



Universidad de Oviedo  
*Universidá d'Uviéu*  
University of Oviedo

## **TRABAJO FIN DE MÁSTER**

# **RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL**

Realizado por: Jesús Prado Mieres

Tutor: Adrián Rivas Lago

Cotutora: Ilda Méndez López

Convocatoria: 2020-2021. Ordinaria de enero de 2021.

## **RESUMEN**

Este trabajo trata de analizar la responsabilidad en la que incurren los empresarios bien cuando no afilian o no dan de alta a sus trabajadores en Régimen General de la Seguridad Social o bien cuando no cotizan por ellos. Para ello, se empezará analizando la historia del derecho de la Seguridad Social, por qué surgió y cómo fue evolucionando. Posteriormente, se explicará las infracciones y las sanciones en las que incurre el empresario cuando no da de alta o no cotiza por su trabajador, desarrollando el procedimiento a seguir. A continuación, se comentará la responsabilidad del empresario cuando concurre con otro empresario frente a un mismo trabajador, como son los casos de sucesión de empresas, de subcontratación de obras y servicios o de cesión legal e ilegal de trabajadores, así como la responsabilidad cuando el trabajador es un ciudadano en situación irregular en España. Por último, se tratará de dar una visión crítica de todo lo estudiado a lo largo del trabajo.

## **ABSTRACT**

This work tries to analyze the responsibility incurred by employers either when they do not affiliate or register their workers in the General Social Security System or when they do not contribute for them. To this end, I will begin by analyzing the history of Social Security law, why it arose and how it evolved. I will then explain the infringements and penalties incurred by employers when they do not register or contribute on behalf of their entrepreneur, and will outline the procedure to be followed. I will then comment on the liability of the entrepreneur when he or she is comes with another entrepreneur for the same worker, such as in cases of company succession, subcontracting of works and services or legal and illegal assignment of workers, as well as liability when the worker is an illegal resident in Spain. Finally, I will try to give a critical view of everything studied throughout the work.

## **ABREVIATURAS**

ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
ETT	Empresa de trabajo temporal
FJ	Fundamento jurídico
ITSS	Inspección de Trabajo y Seguridad Social
Ed.	Editorial
LETT	Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social
LOex	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
SOVI	Seguro de vejez e invalidez
Pág(s).	Página(s)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TRLGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

# ÍNDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>4</b>
1.1. EVOLUCIÓN DEL MARCO LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL .....	5
1.2. MARCO LEGAL EN LA ACTUALIDAD .....	9
1.3 INFRACCIONES Y SANCIONES.....	11
<b>2. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR AUSENCIA DE AFILIACIÓN Y ALTA EN LA SEGURIDAD SOCIAL .....</b>	<b>17</b>
<b>3. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR AUSENCIA DE COTIZACIÓN.....</b>	<b>20</b>
<b>4. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN SUPUESTOS DE SUBROGACIÓN ....</b>	<b>23</b>
4.1. LA SUCESIÓN DE EMPRESA. ....	23
4.2. LA SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS .....	28
<b>5. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN SUPUESTOS DE CESIÓN ILEGAL... 32</b>	<b>32</b>
<b>6. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN SUPUESTOS DE CONTRATACIÓN EN SITUACIÓN IRREGULAR .....</b>	<b>34</b>
<b>7. CONCLUSIONES .....</b>	<b>36</b>
<b>8. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>38</b>
8.1. BIBLIOGRAFÍA.....	38
8.2 WEBGRAFÍA. ....	39
<b>9. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL .....</b>	<b>40</b>

# 1. INTRODUCCIÓN

La Seguridad Social se ha convertido en los últimos tiempos en el pilar básico y fundamental del Estado de bienestar. La inestabilidad que trajo consigo la llamada «cuestión social» tras la Revolución Industrial obligó a los Estados a construir sistemas de previsión que satisficieran a los miembros de la sociedad en sus privaciones económicas y laborales. De este modo, el Estado de bienestar se levanta sobre la creación de sistemas de previsión social que garantizan la seguridad económica y laboral de sus miembros.

En el ordenamiento español, el sistema de la Seguridad Social viene presidido por el mandato constitucional que obliga a los poderes públicos a mantener «un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos» (art. 41 CE). La Ley General de la Seguridad Social, por su parte, precisa los principios que lo inspiran: la universalidad, la unidad, la solidaridad y la igualdad (art. 2 LGSS).

Para lograr su sostenimiento y realización conforme a los principios mencionados, el sistema de la Seguridad Social se financia a través de la cotización de trabajadores y empresarios. Una parte importante del sistema se dedica a garantizar el general cumplimiento de las normas de cotización a través de procedimientos recaudatorios y sancionatorios con las debidas garantías. El efectivo cumplimiento de las normas es crucial para el sostenimiento de la Seguridad Social. Es imprescindible, por tanto, una adecuada comprensión de las normas, de las posibles infracciones y de sus sanciones correspondientes.

El presente trabajo pretende contribuir a dicha comprensión analizando las infracciones que los empresarios pueden cometer en relación con el deber de cotizar por los trabajadores con los que mantienen una relación laboral. Asimismo, también profundiza en la responsabilidad que puede surgir en circunstancias especiales, tales como la convergencia de varios empresarios o la implicación de trabajadores inmigrantes en situación irregular. Supuestos de subcontratación de obras y servicios, cesión ilegal de trabajadores, sucesión de empresas y contratación de trabajadores en situación migratoria irregular, son los casos que se analizarán con detenimiento.

Habida cuenta de la controversia que generan los casos planteados, el presente trabajo hace hincapié en la respuesta que los tribunales han venido dando al respecto, con la finalidad

de otorgar la mayor extensión posible a los principios de universalidad, solidaridad, igualdad y unidad.

Por último, en el presente trabajo se analiza la responsabilidad empresarial en el Régimen General de la Seguridad Social, por falta de afiliación, alta y cotización, considerando después las situaciones ya mencionadas que dan lugar a diversidad de opiniones y críticas, que tratarán de ser cotejadas con la mayor objetividad, para dar una respuesta lo más adecuada posible al problema.

## **1.1. EVOLUCIÓN DEL MARCO LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL**

La Seguridad Social surge tras el proceso de industrialización española, que se remonta a la década de 1830, con el objetivo de proporcionar protección a las personas frente a los riesgos sociales, ya que hasta entonces, esta protección era otorgada por el ahorro, las mutuas o los seguros privados. El antecedente de la previsión social fue el Gremio, que organizaba el trabajo, las categorías, las relaciones aprendiz-maestro, horarios, puestos de trabajo, con la finalidad de proteger a los trabajadores en caso de adversidad. En el siglo XVIII se suprimió este régimen y con la Real Orden de 26 de mayo de 1790 se declaró libre el ejercicio de las industrias y se dio libertad a los talleres, quedando el obrero en una situación de pobreza provocada por la relación entre el patrono y el trabajador.<sup>1</sup>

Posteriormente, en la Constitución de 1869 se permitió el derecho de asociación y de reunión regulados en el artículo 17 a raíz de lo que surgieron sociedades de socorros mutuos, pero el punto de partida de lo que hoy conocemos como Seguridad Social se encuentra en la Comisión de Reformas Sociales del año 1883, cuya exposición de motivos señala que con esta norma se pretendía “*procurar la posible reparación económica de los accidentes del trabajo*”. En el año 1900 se dicta la Ley de Accidentes de Trabajo que define por primera vez el concepto de accidente de trabajo como “*toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena*”, y en 1908 surge el Instituto Nacional de Previsión a través de la Ley de 27 de febrero con los siguientes fines: “*primero, difundir e inculcar la previsión popular, especialmente la realizada en forma de pensiones de retiro;*

---

<sup>1</sup> QUINTERO LIMA, M. G.: *La evolución histórica de la Seguridad Social en España*, pág. 1., Consultado en <http://ocw.uc3m.es/cursos-archivados/derecho-de-la-seguridad-social/lecturas/evolucionhistorica.pdf> (última consulta 05/12/2020).

*segundo, administrar la mutualidad de asociados que al efecto y voluntariamente se constituya bajo este patronato, en las condiciones más benéficas para los mismos; tercero, estimular y favorecer dicha práctica de pensiones de retiro, procurando su bonificación con carácter general o especial, por entidades oficiales o particulares”.*

A partir de este momento, surgen una serie de seguros sociales, entre los que se pueden destacar el *“Retiro Obrero (1919), el Seguro Obligatorio de Maternidad (1923), Seguro de Paro Forzoso (1931), Seguro de Enfermedad (1942), Seguro Obligatoria de Vejez e Invalidez (1947)”*<sup>2</sup>, hasta llegar a la Ley de Bases de Seguridad Social 193/1963, de 28 de diciembre, en la Base 4, que indicaba que *“la afiliación a la Seguridad Social es obligatoria para todas las personas (...)”* y añade posteriormente que *“(...) podrán los interesados instar directamente su afiliación, sin perjuicio de que se hagan efectivas las responsabilidades en que aquéllas hubieran incurrido, incluido en su caso, el pago a su cargo de las prestaciones, y de que se impongan las sanciones que sean procedentes”.*

Con posterioridad, el Decreto 907/1966, de 21 de abril, sobre Bases de la Seguridad Social, fija los criterios de imputación de responsabilidad en los artículos 94 a 97. El artículo 94 señala los supuestos en los que el empresario será responsable respecto a los trabajadores a su servicio: *“por falta de afiliación o alta; por falta de ingresos de las cotizaciones, a partir de la iniciación del segundo mes siguiente a la fecha en que expire el plazo reglamentario establecido para el pago; por la cotización efectuada con arreglo a una base inferior a la que corresponda al trabajador, el empresario responderá por la diferencia entre la cuantía total de la prestación causada y la que corresponda asumir a la Seguridad Social, por las cuotas efectivamente ingresadas”.* El artículo 95 regula el alcance de la responsabilidad establecido en el artículo anterior estableciendo las reglas por las que se regirán los diferentes supuestos: asistencia sanitaria, desempleo, protección a la familia, vejez, pensiones, subsidios de invalidez y supervivencia. El artículo 96 desglosa el procedimiento estableciendo que *“cuando la Entidad Gestora deniegue su responsabilidad por una o varias prestaciones, en aplicación del artículo 94, lo hará en resolución fundada, oído el empresario o empresarios afectados siempre que sea posible. Cuando se trate de prestaciones por invalidez, cualquiera que sea su causa, la determinación de la responsabilidad por las prestaciones, y su imputación, corresponderá a las Comisiones Técnicas Calificadoras, de conformidad y con los efectos dispuestos en el artículo 144. 2. Será competencia de la Jurisdicción de Trabajo el conocimiento de las*

---

<sup>2</sup> Disponible en: <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Conocenos/HistoriaSeguridadSocial> (última consulta: 05/12/2020).

*cuestiones que se susciten con ocasión de lo previsto en el número anterior y su tramitación se ajustará al Texto Refundido de Procedimiento Laboral.” El mismo precepto añade el plazo de prescripción en el apartado 5 en los siguientes términos: “La acción del trabajador para reclamar frente al empresario prescribe al año, a contar desde la fecha en que la Entidad Gestora comunique al trabajador perjudicado su resolución administrativa firme por la que se deniega en todo o en parte la prestación solicitada”.*

Más adelante, en el año 1972 la Ley 24/1972, de 21 de junio, de Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora de la Seguridad Social establece en su artículo 17 que *“el cumplimiento de obligaciones en materia de afiliación y cotización determinará la exigencia de responsabilidad, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva”*. Esta Ley incrementó la acción protectora, es decir, aumentó las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social al señalar que la acción protectora *“estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, que tenga derecho a percibir el trabajador o la que efectivamente perciba (...)”*.

Dos años después, en el año 1974, se dictó el Decreto Legislativo 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba la primera Ley General de Seguridad Social. Esta Ley explica la acción protectora y la responsabilidad en orden a las prestaciones en los artículos 20, 23, 96 y 97, que han sido transcritos en los artículos 38, 41, 126 y 127 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba la Ley General de Seguridad Social. De manera muy somera vamos a comparar los mencionados preceptos:

Los artículos 23 y 38 señalan que *“las Entidades Gestoras<sup>3</sup> serán responsables de las prestaciones cuya gestión les esté atribuida”*. El artículo 96 de la Ley de 1974 señala que *“la responsabilidad correspondiente se imputará, de acuerdo con sus respectivas competencias, a las Entidades Gestoras, Mutuas Patronales o empresarios que colaboren en la gestión o, en su caso, a los servicios comunes”*. Y el artículo 126 de la Ley de 1994 considera que *“serán responsables las entidades gestoras, Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o empresarios que colaboren en la gestión o, en su caso,*

---

<sup>3</sup> En la actualidad, el artículo 66 de la Ley General de la Seguridad Social enumera las entidades gestoras, que son las siguientes:

- a) El Instituto Nacional de la Seguridad Social, para la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social, con excepción de las que se mencionan en el apartado c) siguiente.
- b) El Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, para la administración y gestión de servicios sanitarios.
- c) El Instituto de Mayores y Servicios Sociales, para la gestión de las pensiones no contributivas de invalidez y de jubilación, así como de los servicios complementarios de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social.



*a los servicios comunes*”. Por último, el artículo 97 de la Ley de 1974 hace referencia al supuesto en el que “*un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación (...) si la correspondiente obra o industria estuviera contratada, el propietario de ésta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente. No habrá lugar a esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un amo de casa respecto a su vivienda. 2. En los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión. La misma responsabilidad se establece entre el empresario cedente y cesionario en los casos de cesión temporal de mano de obra, aunque sea a título amistoso o no lucrativo*”. Por su parte, el artículo 127 de la Ley de 1994 añade que se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, el cual se refiere a la subcontratación de obras y servicios, para señalar de esta manera que no interfiere en lo que indica el Estatuto y el precepto queda redactado al tenor literario del artículo 97 de la Ley de 1974, ya referenciado.

Cabe destacar que en el año 1978, mediante el Real Decreto 36/1978, de 16 de noviembre, a través de los Pactos de Moncloa se crea un sistema de gestión realizado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, el Instituto Nacional de Salud, el Instituto Nacional de Servicios Sociales, el Instituto Social de la Marina y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS).<sup>4</sup>

En la década de los años ochenta supuso grandes innovaciones en el ámbito de la Seguridad Social, entre las más destacadas se encuentra la creación de la “*Gerencia de Informática de la Seguridad Social, órgano creado con el objetivo de mejorar los servicios de Informática y el control de datos de las Entidades Gestoras*”.<sup>5</sup>

En los años noventa, mediante el Texto Refundido de 1994 ya mencionado se implantan “*las prestaciones no contributivas, se mejora la relación entre las prestaciones recibidas y la exención de cotización previamente realizada, se crea el Fondo de Reserva de Seguridad Social, se introduce la jubilación flexible*”.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Historia de la Seguridad Social. Consultado en <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Conocenos/HistoriaSeguridadSocial> (última consulta 05/12/2020).

<sup>5</sup> *Ibíd.*

<sup>6</sup> *Ibíd.*

## 1.2. MARCO LEGAL EN LA ACTUALIDAD

En la actualidad está vigente la Ley General de la Seguridad Social aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, como marco normativo en el que se basa nuestro régimen de prestaciones. Es un texto mucho más complejo, completo y estructurado que el texto refundido de 1994. Consta de 373 artículos divididos en seis títulos, veintiséis disposiciones adicionales, veintinueve disposiciones transitorias y ocho disposiciones finales.

La responsabilidad en materia de Seguridad Social está regulada en diversos artículos del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS). El artículo 18 establece la obligatoriedad de la cotización a la Seguridad Social en todos los regímenes del sistema. El artículo 139 regula la obligatoriedad de alta y afiliación en el régimen de la Seguridad Social. Esto es imprescindible para poder gozar de las prestaciones de la Seguridad Social. Las prestaciones son *“un conjunto de medidas que surgen para prever, reparar o superar determinadas situaciones de infortunio o estados de necesidad concretos, que suelen originar una pérdida de ingresos o un exceso de gastos en las personas que los sufren”*.<sup>7</sup>

Para el estudio de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones debe distinguirse entre la modalidad contributiva y la no contributiva. A estos efectos, el artículo 7 LGSS establece el campo de aplicación de las mismas y de esta manera, de forma pormenorizada, nos indica los individuos que están amparados por el sistema español de Seguridad Social, que son conocidos como “sujetos protegidos”.

La modalidad contributiva, recogida en el apartado primero del mencionado precepto, incluye, sin perjuicio del sexo, estado civil o profesión desarrollada. *“los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes:*

---

<sup>7</sup> Modalidades de pensiones. Consultado en <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/12778> (última consulta: 05/12/2020).

a) *Trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas en el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores en las distintas ramas de la actividad económica.*

b) *Trabajadores por cuenta propia o autónomos mayores de 18 años.*

c) *Socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado*

d) *Estudiantes*

e) *Funcionarios públicos, civiles y militares”.*

Todas las prestaciones contributivas que existen actualmente en materia de Seguridad Social son la asistencia sanitaria, la incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, nacimiento y cuidado de menor, cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad, corresponsabilidad en el cuidado del lactante, incapacidad permanente, lesiones permanentes no invalidantes, jubilación, muerte y supervivencia (auxilio por defunción, pensión de viudedad, prestación temporal de viudedad, pensión de orfandad, prestación de orfandad por violencia contra la mujer, pensión en favor de familiares, subsidio en favor de familiares), prestaciones familiares (prestación económica por hijo o menor acogido a cargo, prestación económica por nacimiento o adopción de hijo, en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madre con discapacidad, prestación económica por parto o adopción múltiples, prestación no económica), prestación por desempleo, prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos, prestaciones por actos terroristas, Ingreso Mínimo Vital, prestaciones del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI), y, por último, prestaciones del Seguro Escolar.<sup>8</sup> Cada una de ellas exige unos requisitos indispensables para poder gozar de las mismas.

En cuanto a las no contributivas, el apartado 2 del artículo 7 LGSS establece que *“estarán comprendidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones no contributivas, todos los españoles residentes en territorio español.*

*También estarán comprendidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones no contributivas, los extranjeros que residan legalmente en territorio español, en los términos previstos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y, en su caso,*

---

<sup>8</sup> *Ibidem.*

*en los tratados, convenios, acuerdos o instrumentos internacionales aprobados, suscritos o ratificados al efecto”.*

En definitiva, las prestaciones no contributivas son definidas por la propia Seguridad Social como *“prestaciones económicas que se reconocen a aquellos ciudadanos que, encontrándose en situación de necesidad protegible, carezcan de recursos suficientes para su subsistencia en los términos legalmente establecidos, aun cuando no hayan cotizado nunca o el tiempo suficiente para alcanzar las prestaciones del nivel contributivo”*.<sup>9</sup> En esta modalidad nos encontramos con las pensiones de invalidez y de jubilación.

### **1.3 INFRACCIONES Y SANCIONES.**

Las infracciones en materia de Seguridad Social, hoy en día, están reguladas en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), aprobada por el Real Decreto 5/2000, de 4 de agosto. El artículo 1 de este cuerpo legal señala que *“constituyen infracciones administrativas en el orden social las acciones u omisiones de los distintos sujetos responsables tipificadas y sancionadas en la presente Ley y en las leyes del orden social”*. A este respecto, *“se asimilan a las infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social las producidas respecto de otras cotizaciones que recaude el sistema de Seguridad Social”*, tal y como indica el artículo 20.2 de la LISOS. El artículo 20.1 de la LISOS también define las infracciones en materia de Seguridad Social: *“son infracciones en materia de Seguridad Social las acciones y omisiones de los distintos sujetos responsables a que se refiere el artículo 2.2 de la presente Ley, contrarias a las disposiciones legales y reglamentarias que regulan el sistema de la Seguridad Social, tipificadas y sancionadas como tales en la presente Ley”*.

El artículo 2 indica que *“son sujetos responsables de la infracción las personas físicas o jurídicas y las comunidades de bienes que incurran en las acciones u omisiones tipificadas como infracción en la presente Ley (...)”*La Ley, por tanto, no se limita así al empresario -en sentido estricto- como responsable, sino que el elenco de personas que van a responder ante la Seguridad Social es muy amplio. Con carácter general responden los empresarios y también lo harán trabajadores que se encuentren dentro del Régimen General de la Seguridad Social que no trabajen por cuenta propia. A este respecto, el artículo 143 LGSS señala la nulidad de todo

---

<sup>9</sup> Modalidades de pensiones. Consultado en <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Pensionistas/Pensiones/33467> (última consulta: 04/12/2020).

pacto, ya sea individual o colectivo, por el cual el trabajador queda obligado a pagar total o parcialmente la prima o la cuota responsabilidad del empresario. También será nulo el pacto por el que el trabajador no satisfaga todas las cargas fiscales y de Seguridad Social a su cargo (art. 26 ET).

La regulación de las infracciones y sanciones se encuentra tipificada en los artículos 21 a 23 de la LISOS, diferenciando entre leves (artículo 21 LISOS), graves (artículo 22 LISOS) y muy graves (artículo 23 LISOS).

En cuanto al procedimiento, este se encuentra regulado en el Real Decreto 928/1998, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de las cuotas de la Seguridad Social. En primer lugar, cabe destacar que el artículo 1.2 de la LISOS ya señala que *“las infracciones no podrán ser objeto de sanción sin previa instrucción del oportuno expediente, de conformidad con el procedimiento administrativo especial en esta materia, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden que puedan concurrir”*.

El procedimiento para la imposición de sanciones comienza con unas actuaciones previas (arts. 8-10 RD 928/1998) realizadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con el objetivo de comprobar el cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convenidas en el orden social. Tienen un límite temporal de nueve meses, y en casos excepcionales, puede prorrogarse por otro plazo improrrogable de nueve meses.

Las formas de inicio pueden ser las siguientes: por orden superior de la autoridad competente; por orden de servicio del titular de la Dirección Especial, de la Dirección Territorial, de las Jefaturas de la Inspección Provincial, de sus Unidades especializadas, o del Inspector encargado del equipo; por petición de cualquier órgano jurisdiccional siempre que determine su objeto, amplitud y finalidad; por petición concreta de los organismos de la Seguridad Social; por propia iniciativa del Inspector de Trabajo y Seguridad Social; por denuncia de hechos presuntamente constitutivos de infracción en el orden social. Durante el desarrollo de estas actuaciones previas, las entidades gestoras y colaboradoras y los servicios comunes de la Seguridad Social y el Servicio Público de Empleo Estatal prestarán su colaboración a la inspección de Trabajo y Seguridad Social. En cuanto al inicio del procedimiento sancionador, este se iniciará de oficio a raíz del acta de la ITSS (art. 13 RD 928/1998), que tienen naturaleza de documentos públicos y gozan de presunción de certeza los

hechos y circunstancias reflejados (art. 15 RD 928/1998). Estas actas deben ser notificadas al sujeto o sujetos responsables en el plazo de diez días hábiles y estos podrán formular alegaciones en el plazo de quince días hábiles (art. 17.1 RD 928/1998). Cuando el acta haya sido objeto de alegaciones, el órgano instructor podrá proponer que se formalice demanda de oficio ante la Jurisdicción de lo Social, que al formalizarse, provoca la suspensión del procedimiento (art. 19 RD 928/1998).

Hechas todas las averiguaciones necesarias, el órgano competente para resolver, dictará resolución (art. 20 RD 928/1998) en el plazo de diez días desde la finalización de la tramitación del expediente. La resolución puede confirmar, modificar o dejar sin efecto la propuesta del acta, provocando en este último caso el archivo del expediente, que asimismo, debe pronunciarse de forma expresa sobre la propuesta de sanciones accesorias previstas en la LISOS (art. 20.2 RD 928/1998). El plazo máximo para resolver es de seis meses (art. 20.3 RD 928/1998). Contra la resolución se puede interponer recurso ordinario ante el órgano superior competente en el plazo de un mes (art. 23 RD 928/1998). La resolución del recurso agota la vía administrativa.

Tras desarrollar el procedimiento, es necesario explicar quiénes tienen las competencias sancionadoras. Pues bien, el artículo 4 del RD 928/1998, establece la competencia diferenciando el ámbito estatal del provincial y del autonómico:

En el ámbito provincial será competente la Dirección Provincial de la TGSS, cuando se trate de actas de infracción y actas de liquidación de cuotas por los mismos hechos. Serán competentes los Jefes de las Inspecciones Provinciales dependientes de la Administración General del Estado cuando normativamente no se haya atribuido la competencia a otros órganos..

En el ámbito de las Comunidades Autónomas, corresponderá a los órganos que las mismas determinen y con los límites establecidos por cada una.

El plazo de prescripción de las infracciones en materia de Seguridad Social es de cuatro años (art. 7.1 RD 928/1998) y las sanciones impuestas prescribirán a los cinco años, a contar desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción (art. 7.3 RD 928/1998).

En lo que respecta a las sanciones pueden ser de diversos tipos: Multa pecuniaria, pérdida automática de ayudas, bonificaciones y beneficios derivados de programas de empleo

o formación profesional para el empleo y exclusión del acceso a las mismas durante un período máximo de dos años (o cinco años para infracciones muy graves), devolución de las cantidades indebidamente percibidas o no aplicadas correctamente como subvenciones o ayudas de fomento del empleo o formación profesional para el empleo, pérdida temporal de la pensión o prestación, o la extinción de la prestación o subsidio por desempleo o por incapacidad temporal, en el caso de trabajadores, solicitantes o beneficiarios de pensiones o prestaciones de la Seguridad Social, en función de la gravedad de la infracción cometida. Asimismo, podrán ser excluidos del derecho a percibir cualquier prestación económica y ayuda de fomento de empleo durante un año, así como participar en acciones de formación profesional para el empleo durante el mismo período, en caso de infracciones muy graves.

Estas sanciones se pueden imponer en grado mínimo, medio o máximo, atendiendo a las diversas infracciones cometidas, ya que así lo establece el artículo 39 LISOS. El mismo establece que las sanciones se graduarán *“en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada, como circunstancias que puedan agravar o atenuar la graduación a aplicar a la infracción cometida”*.

La cuantía va variar en función del grado en que se haya impuesto la sanción (art. 40 LISOS), variando también en función de la materia que se trate. En materia de seguridad social el apartado 1 del mencionado artículo ordena la siguiente cuantía:

*“a) Las leves, en su grado mínimo, con multas de 60 a 125 euros; en su grado medio, de 126 a 310 euros; y en su grado máximo, de 311 a 625 euros.*

*b) Las graves con multa, en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros.*

*c) Las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo de 100.006 euros a 187.515 euros.”*

El apartado d) de este artículo 40 establece la regulación de las sanciones para las infracciones estipuladas en los artículos 22.3, 23.1 b) y 23.1 k) del mismo cuerpo legal. De tal manera que la infracción grave por no ingresar, en la forma y plazos reglamentarios, las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad

Social o no efectuar el ingreso en la cuantía debida, habiendo presentado los documentos de cotización, siempre que la falta de ingreso no obedezca a una declaración concursal de la empresa ni a un supuesto de fuerza mayor, ni se haya solicitado aplazamiento para el pago de cuotas con carácter previo a la actuación inspectora, salvo que haya recaído resolución denegatoria, la sanción será una multa del 59 al 65% de las cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta no ingresados, incluyendo recargos, intereses y costas, siendo el grado mínimo. Si el grado es medio, la multa va del 65.01% al 80%, y por último, en su grado máximo, del 80.01 al 100%.

Cuando se produzca una infracción muy grave por no ingresar, en el plazo y formas reglamentarios, las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad Social, no habiendo presentado los documentos de cotización ni utilizado los sistemas de presentación por medios informáticos, electrónicos o telemáticos, así como retener indebidamente, no ingresándola dentro de plazo, la parte de cuota de Seguridad Social descontada a sus trabajadores o efectuar descuentos superiores a los legalmente establecidos, no ingresándolos en el plazo reglamentario, la sanción, en su grado mínimo, será una multa que irá desde el 100.01 al 115% del importe de las cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta no ingresados, incluyendo recargos, interés y costas. En su grado medio irá desde el 115.01 al 130% y por último, en su grado máximo, irá desde el 130 al 150%.

Asimismo, la infracción grave por no solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio, o solicitar la misma, como consecuencia de actuación inspectora, fuera del plazo establecido, la infracción grave por comunicar la baja en un régimen de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena pese a que continúen la misma actividad laboral o mantengan idéntica prestación de servicios, sirviéndose de un alta indebida en un régimen de trabajadores por cuenta propia, la sanción será (teniendo en cuenta que se considera que se produce una infracción por cada trabajador) una multa en su grado mínimo de 3.126 a 6.250 euros; en su grado medio, de 6.251 a 8.000 euros y, en su grado máximo, de 8.001 a 10.000 euros.

Por su parte, la infracción muy grave por dar ocupación como trabajadores a beneficiarios o solicitantes de pensiones u otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de su actividad, tendrá una sanción de



10.001 a 25.000 euros, en su grado mínimo; de 25.001 a 100.005 euros, en su grado medio; y, en su grado máximo, de 100.006 a 187.515 euros.

Hay que añadir que cuando de la actuación de una misma inspección se detecten varias infracciones de las mencionadas anteriormente, la sanción será graduada conforme a los criterios del artículo 39.2 LISOS, se incrementará en:

– Un 20% en cada infracción cuando se trate de dos trabajadores, beneficiarios o solicitantes.

– Un 30% en cada infracción cuando se trate de tres trabajadores, beneficiarios o solicitantes.

– Un 40% en cada infracción cuando se trate de cuatro trabajadores, beneficiarios o solicitantes.

– Un 50% en cada infracción cuando se trate de cinco o más trabajadores, beneficiarios o solicitantes.

En ningún caso, la cuantía correspondiente a la infracción prevista en el artículo 22.2 podrá exceder de 10.000 euros, ni la prevista en el artículo 23.1.a) podrá exceder de 187.515 euros para cada una de las infracciones.

## 2. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR AUSENCIA DE AFILIACIÓN Y ALTA EN LA SEGURIDAD SOCIAL

La afiliación a la Seguridad Social, que no debe confundirse con el alta en el régimen de la Seguridad Social,<sup>10</sup> se hace en el primer empleo del trabajador. La afiliación inicial es el acto administrativo por el que una persona es incluida en la TGSS por primera vez.<sup>11</sup> Esto se produce cuando esa persona no ha trabajado previamente, ni como trabajador por cuenta ajena ni como trabajador por cuenta propia.

El artículo 139 de la LGSS muestra esta responsabilidad en los siguientes términos: “1. *Los empresarios estarán obligados a solicitar la afiliación al Sistema de la Seguridad Social de los trabajadores que ingresen a su servicio, así como a comunicar dicho ingreso y, en su caso, el cese en la empresa de tales trabajadores para que sean dados, respectivamente, de alta y de baja en el Régimen General.* 2. *En el caso de que el empresario incumpla las obligaciones que le impone el apartado anterior, el trabajador podrá instar su afiliación, alta o baja, directamente al organismo competente de la Administración de la Seguridad Social. Dicho organismo podrá, también, efectuar tales actos de oficio en los supuestos a que se refiere el artículo 16.4 de esta ley.* 3. *El reconocimiento del derecho al alta y a la baja en el Régimen General corresponderá al organismo de la Administración de la Seguridad Social que reglamentariamente se establezca.* 4. *Salvo disposición legal expresa en contrario, la situación de alta del trabajador en este Régimen General condicionará la aplicación al mismo de las normas del presente título”.*

Hay que añadir que hay situaciones en las que el empresario no ha dado de alta al trabajador pero existe la presunción de la existencia del alta, o alta de pleno derecho, para las siguientes contingencias<sup>12</sup>: accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo, enfermedad común, maternidad, riesgo durante el embarazo y accidente no laboral, dando lugar, en estos supuestos, a la automaticidad de las prestaciones. Si bien en los cuatro últimos

---

<sup>10</sup> BARRIO NUEVO PEÑA, J.: “La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social”, Revista de Política Social, núm. 100/1973, 1973.

<sup>11</sup> Afiliación de los trabajadores. Consultado en <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/Afiliacion/7332> (última consulta: 04/12/2020).

<sup>12</sup> Clases de alta <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/PortalEducativo/Profesores/Unidad4/PESS61/PESS72> (última consulta 05/12/2020).

supuestos se considerará el alta de pleno derecho a los exclusivos efectos de la asistencia sanitaria (art. 166.4 LGSS).

El trámite de afiliación se puede hacer bien ante la Dirección provincial de la TGSS o bien en los registros que se establecen en el artículo 16 de la Ley 39/2015, y debe hacerse con carácter previo al inicio de la relación de trabajo.<sup>13</sup> Por tanto, solo es responsable por ausencia de afiliación el primer empresario que emplee al trabajador en su vida laboral. Cabe destacar que, en el supuesto de un accidente laboral, respondería también el Instituto Nacional de la Seguridad Social si se trata de un accidente laboral.<sup>14</sup>

Por otro lado, el alta es el acto administrativo por el que se constituye la relación jurídica de Seguridad social,<sup>15</sup> es decir, cuando una persona física va a empezar una relación laboral sin ser esta la primera vez que trabaja. Por ello en este caso, al incumplir la falta de afiliación inicial (primera vez que el trabajador inicia una relación laboral) también se estaría incumpliendo la falta de alta (cada vez que el trabajador empieza una relación laboral), ya que la primera conlleva la segunda.<sup>16</sup>

El artículo 22 de la LISOS, tipifica como infracción grave en su apartado 2 *“no solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio, o solicitar la misma, como consecuencia de actuación inspectora, fuera del plazo establecido. A estos efectos se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados”*.

El artículo 167.2 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 las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva”* y añade en su apartado 3 que *“(…) las entidades gestoras, mutuas colaboradoras con la Seguridad Social o, en su caso, los servicios comunes procederán, de acuerdo con sus respectivas competencias, al pago de las prestaciones*

---

<sup>13</sup> Afiliación de los trabajadores. Consultado en <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/Afiliacion/7332#:~:text=La%20solicitud%20de%20Afiliaci%C3%B3n%20se,Social%20de%20la%20Sede%20Electr%C3%B3nica>. (última consulta: 04/12/2020).

<sup>14</sup> TORTUERO PLAZA, J. L. (investigador principal): *La construcción jurisprudencial de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la Seguridad Social*, en AAVV. pp. 46-49. Consultado en <http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/4af059dc-2be3-4dc0-ad4a-d886040680e6/23.Jurisprudencia+responsabilidad+empresarial+.+Investigaci%C3%B3n.pdf?MOD=AJPERES&CVID=> (última consulta 05/12/2020).

<sup>15</sup> Concepto de alta, baja y variación de datos. Consultado en <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/Afiliacion/32765/32766> (última consulta: 05/12/2020).

<sup>16</sup> ALONSO OLEA, M.: *Instituciones de Seguridad Social*, 4ª Edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1972, Pág. 26.

*a los beneficiarios en aquellos casos, incluidos en dicho apartado, en los que así se determine reglamentariamente, con la consiguiente subrogación en los derechos y acciones de tales beneficiarios. El indicado pago procederá aun cuando se trate de empresas desaparecidas o de aquellas que por su especial naturaleza no puedan ser objeto de procedimiento de apremio. Igualmente, las mencionadas entidades, mutuas y servicios asumirán el pago de las prestaciones, en la medida en que se atenúe el alcance de la responsabilidad de los empresarios respecto a dicho pago”.*

Por último, cuando se realice el acta fuera de plazo, los efectos se producen desde el día de su solicitud, con carácter general, con la obligación de cotizar desde el comienzo de la actividad. Sin embargo, cuando el alta es fuera de plazo pero se han realizado cotizaciones en plazo previamente a la solicitud del alta, los efectos se producen desde el momento de ingreso de las cuotas. Asimismo, en las altas fuera de plazo practicadas de oficio, los efectos se producen desde el momento en el que haya conocimiento de hecho.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Efectos de las altas. Consultado en <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/PortalEducativo/Profesores/Unidad4/PESS61/PESS75> (Última consulta: 05/12/2020).

### 3. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR AUSENCIA DE COTIZACIÓN

La cotización *“es la acción por la cual los sujetos obligados aportan recursos económicos al Sistema de la Seguridad Social en virtud de su inclusión en dicho Sistema, por el ejercicio de una actividad laboral”*.<sup>18</sup> Esta obligación nace con el inicio de la prestación del trabajo, incluido el período de prueba, se mantendrá por todo el período en que el trabajador esté en alta en el Régimen General o preste sus servicios, aunque sea con carácter discontinuo, y cesará con la solicitud en regla de la baja en el Régimen General al organismo competente de la Administración de la Seguridad Social (art. 144.1, 144.2 y 144.3 LGSS). Es importante destacar que la obligación de cotizar, tal y como establece el artículo 144.4 de la LGSS, se mantiene en *“la situación de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa, en la de maternidad, en la de paternidad, en la de riesgo durante el embarazo y en la de riesgo durante la lactancia natural, así como en las demás situaciones previstas en el artículo 166 en que así se establezca reglamentariamente”*.

El apartado 3 del artículo 22 de la LISOS tipifica como infracción grave *“no ingresar, en la forma y plazos reglamentarios, las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad Social o no efectuar el ingreso en la cuantía debida, habiendo cumplido dentro de plazo las obligaciones establecidas en los apartados 1 y 2 del artículo 26 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, siempre que la falta de ingreso no obedezca a una declaración concursal de la empresa, ni a un supuesto de fuerza mayor, ni se haya solicitado aplazamiento para el pago de las cuotas con carácter previo al inicio de la actuación inspectora, salvo que haya recaído resolución denegatoria”*.

La cantidad a ingresar se denomina cuota y el responsable de su ingreso es el empresario, que debe ingresar su propia cuota y la de sus trabajadores, según establece el art. 142 LGSS, el cual también indica que cuando se trate de una sociedad o entidad disuelta y liquidada, las obligaciones de cotización a la Seguridad Social que quedasen pendientes serán transmitidas a los socios o partícipes en el capital, que tendrán una responsabilidad solidaria hasta el límite del valor de la cuota que posean. No hay posibilidad de pactar que el trabajador asuma el pago de la cuota, ni total ni parcialmente, como indica el artículo 143 de la LGSS. El ingreso de la cuota se debe realizar en el mes siguiente al de su devengo, provocando, en su

---

<sup>18</sup> Obligación de cotizar. Consultado en <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/CotizacionRecaudacionTrabajadores/9896/4903> (última consulta: 04/12/2020).

defecto, el devengo de recargos e intereses de demora. Esto viene regulado en el artículo 10 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Recaudación de la Seguridad Social, que establece una serie de recargos cuando se ingrese fuera de plazo reglamentario:

Si el empresario hubiese cumplido con las obligaciones en materia de liquidación de cuotas y compensación de los apartados 1 y 2 del artículo 29 LGSS:

- 10 por ciento de la deuda, si se abonasen dentro del primer mes natural siguiente al vencimiento de la deuda.
- 20 por ciento de la deuda, si se abonasen a partir del segundo mes natural siguiente al vencimiento de la deuda.

Si el empresario no hubiese cumplidos con las obligaciones en materia de liquidación de cuotas y compensación de los apartados 1 y 2 del artículo 29 LGSS:

- 20 por ciento de la deuda, si se abonasen las cuotas antes de la terminación del plazo de ingreso establecido en la reclamación de deuda o acta de liquidación.
- 35 por ciento de la deuda, si se abonasen las cuotas a partir de la terminación de dicho plazo de ingreso.

Excepcionalmente, debido a la situación generada por el COVID-19, se aprobó el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. El artículo 34 de este precepto legal establece la moratoria del pago de las aportaciones empresariales a la cotización a la Seguridad Social de 6 meses sin intereses y el artículo 35 establece la posibilidad de solicitar el aplazamiento del pago de las deudas con la Seguridad Social cuyo plazo reglamentario de ingreso tenga lugar entre los meses de abril y junio de 2020, siempre que no tuvieran otro aplazamiento en vigor. En ese caso se aplica un interés del 0,5%.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que existen supuestos en los que el empresario queda exonerado de responsabilidad aun habiendo incumplido el plazo para efectuar el ingreso de las cuotas:

En primer lugar, cuando el empresario paga la totalidad de las cuotas, incluso cuando lo hace fuera de plazo, queda exonerado de responsabilidad y de esta manera, no se hace cargo de las prestaciones que se causen.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> ALMANSA PASTOR, J.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 1989, Págs. 386 a 396.

En segundo lugar, se le puede otorgar al empresario la *concesión de aplazamiento o fraccionamiento de pago*, establecida en el artículo 23 de la LGSS. Debe solicitarlo el sujeto responsable del pago y cabe destacar que el aplazamiento o fraccionamiento se concede respecto a la cotización empresarial, ya que el apartado 2 del mencionado precepto determina que “*no podrá comprender las cuotas correspondientes a la aportación de los trabajadores y a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional*”.

La jurisprudencia ha establecido el requisito de proporcionalidad en la responsabilidad, tanto en los supuestos de descubiertos de cotización temporales como en los que hay una cotización inferior a la debida, de tal forma que, como dice el Tribunal Supremo en la Sentencia de 5 de noviembre de 2019, la responsabilidad empresarial por defectos de cotización ha de ser proporcional a su incidencia sobre las prestaciones, incluso en aquellos supuestos en los que se le impida al trabajador cubrir el período de carencia se debe atender a la parte proporcional correspondiente al período no cotizado sobre el total de la prestación. Es decir, es necesario que el incumplimiento de cotización tenga trascendencia en la relación jurídica de protección. Así, como dice el Alto Tribunal, se hace responsable (en este caso, jubilación anticipada) a la empresa y al INSS pero en proporción a la influencia que la falta de cotización haya tenido en la cuantía de la prestación.

Finalmente, el Tribunal Supremo, en su Sentencia 700/2020, de 22 de julio, en un caso para determinar si la empresa en la que trabajaba el trabajador debe responder de la pensión de jubilación, señala que no solo se produce la responsabilidad por la ausencia de cotización sino también por la infra cotización “*en la medida en que influya sobre el importe de una prestación*”. Por tanto, si existen descubiertos, pero estos no influyen en el período de carencia no habrá lugar a la responsabilidad con independencia de la gravedad que pudieran tener, salvo que produzca una cuantía inferior en la prestación, en cuyo caso se aplica el principio de proporcionalidad declarando responsable a la empresa, y el TS añade que todo ello se realizará sin perjuicio de la obligación de pagar las cuotas atrasadas.

## 4. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN SUPUESTOS DE SUBROGACIÓN

### 4.1. LA SUCESIÓN DE EMPRESA.

Hay varios casos en los que se produce la subrogación en la responsabilidad. Debe definirse en primer lugar la subrogación. El Diccionario panhispánico del español jurídico define la subrogación como “*el acto por el que una persona sustituye a otra en los derechos y obligaciones propios de determinada relación jurídica*”, lo que significa de forma simplificada que la subrogación se produce en una situación en la que una persona se pone en el lugar de otra y asume las obligaciones y derechos que esta última tenía con respecto aquella. La subrogación se puede dar en varios casos, entre ellos, en el ámbito laboral y de la Seguridad Social es uno de ellos.

En la sucesión de empresas, que viene definida en el artículo 44.2 del Estatuto de los Trabajadores: “*(...)se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio*”.

Este concepto ha sido cuestionado en numerosas ocasiones por crear problemas interpretativos a los cuales han tenido que dar solución la doctrina y la jurisprudencia. Existen varios requisitos que resulta necesario exponer para entender el concepto, por lo que es conveniente recoger los basaremos establecidos y reiterados por el Tribunal Supremo (STS 26 de marzo de 2014, RJ 2014/2778) para que la transmisión de la empresa sea considerada como tal:

1. Que haya un cambio subjetivo, es decir, que se produzca un cambio del empresario anterior al actual. A este respecto surge controversia al considerar si es necesario que el cedente transmita la propiedad al cesionario. El Tribunal Supremo, siguiendo la jurisprudencia comunitaria (TJCE 1988, 67, de 17 de diciembre de 1987; TJCE 2003, 386, de 20 de noviembre de 2003) considera que no es necesaria la transmisión de la propiedad, bastando con el cambio de la figura responsable de la entidad económica, por lo que esto no afectaría a la sucesión empresarial, como tampoco lo haría la existencia de una vinculación contractual entre cedente



y cesionario, ni la existencia de un tercero (el propietario o el arrendador) en el proceso, ni tampoco la intervención de un organismo de Derecho Público.<sup>20</sup>

2. Que haya un cambio objetivo, esto es, que se produzca la entrega efectiva de los elementos esenciales de la empresa y que suponga la continuidad de la actividad empresarial. El Tribunal Supremo traspone el artículo 44.2 al señalar que se puede considerar sucesión de empresas “ *cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio*”. Y añade como requisito esencial para determinar la existencia de transmisión “ *determinar si la entidad de que se trata mantiene su identidad*”, lo que se deduce de que se continúe con la explotación o de que esta se reanude (TJCE 2005, 406, de 15 de diciembre de 2005).

En el supuesto de transmisión de empresa, el art. 44.1 del ET establece que los derechos y obligaciones en materia de Seguridad Social se subrogan, es decir, el nuevo empresario queda en la posición en la que se encontraba el anterior. Asimismo, surge una responsabilidad solidaria de cedente y cesionario, durante un período de tres años, respecto de las obligaciones laborales previas a la sucesión empresarial. A este respecto, el artículo 142 del TRLGSS establece también la responsabilidad solidaria por sucesión de la explotación, industria o negocio. De igual forma, añade el mismo artículo en el siguiente párrafo las obligaciones de los socios o partícipes de capital de cotizar a la Seguridad Social con carácter solidario y hasta el límite del valor de las cuotas de participación. El artículo 168.2 TRLGSS, establece que, en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente del pago de las prestaciones causadas previamente.

Esto hace necesario diferenciar entre la subrogación en cuanto a las obligaciones en materia de Seguridad Social y la responsabilidad referente al pago de las cuotas y prestaciones previas a la sucesión empresarial. En la actualidad, la distinción entre “obligaciones de Seguridad Social” y “obligaciones laborales” del art. 44.1 ET (“*derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social*”) en relación con el 44.3 ET el cual establece la responsabilidad solidaria respecto a las obligaciones laborales “*sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social*”, aclara los ámbitos de responsabilidad solidaria en los casos de sucesión empresarial. Si por imperativo legal, el art. 44.1 ET establece la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario a cerca de los derechos y obligaciones tanto

---

<sup>20</sup> TORTUERO PLAZA, J. L.: *op. cit.*, Pp.. 183-185.

laborales como a las de Seguridad Social, la responsabilidad solidaria en el ámbito de la Seguridad Social, esto es, cuotas y prestaciones, está regulado en el artículo 142 LGSS (cuotas) y en el 168 LGSS (prestaciones). A priori puede parecer que la cuestión esté bastante clarificada, sin embargo, existe mucha controversia sobre si dentro del concepto de obligaciones se engloban también las deudas del cedente en materia de Seguridad Social, tanto en cuanto a cuotas como a prestaciones de las que hubiese resultado responsable por falta de afiliación, alta o cotización. Pues bien, atendiendo a la finalidad del artículo y al concepto de obligación,<sup>21</sup> todo parece indicar que se incluyen las cuotas de Seguridad Social adeudadas y las prestaciones de Seguridad Social de las que hubiera sido declarado culpable el cedente. Ahora bien, aquí vuelve a surgir conflicto, ya que a la luz de art. 168. 2 LGSS -recordemos, responsabilidad solidaria- no parece posible que el adquirente responda a título originario, esto es, titular por la subrogación realizada, y responsable solidariamente, puesto que este requiere que las prestaciones a las que se refiere sean causadas “antes de dicha sucesión”. A este respecto existe jurisprudencia controvertida al respecto, ya que mientras hay sentencias en las que se considera que la prestación es causada después de la transmisión pero debida al incumplimiento previo: STS de 22 de noviembre 2005. RJ 2006\1236; STS de 13 de noviembre 2006. RJ 2006\9761 y STS de 23 de enero 2007. RJ 2007\1908; hay otras que entienden que se debe incluir las prestaciones causadas a posteriori al hecho de la transmisión: STS de 28 enero 2004. RJ 2004\1835; STS 22 noviembre 2005. RJ 2006\1236; STSJ Castilla La Mancha de 25 de octubre 2000. AS 2000\3817; STSJ Cataluña de 11 de noviembre 1998. AS 1998\6912.

A este respecto, la solución más correcta parece considerar la subrogación del art. 44.1 ET como la “*simple sustitución*” de cedente y adquirente de modo que este último quedaría obligado a mantener el estado inicial de los trabajadores, incluyendo, las obligaciones en materia de Seguridad Social.<sup>22</sup> Así, el resultado sería una responsabilidad solidaria en lo que se refiere a las obligaciones laborales (art. 44.3 ET) y a las obligaciones de Seguridad Social (art. 142 y 168.2 LGSS), de modo que el cedente conservaría la responsabilidad de las deudas en las que hubiera podido incurrir mientras gozó de la titularidad de la entidad.<sup>23</sup>

Finalmente, se trae a colación dos sentencias recientes del Tribunal Supremo, la STS 103/2020, de 5 de febrero y la STS 289/2020, de 7 de mayo, en las que el Tribunal Supremo

---

<sup>21</sup> Código Civil: “**Artículo 1088.**

*Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa.*”

<sup>22</sup> GALA DURAN, C.: *La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social*, Pamplona (Aranzadi), 1997, pág. 515.

<sup>23</sup> STSJ País Vasco 1897/2002, de 10 de septiembre de 2002 (JUR/2002/280606)

explica de manera aclarativa la responsabilidad en supuestos de transmisión de empresas. El Alto Tribunal dicta sentencia de unificación de doctrina para *“determinar si la responsabilidad empresarial en el abono de la prestaciones de Seguridad Social derivada de la infracción cometida por la empresa transmitente (...) puede alcanzar a la empresa sucesora (...) en un supuesto en que el hecho causante de la prestación de jubilación se ha producido con posterioridad a la sucesión”*, tal y como indica en el FJ Primero.

Las sentencias puestas en contradicción se refieren a *“incumplimientos en materia de Seguridad Social que son achacables a la empresa cedente; ese anómalo comportamiento repercute desfavorablemente sobre la pensión de jubilación; se discute si la empresa cesionaria debe responder de la prestación causada, aunque lo sea con posterioridad a la fecha en que tuvo lugar la sucesión”*. A estos efectos, tal y como señala el Tribunal Supremo, *“resulta irrelevante que en un supuesto los incumplimientos en materia de Seguridad Social sean de falta de alta y cotización, mientras que en el presente son de infracotización”*.

La parte recurrente denuncia la infracción del artículo 127.2 de la LGSS vigente al momento de la solicitud de la pensión (actual art. 168.2 LGSS), *“considerando que de su literal interpretación y conforme resuelve la sentencia de contraste, en la sucesión en la titularidad de la industria o negocio solo responde solidariamente el adquirente de las prestaciones causadas con anterioridad a la sucesión”*. Es muy interesante la interpretación que el alto Tribunal hace, en el FJ Segundo, de la evolución doctrinal en este asunto, puesto que se venía haciendo -*sentencias de 28 de enero de 2004 (RJ 2004, 1835) y 22 de noviembre de 2005 (RJ 2006, 99)*- una interpretación literal del artículo 127.2 LGSS, negando que la empresa adquirente tuviera responsabilidad sobre las prestaciones del sistema de la Seguridad Social producidas con posterioridad a la sucesión empresarial, considerando que no era posible limitar la responsabilidad empresarial en estos casos. Esta doctrina *“fue seguida en sentencias posteriores y respecto de otras cuestiones vinculadas a la protección del sistema de Seguridad Social. Así, la sentencia de 18 de julio de 2011 (rcud 2502/2010 (RJ 2011, 6561) ), partiendo de que la regulación relativa a las obligaciones del empresario adquirente, en sucesión de empresas y respecto de las prestaciones de Seguridad Social, no se recogían en el art. 44 del ET (RCL 2015, 1654) , se dice que "expresamente "sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social" [mismo apartado 3], y es precisamente en este ámbito donde el art. 127.2 LGSS norma que "en los casos de sucesión ... el adquirente responderán solidariamente con el anterior ... de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión"*”, por lo que las conclusiones que alcanza el Tribunal Supremo son:

En primer lugar, que las redacciones de ambos artículos son “*independientes, pero complementarias*”.

En segundo lugar, que a solidaridad alcanza única y exclusivamente a las “*prestaciones causadas antes de la sucesión*”.

No obstante, el Alto Tribunal, a continuación de ese razonamiento, entra a valorar el carácter personalísimo, intransferible y sancionador del recargo, que se deduce del artículo 123 LGSS, al establecer la “*la responsabilidad directa del empresario infractor*”. La solución que se establece es que se debe “*entender que la consecuencia deducible de las previsiones del art. 123.2 LGSS han de ceder frente a las que se derivan del art. 127.2 LGSS (...)*”.

Por último, lo más relevante en cuanto a la responsabilidad en casos de sucesión empresarial, “*es que ha de entenderse por la expresión "causadas" que el precepto utiliza. Pues bien, nuestra conclusión es que la misma no debe interpretarse en un sentido formal y alusivo a las prestaciones [...] "reconocidas" [...] con anterioridad a la subrogación, sino al material de "generadas", habida cuenta de que esta conclusión no solo es la que abona la propia terminología empleada [en todo mandato legislativo ha de presumirse la utilización adecuada de los términos], sino que es la interpretación más razonable cuando de su aplicación al recargo se trata, por cuanto habría de aplicarse a las enfermedades profesionales, y algunas de ellas son tan insidiosas y de manifestación tan tardía como la de autos [asbestosis; o silicosis], por lo que con cualquier otra interpretación se produciría una desprotección para el perjudicado que resultaría difícilmente justificable en términos de política legislativa. De manera que - concluimos- el referido mandato del art. 127.2 LGSS no solo ha de comprender los recargos de prestaciones que ya se hubiesen reconocido antes de la sucesión [algo obvio], sino que igualmente ha de alcanzar a los que -por estar en curso de generación el daño atribuible a la infracción de la medida de seguridad- se hallasen "in fieri" a la fecha de cambio empresarial*”.

*Dicha doctrina se vincula a supuestos en los que la transmisión ha provocado la desaparición de la empresa adquirida por concurrir supuesto de fusión*”.

Por último, añade en el FJ tercero que “*el art. 127.2 de la LGSS, actual 168.2 de la vigente ley, al establecer que en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión, no está excluyendo, como bien ha señalado esta Sala, la responsabilidad que correspondería a las empresas que*

*se han transformado estructuralmente, por medio de operaciones de fusión, respecto de las prestaciones que se reconozcan con posterioridad a dicha reestructuración en tanto que esas situaciones, en sí mismas, ya llevan implícita una sucesión universal en todos los derechos y obligaciones de una empresa a otra (...) de manera que, no habiendo desaparecido ni extinguido la responsabilidad en que ha incurrido la anterior empresa por sus incumplimientos en las obligaciones de cotización y respecto de las prestaciones que corresponden a los que fueron sus trabajadores, dicha responsabilidad ha pasado a asumirla la nueva empresa, colocándose en la posición de aquella, respecto de todos los derechos y obligaciones que a aquellos les podía corresponder, como en materia de prestaciones de la Seguridad Social”.*

## **4.2. LA SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS**

En segundo lugar, la subrogación también se produce en los supuestos de subcontratación de obras y servicios, pero antes de analizar la responsabilidad de definirse el concepto. La subcontratación de obras y servicios se produce cuando los empresarios “*contraten o subcontraten con otros obras o servicios correspondientes a la propia actividad...*”, como así lo establece el artículo 42.2 ET. Esto es muy importante, ya que como se verá a continuación, si se trata de la “*propia actividad*” y, por tanto, de la subcontratación de obras y servicios, va a variar la responsabilidad.

La condición *sine qua non* para que se pueda considerar subcontratación de obras y servicios no es otra que la empresa contratista (o subcontratista) desarrolle la misma actividad que la empresa principal. De forma meramente aclarativa, el concepto de *propia actividad* se define hoy jurisprudencialmente siguiendo la “*tesis de la inherencia*”, según la cual solo quedan comprendidas dentro del concepto de propia actividad las que correspondan al ciclo productivo de la empresa principal, excluyendo de esta manera las tareas complementarias. Este concepto ha sido ya precisado por el Tribunal Supremo en diversas sentencias, como por ejemplo, la STS 56/2020, de 23 de enero, RJ 2020/697, el cual considera una “*concepción estricta*” de la propia actividad. El razonamiento es que las actividades que correspondan al ciclo productivo de la empresa principal “*se incorporan*” de forma directa al producto o servicio final, lo que no implica que se excluyan todas las actividades complementarias, ya que las complementarias indispensables se incluyen en el ciclo productivo mientras que las que son ocasionales y

espontáneas se ven excluidas del mismo.<sup>24</sup> De esta manera se justifica la responsabilidad de la empresa comitente.<sup>25</sup>

En lo que concierne a la responsabilidad en este supuesto, el artículo 42.2 ET señala literalmente que *“el empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata”*. Por otro lado, el artículo 168.1 LGSS establece una responsabilidad subsidiaria señalando que el empresario principal responderá frente al pago de una prestación de Seguridad Social cuando haya sido declarado responsable un empresario según lo previsto en el artículo 167 LGSS. Por último, el artículo 7.2 de la Ley 32/2006, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción, establece que *“determinará la responsabilidad solidaria del subcontratista que hubiera contratado incurriendo en dichos incumplimientos y del correspondiente contratista respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social derivadas de la ejecución del contrato acordado que correspondan al subcontratista responsable del incumplimiento en el ámbito de ejecución de su contrato, cualquiera que fuera la actividad de dichas empresas”*.

El artículo 42.2 ET da lugar a la interpretación de cuáles son esas *obligaciones* a las que se refiere. Tal y como indica el mismo precepto en el apartado 1, las cuotas de la Seguridad Social están incluidas. Además, el artículo alcanza las prestaciones dimanantes de la obligación de cotización y las derivadas de la obligación de alta y afiliación, ya que si la responsabilidad queda reducida al pago de las cuotas esto supondría recortar las garantías de los trabajadores, quedando estas sometidas a la responsabilidad subsidiaria establecida en el artículo 168.1 LGSS.

Para entender la responsabilidad que se produce en este caso es necesario realizar una visión conjunta del artículo 42 del ET, y de los 142 y 168 LGSS. El artículo 142 LGSS indica que la responsabilidad respecto de las cuotas es solidaria o subsidiaria de las personas o entidades que se citan en el artículo 168.1 y 2, el cual establece, asimismo, que se aplicará *“sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores para las contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la*

---

<sup>24</sup> PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “El concepto de propia actividad empresarial”, AA. VV., *“Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno”*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pp. 161-172.

<sup>25</sup> En este sentido, STS de 18 enero 1995. RJ 1995\514; STS de 20 julio 2005. RJ 2005\5595; STS núm.514/2017, de 14 junio. RJ 2017\3297.

*propia actividad del empresario contratante (...)*". De esta manera, los tribunales son frecuentes en considerar la responsabilidad solidaria en los casos de subcontratas.<sup>26</sup>

De la lectura de estos preceptos se desprende la complementariedad de los mismos, por lo que se aplicaría una responsabilidad tanto a las cuotas como a las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas de cotización (art. 167 LGSS). Sin embargo, el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de diciembre del 2000,<sup>27</sup> consideró que la responsabilidad solidaria del artículo 42.2 ET queda reducida únicamente a las cuotas de Seguridad Social y las prestaciones anticipadas por la Seguridad Social, las cuales nacen del incumplimiento del pago de las cuotas.

Para terminar, concluiremos con un análisis jurisprudencial. En primer lugar, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, de 30 de mayo de 2000, AS 2000/1747. En el presente caso se produce un accidente de trabajo bajo una relación laboral irregular con la empresa Grúas Usabiaga SA -la cual no lo tenía dado de alta-, empresa que comparte la responsabilidad con Construcciones ACR SA, en virtud de una subcontrata concertada entre ambas. Hay un tercer interviniente que es la empresa Bodegas Julián Chivité, SL, por ser propietaria de la finca donde sucedieron los hechos. El Tribunal razona que esta última parte demandada *"ha de responder, así mismo, de la deuda contraída por Grúas Usabiaga, SA, aunque únicamente para el caso de que tanto ésta como Construcciones ACR, SA sean declaradas insolventes, en conclusión que deviene de lo dispuesto en el art. 127.1 LGSS"*.

El Tribunal considera que debe atribuírsele responsabilidad directa al Grúas Usabiaga SA, por ser el empresario para el que prestaba servicios el fallecido y añade que es una responsabilidad *"que, sin embargo, debe compartir con Construcciones ACR, SA, dado que el accidente sufrido por don Víctor ocurrió mientras prestaba servicios en virtud de subcontrata concertada por dicha empresa con Grúas Usabiaga, SA, en conclusión que deviene de lo dispuesto en el art. 42.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET)"*. Y aporta un matiz importante que es que la responsabilidad de la empresa contratista en cuanto a las obligaciones en materia de Seguridad Social la *"limita a las que él hubiera asumido directamente si se hubiera tratado de su personal fijo en la misma categoría o puesto"*.

---

<sup>26</sup> STS de 30 julio 1996. RJ 1996\6364; STS 4 marzo 1997. RJ 1997\1862; STS de 6 marzo 2002. RJ 2002\2768; STSJ Extremadura núm. 338/2005 de 21 abril. JUR 2005\114183; STSJ Extremadura núm. 350/2005 de 22 abril. JUR 2005\114103;

<sup>27</sup> En este mismo sentido, STS de 19 mayo 1998. RJ 1998\4730.

Hay que destacar que el TSJ del País Vasco establece que las obligaciones en Seguridad Social no se limitan a las cuotas de Seguridad Social, *“incidiendo también en las prestaciones de cuyo pago sea responsable el empresario”*.

A este respecto, el TSJ de Madrid, dicta Sentencia, 875/2003, en el mismo sentido, atribuyendo una responsabilidad directa para la empresa en la que el fallecido en el accidente de trabajo prestaba servicios, la cual no lo tenía dado de alta en el Régimen de Seguridad Social. Al mismo tiempo, el Tribunal establece que esa responsabilidad la debe *“compartir”* con otra empresa, ya que en el momento del accidente, el fallecido prestaba servicios en virtud de una subcontrata, *“por mor de lo dispuesto en el art. 42.2 del Estatuto de los Trabajadores ( RCL 1995, 997) (ET), ya que dicho precepto impone al empresario que contrata con otro la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad que responda, solidariamente, de las obligaciones en materia de Seguridad Social que éste haya contraído durante el período de vigencia de la contrata, si bien que limitándola a las que él hubiera asumido directamente si se hubiera tratado de su personal fijo en la misma categoría o puesto, siendo exigible hasta tanto no haya transcurrido un año de la terminación del encargo. Obligaciones en materia de Seguridad Social que no cabe entender limitadas a las cuotas de Seguridad Social, incidiendo también en las prestaciones de cuyo pago sea responsable el empresario”*.

Asimismo, el TSJ de Asturias, en la Sentencia 2118/2019, explica claramente la responsabilidad en casos de subcontratas y la relación que existe entre el artículo 42.2 ET y el 168.1 LGSS y lo aclara del siguiente modo: *“La conexión o coordinación entre (ambos artículos) se efectúa mediante la conjunción “sin perjuicio” que aparece en el segundo de los citados preceptos. Lo que quiere decir que la delimitación de los campos de aplicación correspondientes a uno y otro se determina atendiendo al supuesto de hecho legal del art. 42.2 ET : si las obras o servicios contratados o subcontratados pertenecen a la “propia actividad” de la empresa principal o de la contratista inicial se aplica tal precepto y la responsabilidad de tales empresarios comitentes es solidaria; si no es así se aplica el art. 127.1 LGSS , y la responsabilidad de los empresarios que hacen el encargo es subsidiaria, es decir, se desencadena sólo en el supuesto en que el empleador subcontratista “fuese declarado insolvente”*.



## 5. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN SUPUESTOS DE CESIÓN ILEGAL

La cesión de trabajadores es la figura jurídica que se produce cuando una empresa contrata a una serie de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa. Según el artículo 43 ET, esto solo se puede realizar a través de las empresas de trabajo temporal (ETT) debidamente autorizadas.

El Tribunal Supremo se pronunció a este respecto en numerosas ocasiones: STS de 30 noviembre 2005. RJ 2006\1231; STS de 17 abril 2007. RJ 2007\3173, STS de 24 noviembre 2010. RJ 2011\1209; STS de 17 diciembre 2010. RJ 2011\1598. En la sentencia 25 de junio de 2009, RJ 2009/3263, define claramente el concepto explicando que *"existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de éste en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial" porque «mal puede ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la misma. También es difícil atribuir tal calidad a quien no asume los riesgos propios del negocio, pues esa asunción de riesgos es nota específica del carácter empresarial. Tampoco se compagina con la condición de empresario el tener fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección del personal»*. Finalmente, el Tribunal Supremo explica los criterios que se utilizan para diferenciar la cesión ilegal de la contrata consistente en una prestación de servicios en el marco de una empresa principal exponiendo que *“la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor orientador que llevan a determinar el «empresario efectivo»: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico, como capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva...”*.

Así, el Tribunal Supremo explica los criterios que establece el mencionado artículo 43, en su apartado 2, que señala los supuestos en los que se considerará cesión ilegal de los trabajadores, esto es, cuando se trate de una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la cesionaria; cuando la empresa cedente carezca de una actividad u organización propia y estable; cuando al empresa cedente no cuente con los medios necesarios

para el desarrollo de su actividad y, por último, cuando la empresa cedente no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

Esta distinción es importante pues en un caso se da un tipo de responsabilidad y en otro caso se da otro tipo distinto, como se desarrollará a continuación.

Así, si la cesión de trabajadores resulta ilegal, se produce una responsabilidad solidaria amparándose en el art. 43.3 ET, que indica literalmente que *“los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social”* mientras que si la cesión es legal, esto da lugar a una responsabilidad subsidiaria atendiendo al tenor literal del artículo 16.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (LETT) el cual señala que *“la empresa usuaria responderá subsidiariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, así como de la indemnización económica derivada de la extinción del contrato de trabajo”*. Sin embargo, el artículo 168.2 LGSS señala que *“la misma responsabilidad -solidaria- se establece entre el empresario cedente y cesionario en los casos de cesión temporal de mano de obra, aunque sea a título amistoso o no lucrativo, sin perjuicio de lo establecido en el art. 16.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal”*. De nuevo se debe tener en cuenta la incorporación de la expresión *“sin perjuicio de lo establecido en el art. 16.3 de la Ley 14/1994”* y considerar así que prevalece la responsabilidad subsidiaria del artículo 16.3 LETT. Existe jurisprudencia sobre estas responsabilidades que confirma lo expuesto: STSJ Cataluña, núm. 5159/2007, de 9 julio. AS 2007\2674; STSJ Cataluña, núm. 1075/2004, de 11 febrero. JUR 2004\92510; STSJ Andalucía, núm. 1416/2006, de 10 mayo. AS 2007\2055; STSJ Islas Canarias, núm. 1445/2005, de 22 diciembre. AS 2006\587; STSJ Cantabria, núm. 244/2005, de 3 marzo. AS 2005\475.

Además, debe traerse aquí a colación la jurisprudencia sobre subcontratación de empresas para aplicar por analogía el principio de responsabilidad durante la vigencia del contrato.

Por último, en estos supuestos no hay posibilidad alguna de exoneración de la responsabilidad.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> TORTUERO PLAZA, J. L.: *op. cit.*, Pág. 182.

## 6. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN SUPUESTOS DE CONTRATACIÓN EN SITUACIÓN IRREGULAR

En primer lugar, se entiende por “situación irregular” aquella en la que se encuentran los ciudadanos extranjeros que no tengan legalizada y regulada su situación en España. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social -en adelante, LOEx-, considera extranjero “*a los que carezcan de la nacionalidad española*”.

A efectos del presente trabajo nos interesa la relación laboral de los extranjeros, para la que necesitan, según el artículo 36 de LOEx, “*autorización administrativa previa para residir y trabajar*”. El apartado 2 señala que “*la eficacia de la autorización de residencia y trabajo inicial se condicionará al alta del trabajador en la Seguridad Social*”.

No obstante, la existencia de una relación laboral en España entre una empresa y un trabajador extranjero es válida jurídicamente aunque el trabajador no goce de las autorizaciones precisas, es decir, el contrato es válido y eficaz. Ahora bien, el propio artículo 36 de la LOEx, en su apartado 5, el cual señala que “*la carencia de la autorización de residencia y trabajo (...) no invalidará el contrato de trabajo*”, también añade que esta carencia no supone perjuicio en lo concerniente a “*las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social*”, ni tampoco “*será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras, siempre que sean compatibles con su situación*”. Por último, el mismo apartado señala que el trabajador que no tenga la autorización mencionada “*no podrá obtener prestaciones por desempleo*”.

Sin embargo, la carencia de autorización administrativa para trabajar no impide o no exonera al empresario la obligación de cotizar por el trabajador, ya que eso supondría un enriquecimiento injusto del empresario. El artículo 144 LGSS, como ya se explicó, establece la obligación de cotizar desde el inicio de la prestación de trabajo, precepto que analiza el TS en la Sentencia de 2 de diciembre de 1998, RJ 1998/ 10268 y donde explica en su Fundamento de Derecho Segundo que “*la mera solicitud al antiguo INP, hoy Tesorería de la Seguridad Social, de la afiliación o alta del trabajador, sin entrar la norma en si es o no ajustada a derecho tales afiliación o alta, surtirá en todo caso idéntico efecto (en cuanto a la cotización); es decir, aun no siendo procedente la afiliación al alta, se cotiza en función al tiempo trabajado*”. Por tanto,

la obligación de cotización tiene un carácter independiente y desvinculado de las obligaciones formales.<sup>29</sup>

En lo que respecta al alta del trabajador en la Seguridad Social, cabe pensar también que de la relación laboral eficaz y válida entre un empresario y un trabajador extranjero surge la obligación de dar de alta a este último, puesto que el precepto 36.5 LOEx, al hacer referencia a las responsabilidades en materia de Seguridad Social incluye dentro de este concepto las obligaciones de afiliación y cotización.

No obstante, contratar a ciudadanos extranjeros sin la autorización administrativa previa constituye infracción muy grave (arts. 54 LOEx). La multa puede ascender desde los 10.001 hasta los 100.000 euros (art. 55 LOEx). El artículo 48 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, incrementa la multa a imponer, fijando que la multa establecida en la LOEx se *“incrementará en la cuantía que resulte de calcular lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, desde el comienzo de la prestación del trabajo del trabajador extranjero hasta el último día en que se constate dicha prestación de servicios”*.

---

<sup>29</sup> TORTUERO PLAZA, J. L.: *op. cit.*, Pág. 208.

## 7. CONCLUSIONES

Finalmente, como conclusión de todo lo analizado a lo largo del trabajo, parece clara la necesidad de una reforma de la Ley en relación con la responsabilidad en materia de prestaciones. Los problemas de interpretación que suscitan los supuestos planteados impiden un criterio jurisprudencial unificado, de modo que resulta necesario una reforma que afiance la seguridad jurídica y clarifique los conceptos por los cuales se puede exigir responsabilidad a los empresarios.

En primer lugar, la controversia que surge en los supuestos de sucesión de empresa sobre si la responsabilidad solidaria del artículo 168.2 LGSS, en relación con las obligaciones “causadas antes de la sucesión”, se refiere a las producidas o a las reconocidas; tras largo debate doctrinal y jurisprudencial -unos tribunales consideraban que la solidaridad se refería incluso a las obligaciones reconocidas después de la sucesión- el Tribunal Supremo parece haber dado la respuesta más adecuada y apropiada en su sentencia 289/2020, de 7 de mayo, al indicar que la solidaridad alcanza «única y exclusivamente a las prestaciones causadas antes de la sucesión entendiendo por estas las prestaciones generadas y no las reconocidas». Asimismo, sobre los problemas para determinar si las deudas con la Seguridad Social quedan englobadas o no dentro de esa responsabilidad, y aunque la jurisprudencia mayoritaria parece entender que sí quedan englobadas, aún es necesario un pronunciamiento más contundente sobre este conflicto.

En segundo lugar, sobre la controversia en la conjugación de los artículos 168.1 LGSS y 44.2 ET para la responsabilidad en caso de subcontratas –controversia que se deriva del hecho de que ambos artículos establecen una responsabilidad subsidiaria y solidaria respectivamente-, el TSJ de Asturias, en su sentencia 2118/2019, resume de forma muy ilustrativa la relación contradictoria entre ambos preceptos, estableciendo que su coordinación se realiza a partir de la primera frase del artículo 168.1 LGSS, que señala que se aplicará “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, por lo que si no se cumplen los requisitos del artículo 42 ET, surge la responsabilidad subsidiaria del artículo 168.1 LGSS, pero sólo en el supuesto de que el empleador subcontratista fuese declarado insolvente.

Por último, en cuanto a la responsabilidad en materia de cesión de trabajadores, la cuestión parece estar más clara, distinguiéndose entre cesión legal e ilegal. Para las primeras se da una responsabilidad subsidiaria (atendiendo a la lectura conjunta del artículo 168.2 LGSS y 16.3 LETT) y para las segundas se produce una responsabilidad solidaria amparándose en el

artículo 43.3 del ET. Sin embargo, merece reseñarse que aun cuando la doctrina jurisprudencial se muestra a favor de estas responsabilidades, la redacción de estos artículos es confusa y oscura y puede dar lugar a equívoco.

Para terminar, se explicará brevemente mi propuesta para dotar de una mayor seguridad jurídica las responsabilidades que surgen en estos supuestos. Es necesaria una reforma de la ley, de tal manera que toda la responsabilidad en orden a las prestaciones quede regulada por un único precepto, evitando de esta manera las interpretaciones confusas que surgen de la lectura de los artículos que se aplican a cada supuesto. Por tanto, una solución podría ser que el artículo 168.2 LGSS regulase estas responsabilidades, pero sería también necesario modificar la redacción de este, para aclarar y detallar la responsabilidad que se produce en cada caso, así:

1. En los supuestos de sucesión de empresa podría ser una buena solución establecer una responsabilidad solidaria del artículo 168.2 LGSS entre transmitente y adquirente por todas las deudas generadas antes de la sucesión, eliminando así la duda sobre si se responde frente a las obligaciones reconocidas con anterioridad a la sucesión o, si por el contrario, se hace frente a las generadas. También es necesaria una redacción que suprima la duda acerca de la inclusión o no dentro de esta responsabilidad las deudas. La respuesta debería ser afirmativa, ya que el objetivo de la Seguridad Social no es sancionar si no recaudar, y por ello deberían quedar incluidas todas las deudas.

2. En los supuestos de subcontratas, podría ayudar a resolver la controversia mantener la responsabilidad subsidiaria establecida en el artículo 168.2 LGSS, eliminando las diferencias que existen en la actualidad sobre la responsabilidad que se produce, puesto que parece ser distinta en el caso de que se trate de propia actividad o no.

3. Del mismo modo, en los supuestos de cesión (legal e ilegal) de trabajadores se mantendría la responsabilidad ya establecida para cada caso, pero con una redacción de los preceptos más precisa en la que quede claro a qué se debe responder, es decir, cuotas, deudas, prestaciones... Del mismo modo que para los supuestos anteriores, debería establecerse una responsabilidad que en ambos casos -cesión legal e ilegal-, incluya todas las deudas, no solo las prestaciones.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

### 8.1. BIBLIOGRAFÍA

ALMANSA PASTOR, J. M.: *Derecho de la Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 1989.

ALONSO OLEA, M.: *Instituciones de Seguridad Social*, 4ª Edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1972.

BARRIONUEVO PEÑA, J.: “La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social”, *Revista de Política Social*, núm. 100/1973, 1973.

GALA DURAN, C.: *La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social*, Pamplona (Aranzadi), 1997.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “El concepto de propia actividad empresarial”, AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.

QUINTERO LIMA, M. G.: *La evolución histórica de la Seguridad Social en España*, consultado en <http://ocw.uc3m.es/cursos-archivados/derecho-de-la-seguridad-social/lecturas/evolucionhistorica.pdf> (última consulta: 05/12/2020).

TORTUERO PLAZA, J. L. (investigador principal): *La construcción jurisprudencial de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la Seguridad Social*, Consultado en <http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/4af059dc-2be3-4dc0-ad4a-d886040680e6/23.Jurisprudencia+responsabilidad+empresarial+,+Investigaci%C3%B3n.pdf?MOD=AJPERES&CVID=> (última consulta: 05/12/2020)

## 8.2 WEBGRAFÍA.

Historia de la Seguridad Social. Consultado en <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Conocenos/HistoriaSeguridadSocial> (última consulta: 05/12/2020).

Acción Protectora-Prestaciones. Consultado en <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/12778> (última consulta: 05/12/2020).

Afiliación de los trabajadores. Consultado en <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/Afiliacion/7332> (última consulta: 04/12/2020).

Clases de alta. Consultado en <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/PortalEducativo/Profesores/Unidad4/PESS61/PESS72> (última consulta 05/12/2020).

Concepto de alta, baja y variación de datos. Consultado en <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/Afiliacion/32765/32766> (última consulta: 05/12/2020).

Efectos de las altas. Consultado en <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/PortalEducativo/Profesores/Unidad4/PESS61/PESS75> (Última consulta: 05/12/2020).

Historia de la Seguridad Social. Consultado en <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Conocenos/HistoriaSeguridadSocial> (última consulta: 05/12/2020).

Modalidades de pensiones. Consultado en <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Pensionistas/Pensiones/33467> (última consulta: 05/12/2020).

Obligación de cotizar. Consultado en <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/CotizacionRecaudacionTrabajadores/9896/4903> (última consulta: 04/12/2020).



## 9. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

### **Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**

- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala Tercera. Núm. 1988/67, de 17 de diciembre de 1987.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala Sexta. Núm. 2003/386, de 20 de noviembre de 2003.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala Tercera. Núm. 2008/406, de 15 de diciembre de 2005.

### **Tribunal Supremo**

- Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª. Recurso núm. 755/1991, de 30 de julio de 1996.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª. Recurso núm. 329/1991, de 4 de marzo de 1997.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª. Sentencia núm. 3219/1998, de 19 de mayo.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª. Recurso núm. 2030/1993, de 2 de diciembre de 1998.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª. Sentencia núm. 1580/2002, de 6 de marzo.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª. Sentencia núm. 411/2004, de 28 de enero.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª. Recurso núm. 4428/2004, de 22 de noviembre de 2005.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª. Sentencia núm. 7548/2005, de 30 de noviembre.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª. Sentencia núm. 8562/2006, de 13 de noviembre.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª. Recurso núm. 2097/2005, de 23 de enero de 2007.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª. Recurso núm. 504/2006, de 17 de abril de 2007.

- Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª. Recurso núm. 57/2008, de 25 de junio de 2009.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª. Recurso núm. 150/2010, de 24 de noviembre.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª. Recurso núm. 2114/2010, de 17 de diciembre.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Social. Sección 991ª. Recurso núm. 158/2013, de 26 de marzo de 2014.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª. Sentencia núm. 750/2019, de 5 de noviembre.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª. Sentencia núm. 56/2020, de 23 de enero.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª. Sentencia núm. 103/2020, de 5 de febrero.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª. Sentencia núm. 289/2020, de 7 de mayo.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª. Sentencia núm. 700/2020, de 22 de julio.

### **Tribunales Superiores de Justicia**

- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sección 1ª. Sentencia núm. 8043/1998, de 11 de noviembre.
- Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, Sala de lo Social, Sección 1ª. Recurso núm. 284/2000, de 30 de mayo.
- Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, Sala de lo Social, Sección 1ª. Sentencia núm. 1206/2000, de 25 de octubre.
- Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 3ª. Sentencia núm. 875/2003, de 23 de junio.
- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sección 1ª. Sentencia núm. 1075/2004, de 11 de febrero.
- Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª. Sentencia núm. 338/2005, de 21 de abril.
- Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª. Sentencia núm. 350/2005, de 22 de abril.
- Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, Sala de lo Social, Sección 1ª. Sentencia núm. 1445/2005, de 22 de diciembre.
- Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social, Sección 1ª. Sentencia núm. 1416/2006, de 10 de mayo.
- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sección 1ª. Sentencia núm. 5159/2007, de 9 de julio.

- Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, Sección 1ª. Sentencia núm. 2118/2019, de 29 de octubre.