



Roj: **STS 633/2000 - ECLI:ES:TS:2000:633**

Id Cendoj: **28079140012000101542**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/02/2000**

Nº de Recurso: **694/1999**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación. Unificación de doctrina**

Ponente: **GONZALO MOLINER TAMBORERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

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 D. Carlos de Zulueta Cebrian en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia de fecha 1 de diciembre de 1998 (rollo 1901/98), 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 nº 5 de Bilbao, en autos nº 329/97, seguidos a instancias de MUTUAL CYCLOPS MATEPSS frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Lucas y PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES LENKA, S.L. sobre cantidad.

Ha comparecido en concepto de recurrido MUTUAL CYCLOPS MATEPSS representada por el Letrado D. Francisco de Paula Martín Fernández.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha 12 de diciembre de 1997 el Juzgado de lo Social nº 5 de Bilbao dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: "1º) El día 10.9.96 cuando D. Lucas , con D.N.I. nº NUM000 , nacido el 14.4.47, afiliado al RGSS con el nº NUM001 , prestaba sus servicios por cuenta de la empresa PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES LENKA S.L., que tenía cubiertas las contingencias derivadas de AT con Mutual Cyclops MATEPSS nº 126, sufrió un AT como consecuencia del cual permaneció en situación de IT hasta 3.12.96. 2º) 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.

3º) PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES LENKA S.L. mantiene con la TGSS en el periodo 2.96 a 3.97, una deuda de 3.960.275 ptas., conforme al desglose que se detalla en el documento nº 1 del ramo de prueba del INSS, habiendo satisfecho durante el periodo Febrero a Septiembre de 1996, únicamente la cuota obrera y presentando desde el mes de Octubre de 1996 un descubierto total. 4º) Con fecha 25.3.97, 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 D. GABRIEL ALONSO AMADE en nombre y representación de MUTUAL CYCLOPS MATEPPS nº 126, contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES LENKA S.L., debo condenar y condeno a ésta 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 nº 5 de Bilbao, en autos nº 329/97 seguidos en proceso sobre otras materias de la Seguridad Social a instancias de MUTUA CICLOPS, frente a Lucas , PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES LENKA, S.L., INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y debemos confirmar y confirmamos, en todas sus partes, la resolución de instancia recurrida."

TERCERO.- Por la representación de D. Carlos de Zulueta Cebrian 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 R.D. Legislativo 1/1994 de 20 de junio, en relación con el art. 94.2.b) de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966 y art. 61.2 R.D. 1993/1995 de 7 de diciembre, así como con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de 1.6.1992 y 8.5.1997. 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. 1108/98).

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 2.000 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.- 1901/98) 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.- 1108/92) 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 cual 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, en relación con el art. 94.2.b) de la Ley de Seguridad Social aprobada por Decreto de 21 de abril de 1966 y con el art. 61.2 del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, 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 solo 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 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 sgs 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; 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- IV-1994 (Recursos.- 2304/93 y 2475/93, dictadas en Sala General); y 2) A partir del hecho de que el art. 94.2.c) 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-II-1996 Rec.- 1896/95), "voluntad de incumplimiento empresarial nítida y persistente" se exige en la STS de 12-II- 1997 (Rec.- 3406/96), 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-VI-1992 (Rec.- 1302/91) -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-VII-1994 (Rec.- 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-I-1999 (Rec.- 2345/98) y 17-III-1999 (Rec.- 1034/98) -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-I-1998 (Rec.- 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-IX-1994 (Rec.- 2552/93), 20-VII-1995 (Rec.- 3795/94), 27-II-1996 (Rec.- 1896/95) o 31-I- 1997 (Rec.- 820/96), 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-V-1997 (Rec.- 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 de 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 Ley 8/1988, 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. 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-VI-1997 (Rec.- 2862/97), 9-2-1998 (Rec.- 1620/97), 10-3-1998 (Rec.- 2838/97), 24-4-1998 (Rec.- 2842/97), 25-5-1998 (Rec.- 1963/97) 9-VI-1998 (Rec.- 1621/97) -todas ellas en relación con prestaciones por maternidad-; STS 28-IV-1998 (Rec.- 2313/97) y 25-I-1999 (Rec.- 500/98) -supuestos de jubilación-, y lo mismo en supuestos de IT en STS 6-4-1998 (Rec.- 3769/97), 20-4-1998 (Rec.- 1951/97). Todas ellas contemplando prestaciones derivadas de enfermedad común.

Este segundo argumento de la STS de 8-V-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 SSTCº 234/1991, de 10 de diciembre o 164/1995, de 13 de diciembre, acerca de los límites de aplicación de ese principio del derecho sancionador conectado con el art. 25 de la Constitución-, con mucho menor motivo puede estimarse aplicable a supuestos como los que aquí nos ocupan en los que el empresario ha sido ya previamente declarado insolvente, como requisito necesario para que la Mutua que anticipó sus prestaciones -SSSTS 13-VI-1994 (Rec.- 3286/93) y 21-XII-1994 (Rec.- 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, aún 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-I-1999



(Rec.- 2345/98) y 17-III-1999 ( Rec.- 1034/98), aunque en ellas se consideró que estábamos en presencia de descubiertos ocasionales y por ello no se hizo responsable al empresario-, y que elimina las posibles dudas que pudieran derivarse no solo de aquella doctrina que sirvió de base a la sentencia de contraste, sino también del contenido del Auto de esta Sala de 10-II-1999 (Rec.- 1127/98) 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 pudiera 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 S. M. 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 1901/98), 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 nº 5 de Bilbao, en autos nº 329/97, seguidos a instancias de MUTUAL CYCLOPS MATEPSS frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Lucas y PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES LENKA, S.L. sobre cantidad. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano 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.

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.

## Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. AURELIO DESDENTADO BONETE A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO 694/99, Y AL QUE SE ADHIEREN LOS EXCMOS. SRES. MAGISTRADOS D. FERNANDO SALINAS MOLINA Y D. JOSE MARIA MARIN CORREA

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 694/99.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

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.

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-, que fue la que la Ley 24/1972 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). 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 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) y además se despliega todo el mecanismo sancionador administrativo por el incumplimiento empresarial ( artículo 14 LISOS). 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 un 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 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, 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, 154/1990 y 177/1999, entre otras). La inconstitucionalidad puede derivar también de la vulneración del principio de proporcionalidad ( sentencias del Tribunal Constitucional 62/1982, 66/1985, 50/1995, 66/1995 y 136/1999), 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 1.994 y 3 de noviembre de 1.994). 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 transcendencia 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 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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ