



Roj: **STS 1083/2024 - ECLI:ES:TS:2024:1083**

Id Cendoj: **28079149912024100005**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **21/02/2024**

Nº de Recurso: **3316/2020**

Nº de Resolución: **307/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 5938/2020,**  
**STS 1083/2024**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **PLENO**

#### **Sentencia núm. 307/2024**

Fecha de sentencia: 21/02/2024

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 3316/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/12/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA SOCIAL

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sagrario Plaza Golvano

Transcrito por: AOL

Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3316/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sagrario Plaza Golvano

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **PLENO**

#### **Sentencia núm. 307/2024**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer



D. Sebastián Moralo Gallego

D.<sup>a</sup> María Luz García Paredes

D.<sup>a</sup> Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 21 de febrero de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D<sup>a</sup> Agueda , representada y defendida por el Letrado Sr. Capel Ramírez, contra la sentencia nº 1196/2020 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Granada), de 14 de mayo, en el recurso de suplicación nº 2076/2019, interpuesto frente a la sentencia nº 293/2019 de 12 de julio, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Almería, en los autos nº 306/2018, seguidos a instancia de dicha recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y D. Pío ..

Ha comparecido en concepto de recurrido el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y defendido por la Letrada Sra. García Perea.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 12 de julio de 2019, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Almería, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que estimando la demanda formulada por la trabajadora D<sup>a</sup>. Agueda , defendida y representada por el Letrado D. Diego Capel Ramírez, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, defendidos y representados por la Letrada del Cuerpo de la Administración de la Seguridad Social D<sup>a</sup>. Blanca García Martínez; y el empleador D. Pío , debo revocar y revoco la resolución administrativa impugnada, declarando la **responsabilidad directa** del empleador demandado en el **pago** de las prestaciones de IT derivada de enfermedad común que abarca durante el periodo de tiempo comprendido desde el 1 de septiembre de 2014 al 26 de mayo de 2015, la cual se ha de calcular **sobre** una base reguladora de 1.250 euros mensuales, absolviendo de cualquier **responsabilidad** en el abono de la prestación de IT a la entidad gestora demandada."

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

1º.- La actora, Agueda , mayor de edad, nacida el día NUM000 de 1983, con DNI nº NUM001 , afiliada al Régimen General de la Seguridad Social con número NUM002 , siendo su profesión habitual de Comercial, causó baja médica, derivada de accidente no laboral, en fecha 1 de septiembre de 2014 mientras prestaba sus servicios profesionales bajo la dependencia del empleador D. Pío , con una antigüedad de 1 de junio de 2014. La causa de la baja médica fue debido a "Fractura cerrada metatarsiano". La trabajadora causó alta médica el día 26 de mayo de 2015 por curación o mejoría que le permite realizar su trabajo habitual. (expediente administrativo; doc. nº 1, 3 y 4 actora).

2º.- Incoado expediente de Incapacidad Temporal, previa solicitud de la actora, mediante escrito de fecha 8 de julio de 2015, recayó resolución de la D. P. de Almería del I.N.S.S. con fecha registro de salida 14 de noviembre de 2017 por la que se denegaba la prestación de IT "Por no encontrarse en alta o situación asimilada a la de alta en la fecha del hecho causante de la prestación, según lo dispuesto en el art. 165.1 del 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" (expediente administrativo).

3º.- Presentada la oportuna reclamación previa el 29 de diciembre de 2017, solicitando la parte actora la prestación de IT, se dictó Resolución de la D.G. de Almería del INSS de fecha 19 de marzo de 2018, desestimando la reclamación en base a los mismos fundamentos de la resolución anterior (expediente administrativo).

4º.- La base reguladora de la prestación de incapacidad temporal por accidente no laboral asciende a 1.250 euros mensuales y la fecha de efectos es de 1 de septiembre de 2014 (fecha baja médica por IT) (hecho no controvertido; doc. nº 1 actora).

5º.- En fecha 11 de octubre de 2017 se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social número Cuatro de Almería , por la que, estimando la demanda presentada por el trabajador demandante, condenó al empleador D. Pío a abonar a aquélla cantidad de 2.500 euros en concepto de nóminas de los meses de julio y agosto de 2014



y prestaciones de IT. Asimismo, en la mencionada sentencia se recoge que existe una relación laboral entre ambas partes procesales desde el día 1 de junio de 2014, reconociendo un salario por importe de 1.250 euros mensuales. (expediente administrativo; doc. nº 1 actora)".

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Granada), dictó sentencia con fecha 14 de mayo de 2020, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup>. Agueda contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Almería, en fecha 12 de julio de 2019, en Autos núm. 306/18, seguidos a su instancia social en reclamación de materias de seguridad social, frente a D. Pio , el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, debemos confirmar y confirmamos la Sentencia recurrida".

**TERCERO.-** Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Capel Ramírez, en representación de D<sup>a</sup> Agueda , mediante escrito de 29 de septiembre de 2020, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 30 de abril de 2019 (rec. 656/2018). SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 94, 95, 96 LGSS de 1966.

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

**QUINTO.-** Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

**SEXTO.-** Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 12 de diciembre de 2023. Por providencia de 12 de diciembre y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. A tal efecto se suspende el señalamiento acordado, trasladando el mismo para el día 21 de febrero de 2024, para cuya fecha se convocará a todos los Magistrados de esta Sala, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Antecedentes y términos del debate.

Se discute ahora si, en prestaciones por incapacidad (aquí temporal) derivada de accidente no laboral, cuando el empresario incumple sus obligaciones de dar de alta y cotizar, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) responde subsidiariamente del **pago** (aquí del **subsidio**). En el caso la **empresa** infractora es insolvente y no existe una Mutua colaboradora que pudiera hacerlo.

#### 1. Hechos relevantes.

Según los hechos probados la demandante (comercial) causó baja médica derivada de accidente no laboral el 1 de septiembre de 2014. Prestaba servicios para el empleador desde 1 de junio de 2014.

La causa de la baja médica fue una "Fractura cerrada metatarsiano". La trabajadora causó alta médica el día 26 de mayo de 2015 por curación o mejoría que le permite realizar su trabajo habitual.

Mediante sentencia de 11 de octubre de 2017 el Juzgado de lo Social nº 4 de Almería estima la demanda presentada por la trabajadora y condena al empleador a abonarle 2.500 euros en concepto de nóminas de los meses de julio y agosto de 2014 y prestaciones de IT

El INSS (Resolución de 14 noviembre de 2017) denegó la prestación de incapacidad temporal (IT) por no encontrarse la trabajadora en alta o situación asimilada a la de alta en la fecha del hecho causante de la prestación ( art. 165.1 LGSS). Una posterior Resolución de 19 de marzo de 2018 desestimo la reclamación previa.

En su demanda promotora de los presentes autos la trabajadora interesa que se declare que su IT deriva de accidente no laboral y que la **responsabilidad** de abonar la prestación económica corresponde al empresario, asumiendo el INSS la de carácter subsidiario.

#### 2. Sentencias dictadas en el procedimiento.

A) Mediante su sentencia 293/2019 de 12 de julio el Juzgado de lo Social nº 1 de Almería estima la demanda en los siguientes términos: 1º) Revoca la resolución administrativa impugnada. 2º) Declara la **responsabilidad directa** del empleador demandado en el **pago** de las prestaciones de IT derivada de enfermedad común. 3º)



Establece la base reguladora en 1.250 euros mensuales. 4º) Absuelve de cualquier **responsabilidad** en el abono de la prestación de IT a la entidad gestora demandada.

En la fundamentación recuerda el tenor de los arts. 172 y 165 LGSS, recalcando que se trata de un proceso de IT por contingencia común sin estar de alta en la Seguridad Social. Ese radical incumplimiento empresarial comporta su **responsabilidad directa** en el abono de las prestaciones derivadas de dicho proceso (desde 1 de septiembre de 2014 a 26 de mayo de 2015) absolviendo de cualquier **responsabilidad** a la Entidad Gestora demandada.

Invoca las SSTS 17 febrero, 21 septiembre y 22 noviembre 2009 para explicar que aquí no juega el anticipo de prestaciones, sino la **responsabilidad directa** del empleador.

Respecto de la **responsabilidad** subsidiaria del INSS, de la mano de las SSTS 21 mayo 2009 (rcud. 1515/2008) y 15 noviembre 2009 (rcud. 2864/2006) concluye que no cabe la **responsabilidad** subsidiaria.

B) Disconforme con el referido pronunciamiento, la trabajadora interpuso recurso de suplicación. Consideraba vulnerado el art. 126 LGSS así como la doctrina de la STS 3 noviembre 2009 y la doctrina de la STSJ Murcia 30 abril 2019. Sostenía que al tratarse de accidente (no de enfermedad) común sí le era aplicable la **responsabilidad** subsidiaria, con base en el art. 94.5 LSSS/1966.

C) A través de la sentencia 1196/2020 de 14 mayo la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) desestima el recurso. Invoca la doctrina de STS 16 diciembre 2009 para concluir que no opera el principio de automaticidad y su importante consecuencia de anticipo de la prestación a cargo del INSS.

Asimismo, expone que la claridad de la doctrina acogida en SSTS 21 mayo 2009 (rcud. 1515/2008) y 15 noviembre 2009 (rcud. 2864/2006) lleva a descartar la **responsabilidad** subsidiaria del INSS.

### 3. Recurso de casación unificadora y escritos concordantes.

A) Disconforme con la solución alcanzada por la Sala de suplicación, con fecha 30 de septiembre de 2020 el Abogado y representante de la trabajadora formaliza el recurso de casación que ahora resolvemos.

Denuncia la infracción de los artículos 94, 95 y 96 de la Ley de Seguridad Social de 1966 (aprobada por Decreto 907/1966 de 21 abril) y expone detalladamente las reglas **sobre responsabilidad** en caso de contingencias profesionales, las repercusiones de la infracción y la evolución histórica habida en la materia.

Sostiene que la remisión del art. 94.5 de la LSS/1966 al apartado 4, donde se contempla el régimen de los accidentes de trabajo, comporta la **responsabilidad** subsidiaria del INSS en caso de insolvencia empresarial. Así, aunque no exista el principio de automaticidad en los supuestos de incapacidad derivada de contingencias comunes, el INSS debe responder subsidiariamente en caso de insolvencia del empresario con el Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, tal y como resuelve la sentencia de contraste.

Entiende que la STS 3 noviembre 2009 abre las puertas a esa solución, al abordar supuesto en que se produce un accidente en el periodo que media desde el despido (con la baja en Seguridad Social) hasta la resolución del procedimiento con sentencia de nulidad o improcedencia.

B) A través de su escrito fechado el 24 de noviembre de 2021 la Letrada de la Administración de la Seguridad Social impugna el recurso. Considera acertada a doctrina de la sentencia recurrida, con anclaje en el art. 126 LGSS/1994 ( art. 167 LGSS/2015). Cita diversa jurisprudencia de esta Sala, en concordancia con las resoluciones ya invocadas por el Juzgado y la Sala de suplicación.

C) Con fecha 14 de diciembre de 2021 la representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el artículo 226.3 LRJS.

Considera cumplido el presupuesto del artículo 219.1 LRJS (sentencias contradictorias) e improcedente el recurso, pues la sentencia recurrida concuerda con la jurisprudencia ya unificada.

Conforme a la sentencia de 15.10.2009 (RUD 2864/2006), que recoge la doctrina de la Sala **sobre la responsabilidad** del INSS en casos de falta de alta y de cotización citando otras sentencias anteriores, el recurso debe ser desestimado, al no existir ninguna razón para variar dicha doctrina.

### 4. Normas aplicables.

La cuestión que se discute gira en torno al alcance que poseen las previsiones de diversos preceptos.

#### A) Ley de Seguridad Social de 1966

Mediante Decreto 907/1966, de 21 de abril, se aprobó el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, **sobre** Bases de la Seguridad Social. La remisión al reglamento que las sucesivas Leyes Generales de la Seguridad Social vienen conteniendo, junto con la ausencia efectiva del mismo, han provocado que



consideremos subsistentes las previsiones albergadas por los artículos 94 y siguientes de la Ley de Seguridad Social de 1966.

Su artículo 94 ("Imputación de **responsabilidades** en orden a las prestaciones") dispone que el empresario responde de las prestaciones devengadas por sus trabajadores cuando medie falta de afiliación o alta, así como falta de ingreso de las cotizaciones.

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

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

Y el artículo 95 ("Alcance de la **responsabilidad** empresarial y anticipo de prestaciones), en su número 1, regla cuarta, dispone lo siguiente:

Las prestaciones de vejez y las pensiones y **subsidios** de invalidez y supervivencia serán a cargo del empresario y se abonarán al trabajador o a sus derecho-habientes a través de la Entidad Gestora correspondiente. A tal efecto, el empresario constituirá en la misma o, en su caso, en el correspondiente Servicio Común de la Seguridad Social, el capital necesario para que se proceda con él al abono de las mencionadas prestaciones. El importe del capital será determinado por la citada Entidad Gestora o Servicio Común, teniendo en cuenta las Tablas que fije el Ministerio de Trabajo. El empresario responsable, así como el alcance total o parcial de su **responsabilidad**, se determinará con arreglo a lo dispuesto en las normas reglamentarias, en el supuesto de que la obligación de cotización exigida para las prestaciones haya sido incumplida a lo largo del tiempo por uno o varios empresarios.

#### **B) Ley General de Seguridad Social de 1994.**

**Sobre responsabilidad** en orden a las prestaciones, el artículo 126 de la LGSS/1994 vino disponiendo durante toda su vigencia lo siguiente:

[...] 2. 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.

3. No obstante lo establecido en el apartado anterior, las entidades gestoras, Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales o, en su caso, los servicios comunes procederán, de acuerdo con sus respectivas competencias, al **pago** de las prestaciones 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 aquéllas 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**. [...]

#### **C) Ley General de la Seguridad Social de 2015**

La vigente LGSS/2015 ha recogido las previsiones de su predecesora, de modo que el art. 167 reitera tanto la rúbrica cuanto el contenido del art. 126 LGSS/1994.

#### **SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.**

Además de constituir una exigencia legal expresa, controlable incluso de oficio a fin de evitar que se desnaturalice este excepcional recurso, la contradicción entre las resoluciones contrastadas ha sido cuestionada por la impugnación al recurso formalizada desde la Administración de la Seguridad Social. Eso redobla la necesidad de que debamos examinarla de inmediato, antes de abordar, en su caso, las infracciones normativas denunciadas.

#### **1. El presupuesto del artículo 219.1 LRJS .**

El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de



lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos **sobre** el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

## 2. Sentencia referencial.

A efectos de la preceptiva comparación el recurso invoca la STSJ Murcia 459/2019 de 30 abril, ya mencionada en el recurso de suplicación y en la sentencia recurrida.

Estimó la pretensión del demandante y revocó contra la sentencia de instancia que solo había condenado a la **empresa** a depositar en la TGSS el capital coste de la renta necesario para pagar al demandante una pensión vitalicia derivada de la declaración de IPT por accidente no laboral y absolvió al INSS. En lo que aquí interesa, condenó al INSS con carácter subsidiario.

En su Fundamento Tercero especifica que la condena al empleador (un Club de Fútbol) se sustenta en que incumplió las obligaciones de alta y cotización. El supuesto se complicaba porque el trabajador había prestado servicios en diversas **empresas** y países, pero se trata de materia que ahora no interesa examinar.

## 3. Contradicción concurrente.

Tal y como entiende el Informe de Fiscalía, y no cuestiona la impugnación al recurso, existe contradicción porque en ambos casos los demandantes pretenden la condena al abono de una prestación por incapacidad derivada de accidente no laboral, cuando la **empresa** para la que prestaban servicios ni siquiera les había dado de alta, en primer lugar frente la **empresa** y subsidiariamente el abono por el INSS de la prestación solicitada.

### TERCERO.- Doctrina **sobre responsabilidad** en orden al **pago** de prestaciones.

Como queda expuesto, tanto las sentencias contrastadas cuanto los principales escritos procesales generados durante el presente procedimiento invocan el tenor de nuestra doctrina unificada para respaldar sus respectivas posiciones. Se hace necesario, por tanto, el recordatorio ordenado de un ramillete de criterios sentada ya hace algún tiempo y respecto del que no se han puesto de relieve datos nuevos que aconsejen su revisión.

Las SSTS 21 mayo 2009 (rcud. 1515/2008), 15 octubre 2009 (rcud. 2864/2006) y 29 abril 2010 (rcud. 2196/2009) contienen las consideraciones seguidamente recordadas.

### 1. Diferencia entre ausencia de alta y defectos en la cotización.

Las SSTS 1 junio de 2004 (rcud. 4465/2003), 26 octubre 2004 (rcud. 3482/2003), 16 febrero 2005 (rcud. 136/2004), 4 diciembre 2007 (rcud. 4611/2006) y 8 noviembre 2006 (rcud. 3392/2005) perfilaron la **responsabilidad** en el abono de prestaciones de Seguridad Social en los diferentes casos de incumplimientos empresariales en las obligaciones de alta y cotización.

De toda esta doctrina jurisprudencial se infiere que cuando se trata de una falta absoluta de alta en la Seguridad Social la **responsabilidad recae**, única y **exclusivamente**, en la **empresa** incumplidora de este deber empresarial, sin que, por tanto exista obligación alguna de anticipo ni para el INSS ni para la Mutua colaboradora si es, esta, la aseguradora, ya que no rige el principio de automaticidad de las prestaciones. Tampoco surge **responsabilidad** subsidiaria para el INSS.

Si de lo que se trata es de un defecto de aseguramiento, bien por infracotización o por la cualificación, cuantía y reiteración de los descubiertos en el abono de las cotizaciones a la Seguridad Social, la obligación de la Entidad Aseguradora, sea, esta, el Inss o la Mutua Patronal de Accidentes, es la proceder al adelanto del **subsidio**, sin perjuicio del ulterior resarcimiento a cargo de la **empresa** incumplidora, siendo de significar que en aquellos casos, como el hoy sometido a enjuiciamiento de la Sala, en los que la Mutua Patronal asume, en función colaboradora, la protección de las contingencias comunes además de las derivadas de accidente de trabajo, el INSS sólo asume la **responsabilidad** subsidiaria cuando se produce una situación de insolvencia de la Mutua pero no de la **empresa** incumplidora de sus obligaciones de cotización con la Seguridad Social.

### 2. Razones del diferente régimen aplicable a la **responsabilidad** subsidiaria.

Las razones que avalan esta exclusión de la **responsabilidad** subsidiaria del INSS se hallan, en relación con la IT que es objeto de consideración en el presente recurso, en que se está ante una contingencia común sometida al régimen jurídico de la Seguridad Social que no es susceptible de reaseguramiento por parte de la Entidad que asume su cobertura -en este caso la Mutua Patronal de Accidentes- para garantizar el riesgo derivado de



la falta de cotización, de lo que deriva la imposibilidad jurídica de resarcimiento de lo que se llegue a satisfacer al trabajador beneficiario del **subsidio**, respecto de la que habrá de actuar, en tales casos, como responsable subsidiaria la propia Mutua de Seguros.

No ocurre lo mismo cuando se trata de I.T. derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional para la que subsiste la **responsabilidad** subsidiaria del Inss, en virtud de haber sido, este organismo, sucesor del extinguido Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, conforme a lo previsto en la Disposición Final Primera del Real Decreto 36/1978, de 16 de noviembre, en relación con lo previsto en los artículos 39 a 41 del Decreto de 22 de Junio de 1956 que venían a garantizar tanto la insolvencia empresarial como la de la Mutua Patronal.

### 3. Diferencia entre insolvencia empresarial y de la Mutua colaboradora.

Cuestión distinta es la de la **responsabilidad** subsidiaria del INSS en los casos de insolvencia de la Mutua Patronal aseguradora de la contingencia común, por cuanto, en ellos, no se puede desconocer el deber impuesto a los Poderes Públicos por el artículo 41 de la Constitución Española en orden a la instauración de un sistema protector de Seguridad Social a favor de todos los ciudadanos lo que se reitera en los artículos 1, 2 y 4 de la Ley General de Seguridad Social en cuyo artículo 38.1.c) se atribuye a la I.T. el carácter de contingencia básica.

La instauración de un régimen de colaboración en el marco de la gestión de la Seguridad Social Pública obligatoria cuyo objetivo, en concordancia con lo previsto en el artículo 129 de la Constitución Española, aparece reflejado en la Exposición de Motivos de la Ley General de Seguridad Social de 1974 cuando dice "reforzar el sentido de **responsabilidad** de las personas y entidades interesadas, premisa mayor del éxito de un programa de Seguridad Social y al mismo tiempo facilitar y garantizar la eficacia del sistema. La colaboración o intervención ha de tener, en todo caso, el límite impuesto por las exigencias del bien común" pone de relieve la necesidad ineludible de que la Entidad Gestora INSS, como garante último del sistema público de Seguridad Social, se haga cargo de la **responsabilidad** derivada de la insolvencia de la Mutua Patronal aseguradora de contingencias comunes, máxime tratándose de una prestación como la I.T. que, por sus características, se halla precisada de una protección sin fisuras.

No puede ser obstáculo a cuanto se deja razonado la inexistencia de una concreta previsión legal al respecto, en atención a que lo principal para la Mutuas Patronales es el aseguramiento de los riesgos profesionales y no las contingencias comunes y, por otra parte, la ratificación por España del Código Europeo de Seguridad Social -B.O.E. 17 de marzo de 1995- que sustituyó al Convenio número 102 de la O.I.T. constituye un argumento más y de peso para establecer la **responsabilidad** en casos de insolvencia de la Mutua Patronal en cuanto establecen la garantía de las "prestaciones monetarias o indemnizaciones- de enfermedad a las personas protegidas.

### 4. El caso de la STS 3 noviembre 2009 (rcud. 1434/2009 ).

El recurso destaca que la STS 3 noviembre 2009 (rcud. 1434/2009) abre las puertas a la **responsabilidad** subsidiaria del INSS por insolvencia empresarial.

Conforme a su doctrina, que reitera lo dicho previamente, la declaración de improcedencia o nulidad de despido obliga a la **empresa**, de acuerdo con las normas legales ( art. 209.6 LGSS) y reglamentarias de aplicación, a cotizar por el período correspondiente a salarios de tramitación, sin perjuicio de la obligación del empresario de dar de baja al trabajador en cuanto se produce su cese en la prestación de servicios. El modo de conciliar ambas previsiones normativas es considerar que el trabajador despedido, durante la tramitación del proceso de despido, puede adquirir con efectos retroactivos la situación de asimilación al alta, en caso de improcedencia o nulidad sobrevenidas del despido acordado.

### 5. Conclusión.

Si el trabajador no está en alta, la **responsabilidad** del **pago** del **subsidio recae directa y exclusivamente sobre** la **empresa**. No existe obligación alguna de anticipo para el INSS (ni para la Mutua, si es ésta la que cubre en la **empresa** tales contingencias), puesto que en tal caso no rige el principio de automaticidad de las prestaciones. Y tampoco surge ninguna **responsabilidad** subsidiaria para el INSS (o la Mutua en su caso) por la insolvencia patronal.

Esa es la conclusión a que ha accedido este Tribunal en las resoluciones mencionadas y otras muchas, sin que la invocada STS 3 noviembre 2009 (rcud. 1434/2009) represente quiebra alguna de esa línea interpretativa. Allí el problema analizado es bien diverso al de la **empresa** que proporciona ocupación sin dar de alta, pues se refiere a los efectos de que venga obligada a cotizar retroactivamente por el tiempo de salarios de tramitación y surja, precisamente entonces, un accidente no laboral.



Recordemos que este criterio (opuesto al anticipo de la prestación a cargo de la Entidad Gestora) lo hemos sostenido respecto del **subsidio** de maternidad en nuestras SSTS 3 junio 2014 (rcud. 2259/2013) y 22 enero 2016 (rcud. 1931/2014). La reciente STS 987/2023 de 21 noviembre (rcud. 3655/2022) ha sostenido igual criterio respecto del **subsidio** de maternidad, aplicando "la reiterada doctrina general de esta Sala IV, que exime al INSS de la obligación de anticipar las prestaciones de seguridad social derivada de contingencias comunes, cuando se declara la **responsabilidad** de la **empresa** por incumplimiento de la obligación de cursar el alta de la trabajadora en seguridad social".

#### **CUARTO.- Resolución.**

##### **1. Desestimación del recurso.**

Elementales razones de coherencia, seguridad jurídica e igualdad en la aplicación del Derecho abocan a que desestimemos el recurso de casación unificador interpuesto, toda vez que la sentencia recurrida se atiene a la doctrina ya unificada y no apreciamos razón alguna para alterarla pese al tiempo transcurrido desde que fue establecida.

Ni el legislador ha incidido **sobre** el tema, ni los argumentos expuestos por el recurso justificarían el abandono de ese criterio. En particular, la remisión del artículo 94.5 de la LSS/1966 al apartado 4 se refiere **exclusivamente** a "prestaciones causadas en caso de invalidez permanente derivadas de accidente no laboral", como se ha visto y no a las de la incapacidad temporal. Recordemos que la LSS de 1966 diferenciaba la incapacidad laboral transitoria (art. 126) y su "**subsidio**" (art. 127) de la "invalidez" permanente o provisional (art. 132).

##### **2. Unificación doctrinal.**

Cumpliendo la misión que constitucional y legalmente nos está reservada ( arts. 123 y 152.1 CE; art. 219 LRJS) debemos unificar las discrepantes doctrinas enfrentadas en el presente caso. Por las razones que hemos expuesto, en buena parte coincidentes con las de la sentencia referencial, ello nos aboca a considerar acertada la contenida en la sentencia recurrida. Reiteramos, pues, la doctrina acuñada en numerosas ocasiones.

Si el trabajador no está en alta y sufre una contingencia común, la **responsabilidad** del **pago** del **subsidio** por IT **recae directa y exclusivamente sobre** la **empresa**. En tal caso no existe obligación alguna de anticipo para el INSS (ni para la Mutua, si es ésta la que cubre en la **empresa** tales contingencias), puesto que no rige el principio de automaticidad de las prestaciones. Tampoco surge ninguna **responsabilidad** subsidiaria para el INSS (o la Mutua en su caso) por la eventual insolvencia patronal.

##### **3. Pronunciamientos accesorios**

Al coincidir la doctrina de la sentencia recurrida con la que habíamos establecido de modo reiterado y no apreciarse novedades que aconsejaran su reconsideración, el recurso debiera haberse inadmitido por ausencia de contenido casacional. Ello no obstante, la Sala prefirió apurar la tutela judicial y someter el asunto a un estudio más profundo y a ulterior debate, que ha arrojado el resultado expuesto.

La posibilidad de que un recurso admitido a trámite finalice con una resolución mediante la cual se concluye que concurre una causa de inadmisión es acorde con nuestra jurisprudencia. Recordemos que cualquier causa que pudiese motivar en su momento la inadmisión del recurso, una vez que se llega a la fase de sentencia queda transformada en causa de desestimación (por todas, SSTS 1036/2016 de 2 diciembre; 107/2017 de 8 febrero; 123/2017 de 14 febrero; 346/2017, de 25 abril; 434/2017 de 16 mayo).

Se trata de una consecuencia que no puede considerarse contraria al derecho a la tutela judicial efectiva. Con arreglo a reiterada jurisprudencia constitucional "La comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos" (Por todas, SSTC 32/2002, de 11 de febrero y 200/2012, de 12 de noviembre).

De conformidad con las previsiones del artículo 235 LRJS, pese a que la recurrente ha sido vencida en su pretensión, dada la condición en que litiga, no debemos imponerle las costas ocasionadas a la contraparte por el recurso.

Tampoco es procedente que adoptemos decisión alguna **sobre** depósitos, consignaciones o cautelas puestas en juego como consecuencia de este recurso.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :





1º) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Dª Agueda , representada y defendida por el Letrado Sr. Capel Ramírez.

2º) Confirmar y declarar firme la sentencia nº 1196/2020 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Granada), de 14 de mayo, en el recurso de suplicación nº 2076/2019, interpuesto frente a la sentencia nº 293/2019 de 12 de julio, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Almería, en los autos nº 306/2018, seguidos a instancia de dicha recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y D. Pio .

3º) No adoptar decisión especial en materia de costas procesales, debiendo asumir cada parte las causadas a su instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ