nº 35 (2º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

La responsabilidad del empresario en el pago de una pensión por incapacidad permanente por infracotización derivada de salarios no abonados y reclamados por el trabajador[1]

Employer's liability for payment of a permanent disability pension for underpayment of wages not paid and claimed by the worker

Carmen Jover Ramírez *Profesora Contratada Dra. (Acreditada a PTU. Fecha de acreditación: octubre de 2021)*
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cádiz.
https://orcid.org/0000-0001-7096-4487

Cita Sugerida: JOVER RAMÍREZ, C.: «La responsabilidad del empresario en el pago de una pensión por incapacidad permanente por infracotización derivada de salarios no abonados y reclamados por el trabajador». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 35 (2023): 135-144

Resumen

El abono por parte del empresario al trabajador de complementos salariales pendientes y el ingreso de las cotizaciones a ellos correspondientes, con posterioridad al accidente de trabajo del que deriva una incapacidad permanente absoluta, determina la responsabilidad empresarial en el pago de dicha pensión, en la cuantía que corresponda, como consecuencia de infracotización, exonerando de dicho abono a la mutua colaboradora de la Seguridad Social con la que se tenía concertada la cobertura de las contingencias profesionales, y ello pese a que el abono de dichos complementos y su cotización se realizó con anterioridad a que fuera reconocida la incapacidad permanente al trabajador.

Palabras clave

Infracotización; responsabilidad empresarial; pago de prestaciones; incapacidad permanente

Abstract

Payment by the employer to the worker of outstanding salary supplements and payment of the corresponding contributions after an accident at work which resulted in total permanent disability determines the employer's liability to pay such pension for the corresponding amount. As a consequence of underpayment, this exonerates the mutual society collaborating with the Social Security with which cover for occupational contingencies had been arranged from such payment, and this despite the fact that the payment of these supplements and their contribution was made before the worker's permanent disability was recognised.

Keywords

Undercutting; employer's liability; payment of benefits; permanent disability

1. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN EL PAGO DE PRESTACIONES

El artículo 167.1 TRLGSS reconoce a las entidades gestoras, mutuas colaboradoras con la Seguridad Social o empresarios que colaboren en la gestión o, en su caso, a los servicios comunes, de acuerdo con sus respectivas competencias, la responsabilidad respecto de prestaciones, siempre y cuando se haya causado derecho a dicha prestación habiéndose cumplido las condiciones del derecho a las mismas previstas en el artículo 165 de dicho texto legal. No obstante lo señalado, el apartado 2 de dicho artículo 167 señala que el incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad, en cuanto al pago de dichas prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva.

[1] Comentario a la STS 4054/2022, de 27 de octubre (Sala de lo Social, sección 1ª; Nº de recurso 3629/2019)

Fecha Recepción: 23/3/2023 - Fecha Revisión: 3/4/2023 - Fecha Aceptación: 4/4/2023
Pags. 135-144

Cuesta aún creer que la normativa de referencia para el análisis de dichos supuestos de imputación continúe siendo, a la fecha, lo señalado en los artículos 94 a 96 LSS de 1966[2]. Carencia, déficit, anacronismo o desinterés – por mencionar varias entre muchas de las calificaciones que una situación como esta merece en el seno de nuestro ordenamiento jurídico- que ya ha venido siendo desde tiempo atrás puesta de manifiesto por la doctrina[3].

Ciertamente, no existe mención expresa al empresario en este apartado 2 del artículo 167, aludiéndose únicamente al incumplimiento de determinadas obligaciones como elemento determinante de responsabilidad, lo que ha de entenderse pues, de quien a ello estuviera obligado, a saber, al menos en el seno del RGSS, el empresario.

Como hemos indicado, la concreción de aquellos supuestos en los que el empresario pudiera ser sujeto responsable de las prestaciones que se generen, habrá que buscarlos en los preceptos de la LSS referenciados, y a ellos acudimos. Así, a tenor de lo establecido en el artículo 94.2 y 92.5 de dicho texto, el empresario será responsable, respecto a los trabajadores a su servicio incluidos en el campo de aplicación del RGSS, de las prestaciones en él previstas, en los siguientes casos: a) Por falta de afiliación o alta, sin que se exonere por la existencia del mecanismo de alta presunta o de pleno derecho; b) por falta de ingreso de cotizaciones c) por infracotización, si bien en este caso responderá por la diferencia, entre la cuantía total de la prestación causada por el trabajador y la que corresponde asumir a la Seguridad Social por las cuotas efectivamente ingresadas. Todo ello, sin perjuicio de la obligación de anticipo y de responsabilidad subsidiaria prevista para las entidades correspondientes, a tenor de lo señalado en el propio artículo 167 2 y 3 TRLGSS, y en relación a los mismos, el artículo 95 LSS.

Sin embargo y pese a las referencias normativas señaladas, la responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones es una cuestión controvertida que ha reclamado y continúa reclamando la interpretación de los tribunales en multitud de controversias suscitadas al respecto; una de las cuales ocupa el presente estudio.

Concretamente, de los distintos supuestos de imputación de responsabilidad recogidos en el artículo 94 LSS, es el de responsabilidad por infracotización el que recaba nuestra atención. Si bien del tenor literal de la disposición pudiera pensarse que es clara la exigencia de la responsabilidad del empresario, tanto en lo que respecta al reconocimiento de la misma como respecto de la parcialidad de la prestación a la que dicha responsabilidad se extendería, una lectura detenida de la jurisprudencia emergida a este respecto nos lleva a la opinión contraria. Muchas son las aristas que componen dicha responsabilidad y que, por tanto, han reclamado la intervención de los tribunales y, en concreto, la unificación de doctrina por parte de nuestro Tribunal Supremo.

A lo largo de las siguientes líneas y partiendo del supuesto de análisis planteado en la STS 4054/2022 de 27 de octubre (Sala de lo Social, sección 1ª; Nº de recurso 3629/2019), intentaremos ir desgranado las líneas maestras que, a la fecha, conforman la exigencia de dicha responsabilidad empresarial por infracotización.

[2] Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social (BOE del 22).

[3] Entre otros, Bodas Martín, R., "Sistemas de responsabilidades en materia de contingencias profesionales, en particular en los supuestos de falta de afiliación, de alta y cotización" en *Accidentes de trabajo y sistemas de prestaciones*, Editorial Bomarzo, 2009, p.214: quien habla de la "pereza del legislador"; Fernández Domínguez, J.J., *Incumplimientos empresariales en los actos de encuadramiento y responsabilidad de las mutuas*, Tirant lo Blanch, 2007, p. 547, hace una llamada al legislador " a intervenir en asuntos que durante décadas pueden ser políticamente menos brillantes pero técnica y jurídicamente claman por una línea de interpretación uniforme que en la actualidad sita de haberse conseguido", Gala Durán, C. "La problemática actual de la responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones: perspectivas legal y jurisprudencial", *Temas Laborales*, nº 66, 2002, pp.378, 379, 422.

2. ORIGEN DE LA CONTROVERSIA

La controversia que origina el recurso de casación para unificación de la doctrina resuelto en la STS 4054/2022 de 27 de octubre tiene su origen en la delimitación de la responsabilidad entre la mutua colaboradora y la empresa, respecto de la pensión por incapacidad permanente absoluta derivada de accidente de trabajo reconocida a un trabajador de esta. Concretamente, la identificación del sujeto responsable en aquel periodo de tiempo en el que se produce una infracotización por parte del empresario respecto de dicho trabajador. Infracotización que se entiende producida como consecuencia del no abono de ciertos complementos salariales durante un lapso temporal de la relación laboral previo al accidente de trabajo del que deriva la incapacidad permanente del trabajador y respecto de los que, al no ser abonados, no se había cotizado.

El análisis del pronunciamiento del Tribunal Supremo requiere que nos remontemos a los siguientes hechos:

El día 10 de junio de 2016 se reconoce al trabajador de la empresa de transporte de viajeros una incapacidad permanente en el grado de absoluta, derivada de un accidente de trabajo ocurrido el 27 de mayo de 2014. Pensión de la que se declara responsable a la mutua colaboradora de la Seguridad Social con la que se tiene, por parte de la empresa, concertada la cobertura de las contingencias profesionales, procediendo la misma a depositar el capital coste pertinente en la cuantía correspondiente.

No obstante, el reconocimiento de dicha responsabilidad que, en principio es ajena a cualquier tipo de controversia y así es reconocida por la propia mutua, se cuestiona como consecuencia de los hechos siguientes: el trabajador, simultáneamente al procedimiento que se sigue para el reconocimiento de la incapacidad permanente, reclama diferencias salariales al empresario por el periodo comprendido entre febrero de 2013 y mayo de 2014. Diferencias salariales que fueron aceptadas por el empresario mediante acuerdo en acto de conciliación, abonadas en los términos establecidos por parte del mismo, y procediéndose al abono de las cotizaciones complementarias por dichas diferencias salariales.

A la vista de ello, la mutua presenta reclamación previa ante el INSS solicitando la responsabilidad compartida con la empresa, en lo que respecta al periodo en el que se ha determinado hubo infracotización por parte de esta, como consecuencia del no abono de los complementos salariales pertinentes y, por ende, la no cotización de los mismos. Corresponsabilidad que admite el INSS entre la empresa y la mutua, fundamentándose en el ingreso parcial de cotizaciones debidas a la vista del ingreso de cotizaciones complementarias realizada por aquella con posterioridad al accidente de trabajo, una vez reconocidos los complementos salariales reclamados por el trabajador.

Presentada demanda en instancia por la empresa, se reitera dicha corresponsabilidad, presentando recurso de suplicación la empresa frente a la sentencia de instancia. Recurso de suplicación que es resuelto por STSJ de Andalucía 12910/2019, de 26 de junio (Nº de recurso 125/2019), reconociendo únicamente la responsabilidad de la mutua y eximiendo de responsabilidad a la empresa; resolución frente a la que la mutua interpone recurso de casación para unificación de doctrina, cuya resolución se analiza en la sentencia objeto de este estudio.

3. LA SENTENCIA DEL TSJ DE ANDALUCÍA 12910/2019, DE 26 DE JUNIO OBJETO DEL RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

El TSJ de Andalucía en sentencia 12910/2019, de 26 de junio (Nº de recurso 125/2019) resuelve el recurso de suplicación interpuesto por la empresa contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social correspondiente. Dicha sentencia de instancia confirma la resolución dictada en vía administrativa y, por tanto, reconoce la corresponsabilidad de la empresa en el pago de la pensión, de conformidad con lo que corresponda a tenor de la infracotización existente a la fecha del accidente.

El TSJ de Andalucía en la sentencia mencionada toma como referencia para fundamentar su fallo aquella doctrina jurisprudencial que prevé, como requisito necesario para que proceda la responsabilidad de la empresa por infracotización, el hecho de que tales defectos de cotización "sean lo suficientemente graves y trascendentes en su duración y en su repetición para indicar una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de la obligación por parte del empresario", descartándose así los ocasionales, esporádicos o de corta duración. A la vista de lo cual, el TSJ entiende que la avenencia de la empresa ante el órgano de conciliación competente, al abono de las diferencias salariales reclamadas por el trabajador y el ingreso inmediato de las cotizaciones complementarias a dicho periodo, "ponen claramente de manifiesto que en el presente caso no nos encontramos con una voluntad deliberadamente rebelde del empresario al cumplimiento de sus obligaciones en materia de cotización, sino ante la existencia de una controversia acerca de si la empresa tenía que abonar o no dichos complementos salariales"; resuelta dicha controversia, el empresario cumple con la obligación de cotización atinente a ella. A juicio de este tribunal, no cabe hablar de descubiertos de cotización sino de la existencia de unas cotizaciones complementarias por diferencias de cotización que "en modo alguno obedecieron a un propósito deliberado de incumplir sus obligaciones por parte de la empresa". Argumentos que llevan al tribunal a estimar el recurso de suplicación interpuesto por la empresa y a declarar, por tanto, como única responsable a la mutua.

Contra dicha sentencia interpone la mutua en cuestión, recurso de casación para unificación de doctrina, aportando como contradictoria la STS de 26 de febrero de 2008 (Nº de recurso 2341/2006), contradicción entre la sentencia recurrida y aquella de contraste que es aceptada por el TS (F.J Segundo 3, STS 4054/2022 de 27 de octubre de 2022).

4. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN EL PAGO DE PRESTACIONES POR INFRACOTIZACIÓN EN LA STS 4054/2022, DE 27 DE OCTUBRE

La STS 4054/2022, de 27 de octubre (Nº recurso 3629/2019) que resuelve el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la mutua contra la STSJ de Andalucía de 25 de junio de 2019- ya analizada en el apartado anterior- sostiene, como doctrina correcta para resolver el recurso planteado, la establecida en Sentencia, de la propia sala cuarta, 767/2008, de 26 de febrero (Nº recurso 2341/2006) así como la sentencia del mismo Tribunal 8497/2019, de 16 de diciembre (Nº recurso 650/2009).

Es por ello que entendamos que se haga necesario un primer análisis de la doctrina sentada en las sentencias referenciadas, para así identificar la aplicación de la misma al supuesto controvertido que nos ocupa.

Varios son los aspectos que recaban el análisis del TS en las sentencias mencionadas, a fin de poder determinar la responsabilidad de la empresa en el pago de pensiones como consecuencia de la infracotización en determinados periodos:

En primer lugar, la identificación del momento temporal que ha de tenerse en cuenta para determinar el sujeto responsable en el pago de una prestación. A tales efectos, a juicio del TS en la sentencia analizada, y siguiendo las de referencia, resulta claro que dicho momento es aquel en el que se produce el accidente del que derivará la situación de necesidad susceptible de ser protegida, y ello, con independencia, de que el efecto dañoso se produzca con posterioridad. Así se afirmó por el TS en sentencia 646/2000, de 1 de febrero (Nº de recurso 200/1999), al indicarse que, en materia de Seguridad Social, es la entidad gestora o colaboradora que tuviera establecida la cobertura en el momento del accidente, la que responde de todas las consecuencias que pudieran derivarse de este, teniendo que ser otorgada la protección por aquella a la que corresponda; y ello, aunque las consecuencias del accidente se manifiesten con posterioridad, como es el caso del reconocimiento de la IP, en nuestro caso analizado en el grado de absoluta, siendo pues ello independiente del

momento del hecho causante de la prestación económica en cuestión. Y en este sentido se manifiesta, expresamente, la STS 767/2008 en su Fundamento de Derecho Tercero 1 in fine: "la situación que hay que tomar en consideración al objeto de determinar las responsabilidades empresariales en el pago de prestaciones derivadas de accidente laboral, es necesariamente la situación existente en el momento en el que el accidente se produjo".

Por ello, siguiendo esta doctrina, a efectos de determinar la responsabilidad empresarial, será la fecha del accidente la que permita identificar al sujeto responsable, independientemente de cuál sea la fecha del hecho causante de la prestación y, por tanto, independientemente de que, a esta última fecha, por lo que a nuestro caso atañe, el empresario sí estuviera al día en el cumplimiento de sus obligaciones de cotización[4].

No obstante lo señalado, creemos conveniente hacer mención al voto particular de la citada sentencia 646/2000, de 1 de febrero[5], en el que se pone de manifiesto la discrepancia al respecto. En dicho voto particular se insiste en lo que constituye un pilar básico de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social: "en toda prestación de la Seguridad Social el momento clave o fundamental determinante del nacimiento de la misma, es decir, determinante del nacimiento del derecho del beneficiario a percibir tal prestación, es su hecho causante"; siendo el momento en que el hecho causante se produce, el momento en el que "se hace realidad, cobra vida ese derecho a la prestación", siempre que se cumplan los requisitos exigibles al respecto. Se insiste en este voto particular en que "el hecho causante de la prestación no es otra cosa que el momento o instante en que se inicia la situación o contingencia protegida por esa concreta prestación".

Como se señalará en apartados posteriores, la cuestión no es baladí en lo que concierne a la determinación de la responsabilidad del empresario en un supuesto como el planteado. Toda vez que la interpretación en uno u otro sentido determinará o no la exigencia de responsabilidad.

En segundo lugar, debe ser considerado el carácter "transitorio, ocasional o involuntario, rupturista o expresivo de la voluntad empresarial de no cumplir su obligación con la Seguridad Social". A estos efectos, es también profusa la jurisprudencia del TS que, atendiendo a las circunstancias concurrentes, ha ponderado las mismas a fin de reconocer la responsabilidad del empresario, en virtud de la voluntad deliberada o no de su incumplimiento, así como la trascendencia mayor o menor de dichos descubiertos. Simplemente a título de ejemplo, pues profusa es la jurisprudencia a este respecto[6], se consideró esporádico un descubierto de dos años intermitentes dentro de un dilatado período de seguro o faltas de cotización en un periodo de ocho o doce meses lo que exoneró de responsabilidad a la empresa[7]. Entendiendo que no es ocasional ni esporádico cuando dicha infracotización dura todo el tiempo en el que está vigente la relación laboral[8] o cuando son dos años sucesivos en los que no se aprecia concurran "hechos declarados probados ni concretas afirmaciones con posible valor fáctico de los que resulten circunstancias que pudieran entenderse moderadoras del incumplimiento

[4] Siguiendo la doctrina señalada, entre otras, STS 4591/2000 de 5 de junio, FJ Segundo (Nº de recurso 3253/1999), STS 9329/2000 de 18 de diciembre, F.J Cuarto (Nº de recurso 1605/2000) y STS 886/2022, de 27 de octubre (FJ tercero. 2), objeto de nuestro análisis.

[5] Voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. Luis Gil Suárez, Presidente de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, y al que se adhieren los Magistrados Excmos. Sres. D. Antonio Martín Valverde, D. Manuel Iglesias Cabero y D. Mariano Sampedro Corral.

[6] Vid. in extenso, Fernández Domínguez, J.J., *Incumplimientos empresariales en los actos de encuadramiento y responsabilidad de las mutuas*...op.cit., pp. 129-138; Gala Durán, C. "La problemática actual de la responsabilidad empresarial…", op.cit., pp.412-413; Tortuero Plaza, J.L., *La construcción jurisprudencial de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la seguridad social*, Informe FIPROS, Mº de Empleo y Seguridad Social, 2011, p.68 (en https://www.seg-social.es/)

[7] Entre otras, STS 633/2000, de 1 de febrero (Nº de recurso 694/2000), en cuyo Fundamento de Derecho Segundo 3 incluye un elenco de ejemplificaciones al respecto, con mención de la ponderación de las circunstancias concurrentes en los pronunciamientos del TS

[8] STS 767/2008, de 26 de febrero (Nº de recurso 2341/2006)

empresarial" [9]. Esta encrucijada jurisprudencial, como señaló la doctrina tiempo atrás, "origina una inseguridad jurídica, lo que urge a abandonarla por un sendero definido, claro y abierto"[10], lo que evidentemente aún no se ha hecho a la fecha.

Lo señalado debe completarse con la otra sentencia referenciada en la sentencia objeto de este estudio, la STS 8497/2009 de 16 de diciembre (Nº de recurso 650/2009). Sentencia ésta en la que se hace mención expresa a la posible moderación de la responsabilidad exigida al empresario como consecuencia de su voluntariedad en el abono de las cuotas debidas. A este respecto, en tanto el TSJ de Cataluña (Sentencia 11809/2008, Nº de recurso 4643/2007, recurrida en casación) parte de la apreciación del criterio de la ocasionalidad y apreciación de la voluntad del empresario como elementos a tener en cuenta para exonerar de responsabilidad, al señalar que , "no ha concurrido una voluntad contumaz, reiterada y rebelde de la empresa en el cumplimiento de los deberes de cotización, sino tan solo la ocasional circunstancia de que la empresa incurrió durante (un) periodo de tiempo, quizás por problemas de liquidez aun cuando no consta acreditada la causa, en falta de cotización", el TS viene a afirmar que "no existe una variación decisiva y sustancial por el hecho de que el abono de las cuotas atrasadas se efectúe de forma voluntaria por la empresa, en lugar de ser consecuencia de la intervención ejecutiva de la Seguridad Social". A juicio del TS, "si se aceptara que el pago tardío y posterior al accidente enerva la responsabilidad de la empresa", se estaría vehiculando un mecanismo para eludir la responsabilidad referenciada en el artículo 126.2 TRLGSS, hoy 167 de dicho texto.

En tercer lugar, la STS 767/2008, de 26 de febrero- recordemos que es a la que la sentencia objeto de análisis se refiere como aquella que incorpora la doctrina correcta-, menciona como tercer elemento a tener en cuenta para declarar o no la responsabilidad empresarial por infracotización, que dicho incumplimiento tenga trascendencia en la relación jurídica de protección, como es, por ejemplo, la diferencia entre la base reguladora de la prestación en cuestión o cuando el incumplimiento repercute en la formación del derecho a dicha prestación[11]. Elemento este respecto del que no hace mención alguna la sentencia 4054/2022, de 27 de octubre analizada.

5. UNA LECTURA DE LA STS 4054/2022, DE 27 DE OCTUBRE, A LA LUZ DE LA DOCTRINA DEL TS SOBRE RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN EL PAGO DE PRESTACIONES POR INFRACOTIZACIÓN

Si como el propio TS señala en su sentencia 4054/2022, de 27 de octubre, la doctrina correcta es la sentada en las sentencias del propio Tribunal analizadas en el apartado anterior, se hace, a nuestro juicio, necesario dirimir si aquella responde a dicha doctrina y cuáles son los argumentos seguidos a fin de adaptar, a lo señalado en aquellas, la controversia planteada en este recurso de casación para unificación de doctrina.

El primer elemento que hemos analizado a tenor de la doctrina sentada por el TS en sentencia 767/2008, de 26 de febrero (Nº recurso 2341/2006), es el del elemento temporal. La STS 4054/2022, de 27 de octubre, siguiendo lo establecido en aquella, reitera como momento temporal a tener en cuenta para determinar si hubo o no incumplimiento por parte del empresario, el de la fecha del accidente ocurrido al trabajador (27/5/2014). De modo que, a juicio del tribunal, la existencia de infracotización por parte de la empresa a dicha fecha determinará la responsabilidad de la misma en la parte que corresponda.

Hemos pues de preguntarnos, ¿existía infracotización a dicha fecha? A la fecha del accidente, el trabajador tenía pendiente de percibir un complemento salarial que debería haber sido abonado desde febrero de 2013 a mayo de 2014; complemento salarial que se abona por el empresario tras su

[9] STS 2289/2001, de 21 de marzo (Nº de recurso 2187/2000)

[10] Ordeig Fos, J.Mª., "Hacia un régimen público de seguridad social. La responsabilidad: Encrucijada de la jurisprudencia", *Actualidad Laboral*, Nº 28, 1985, p.1423

[11] STS 8075/2004, de 14 de diciembre (Nº de recurso 5291/2003)

reconocimiento en acuerdo de conciliación del 21 de agosto de 2015, procediéndose a ingresar las cotizaciones al mismo correspondientes el 2 de septiembre de 2015. La duda que se plantea y que requiere, a nuestro juicio, complementar con los elementos que se analizarán a continuación, es si realmente existe a la fecha del accidente una infracotización imputable al empresario.

Será necesario atender a la índole de las circunstancias concurrentes respecto de los complementos salariales a abonar a fin de clarificar si el empresario conocía de la procedencia de su abono al trabajador habiendo eludido su abono y, por tanto, la cotización a ellos correspondientes o, por el contrario, la duda sobre el abono de los mismos requería una clarificación al respecto, como así parece dilucidarse en el acto de conciliación celebrado[12]. De modo que, si fuera aquella la situación planteada, es decir, la omisión de su abono y correspondiente cotización por parte del empresario de forma voluntaria e intencionada, nos encontraríamos en un supuesto de infracotización. Ello a diferencia del segundo supuesto, en el que entendemos que el empresario está cotizando por los conceptos pertinentes a la fecha del accidente, sin perjuicio de que, reclamados con posterioridad dichos complementos salariales se reconocieran y se cotizara por los mismos, pero sin que ello pudiera ser entendido como un incumplimiento de su obligación de cotizar y del que, por tanto, pudiera derivarse su responsabilidad empresarial en cuanto al pago de prestación.

Y es esta última apreciación la que parece poner de manifiesto el TSJ de Andalucía en la sentencia recurrida en casación para unificación de doctrina[13], al señalar que "no se trata de una voluntad deliberadamente rebelde del empresario al cumplimiento de sus obligaciones en materia de cotización, sino … una controversia acerca de si la empresa tenía que abonar o no al trabajador un determinado complemento salarial, controversia que finalizó con acuerdo entre las partes y el inmediato ingreso de las cotizaciones correspondientes por parte de la empresa". Es por ello que a tenor de dicho TSJ no cabe hablar de descubiertos de cotización sino de la existencia de unas "cotizaciones complementarias" por diferencias de cotización.

Ciertamente es difícil la delimitación de ambos conceptos, descubiertos de cotización y cotizaciones complementarias, pues estas últimas no existirían, podríamos pensar, si durante un determinado periodo de tiempo no hubiera habido una ausencia de las mismas. Sin embargo, las circunstancias concurrentes en la controversia hacen, desde nuestro punto de vista, ser capaces de trazar la línea distintiva entre ambos conceptos. No puede existir descubierto de cotización si, en dicho momento, no había concepto alguno salarial respecto del que cotizar; concepto que, apareciendo con posterioridad, lo que origina sí son sus cotizaciones, pero como complementarias de las ya obligatorias en su momento y satisfechas en su integridad por el empresario.

En segundo lugar, debe señalarse que en la sentencia objeto de este análisis, pese a las referencias que en la misma se hace a la doctrina sentada en sentencias precedentes, se obvia la mención a uno de los elementos a tener en cuenta para la procedencia o no de la exigencia de responsabilidad al empresario. Nos estamos refiriendo a la calificación del incumplimiento de la obligación de cotizar como transitorio, ocasional o involuntario o, por el contrario, como rupturista o expresivo de la voluntad empresarial de no cumplir con sus obligaciones de cotización. La STS 767/2008 de 26 de febrero incluye como elemento a valorar, la concurrencia de dicha condición en el incumplimiento empresarial, a la hora de exigir o no responsabilidad, si bien, como señalamos, la STS 4054/2022 guarda silencio a este respecto.

[12] En este sentido, Carpena Niño, J.Mª, pone de manifiesto que, si bien, " puede parecer que la gestión de las cotizaciones es una cuestión de escasa complicación práctica, lo cierto es que en el devenir diario de las empresas surgen dudas y complicaciones…", analizándose supuestos como "errónea aplicación de un convenio colectivo" o "cantidades abonadas en concepto de premio por permanencia en la empresa", en "La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social por infracotizaciones", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 74, 2008, p.16

[13] STSJ de Andalucía de 12910/2019, de 26 de junio (Nº de recurso 125/2019) Fundamento Jurídico Primero último párrafo

A la vista de lo señalado y de la jurisprudencia analizada, sería pues necesario determinar a cuáles de las características mencionadas responde el incumplimiento del empresario de nuestra controversia, pues dichas características determinarán la exigencia o no de responsabilidad. Bien es cierto, como ya ha puesto de manifiesto la doctrina, que es una cuestión difícil de concretar y de ofrecer un tratamiento unitario, lo que corrobora la disparidad de apreciaciones jurisprudenciales en la cuestión[14]. Sin embargo, de optar por la apreciación de los mismos en el caso que nos ocupa, la balanza debe, a nuestro juicio, inclinarse por el carácter esporádico e incluso nos atrevemos a calificar como accidental, de la infracotización. Realmente, en el momento del accidente el empresario estaba cotizando por lo que correspondía; sin perjuicio de que el reconocimiento posterior del derecho del trabajador a unos complementos salariales durante determinados meses llevara consigo el incremento de la cotización como consecuencia del abono de los mismos que, además, fueron reconocidos en acuerdo conciliatorio por el empresario, procediendo al abono de las cotizaciones correspondientes. A la vista de ello, entendemos que no puede apreciarse en el empresario intención alguna de no cumplir con sus obligaciones de cotización.

Hemos de poner en evidencia la palmaria diferencia entre la controversia de la STS 4054/2022 y la invocada y que, no obstante, lleva al TS a apreciar la existencia de contradicción, la STS 767/2008 de 26 de febrero (Nº de recurso 2341/2006). Esta sentencia reconoce la responsabilidad del empresario en un supuesto en el que, celebrado con el trabajador un contrato a tiempo parcial y prestando este sus servicios durante toda la duración de la relación laboral a tiempo completo, la cotización de la empresa se hizo en base a la jornada estipulada en el contrato y, por tanto, en cuantía inferior a la que legalmente se tenía que haber realizado. Los elementos coincidentes se concretan en el accidente de trabajo sufrido por el trabajador, momento en el que, en este supuesto, evidentemente, existía la infracotización señalada; el reconocimiento de una incapacidad permanente al trabajador, en este caso en el grado de Gran invalidez y la avenencia de la empresa en acto de conciliación a reconocer que se había cotizado en cuantía inferior a la que procedía a tenor de la jornada del trabajador accidentado. Puede afirmarse que la voluntad empresarial de no cumplir con la obligación de cotizar es clara en la sentencia de contraste, desde el momento en el que el empresario está cotizando por una jornada a tiempo parcial en tanto el trabajador presta sus servicios a tiempo completo y ello, no durante un breve lapso de tiempo sino durante toda la duración de la relación laboral.

Bien es cierto que la sentencia objeto de análisis puede haber omitido dicha alusión porque entendiera que no procede la aplicación de lo señalado en el supuesto de infracotización, siguiendo a este respecto la línea jurisprudencial que entiende que "esa moderación de la responsabilidad para cuando la infracotización resulta esporádica, no grave ni reiterada, se aplica a los supuestos de descubiertos en la cotización, pero no, salvo casos excepcionales, a los supuestos concretos de infracotización a la Seguridad Social", lo que, a juicio de dicha jurisprudencia, "tiene su lógica puesto que la moderación de la responsabilidad en caso de infracotización va ínsita en la determinación de su alcance a cargo del empresario, que abarca solamente la diferencia entre la cuantía total de la prestación causada y la que corresponde a la Seguridad Social en virtud de las cuotas efectivamente ingresadas"[15].

No obstante, entendemos que si la omisión en la apreciación de las circunstancias concurrentes se debe a la aplicabilidad de esta doctrina así debería haberse hecho constar en la sentencia analizada, con mención expresa a aquella como doctrina aplicable, igual que lo ha hecho a las sentencias referenciadas de 2008 y 2009, máxime cuando en la sentencia del TSJ de Andalucía recurrida se hace mención expresa a la ausencia de "una voluntad deliberadamente rebelde del empresario al cumplimiento de sus obligaciones en materia de cotización", para exonerar al mismo de la responsabilidad en el pago parcial de la pensión de incapacidad permanente reconocida. Aspecto

[14] En este sentido, Gala Durán, C. "La problemática actual de la responsabilidad empresarial…", op.cit., pp.413-415; Tortuero Plaza, J.L., *La construcción jurisprudencial de la responsabilidad empresarial*…, op.cit., p.58

[15] STS 1630/2011, de 8 de marzo (Nº de recurso 1075/2010)

este que, no siendo expresamente analizado por la STS 4054/2022, lleva a la conclusión que debe de ajustarse a la que esta misma considera como doctrina correcta.

6. CONCLUSIONES

El análisis de la STS 4054/2022, de 27 de octubre, que aquí se acomete, continúa poniendo de relieve las carencias normativas de una materia como la responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones por incumplimiento de las obligaciones que, en materia de Seguridad Social, le corresponden al empresario. Como ya puso de relieve el Maestro Desdentado Bonete en su voto particular de la STS 633/2000, de 1 de febrero (Nº de recurso 694/1999), "la institución de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones, que arrastra una regulación preconstitucional, plantea graves problemas de configuración… los que sin duda explican la evolución legislativa en esta materia, con un desarrollo reglamentario siempre pospuesto y con el mantenimiento en la práctica, por la vía de la heterodegradación, de una regulación histórica".

Dicha situación ha generado y continúa generando múltiples controversias que reclaman continuamente la intervención de nuestros tribunales, con pronunciamientos dispares dada la pluralidad de supuestos y de diferentes matices a apreciar en cada uno de ellos. Hecho que corroboran los diferentes pronunciamientos de los TSJ y del TS e incluso entre los mismos de este último, así como los diferentes votos particulares incorporados en algunas de las sentencias por este emitidas; lo que da cuenta de la complejidad de la materia y de la pluralidad de prismas con los que analizar la misma.

Pero, salvada dicha apreciación, la realidad es la que es a la fecha, y hemos de tratar de solventar la cuestión con las "herramientas jurídicas" de las que se dispone.

A la vista pues de lo plasmado en los apartados precedentes, el TS en el supuesto analizado obvia, a nuestro juicio, la apreciación de ciertas circunstancias que, de ser tenidas en cuenta, hubieran llevado a un fallo diferente. En esta sentencia, bajo nuestra perspectiva, la resolución de la controversia se ha hecho por el tribunal de un modo simple e incompleto pues, si bien se recurre a la aplicación de la doctrina sentada referenciada, ello se hace eludiendo relevantes aspectos que deberían haber sido tenidos en cuenta en la valoración de la controversia. Si el punto de partida, sin mayor apreciación de circunstancias concurrentes, es que, en el momento del accidente, había una menor cotización a la que posteriormente correspondía, evidentemente se está en el supuesto de responsabilidad empresarial previsto en el artículo 94 2 c), pero para llegar a dicho fallo no hubiera sido necesario la larga trayectoria jurisprudencial que en la materia ha ido elaborándose casuísticamente por el TS. Sería similar a una sencilla operación matemática, sin mayores complicaciones interpretativas.

Ahora bien, la aplicación al caso concreto de las distintas matizaciones jurisprudenciales y su apreciación *in situ* podrían conducir, como decíamos, a un fallo que exonerara al empresario de dicha responsabilidad empresarial. Inclinándonos en el sentido del fallo emitido en el asunto por el TSJ de Andalucía y ello en base a las consideraciones siguientes:

Si bien parece que es unánime que el elemento temporal a tener en cuenta sea el de la fecha del accidente, baste una mera mención para poner de manifiesto nuestra discrepancia al respecto, coincidiendo así con el voto particular de la STS 767/2008 en la que es la fecha del hecho causante la que, dentro del mecanismo propio de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, ha de determinar el momento del nacimiento de una prestación y que, por ende, es el que ha de constituir el punto de referencia para conocer el cumplimiento de las obligaciones del empleador. Si este fuera el criterio a seguir, puede que en el caso que nos ocupa no se derivara responsabilidad empresarial alguna ya que, en el momento en que se entendiera producido el hecho causante de la IP reconocida (2016), el empresario habría cumplido con sus obligaciones de Seguridad Social en materia de cotización (cumplidas a septiembre de 2015). No obstante, como se señala, no es esta opción factible a tenor de la sentada doctrina que propugna la fecha del accidente como determinante.

La otra cuestión en tela de juicio y que, como se ha indicado, lleva a inclinarnos por la exoneración de la responsabilidad empresarial, es la, entendemos que procedente, apreciación de una moderación en la exigencia de la responsabilidad a tenor del incumplimiento empresarial. No compartimos la afirmación de que la infracotización lleva ya implícita la "moderación de la responsabilidad", estimando que dicha moderación sí debe ser aplicable a los descubiertos de cotización. El propio TS admite excepciones en estos supuestos, pese a la tajante afirmación de la que se parte en la STS 1630/2011, de 8 de marzo; por lo que ello abre una puerta a dicha moderación, máxime cuando está siendo ésta aplicada en otros pronunciamientos del propio TS. La ausencia de la apreciación de determinadas circunstancias que permitan "graduar" la exigencia de esa responsabilidad llevarían al absurdo resultado de equiparar, como es el caso, un incumplimiento empresarial consistente en cotizar a tiempo parcial por un trabajador que presta su servicios a tiempo completo durante toda la vigencia de la relación laboral- en el que ya hemos evidenciado la existencia de esa voluntad rupturista del cumplimiento de sus obligaciones por parte del empleador - con la falta de cotización de unos complementos salariales de cuya procedencia o no parece dudarse a la fecha del accidente. Evidentemente, podría contra-argumentarse que la incidencia de uno y otro en cuanto a algún elemento relevante de la prestación, como podría ser la base reguladora, dependerá de la cuantía de lo debido, ciertamente. Lo que nos lleva a la importancia de calibrar "una voluntad deliberadamente rebelde del cumplimiento del pago por el empresario", lo que, a nuestro juicio, no concurre en ningún caso en el supuesto analizado.

A modo de conclusión baste señalar que, quizás una revisión del fallo, tras la aplicación pormenorizada y en todos sus elementos de las sentencias referenciadas en cuanto a las que han de guiar el pronunciamiento en cuestión como doctrina correcta, podrían llevar a la exoneración de responsabilidad del empresario en este supuesto y, por tanto, a ratificar el pronunciamiento del TSJ de Andalucía.

Bien es cierto que no podemos concluir este estudio sin continuar mostrando nuestra perplejidad como jurista, esperando no caer en la desidia, de que cuestiones de tal envergadura, con una nutrida y dispar jurisprudencia al respecto, no hayan supuesto ninguna llamada de atención al legislador para responder a la misma, continuando anclado en una normativa preconstitucional de 1966.

7. BIBLIOGRAFÍA

Blasco Lahoz, J.Fco., *Régimen General, Regímenes especiales y prestaciones no contributivas*, Tirant lo Blanch, 2022

Bodas Martín, R., "Sistemas de responsabilidades en materia de contingencias profesionales, en particular en los supuestos de falta de afiliación, de alta y cotización", *Accidentes de trabajo y sistemas de prestaciones*, Editorial Bomarzo, 2009

Carpena Niño, J.Mª., "La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social por infracotizaciones", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 74, 2008

Fernández Domínguez, J.J., *Incumplimientos empresariales en los actos de encuadramiento y responsabilidad de las mutuas*, Tirant lo Blanch, 2007

Gala Durán, C. "La problemática actual de la responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones: perspectivas legal y jurisprudencial", *Temas Laborales*, nº 66, 2002

Ordeig Fos, J.Mª., "Hacia un régimen público de seguridad social. La responsabilidad: Encrucijada de la jurisprudencia", *Actualidad Laboral*, Nº 28, 1985

Tortuero Plaza, J.L., *La construcción jurisprudencial de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la seguridad social*, Informe FIPROS, Mº de Empleo y Seguridad Social, 2011.