciones la constituye, precisamente, la de impedir el enriquecimiento injusto, ya que «todas las normas, más o menos indirectamente, tienden a lograr una equilibrada distribución de derechos e intereses en las relaciones de interdependencia».

Justamente este equilibrio es el que se rompe en nuestro caso, según la jurisprudencia de la Sala 6.ª, si de un lado se mantiene la obligación por la Empresa morosa de ingresar las cuotas debidas y, de otro, se libera de responsabilidad a la Entidad perceptora de esas cuotas, por las prestaciones que se causen mientras exista el descubierto. Porque, no cabe duda, que en este caso, pronto o tarde, la aseguradora percibirá sus cuotas (dejando aparte los supuestos de insolvencia) y, sin embargo, no estará obligada a pagar las prestaciones, cuyo riesgo esas cuotas aseguraban. Parece claro que se dan aquí los elementos del enriquecimiento sin causa que el derecho, como dice Hernández Gil, debe evitar.

El enriquecimiento sin causa, no obstante, no está expresamente reconocido en nuestro ordenamiento —el artículo 1895 del Código civil, que se cita en ocasiones, no es aplicable a nuestros efectos—, sino que es, más bien, una

(26) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, tomo III, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1958, págs. 59 y 61.

(27) ANTONIO HERNÁNDEZ GIL: *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960, págs. 262 a 268.

construcción de la doctrina y de la jurisprudencia (28), llegando a considerar su actuación en nuestro ordenamiento como la de un principio general del derecho, con la consecuencia de que, entonces, «la acción dirigida a corregir la situación de enriquecimiento tiene que ser subsidiaria, porque subsidiaria es la fuente del Derecho de que procede». Habrá que estar, en primer lugar, a las normas que han previsto el desequilibrio patrimonial, ejercitando la acción derivada de su propio contenido normativo. En nuestro caso, los preceptos a alegar no pueden ser otros que los tantas veces citados, 92.3.1.ªb), 94.2.b) y 95.4, LSS, cuya aplicación conjunta —y no separada— permite, como viene reconociendo la jurisprudencia de la Sala 6.ª, mantener el equilibrio que el enriquecimiento injusto de una de las partes perturba.

Para finalizar este trabajo vamos a hacer una rápida enumeración de prestaciones concretas de la Seguridad Social, respecto a las cuales nuestro ordenamiento introduce variaciones o especificaciones en las reglas generales que hemos visto hasta aquí.

4. VARIACIONES Y MATIZACIONES DE LAS REGLAS GENERALES DE RESPONSABILIDAD EN EL PAGO DE LAS PRESTACIONES

Las normas en las que se recogen las referidas especificaciones están contenidas, esencialmente, en el artículo 95, LSS. Las especialidades son las siguientes:

a) *Prestación de asistencia sanitaria*.—En los casos de trabajadores en alta y en los casos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, aunque no lo estén, la asistencia se presta «de forma directa e inmediata», por las Entidades gestoras, estando obligado el empresario jurídicamente responsable a reintegrar los gastos correspondientes (art. 95.1.1.ª).

b) *Prestaciones por desempleo*, «serán hechas efectivas, por la Entidad gestora, de forma directa e inmediata, cuando se trate de trabajador en alta». Igual que en el supuesto anterior, el empresario viene obligado a reintegrar el importe (art. 95.1.2.ª, LSS).

c) *Prestaciones económicas por incapacidad laboral transitoria*. Idéntica regla que en el supuesto anterior, pero hay que tener en cuenta que esta prestación, normalmente, han de satisfacerla las Empresas en virtud de colaboración obligatoria (29).

(28) HERNÁNDEZ GIL, en este sentido, Ob. cit., cita las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 12 de abril de 1955 y 5 y 28 de enero de 1956.

(29) Artículo 208.1.c), LSS, y Orden ministerial de 25 de noviembre de 1966.

d) *Prestación por vejez*.—La especialidad respecto a esta prestación es, sin duda, la más importante de las comprendidas en el artículo 95, a los efectos de este trabajo. La peculiaridad consiste en que, reconocido el derecho a pensión a un trabajador, cuyo empresario no se encuentre al corriente en el pago de sus cotizaciones, «la Entidad gestora anticipará al beneficiario el pago de la pensión». Las limitaciones existentes en este precepto con respecto a determinadas Empresas, han desaparecido en virtud de lo dispuesto en el artículo 17, LFP, que ya hemos citado. «Si efectuado el anticipo el empresario resultase insolvente, la Entidad gestora continuará abonando la pensión» (art. 95.2, LSS).

e) *Prestaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional*.—Si el empresario responsable o la Mutua Patronal, en su caso, resultan insolventes, las prestaciones «de todo orden» que puedan corresponder, se abonan por el Fondo de Garantía (artículo 94.4, LSS) (30).

En cuanto a las demás prestaciones, en caso de responsabilidad empresarial, es el propio empresario directamente el que debe hacer, de una u otra forma, frente a su pago. Resulta entonces que, en los supuestos de insolvencia, se da una ausencia de protección, que es —como decíamos al principio— la consecuencia dañosa que para el trabajador hace derivar el legislador de su presunta falta de diligencia en asegurarse de que, por parte de su empresario, se está dando cumplimiento a sus obligaciones respecto a la Seguridad Social. Esta consecuencia dañosa se atenúa en los supuestos de accidente no laboral, al no exigirse ya períodos previos de cotización para tener derecho a las prestaciones derivadas de esta contingencia (art. 14.1, LFP). Todo esto, como resulta obvio, está ligado al principio que la doctrina denomina de «automatización de las prestaciones», que existe para las prestaciones enumeradas en primer lugar y no para las restantes, en términos generales (31).

Para terminar dejaremos indicado, sin mayores precisiones, que, además de lo dicho, por parte de algún sector doctrinal se comienza a propugnar la

(30) Véase G. DIEGUEZ CUERVO, Ob. cit.

(31) Estas cuestiones se estudian con mayor detalle en ALMANSA PASTOR, Ob. cit., páginas 495 a 499, y en M. ALONSO OLEA: «El aseguramiento de los accidentes de trabajo», cit., que es una revisión del capítulo IV de sus *Instituciones*, si bien aquí, como es lógico, no se refiere más que a las prestaciones y contingencias derivadas de accidente de trabajo.

no concesión de eficacia —o, al menos, su atenuación— respecto a determinados requisitos que establece nuestro ordenamiento para tener derecho a las prestaciones y, singularmente, al requisito de estar de alta en el momento que se produzca el hecho causante de la prestación que corresponda, condición muy generalizada en las normas aplicables a cada prestación en concreto (32).

JOSÉ BARRIONUEVO PEÑA

(32) Véase L. NEBOT LOZANO, en comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1972 (Ar. 1.825) y de 24 de abril de 1972 (Ar. 1.827), en REVISTA DE POLÍTICA SOCIAL, núm. 98, pág. 167.

