La culpabilidad del empresario en el incumplimiento obligacional de los deberes instrumentales de seguridad social, en Alemania. A propósito de una sentencia del tribunal federal de seguridad social de 12 de diciembre de 2018

The culpability of an employer in the enforceable breach of the key duties of social security, in Germany. Regarding a ruling of the Federal Court of Social Security of 12 December 2018

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN *Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*
Facultad de Derecho - Universidad de A Coruña
https://orcid.org/0000-0002-3228-4242

Cita sugerida: MARTÍNEZ GIRÓN, J., "La culpabilidad del empresario en el incumplimiento obligacional de los deberes instrumentales de seguridad social, en Alemania. A propósito de una sentencia del tribunal federal de seguridad social de 12 de diciembre de 2018". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. 27* (2021): 139-152.

Resumen

En Alemania, rige el principio de culpabilidad del empresario, tanto en el plano de la infracción normativa de sus deberes instrumentales de Seguridad Social, como en el plano del incumplimiento obligacional de esos mismos deberes. En España, en cambio, rige en ambos planos el principio de la responsabilidad objetiva del empresario, siempre y cuando el asunto no tenga relevancia prestacional. El contraste entre ambos ordenamientos jurídicos se pone de relieve en este trabajo, analizando el tratamiento del asunto que efectúa una reciente Sentencia del Tribunal Federal alemán de Seguridad Social.

Palabras clave

Deberes instrumentales del empresario; culpabilidad de Seguridad Social; Responsabilidad objetiva de Seguridad Social; Derecho comparado; Alemania

Abstract

In Germany, the principle of an employer's culpability applies both in terms of a breach of the employer's statutory social security obligations and with regard to a breach of the enforceability of any failure to comply with these obligations. In Spain, on the other hand, the principle of strict liability of the employer applies at both levels, but only as long as the matter does not relate to the provision of benefits. The contrast between the two legal systems is highlighted in this study, analysing how the issue was dealt with in a recent Judgement of the German Federal Court of Social Security.

Keywords

Key duties of the employer; culpability of Social Security; Objective responsibility of Social Security; Comparative law; Germany

1. LA DISTINCIÓN ENTRE INFRACCIÓN NORMATIVA E INCUMPLIMIENTO OBLIGACIONAL DE LOS DEBERES INSTRUMENTALES DE SEGURIDAD SOCIAL DEL EMPRESARIO ALEMÁN

En Alemania[1], los deberes instrumentales de Seguridad Social del empresario (fundamentalmente, el deber de dar de alta al trabajador [*Meldepflicht*] y el deber de pagar las cotizaciones sociales [*Beitragszahlungspflicht*]) se encuentran regulados en un Libro del Código alemán de Seguridad Social (*Sozialgesetzbuch*), a calificar como Libro horizontal, transversal o general del mismo, que es su Libro IV (rotulado «Normas generales del aseguramiento social

[1] Este trabajo ha sido realizado al amparo del proyecto estatal de investigación PID2019-108189GB-I00, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

Fecha Recepción: 17-1-2021 – Fecha Revisión: 8-3-2021 – Fecha Aceptación: 16-3-2021
Pags. 139-152

[*Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung*]»)[2]. Al igual que sucede en España, la violación de esos deberes del empresario se proyecta sobre dos planos diferentes, paralelos y compatibles[3], apareciendo tratados ambos en el propio Libro IV. El primero es el plano del Derecho administrativo sancionador, en el que la violación de los deberes en cuestión se considera una infracción normativa (literalmente, «infracción de reglamentos [*Ordnungswidrigkeit*]») sancionable con multa, estando presidida esta infracción por el principio de culpabilidad del empresario –a diferencia de lo que sucede en España, donde todavía rige en estos asuntos, aunque sorprenda, el principio de responsabilidad objetiva del sujeto infractor[4]–, pues supuesto que el empresario «no realiza, no realiza correctamente, no realiza completamente, no realiza del modo prescrito o no realiza temporáneamente [*nicht, nicht richtig, nicht vollständig, nicht in der vorgeschriebenen Weise oder nicht rechtzeitig erstattet*]» la concreta conducta impuesta por los correspondientes preceptos legales, la infracción tiene que haberse cometido por él «dolosamente o imprudentemente [*vorsätzlich oder leichtfertig*]»[5]. El segundo es el plano de la relación jurídica de Seguridad Social (cuyo modelo es una relación triangular, al igual que sucede en España, que liga al empresario, al trabajador y a la entidad gestora de la Seguridad Social)[6], generando en este otro plano la violación de los citados deberes instrumentales concretas responsabilidades obligacionales para el empresario incumplidor (por eso, al igual que en el ámbito del Derecho privado, también se habla en este otro plano de «incumplimiento obligacional [*Pflichtverletzung*]» del empresario)[7]. De estas concretas

[2] Sobre este Libro (y demás horizontales del propio Código), véase BRECHT-HEITZMANN, H., «Las fuentes normativas del Derecho alemán de la Seguridad Social» [traducción castellana de J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA], *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 18 (2019), págs. 202 y ss. Sobre la clasificación de los Libros del Código, sigo a ARUFE VARELA, A., «Los equívocos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el principio de automaticidad de las prestaciones. Su verificación a través del derecho alemán de la seguridad social», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho social Internacional y Comunitario*, núm. 77 (2008), págs. 197 y ss.

[3] Pionero en España sobre los planos en cuestión, aunque abordándolos desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, véase DIÉGUEZ CUERVO, G., «Infracción normativa e incumplimiento contractual en materia de salarios», *Revista de Política Social*, núm. 73 (1967), págs. 5 y ss.

[4] La Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social sólo valora la culpabilidad del sujeto infractor para graduar la sanción administrativa a imponerle (cfr. artículo 39, apartado 2), de manera que «el acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que inicie el expediente sancionador y la resolución administrativa que recaiga, deberán explicitar los criterios de graduación de la sanción tenidos en cuenta, de entre los señalados en los anteriores apartados de este artículo» (*ibidem*, apartado 6, inciso primero), pero teniendo en cuenta –aquí está explicitada la responsabilidad objetiva– que «cuando no se considere relevante a estos efectos ninguna de las circunstancias enumeradas en dichos apartados, la sanción se impondrá en el grado mínimo en su tramo inferior» (*ibidem*, inciso segundo). En este punto, es total el desajuste entre dicha Ley, sólo obsesionada con la tipicidad de las infracciones, y el Derecho Administrativo sancionador de carácter general, afirmando actualmente la Ley 40/2015, de 1 octubre, del sector público, como es lógico, que «sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos *a título de dolo o culpa*» (artículo 28, apartado 1).

[5] Acerca de todo ello, véase la Parte Décima del Libro IV (rotulada «Preceptos sobre multas administrativas [*Bußgeldvorschriften*]»), parágrafos 111 a 113. Comentándolos, véase HAUCK, K. y NOFT, W. (Fundadores), *Sozialgesetzbuch SGB IV. Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung. Kommentar*, Erich Schmidt (Berlín, 2014), actualizado a 2019, números de referencia K§111, K§112 y K§113, págs. 1 y ss., respectivamente. El parágrafo 111, apartados 2 y 3, remite a la Ley sobre Infracciones Administrativas (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*) de 24 mayo 1968, que contiene el Derecho Administrativo sancionador alemán de carácter general. Sobre esta Ley, comentándola, véase MITSCH, W. (Editor), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 5ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2018), págs. 73 y ss.

[6] Al respecto, véase EICHENHOFER, E., *Sozialrecht*, 10ª ed., Mohr Siebeck (Tubinga, 2017), págs. 99 y ss.

[7] Al respecto, véase sobre todo parágrafo 28e, apartado 4; también, el parágrafo 42, apartado 3, y el parágrafo 51, apartado 6, núm. 4, todos del Libro IV. El concepto madre aparece encarnado en el parágrafo 280 del Código Civil, bajo el rótulo «*Schadenersatz wegen Pflichtverletzung* [Indemnización de daños y perjuicios por causa de incumplimiento obligacional]». Sobre este último precepto, comentándolo, PRÜTTING, H., WEGEN, G. y WEINREICH, G. (Editores), *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*, 14ª ed., Luchterhand (Múnich, 2019), págs. 321 y ss.

responsabilidades obligacionales de Seguridad Social trata monográficamente una Sentencia (*Urteil*) de la Sala 12 del Tribunal Federal de Seguridad Social (*Bundessozialgericht*) de 12 diciembre 2018[8]. Su interés comparatista (entre otras varias razones, también por el repaso crítico que efectúa de la doctrina científica alemana relativa al asunto por ella enjuiciado) creo que justifica sobradamente no sólo su análisis, sino también el que me haya animado a traducirla íntegramente al castellano[9].

2. LA CULPABILIDAD DEL EMPRESARIO ALEMÁN EN EL INCUMPLIMIENTO OBLIGACIONAL DE LOS DEBERES INSTRUMENTALES DE SEGURIDAD SOCIAL

El supuesto de hecho enjuiciado por esta Sentencia se refiere a cierta sociedad capitalista que «explota una empresa de autobuses con autocares especialmente equipados para estancias de 24 horas»[10], la cual «empleaba a sus propios conductores, y recurría ordinariamente a más conductores complementarios (llamados acompañantes de recorrido [*Tourbegleiter*]), que eran tratados como autónomos y sin darles de alta en la seguridad social [*die sie als selbstständig behandelte und nicht zur Sozialversicherung anmeldete*]»[11], por lo que «tras una inspección a la empresa»[12], la Seguridad Social alemana acabó reclamándole –respecto de uno de dichos «acompañantes de recorrido»– un total de «16.643,53 euros [en concepto de cotizaciones de Seguridad Social], con inclusión de 4419 euros por recargos de demora»[13]. Sobre la base, según la Sentencia, de que «no cabía oponer reparos a la exigencia de cotizaciones a la actora tras su incumplimiento, por causa del trabajo dependiente [*wegen der abhängigen Beschäftigung*]»[14] del supuesto «acompañante de recorrido» de autos, todo el debate judicial (en la instancia, en apelación y en casación)[15] se ciñó al tema de precisar el grado de culpabilidad exigible al empresario, a efectos de responsabilizarle del incumplimiento de un deber instrumental suyo de Seguridad Social, pero de carácter secundario, que era el deber de abonar los recargos de demora sobre las cotizaciones sociales impagadas. De ahí el interés comparatista extremo del asunto aquí litigado, si observado desde la perspectiva del Derecho español de la Seguridad Social, pues en España la culpabilidad del empresario en el incumplimiento obligacional de deberes instrumentales de Seguridad Social suele debatirse sólo si el asunto tienen consecuencias prestacionales (típicamente, tras constatarse un descubierto de cotizaciones, cuando pretende aplicarse el principio de automaticidad de las prestaciones al pago de prestaciones derivadas de accidente de trabajo, haciendo jugar entonces el que nuestra jurisprudencia denomina principio «de ponderación de la voluntariedad empresarial»)[16], que son precisamente las consecuencias que faltaban en el asunto enjuiciado por esta Sentencia alemana, absolutamente carente de toda relevancia prestacional (según ella, literalmente, «se discute entre los litigantes el cobro de recargos de demora, tras una reclamación de cotizaciones de Seguridad Social [*zwischen*

[8] Referencia oficial B 12 R 15/18 R. La he manejado a través del sitio en Internet del Tribunal Federal de Seguridad Social, ubicado en www.bsg.bund.de.

[9] Véase *infra*, APÉNDICE DOCUMENTAL. En la traducción, he prescindido de las referencias que la Sentencia realiza a concretos repertorios donde puede localizarse toda la jurisprudencia que cita, no sólo por su carácter premioso, sino también por carecer de interés para un hipotético lector no alemán de esta resolución judicial.

[10] Cfr. marginal 2.

[11] *Ibidem*.

[12] *Ibidem*.

[13] Cfr. marginal 3.

[14] *Ibidem*. Sobre la «dependencia [*persönliche Abhängigkeit*]», en cuanto que sustrato de la existencia del contrato de trabajo, clásico, véase MÜLLER-GLÖGE, R., PREIS, U. e SCHMIDT, I. (Editores), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 9ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2009), págs. 1369 y ss.

[15] Sobre la estructura de la jurisdicción alemana de Seguridad Social, regulada en la Parte Primera (parágrafos 1 a 50) la Ley de Tribunales de Seguridad Social (*Sozialgerichtsgesetz*) de 3 septiembre 1953, véase BREITKREUZ, T. y FICHTE, W. (Editores), *Sozialgerichtsgesetz Kommentar*, 2ª ed., Erich Schmidt (Berlín, 2014), págs. 67 y ss.

[16] Al respecto, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2017), págs. 328-329.

den Beteiligten ist die Erhebung von Säumniszuschlägen auf eine Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen streitig]»)[17].

3. CULPABILIDAD CIVIL COMÚN O CULPABILIDAD ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL, EN EL RECARGO ALEMÁN DE DEMORA POR IMPAGO EMPRESARIAL DE COTIZACIONES SOCIALES

Lógicamente, todo el caso giraba alrededor de la interpretación que debía merecer el precepto regulador del recargo de demora por falta de pago de las cotizaciones sociales, esto es, el parágrafo 24 (rotulado «Recargo de demora [*Säumniszuschlag*]») del Libro IV del Código alemán de Seguridad Social, tan contrastante –como luego se verá– con el artículo 28 de nuestra Ley General de la Seguridad Social. Se trata de un precepto que establece, en su apartado 1, la regla general de exigencia del recargo de un 1 por 100 por cada mes de retraso en el pago de las cotizaciones vencidas, pero añadiendo inmediatamente a continuación, en su apartado 2, la salvedad –aquí está el contraste con nuestro Derecho– relativa a que «si se establece la exigencia del importe por medio de resolución con eficacia sobre el pasado, no cabe cobrar el recargo de demora correspondiente al mismo, supuesto que el deudor del importe acredite que tenía ignorancia no culpable del deber de pago [*soweit der Beitragsschuldner glaubhaft macht, dass er unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht hatte*]». La Administración de la Seguridad Social (según la Sentencia, «la demandada [*die Beklagten*]») propugnaba una interpretación en sentido amplio de la expresión «no culpable» de la salvedad en cuestión, de manera que la ignorancia culpable pudiese comprender no sólo haber actuado el empresario dolosamente, sino también haberlo hecho con imprudencia[18]. A este efecto, su argumento clave era considerar aplicable al caso enjuiciado la regla general establecida por el parágrafo 276 del Código Civil alemán (rotulado «Responsabilidad del deudor [*Verantwortlichkeit des Schuldners*]»), según el cual «el deudor tiene que responsabilizarse del dolo y la imprudencia [*der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten*], cuando no se derive una responsabilidad más grave o más leve, ni de una disposición ni del resto del contenido de la relación obligacional [*wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses*]»[19]. Ahora bien, a pesar de la existencia de una abrumadora masa de doctrina científica favorable a esta tesis (hasta cinco «Comentarios» del Libro IV del Código de Seguridad Social, incluido el fundamental «*Kasseler Kommentar*»), que la Sentencia cita nominalmente[20] –como es costumbre en la jurisprudencia alemana[21]–, el Tribunal Federal de Seguridad Social se decantó aquí por la interpretación estricta (por lo demás, una interpretación genuinamente clásica) de la expresión en cuestión, afirmando que «no cabe recurrir al principio de culpabilidad generalmente vigente en el Derecho privado y en el Derecho público, derivándolo del parágrafo 276 del C[ódigo] C[ivil]»[22], dado que en el precepto a interpretar del Libro IV «esta culpa (o su falta) ... requiere ..., sobre la base de un grado de culpabilidad específico, al menos de un dolo eventual [*setzt ... aufgrund eines eigenständigen Verschuldensmaßstabs wenigstens bedingten*

[17] Cfr. marginal 1.
[18] Cfr. marginales 3, 4 y 5.
[19] Cfr. apartado 1.
[20] Cfr. marginal 15. El «*Kasseler Kommentar*», cuya denominación topográfica alude a la sede del Tribunal Federal de Seguridad Social en la ciudad de Kassel (Estado federado de Hesse), es –en materia de Seguridad Social– el *pendant* del «*Erfurter Kommentar*», clave en materia de Derecho del Trabajo, cuya denominación trae causa de la ciudad de Erfurt (Estado federado de Turingia), donde tiene su sede el Tribunal Federal de Trabajo. Sobre este otro comentario, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., «El género doctrinal "comentarios" en el Derecho alemán. A propósito del "Comentario Erfurtense" sobre Derecho alemán del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 141 (2009), págs. 5 y ss.
[21] Al respecto, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., «La cita nominal de doctrina científica por la jurisprudencia laboral. Un estudio de Derecho comparado», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 150 (2011), págs. 333 y ss.
[22] Cfr. marginal 15.

Vorsatz voraus]»[23], sin que cupiese objetar nada a esta interpretación estricta –también defendida por alguna doctrina científica, asimismo citada nominalmente en la Sentencia[24]–, pues «el grado de culpabilidad de la norma de Seguridad Social no tiene por qué coincidir obligatoriamente con el del Derecho Civil [*der Verschuldensmaßstab der Sozialrechtsnorm nicht zwingend mit demjenigen des Zivilrechts übereinstimmen muss*]»[25].

4. LA FINALIDAD DEL RECARGO ALEMÁN DE DEMORA POR IMPAGO EMPRESARIAL DE COTIZACIONES SOCIALES

Esta conclusión la justifica el Tribunal Federal de Seguridad Social utilizando muy diversos argumentos[26], aunque los que quizá posean un superior interés comparatista sean los que cabría calificar como argumentos de carácter finalista (según dicho Tribunal, «esta interpretación la apoyan aspectos teleológicos [*gestützt wird diese Auslegung durch teleologische Aspekte*]»)[27]. De acuerdo con la Sentencia, «la finalidad de los recargos de demora [*der Zweck der Säumniszuschläge*]»[28] viene a ser doble, pues «por un lado –de modo parecido a un apremio pecuniario–, debe ejercerse presión en las obligaciones de pago, para pagar temporáneamente cotizaciones vencidas [*sie soll –ähnlich einem Zwangsgeld– einerseits Druck auf den Zahlungspflichtigen ausgeübt werdern, fällige Beiträge rechtzeitig zu zahlen*] ..., y por otro lado, se posibilita a las gestoras de Seguridad Social [cuyos recursos se nutren principalmente de cotizaciones] cumplir a tiempo sus funciones prestacionales [*und es den Sozialversicherungsträgern anderseits ermöglicht werden, ihren Leistungsaufgaben fristgerecht nachzukommen*]»[29], apuntando inmediatamente a continuación la propia Sentencia –al efecto de ceñir sólo al dolo la controvertida expresión a interpretar– que «a la regla de excepción apenas le queda, sin embargo, un ámbito concebible de aplicación, cuando la conducta imprudente excluyese la ignorancia no culpable [*für die Härtefallregelung bliebe aber kaum ein denkbarer Anwendungsbereich, wenn bereits fahrlässiges Verhalten ... die unverschuldete Unkenntnis ausschließen würde*]»[30]. En España, la crucial Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional núm. 121/2010, de 29 noviembre[31], le ha asignado esta misma doble finalidad al recargo de demora por impago de cotizaciones, al efecto de excluir que se tratase de una sanción administrativa no tipificada como tal sanción (literalmente, «el recargo por mora cuestionado carece de naturaleza sancionadora, ya que responde más propiamente a la naturaleza de compensación financiera, cuya función es tanto reparadora o indemnizatoria para la Tesorería General de la Seguridad Social como preventiva o disuasoria del posible retraso en el pago»)[32], aunque los cambios normativos habidos en nuestro país desde que se enjuició dicho caso constitucional (que apelaba a la posibilidad de que se produjese una eventual «condonación» del recargo) han acabado aproximando –por paradójico que pueda resultar– este concreto tipo de recargo a una mera sanción administrativa atípica (y por ello mismo, inconstitucional), pues a día de hoy la única salvedad impediente de que se imponga el recargo en cuestión al empresario, según el crucial artículo 28 de la Ley General de la Seguridad Social, ocurre «cuando el ingreso fuera del

[23] Cfr. marginal 13. Sobre dicho tipo de dolo, clásico, véase GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos (Madrid, 1990), págs. 242 y ss.

[24] Más en concreto, «SCHELEGEL en KÜTTNER *Personalbuch 2018*, *Säumniszuschläge* Marg. 16» (cfr. marginal 13).

[25] Cfr. marginal 14.

[26] Aparecen todos anunciados en marginal 13.

[27] Cfr. marginal 17.

[28] Cfr. marginal 13.

[29] Cfr. marginal 17.

[30] Cfr. marginal 18. Sobre el apremio pecuniario alemán, al que alude el *dictum* recién citado, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., «El apremio pecuniario en los procesos laborales», *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 39 (2018), pág. 27 y notas 122 y 124.

[31] *Boletín Oficial del Estado* de 5 enero 2011.

[32] Cfr. Fundamento Jurídico 7, párrafo último.

plazo reglamentario sea imputable a error de la Administración, sin que la misma actúe en calidad de empresario»[33], dado que sólo en este caso «no se aplicará recargo ni se devengarán intereses»[34].

5. LA IMPUTACIÓN DEL DOLO EVENTUAL EN EL RECARGO ALEMÁN DE DEMORA POR IMPAGO EMPRESARIAL DE COTIZACIONES SOCIALES

Aunque el grado exigible de responsabilidad por culpa (recuérdese, «dolo eventual») fuese aquí especial –desde el punto de vista del Derecho Civil–, lo que resultaba común al Derecho Civil y al Derecho de la Seguridad Social alemanes era, en cambio, la aplicación de las reglas sobre imputación a la persona jurídica incumplidora de los actos u omisiones de sus concretas personas físicas representantes (desde el punto de vista jurídico y desde el punto de vista fáctico), afirmando a este respecto la Sentencia que «el conocimiento y la culpa del titular del órgano de representación hay que … atribuírselos … a la persona jurídica [*Wissen und Verschulden eines vertretungsberechtigten Organmitglieds ist ... der juristischen Person zuzurechnen*]»[35], que «lo mismo se aplica, de acuerdo con el ideario jurídico de los parágrafos 166 y 278 del C[ódigo]C[ivil], a otras personas naturales designadas como representantes de la persona jurídica [*das gleiche gilt nach dem Rechtsgedanken der §§ 166, 278 BGB für andere zum Vertreter der juristischen Person bestellte natürliche Personen*]»[36], e incluso, que «también el conocimiento y la culpa de más personas responsables [distintas de sus representantes], en el marco de la jerarquía empresarial, pueden ser atribuidos a la persona jurídica afectada [*auch die Kenntnis und das Verschulden weiterer im Rahmen einer betrieblichen Hierarchie verantwortlicher Personen kann der betroffenen juristischen Person zuzurechnen sein*]»[37]. Precisamente faltaban acerca de todo esto declaraciones fácticas en la Sentencia de segunda instancia (se había concluido en ella, «que no había ninguna responsabilidad del gerente de la actora en el momento del vencimiento de las cotizaciones [*dass einen Geschäftsführer der Klägerin jedenfalls im Zeitpunkt der Fälligkeit der Beiträge kein Verschulden traf*]»)[38], lo que explica que el Tribunal Federal de Seguridad Social tuviese que fallar –enervando la absolución de la empresa, en lo tocante al pago del recargo de demora– que «en la casación de la demandada, se revoca la Sentencia del Tribunal de Seguridad Social del Estado Federado de Renania del Norte-Westfalia de 30 agosto 2017 [*auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 30. August 2017 aufgehoben*]»[39], y que «el asunto se remite al Tribunal de Seguridad Social del Estado Federado para nuevo enjuiciamiento y decisión [*die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen*]»[40]. En las antípodas de todas estas precisiones jurídicas se sitúa el Derecho español de la Seguridad Social, interesado sólo en averiguar quién sea el

[33] Párrafo tercero.

[34] *Ibidem*. Cuando se enjuició el caso constitucional recién citado, el artículo 59, apartado 3, del Reglamento general de recaudación entonces vigente regulaba una posible «condonación» del recargo, afirmando al respecto el Tribunal Constitucional que «a través de esta facultad de condonación (tal y como apuntan el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado) se hace posible atenuar los rigores del recargo siempre y "cuando concurran circunstancias excepcionales que justifiquen razonablemente el retraso en el ingreso de los recursos correspondientes y se trate de sujetos obligados que viniesen ingresando sus deudas con regularidad", conforme a los términos literales del citado precepto reglamentario» (cfr. Fundamento Jurídico 8, inciso último). Ahora bien, en el vigente Reglamento General de 2004 ha desaparecido toda referencia al tema de una eventual «condonación». Sobre el asunto de la terminación del procedimiento recaudatorio, muy razonable, véase MADRID YAGÜE, P., *La recaudación ejecutiva de la Seguridad Social*, Lex Nova (Valladolid, 2001), págs. 288 y ss. Mostrando sus perplejidades ante el automatismo de este recargo, véase Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 22 octubre 2014 (*Aranzadi Westlaw*, referencia RJCA 2014/727), Fundamento de Derecho sexto.

[35] Cfr. marginal 20.

[36] *Ibidem*.

[37] *Ibidem*.

[38] Cfr. marginal 22.

[39] Cfr. Fallo, párrafo primero.

[40] *Ibidem*, párrafo segundo.

empresario «real», en cuanto que distinto del empresario «formal»[41], infractor o incumplidor (supuesto que su responsabilidad no sólo en la infracción normativa de Seguridad Social, sino también en el incumplimiento obligacional de sus deberes instrumentales de Seguridad Social, posee carácter objetivo o automático, cuando el asunto careciese de implicaciones prestacionales, como aquí ocurría), lo que explica que la única norma contenida a este respecto en nuestra Ley General de la Seguridad Social sea la de que «en caso de que la responsabilidad por la obligación de cotizar corresponda al empresario, podrá dirigirse el procedimiento recaudatorio que se establece en esta ley y en su normativa de desarrollo contra quien efectivamente reciba la prestación de servicios de los trabajadores que emplee, aunque formalmente no figure como empresario en los contratos de trabajo, en los registros públicos o en los archivos de las entidades gestoras y servicios comunes»[42].

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARUFE VARELA, A., «Los equívocos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el principio de automaticidad de las prestaciones. Su verificación a través del Derecho alemán de la Seguridad Social», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho social Internacional y Comunitario*, núm. 77 (2008).

BRECHT-HEITZMANN, H., «Las fuentes normativas del Derecho alemán de la Seguridad Social» [traducción castellana de J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA], *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 18 (2019).

BREITKREUZ, T. y FICHTE, W. (Editores), *Sozialgerichtsgesetz Kommentar*, 2ª ed., Erich Schmidt (Berlín, 2014).

DIÉGUEZ CUERVO, G., «Infracción normativa e incumplimiento contractual en materia de salarios», *Revista de Política Social*, núm. 73 (1967).

EICHENHOFER, E., *Sozialrecht*, 10ª ed., Mohr Siebeck (Tubinga, 2017).

GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos (Madrid, 1990).

HAUCK, K. y NOFT, W. (Fundadores), *Sozialgesetzbuch SGB IV. Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung. Kommentar*, Erich Schmidt (Berlín, 2014), actualizado a 2019.

MADRID YAGÜE, P., *La recaudación ejecutiva de la Seguridad Social*, Lex Nova (Valladolid, 2001).

MARTÍNEZ GIRÓN, J., «El género doctrinal "comentarios" en el Derecho alemán. A propósito del "Comentario Erfurtense" sobre Derecho alemán del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 141 (2009).

MARTÍNEZ GIRÓN, J., «La cita nominal de doctrina científica por la jurisprudencia laboral. Un estudio de Derecho comparado», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 150 (2011).

MARTÍNEZ GIRÓN, J., «El apremio pecuniario en los procesos laborales», *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 39 (2018).

MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2017).

MITSCH, W. (Editor), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 5ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2018).

MÜLLER-GLÖGE, R., PREIS, U. e SCHMIDT, I., *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 9ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2009).

PRÜTTING, H., WEGEN, G. y WEINREICH, G. (Editores), *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*, 14ª ed., Luchterhand (Múnich, 2019).

[41] Un tema, por lo demás, bastante viejo. Al respecto, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., *El empresario aparente*, Civitas (Madrid, 1992), págs. 22 y ss.

[42] Artículo 19, apartado 4.

7. APÉNDICE DOCUMENTAL

Tribunal Federal de Seguridad Social

Sentencia de 12 diciembre 2018, referencia B 12 R 15/18 R

Fallo

En la casación de la demandada, se revoca la Sentencia del Tribunal de Seguridad Social del Estado Federado de Renania del Norte-Westfalia de 30 agosto 2017.

El asunto se remite al Tribunal de Seguridad Social del Estado Federado para nuevo enjuiciamiento y decisión.

En el recurso de casación, la cuantía del litigio se fija en 4419 euros.

Hechos

1. Se discute entre los litigantes el cobro de recargos de demora, tras una reclamación de cotizaciones de Seguridad Social.

2. La SRL (Sociedad de Responsabilidad Limitada) actora explota una empresa de autobuses con autocares especialmente equipados para estancias de 24 horas. Empleaba a sus propios conductores, y recurría ordinariamente a más conductores complementarios (llamados acompañantes de recorrido), que eran tratados como autónomos y sin darles de alta en la seguridad social. El interviniente en causa núm. 1 también fue repetidamente empleado por la actora como acompañante de recorrido, con interrupciones, durante el período de 17.10.2006 a 18.11.2009. Tras una inspección a la empresa desde el año 2006 y hasta 2009, reclamó la demandada de la actora un total de 54.303,03 euros por cotizaciones de Seguridad Social, con inclusión de unos recargos de demora de 14.480,50 euros, por el trabajo de seis acompañantes de recorrido, de los que al interviniente en causa núm. 1 le correspondía un importe de 19.737,21 euros, con inclusión de 7432 euros de recargos de demora (resolución de 23.5.2011 y resolución del recurso de alzada de 2.4.2012).

3. El TSS (Tribunal de Seguridad Social) ha desglosado el procedimiento relativo a cuatro conductores y desestimado la acción (Sentencia de 24.6.2014). En el recurso de apelación, el TSSEF (Tribunal de Seguridad Social de Estado Federado) ha desglosado el procedimiento, respecto de otro acompañante de recorrido. La demandada ha reducido en el juicio oral ante el TSSEF su exigencia, frente al interviniente en causa núm. 1, a 16.643,53 euros, incluidos 4419 euros por recargos de demora. Después, el TSSEF ha modificado la Sentencia del TSS, revocó la resolución impugnada respecto de los recargos de demora correspondientes al interviniente en causa núm. 1, y rechazó la apelación en lo demás. No cabía oponer reparos a la exigencia de cotizaciones a la actora tras su incumplimiento, por causa del trabajo dependiente del interviniente en causa núm. 1. No obstante, no cabía constatar la necesaria ignorancia dolosa del deber de pago de cotizaciones del gerente de la actora, para el cobro de los recargos de demora por lo ocurrido. El grado de culpabilidad no se establece al amparo del parágrafo 276 del CC (Código Civil). Dado que tanto el parágrafo 25, apartado 2, del Libro IV (Normas generales del aseguramiento social) del CSS (Código de Seguridad Social) como el parágrafo 14, apartado 2, del Libro IV del CSS exigían, según la jurisprudencia del TFSS (Tribunal Federal de Seguridad Social), al menos el dolo eventual, también se aplicaba este grado de culpabilidad al parágrafo 24, apartado 2, del Libro IV del CSS (Sentencia de 30.8.2017).

4. Con su casación admitida por la Sala, invoca la demandada la violación del parágrafo 24, apartado 2, del Libro IV del CSS. Este precepto no define por sí mismo el grado de culpabilidad, de manera que, según la jurisprudencia de la Sala 13 del TFSS (Sentencia de 1.7.2010 – B 13 R 67/09 R […]), hay que recurrir al parágrafo 276 del CC, que considera suficiente la mera imprudencia. No se oponen a ello las decisiones de la Sala decisoria de 26.1.2005 (B 12 KR 3/04 R […]) y de 9.11.2011 (B 12 R 18/09 R […]). Sólo esta interpretación se corresponde con la finalidad del parágrafo 24 del Libro IV del CSS, que no debe sancionar, sino ejercer presión sobre el pagador moroso de las cotizaciones, contiene una compensación normalizada de daños y perjuicios mínimos, y tiene la naturaleza propia de los intereses. Existe un paralelo con el parágrafo 28r del Libro IV del CSS, en cuyo ámbito de aplicación la entidad recaudadora tiene que responsabilizar según la intención y por toda imprudencia. La actora no ha tramitado ningún procedimiento para que se fijasen sus deberes de seguridad social con el interviniente en causa núm. 1 y, en consecuencia, ha actuado imprudentemente.

5. La demandada solicita que se revoque la Sentencia del Tribunal de Seguridad Social del Estado Federado de Renania del Norte-Westfalia de 30 agosto 2017, supuesto que se ha anulado la resolución de la demandada de 23 mayo 2011, por medio de la resolución resolutoria de alzada de 2 abril 2012 y de la resolución modificadora de 30 agosto 2017, y que se rechace totalmente la apelación de la actora contra la Sentencia del Tribunal de Seguridad Social de Münster de 24 junio 2014, respecto del interviniente en causa núm. 1.

6. La actora defiende la Sentencia impugnada y solicita que se rechace la casación de la demandada.

7. Los intervinientes en causa no han planteado ninguna pretensión.

Fundamentos de Derecho

8. La casación está fundada, a efectos de revocación de la Sentencia impugnada y de devolución del asunto al TSSEF para nuevo enjuiciamiento y decisión (parágrafo 170, apartado 2, inciso 2, de la Ley de Tribunales de Seguridad Social [LTSS]).

9. El objeto del recurso de casación, tras la resolución por la demandada de 23.5.2011, admisiblemente anulada por la acción de impugnación, ha sido reivindicar las decisiones en este caso atacadas, resolutoria del recurso de alzada de 2.4.2012 y modificadora de 30.8.2017, emanada en el juicio oral ante el TSS (parágrafos 96 y 156, apartado 1, de la LTSS), junto con (más) los recargos de demora de 4419 euros. Si estos recargos de demora han sido establecidos conforme a Derecho, entonces la Sala no puede decidir con carácter definitivo su fundamentación y cuantía. Ciertamente, concurren los requisitos objetivos para el cobro del recargo de demora por lo ocurrido (al respecto, véase 1). Sin embargo, por falta de declaraciones fácticas suficientes, la Sala no puede enjuiciar si y por qué período –cuándo– la actora no tenía conocimiento no culpable de su deber de pago de las cotizaciones (al respecto, véase 2).

10. 1. En virtud del parágrafo 24, apartado 1, inciso 1, del Libro IV del CSS, en la redacción no enmendada que le dio, desde 1.1.2001, la 4ª Ley de Introducción del Euro de 21.12.2000 (B[oletín] O[ficial] F[ederal], I, 1983), por las cotizaciones y anticipos de cotizaciones que el obligado al pago no haya abonado el día de vencimiento, hay que pagar por cada mes comenzado de retraso un recargo de demora del uno por ciento de la cotización vencida, con importe redondeado por debajo de 50 euros. Los requisitos objetivos para el cobro de los recargos de demora, cuya existencia ha probado la demandada, se cumplen aquí. Las cotizaciones debidas por el trabajo del interviniente en causa núm. 1, en el período de 17.10.2006 a 18.11.2009, no han sido puntualmente pagadas por la actora, con base en la Sentencia del TSS por ella no impugnada y, consecuentemente, dotada de eficacia jurídica.

11. 2. Si la exigencia de las cotizaciones se establece por resolución, con eficacia sobre el pasado –como aquí–, no cabe cobrar los recargos de demora correspondientes a ello al amparo del parágrafo 24, apartado 2, del Libro IV del CSS, en la redacción no enmendada que le dio, desde 1.1.2001, la 4ª Ley de Introducción del Euro de 21.12.2000 (B[oletín] O[ficial] F[ederal], I, 1983), supuesto que el deudor de las cotizaciones acredite que no tenía conocimiento culpable del deber de pago. Esta norma de excepción requiere que (a) el deudor de las cotizaciones no tenga conocimiento de su deber de pago, (b) la ignorancia no sea culpable, (c) tampoco el conocimiento o la culpa les sean imputables a otra persona, y (d) la ignorancia no culpable no se haya interrumpido antes de la fijación de los recargos de demora por medio de una resolución. Al respecto, el TSSEF, teniendo en cuenta el principio de la carga objetiva de la prueba (e), tiene que adoptar declaraciones adicionales (f).

12. (a) La exculpación a que se refiere el parágrafo 24, apartado 2, del Libro IV del CSS se excluye cuando el deudor moroso de las cotizaciones tenía conocimiento de su deber de pagar (cfr. Sentencia del TFSS de 17.4.2008 – B 13 R 123/07 R […]). Mientras que "conocimiento" significa, según su sentido literal, la conciencia de un hecho (*Duden Onlinewörterbuch*, entrada *Kenntnis*, buscada el 23.10.2018), es inmanente al concepto de "deber de pagar", más allá del conocimiento de hechos fundantes, una valoración jurídica, en el sentido de reconocimiento de una concreta exigencia de comportamiento (parecidamente, sobre el deber de afiliación en el Libro III del CSS, Sentencia del TFSS de 25.5.2005 – B 11a/11 AL 81/04 R […]). El conocimiento del deber de pagar a que se refiere el parágrafo 24, apartado 2, del Libro IV del CSS es, consecuentemente, el conocimiento cierto de por qué se está jurídicamente y objetivamente obligado al pago de las cotizaciones (así, con respecto al parágrafo 25 del Libro IV del CSS, Sentencia del TFSS de 16.12.2015 – B 12 R 11/14 R […]). Existe, en el caso del empresario obligado al pago a que se refiere el parágrafo 28e del Libro IV del CSS, cuando conoce hechos fundantes de su responsabilidad de cotizar, porque comprende como cualquier profano, al menos como valoración paralela, que por un lado existe trabajo, y deduce para sí el deber de cotizar, por el otro lado. El conocimiento y la (simple) posibilidad de recaudar las cotizaciones no equivale al conocimiento cierto de la obligación jurídica y objetiva de pagar las cotizaciones (Sentencia del TFSS de 16.12.2015 – B 12 R 11/14 R […]). El error sobre la cualidad de empresario excluye el conocimiento (en sentido similar, sobre el tipo penal del parágrafo 266a del Código Penal [CP], Sentencia del TFCyP [Tribunal Federal Civil y Penal] de 24.1.2018 – 11 StR 331/17 […]; cfr., también, Sentencia del TFCyP de 5.3.1986 – 2 StR 666/85 […]).

13. b) La sola falta de conocimiento del deber de pagar las cotizaciones tampoco se opone aún a establecer los recargos de demora. Más bien, los recargos de demora no cabe cobrarlos únicamente cuando el conocimiento no es culpable. Esta culpa (o su falta) no se determina al amparo del parágrafo 276 del CC, sino que requiere –como ha considerado correctamente el TSSEF–, sobre la base de un grado de culpabilidad específico, al menos de un dolo eventual (cfr. Sentencia del TFSS de 26.1.2005 – B 12 KR 3/04 R […]; SCHELEGEL en KÜTTNER *Personalbuch 2018*, *Säumniszuschläge* Marg. 16). Abogan en relación con ello el tenor del parágrafo 24, apartado 2, del Libro IV del CSS (1), consideraciones sistemáticas (2) y la finalidad de los recargos de demora (3). Con este resultado interpretativo, la Sala decisoria no contradice la jurisprudencia de la Sala 13 (4).

14. (1). El parágrafo 24, apartado 2, del Libro IV del CSS utiliza la expresión "no culpable", mientras que el parágrafo 276 del CC, para determinar la responsabilidad del deudor por incumplimiento de una obligación, establece que tiene "que estar presente" este dolo e imprudencia. La diferente formulación sugiere que el parágrafo 24, apartado 2, del Libro IV del CSS no guarda relación con el parágrafo 276 del CC, y que el grado de culpabilidad de la norma

de Seguridad Social no tiene que coincidir obligatoriamente con el correspondiente del Derecho Civil.

15 (2). Que frente al punto de vista de la demandada y de concretos Tribunales de Seguridad Social de Estados Federados (TSS del Estado Federado de Renania del Norte-Westfalia, Sentencia de 12.3.2009 – L 16 R49/08 […]; TSS del Estado Federado de Baja Sajonia-Bremen, Sentencia de 2.3.2016 – L 2 R 327/15 […]; TSS del Estado Federado de Sajonia, Sentencia 22.4.2016 – L 1 KR 228/11 […]), así como de la opinión expresada en la doctrina científica (SEGEBRECHT en *JurisPK-SGB IV*, 3ª ed. 2016, parágrafo 24, marg. 60; ROβBACH en KNICKREHM/KREIKEBOHM/WATERMANN, *Kommentar zum Sozialrecht*, 5ª ed. 2017, parágrafo 24, marg. 8; WAGNER en *BeckOK SGB IV*, actualizado a 1.9.2018, parágrafo 24, marg. 12; ZIEGLMEIER en *Kasseler Kommentar*, actualizado a julio 2017, parágrafo 24, marg. 46; ZIEGLMEIER/RITTWEGER, *Risiken des Arbeitsgebers in der Betriebsprüfung*, 2016, marg. 283f, parecidamente KREIKEBOHM en KREIKEBOHM, *Kommentar zum SGB IV*, 3ª ed. 2018, parágrafo 24, marg. 13) –en parte, sin fundamentación detallada–, no hay que recurrir al principio de culpabilidad generalmente vigente en el Derecho privado y en el Derecho público, derivándolo del parágrafo 276 del CC (GRUNDMANN en *Münchener Kommentar zum BGB*, 7ª ed. 2016, parágrafo 276, marg. 6; CASPERS en STAUDIGER, *BGB*, actualizado a marzo 2014, parágrafo 276, marg. 11), lo confirma la sistemática legal. Según ella, para la determinación del grado de culpabilidad en el parágrafo 24, apartado 2, del Libro IV del CSS, al igual que en el parágrafo 14, apartado 2, del Libro IV del CSS y en el parágrafo 25, apartado 1, inciso 2, del Libro IV del CSS, hay que ajustarse al dolo eventual.

16. El Libro IV del CSS regula diferentes relaciones jurídicas y las liga, en tales casos, a sus correspondientes grados propios de culpabilidad. El parágrafo 28r del Libro IV del CSS regula el deber de las entidades recaudadoras o de las gestoras del seguro de pensiones de indemnizar a (otras) gestoras de Seguridad Social, en caso de incumplimiento culpable de obligaciones, y determina en este sentido la responsabilidad por conducta dolosa o culposa (cfr. Sentencia del TFSS de 7.11.1996 – 12 RK 9/96; Actas de la Cámara Baja 11/2221, pp. 30 y ss., en relación con el parágrafo 28r). Sobre la retención de las cotizaciones correspondientes a la relación jurídica de los trabajadores con su empresario, el parágrafo 28g del Libro IV del CSS determina que sólo puede recuperarse la retención del salario ocurrida sin culpa del empresario de la porción del trabajador en la cotización de seguridad social conjunta, como muy tarde en los tres meses siguientes al pago de la retribución o el salario, salvo que el trabajador no cumpla con las obligaciones (entre otras) a que se refiere el parágrafo 28o, apartado 1, del Libro IV del CSS, por dolo o negligencia grave. El parágrafo 24, apartado 2, del Libro IV del CSS se refiere, en cambio, a la fijación retroactiva de cotizaciones por la entidad recaudadora o las gestoras de Seguridad Social y, en tales casos (entre otros), a su relación con el empresario como deudor obligado al pago de las cotizaciones retroactivas. Para el cobro retroactivo de las cotizaciones a los empresarios, junto al parágrafo 24, apartado 2, del Libro IV del CSS, también se aplican las reglas del parágrafo 25, apartado 2, inciso 1, del Libro IV del CSS, sobre la prescripción de cotizaciones retenidas dolosamente, y del parágrafo 14, apartado 2, del Libro IV del CSS, sobre el salario basado en relaciones de empleo ilegales. Ambos preceptos requieren al menos un dolo eventual (Sentencia del TFSS de 9.11.2011 – B 12 R 18/09 R […]; Sentencia del TFSS de 30.3.2000 – B 12 KR 14/99 R […], Sentencia del TFSS de 16.12.2015 – B 12 R 11/14 R […]). El parágrafo 24, apartado 2, del Libro IV del CSS, en conexión con el parágrafo 14, apartado 2, y el parágrafo 25, apartado 1, inciso 2, crea un complejo unitario de reglas, con la consecuencia de un grado unitario de responsabilidad.

17 (3). Esta interpretación la apoyan aspectos teleológicos. No se corresponde con el propósito del legislador que deba bastar la imprudencia para que exista responsabilidad. Los recargos de demora sancionan un pago retrasado de las cotizaciones. A través de ellos, por un lado, debe

ejercerse presión en las obligaciones de pago, para pagar temporáneamente cotizaciones vencidas (cfr. Sentencia del TFSS de 2.11.2015 – B 13 R 35/14 R […]; Sentencia del TFSS de 29.8.2012 –B 12 KR 3/11 R […]; Sentencia del TFSS de 17.5.2001 – B 12 KR 32/00 R […]), y por otro lado, se posibilita a las gestoras de Seguridad Social cumplir a tiempo sus funciones prestacionales (Sentencia del TFSS de 12.2.2004 – B 13 RJ 28/03 R […]). Sin embargo, la situación de presión pretendida con el cobro de los recargos de demora permanece como inespecífica, y no es apropiada para llevar a cabo el pago temporáneo en el caso concreto, cuando el obligado al pago no tiene un punto de referencia suficiente sobre su responsabilidad cotizatoria. Teniendo en cuenta el principio constitucional de proporcionalidad, a observar en caso de fijación de los recargos de demora (cfr. Sentencia del TFSS de 29.8.2012 – B 12 KR 3/11 R […]; sobre los intereses moratorios a que se refiere los parágrafos 233a y 238 de la Ordenanza Fiscal, cfr. Auto del TFEA [Tribunal Federal Económico-Administrativo] de 25.4.2018 – IX B 21/18 […]), la finalidad de los recargos de demora, de llevar a cabo a tiempo el pago de las cotizaciones, sólo puede conseguirse adecuadamente cuando el empresario afectado considera al menos como posible su deber de pago, y lo asume voluntariamente.

18. A la regla de excepción del parágrafo 24, apartado 2, del Libro IV del CSS se le aplica con mayor razón el que deban evitarse obstáculos injustificados (Sentencia del TFSS de 1.7.2010 – 13 R 67/09 R […]), que existirían cuando los recargos de demora también tuviesen que cobrarse antes de fijarse las cotizaciones de Seguridad Social, aunque el deudor de las cotizaciones no tuviese conocimiento no culpable de su deber de pago. Sin embargo, a la regla de excepción apenas le queda un ámbito concebible de aplicación, cuando la conducta imprudente excluyese la ignorancia no culpable, especialmente por la no tramitación del procedimiento de declaración de estatus a que se refiere el parágrafo 7a del Libro IV del CSS o por la falta de cumplimiento de la decisión de la entidad recaudadora a que se refiere el parágrafo 28h del Libro IV del CSS. Frente al tenor literal del parágrafo 7a del Libro IV del CSS, el procedimiento de declaración de estatus, organizado como facultativo, sería fácticamente obligatorio.

19. (4) El resultado interpretativo logrado aquí no contradice la jurisprudencia de la Sala 13. Según ella, ciertamente se contrapone a la ignorancia no culpable del deber de pagar la conducta, tanto imprudente como la dolosa, a que se refiere el parágrafo 276 del CC (Sentencia del TFSS de 1.7.2010 – B 13 R 67/09 R […]). Tanto esta decisión como las Sentencias traídas a colación en ella de 17.4.2008 (B 13 R 123/07 R […]) y de 29.11.2007 (B 13 R 48/06 R […]), afectan igualmente a la aplicación analógica del parágrafo 24, apartado 2, del Libro IV del CSS al caso especial del aseguramiento tardío, a que se refieren los parágrafos 8 y 181 y ss. del Libro IV del CSS, por la República Federal de Alemania y por concretos Estados Federados, en cuanto que gestores de la Administración pública. Esta jurisprudencia no es transferible a los recargos de demora cobrados por causa de cotizaciones establecidas retroactivamente, tras poner orden en el estatus jurídico-laboral de un empresario. Por falta de identidad entre la cuestión jurídica del asunto a decidirse aquí y las anteriores decisiones de la Sala 13, no existe desviación en el sentido del parágrafo 41, apartado 2, de la LTSS, en cuanto que requisito que obligue dirigirse a la Sala 13 (cfr. Sentencia del TFSS de 16.12.2014 – B 9 V 6/13 R […]). Sobre las ordenaciones de estatus discutidas, junto con las cotizaciones conjuntas de Seguridad Social y los recargos de demora fijados, sólo es competente la Sala decisoria, según el reparto de asuntos del TFSS.

20. c) Si una persona jurídica de Derecho privado –como la SRL aquí actora– es responsable de las cotizaciones, ello depende, ante todo, del conocimiento o de la ignorancia no culpable, cuando menos del titular del órgano obligado a cotizar. El conocimiento y la culpa del titular del órgano de representación hay que referirlos al órgano correspondiente y, consecuentemente, atribuírselos también a la persona jurídica (cfr. Sentencia del TFSS de 16.12.2015 – B 12 R 11/14 R […]). Lo mismo se aplica, de acuerdo con el ideario jurídico de los parágrafos 166 y 278 del CC, a otras personas naturales designadas como representantes de la persona jurídica,

siempre que se les haya confiado por la persona jurídica, y para el cumplimiento de su deber de pago, la calificación jurídica de Seguridad Social de una actividad, con responsabilidad propia (cfr. Sentencia del TFCyP de 28.2.2012 – VI ZR 9/11 […]). También el conocimiento y la culpa de más personas responsables, en el marco de la jerarquía empresarial, pueden ser atribuidos a la persona jurídica afectada, cuando no se consigue ninguna estructura organizativa que recoja las correspondientes informaciones y las transmita internamente (cfr. Sentencia del TFSS de 16.12.2015 – B 12 R 11/14 R […]).

21. d) Los recargos de demora cabe cobrarlos por lo ocurrido en el pasado, a partir del conocimiento o de la ignorancia culpable. El parágrafo 24, apartado 2, del Libro IV del CSS sólo prevé la exculpación del obligado al pago, "supuesto" que acredite la ignorancia no culpable de la obligación de pago. En consecuencia, la ignorancia no culpable también puede existir sólo en relación –también desde el punto de vista temporal– con una parte de la deuda por cotizaciones. Por eso, los recargos de demora sólo cabe cobrarlos por el tiempo subsiguiente al vencimiento de las cotizaciones debidas, en el que no existe (ya) ninguna ignorancia no culpable, y en el que el deudor de las cotizaciones tiene entonces culpa por el conocimiento positivo de su deber de pago o por su ignorancia.

22. e) Si la actora tiene que pagar recargos de demora sobre la base de estas consideraciones, entonces la Sala no puede decidir concluyentemente. El TSSEF ha declarado ciertamente que no había ninguna responsabilidad del gerente de la actora en el momento del vencimiento de las cotizaciones. Pero faltan consideraciones acerca de si este gerente tampoco tuvo conocimiento en un momento posterior del deber de pago, o de si podía contar sin dificultad con él.

23. Si el TSSEF llega a la convicción de que este gerente de la actora no tenía directamente ningún conocimiento no culpable del deber de pago, y de que tampoco existían –caso de haberlos– más directivos que tampoco tuviesen en este sentido culpa, entonces tiene que aclarar si el apoderado u otra persona oídos como testigos eran al menos corresponsables en la valoración del deber de pago. Según los testimonios del apoderado oído, su función como co-gestor de la actora excedía de la que corresponde a un simple testigo. De ahí que el TSSEF tenga que averiguar si él u otras personas empleadas en la empresa de la actora estaban apoderados para valorar desde el punto de vista del Derecho de la Seguridad Social, con responsabilidad autónoma, la actividad del interviniente en causa núm. 1, o debieran o hubieran tenido que transmitir internamente su conocimiento de la existencia o, en todo caso, de la posibilidad del deber de pago. El TSSEF tiene que declarar el estado de conocimiento de las personas decisivas en cuanto que informantes y, en su caso, tiene que probar su culpa en el decurso temporal, y tiene que aclarar la culpa organizativa de la actora basándose en los correspondientes indicios.

24. En el procedimiento de apelación reabierto, el TSSEF tiene que examinar el conocimiento depuesto por el testigo a que se refiere la Sentencia de la Sala de 11.3.2009 (cfr. B 12 KR 21/07 R […]). Ciertamente, el TSSEF ha concluido acertadamente, de acuerdo con la publicación de los fundamentos de la decisión de la correspondiente Sentencia, que no podía presumirse sin más el conocimiento seguro del deber de pago (cfr. Sentencia del TFSS de 16.12.2015 – B 12 R 11/14 R […]; Sentencia del TFSS de 4.9.2018 – B 12 R 4/17 R […]), sino que hay que probar en el caso concreto, y que no basta la duda justificada sobre la libertad de aseguramiento para que exista conocimiento del deber de pago (cfr. Sentencia del TFSS de 13.8.1996 – 12 RK 76/94 […]). Pero puede ser reprochable, en el marco del dolo eventual y en caso de falta de claridad relativa a la valoración aseguratoria y cotizatoria de la actividad desarrollada, si el empresario se niega a proporcionar la decisión del servicio competente (cfr. Sentencia del TFSS de 9.11.2011 – B 12 R 18/09 R […]; Sentencia del TFSS de 24.3.2016 – B 12 KR 20/14 R […]). Igualmente, no puede hiper-responsabilizarse a los empresarios con todo el riesgo de poner orden en cuestiones complejas de valoración jurídica de Seguridad Social (cfr. Sentencia del TFSS de

18.11.2015 – B 12 R 7/14 R […]), de manera que se prohíben los esquematismos. Por eso, se requiere el examen individualizado del dolo eventual, con una cuidadosa valoración de la prueba en el caso concreto (cfr. Sentencia del TFSS de 4.9.2018 – B 12 KR 11/17 R […]).

25. f) Sobre la ignorancia no culpable del deber de pago, la actora asume la carga objetiva de la prueba. El parágrafo 24, apartado 2, del Libro IV del CSS, en cuanto que excepción al cobro de recargos de demora, se estructura de manera que está obligado a probar aquel que invoca hechos jurídicamente fundantes de la excepción (cfr. Sentencia del TFSS de 2.12.2008 – B 2 U 26/06 R […]). En ese caso, basta el grado de prueba bajo de la acreditación.

26. La decisión sobre costas queda reservada a la decisión del TSSEF.

27. En virtud del parágrafo 197a, apartado 1, inciso 1, medio inciso 1, de la LTSS, en conexión con el parágrafo 63, apartado 2, inciso 1, el parágrafo 52, apartado 1, y el parágrafo 47, apartado 1, de la Ley de Costas Judiciales, la cuantía del litigio para el recurso de casación hay que fijarla sobre la cuantía de la pretensión todavía litigada.