

# LOS INCUMPLIMIENTOS EMPRESARIALES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL Y SU IMPACTO EN LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR<sup>1</sup>

José Luís TORTUERO PLAZA

Catedrático de Universidad

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Facultad de Derecho

Universidad Complutense de Madrid

*tortuero@ucm.es*

Francisca MORENO ROMERO

Profesora Titular de Universidad

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Facultad de Derecho

Universidad Complutense de Madrid

*fmorenoromero@ucm.es*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EL MARCO NORMATIVO DESCONECTADO DE LA CE Y LA ACEPTACIÓN E INACTIVIDAD DEL LEGISLADOR.—III. LOS ESPACIOS DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN MATERIA DE PRESTACIONES.—IV. LOS CRITERIOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES QUE DELIMITAN EL ESPACIO DE LA RESPONSABILIDAD.—1. Las obligaciones de afiliación y alta y su incumplimiento.—2. La doctrina del Tribunal Supremo como legislador: la singularidad de la jubilación.—3. Los incumplimientos en materia de cotización y su impacto proporcional en materia de responsabilidad.

---

<sup>1</sup> El presente trabajo se integra en las investigaciones realizadas en el espacio de los siguientes proyectos de investigación: Proyecto Estatal de I+D+i PID2022-140298NB-I00 «La Sostenibilidad del Sistema de Pensiones en contextos de reformas e inestabilidad económica»; Grupo PAIDI SEJ-347 «Políticas de Empleo, Igualdad e Inclusión Social»; Proyecto Autonómico de I+D+i PPRO-SEJ-347-G-2023 «Medidas de apoyo al empleo de las personas mayores en la negociación colectiva», y II Plan Propio de Investigación y Transferencia. Vicerrectorado de Investigación y Transferencia.

Es un honor participar en este libro en recuerdo de mi maestro Alonso Olea. No obstante, lo firma conmigo la profesora Moreno Romero que también se siente discípula de segunda generación y tiene relación con el tema elegido, como explicaremos.

La elección del tema tiene múltiples justificaciones.

Por un lado, se trata de una materia que, por su cronología normativa preconstitucional, fue uno de los centros de reflexión —conjuntamente con los accidentes de trabajo— más importantes del Tribunal Central del Trabajo, que don Manuel presidió durante tantos años.

También fue uno de los espacios de construcción teórica en las Instituciones de Seguridad Social, que durante más de veinte años compartió el profesor Tortuero con el maestro.

Es de las pocas materias, que a pesar de su extraordinaria importancia y centralidad, no han sido ni reformadas, ni completadas, ni siquiera constitucionalizadas. Estamos en un punto muerto, donde ni existe un derecho directo a la protección del trabajador, independientemente del cumplimiento de las obligaciones del empresario, ni existe una ordenación de los mecanismos de imputación de responsabilidad de construcción moderna y constitucionalidad.

Repetimos, que toda la construcción del alta de pleno derecho y de la automaticidad absoluta y relativa, como distingúía el maestro, pertenecen a una construcción antigua, que sigue estando vigente.

El legislador ha tenido muchos espacios de actuación, uno de ellos —que también justifica la elección del tema— se lo proporcionamos el equipo de investigadores que, bajo la dirección del profesor Tortuero, estuvo conformado por la profesora Moreno y el profesor Martín-Serrano, y que recibimos el primer premio de investigación del Ministerio (FRIPOS)<sup>2</sup>, justamente en un trabajo sobre la responsabilidad del empresario en materia de prestaciones. Los responsables de la Seguridad Social nos dijeron «ya hemos encontrado —nos habéis proporcionado— el hilo conductor que nos permite hacer la reforma».

Lamentablemente nunca se hizo.

---

<sup>2</sup> 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).

## I. INTRODUCCIÓN

Dentro del espacio del Derecho de la Seguridad Social, la materia referida a la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones, ha sido la que mayor atención —y preocupación— ha suscitado en la doctrina desde la propia Ley de Bases hasta la actualidad<sup>3</sup>.

Sin perjuicio de la atención propia del quehacer doctrinal, la preocupación ha venido mediatisada por acontecimientos de distinto orden. Unos, los legislativos y otros, los jurisprudenciales.

A pesar del tiempo transcurrido desde la Ley de 1966 y las reformas posteriores, incluido el impacto del texto constitucional y la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. A pesar de los sólidos argumentos sobre la perdida de vigencia de los preceptos de la referida Ley de 1966, ni siquiera en la aplicación reglamentaria sostenida en el tiempo por la jurisprudencia con más voluntarismos que argumentos. A pesar de las duras críticas de la doctrina, incluso con énfasis rupturista, y de los continuos «toques de atención crítica» de la doctrina judicial<sup>4</sup>. Lo cierto es

<sup>3</sup> Entre los trabajos generales en el devenir histórico a partir de la LGS1974, son de referencia obligada: T. SALA FRANCO, «El régimen jurídico del derecho a prestaciones de la Seguridad Social (Un estudio de la responsabilidad empresarial por falta de afiliación, alta y cotización)», *RIS*, núm. 6 (1974); M. J. HERNÁNDEZ PÉREZ, *La responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones de Seguridad Social*, Murcia, Universidad de Murcia, 1994; J. A. MARTÍNEZ LUCAS, «La configuración jurídica de la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones de la Seguridad Social», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 78 (1996); C. GALA DURÁN, *La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social*, Cizur Menor, Aranzadi, 1997; G. MOLINER TAMBORERO, «La responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones de Seguridad Social. Déficit regulador de la misma. Criterios Jurisprudenciales», en AAVV, *Aspectos complejos en materia de Seguridad Social*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, núm. 38 (2001); A. DESDENTADO BONETE, «Responsabilidades por el incumplimiento de las obligaciones en materia de actos de encuadramiento en la Seguridad Social. Teoría y Práctica», *Actualidad Laboral*, núms. 4 y 5 (2004); J. MUÑOZ MOLINA, *Responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, y A. BLASCO PELLICER, *La responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones de Seguridad Social*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2005. Desde una perspectiva más amplia, J. L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE, «Responsabilidades empresariales», en AAVV, *Tratado práctico a la legislación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Granada, Comares, 2006.

<sup>4</sup> Como muestra valga traer a colación la afirmación contenida en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de abril de 2010, que afirma que «El mandato recogido en el art. 41 CE no puede llevar a la protección de situaciones como la contemplada en el presente recurso por muy lamentables que puedan resultar desde una perspectiva humana, porque ello supondría desnaturalizar el carácter contributivo del régimen de SS aplicable al caso, sin tener en cuenta, al propio tiempo, las exigencias de financiación. Conviene recordar que la determi-

que el legislador dio por concluida su labor reguladora con la reforma del 2001, dando por buena, suponemos por la falta de actividad legislativa, la construcción general del régimen de responsabilidad realizado por la jurisprudencia de unificación, contenida básicamente en las Sentencias de 8 de mayo de 1997, 1 de febrero de 2000 (ambas de Sala General) y 17 de marzo de 2006 referida a la jubilación, y a pesar de los votos particulares que no solo se oponían al parecer de la Sala General, sino que entendían que «todo el sistema de responsabilidad empresarial establecido por los arts. 45 y 126 de la Ley General de la Seguridad Social puede incurrir en inconstitucionalidad por infracción del art. 25 de la Constitución, tal como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional». Los términos de los votos particulares eran tan duros y drásticos que en cualquier momento la cuerda podía romperse. Pero tampoco esto movilizó al legislador.

Siguiendo el *iter* planteado y que más adelante analizaremos, es conveniente hacer constar que el tema de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones, a pesar de todo lo relatado, desapareció de las sucesivas renovaciones del Pacto de Toledo e, igualmente, de los diferentes acuerdos suscritos con los interlocutores sociales. Producíendose una especie de aceptación general del *status quo*, que tan solo parece preocupar a la doctrina científica y al quehacer cotidiano de los órganos judiciales, en cuyas decisiones ya es «fórmula de estilo» la crítica y desesperanza ante la situación legal. La aceptación del legislador es consciente y premeditada, de sobra es conocida su contundente repuesta cuando los criterios jurisprudenciales no son de su agrado. Todo ello, sin olvidar a los sujetos afectados que, desconocedores —seguramente— de la situación legal ven —los trabajadores— como el sistema público les abandona a su propia suerte, y como —los empresarios, ciertamente incumplidores e incluso defraudadores— sienten la ira penalizadora del Sistema.

## II. EL MARCO NORMATIVO DESCONECTADO DE LA CE Y LA ACEPTACIÓN E INACTIVIDAD DEL LEGISLADOR

Sí, como suele ser común, entendemos la responsabilidad empresarial como marco jurídico que delimita la obligación empresarial en orden al abono de las prestaciones en base a sus incumplimientos en materia de afi-

---

nación reglamentaria de los supuestos en los que debe proceder el INSS al abono de prestaciones de SS, en los casos a los que se refiere el mencionado art. 96 LGSS (hoy 126), en sus párrafos 2.<sup>º</sup> y 3.<sup>º</sup>, es tarea que no incumbe a los Tribunales de Justicia sino al Gobierno».

liación, alta y cotización, 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 la 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 arts. 94 a 96 su detalle en relación con 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 art. 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 la Seguridad Social de 1974, aprobada por Decreto Legislativo 2065/1974, de 30 de mayo, trató la materia en sus arts. 23, 96 y 97, luego transcritos en los arts. 41, 126 y 127 de la Ley General de la Seguridad Social aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (LGSS). Junto a esta, otras normas contienen previsiones específicas en lo atinente al recargo de prestaciones o la cesión ilegal de trabajadores.

El marco normativo vigente se encuentra contenido en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS) dedicando a la materia referida los arts. 45, 167 y 168. Junto ellos siguen vigentes los arts. 94-96 LSS<sup>4</sup><sup>5</sup>, de aplicación reglamentaria en virtud de lo dispuesto en

<sup>5</sup> «Art. 94. Imputación de responsabilidades en orden a las prestaciones: 1. Cuando se haya causado derecho a una prestación a favor de un trabajador por haberse cumplido, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley, las obligaciones de afiliación o alta y de cotización, así como los requisitos particulares exigidos para cada una de ellas, la responsabilidad correspondiente se imputará a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social o, en su caso, a las Mutuas Patronales o empresarios que colaboren en la gestión.

2. El empresario, respecto a los trabajadores a su servicio incluidos en el campo de aplicación de este Régimen General, será responsable de las prestaciones previstas en el mismo.

a) Por falta de afiliación o alta, sin que le exonere de responsabilidad el alta presunta de pleno derecho del número 3 del artículo anterior.

b) Por falta de ingreso de las cotizaciones, a partir de la iniciación del segundo mes siguiente a la fecha en que expire el plazo reglamentario establecido para el pago; en consecuencia las cotizaciones efectuadas fuera de plazo, a que se refiere el apartado b) de la norma

---

primera del número 3 del art. 92, no exonerarán de responsabilidad al empresario, salvo los casos de concesión de aplazamiento o fraccionamiento de pago u otros supuestos que se determinen reglamentariamente, con exclusión expresa de la responsabilidad del empresario establecida en este artículo.

c) En el supuesto del número 5 del art. 92, por la diferencia entre la cuantía total de la prestación causada por el trabajador y la que corresponda asumir a la Seguridad Social, por las cuotas efectivamente ingresadas. En materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se equipararán al supuesto del número 5 del art. 92 la ocultación o falseamiento deliberados en la declaración de las circunstancias que hayan motivado un ingreso de cuotas o primas inferiores al procedente.

3. La responsabilidad del empresario regulada en este artículo será compatible con las demás de carácter administrativo o de otro orden que puedan originarse por el incumplimiento de sus obligaciones.

4. En los casos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, cuando el empresario o empresarios responsables y, en los supuestos del art. 97, las personas obligadas a responder con ellos, o, en su caso, la Mutua Patronal que hubiere asumido el riesgo, resultaren insolventes, el trabajador y sus derechohabientes podrán hacer efectivos sus derechos a las prestaciones de todo orden derivadas de incapacidad laboral transitoria, invalidez permanente o muerte, con cargo al oportuno Fondo de Garantía. Este Fondo se resarcirá del responsable por el procedimiento ejecutivo que se regulará en las disposiciones de aplicación y desarrollo de la presente Ley.

5. La norma del número anterior será aplicable a las prestaciones causadas en caso de invalidez permanente derivadas de accidente no laboral.

6. El Gobierno, a propuesta del ministro de Trabajo y previa la dotación de los recursos financieros precisos podrá extender la responsabilidad subsidiaria, a que se refieren los dos números anteriores, o el anticipo, en el pago de las prestaciones reconocidas, que se regula en el artículo siguiente, a la cobertura de alguna o algunas de las restantes contingencias reguladas en el presente Título.

Art. 95. *Alcance de la responsabilidad empresarial y anticipo de prestaciones:* 1. El alcance de la responsabilidad empresarial establecida en el artículo anterior, así como los supuestos en que, sin perjuicio de la misma, se anticiparán por las Entidades Gestoras o Mutuas Patronales, en su caso, las prestaciones reconocidas a los beneficiarios, se regirán por las siguientes normas:

1.<sup>a</sup> La prestación de asistencia sanitaria, cuando se trate de trabajadores en alta o que estén comprendidos en alguno de los supuestos del número 3 del art. 93, será facilitada por las Entidades Gestoras, de forma directa e inmediata, y el empresario vendrá obligado a reintegrarle los gastos correspondientes al tratamiento completo dispensado por la misma al trabajador o, en su caso, a sus familiares beneficiarios.

2.<sup>a</sup> Las prestaciones de desempleo, así como las económicas de incapacidad laboral transitoria, cuando se trate de trabajadores en alta, serán hechas efectivas por la Entidad Gestora, de forma directa e inmediata, y el empresario vendrá obligado a reintegrarle el importe de las mismas; sin perjuicio de lo que se disponga en orden al pago delegado de prestaciones.

3.<sup>a</sup> Las prestaciones de protección a la familia, así como las económicas de incapacidad laboral transitoria correspondientes a trabajadores que no estén en alta, serán abonadas por el empresario al trabajador, directamente y a su cargo.

4.<sup>a</sup> Las prestaciones de vejez y las pensiones y subsidios de invalidez y supervivencia serán a cargo del empresario y se abonarán al trabajador o a sus derechohabientes a través de la Entidad Gestora correspondiente. A tal efecto, el empresario constituirá en la misma o, en su caso, en el correspondiente Servicio Común de la Seguridad Social, el capital necesario

---

para que se proceda con él al abono de las mencionadas prestaciones. El importe del capital será determinado por la citada Entidad Gestora o Servicio Común, teniendo en cuenta las Tablas que fije el Ministerio de Trabajo. El empresario responsable, así como el alcance total o parcial de su responsabilidad, se determinará con arreglo a lo dispuesto de que la obligación de cotización exigida para las prestaciones haya sido incumplida a lo largo del tiempo por uno o varios empresarios.

5.<sup>a</sup> En las prestaciones que consistan en el pago de una cantidad a tanto alzado, y que no estén incluidas en las normas anteriores, el empresario habrá de ingresar su importe directamente en la Entidad Gestora o Servicio Común citados en el apartado anterior, para su abono al beneficiario. [...]

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en la norma cuarta del número anterior, cuando reconocido el derecho a una pensión de vejez a un trabajador que estuviese en alta el empresario no se encuentre al corriente en el pago de las cuotas correspondientes a la totalidad de sus trabajadores la Entidad Gestora anticipará al beneficiario el pago de la pensión. No procederá este anticipo en el supuesto de empresas desaparecidas o que por su especial naturaleza no puedan ser objeto de procedimiento de apremio. Si efectuado el anticipo el empresario resultase insolvente, la Entidad Gestora continuará abonando la pensión y conservará frente al mismo, si viniese a mejor fortuna los derechos reconocidos en igual situación al Fondo de Garantía y Accidentes de Trabajo.

3. Para las pensiones y subsidios de invalidez y supervivencia, las disposiciones reglamentarias establecerán en favor de los trabajadores en alta y de sus derechohabientes beneficios similares a los regulados en el número anterior, teniendo en consideración, cuando proceda, las especialidades que se derivan de la responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía establecida en la norma cuarta del número 1 de este artículo, de la participación en la gestión de las Mutuas Patronales, prevista en el apartado *c*) del art. 144 a las Comisiones Técnicas Calificadoras.

4. En el supuesto a que se refiere el apartado *b*) del número 2 del artículo anterior podrá moderarse reglamentariamente el alcance de la responsabilidad empresarial cuando el empresario ingrese las cuotas correspondientes a la totalidad de sus trabajadores; en tal caso, la Entidad Gestora asumirá, en la medida en que el empresario quede exonerado, la responsabilidad resultante.

5. Lo dispuesto en las normas 1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> del número 1, y en los números 3 y 4 del presente artículo será de aplicación a las Mutuas Patronales que colaboren en la gestión.

6. Serán nulos los compromisos o pactos que se opongan a lo dispuesto en el presente artículo concertados entre el empresario y los presuntos beneficiarios. Artículo 96. Procedimiento para la exigencia de responsabilidad. 1. Cuando la Entidad Gestora deniegue su responsabilidad por una o varias prestaciones, en aplicación del art. 94 lo hará en resolución fundada, oído el empresario o empresarios afectados siempre que sea posible. Cuando se trate de prestaciones por invalidez, cualquiera que sea su causa, la determinación de la responsabilidad por las prestaciones, y su imputación, corresponderá a las Comisiones Técnicas Calificadoras, de conformidad y con los efectos dispuestos en el art. 144. [...]

2. Será competencia de la Jurisdicción de Trabajo el conocimiento de las cuestiones que se susciten con ocasión de lo previsto en el número anterior y su tramitación se efectuará al Texto Refundido de Procedimiento Laboral.

3. Cuando en virtud de lo dispuesto en el artículo anterior la Entidad Gestora anticipé el pago de una prestación de la que es responsable el empresario, podrá utilizar frente al mismo el procedimiento administrativo especial de apremio que a los efectos de recaudación se establece en el art. 19.

4. Cuando la Entidad Gestora o Mutua Patronal, en su caso, deniegue parcialmente su responsabilidad en aplicación del apartado *c*) del número 2 del art. 94 se estará a lo esta-

la disposición transitoria segunda del Decreto 1645/1972, dictado en desarrollo de la Ley de Financiación y perfeccionamiento, aplicación reglamentaria que históricamente ha venido revalidando de forma constante la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Salvo elementos de estilo o de actualización, el nuevo Texto Refundido no aporta ninguna novedad. No obstante, merece destacar a efectos de clarificación, que la referencia al límite en el anticipo, cifrada en «dos veces y media el importe del indicador público de renta de efectos múltiples vigente en el momento del hecho causante o, en su caso, del importe del capital coste necesario para el pago anticipado, con el límite indicado por las entidades gestoras, mutuas o servicios», procede de la aplicación del Real Decreto Ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía. Su art. 3.2 estableció que «a partir de la entrada en vigor de este real decreto ley, las referencias al salario mínimo interprofesional contenidas en normas vigentes del Estado, cualquiera que sea su rango, se entenderán referidas al IPREM, salvo las señaladas en el art. 1 de este real decreto ley y en sus normas de desarrollo».

Por lo que refiere a la normativa reglamentaria, conviene destacar que el único intento de ordenación reglamentaria en desarrollo de la LGSS (y por supuesto de los textos anteriores), se produjo a mediados de los años noventa, sin que finalmente viera la luz. El Proyecto de Decreto sobre «la Responsabilidad Empresarial en materia de prestaciones en el Régimen General de la Seguridad Social» fue objeto de Dictamen del Consejo Económico y Social en fecha 26 de marzo de 1996, donde se pusieron de manifiesto las múltiples discrepancias existentes. Posiblemente, la norma reglamentaria era insuficiente y la materia exigía primero una nueva ordenación en la LGSS.

La necesidad de ordenación y adaptación a nuestro modelo constitucional de seguridad social, de una materia tan importante como la responsabilidad empresarial, también tuvo su eco en el Pacto de Toledo aproba-

---

blecido en los números 1 y 2 del presente artículo en cuanto a la parte de prestación no asumida por aquellas.

5. En los supuestos a que se refieren los números 1 y 4 del presente artículo, la acción del trabajador para reclamar frente al empresario o empresarios responsables prescribirá al año, a contar desde la fecha en que la Entidad Gestora comunique al trabajador perjudicado su resolución administrativa firme por la que se le deniega en todo o en parte la prestación solicitada.

6. Sin embargo, cuando la acción, cualquiera que sea el demandante, se dirija contra una resolución de la Comisión Técnica Calificadora, en los supuestos a que se refiere el número 1 del presente artículo, se estará a lo que dispongan el Texto Refundido del Procedimiento Laboral.

do por el pleno del Congreso de los Diputados en la sesión del 6 de abril de 1995<sup>6</sup>, que aprobaba el Informe de la Ponencia sobre «análisis de los problemas estructurales del sistema de seguridad social y de las principales reformas que deberán acometerse»<sup>7</sup>.

En el marco de las Recomendaciones del Pacto de Toledo y del Acuerdo Social de octubre de 1996, que tenían como objetivo la consolidación del Sistema de la Seguridad Social, en abril del 2001 el Gobierno del Partido Popular, la CEOE-CEPYME y CCOO suscribieron el «Acuerdo para la mejora y desarrollo del Sistema de protección social», en la consideración de la necesidad de que los modelos de Seguridad Social se embarquen en una senda de reformas que permitan su modernización en función de la evolución de las necesidades sociales. Reformas que deben incidir de manera positiva sobre los dos apoyos esenciales del Sistema: el crecimiento económico y la creación de empleo. Estas iniciativas deben llevarse a cabo dentro de un marco de diálogo social, ya que este es un instrumento sustancial en la definición y puesta en marcha de las adaptaciones necesarias en nuestro Sistema de Protección Social. Idea que no solo se ha venido consolidando con el paso del tiempo, sino que se ha convertido en característica de los sucesivos procesos de reforma.

El referido Acuerdo, que no consiguió la unanimidad de los interlocutores sociales, dedica el apartado XI a la «Responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones en materia de Seguridad Social», cuya regulación, como vimos, procede de la LSS 1966. En este orden, se parte de la evidencia de que la evolución experimentada por el Sistema de la Seguridad Social, desde entonces ha originado un desfase entre la citada regulación y las nuevas realidades sociales de manera que resulta notoria su falta de adecuación a las circunstancias presentes. De ello deriva la necesidad de abordar una reforma de las líneas legales que han de configurar el instituto de la responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones de empresarios y trabajadores en materia de Seguridad Social, reforma que ha de tener como pilares fundamentales los siguientes principios:

- Mantenimiento de las garantías del trabajador para acceder a la protección del Sistema de la Seguridad Social.

<sup>6</sup> Publicado en el BOCG, serie E, núm. 134, de 12 de abril de 1995.

<sup>7</sup> El documento fue previamente aprobado por la Comisión de Presupuestos el día 30 de marzo de 1995. «La Ponencia propone que se proceda a la regulación de la responsabilidad en orden a las prestaciones, adecuada a la realidad actual y a las características del modelo presente de Seguridad Social».

- Una adecuada combinación del alcance y de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de afiliación y/o de cotización por parte de las empresas, de manera que la aplicación del principio anterior no origine, de forma total o parcial, una exoneración de la responsabilidad.
- La necesidad de preservar el equilibrio financiero del Sistema de la Seguridad Social.

De acuerdo con tales principios, se considera conveniente la adopción de las siguientes medidas:

- Adecuar la aplicación del principio de automaticidad de las prestaciones, limitando el anticipo por parte de la Entidad Gestora o Colaboradora exclusivamente hasta la cuantía de dos veces y medio el salario mínimo interprofesional. En orden a la aplicación de la citada medida, la Tesorería General remitirá anualmente a cada trabajador un documento-informe expresivo de la cuantía y número de las cotizaciones que consten en sus registros fruto de las declaraciones e ingresos efectuados por los empresarios.
- Proceder al desarrollo normativo oportuno en esta materia, a efectos de dotar de mayor eficacia y agilidad al actual procedimiento declarativo de la responsabilidad empresarial, pudiendo atribuir las competencias necesarias a las Entidades Gestoras, fundamentalmente en relación con las prestaciones que reconoce el Sistema de la Seguridad Social.
- Condicionar el reintegro, por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social, a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social del importe de las prestaciones anticipadas por dichas Entidades Colaboradoras a que, con carácter previo a la efectividad de dicho reintegro, se proceda a la declaración administrativa o judicial de insolvencia del empresario declarado responsable.

Como suele ser tradicional en el espacio de una legislación pactada, el Acuerdo referido se plasmó en la reforma del art. 126 LGSS, operada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. La reforma incorporó tres nuevos párrafos al número 3 del art. 126 y creó un nuevo número 4, con el siguiente tenor:

- El anticipo de las prestaciones, en ningún caso, podrá exceder de la cantidad equivalente a dos veces y medio el importe del sala-

rio mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante o, en su caso, del importe del capital coste necesario para el pago anticipado, con el límite indicado por las Entidades gestoras, Mutuas o Servicios. En todo caso, el cálculo del importe de las prestaciones o del capital coste para el pago de las mismas por las Mutuas o empresas declaradas responsables de aquellas incluirá el interés de capitalización y el recargo por falta de aseguramiento establecido, pero con exclusión del recargo por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo a que se refiere el art. 123 de esta Ley.

- Los derechos y acciones que, por subrogación en los derechos y acciones de los beneficiarios, correspondan a aquellas Entidades, Mutuas o Servicios frente al empresario declarado responsable de prestaciones por resolución administrativa o judicial o frente a las Entidades de la Seguridad Social en funciones de garantía, únicamente podrán ejercitarse contra el responsable subsidiario tras la previa declaración administrativa o judicial de insolvencia, provisional o definitiva, de dicho empresario.
- Cuando, en virtud de lo dispuesto en este número, las Entidades gestoras, las Mutuas y, en su caso, los Servicios comunes se subrogarán en los derechos y acciones de los beneficiarios, aquellos podrán utilizar frente al empresario responsable la misma vía administrativa o judicial que se hubiere seguido para la efectividad del derecho y de la acción objeto de subrogación.

Ciertamente, la Ley 24/2001 dio un paso importante y único desde 1966 hasta la actualidad (detenidamente sobre la reforma de la Ley 24/2001 y su contexto Gala Durán, Panizo Robles), en la ordenación de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones. Sin embargo, quedaba pendiente el necesario desarrollo reglamentario, dejando un espacio infinito abierto a las múltiples interpretaciones jurisprudenciales, como veremos.

Posteriormente, el informe parlamentario que sirvió para la renovación del Pacto de Toledo en 2003 sirvió también para incluir una nueva recomendación sobre la misma materia haciéndolo en los siguientes términos:

«Se prevé la reforma general de la normativa reguladora de la responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones, en materia de Seguridad Social, por parte de empresarios y trabajadores (la cual data de 1966)».

Esta última referencia a la normativa reguladora de la responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social, ha dado lugar a una serie de propuestas, sin embargo, más orientadas al cumplimiento de las obligaciones que a la mejor definición de las mismas.

Por vía indirecta, podíamos decir, el Real Decreto Ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, impactó sobre la materia que nos ocupa, el parámetro de referencia en la fijación del límite del anticipo de prestaciones. De esta forma y de conformidad con lo establecido en el art. 3.2<sup>8</sup>, la referencia al salario mínimo interprofesional (fijado en la reforma operada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre) fue sustituida por el indicador público de renta de efectos múltiples. Así el límite quedó fijado en «dos veces y media el importe del indicador público de renta de efectos múltiples vigente en el momento del hecho causante o, en su caso, del importe del capital coste necesario para el pago anticipado, con el límite indicado por las entidades gestoras, mutuas o servicios».

Finalmente, en el sentido cronológico que venimos realizando, cabe citar el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social suscrito por el Gobierno del Partido Socialista Obrero Español con CCOO, UGT, CEOE, y CEPYME, en donde se acuerda promover modificaciones legales en los siguientes términos:

«La disminución de la morosidad y del fraude, con el incremento constante del porcentaje de realización de los derechos reconocidos, que será desarrollado a través de planes operativos puestos en marcha en colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. El objetivo a alcanzar en este ámbito durante esta década es que el índice de morosidad no supere el 1 por 100».

Redundando en la misma idea la propia recomendación del Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo del año 2011 que sirvió para su renovación parlamentaria en dicha fecha, en dónde en su recomendación 10.<sup>a</sup>, reservada a la «lucha contra el fraude», se establece una propuesta en los siguientes términos:

---

<sup>8</sup> El art. 3.2 estableció que «a partir de la entrada en vigor de este real decreto ley, las referencias al salario mínimo interprofesional contenidas en normas vigentes del Estado, cualquiera que sea su rango, se entenderán referidas al IPREM, salvo las señaladas en el art. 1 de este real decreto ley y en sus normas de desarrollo».

«La Comisión entiende, por último, que deben reforzarse los instrumentos y medios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como el régimen de sanciones a los empleadores que no cumplan con sus obligaciones frente a la Seguridad Social, para lo cual deben adecuarse los tipos penales, la regulación de la prescripción en el caso de estructuras organizadas para la defraudación, el blanqueo de capitales, su ocultamiento en paraísos fiscales y otros delitos graves contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social».

La renovación del Pacto de Toledo que correspondía al año 2016, no llegó a ver la luz quedando frustrada en el último momento.

En la Legislatura XIII, el Pleno de la Cámara, en su sesión del 10 de septiembre de 2019, aprobó la creación de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo y tuvo su sesión constitutiva el 12 de septiembre de 2019. El Pleno de la Cámara de la Legislatura XIV, en su sesión del día 11 de febrero de 2020, aprobó la creación de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo con carácter permanente durante la Legislatura XIV.

El Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 19 de noviembre de 2020, aprobó el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (*BOE* de 27 de noviembre de 2020)<sup>9</sup>.

Sin ninguna preocupación singular, la Recomendación núm. 10 referida a la «lucha contra el fraude» incorpora en el apartado quinto un planteamiento de similar tenor al recogido en el 2011:

«El refuerzo de los instrumentos y medios, materiales y humanos, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para luchar contra las infracciones laborales, así como el endurecimiento del régimen de sanciones a las empresas que no cumplen con sus obligaciones frente a la Seguridad Social».

---

<sup>9</sup> Sobre el Pacto, *vid.* entre otros, J. L. MONEREO PÉREZ y G. RODRÍGUEZ INIESTA, «El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 25 (2020), pp. 13-32; F. J. HIERRO HIERRO (dir.), *Perspectivas jurídicas y económicas del «Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo 2020»*, Madrid, Aranzadi, 2021, y J. B. VIVERO SERRANO, «Seguridad Social y perspectiva de género. La obra legislativa tras la versión de 2020 del Pacto de Toledo», *LABOS. Revista De Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 4, núm. 2 (2023), pp. 52-84, disponible en <https://doi.org/10.20318/labos.2023.7940>.

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

La referencia expresa a la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones abre un abanico de supuestos que traen su causa en una variada tipología de naturaleza dispar y sin vinculación alguna de carácter relevante (esta clasificación ha sido detenidamente separada y analizada por la doctrina, con especial detenimiento en Blasco Pellicer, pp. 31 y ss.). Por tanto, conviene comenzar por clarificar los distintos supuestos para centrarnos en aquellos que se vinculan a incumplimientos de las obligaciones empresariales legalmente establecidas, tanto en sus causas, como en sus efectos.

La TRLGSS ofrece a las empresas la posibilidad de colaborar voluntariamente en la gestión de determinadas contingencias, singularmente la incapacidad temporal (art. 102, y la Orden de 25 de noviembre de 19669, dictada en desarrollo de la LSS 1966). La colaboración, tiene dos caras, por un lado, la empresa asume directamente el coste y pago de las prestaciones y, por otro, reduce el importe de las cotizaciones que debe efectuar, mediante la aplicación de coeficientes reductores. Es lo que en términos gráficos —y no en la ortodoxia del modelo de sistema— se ha venido denominado «autoaseguramiento». Sin perjuicio de otras connotaciones que veremos en su momento, la responsabilidad empresarial en estos supuestos es una responsabilidad directamente asumida y prevista legalmente, de forma que la empresa actúa en este espacio en los mismos términos y condiciones que las entidades gestoras o colaboradoras, como expresamente refleja el propio art. 167.1, «cuando se haya causado derecho a una prestación por haberse cumplido las condiciones a que se refiere el art. 165 de la presente Ley, la responsabilidad correspondiente se imputará, de acuerdo con sus respectivas competencias, a los empresarios que colaboren en la gestión...». Los problemas que esta responsabilidad ha planteado, alcanzan más bien a su extensión, bajo la lógica empresarial, no admitida por los tribunales, de asumir el coste estricto, ahorrar el coste máximo de cotizaciones y desplazar a las entidades gestoras lo que podríamos llamar «el coste amplio de la prestación». En definitiva, no se trata de un supuesto de responsabilidad vinculado al cumplimiento de obligaciones legalmente impuestas a los empresarios.

Vinculado a la incapacidad temporal, aparece otro supuesto de responsabilidad directa de las empresas, lo constituye el abono a su exclusivo

cargo de la prestación de incapacidad temporal por enfermedad común y accidente no laboral, durante los días cuarto a decimoquinto, ambos inclusive, de la baja, de conformidad con lo establecido en el art. 173.1 párrafo segundo del TRLGSS. Tampoco estamos ante un supuesto de responsabilidad por incumplimiento, sino más bien ante una obligación empresarial derivada del contrato de trabajo. Sin embargo, como veremos, en la medida en que la jurisprudencia ha mantenido el carácter presencial de las percepciones recibidas por el trabajador durante los días 4 a 15 de la baja por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, la determinación y alcance de la responsabilidad empresarial puede tener un escenario distinto.

Finalmente, el art. 167.2 TRLGSS fija el principio de responsabilidad empresarial en materia de prestaciones basada en el incumplimiento de las obligaciones legalmente impuestas al empresario. En efecto, el referido precepto establece que «el incumplimiento (por parte del sujeto obligado, debe entenderse) 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». La regla constituye, *prima facie*, la otra cara de la moneda del principio general, recogido en el propio art. 167.1, a saber, «cuando se haya causado derecho a una prestación por haberse cumplido las condiciones a que se refiere el art. 165 de la presente Ley (“las personas incluidas en el campo de aplicación de este Régimen General causarán derecho a las prestaciones del mismo cuando, además de los particulares exigidos para la respectiva prestación, reúnan el requisito general de estar afiliadas y en alta en este Régimen o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario”), la responsabilidad correspondiente se imputará, de acuerdo con sus respectivas competencias, a las entidades gestoras, Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o empresarios que colaboren en la gestión o, en su caso, a los servicios comunes».

Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, el juego de las dos reglas básicas y extremas —el blanco y el negro— fijadas por el art. 167. 1 y 2, responsabilidad pública y privada, se ve atenuada por la aplicación del principio de automaticidad fijado en el apartado 3 del citado precepto, que constituye el efecto de los supuestos de la denominada «alta de pleno derecho» cuyo alcance y contenido son tipificados en el art. 166.4.

Este juego de reglas, criticable o no, pero aparentemente armónico, se ve oscurecido por la ausencia de normas que «fijen los supuestos de imputación de responsabilidad, su alcance y contenido», como manda el art. 167.1, así como por la ausencia de la norma reglamentaria que fije las reglas de aplicación del principio de automaticidad, que establece el número 3 del referido precepto. De esta forma, lo aparentemente armónico se convierte en caótico.

Durante los casi sesenta años que han transcurrido sumergidos en el caos (1966-2024), las soluciones han venido dadas por la jurisprudencia. Primero, manteniendo la vigencia a nivel reglamentario de los preceptos de la LSS 1966 ordenadores de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones (arts. 94, 95, 96 y 97.1 y 2), con apoyo, como vimos, en la disposición transitoria 2.<sup>a</sup> del Decreto 1645/1972, de junio, que así lo estableció para cubrir el espacio necesario en tanto se reglamentaba la nueva ordenación prevista en la Ley 24/1972. Como veremos, nada ha impedido que la jurisprudencia mantenga el criterio descrito, posiblemente porque la solución debía ser constructiva y no destructiva. Segundo, la jurisprudencia siguiendo la opción constructiva referida se ha convertido en legislador, dando contenido y alcance a las múltiples ausencias y acomodando las viejas estructuras a los mandatos constitucionales, sin desmontar el sistema legal existente. Evidentemente la labor jurisprudencial no ha sido, ni es, sencilla, quizás por ello, no ha sido ni uniforme ni armónica.

#### IV. LOS CRITERIOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES QUE DELIMITAN EL ESPACIO DE LA RESPONSABILIDAD

Las reglas básicas de la responsabilidad empresarial y su aplicación jurisprudencial, distinguiendo los incumplimientos en materia de afiliación y/o alta, de cotización y de infracotización, diferenciando al hilo del principio de automaticidad, la aplicación de las mismas a las contingencias comunes y profesionales, serán objeto de análisis en los epígrafes que siguen. No obstante, la casuística y los supuestos singulares abren todo un abanico de «grises» que la jurisprudencia ha intentado ordenar.

## 1. Las obligaciones de afiliación y alta y su incumplimiento

En el estudio de la materia que nos ocupa, los instrumentos de relación jurídica, la afiliación y el alta, se convierten en los ejes principales de la imputación de responsabilidad, que además exigen la previa inscripción del empresario. Si bien cada acto tiene su propio significado y régimen jurídico, a nuestros efectos el tratamiento será unitario, con los matices oportunos, ya que sin la inscripción del empresario no es posible la afiliación y el alta de los trabajadores a su servicio y sin la afiliación no es posible el alta del trabajador en el régimen que corresponda.

Dicho lo anterior, es necesario enfatizar que la razón de su importancia en todos los órdenes está en que sin la afiliación al sistema y sin el alta en el régimen correspondiente, el trabajador no existe para la seguridad social y por tanto es imposible actuar sobre lo que se desconoce y, normalmente, se oculta. Precisamente por ello, las normas reguladoras de la materia (arts. 15 y ss. y 139 TRLGS desarrollados por el RD 84/1996, de 26 de enero) no solo atribuyen la obligación al empresario, sino que abren todo un abanico de posibilidades para subsanar el incumplimiento (por el propio trabajador, de oficio por las Entidades, la Inspección de Trabajo...) e imponen a las entidades responsables la «obligación de información» y el derecho del trabajador a recibirla, siempre que esté afiliado o tenga asignado número de la seguridad social, de forma que de algún modo pueda ser receptor de la misma. No obstante, los medios electrónicos y la comunicación obligada entre las distintas administraciones, deberían facilitar de forma más ágil y directa la localización de los incumplimientos.

El marco jurídico vigente, aunque anacrónico, y sin perjuicio de otras alternativas (independizar las relaciones entre la seguridad social, el empresario y el trabajador, desvinculándolas del sistema protector), el legislador ha sido consciente del significado y efectos que para el trabajador tienen los incumplimientos empresariales en materia de afiliación/alta. Precisamente por ello, se acuña la figura del «alta de pleno derecho» que tiene como efecto lo que la doctrina ha denominado desde antiguo «automaticidad absoluta de las prestaciones»<sup>10</sup>. El matiz está en que

<sup>10</sup> En un supuesto de IT por contingencia profesional el TS acude y reconstruye el principio de oficialidad, alejándose del alta de pleno derecho y la automaticidad absoluta de las prestaciones. Su doctrina es la siguiente: El principio de oficialidad en la prestación de incapacidad temporal, viene condicionado por el previo cumplimiento de las condiciones generales y particulares exigidas (afiliación, alta, cumplimiento del periodo previo de cotización,

el legislador tan solo ha vinculado el alta de pleno derecho a los riesgos de carácter profesional, tanto por constituir el máximo ideal de cobertura alcanzado por nuestro sistema, como por la mayor facilidad en conectar la actualización del riesgo (accidente de trabajo, enfermedad profesional, riesgo durante el embarazo y la lactancia) o la pérdida de un determinado empleo (desempleo) con la identificación singular del empresario incumplidor<sup>11</sup>.

Es necesario advertir desde este momento que el alta de pleno derecho no exonera de responsabilidad al empresario incumplidor, que lo será en todo caso y con la extensión que corresponda. Sin embargo, y con la finalidad de otorgar protección al beneficiario en todo caso, la entidad correspondiente viene obligada al anticipo de las prestaciones —esto es, a la protección directa— con la consiguiente subrogación en los derechos y acciones de tales beneficiarios.

---

en su caso) y una vez presentados los correspondientes partes médicos de baja y confirmación. Fuera de estos supuestos es obligatoria la colaboración documental del beneficiario en la gestión de la contingencia, mediante la presentación de la correspondiente solicitud de la prestación (STS de 7 de julio de 2015, RCUD 703/2014).

Una valoración crítica de la misma en J. L. TORTUERO PLAZA, «Diálogo con la doctrina del Tribunal Supremo en materia de Seguridad Social», *Revista del Consejo General de Graduados Sociales. Nueva Época*, núm. 34 (2017), pp. 41-44, donde se afirma entre otras cosas que «No parece que la pomosidad de las viejas expresiones contenidas en la LGSS (alta de pleno derecho y su efecto la automaticidad absoluta de las prestaciones) con una finalidad protectora absoluta en los riesgos con conexión profesional, ante los incumplimientos empresariales, vengan condicionados por la exigencia de una sucesión de calificaciones previas, laboralidad y accidente de trabajo. Esta interpretación minimiza sus efectos y los desvincula del estado de necesidad a proteger. En cualquier caso, el espíritu del «alta de pleno derecho» debe ser interpretado como principio informador, al tiempo que impone obligaciones «activas» para la entidad responsable.

<sup>11</sup> A partir de la reforma introducida por la LO de Igualdad de 2007, las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural tienen trato similar, al ser calificados como riesgos profesionales e integrarse en su régimen jurídico. De ese modo, producida una contingencia de las referidas sin que el trabajador se halle de alta ni se haya cotizado por él, por haber incumplido sus obligaciones el empresario, este será responsable, pero debe anticipar las prestaciones la mutua con la que el empresario hubiera formalizado el aseguramiento, que podrá dirigirse a su vez al empresario y, si este resultare insolvente, contra el INSS. Si no existiera mutua, será el INSS el encargado de anticipar el pago, sin perjuicio de su posterior acción contra la empresa responsable; también responde el INSS en el improbable caso de insolvencia de la mutua, proporcionando al trabajador las prestaciones correspondientes. No obstante, el TS afirma que se trata de una prestación de naturaleza «preventiva» y no «desiva», cuya cualidad de «profesional» no se predica de la contingencia sino solo de la prestación [STS de 19 mayo 2014 (RJ 2014, 3869) y de 10 de diciembre de 2014 (JUR 2015, 75438)]. Una valoración crítica de la misma en J. L. TORTUERO PLAZA, «O dereito do traballador ás prestacións versus a conduta fraudulenta do empresario», *Revista Galega de Dereito Social*, 2.<sup>a</sup> etapa, vol. 4 (2016), pp. 39-89.

Precisamente la vinculación del alta de pleno derecho al riesgo profesional, el distinto alcance en la aplicación del principio de automaticidad de las prestaciones y el diferente régimen jurídico prestacional existente entre los riesgos profesionales y los riesgos comunes, ha propiciado que el estudio y análisis de la responsabilidad en materia de prestaciones se efectúe distinguiendo entre unos y otros, lo que también ha sido una constante en la jurisprudencia. De esta forma, el principio de la conjunta consideración de las contingencias, inspirador clásico y teórico de nuestro sistema, tan solo tiene presencia testimonial.

Sin perjuicio de lo anterior (alta de pleno derecho en los riesgos profesionales), la afiliación y el alta tienen efectos universales, como lo tiene su incumplimiento por el sujeto obligado.

En este orden, adquiere especial importancia la regulación tanto en la LGSS como en el RD 84/1996, de 26 de enero, de los efectos de las altas y de las distintas situaciones posibles. La ordenación es especialmente rigurosa en los efectos de las altas efectuadas fuera del proceso y plazo ordinario (por el empresario y antes de iniciarse la prestación de servicios por el trabajador), esto es, por el empresario fuera de plazo, a petición del trabajador, de oficio, por la actuación inspectora «... que nunca producen efectos retroactivos al inicio de la actividad del trabajador, por tanto, al momento en que debieron formalizarse los actos de afiliación/alta. En todos estos supuestos irregulares la retroactividad es mínima y variada, a saber, *desde el día* en que se formule la solicitud extemporánea (salvo que se haya producido ingreso de cuotas en plazo reglamentario, en cuyo caso el alta retrotraerá sus efectos a la fecha en que se hayan ingresado las primeras cuotas correspondientes al trabajador de que se trate), *a la fecha* en que los hechos que motiven la actuación de las administraciones de la seguridad social hayan sido conocidos, *a la fecha* en que se haya llevado a cabo la actuación...», sin perjuicio de ciertas singularidades ordenadas en el art. 35 del RD 84/1996, de 26 de enero.

La consecuencia clara que deriva de esta ordenación rigurosa está en que, en todos los supuestos de formalización extemporánea de los actos de afiliación y alta, el tiempo que media entre el inicio de la actividad laboral del trabajador y los efectos de los actos de relación jurídica, constituyen «un espacio de responsabilidad empresarial futura inamovible». En efecto, el propio art. 35.1.3 del RD citado, establece que: «los sujetos obligados a solicitar el alta incurrirán en las responsabilidades que de su falta de solicitud se deriven con anterioridad a dichas fechas». Todo ello, sin perjuicio, como también establece el precepto, de que «la obligación de cotizar, en

todo caso, nacerá desde el día en que se inició la actividad, salvo que por aplicación de oficio de la prescripción no fueran exigibles ni admisibles a ningún efecto las cuotas correspondientes».

Si bien y como ya hemos dicho los actos jurídicos de afiliación y alta tienen validez universal en todos sus efectos, el *espacio de responsabilidad futura inamovible* impacta singularmente sobre las contingencias de carácter común y especialmente sobre aquellas que exigen largos períodos de cotización como condicionante del reconocimiento del derecho. Ciertamente, como veremos más adelante, ha sido precisamente en este tipo de prestaciones donde la jurisprudencia aplicando los principios de la responsabilidad por daños, ha incorporado criterios de moderación y proporcionalidad en la imputación de la responsabilidad empresarial. Pero tan solo eso, la responsabilidad sigue viva en todo caso.

El criterio general expuesto no se ve afectado por situaciones singulares donde el incumplimiento bien tiene alguna justificación o bien se debe a errores de distinta naturaleza que, a la postre, permiten a los tribunales justificar, de forma excepcional, la exoneración de responsabilidad.

No obstante, el matiz en los riesgos profesionales es diferente, la norma —aunque es la misma— y su aplicación jurisprudencial, pretende evitar con su rigor las conductas fraudulentas donde el alta se produce el mismo día en que se ha producido el accidente. El rigor conduce a plantearse incluso si el alta cubre el día completo o no. A estos efectos la doctrina judicial ha sido tajante «... el alta presentada fuera de plazo no exonera de responsabilidad al empresario por los accidentes ocurridos con anterioridad a aquella, incluido el accidente sufrido el mismo día del inicio de la prestación de servicios y anterior a la tramitación del alta, ya que al no tener el alta efectos retroactivos no puede entenderse que ese día quede cubierto desde el inicio de la jornada, independientemente de la hora concreta de su presentación (SSTS de 23 de junio de 2003 y de 18 de enero de 2007). Lo contrario, continúa afirmándose «dejaría vacío de contenido el art. 32.3.1.<sup>º</sup> del RD 84/1996, de 26 de enero, en relación con los arts. 124 y 126 LGSS» 14 (hoy 165 y 167 TRLGS).

Las reglas de imputación de responsabilidad por falta de alta y la ausencia de obligación de anticipo alcanzan a todos las prestaciones con contingencias comunes, incluida la maternidad. Resulta decepcionante que el TS no haya sido receptor de la transformación operada en nuestro ordenamiento jurídico y referida a la protección por nacimiento y cuidado. Ciertamente el mismo legislador que ha propiciado el cambio legislativo, debió afrontar la dimensión de los espacios de protección cuando exis-

tan incumplimientos empresariales. Con todo, la inacción del legislador no justifica la doctrina inmóvil y añeja del TS.

En efecto, la STS de 21 de noviembre de 2023 (Rc. 3655/2022) declara la responsabilidad directa y exclusiva de la empresa por falta de alta de la trabajadora sin obligación de anticipo del INSS aplicando el mismo criterio de las SSTS de 17 de febrero de 2009 (RCUD 4230/2007), de 13 de noviembre de 2014 (RCUD 2684/2013) y de 22 de enero de 2016 (RCUD 1931/2014). Y ello, por varias razones: en primer lugar, porque es cierto que la prestación de maternidad tiene una naturaleza y contornos jurídicos propios y diferentes a las situaciones de incapacidad temporal, pero en la concreta regulación de la materia referida a los requisitos de acceso a la prestación por incumplimiento de la obligación empresarial de cursar el alta de la trabajadora en seguridad social debe aplicarse el mismo régimen jurídico de la incapacidad temporal en tanto que el legislador no pudiere disponer una especial y diferente regulación legal al respecto. En segundo lugar, porque al tratarse de una prestación derivada de contingencias comunes, no hay obligación de anticipo del INSS en el caso de responsabilidad empresarial por falta de alta de la trabajadora. No se trata de un supuesto de infractotización, sino del incumplimiento de la obligación de cursar el alta de la trabajadora en seguridad social, en el que la responsabilidad es directa y exclusiva de la empresa incumplidora, en el que no rige el principio de automaticidad en el pago de las prestaciones, para el que ya hemos avanzado que no hay una previsión legal específica, singular y distinta a la contemplada para a incapacidad temporal.

## **2. La doctrina del Tribunal Supremo como legislador: la singularidad de la jubilación**

Desde hace tiempo, la doctrina ha venido diferenciando los distintos grados del principio de automaticidad y a su alcance —desde la absoluta a la no automaticidad, pasado por la relativa— y a sus efectos sobre la obligación o no de anticipo de la prestación correspondiente por parte de la entidad gestora o colaboradora, que en definitiva es su principal virtud<sup>12</sup>.

En materia de Jubilación, la regla tradicional está contenida en el art. 95.2 LSS al disponer que «cuando, reconocido el derecho a una pen-

---

<sup>12</sup> M. ALONSO OLEA y J. L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social...*, op. cit., en todas sus ediciones.

sión de vejez a un trabajador que estuviese en alta, el empresario no se encuentre al corriente en el pago de las cuotas correspondientes a la totalidad de sus trabajadores, la Entidad Gestora anticipará al beneficiario el pago de la pensión». Con arreglo a tal disposición, la doctrina tradicional del TS ha sido que «la Entidad Gestora queda obligada a anticipar el pago de las prestaciones, cuando recae sobre el empresario la obligación principal de satisfacer al interesado la devengada, por razón de incumplimientos relativos a las obligaciones de aquel para con la Seguridad Social, estando el trabajador de alta o en situación asimilada a la de alta en la fecha del hecho causante y, reuniendo los requisitos particulares exigidos para lucrar la prestación de que se trate» (SSTS de 19 de junio de 2000, de 9 de abril de 2001 y de 7 de abril de 2004, entre otras).

La novedad al planteamiento descrito ha sido realizada por las Sentencia de 17 de marzo de 2006, seguida con la misma doctrina por la de 16 de diciembre de 2009, al plantearse el matiz que en materia de responsabilidad podía provocar la reforma operada por la Ley 26/1985, que permitió el acceso a la protección de la jubilación desde la «situación de no alta en el momento del hecho causante».

De esta forma, afirma la doctrina judicial, «la concesión de la pensión de jubilación en supuestos de responsabilidad empresarial ofrece dos momentos distintos. El primero se contrae en determinar si tiene el beneficiario derecho a la pensión, y en esa tarea habrá de analizarse si concurren los previstos en el art. 161 LGS, edad y cotización de quince años. Una vez que se obtiene una respuesta positiva a la existencia de esos requisitos, aunque sea declarando la responsabilidad parcial de la empresa que no afilió ni cotizó por el trabajador, deberá examinarse si procede el anticipo. Establecida entonces la existencia del derecho, y sin perjuicio de exigir a la empresa responsable la constitución del correspondiente capital coste necesario para ello, si concurre el supuesto anterior, el INSS deberá proceder al anticipo de la pensión, tal y como establece el art. 95.2 de la referida LSS 1966, desde el momento en que la exigencia del alta se correspondía con los requisitos que existían legalmente en esa norma de Seguridad Social, pero no en la actual de 1994. En suma, no siendo exigible la situación de alta para acceder a la pensión de jubilación con declaración de responsabilidad empresarial, tampoco cabe establecer ese requisito para un momento posterior y complementario del percibo que constituye el anticipo como garantía del cobro de la prestación, aunque sea con los límites que introdujo la Ley 24/2001 al modificar el apartado 3 del art. 126 LGSS».

El razonamiento del Tribunal, aunque loable, parece un poco forzado y alejado de la finalidad de la reforma de la Ley 26/1985. No obstante, es una muestra más de los esfuerzos del Tribunal Supremo para suavizar en materia de protección los efectos de los incumplimientos empresariales, forzando la interpretación del principio de automaticidad para procurar el anticipo de las prestaciones, en este caso de la jubilación, sin perjuicio de la responsabilidad empresarial.

Dicho lo anterior, la doctrina del TS tiene mayor alcance que el aparente. En efecto, tenemos que recordar que el art. 195.4 TRLGS permite que «las pensiones de incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez derivadas de contingencias comunes podrán causarse, aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta». Igualmente, el art. 219.1 párrafo segundo de la propia Ley advierte que «también tendrá derecho a la pensión de viudedad el cónyuge superviviente, aunque el causante, a la fecha de fallecimiento, no se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, siempre que el mismo hubiera completado un periodo mínimo de cotización de quince años».

De todo ello deriva, que, en aplicación del principio de unidad de doctrina, el criterio analizado es aplicable: a la jubilación, a la incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez derivados de contingencias comunes y a la viudedad. El elemento común, es que a todas estas prestaciones se puede acceder desde «la situación de NO alta o situación asimilada».

En definitiva, el Tribunal Supremo con su interpretación ha ampliado los supuestos de «alta de pleno derecho» previstos en el TRLGS art. 166.4, en los términos vistos.

### **3. Los incumplimientos en materia de cotización y su impacto proporcional en materia de responsabilidad**

Es regla clásica que cumplidas las obligaciones de afiliación y alta corresponde la obligación de cotizar que, como se sabe, nace desde el momento en que se inicia la actividad, aunque no se hubieran formalizado los instrumentos de relación jurídica.

En correspondencia al contenido de la obligación, los niveles de incumplimiento empresarial en esta materia pueden ser múltiples y variados, sin embargo, el art. 94.2.b) LSS de 1966, imponía un criterio de máxima rigi-

dez. Así, «el empresario, respecto a los trabajadores a su servicio incluidos en el campo de aplicación de este Régimen General, será responsable de las prestaciones previstas en el mismo [...] por falta de ingreso de las cotizaciones, a partir de la iniciación del segundo mes siguiente a la fecha en que expire el plazo reglamentario establecido para el pago; en consecuencia las cotizaciones efectuadas fuera de plazo, a que se refiere el apartado b) de la norma primera del número 3 del art. 92, no exonerarán de responsabilidad al empresario, salvo los casos de concesión de aplazamiento o fraccionamiento de pago u otros supuestos que se determinen reglamentariamente, con exclusión expresa de la responsabilidad del empresario establecida en este artículo».

En este orden, ha sido la jurisprudencia la que ha ido paulatinamente incorporando elementos de moderación, al entender que el referido precepto —hoy con valor reglamentario y procedente de una norma preconstitucional— debe ser objeto de una interpretación sistemática y finalista.

Podríamos decir que la regla general viene determinada por una distinción importante, pero de difícil aplicación práctica, a saber: diferenciar cuando 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»<sup>13</sup>. De la distinción derivan importantes efectos, así: en el primer caso se impone la responsabilidad del pago de las prestaciones a la Entidad Gestora o Colaboradora y en el segundo a la empresa, con la responsabilidad subsidiaria de la entidad gestora o colaboradora correspondiente. Por tanto, podemos decir que, «... los simples retrasos o los descubiertos ocasionales en el ingreso de las cuotas de la Seguridad Social, cuando no constituyan una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de la obligación de cotizar no generan la responsabilidad prestacional del empresario [...]. Y, por el contrario, existirá imputación de responsabilidad empresarial cuando la voluntad empresarial es claramente defraudatoria y rupturista con el Sistema de Seguridad Social...».

Es obvio decir que la regla es absolutamente razonable, sin embargo, su aplicación es compleja y sumamente individualizada, de lo que derivan un sinfín de ejemplos en la doctrina de los Tribunales Superiores de

---

<sup>13</sup> No es suficiente para determinar la gravedad del descubierto de las cotizaciones acreditar que la deuda por falta de cotización corresponde a toda la plantilla, sin especificar el alcance del descubierto en el periodo anterior al hecho causante y su trascendencia [STS de 16 de febrero de 2016 (JUR 2016, 51984)].

Justicia, donde ni siquiera el mismo incumplimiento es merecedor de la misma consecuencia.

La situación planteada por la doctrina general referida tuvo su principal punto de inflexión con la nueva doctrina sentada por la Sentencia de 8 de mayo de 1997<sup>14</sup>, donde con la finalidad de salvar la vulneración del *non bis idem* —cotización, sanción y responsabilidad— vedado por el art. 25.1, entendió que «la regla del número 2 del art. 126 LGS sobre la 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». De esta forma, la responsabilidad empresarial en las prestaciones por falta de cotización tiene que vincularse a un incumplimiento con transcendencia en la relación jurídica de protección, de forma que la falta de cotización imputable al empresario impida la cobertura del periodo de cotización exigido, el acceso a una determinada prestación, o afecte negativamente a su cuantificación. En definitiva, se realiza una aplicación más razonable del principio de proporcionalidad, en el sentido de que el alcance de la responsabilidad no está en función de la gravedad del incumplimiento<sup>15</sup>, sino de sus repercusiones en el acceso y cuantificación de la protección, por tanto, del daño causado<sup>16</sup>.

Consecuencia de la doctrina referida fue la incorporación de la «responsabilidad compartida» entre el empresario incumplidor y la gestora de

<sup>14</sup> A la doctrina referida dedicó Andrés Trillo su trabajo en el homenaje a Aurelio Desdentado. A. TRILLO GARCÍA, «Responsabilidad empresarial por incumplimiento de la obligación de cotizar en prestaciones derivadas de contingencias comunes. Comentarios a la sentencia de la Sala de Lo Social del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1997 (Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 3824/1996)», *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. extraordinario (2021).

<sup>15</sup> El elemento de gravedad, que ha de ponderarse a efectos de la aplicación de las sanciones administrativas correspondientes, no es esencial en orden a la determinación de la responsabilidad. Lo determinante a estos efectos es la proyección o repercusión del incumplimiento sobre la acción protectora [STS de 14 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 1729)].

<sup>16</sup> La STS de 14 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 1729) establece, en el caso de descubiertos empresariales en la cotización, que no existe responsabilidad si el incumplimiento no afecta a la prestación por desempleo (con las cuotas se reunió el periodo necesario para causar el derecho y las cuantías no se vieron afectadas), y fija el alcance de la responsabilidad proporcional por el incumplimiento. La STS de 3 de abril de 2007 (RJ 2007, 3392), añade que esta responsabilidad proporcional del empresario, lo es incluso en el supuesto de incumplimientos que impiden al trabajador cubrir el periodo de carencia, atendiendo a «la parte proporcional correspondiente al periodo no cotizado» sobre el total de la prestación. En el mismo sentido STS de 11 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 1152).

la seguridad social, siempre bajo el principio de automaticidad relativa, ya que se trata de supuestos en que el trabajador está en «alta» y, por tanto, con antícpo de la parte de responsabilidad que corresponde al empresario.

Finalmente, la doctrina de la proporcionalidad ha sido igualmente aplicada de antiguo por la jurisprudencia, a los supuestos de infracotización, aunque ahora con una fundamentación más en la línea apuntada (STS de 16 de junio de 2005, entre otras).

La doctrina sentada por la Sentencia de 8 de mayo de 1997 chocó frontalmente con la estructura protectora del Sistema contributivo, ya que la «delimitación del daño» producido por el incumplimiento tan solo era aplicable en las contingencias de origen común y no en las vinculadas a riesgos profesionales, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales o a las derivadas, como regla general, de accidente no laboral. Supuestos todos en los que no se exigen períodos de cotización para acceder a la protección.

La cuestión fue afrontada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 1 de febrero de 2000 (con voto particular ya citado), que cerró las puertas a cualquier posibilidad de aplicación de criterios de proporcionalidad, reconduciendo el tema a la aplicación de la doctrina clásica sobre si los «incumplimientos empresariales son transitorios, ocasionales o involuntarios», o, por el contrario se trata de «incumplimientos definitivos y voluntarios, rupturistas o expresivos de la voluntad empresarial de no cumplir con su obligación de cotizar».

En este orden, la Sala General consideró que aquellos argumentos de la Sentencia del 1997 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 periodo 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 periodo 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 doctri-

na 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 *vid.* STC 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 (SSTS de 13 de junio de 1994 y de 21 de diciembre de 1994, por todas) y en los que, por 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) 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 eximiente de la responsabilidad el impago de las primas para hacer frente a las contingencias derivadas de aquellos, cuando este descubierto, aun no siendo determinante del derecho a la prestación, aparece como un manifiesto incumplimiento de aquella obligación.

La cuestión se volvió a plantear en la Sentencia de 16 de mayo de 2007, nuevamente con voto particular, en esta ocasión bastante más moderado. La Sentencia mantuvo el mismo criterio que en el 2000 y prácticamente con los mismos argumentos<sup>17</sup>. El posible interés está en que la Senten-

<sup>17</sup> «El recurso ha de estimarse de acuerdo con la doctrina de la sentencia del Pleno de la Sala de 1 de febrero de 2000 y que han seguido numerosas sentencias posteriores, entre las que pueden citarse las de 17, 18 y 26 de septiembre de 2001, o 27 de mayo de 2004, entre otras. En estas sentencias se establece, que la responsabilidad por descubiertos en el pago de primas de accidentes de trabajo, contingencia cuya protección no requiere periodo mínimo de cotización o carencia, tiene un régimen jurídico distinto del de la responsabilidad por descubiertos respecto a las contingencias comunes, donde el periodo de carencia

cia reconoce que «se planteó, no obstante en la Sala el problema relativo a determinar si, a partir de esa gravedad que conduce a que la empresa haya de asumir el pago de las prestaciones reconocidas al actor se podía moderar el alcance de la misma aplicando por analogía en cuanto fuera posible lo que esta Sala tiene establecido en relación con las contingencias comunes —por todas en Sentencias de 8 de mayo de 1997 [...] sin embargo, [...] respecto de esta cuestión entendió la Sala que, no planteada la misma por las partes en ningún momento procesal anterior al de la casación ni tampoco en el propio marco del presente recurso, aun cuando su análisis podría caber dentro de las posibilidades de una sentencia congruente puesto que entre las posturas extremas de las partes sobre el alcance cuantitativo de la responsabilidad —entre el todo o la nada a cargo de una u otra— cabía la posibilidad de una decisión sobre responsabilidad matizada por algún criterio de proporcionalidad, se trataba de una problemática que, por una parte excedía de las posibilidades de intervención de un tribunal de casación en cuanto que abordarlo y resolverlo supondría la introducción por parte del Tribunal de una “cuestión nueva” no resuelta por la sentencia que se recurre y, por tanto, más allá de los límites de este recurso extraordinario, y, además, podía causar indefensión a las partes al sustraer de las mismas la posibilidad de formular alegaciones e incluso aportar pruebas que permitieran alcanzar una solución que fuera, en definitiva, la que pudiera resultar más acomodada a derecho al tenor de los alegatos y pruebas aportados por aquellas».

Pudiera parecer que la negación rotunda de la Sentencia del 2000 se matiza ahora, abriendo posibilidades de futuro. En este orden, el voto particular incorpora una posición más moderada —recuérdese la tacha frontal de inconstitucional— y ofrece una situación intermedia buscando la proporcionalidad en la «ficción de comparar» el daño producido

---

permite una aplicación más matizada del principio de proporcionalidad; 2) la determinación de la responsabilidad empresarial de prestaciones por descubiertos en el pago de las primas de accidentes de trabajo depende de la duración de los descubiertos y gravedad de los descubiertos, de forma que cuando el periodo de descubierto es “expresivo de la voluntad empresarial de no cumplir con sus obligaciones de cotizar” debe imputarse tal responsabilidad a la empresa, mientras que sucede lo contrario si se trata de incumplimientos transitorios u ocasionales, que no obedecen a un propósito continuado de incumplir dicho deber legal, y 3) los incumplimientos a tener en cuenta para valorar la existencia de dicha responsabilidad empresarial, determinados por la jurisprudencia en defecto de la “fijación de los supuestos de imputación y de su alcance” anunciada en la Ley General de la Seguridad Social, son únicamente los producidos antes del acaecimiento del accidente laboral y no los posteriores».

en referencia a una hipotética consideración de la contingencia originaria como contingencia común<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> VOTO PARTICULAR, que formula el presidente en funciones Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete a la Sentencia dictada en el recurso 4263/2005. Del Voto, destacamos la argumentación referida en el texto:

«El criterio de moderación podría tener en cuenta el alcance del incumplimiento empresarial en relación con la carrera de seguro total completada por el trabajador en la empresa. En el caso decidido consta en la resolución administrativa obrante a los folios 485 y 486 —a la que remiten los hechos probados de la Sentencia y la fundamentación jurídica del auto— que el actor causó alta en la empresa 1 de mayo de 1991 y el accidente tuvo lugar el 12 de abril de 2002, con lo que el periodo de cotización a cumplir sería de 3.662 días, mientras que el periodo de descubierto comprende 960 días, según los datos del hecho probado tercero. Este criterio de proporcionalidad determinaría una responsabilidad empresarial del 26 por 100 de la prestación reconocida. Ahora bien, de esta forma también se produciría un trato más desfavorable para las contingencias profesionales, por lo que resulta más ajustado aplicar una fórmula ficticia que tenga en cuenta cuál hubiera sido la repercusión del incumplimiento de la empresa sobre el periodo de cotización necesario para causar derecho a la prestación reconocida si la contingencia determinante hubiera sido enfermedad común».

