

- v. RESPONSABILIDADES POR DEFECTOS
DE FORMALIZACIÓN DE LA RELACIÓN
DE ASEGURAMIENTO CON LA
SEGURIDAD SOCIAL

RESPONSABILIDADES POR DEFECTOS DE FORMALIZACIÓN DE LA RELACIÓN DE ASEGURAMIENTO CON LA SEGURIDAD SOCIAL

MARCO NORMATIVO: arts. 41, 126 y 127 LGSS y 94 a 96 LSS

PRINCIPIO DE AUTOMATICIDAD: “adelanto” de la prestación con un límite de dos veces y media del IPREM por la SS con exigencia de responsabilidad al responsable en vía de regreso

PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD: incumplimiento grave, reiterado y trascendente

RESPONSABILIDAD POR FALTA DE AFILIACIÓN, ALTA Y COTIZACIÓN IRREGULAR



MINISTERIO
DE EMPLEO
Y SEGURIDAD SOCIAL

SECRETARÍA DE ESTADO
DE LA SEGURIDAD SOCIAL

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

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

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

INVESTIGADOR PRINCIAL: JOSÉ LUIS TORTUERO PLAZA

INVESTIGADORES

FRANCISCA MORENO ROMERO
CARMEN SANCHEZ TRIGUEROS
ENRIQUE MARTIN- SERRANO JIMENEZ

COLABORADORA

ARÁNTZAZU VIDENTE PALACIO



SUMARIO

I.-LA CONSTRUCCION DEL MARCO NORMATIVO.

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

2.- REFLEXIONES SOBRE EL MARCO JURÍDICO .

3.- LA PUNTUAL Y SORPRENDENTE REFORMA

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

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

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

1.1 Actos de encuadramiento y su normativa reguladora

1.1.1 La inscripción del empresario

1.1.2 La afiliación de los trabajadores

1.1.3 Altas y bajas de los trabajadores

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



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

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

2.- LOS INCUMPLIMIENTOS EN MATERIA DE COTIACION

2.1 Planteamiento general

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

2.3 Falta parcial de cotización: infracotización.

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

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

3.2 Alcance del principio de automaticidad

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

3.3.1 La inscripción y los actos derivados

3.3.2 La tarificación

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

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

IV . LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN OTROS SUPUESTOS

1.- LA SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS.



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

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

1.3. La noción de propia actividad. Una aproximación jurisprudencial

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

1.4.1. Responsabilidad solidaria del art. 42 ET

1.4.2. La responsabilidad subsidiaria del art. 127 LGSS

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

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

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

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

1.6. El aspecto temporal de la responsabilidad.

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

1.8. Otras cuestiones

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



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

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

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

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

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

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

V.- VALORACION FINAL Y PROPUESTA DE MODELO

1.- VALORACIÓN GENERAL E INDICADORES NECESARIOS

2.- PROPUESTAS DE REFORMA

2.1 PRIMERA PROPUESTA: CONSTRUCCION DE UN MODELO NUEVO.

2.2 SEGUNDA PROPUESTA. PERFECCIONAMIENTO DEL MODELO ACTUAL

BIBLIOGRAFIA



Responsabilidad empresarial en materia de seguridad social

José Luis Carratalà Teruel (e-mail: jlcarratal@telefonica.net)
Magistrado del Juzgado Social núm.15 (Barcelona)

XVI Jornadas Catalanas de Derecho Social
La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral
<http://www.uoc.edu/symposia/dretsocial/esp/index.html>

Febrero de 2005

1. La responsabilidad empresarial en orden al abono de prestaciones del sistema de Seguridad Social.

1.1. Marco Normativo.

Entendida la responsabilidad empresarial como marco jurídico que delimita la obligación empresarial en orden al abono de las prestaciones, su antecedente normativo se encuentra en la Base 4 de la Ley de Bases de Seguridad Social 193/1963, de 28 de diciembre, al imponer la afiliación obligatoria de los incluidos en el campo de aplicación posibilitando que, ante el incumplimiento, los interesados pudieran instar directamente la afiliación, sin perjuicio de las obligaciones del sujeto obligado, incluido el abono de las prestaciones en su caso.

La Ley Articulada de Seguridad Social de 1966, aprobada por Decreto 907/1966 (LSS), de 21 de abril, fijó las bases y reglas de responsabilidad en orden a las prestaciones del sistema, remitiendo a los artículos 94 a 96 su detalle en relación a la imputación de responsabilidades y anticipo de prestaciones, alcance de la responsabilidad empresarial y procedimiento para su exigencia.

La Ley 24/1972, de 21 de junio, de Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora de la Seguridad Social impuso en su artículo 17 la exigencia de responsabilidad a resultas del incumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de afiliación y cotización, sin perjuicio de la atenuación de aquella o el anticipo de prestaciones.

La Ley General de Seguridad Social de 1974, aprobada por Decreto Legislativo 2065/1974, de 30 de mayo, trató la materia en sus artículos 23, 96 y 97, luego transcritos en los artículos 41, 126 y 127 de la Ley General de Seguridad Social aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (LGSS). Junto a ésta, otras normas como la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales o la Ley 14/1994, de Empresas de Trabajo Temporal,

contienen previsiones específicas en lo atinente al recargo de prestaciones o la cesión ilegal de trabajadores.

En la actualidad el marco normativo queda delimitado por los artículos 41, 126 y 127 LGSS y 94 a 96 LSS, de aplicación reglamentaria en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria segunda del Decreto 1645/1972, dictado en desarrollo de la Ley de Financiación y perfeccionamiento, aplicación reglamentaria que ha sido revalidada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2001 (Sala General) [RJ 3271].

1.2. El hecho causante como presupuesto del binomio siniestralidad-responsabilidad empresarial.

La responsabilidad empresarial queda vinculada al cumplimiento de las obligaciones legales y reglamentarias; de ahí que, en lo que ahora interesa, se mueva en dos diferentes niveles: de un lado, la derivada directamente de la omisión de los deberes de afiliación, alta y cotización en su dimensión administrativa, determinante de la imposición de sanciones, liquidación de cuotas y recaudación de las mismas aun en contra de la voluntad del sujeto obligado; y, de otro, la que deriva a la obligación de pago de prestaciones. En el primero de los supuestos, el de responsabilidad administrativa, nace desde la omisión en el cumplimiento de las obligaciones legales y reglamentarias frente a la Administración de la Seguridad Social. En el segundo de los supuestos, el de alcance prestacional, exige la presencia de un hecho causante entendido como situación de necesidad protegida por el sistema de Seguridad Social. En otros términos, la exigencia de responsabilidad administrativa o el desarrollo de la actividad recaudatoria va a depender exclusivamente de la conducta del sujeto obligado en tanto que la exigibilidad de la responsabilidad empresarial en orden al abono de las prestaciones va a requerir, además, el hecho causante o situación de necesidad protegida que, acaecida en un momento concreto, genera el derecho del beneficiario a la concreta prestación reconocida por el Sistema pero siempre que

reúna los requisitos jurídicos determinantes. El hecho causante admite una dimensión temporal que despliega su eficacia en orden a concretar si en ese preciso instante el beneficiario reúne o no aquellos requisitos normativos que posibilitan el devengo de la prestación o, en otro caso, determinar si concurren incumplimientos que limitan o impiden el acceso a la prestación en orden a fijar la correspondiente cuota de responsabilidad y titularidad de la misma.

La esfera de la siniestralidad laboral tiene como telón de fondo el dibujado por las contingencias profesionales, accidente de trabajo y enfermedad profesional, dada la estrecha y necesaria relación de causalidad predicable entre trabajo por cuenta ajena y hecho causante. La responsabilidad empresarial en orden al abono de las prestaciones, a partir del hecho causante, tiene su propio telón de fondo, el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones que permiten el acceso del beneficiario a la prestación.

En caso de accidente el hecho causante se data en el momento en que aquel acaeció, momento pues a tener en consideración a efectos de la determinación de quien sea el sujeto responsable.

La doctrina jurisprudencial ya ha sido unificada en este punto por la Sala en su sentencia de 1 de febrero de 2000 (RJ 2000\1069), dictada en Sala General, y en otras posteriores que han seguido la misma línea (sentencias de 14 y 27 de marzo y 3, 11 y 19 de abril de 2000 [RJ 2000\2857, RJ 2000\3125, RJ 2000\3144, RJ 2000\5141 y RJ 2000\4248]) y a sus pronunciamientos habrá de estarse por razones de seguridad jurídica. No parece necesario reproducir aquí todos los razonamientos que el parecer mayoritario de la Sala reflejó en la sentencia de 1 de febrero de 2000, para llegar a la conclusión de que la responsabilidad del pago de las mejoras pactadas corresponde a la Entidad Aseguradora con la que se encontraba vigente la cobertura del riesgo en el momento de sobrevenir el accidente, pero sí parece aconsejable hacer una síntesis de aquella doctrina, que se ha reiterado en los posteriores pronunciamientos, para entender que la noción de hecho causante que de manera poco precisa ofrece la normativa de la Seguridad Social no es la que mejor cuadra para determinar la responsabilidad en supuestos de seguro o reaseguro.

Se dice en la sentencia de la Sala General que «la noción de hecho causante que utiliza, de manera imprecisa, la legislación de Seguridad Social, no resulta

aplicable a estos efectos, porque esa noción, que, como ha señalado la doctrina de esta Sala (sentencias de 3 y 11 de diciembre de 1991 [RJ 1991\9037 y RJ 1991\9054], 7 de julio de 1992 [RJ 1992\5588], 1 de marzo de 1993 [RJ 1993\2409] y 18 de julio de 1994 [RJ 1994\6682], entre otras), puede ser aplicable para determinar el momento en que ha de entenderse causada la prestación a efectos de derecho transitorio o para fijar el nacimiento de una situación protegida en aquellos casos en que los distintos efectos de la lesión constitutiva del accidente se despliegan de forma sucesiva (incapacidad temporal e incapacidad permanente o muerte), no lo es para determinar la entidad responsable de las secuelas que derivan del accidente de trabajo. En este caso ha de estarse a la fecha del accidente, porque éste es el riesgo asegurado, y lo mismo sucede en relación con el reaseguro, pues si éste existía en la fecha del accidente con un determinado contenido, que incluía las indemnizaciones a tanto alzado por incapacidad permanente parcial, la entidad que asume el reaseguro debe cubrir por este concepto, frente a la reasegurada, todas las consecuencias que se derivan del accidente, con independencia de que para los accidentes posteriores a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto 1993/1995 (RCL 1995\3321) (el 1 de enero de 1996) se excluya esa cobertura en lo que al reaseguro se refiere. Esta es además la solución que ha dado de forma expresa el Derecho de la Seguridad Social cuando se ha enfrentado a este problema. Así el número 3 de la disposición transitoria 5ª de la Ley Articulada de la Seguridad Social de 21 de abril de 1966 (RCL 1966\734 y 997), y luego el número 2 de la disposición transitoria 6ª de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974 (RCL 1974\1482 y NDL 27361) establecieron que los contratos de seguros del ramo de accidentes extinguidos por el cese de las aseguradoras a partir de 30 de abril de 1966 continuarían produciendo efectos por los accidentes ocurridos hasta la expresada fecha. Es la producción del accidente la que determina la aseguradora responsable, aunque el efecto dañoso (la incapacidad o la muerte) aparezca con posterioridad». (STS 20/7/2000 en RJ 8197).

El hecho causante y su momento proyectan sus efectos en la determinación del sujeto responsable en función del cumplimiento de las obligaciones también sobre las mejoras voluntarias.

En cuanto a este tema debatido la doctrina jurisprudencial declaraba que estas mejoras voluntarias participan de la naturaleza de las prestaciones de la Seguridad Social, y que, por ende, debe aceptarse como regla general que el hecho causante viene constituido, al igual que ocurre con éstas, por el dictamen propuesto del EVI, aunque, como ocurre igualmente con las prestaciones de la Seguridad Social, admite excepciones en supuestos en que las lesiones han quedado fijadas en un momento anterior con carácter irreversible y dotadas de efectos invalidantes.

Pero aquella línea jurisprudencial sobre el hecho causante en supuestos derivados de accidente de trabajo ha variado a partir de la STS de 1-2-2000 (RJ 2000\1069), y ya con reiterada y consolidada doctrina el Tribunal Supremo en varias

Sentencias, referidas a mejoras voluntarias, entre otras en las de 24-5-00 (RJ 2000\4639) y 20-7-00 (RJ 2000\6637), ha declarado que ha de tomarse como fecha de efectividad de la cobertura a efectos de determinación de la entidad aseguradora responsable la fecha del accidente y no la del dictamen del EVI, pues lo que de forma directa es objeto de seguro o cobertura es el riesgo de que se actualice una contingencia determinante, con la inclusión en esa cobertura de todas las situaciones de necesidad protegidas derivadas de aquella contingencia, por lo que la entidad con la que está vigente la cobertura en el momento del accidente de trabajo responde de todas las consecuencias dañosas que puedan derivarse de éste.

Sin embargo, esta Sala ha declarado en Sentencias nº 1927/01 de 23-11-2001 (JUR 2002\91052) y 1081/2002 de 4-6-02 (JUR 2002\240609), con relación a caso similar, que «estos criterios generales sobre la fecha del hecho causante de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social han sido matizados por la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el sentido de que cuando en el Convenio Colectivo o en el contrato de seguro que regulan e implantan la mejora voluntaria se especifique otro hecho causante diferente, habrá de estarse a lo que establezca la norma paccionada (sentencias de 20 de abril de 1994 [RJ 1994\3265] y 23 de junio de 1995 [RJ 1995\5219])», y en el presente caso el punto 5.2.a de las condiciones particulares de la póliza suscrita por la empresa y la aseguradora recurrida establece que «como fecha del hecho causante de la garantía, se considerará la que se dedujere claramente del expediente del INSS como la del accidente o patología surgida motivadora de la invalidez. No obstante, si no fuera posible establecer dicha fecha claramente, se considerará la que corresponda al comienzo de los efectos de la pensión de la seguridad Social», de lo que se infiere que los términos literales de dicha cláusula son claros e inequívocos en el sentido de que la voluntad expresa de las partes contratantes era la de fijar como hecho causante de la invalidez a los efectos de la indemnización prevista como mejora voluntaria de la Seguridad Social, la de efectos fijada por la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social que reconoce el grado de invalidez, por lo que a la fecha de dicha resolución habrá que estar para determinar la póliza aplicable, salvo que se dedujere claramente del expediente del INSS la del accidente o patología surgida motivadora de la invalidez (STSJ Andalucía/Málaga 22/5/2003 en AS 3709).

1.3. El ámbito de la responsabilidad empresarial.

Dado que nos movemos exclusivamente en la esfera de las contingencias profesionales, se hace necesario distinguir el supuesto del cumplimiento por el empleador de la totalidad de las obligaciones de Seguridad Social de aquellos otros supuestos en los que el sujeto titular de la obligación incurre en omisiones.

1.3.1. Cumplimiento de las imposiciones normativas.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 41 y 126 LGSS en relación con el artículo 94.1 LSS, el abono de la prestación recae sobre las Entidades Gestoras o Mutuas de Accidente de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, según se haya concertado la cobertura del riesgo con aquellas o con éstas. La Tesorería General de la Seguridad Social, en cuanto que servicio común, materializa el pago de las prestaciones de las que resulte responsable el INSS y asume el reaseguro de los riesgos derivados d accidente de trabajo en relación con prestaciones periódicas por incapacidad permanente, con exclusión de la parcial, muerte y supervivencia. Las Mutuas responden de todas las prestaciones derivadas de accidente de trabajo; respecto de la enfermedad profesional su responsabilidad no alcanza al aseguramiento de la incapacidad permanente, muerte y supervivencia pues, encomendado inicialmente al Fondo Compensador de Accidentes de Trabajo, las atribuciones y competencias de dicho Fondo, tras su extinción, fueron asumidas por el INSS.

1.3.2. Incumplimiento de las imposiciones normativas.

El artículo 126.2 LGSS es rotundo al señalar que el incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas, bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad, en cuanto al pago de las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva.

1.3.2.1. Incumplimiento de las obligaciones de afiliación o alta.

Supone la responsabilidad directa del empleador (TS 29/12/98 en RJ 450/99), si bien la entidad aseguradora, INSS o Mutua, viene obligada al anticipo (TS 15/12/1997 en RJ 9317). En último término el INSS, a través del Fondo de

Garantía de Accidente de Trabajo, responde en caso de insolvencia del empleador (TS 21/2/2000 en RJ 2058). En anticipo corre a cargo de quien gestiona las contingencias profesionales de la empresa pues le corresponde la protección de la totalidad de la plantilla (TS 24/5/1996 en RJ 4616). Con todo, decae la responsabilidad directa del empleador cuando, no obstante la falta de alta, ha existido ingreso de cuotas en el plazo reglamentario pues en tal caso el alta retrotrae sus efectos a la fecha de ingreso de las primeras cuotas (STS 26/6/2000 en RJ 5967). Respecto de las actas practicadas de oficio como consecuencia de la actuación inspectora, el alta retrotrae sus efectos a la fecha de tal actuación en principio. El problema surge en relación con las cotizaciones efectuadas en virtud de aquella actuación inspectora pues en tales supuestos, cuando el ingreso sea anterior al hecho causante, el empleador queda exonerado de responsabilidad (TS 27/2/1996 en RJ 1511).

1.3.2.2. Incumplimiento de las obligaciones de cotización.

En caso de incumplimiento empresarial de las obligaciones de cotización y en relación con las prestaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional el empleador aparece como responsable directo, el INSS/FGAT como responsable subsidiaria en caso de insolvencia y la entidad Aseguradora, INSS o Mutua como responsables del anticipo. Sin embargo, no todo descubierto determina la exigibilidad de responsabilidad empresarial en orden al abono de prestaciones, rechazándose un planteamiento general y unitario a favor de la casuística de suerte que sólo será exigible, al margen de la dinámica recaudatoria, cuando el incumplimiento tenga trascendencia sobre las prestaciones; no genera esa responsabilidad, en definitiva, el descubierto ocasional (TS 13/5/2002 en RJ 6733) sino aquel que delata una voluntad rebelde (TS 18/9/2001 en RJ 589/2002), siempre que los descubiertos sean anteriores al hecho causante (TS 22/2/2001 en RTJ 2814) y, además, incide en el nivel prestacional (TS 27/3/2000 en RJ 3126). Cuestión bien diferente es la relativa a la extemporaneidad en la cotización por

cuanto que las ingresadas con posterioridad al hecho causante no liberan al empresario de su responsabilidad (TS 19/2/1991 en RJ 848).

1.3.2.3. *El incumplimiento de las normas en materia extranjera.*

La responsabilidad empresarial no se altera por el hecho de ser el trabajador extranjero carente de los permisos de residencia y trabajo. La actual regulación no sanciona con la nulidad tal relación de trabajo; así, aun cuando el trabajador no se encuentre en situación de alta, a los efectos de accidente de trabajo se considera en situación de alta de pleno derecho.

Esta Sala se ha pronunciado reiteradamente sobre las responsabilidades derivadas de accidente de trabajo sufrido por trabajador que no se hallaba en situación de alta. Las sentencias de 27 de diciembre de 1994 (RJ 1994\10509) (Recurso 1224/1994), 18 de mayo de 1995 (RJ 1995\7578) (Recurso 2479/1994), 11 de diciembre de 1995 (RJ 1995\9087) (recurso 1608/1995) y 24 de mayo de 1996 (RJ 1996\4616) (Recurso 2448/1995), partiendo del principio de automaticidad de las prestaciones, del actual art. 125.3 de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994\1825) (95.3 del Texto de 1974 [RCL 1974\1482]) declararon la responsabilidad directa de la empresa, obligación de adelanto de las prestaciones por parte de la Mutua Patronal y las correspondientes responsabilidades subsidiarias de Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería. El precepto de referencia establece que «los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen General se considerarán de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo... aunque el empresario hubiera incumplido sus obligaciones».

2. Debemos precisar ahora si tal doctrina general es aplicable al supuesto enjuiciado, de extranjero no autorizado legalmente a trabajar, o alguna norma impide ese efecto del accidente de trabajo sufrido por quien presta servicios por cuenta ajena. La Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero (RCL 2000\72 y 209), vigente en la fecha en la que se produjo el accidente, establecía en su art. 33.3 que «los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero». Por otra parte, el art. 106.1 de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994\1825), establece que la obligación de cotizar se inicia con la prestación de servicios por cuenta ajena, precepto determinante de que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal (Sentencia de 2 de diciembre de 1998, recurso de

apelación número 9978/1992) haya declarado la obligatoriedad de cotizar por los extranjeros que presten servicios sin las correspondientes autorizaciones y permisos. Por lo tanto el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación un contrato nulo. Y, siendo ello así no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo y así lo ha sido siempre desde la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo de 1900.

3. De lo expuesto se deduce la inexistencia de precepto que excluya el efecto normal del accidente respecto a trabajadores que no se hallan en alta. Esta conclusión se corrobora por el mandato del art. 57 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los extranjeros en España, según la reacción dada por la Ley 8/2000 (RCL 2000\2963 y RCL 2001, 488), y según el cual la sanción de expulsión no podrá ser impuesta a ... «d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo». Mandato este último que pone de manifiesto la posibilidad legal de que el extranjero, no debidamente documentado, haya recibido la protección legal en supuesto de accidente de trabajo. (STS 9/6/2003 en RJ 3936)

1.3.2.4. Límites del anticipo.

El artículo 126.3, párrafo segundo LGSS fija el máximo anticipo en una cantidad equivalente a dos veces y media del salario mínimo interprofesional vigente al momento del hecho causante. A partir de la promulgación del RD Ley 3/2004, de 25 de junio, de Racionalización de la Regulación del SMI surge la duda si el límite viene constituido por el referente SMI o Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM). En efecto, el artículo 1 de la citada norma no contiene referencia alguna al mantenimiento del SMI como parámetro a efectos de prestaciones de Seguridad Social, salvo las específicas previsiones que el artículo 3 contiene respecto de la protección por desempleo, donde conjuga SMI e IPREM (cuantías máximas y mínimas). El art. 2 .3 es claro al señalar que a partir de la entrada en vigor del RD Ley, las referencias al SMI contenidas en normas vigentes del Estado, cualquiera que sea su rango, se entenderán referidas al IPREM, salvo las señaladas en el artículo 1. Sin embargo el SMI se mantiene como referente respecto de las bases mínimas de cotización, lógica consecuencia de la dependencia salario-cotización, y para el acceso y mantenimiento de las

pensiones de viudedad, orfandad, prestaciones a favor de familiares, por nacimiento o adopción del tercer o sucesivos hijos, prestación económica por parto o adopción múltiples y acceso y mantenimiento de prestaciones que integran el sistema de protección por desempleo (art. 1.3). Ninguna referencia, en definitiva, a otras prestaciones como puedan ser las derivadas de incapacidad, temporal o permanente, derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional o incluso la asistencia sanitaria.

El RD Ley desvincula el SMI de otras finalidades o efectos distintos del estrictamente salarial con el propósito de garantizar la función del salario mínimo interprofesional como garantía salarial mínima. El sometimiento del anticipo a dos veces y medio del valor del IPREM no perjudica esa garantía salarial mínima, por lo que en principio comparece que exista problema alguno para entender que el anticipo viene limitado en su cuantía máxima por referencia al IPREM y no al SMI, lo que sin duda reduce la cuantía de aquel, sin perjuicio del derecho del beneficiario para reclamar del empresario responsable el importe del diferencial entre la que hubiera sido la prestación devengada y el anticipo hecho efectivo por la Entidad Gestora o Colaboradora obligada a su abono.

Si bien es cierto que la base mínima de cotización tiene como referente el SMI, el importe de la prestación toma en consideración la base reguladora, que no la base de cotización y aun cuando la primera derive de la última, de suerte que cabe situar el límite del anticipo en 2,5 IPREM en cuanto que máximo. Es más, debe tenerse presente que en materia de anticipos, el importe de las prestaciones o del capital coste para su pago incluyen el interés e capitalización y el recargo establecido por falta de aseguramiento (art. 126.3, párrafo 2 LGSS)

1.4. Incumplimiento de las obligaciones de aseguramiento en materia de Seguridad Social complementaria.

Se hace necesario partir de la fecha del accidente y de la existencia o no de aseguramiento de suerte que el empleador responderá en función del aseguramiento.

Desde la perspectiva mercantil, los seguros se establecen como cobertura del riesgo de accidente, aunque el daño indemnizado se refiera a determinadas secuelas derivadas del mismo (incapacidad temporal, incapacidad permanente o muerte). Esto queda claro en el artículo 100 de la Ley del Contrato de Seguro (RCL 1980\2295 y ApNDL 12928): el riesgo asegurado es el accidente -la lesión corporal- que se manifiesta en unas secuelas de invalidez temporal o permanente y muerte. Estas secuelas ya no son el riesgo, sino los efectos de su actualización, como se advierte en el artículo 104 de la citada Ley. Por ello, lo decisivo es que cuando ocurre un accidente la póliza que asegura este riesgo esté vigente. Si es así, se aplicará la cobertura, aunque la determinación de la invalidez a partir de la presentación del certificado médico de incapacidad se haya producido con posterioridad y la póliza ya no esté vigente. Lo importante es la relación de causalidad entre el accidente y sus secuelas; no la fecha en que se manifiesten éstas, ni mucho menos la de su constatación administrativa o médica. La cobertura se establece en función del riesgo asegurado, aunque proteja el daño indemnizable derivado de éste, que puede manifestarse con posterioridad al siniestro. Así lo afirma la jurisprudencia civil que distingue claramente entre el accidente, como riesgo asegurado, y el daño derivado del mismo: «la declaración de la invalidez, lejos de significar el hecho de la causación del daño o del siniestro, es meramente una formalidad administrativa determinante, entre otras, de las consecuencias económicas en diversos aspectos del accidente, pero en modo alguno puede identificarse con éste» (sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1993 [RJ 1993\4682] en el mismo; sentido sentencia de 6 de febrero de 1995 [RJ 1995\3129]). (TS 1/2/2000 en RJ 1069)

Y así el empresario responderá directamente de la falta o insuficiencia del aseguramiento:

Una reiterada y constante doctrina del Tribunal Supremo, entre otras en sus sentencias de 25 de octubre de 1985, 4 (RJ 1984\3273) y 8 de junio de 1984 (RJ 1984\3305), 18 de junio de 1985 (RJ 1985\3417), 12 de marzo (RJ 1986\1309) y 8 de julio de 1986 (RJ 1986\3995) y 14 de abril de 1987 (RJ 1987\2760), ha venido estableciendo que la obligación contenida en los convenios colectivos o en pactos individuales por los que la empresa se compromete a completar o incrementar la cobertura del sistema público de seguridad social tienen la naturaleza de mejora voluntaria de éste y por lo tanto será de aplicación los preceptos propios que regulan la seguridad social, así es de ver en cuanto al cálculo de la prescripción, que no es de un año como establece el art. 59 del ET, sino el de 5 años que prescribe la LGSS. Ahora bien, la naturaleza de tal obligación y del pacto del que deriva no puede trasladarse a la modalidad contractual por la que se cumplimenta tal obligación, y así en el presente supuesto estando la obligación de mejora sujeta a la regulación pública establecida en la

legislación de la seguridad social, el contrato que como consecuencia de tal obligación se suscribe con la compañía de seguros para la cobertura de tal riesgo, no adquiere una naturaleza distinta de la de seguro privado, ni está sujeta a legislación diferente que aquella que la regula de forma específica, como es la Ley de Contrato privado de Seguros, antes citada, ni las obligaciones diferentes que aquellas que se citan en los arts. 14, 18 y 19 del citado texto.

Que sentado lo antecedente, puede afirmarse que si bien el contrato de seguros que se analiza, es un seguro colectivo de accidentes corporales y que su origen lo es en una obligación que tiene un empresario, adquirida por la negociación colectiva y plasmada en un convenio colectivo, el convenio colectivo vincula al empresario pero ninguna eficacia directa tiene respecto de la compañía de seguros, la cual no está obligada ni a su conocimiento ni por su articulado, por ello y tal como ha venido señalando esta Sala de forma reiterada, las deficiencias en cuanto a las coberturas pactadas por el empresario respecto de las obligaciones impuestas por el convenio colectivo, no pueden sino ser asumidas por éste y no por la compañía aseguradora, la cual y conforme se deduce de la Ley del Contrato de Seguro privado, debe regirse por su contenido, representando la suma asegurada el límite máximo de la indemnización a pagar por el asegurador ante el siniestro asegurado, tal como se evidencia del art. 27 de la Ley de 8-11-1995 y en especial y a lo que hace referencia el presente supuesto, por el art. 100 y por las cláusulas que voluntariamente han sido admitidas por las partes contratantes (STSJ CAT 19/2/2002 en AS 1409).

1.5. La extensión temporal de la responsabilidad.

1.5.1. Prestaciones que traen causa en un antiguo accidente de trabajo.

La prestación se vincula al hecho causante, aun cuando haya transcurrido un largo lapso de tiempo entre éste y la situación de incapacidad permanente o fallecimiento.

Sucede lo mismo en materia de Seguridad Social, donde la protección se otorga por la entidad gestora o colaboradora que tuviera establecida la cobertura en el momento del accidente. Esta es la que responde de todas las consecuencias del accidente (artículo 126.1 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con los artículos 5 y 6 de la Orden Ministerial 13 de febrero de 1967, 25 de la Orden Ministerial 15 de abril de 1969 y 30 y 31 de la Orden Ministerial 13 de febrero de 1967), aunque se manifiesten con posteridad. Por otra parte, basta que el trabajador esté en alta en el momento del accidente para que acceda a la protección, aunque no lo esté en el momento posterior de manifestarse la secuela correspondiente; supuesto muy frecuente con la antigua invalidez provisional y que hoy puede producirse también por el artículo 131.bis.2 de la Ley General de

la Seguridad Social. Así se desprende de lo dispuesto en los artículos 124.1 de la Ley General de la Seguridad Social, 3 de la Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967, 19 de la Orden Ministerial de 15 de abril de 1969 y 2.1 de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967, aunque en ocasiones la confusión entre contingencia determinante y hecho causante pueda oscurecer esa distinción (STS 1/2/2000 en RJ 1069).

1.5.2. *Revisión de grado*

La responsabilidad difiere según la agravación sea consecuencia de las dolencias y secuelas iniciales o en la agravación concurren dolencias derivadas de enfermedad común pues en este último supuesto la capacidad del trabajador será objeto de valoración conjunta, pero la responsabilidad será compartida.

Tanto la sentencia recurrida como la de contradicción del primer motivo, se refieren a trabajadores que han sido declarados afectados de incapacidad Permanente Total derivada de accidente (laboral en la recurrida y no laboral en la de contraste) y que posteriormente surgen nuevas dolencias derivadas de enfermedad común y, mientras que la sentencia de contraste mantiene que «que todas las dolencias y secuelas del interesado han de ser apreciadas conjuntamente, a efectos de la revisión de Invalidez, aunque tengan diferentes fuentes generadoras», en cambio, la resolución combatida no parte de la valoración conjunta a efectos de la revisión de invalidez, considera que las lesiones que determinan la anulación de la capacidad invalidante derivan de la contingencia de enfermedad común, y que no inciden en cuanto a capacidad laboral en la secuela el accidente de trabajo. Concorre por tanto en este motivo el requisito de contradicción en los términos del artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995\1144 y 1563).

La cuestión a resolver en este motivo estriba en determinar si la revisión del grado de Incapacidad Permanente exige, como requisito que necesariamente se ha de cumplir, que las nuevas dolencias en que se basa la revisión del grado invalidante, han de tener origen en una misma clase de riesgo que aquellas otras iniciales, o si, por el contrario, no es preciso que concorra coincidencia de causas generadoras en los padecimientos del interesado, bastando que estos existan y agraven la situación anterior, para que deba reconocerse la revisión solicitada, aunque los mismos tengan diferentes orígenes.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha abordado esta cuestión en distintas sentencias. Así la sentencia de 20 de diciembre de 1993 (RJ 1993\9975), dictada en casación para la unificación de doctrina, afirma que: «La incapacidad laboral constituye un estado o situación personal de quien la sufre en relación con el trabajo a realizar, en cuya conformación debe cobrar una relativa relevancia el factor originario de la misma. En otras palabras, lo importante es saber, con certeza, si una persona se halla impedida para todo trabajo -IPA-, para el propio

de su profesión habitual –IPT– o para parte importante –más del 33%– de este último –IPP– con independencia de la causa originante de ello, por más que la misma tenga innegables consecuencias jurídicas».

En esta línea la sentencia de 6 de mayo de 1994 (RJ 1994\6543) declaró: «El estado de salud del demandante que menoscaba su capacidad para el trabajo es una situación unitaria que ha de ser valorada globalmente, sin que sea exigible ni aconsejable que el examen de su estado se efectúe en actuaciones separadas para diferenciar la incidencia que tiene el origen común o profesional de sus dolencias, pues esto rompería la unidad y globalidad de la evaluación que permite conocer el alcance de su incapacidad. La tesis de la sentencia aportada como contradictoria conduciría a reconocimientos disociados de las dolencias del demandante según su origen, pudiendo llegar a situaciones de grave complejidad procesal y hasta el absurdo de que pudieran reconocérsele dos situaciones de incapacidad, lo que no es jurídicamente admisible».

Reitera esta doctrina la sentencia de contraste de 27 de julio de 1996 (recurso 711/1996), argumentando que esta postura es «la propia dicción literal del artículo 143.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 20 de junio de 1994, que alude a la “agravación o mejoría del estado invalidante”, siendo claro que la expresión “estado” hace referencia a la situación completa y global del incapacitado, no sólo a las concretas dolencias en que se basó el reconocimiento anterior del grado inferior de invalidez; y a similar conclusión conducía la antigua redacción del artículo 145.1 de la Ley de 30 de mayo de 1974 (RCL 1974\1482 y NDL 27361) que hablaba genéricamente de “agravación o mejoría”».

En base a esta reiterada doctrina se ha de concluir como afirma la sentencia de contraste, que todas las dolencias y secuelas del interesado han de ser apreciadas conjuntamente a efectos de la revisión de invalidez, aunque deriven de diferentes contingencias, si bien es de señalar que «esta valoración conjunta de las dolencias da lugar a distintos problemas y situaciones complejas, no fáciles de resolver, ... lo que obligará en cada caso a abordarlos y darles solución teniendo en cuenta las condiciones particulares propias de dicho caso».

TERCERO.- En el supuesto concreto tenemos una declaración de Invalidez Permanente Total derivada de la contingencia de accidente de trabajo que data de 1978, por presentar «artrosis D-11, D-12 y L-1» y, es evidente que estas secuelas, no resultan modificadas «en su naturaleza, duración, gravedad o terminación por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas de proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en el que se haya situado el paciente para su curación», pues la dolencia que actualmente presenta que en su origen es posterior a las secuelas del accidente, consiste en «Cardiopatía isquémica con IAM (inferior 1985, anteroseptal 1994): Angor prolongado grado III/IV en 1997

(enero); HTA con afectación severa macro y micro-vascular. DMID. Hiperlipemia; Insuf. renal crónica leve. Retinopatía diabética con afaquia en OI y AIT en 1986 con secuela de disartria y cataratas en OD».

La anterior conclusión de que el actual estado de Invalidez Absoluta del actor – aunque se declare por vía revisoria–, es consecuencia de la contingencia de enfermedad común y ajeno a la de accidente de trabajo, nos conduce al segundo motivo del recurso, de si es necesario reunir el período de carencia establecido en la contingencia de enfermedad común, lo que se exige en la sentencia combatida y no se requiere en la de contraste del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 30 de abril de 1999 (AS 1999\1005), que «atribuye la Invalidez Permanente que reconoce a la contingencia de enfermedad común, al valorar como prevalentes los padecimientos de esta clase, determinantes de la revisión, sobre las consecuencia del accidente laboral, contingencia causante de la Incapacidad Total ahora revisada» y argumenta que «esto no acarrea ni el terreno del dogma ni en el de la regulación positiva las consecuencia de que el recurso pretende extraer, con apoyo en la norma sustantiva precitada y en el artículo 138.2 de la misma Ley de Seguridad Social. No existe ningún precepto concreto que exija para la revisión de grado invalidante, aunque sea por distinta contingencia, un período específico de cotización y, como ya queda indicado, la doctrina legal ha hecho de la no necesidad de esta nueva carencia un verdadero principio, que completa en este punto el Ordenamiento, como previene el artículo 1.6 del Código Civil». Por lo que concurre el requisito de contradicción en los términos del artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995\1144 y 1563).

CUARTO.- Nada resuelven sobre esta materia las normas que tratan sobre la revisión del grado de Incapacidad Permanente. Ni el artículo 143.2 y 3 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, ni el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio (RCL 1995\2446), ni los artículos 17, 18 y 19 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996 (RCL 1996\263 y 456) abordan el problema.

La sentencia de esta Sala de 12 de junio de 2000 (RJ 2000\8322) señala que: «Como precisa la ya citada sentencia de la Sala de 6 de mayo de 1994, “el estado de salud del demandante que menoscaba su capacidad para el trabajo es una situación unitaria que ha de ser valorada globalmente”; de ahí que este Tribunal haya declarado en su sentencia de 9 de junio de 1987 que “la agravación ha de referirse a la situación de invalidez apreciada en su conjunto, teniendo en cuenta no sólo las lesiones originarias del grado ya reconocido, sino las que puedan advenir por otras contingencias”. Por ello, aunque se declare que la invalidez absoluta resultante de la revisión se deriva de enfermedad común, ello no elimina en modo alguno la incidencia que, como concausa de la misma, normalmente tiene el riesgo profesional que produjo la incapacidad inicial. Así lo entiende la sentencia de esta Sala de 20 de diciembre de 1993 (RJ 1993\9975), en un caso similar al de autos, manifestando a este respecto: “en la configuración de la situación invalidante última –IPA– que aqueja al trabajador demandante

confluyen, de forma conjunta e indistinguible, tanto las lesiones derivadas del accidente laboral que, en su día, sufrió el mismo, como la patología de enfermedad común manifestada posteriormente. No es dable admitir, de lo actuado en el expediente administrativo de invalidez, que sólo la mencionada patología sea susceptible de generar, por sí misma, el efecto absolutamente invalidante para el trabajo o que, esto último, lo genere la agravación de las lesiones originariamente sufridas que tuvieron su causa en accidente de trabajo”; reiterando a continuación que “la agravación de la situación invalidante de autos, aunque declarada por vía revisoria, se revela ajena al cuadro de patología derivado del accidente de trabajo, cuyas secuelas, sin embargo, entrañantes de una IPT, concurren, juntamente con las ulteriores lesiones derivadas de enfermedad común, a la conformación global del cuadro lesivo merecedor de la calificación de IPA”».

En base a esta doctrina, aunque «el estado de salud del demandante que menoscaba su capacidad para el trabajo es una situación unitaria que ha de ser valorada globalmente», en el particular supuesto de autos, las secuelas del accidente son ajenas al efecto «absolutamente» invalidante que se pueda declarar por vía revisoria, que sí se genera por las solas dolencias derivadas de la enfermedad común. Por ello, como también señala la referida sentencia de 12 de junio de 2000, «Estas aseveraciones ponen en evidencia que en el problema que estamos analizando no es posible establecer una regla única, ni aplicar una solución unitaria válida para todos los supuestos; al contrario, para llegar a una solución correcta en cada caso, es necesario tener en cuenta las circunstancias y particularidades que en el concurre». Añadiendo, que en estos casos, en que la responsabilidad del pago de la pensión ha de recaer sobre dos entidades diferentes, en razón precisamente a la concurrencia de concausas distintas en la Incapacidad definitiva, el reparto no puede considerarse como constitutivo de una norma general válida para todos los casos, puesto que, según las circunstancias concurrentes en cada uno de ellos, pueden o no aparecer razones para reducir el porcentaje delimitador de la responsabilidad. Por ello, la sentencia de esta Sala de 7 de julio de 1995 (RJ 1995\5910) (recurso 1349/1993) expresa que: «las dos resoluciones dichas contemplan supuestos –que es específico en la última– de los efectos y de la imputación de responsabilidades entre la Mutua responsable por el accidente y el INSS que lo es por la enfermedad común, cuando las secuelas de ésta no guardan relación alguna con las que aquél originó, decidiendo que la prestación correspondiente al nuevo grado de incapacidad consecuenta a la revisión, tiene efectos desde la fecha en que se dictó la resolución que debió acceder a ella; y que la Mutua mantiene su responsabilidad en la misma cuantía que hubo de asumir por el accidente y el INSS ha de satisfacer la diferencia que resulta de la que corresponde a la nueva prestación». (En la STS 18/2/2002 en RJ 4359)

CASO PRÁCTICO

Una Mutua de reclama el reintegro de las cantidades anticipadas por asistencia sanitaria e incapacidad temporal a la empresa y subsidiariamente al INSS sobre la apreciación de que dicha empresa, declarada insolvente con posterioridad, se hallaba en descubierto total de las primas por accidente de trabajo desde que comenzó a trabajar el trabajador en febrero hasta septiembre que es el mes en el que tuvo lugar el accidente.

¿Será la empresa responsable en orden a las prestaciones?

INCAPACIDAD TEMPORAL: responsabilidad exclusiva de la empresa por no estar el trabajador en alta en la Seguridad Social en el momento del hecho causante, sin que el INSS venga obligado a anticipar el importe de la prestación.

TS (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia de 17 febrero 2009. RJ 2009\1837

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Febrero de dos mil nueve

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Sr. Llorente Alvarez, en la representación que ostenta del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra sentencia de 26 de septiembre de 2007 (AS 2007, 3440) dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación nº 3775/2006, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de 14 de junio de 2005 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Granollers en autos seguidos a instancia de D. Jesús Carlos contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y ANMSA ACCIONS, S.L. sobre CONTINGENCIAS COMUNES Y RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **LUIS RAMÓN MARTÍNEZ GARRIDO** ,
ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Con fecha 14 de junio de 2005, el Juzgado de lo Social nº 2 de Granollers, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimo la demanda interpuesta por D. Jesús Carlos contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y ANMSA ACCIONS SL sobre INCAPACIDAD TEMPORAL derivada de CONTINGENCIAS COMUNES y RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL y declaro: 1.- Que el actor tiene derecho a la prestación económica por incapacidad temporal devengada durante el período de 01-08-02 a 24-04-03 a tenor de la base reguladora diana de 37'24 € y ello en los términos legal y reglamentariamente establecidos.- 2. Que procede declarar la responsabilidad de ANMSA ACCIONS, SL en el pago de dicha prestación.- Por todo lo cual condeno a las partes demandadas, en la esfera de sus respectivas responsabilidades, a estar y pasar por las anteriores declaraciones y sus efectos y, en concreto: a) A ANMSA ACCIONS, SL a pagar al actor la prestación litigiosa en los términos establecidos en el punto 1 del apartado anterior.- b) Al INSS. y a la TGSS. a anticipar al actor la prestación litigiosa sin perjuicio de su derecho de repetición contra el empresario infractor".

SEGUNDO

Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: "Primero: El actor inició un proceso de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo el 09-04-02 situación en la que permaneció hasta ser dado de

alta por la Mutua de Accidentes de Trabajo en fecha 31-07-02 (folio 98).- Segundo: El actor causo nueva baja médica por incapacidad temporal, esta vez por contingencias comunes, el 01-08-02 con el diagnóstico de ENFISEMA PULMONAR y causó alta el 24-04-03 (folio 299).- Tercero: La empresa dio de baja al actor en la Seguridad Social el día 31-07-02 y le notificó el despido el día 02-08-02. Por sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Gerona de fecha 29-01-03, autos nº 464/2002, el despido fue declarado improcedente. Atendido que el contrato de trabajo lo era por duración determinada y vencía el 10-09-02, la referida sentencia tiene por hecha la opción por la extinción de la relación laboral y limita los efectos del despido a la fecha real de su notificación al actor, o sea al día 02-08-02 (folios 286 a 290).- Cuarto: Por la falta de alta y cotización, la Inspección de Trabajo levanto un acta de liquidación a la empresa demandada por los días 1 y 2 de agosto de 2002 y comunicó el acta a la Tesorería General de la Seguridad Social a los efectos del alta y baja de oficio correspondiente a los días a que se contrae dicha acta (folios 212 a 217, 283 y 284).- Quinto: Solicitado por el actor el pago directo de la prestación de IT, el INSS. resolvió en fecha 30-10-02 denegar la solicitud en base a que el actor no se hallaba en situación de alta en la fecha del hecho causante.- Interpuesta reclamación previa, fue desestimada por resolución de 03-06-03 (folios 301 y 302).- Sexto: La base reguladora de la prestación es de 1.117'23 € mensuales equivalentes a 37'24 € diarios (folio 214)".

TERCERO

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sentencia con fecha 26 de septiembre de 2007 (AS 2007, 3440), en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el INSS, contra la sentencia de 14 de junio de 2005, dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Granollers en los autos número 1403/2003 seguidos a instancia de D. Jesús Carlos contra el INSS, la TGSS, y Anmsa Accions, SL, confirmando íntegramente la misma".

CUARTO

Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el Letrado Sr. Llorente Alvarez, en la representación que ostenta del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 29 de mayo de 2006 (AS 2006, 2896).

QUINTO

Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe.

SEXTO

Se señaló para la votación y fallo el día 12 de febrero de 2009, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

- 1. El demandante estuvo en situación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo entre el 9 de abril de 2002 y el 31 de julio de 2002, fecha en la que recibió el alta. Al siguiente día, 1 de agosto de 2002 se le volvió a dar la baja, esta vez, por enfermedad común con diagnóstico de enfisema pulmonar. La empresa le dio de baja en seguridad social el 31 de julio 2002 y le despidió el 2 de agosto. El despido fue declarado improcedente por sentencia que estableció los efectos el día en que le fue notificado el despido (2 de agosto). Por tanto no se hallaba en alta en Seguridad Social los días 1 y 2 de agosto. La Inspección de Trabajo levantó acta por falta de alta y cotización esos días, acta que fue comunicada a la Tesorería General de la Seguridad Social, a efectos del alta y baja de oficio, sin que conste si se han abonado las cuotas correspondientes. Solicitó el pago directo de la prestación de incapacidad temporal, solicitud que le fue denegada en vía administrativa por no haberse hallado en alta en Seguridad Social en la fecha de la baja por enfermedad común.

2. La sentencia de instancia estimó la demanda, condenando a la empresa a pagar al actor la prestación y a INSS y Tesorería a anticiparle su importe sin perjuicio de su derecho a repetir contra la empresa. La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de septiembre de 2007 (AS 2007, 3440), desestimó el recurso de suplicación que el INSS había interpuesto frente a la sentencia de instancia. Razona esta sentencia que " no estamos en un supuesto de falta de alta inicial (...) sino que se trata de una simple baja indebida efectuada por la empresa antes de ser resuelta la relación laboral (...) a la que ha de darse una valoración diferente a los supuestos de efectiva falta de alta en Seguridad Social. Situación específica que no ha de repercutir negativamente en el trabajador a la hora de obtener el anticipo de prestación a cargo del INSS".

La condena de la empresa quedó firme al no haber sido recurrida.

3. El INSS preparó y ha formalizado el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, cuyo objeto se limita a la impugnación de la condena a anticipar el importe de la prestación que le fue impuesta por la sentencia recurrida.

SEGUNDO

- Como sentencia de contraste propone el recurrente la de la propia Sala de Cataluña de 29 de mayo de 2006 (AS 2006, 2896) (recurso 2398/2005). Dicha sentencia resuelve -a favor del INSS- el supuesto siguiente: La trabajadora fue despedida el 31 de marzo de 2003; el 20 de septiembre de aquel año dio a luz; el 8 de octubre trabajadora y empresa llegaron a un acuerdo en conciliación por el que se declaraba improcedente el despido y resuelto el contrato de trabajo en esa misma fecha los meses de abril a octubre; el 6 de noviembre solicitó del INSS el abono de la prestación de maternidad que le fue denegada por no encontrarse en alta o situación asimilada en la fecha del hecho causante; la empresa ingresó en la Tesorería, el 30 de junio de 2004 las cotizaciones de abril a octubre de 2003. La sentencia de instancia declaró el derecho de la demandante a la prestación de maternidad, a cuyo pago condenó a la entidad gestora, absolviendo a la empresa. La Sala de Cataluña, estimando el recurso de suplicación interpuesto por el INSS, mantuvo la declaración de derecho a favor de la demandante y condenando a la empresa al pago de la prestación, absolviendo al INSS. En la fundamentación jurídica rechazó que la gestora tuviera obligación de adelantar el importe de la prestación dado que, el principio de automaticidad de las prestaciones, no rige en los supuestos de falta de alta, invocando la sentencia del Tribunal Supremo de 12

de junio de 2000 (RJ 2000, 5112).

Cierto es que existen algunas diferencias en los hechos que sirven de base a ambas resoluciones: prestación de incapacidad temporal, en el supuesto de la recurrida y de maternidad, en la invocada de contradicción. Pero tal diferencia no hace desaparecer la igualdad sustancial que el art. 217 de la Ley procesal (RCL 1995, 1144, 1563) exige que exista entre las sentencias comparadas para que el recurso pueda ser admitido a trámite. De hecho son dos prestaciones que guardan cierto paralelismo, aunque la protección de la maternidad tenga una mayor fuerza legal, matiz que confiere mayor intensidad a la contradicción, pues mientras la recurrida condena al INSS a adelantar el importe de la prestación, la de contraste declara que el INSS no está obligado a adelantar el importe dado que la beneficiaria no se hallaba en situación de alta en el momento del hecho causante. Resulta evidente que, a pesar de aquellas diferencias apuntadas existe entre las sentencias comparadas la triple identidad y contradicción de pronunciamientos que el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral exige para la admisión a trámite del recurso.

TERCERO

.- Denuncia el INSS recurrente que la sentencia infringe lo dispuesto en los art. 124 y 126 de la Ley de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825) vigente en relación con los art. 29, 30 y 35 del R.D. 841 (sic)/1996 de 26 de enero (RCL 1996, 673, 1442) y todos ellos en relación con los art. 94, 95 y 96 de la Ley General de la Seguridad Social , así como la doctrina de las sentencias del Tribunal Supremo de 19 septiembre de 1991 (RJ 1991, 7651) y 23 de junio de 2003 (RJ 2005, 4859) . Como resumía la sentencia de esta Sala de 14 de junio de 2000 (RJ 2000, 5116) , rec. 3096/1999) , certeramente invocada por la sentencia de contraste, en "l os supuestos de contingencias comunes de trabajadores no en alta ha establecido, en sus

sentencias de 22 de abril de 1.994 (dos recursos 2304 (RJ 1994, 3271) y 2475/93 (RJ 1993, 3273)) , 3 de noviembre de 1.994 (RJ 1994, 8588) y 6 de junio (RJ 1995, 4765) y 13 de diciembre de 1.995 (RJ 1995, 9306) , la doctrina unificada que cabe resumir en los siguientes extremos:

a) La falta del oportuno desarrollo reglamentario del mencionado art. 96 LGSS (RCL 1974, 1482) (hoy 126) prevista en su ap. 3º , ha llevado a la jurisprudencia a la aplicación supletoria de los arts. 94, 95, 96 y 97 Ley de Seguridad Social de 1966 (RCL 1966, 734, 997) en base a lo previsto en la Disposición Transitoria 2 del Decreto 1645/1972 de 22 de junio (RCL 1972, 1210) .

b) Resulta innegable que el art. 95.1.2ª de Ley de Seguridad Social de 1966 exige, de modo ineludible, el alta del trabajador para que proceda la obligación de anticipo por parte de la Entidad Gestora de la S.S. de la prestación económica de incapacidad laboral transitoria (hoy incapacidad temporal). En ausencia de aquella, la prestación, por mandato del art. 95.1.3ª , "será abonada por el empresario directamente al trabajador y a su cargo". Salvo que, como antes apuntábamos, se trate de contingencias profesionales.

c) No es dable confundir la situación de descubierto o retraso en el pago de las pertinentes cotizaciones a la S.S. por parte de la empresa, situación en la que si opera el señalado mecanismo de automaticidad en el pago,

art. 95.1.2ª LSS de 1.966 , mediante el oportuno anticipo y sin perjuicio del subsiguiente reintegro - Ss. de esta

Sala de 8 julio 1991 (RJ 1991, 6831) y 7 octubre 1991 (RJ 1991, 8657) , entre otras muchas -, con la que se contempla en este recurso de ausencia total de alta en el Régimen General de la S.S. al tiempo de producirse la actualización de la contingencia, supuesto en que la Entidad Gestora queda exenta de toda responsabilidad."

Tesis la expuesta que se ha mantenido en sentencias posteriores como la de 7 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 406) (recurso 580/2005) , que se cita especialmente por resolver, en los términos expuestos, un supuesto en el que la empresa había cursado la baja en Seguridad Social al trabajador.

Las conclusiones que se han expuesto no se alteran por la existencia del acta de Inspección de Trabajo, de fecha posterior al hecho causante, y sin que tan siquiera conste en autos que las cuotas a que se refiere hayan sido satisfechas.

CUARTO

.- Lo hasta aquí expuesto evidencia que la doctrina ajustada a Derecho es la que se contiene en la sentencia invocada de contradicción, procediendo por ello, estimar el recurso, casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación estimar el de esta clase interpuesto por el INSS frente a la sentencia de instancia, manteniendo todos sus pronunciamientos salvo el relativo al adelanto de la prestación por el INSS al que se absuelve de las pretensiones deducidas en su contra.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Sr. Llorente Alvarez, en la representación que ostenta del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra sentencia de 26 de septiembre de 2007 (AS 2007, 3440) dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña , en recurso de suplicación nº 3775/2006. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación estimamos el de esta clase interpuesto por el INSS frente a la sentencia cuyos pronunciamientos se mantienen, salvo la condena del anticipo por el INSS al que se absuelve de las pretensiones ejercitadas en su contra.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia , con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Ramón Martínez Garrido hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico

C☆☆☆☆

EXTRANJEROS: extensión del campo de aplicación del sistema de Seguridad Social en supuestos de accidente de trabajo, para los que se encuentran ilegalmente en territorio español.

ACCIDENTE DE TRABAJO: imputación de responsabilidades: del empresario: falta de afiliación.

CONTRATO DE TRABAJO: nulidad total: desestimación: trabajador extranjero no autorizado legalmente a trabajar.

TS (Sala de lo Social), sentencia de 9 junio 2003. [RJ 2003\3936](#)

En la Villa de Madrid, a nueve de junio de dos mil tres.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y defendido por el Procurador don Fernando R. V., contra la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2002 (AS 2002, 2951), dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el recurso de suplicación número 132/2002 interpuesto por la misma y la Tesorería General de la Seguridad Social, contra la sentencia del Juzgado de lo Social de Huesca de fecha 14 de diciembre de 2001, en autos seguidos a instancia de X. S., contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre **accidente de trabajo**.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Ramón Martínez Garrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Con fecha 5 de noviembre de 2001, el Juzgado de lo Social núm. 9 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando la demanda interpuesta por don X. S., frente a la empresa El Punto Exacto, SL, la Mutua Patronal Fremap, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre accidente de trabajo, debo declarar y declaro el derecho del actor a recibir asistencia sanitaria y prestaciones económicas derivadas del accidente de trabajo que sufrió el 5 de mayo de 2000, a cargo de la empresa El Punto Exacto, SL, sin perjuicio de que la Mutua Patronal Fremap, anticipe las prestaciones y con derecho a repetir contra la empresa demandada, y sin perjuicio de la responsabilidad del Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social».

SEGUNDO

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

>«I.—Don X. S., súbdito ecuatoriano, sin permiso de trabajo en España, fue contratado por la empresa El Punto Exacto, SL, que gestiona el Hostal San Román, sito en el km 177,5 de la carretera nacional 240, término municipal de Azara, prestando servicios varios, tales como ayudante de cocina, camarero, conductor y comprador de efectos, para el establecimiento hostelero.

II.–Cuando el 5 de mayo de 2000, conducía el vehículo HU-...-H de la propiedad de la empresa, trasladando a una cocinera desde Zaragoza, sufrió un accidente de tráfico, resultando con lesiones de las que aún no ha curado.

III.–Que la empresa tenía pleno conocimiento que el actor era un emigrante ilegal y no le había dado de alta en la Seguridad Social.

IV.–Que la Mutua Patronal Fremap, cubre en la empresa el riesgo de accidentes de trabajo.

V.–Agotada vía previa».

TERCERO

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, la cual dictó sentencia con fecha 9 de septiembre de 2002 (AS 2002, 2951), en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: «Desestimamos el recurso de suplicación núm. 132/2002, ya identificado antes, y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida».

CUARTO

Con fecha 10 de diciembre de 2002 ésta Sala dictó auto por el que se ponía fin al trámite del recurso de casación para la unificación de doctrina preparado por la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia de 9 de septiembre de 2002 (AS 2002, 2951), dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el recurso de suplicación 132/2002.

QUINTO

Por el Procurador don Fernando R. V., en nombre y representación de Instituto Nacional de la Seguridad Social, se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de 27 de noviembre de 2001 (AS 2001, 3957).

SEXTO

Por providencia de fecha 4 de abril de 2003, se procedió a admitir a trámite el recurso, y no habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 3 de junio de 2003, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

1. El Instituto Nacional de la Seguridad Social interpone el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Esta resolución desestimó recurso de suplicación interpuesto por la misma entidad gestora y la Tesorería frente a sentencia del Juzgado de lo Social de Huesca.

2. La cuestión litigiosa se plantea con motivo de accidente de trabajo – calificación no discutida– sufrido, el 5 de mayo de 2000, por el actor, don X. S., súbdito ecuatoriano que, sin permiso de trabajo ni de residencia, venía prestando servicios para la empresa «El Punto Exacto, SL».

3. La sentencia de instancia, confirmada en suplicación, estimó la demanda y declaró el derecho del actor a recibir asistencia sanitaria y prestaciones económicas derivadas del accidente de trabajo a cargo de la dicha empresa, sin perjuicio de que la Mutua Patronal Fremap anticipe las prestaciones y con derecho a repetir contra la empresa demandada, y sin perjuicio de la responsabilidad del Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social.

4. Empresa y Mutua patronal no han recurrido y la Tesorería que lo preparó conjuntamente con el INSS, no lo ha formalizado, habiéndose dictado auto poniendo fin al trámite.

SEGUNDO

La sentencia que el INSS ofrece de contraste, de la Sala de La Rioja de 27 de noviembre de 2001 (AS 2001, 3957), cumple el requisito establecido en el art. 217 de la Ley procesal para la admisión a trámite del recurso, pues, en supuesto idéntico de extranjero sin permiso de trabajo ni de residencia que sufrió accidente de trabajo, acabó desestimando la pretensión ejercitada y absolviendo a todos los demandados. Existe pues una doctrina contradictoria que debemos unificar en la presente resolución.

TERCERO

1. Esta Sala se ha pronunciado reiteradamente sobre las responsabilidades derivadas de accidente de trabajo sufrido por trabajador que no se hallaba en situación de alta. Las sentencias de 27 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10509) (Recurso 1224/1994), 18 de mayo de 1995 (RJ 1995, 7578) (Recurso 2479/1994), 11 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9087) (Recurso 1608/1995) y 24 de mayo de 1996 (RJ 1996, 4616) (Recurso 2448/1995), partiendo del principio de automaticidad de las prestaciones, del actual art. 125.3 de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825) (95.3 del Texto de 1974 [RCL 1974, 1482]) declararon la responsabilidad directa de la empresa, obligación de adelanto de las prestaciones por parte de la Mutua Patronal y las correspondientes responsabilidades subsidiarias de Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería. El precepto de referencia establece que «los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen General se considerarán de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo... aunque el empresario hubiera incumplido sus obligaciones».

2. Debemos precisar ahora si tal doctrina general es aplicable al supuesto enjuiciado, de extranjero no autorizado legalmente a trabajar, o alguna norma impide ese efecto del accidente de trabajo sufrido por quien presta servicios por cuenta ajena. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (RCL 2000, 72 y 209), vigente en la fecha en la que se produjo el accidente, establecía en su art. 33.3 que «los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero». Por otra parte, el art. 106.1 de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825), establece que la obligación de cotizar se inicia con la prestación de servicios por cuenta ajena, precepto determinante de que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal (Sentencia de 2 de diciembre de 1998, recurso de apelación número 9978/1992) haya declarado la obligatoriedad de cotizar por los extranjeros que

presten servicios sin las correspondientes autorizaciones y permisos. Por lo tanto el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación un contrato nulo. Y, siendo ello así no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo y así lo ha sido siempre desde la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo de 1900.

3. De lo expuesto se deduce la inexistencia de precepto que excluya el efecto normal del accidente respecto a trabajadores que no se hallan en alta. Esta conclusión se corrobora por el mandato del art. 57 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los extranjeros en España, según la reacción dada por la Ley 8/2000 (RCL 2000, 2963 y RCL 2001, 488), y según el cual la sanción de expulsión no podrá ser impuesta a ... «d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo». Mandato este último que pone de manifiesto la posibilidad legal de que el extranjero, no debidamente documentado, haya recibido la protección legal en supuesto de accidente de trabajo.

4. No es óbice a lo más arriba expuesto la dificultad de encuadrar el supuesto en la normativa internacional. El Convenio 19 de la OIT, subordina la obligación de dispensar el mismo trato a los extranjeros que a los súbditos nacionales, el que país del trabajador lo haya ratificado. Y si bien España lo ratificó (Gaceta del 26 de mayo de 1928) Ecuador no se halla entre los 119 países que lo han hecho. Pero en nuestra legislación, extendiendo el principio que lo inspira en esta materia de accidente de trabajo, estableció en el art. 1.4.b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966 (RCL 1966, 2404 y RCL 1967, 801), que «la reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional».

5. En el concreto supuesto que hoy se enjuicia ha de tenerse en cuenta que el Convenio Adicional al de Seguridad Social Hispano Ecuatoriano de 1 de abril de 1960 (RCL 1962, 1839) (ratificado por España BOE 180/1975, de 28 de julio 1975 [RCL 1975, 1498]), dispone en su art. 2 «que los trabajadores españoles en Ecuador y los trabajadores ecuatorianos en España estarán sujetos a las legislaciones sobre seguridad Social aplicables en los respectivos países y se beneficiarán de las mismas, así como sus familiares y derechohabientes, en iguales condiciones que los nacionales de cada uno de los países». Remisión que supone la aplicación también de las normas sobre automaticidad de las prestaciones en idénticos términos que a los súbditos nacionales.

Supone lo expuesto que, oído el informe del Ministerio Fiscal, hayamos de desestimar el recurso. Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de SM el Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y defendido por el Procurador don Fernando R. V., contra la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2002 (AS 2002, 2951), dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el recurso de suplicación número 132/2002 interpuesto por la misma y la Tesorería General de la Seguridad Social, contra la sentencia del

Juzgado de lo Social de Huesca de fecha 14 de diciembre de 2001, en autos seguidos a instancia de don X. S., contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre **accidente de trabajo**. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la **Colección Legislativa**, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.—En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Ramón Martínez Garrido hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

©☆☆☆☆☆

SEGURIDAD SOCIAL: imputación de responsabilidades en orden a las prestaciones: descubiertos empresariales en la cotización: accidente de trabajo; legislación aplicable; votos particulares.

TS (Sala de lo Social), sentencia de 1 febrero 2000. RJ 2000\1436

En la Villa de Madrid, a uno de febrero de dos mil.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador don Carlos Z. C. en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia de fecha 1 de diciembre de 1998 (rollo 1901/1998), dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de fecha 12 de diciembre de 1997, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Bilbao, en autos núm. 329/1997, seguidos a instancias de Mutual Cyclops Matepss frente a Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, José Luis A. B. y proyectos y Construcciones Lenka, SL sobre cantidad.

Ha comparecido en concepto de recurrido Mutual Cyclops Matepss representada por el Letrado don Francisco de Paula M. F.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Con fecha 12 de diciembre de 1997 el Juzgado de lo Social núm. 5 de Bilbao dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«I.—El día 10-9-1996 cuando don José Luis A. B., con DNI núm. ..., nacido el 14-4-1947, afiliado al RGSS con el núm. ..., prestaba sus servicios por cuenta de la empresa Proyectos y Construcciones Lenka, SL, que tenía cubiertas las contingencias derivadas de AT con Mutual Cyclops Matepss núm. 126, sufrió un AT como consecuencia del cual permaneció en situación de IT hasta 3-12-1996.

II.—Mutual Cyclops abonó las siguientes cantidades por los conceptos que se especifican como consecuencia del proceso de IT del anterior trabajador:

- Factura Clínica Cyclops: 155.300 ptas.
- Factura centro asistencial: 215.900 ptas.
- Prestación IT: 423.269 ptas.
- Gastos desplazamiento: 53.035 ptas.
- Factura clínica Plató: 3.700 ptas.
- Factura serv. médico Angulema: 62.000 ptas.

III.—Proyectos y Construcciones Lenka, SL mantiene con la TGSS en el período 2-1996 a 3-1997, una deuda de 3.960.275 ptas., conforme al desglose que se detalla en el documento núm. 1 del ramo de prueba del INSS, habiendo satisfecho durante el período febrero a septiembre de 1996, únicamente la cuota obrera y presentando

desde el mes de octubre de 1996 un descubierto total.

IV.-Con fecha 25-3-1997, el demandante formalizó reclamación previa que fue desestimada por silencio administrativo».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por don Gabriel A. A. en nombre y representación de Mutual Cyclops Matepps núm. 126, contra Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y Proyectos y Construcciones Lenka, SL, debo condenar y condeno a esta última a reintegrar a la actora la cantidad de 913.204 ptas., declarando la responsabilidad subsidiaria del INSS en caso de insolvencia empresarial».

SEGUNDO

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Instituto Nacional de la Seguridad Social ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia con fecha 1 de diciembre de 1998, en la que consta el siguiente fallo:

«Que debemos desestimar el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia de 12 de diciembre de 1997, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Bilbao, en autos núm. 329/1997 seguidos en proceso sobre otras materias de la Seguridad Social a instancias de Mutua Ciclops, frente a José Luis A. B., Proyectos y Construcciones Lenka, SL, Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, y debemos confirmar y confirmamos, en todas sus partes, la resolución de instancia recurrida».

TERCERO

Por la representación de don Carlos Z. C. en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se denuncia infracción de lo dispuesto en los artículos 126.1 y 2 y 68.2 a) del Texto Refundido de la LGSS aprobado por RD Leg 1/1994 de 20 de junio (RCL 1994, 1825), en relación con el art. 94.2 b) de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966 (RCL 1966, 734, 997 y NDL 27318, nota) y art. 61.2 del RD 1993/1995 de 7 de diciembre (RCL 1995, 3321), así como con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de 1-6-1992 (RJ 1992, 4502) y 8-5-1997 (RJ 1997, 3970). Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada el 8 de septiembre de 1998 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco (Rec. suplic. 1108/1998).

CUARTO

Por providencia de esta Sala de fecha 15 de septiembre de 1999 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte demandada, para que formalizaran su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO

Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 21 de diciembre de 1999. Por providencia de la misma fecha se acuerda suspender dichos actos y señalar los mismos para el día 26 de enero de

2000 en Sala General.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

1.—El presente recurso de casación para la unificación de doctrina lo ha interpuesto el INSS contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco con fecha 1 de diciembre de 1998 (Rec. 1901/1998) en la que, a instancias de la Mutua que había anticipado las prestaciones por asistencia sanitaria e incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo, había condenado a la empresa a la que pertenecía el trabajador y de forma subsidiaria al INSS al reintegro de aquellas prestaciones, sobre la apreciación de que dicha empresa, declarada insolvente con posterioridad, se hallaba en descubierto total de las primas por accidente de trabajo por cuanto desde febrero de 1996 en que comenzó la relación laboral hasta septiembre de 1996 en que se produjo el accidente había abonado únicamente la cuota obrera por contingencias comunes; habiendo sido declarada insolvente por cotizaciones impagadas por un importe próximo a los cuatro millones de pesetas.

2.—Como sentencia de contraste aporta el recurrente la del mismo Tribunal Superior de fecha 8 de septiembre de 1998 (Rec. 1108/1992) en la que, ante la reclamación por parte de una Mutua de las cantidades igualmente anticipadas por ella en concepto de prestaciones derivadas de la asistencia sanitaria y de subsidio de incapacidad temporal derivadas de un accidente de trabajo eximió de su abono a la empresa demandada y al INSS por entender que la responsabilidad empresarial debía de moderarse en este caso, quedando exenta de responsabilidad sobre el argumento de que la empresa estaba en descubierto de sus cotizaciones desde septiembre de 1995, hasta el día 16 de febrero de 1996, si bien las había abonado debidamente desde el ingreso del trabajador en la empresa en noviembre de 1994 hasta la fecha del accidente.

3.—Como puede apreciarse, nos encontramos ante sendas reclamaciones de reintegro de prestaciones, formuladas por dos Mutuas que habían anticipado las prestaciones de asistencia sanitaria e incapacidad temporal derivadas de accidente laboral a sendos trabajadores y que reclamaban el abono de las mismas directamente de la empresa y subsidiariamente del INSS, con el resultado de que en el supuesto objeto de recurso la sentencia había dado lugar a la demanda, mientras que en el supuesto de la sentencia de contraste se había desestimado. En ambos supuestos la Mutua reclamaba el reintegro de las cantidades por ella anticipadas por asistencia sanitaria e incapacidad temporal, y en los dos casos la respectiva empresa había dejado de abonar durante siete meses las primas para la cobertura de las prestaciones derivadas de accidente laboral. La solución diferente que se dio a cada uno de los supuestos se debe a que la doctrina que se aplica por la sentencia de contraste a la situación contemplada en ella es completamente distinta de la que se aplica en la sentencia recurrida, pues, mientras en ésta el descubierto en la cotización se valora como determinante de la responsabilidad empresarial aceptando por ello esa responsabilidad, la doctrina aplicada en la sentencia de contraste parte del principio de que nunca en accidentes de trabajo la falta de cotización da lugar a responsabilidad empresarial directa (ni subsidiaria del INSS por lo tanto), sobre el argumento de que sólo se produce esta responsabilidad cuando la falta de cotización produce perjuicios en los derechos del trabajador, por lo que, habiendo éste percibido de la Mutua las prestaciones correspondientes,

ninguna acción cabe contra la empresa puesto que ninguna influencia sobre la prestación tiene su descubierto en el pago de las primas correspondientes.

En definitiva, las dos sentencias puestas en comparación están aplicando doctrinas contrapuestas en asuntos sustancialmente iguales, y fundamentalmente iguales en función de la doctrina legal que se aplique, puesto que la doctrina contenida en la sentencia de contraste los iguala totalmente al devenir indiferente que la falta de cotización fuera mayor o menor. Siendo esta razón la que exige entrar a resolver el recurso para determinar cuál de las dos es la correcta doctrina unificada.

SEGUNDO

1.-El INSS en su recurso denuncia como infringido lo dispuesto en el art. 126.1 y 2 de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (RCL 1994, 1825), en relación con el art. 94.2 b) de la Ley de Seguridad Social aprobada por Decreto de 21 de abril de 1966 (RCL 1966, 734, 997 y NDL 27318, nota) y con el art. 61.2 del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre (RCL 1995, 3321), así como la jurisprudencia dictada en aplicación de tales preceptos. Su argumentación se concreta en señalar que, puesto aunque la obligación de cotizar es del empleador, y el incumplimiento de dicha obligación hace recaer sobre el responsable del mismo el abono del importe económico de las mismas en aplicación de lo dispuesto en el art. 94.2 de la Ley de 1966 que rige como precepto reglamentario, en el presente supuesto en el que se había producido un descubierto ocasional de cotizaciones durante tan sólo siete meses la empresa y el INSS deben de quedar exonerados de responsabilidad, tanto más cuanto que la última doctrina del Tribunal Supremo a partir de la sentencia de 8 de mayo de 1997 (RJ 1997, 3970) la responsabilidad empresarial de las prestaciones por falta de cotización tiene que vincularse a un incumplimiento con trascendencia en la relación jurídica de protección, por lo que, al tratarse de prestaciones derivadas de accidente de trabajo donde por definición legal –art. 124.4 LGSS– no se exige período previo de cotización, es claro que el incumplimiento empresarial no ha producido perjuicio en cuanto al acceso a las prestaciones por parte del trabajador accidentado.

2.-Como puede deducirse de la argumentación del INSS recurrente, hace suya la tesis no utilizada en la sentencia que recurre pero sí en la de contraste, que se halla en el centro de este recurso, según la cual, en los accidentes de trabajo no existe responsabilidad empresarial cualquiera que sea el volumen del descubierto en el pago de las primas debidas, de acuerdo con la última doctrina de esta Sala en materia de responsabilidad empresarial. Tesis que es impugnada tanto por la Mutua recurrida como por el Ministerio Fiscal al indicar cómo esa doctrina en la que tanto el recurrente como la sentencia de contraste se apoyan no es aplicable a los supuestos de responsabilidad por accidente laboral, sino a aquellas otras contingencias en las que se exige legalmente un determinado período de carencia.

3.-Se trata, en definitiva, de puntualizar cuál es la doctrina de esta Sala en el tema de la responsabilidad por descubierto en el pago de cuotas cuando se trata de prestaciones derivadas de riesgos laborales en las que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 124.4 de la Ley General de la Seguridad Social «no se exigirán períodos previos de cotización».

En relación con esta cuestión cabe señalar cómo, en la tradición jurídica interpretativa de la responsabilidad empresarial por descubiertos en el pago de cotizaciones, la doctrina de la Sala, dictada en unificación de doctrina, se concretó

en los siguientes postulados: 1) La regla a aplicar en estos casos viene constituida por el art. 136.1 y 2 de la Ley General de la Seguridad Social, completada por lo dispuesto en los arts. 94 y ss. del Texto Articulado de la Ley General de la Seguridad Social de 21 de abril de 1966, en cuanto que al no establecer aquel art. 136 más que la regla general de que «el incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad en cuanto al pago de las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva», procede estar a lo dispuesto en los indicados preceptos de la Ley de 1966 con el valor reglamentario que les dio la Disposición Transitoria 2 del Decreto 1645/1972, de 23 de junio (RCL 1972, 1210 y NDL 27318); habiendo aceptado expresamente la vigencia de dichos preceptos con el indicado carácter reglamentario, entre otras muchas en el mismo sentido anteriores y posteriores, dos SSTS, de 22-4-1994 (RJ 1994, 3271) y 22-4-1994 (RJ 1994, 3271, 3273) (Recursos 2304/1993 y 2475/1993, dictadas en Sala General); y 2) A partir del hecho de que el art. 94.2 b) de aquella norma reglamentaria imputaba la responsabilidad de las prestaciones al empresario por falta de ingreso de las cotizaciones, pero moderando tal responsabilidad en determinados supuestos y previendo la posibilidad de que la misma se produjera en otros supuestos a determinar «reglamentariamente» pero nunca determinado, la Sala construyó una doctrina que distinguía a los efectos de determinar la responsabilidad empresarial, entre descubiertos empresariales que pudieran ser considerados ocasionales o esporádicos y aquellos otros que por su trascendencia debieran de valorarse como rupturistas en cuanto aparecieron como demostrativos de la intención empresarial de no cotizar («voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de la obligación» dice alguna sentencia de esta Sala, como la de 27-2-1996 [RJ 1996, 1511] recurso 1896/1995), «voluntad de incumplimiento empresarial nítida y persistente» se exige en la STS de 12-2-1997 (RJ 1997, 1262) (recurso 3406/1996), de forma que en el primer caso el empresario quedaba exonerado de responsabilidad pero no en el segundo. En dicha doctrina la responsabilidad derivaba de la voluntariedad empresarial en los descubiertos de cotización, una vez ponderadas las circunstancias que la habían determinado y la trascendencia mayor o menor de aquellos descubiertos en la relación de protección. Este criterio ha sido el utilizado por toda la Jurisprudencia unificada a partir del año 1991, aun cuando tiene su origen en sentencias de casación anteriores, pudiendo citarse como ejemplos aplicativos del mismo en materia de accidentes de trabajo las siguientes sentencias: STS de 1-6-1992 (RJ 1992, 4502) (recurso 1302/1991) –en un supuesto de invalidez derivada de accidente de trabajo en el que consideró esporádico un descubierto de dos años intermitentes dentro de un dilatado período de seguro exoneró por ello a la empresa–, STS de 11-7-1994 (RJ 1994, 6548) (recurso 18/1994) –en la que ante una falta total de cotizaciones condenó a la empresa y subsidiariamente al INSS a reintegrar a la Mutua las cantidades correspondientes a la prestación de Incapacidad permanente parcial que había anticipado–, o las más recientes de 25-1-1999 (RJ 1999, 3748) (recurso 2345/1998) y 17-3-1999 (RJ 1999, 3005) (recurso 1034/1998) –en las que se consideraron ocasionales descubiertos de cotización por ocho y doce meses en relación con supuestos relativos a incapacidades permanentes–. Dicho criterio ha sido completado con el de proporcionalidad en la responsabilidad cuando el descubierto de cotización reiterado no lo ha sido en atención al tiempo sino a la cuantía –supuestos de

infracotización— cual puede apreciarse en la STS de 17-1-1998 (RJ 1998, 738) (recurso 3083/1992) —en relación con una prestación de incapacidad permanente total para la profesión habitual del trabajador en la que la empresa había cotizado todo el tiempo pero en cuantía inferior a la debida—. Ese mismo criterio ha sido aplicado igualmente para determinar las responsabilidades empresariales derivadas de riesgos comunes, tanto en los casos de descubiertos de cotización temporales como en los descubiertos por cotización inferior a la debida o infracotización, de forma que no solo se ha liberado de responsabilidad a la empresa cuando los descubiertos son ocasionales sino que cuando se le ha de imputar responsabilidad por descubiertos reiterados, sean temporales o por cotización inferior a la debida, se hace responsable a la empresa y al INSS pero en proporción a la influencia que el defecto de cotización haya tenido en la cuantía de la prestación (como supuestos de infracotización reiterada con responsabilidad proporcional pueden citarse las SSTS de 28-9-1994 [RJ 1994, 9714] [recurso 2552/1993], 20-7-1995 [RJ 1995, 6718] [recurso 3795/1994], 27-2-1996 [RJ 1996, 1511] [recurso 1896/1995] o 31-1-1997 [RJ 1997, 648] [recurso 820/1996], entre otras).

4.—La ponderación de la voluntariedad empresarial en los descubiertos temporales de cotización, a fin de determinar si eran ocasionales o rupturistas, cuando la prestación depende de la cobertura de un determinado período de carencia, fue abordada de forma novedosa por la STS de 8-5-1997 (RJ 1997, 3970) (recurso 3824/1996), dictada en Sala General, en la que se contempló la influencia que pudiera tener en la responsabilidad para hacer frente a las prestaciones por maternidad anticipadas por el INSS los descubiertos de cotización de un año en los tres años de vigencia de la relación laboral, cuando la trabajadora tenía cubierto el período de carencia legalmente requerido. En ella se decidió que la empresa debía quedar exonerada de responsabilidad, sobre dos argumentos: el primero se apoya sobre la doctrina tradicional de la Sala antes expuesta, apreciando que los descubiertos en este caso eran ocasionales o esporádicos aunque el descubierto era de doce meses, pues no obedecían a la «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de la obligación» sino a presumibles dificultades de liquidez; pero en el segundo argumento se introdujo un razonamiento nuevo sobre criterios de legalidad constitucional al considerar que, puesto que el incumplimiento de la obligación de cotizar no extingue las relaciones de Seguridad Social, sino que el impago de las cotizaciones constituye, por una parte, una infracción grave sancionable administrativamente —arts. 13, 37 y 38 de la Ley 8/1988 (RCL 1988, 780), de Infracciones y Sanciones en el Orden Social—, y da lugar al cobro de dichas cotizaciones por vía ejecutiva con abono de los recargos procedentes —art. 33 de la Ley General de la Seguridad Social— se dijo que, para no vulnerar el principio constitucional del «non bis in idem» «la responsabilidad empresarial en las prestaciones por falta de cotización tiene que vincularse a un incumplimiento con trascendencia en la relación jurídica de protección, de forma que la falta de cotización imputable al empresario impida la cobertura del período de cotización exigido. En otro caso se sancionaría dos veces la misma conducta (sanción administrativa directa y sanción indirecta también administrativa por la vía de una responsabilidad que no se justifica en el marco de la relación de protección, en un efecto que no puede autorizar una regla que, como el art. 94.3 de la Ley de 21 de abril de 1966 que tiene, como se ha dicho valor reglamentario y es, además, anterior a la Constitución (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875). De esta forma se vulneraría además, como ya señaló la sentencia de 27 de febrero de 1996, el

principio de proporcionalidad, pues el alcance de la responsabilidad no está en función de la gravedad del incumplimiento sino de la cuantía de la prestación causada y de las demás variables que determinan en su caso el importe del capital coste cuando se trata de pensiones», para extraer de ello como conclusión que «la regla del número 2 de este artículo sobre responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de cotización no puede interpretarse como una norma autónoma de carácter sancionador, sino como una disposición que establece una responsabilidad conectada causalmente con el perjuicio que el incumplimiento empresarial ha producido en el derecho del trabajador. El empresario está obligado a reparar ese perjuicio y por ello debe responder, aunque la entidad gestora, para cumplir el interés público en la protección efectiva de las situaciones de necesidad, anticipe el pago de la prestación de acuerdo con el principio de automaticidad. Fuera de este supuesto el incumplimiento empresarial en materia de cotización será objeto de sanción con independencia de la recaudación en vía ejecutiva de las cotizaciones adeudadas, pero no debe determinar un supuesto de responsabilidad». Doctrina ésta que ha sido seguida en sentencias posteriores de esta Sala como las siguientes: SSTS 10-6-1998 (RJ 1998, 5196) (recurso 2862/1997), 9-2-1998 (RJ 1998, 1649) (recurso 1620/1997), 10-3-1998 (RJ 1998, 2376) (recurso 2838/1997), 24-4-1998 (RJ 1998, 3735) (recurso 2842/1997), 25-5-1998 (RJ 1998, 4923) (recurso 1963/1997), 9-6-1998 (RJ 1998, 5190) (recurso 1621/1997) –todas ellas en relación con prestaciones por maternidad–; STS 28-4-1998 (RJ 1998, 3872) (recurso 2313/1997) y 25-1-1999 (RJ 1999, 2476) (recurso 500/1998) –supuestos de jubilación–, y lo mismo en supuestos de IT en STS 6-4-1998 (RJ 1998, 3469) (recurso 3769/1997), 20-4-1998 (RJ 1998, 3481) (recurso 1951/1997). Todas ellas contemplando prestaciones derivadas de enfermedad común.

Este segundo argumento de la STS de 8-5-1997 es el que ha utilizado el INSS en apoyo de su recurso, y es el que utilizó la sentencia de contraste, y con el que no está de acuerdo la Mutua impugnante del mismo ni el Ministerio Fiscal en cuanto consideran que el mismo tiene su sentido y está previsto para la responsabilidad empresarial cuando se está en presencia de prestaciones cuya concesión dependa de la cobertura de un período de carencia, pero no cuando se trata de prestaciones derivadas de riesgo laboral respecto de las que la normativa aplicable no exige ningún período de cotización. Por lo que se trata de decidir, en definitiva, si aquella doctrina debe de aplicarse o no a estas situaciones. Y la Sala, de acuerdo con los impugnantes del recurso, considera que aquellos argumentos no son de aplicación a prestaciones derivadas de riesgos laborales, por las siguientes razones: a) Porque la doctrina a que se está haciendo referencia se construyó pensando exclusivamente en prestaciones cuya obtención depende de la cobertura de un período de cotización, que es en la que cuadra eximir de responsabilidad al empresario cuando existen cotizaciones suficientes para devengarla, como manifestación adecuada del principio de proporcionalidad. En las prestaciones que no dependen de un período de carencia, como son las derivadas de accidente de trabajo, la prueba del cumplimiento empresarial habrá que seguir determinándola con arreglo a otros criterios, puesto que no existe ese referente. b) El principio «non bis in idem», con independencia de que en los supuestos generales es de difícil aplicación a la luz de la doctrina constitucional sobre el mismo, ligada siempre a la actuación del «ius puniendi» estatal que en el caso de la responsabilidad empresarial nunca podría apreciarse –por todas ver STC 234/1991, de 10 de diciembre (RTC 1991, 234) o 164/1995, de 13 de diciembre (RTC 1995, 164),

acerca de los límites de aplicación de ese principio del derecho sancionador conectado con el art. 25 de la Constitución—, con mucho menor motivo puede estimarse aplicable a supuestos como los que aquí nos ocupan en los que el empresario ha sido ya previamente declarado insolvente, como requisito necesario para que la Mutua que anticipó sus prestaciones —SSTS 13-6-1994 (RJ 1994, 5426) (recurso 3286/1993) y 21-12-1994 (RJ 1994, 10347) (recurso 3660/1993), por todas— y en los que, por lo tanto, con independencia de la multa que se le pueda imponer, difícilmente va a abonar la prestación a la que se le pueda condenar. c) La exención de responsabilidad empresarial por el solo hecho de que la existencia o inexistencia de cuotas no influye en la relación de protección supondría tanto como eliminar el carácter contributivo de las prestaciones derivadas de riesgos laborales, contra lo previsto expresamente al respecto por el art. 86.2 b) de la LGSS e iría claramente en contra de las previsiones del art. 126.2 LGSS que se trata de interpretar y aplicar en cuanto parte del principio de responsabilidad empresarial cuando existe impago de cuotas; y d) En los riesgos profesionales el asegurado es el empresario y por ello es más difícil que en los comunes aceptar que puede servirle como causa eximente de la responsabilidad el impago de las primas para hacer frente a las contingencias derivadas de aquéllos, cuando este descubierto, aun no siendo determinante del derecho a la prestación, aparece como un manifiesto incumplimiento de aquella obligación.

5.—En su consecuencia la Sala estima que, en relación con las prestaciones derivadas de accidente laboral sigue siendo válida la aplicación de la doctrina tradicional en relación con la responsabilidad empresarial por falta de cotización, en el sentido de distinguir según se trate de incumplimientos empresariales transitorios, ocasionales o involuntarios, o, por el contrario se trate de incumplimientos definitivos y voluntarios, rupturistas o expresivos de la voluntad empresarial de no cumplir con su obligación de cotizar, para, en el primer caso imponer la responsabilidad del pago de las prestaciones a la entidad gestora o colaboradora y en el segundo a la empresa, con la responsabilidad subsidiaria del INSS (en su consideración de sucesor del antiguo Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo). Tesis ésta que, aun no explicitada con argumentos concretos, ha sido aplicada ya por esta Sala en dos sentencias de 1999 al resolver sobre supuestos de responsabilidad empresarial por defectos de cotización —en concreto en las dos sentencias más arriba citadas de 25-1-1999 (RJ 1999, 3748) (recurso 2345/1998) y 17-3-1999 (RJ 1999, 3005) (recurso 1034/1998), aunque en ellas se consideró que estábamos en presencia de descubiertos ocasionales y por ello no se hizo responsable al empresario—, y que elimina las posibles dudas que pudieran derivarse no sólo de aquella doctrina que sirvió de base a la sentencia de contraste, sino también del contenido del Auto de esta Sala de 10-2-1999 (recurso 1127/1998) que inadmitió un recurso por falta de contenido casacional, en un supuesto de responsabilidad derivada de accidente de trabajo con apoyo en aquellos argumentos que aquí se consideran inaplicables.

TERCERO

Aplicada la anterior doctrina al supuesto que nos ocupa, nos encontramos con que en el supuesto de autos la empresa que incumplió su obligación de cotizar durante un período de siete meses, en realidad no había cotizado nunca por accidentes de trabajo puesto que no abonó ni una sola cotización por tal concepto desde enero de 1996 hasta septiembre de 1996, que fue el período durante el que estuvo viva la relación laboral. En su consecuencia, aunque por la duración del descubierto

podiera parecer a primera vista que se trataba de un descubierto ocasional, las circunstancias indicadas demuestran que, si no cotizó en ningún momento, esa falta de cotización por el trabajador no puede imputarse más que a su falta de voluntad de cumplir aquella obligación. Por lo tanto la sentencia de origen aplicó en forma adecuada la doctrina de esta Sala interpretativa del art. 126 de la LGSS, deviniendo el recurso improcedente.

Por lo expuesto, en nombre de SM el Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

Fallamos

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia de fecha 1 de diciembre de 1998 (rollo 1901/1998), dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de fecha 12 de diciembre de 1997, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Bilbao, en autos núm. 329/1997, seguidos a instancias de Mutual Cyclops Matepss frente a Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, José Luis A. B. y Proyectos y Construcciones Lenka, SL sobre cantidad. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la **Colección Legislativa**, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete a la Sentencia dictada en el recurso 694/1999, y al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina y D. José María Marín Correa.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635 y ApNDL 8375), formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 694/1999.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Con todo respeto a la opinión mayoritaria que se recoge en la sentencia, discrepo de la decisión adoptada, aunque por las razones que a continuación se exponen, estimo que también debe ser revisada la doctrina establecida a partir de la sentencia de 8 de mayo de 1997 (RJ 1997, 3970).

SEGUNDO

La institución de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones, que arrastra una regulación preconstitucional, plantea graves problemas de configuración. Estos problemas son los que sin duda explican la evolución legislativa en esta materia, con un desarrollo reglamentario siempre pospuesto y con el mantenimiento en la práctica, por la vía de la heterodegradación, de una regulación histórica –la de la LASS/1966 (RCL 1966, 734 y 997)–, que fue la que la Ley 24/1972 (RCL 1972, 1166) quiso precisamente superar, y quiso hacerlo, como

ha indicado la doctrina científica, por su difícil compatibilidad con los principios básicos de un sistema público de Seguridad Social.

TERCERO

La responsabilidad empresarial en materia de prestaciones responde, en definitiva, a la lógica del aseguramiento privado, en la que el incumplimiento de las obligaciones por parte del tomador del seguro justifica la resolución del contrato por el asegurador o su cumplimiento forzoso por vía ejecutiva (artículo 15 LCS [RCL 1980, 2295 y ApNDL 12928]). Pero lo que no cabe en ese marco del aseguramiento privado es aplicar las dos medidas (exoneración de la responsabilidad para asegurador, más cumplimiento forzoso de las obligaciones del tomador del seguro), porque entonces se llega a una solución manifiestamente injusta (el mantenimiento de las obligaciones del contrato, pero sólo para una de las partes). Esta es una medida que únicamente puede entenderse en términos de sanción punitiva. Es así porque al elemento de reparación propio de la sanción civil (liberación de la obligación de una parte por el incumplimiento de la otra) se une otro ya típicamente aflictivo (liberación de la obligación propia, pero manteniendo el derecho a exigir la prestación que corresponde a la otra parte). Esto es precisamente lo que ocurre con la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones: la gestora o colaboradora se libera del pago de la prestación, pero conserva su derecho a cobrar las primas con el correspondiente recargo (artículos 70.3.2º, 106, 27 y 33 de la Ley General de la Seguridad Social [RCL 1994, 1825]) y además se despliega todo el mecanismo sancionador administrativo por el incumplimiento empresarial (artículo 14 LISOS [RCL 1988, 780]). Ahora bien, si la relación de cobertura sigue viva para las obligaciones del empresario (tomador del seguro), pero no para las de la gestora o colaboradora (asegurador), que podrá cobrar las primas aunque no abonará las prestaciones, es claro que estamos ante una sanción aflictiva, que ya no se explica desde la relación de correspondencia entre las prestaciones contractuales. Así lo reconoce la doctrina más autorizada, que señala que esta medida «es fuerte compulsión para que el empresario cumpla con su obligación», con una finalidad preventiva típica de aquel tipo de sanciones. Esa sanción tiene indudable carácter público, pues surge de una norma de esta naturaleza; se impone a través de actos administrativos y se destina a un patrimonio también público (el patrimonio único de la Seguridad Social, aun en el caso de las Mutuas de Accidentes de Trabajo, según el artículo 68.4 de la Ley General de la Seguridad Social). Por ello, estamos materialmente ante una sanción punitiva, que, al concurrir con la que debe imponerse según la LISOS, es susceptible de producir una concurrencia prohibida por el principio «non bis idem». En este sentido hay que aclarar que el hecho de que la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones no se presente formalmente como una sanción de este carácter no excluye que materialmente lo sea por las razones ya expuestas y tampoco es relevante que se trate de un empresario insolvente, pues ésta es una circunstancia por completo al margen del supuesto de hecho de la norma.

CUARTO

El juego de la sanción puede afectar también al principio de proporcionalidad; no, desde luego, en el sentido de que no se pondere el alcance del incumplimiento a efectos de la imposición de la sanción, sino porque la determinación del contenido de ésta no tiene en cuenta la gravedad del incumplimiento, sino los factores aleatorios que determinan el cálculo de la prestación o del capital coste de la

pensión, de forma que un incumplimiento de menor gravedad puede ser objeto de una sanción superior si la prestación causada da lugar a un capital superior.

QUINTO

Estas consideraciones llevan a la conclusión de que todo el sistema de responsabilidad empresarial establecido por los artículos 41 y 126 la Ley General de la Seguridad Social puede incurrir en inconstitucionalidad por infracción del artículo 25 de la Constitución (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875), tal como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional, que considera que este precepto está implícita también la garantía del principio «non bis in idem» (sentencias del Tribunal Constitucional 2/1981 [RTC 1981, 2], 154/1990 [RTC 1990, 154] y 177/1999 [RTC 1999, 177], entre otras). La inconstitucionalidad puede derivar también de la vulneración del principio de proporcionalidad (sentencias del Tribunal Constitucional 62/1982 [RTC 1982, 62], 66/1985 [RTC 1985, 66], 50/1995 [RTC 1995, 50], 66/1995 [RTC 1995, 66] y 136/1999 [RTC 1999, 136]), pues el carácter desmesurado del sacrificio que impone (responsabilidad más sanción administrativa formal más abono de las cotizaciones con recargo) puede afectar a otros derechos constitucionales (artículos 33 y 31 de la Constitución Española) y a la propia efectividad del derecho a la Seguridad Social en la medida en que los límites del principio de automaticidad determinan en algunas prestaciones, que la declaración de responsabilidad de un empresario insolvente impida el efectivo abono de la prestación al trabajador (sentencias de 22 de abril de 1994 [RJ 1994, 3273] y 3 de noviembre de 1994 [RJ 1994, 8588]). No es posible superar estas consecuencias con la doctrina de la sentencia de 8 de mayo de 1997, porque, aun en los supuestos en que el incumplimiento empresarial tiene trascendencia en orden a los requisitos de acceso a la protección, se producirían los efectos de doble sanción y falta de proporción. Tampoco es posible evitar estos efectos considerando que lo que debe excluirse es la sanción administrativa, porque ésta es precisamente la sanción coherente no con el funcionamiento de un sistema público de protección social, en el que los eventuales incumplimientos de las obligaciones de contribución económica no deben afectar a la actividad de prestación, sino ser objeto de ejecución forzosa y de sanción administrativa, como ocurre en materia fiscal, y es coherente también con la propia lógica del ordenamiento de la Seguridad Social que, como corresponde a la naturaleza pública de las relaciones de este carácter, mantiene el vínculo en lo que se refiere a las obligaciones de la empresa.

SEXTO

Por todo ello, entiendo que sería necesario cuestionar a través de la vía prevista en el artículo 35 y concordantes de la Ley Orgánica 2/1979 (RCL 1979, 2383 y ApNDL 13575) la constitucionalidad de los preceptos a que se ha hecho referencia de la Ley General de la Seguridad Social.

Madrid, 1 de febrero de 2000

Publicación.—En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Gonzalo Moliner Tamborero así como el voto particular formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete, al que se han adherido los Excmos. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina y D. José María Marín Correa, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.