



Roj: **STSJ EXT 750/2005 - ECLI: ES:TSJEXT:2005:750**

Id Cendoj: **10037330012005100467**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **19/05/2005**

Nº de Recurso: **2342/1998**

Nº de Resolución: **438/2005**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **DANIEL RUIZ BALLESTEROS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUSTICIA DE EXTREMADURA, INTEGRADA POR LOS ILMOS

T.S.J.EXTREMADURA SALA CON/AD

CACERES

SENTENCIA: 00438/2005

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, integrada por los Iltmos. Sres. Magistrados del margen, en nombre de S. M. el Rey, ha dictado la siguiente:

**SENTENCIA Nº. 438**

PRESIDENTE:

DON WENCESLAO OLEA GODOY

MAGISTRADOS:

DOÑA ELENA MENDEZ CANSECO

DON MERCENARIO VILLALBA LAVA

DON DANIEL RUIZ BALLESTEROS/

En Cáceres a diecinueve de mayo de dos mil cinco.

Visto el recurso contencioso administrativo número 2.342 de 1.998, promovido por el Procurador Sr. Campillo Alvarez, en nombre y representación de la recurrente FERROVIAL, S.A., siendo demandada LA TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, representada por el Sr. Letrado de esa Tesorería, sobre: contra Resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social de fecha 13-4-98 desestimatoria del recurso ordinario interpuesto contra la reclamación de la deuda número 0697014698237, recurso ordinario número 98/88, periodo 12/96, por importe de 618.083.

Cuantía.- 3.719,08 €-.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO: Por la parte actora se presentó escrito mediante el cual interesaba se tuviera por interpuesto recurso contencioso administrativo contra el acto que ha quedado reflejado en el encabezamiento de esta sentencia.

SEGUNDO: Seguido que fue el recurso por sus trámites, se entregó el expediente administrativo a la representación de la parte actora para que formulara la demanda, lo que hizo seguidamente dentro del plazo, sentando los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminando suplicando se dictara una sentencia por la que se estime el recurso con imposición de costas a la parte demandada; dado traslado



de la demanda a la parte demandada para que la contestase, evacuo dicho trámite interesando se dictara una sentencia desestimatoria del recurso, con imposición de costas a la parte actora.

TERCERO: Recibido el recurso a prueba, se admitieron y practicaron todas las propuestas, obrando en los ramos separados de las partes, declarándose concluso este periodo, se pasó al de conclusiones, donde las partes evacuaron por su orden interesando cada una de ellas se dictada sentencia de conformidad a lo solicitado en el suplico de sus escritos de demanda y de contestación a la misma, señalándose seguidamente día para la votación y fallo del presente recurso, que se llevó a efecto en el fijado.

CUARTO: En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Siendo ponente para este trámite el lltmo. Sr. Magistrado

D. DANIEL RUIZ BALLESTEROS, que expresa el parecer de la Sala.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO: Se somete a la consideración de la Sala la Resolución de la Dirección Provincial de Badajoz, de fecha 13 de Abril de 1998, que desestima el recurso ordinario interpuesto contra la reclamación de deuda por responsabilidad solidaria de la entidad mercantil "Ferrovial, S.A." respecto a las deudas de los trabajadores de la entidad " DIRECCION000 , C.B." durante el período 12/96. La parte demandante expone que actuó con la diligencia debida al exigir a la comunidad " DIRECCION000 , C.B." la presentación de los documentos de cotización TC1 y TC2 con el sello de la entidad financiera y que la responsabilidad exigida no puede extenderse a todos los trabajadores de la plantilla sino únicamente a los que desarrollaron sus trabajos en la obra titularidad de "Ferrovial, S.A.". La Administración demandada, por su parte, interesa la desestimación del presente recurso con base a las consideraciones que obran en su escrito de contestación a la demanda.

SEGUNDO: El primer motivo de impugnación alegado por la parte actora se basa en que cumplió con la diligencia que le era exigible al comprobar que " DIRECCION000 ." había presentado los documentos de cotización TC1 y TC2 ante una entidad financiera para proceder a su pago, comprobándose posteriormente que la comunidad de bienes no ingresaba las cuotas en el banco y que había procedido a la falsificación del sello del "Banco Popular Español, S.A.", lo que motivó la condena penal de Don Carlos Alberto por la comisión de un delito continuado de uso de documento oficial falso y un delito continuado de estafa, conforme al contenido de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz, confirmada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Frente a la argumentación de la parte actora, debemos partir del contenido del artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/95, de 24 de Marzo , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción vigente al período que se refiere la contrata, que disponía en el inciso primero que "Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante"; y en el inciso segundo que "El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo". No cabe duda que nos encontramos ante el supuesto contemplado en el inciso segundo donde se establece una responsabilidad solidaria del empresario principal no sólo de las obligaciones de Seguridad Social sino también de las de carácter salarial que adeuden las empresas subcontratistas durante el período de la contrata, y al tratarse de una responsabilidad solidaria, por los principios generales a los que responde este tipo de obligaciones, el acreedor podrá dirigirse indistintamente contra el obligado principal o contra el responsable solidario. En el precepto no se establece que la responsabilidad quede desvirtuada en atención a la diligencia que haya podido desplegar el responsable solidario, en consecuencia, la presentación de los documentos de cotización TC1 y TC2 que solicitaba "Ferrovial, S.A." no permiten excluir su responsabilidad frente a los trabajadores y a la Tesorería General de la Seguridad Social. La aportación de los documentos de cotización formaba parte de los pactos internos a los que habían llegado la actora y la comunidad de bienes en el contrato celebrado el día 27 de Agosto de 1996 para la ejecución de la obra de cuarenta y ocho viviendas unifamiliares en Mérida pero ello en nada vincula a la Tesorería General de la Seguridad Social y la responsabilidad solidaria legalmente establecida en el precepto mencionado. El inciso segundo del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores no establece



mecanismo alguno que permita al responsable solidario desvirtuar la responsabilidad establecida por las deudas contraídas durante el período de la contrata, a diferencia de lo dispuesto en el inciso primero donde se contempla la posibilidad de pedir un certificado negativo de descubierto a la Tesorería General de la Seguridad Social para comprobar que el empresario subcontratado está al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social anteriores a la fecha de la contrata. La falta de una técnica similar implica que la responsabilidad solidaria por las deudas salariales y sociales durante el período de vigencia de la contrata no puede ser eludida por el empresario principal que se coloca, por tanto, en una posición de garante frente a los trabajadores y la Entidad Gestora durante el tiempo de duración de la contrata, a fin de evitarles perjuicios tanto salariales como del pago de las cuotas sociales. La responsabilidad solidaria no se extingue en tanto la deuda no haya sido totalmente satisfecha, según se desprende del artículo 1.144 del Código Civil con suficiente claridad, pudiendo el acreedor dirigirse contra cualquiera de los deudores en tanto el pago no se haya efectuado. La distinción elemental en Derecho entre la responsabilidad subsidiaria que sólo se puede hacer efectiva previa insolvencia del deudor directo, de la responsabilidad solidaria en la que el acreedor puede dirigirse a su elección contra cualquiera de los obligados solidarios o contra todos ellos conjuntamente, permite a la Seguridad Social dirigirse contra la sociedad recurrente, pues el artículo 42,2 del Estatuto de los Trabajadores , establece un tipo de responsabilidad solidaria para el empresario principal en los casos de contratos y subcontratos de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal y durante el año siguiente a la terminación del encargo, si bien con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en las mismas categorías o puestos de trabajo. La conclusión de todo ello es que dentro del marco legal del artículo 42,2 del Estatuto de los Trabajadores , no resultaba válido, a los efectos de desvirtuar la responsabilidad solidaria frente a la Seguridad Social, que el empresario principal requiriese a la comunidad de bienes los documentos de cotización, pues dicha técnica no es contemplada en el artículo 42,2 del Estatuto de los Trabajadores para desvirtuar su responsabilidad solidaria, y aunque no es habitual, la presentación de esos documentos por parte de la comunidad de bienes no descartaba que no se hubiera procedido al ingreso de las cotizaciones sociales, como ocurrió en el caso que examinamos donde el condenado penalmente aportaba a "Ferrovial, S.A." los documentos de cotización con la única finalidad de obtener el pago de la contraprestación pactada con la demandante.

La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de Marzo de 2002 , citada por la parte actora en su escrito de demanda, constituye una resolución aislada que no es coincidente con la doctrina reiterada mantenida por el Alto Tribunal en supuestos similares. Así, entre otras, la sentencia de 28 de Octubre de 1996 (EDJ 1996/7436 ) declara que "como se ha pronunciado este Tribunal en la sentencia que alega el Abogado del Estado, de fecha 7 de diciembre de 1988 , la empresa contratista responde por las obligaciones contraídas por su subcontratista con la Seguridad Social, durante la vigencia de la subcontrata, por entero, íntegramente, conforme a lo dispuesto en el art. 1137 del Código Civil . Asimismo, en sentencia de 27 de junio de 1991, esta Sala (Sección 7ª ) ha señalado que "al no haber transcurrido un año desde la terminación del contrato y referirse la falta de cotización al período de vigencia del contractual, era conforme a derecho la extensión solidaria que se señalaba en el Acta de la Inspección, respecto de la empresa actora". Y, en definitiva, resulta claro que la virtualidad exoneradora de la certificación negativa por descubierto en la entidad gestora o del transcurso del plazo de treinta días, que establece el apartado 1 del art. 42 del Estatuto de los Trabajadores , se refiere a la responsabilidad por las cantidades que pudieran adeudarse a la Seguridad Social con anterioridad a la adjudicación de la subcontrata, únicas de las que se podía certificar, no a la responsabilidad exigible precisamente por cotizaciones no satisfechas a la Seguridad Social por el subcontratista como consecuencia de las obras subcontratadas, a las que se refiere el apartado 2 del mismo precepto del Estatuto, y que son las contempladas en el presente supuesto". La sentencia de 30 de Julio de 1996 (EDJ 1996/6636 ) señala: "De este modo resulta que cuando la constitución de la segunda empresa es una mera creación formal, como reconoció este Tribunal en el caso a que se refiere la anterior doctrina, no podemos abstraernos de la obligación que impone el art. 42.1 del Estatuto de los Trabajadores , teniendo buen cuidado que las cuotas liquidadas correspondan al período de la Subcontrata, extremo recogido en el apartado 2 del referido art. 42 del Estatuto de los Trabajadores que reconoce la responsabilidad solidaria de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas y de las referidas a la Seguridad Social durante dicho período, como reconoce la sentencia de la Sala Cuarta de este Tribunal de 7 de julio de 1.994 . SEXTO.- A la vista de todo lo actuado, procede desestimar el presente recurso de apelación, pues las resoluciones impugnadas, resultan ajustadas a Derecho, tanto si se aplica el concepto de unidad de empresa que refiere la sentencia de Magistratura antes citada, como en base a lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores , pues, de una parte, si la empresa "P., S.A.", en cumplimiento de la sentencia citada abonó salarios a los trabajadores de la empresa "Transportes H., S.A.", resulta en buena medida incongruente, como refería el Abogado del Estado en la Instancia, que se oponga, al abono de las cuotas de la Seguridad Social de esos trabajadores, y de otra, que al margen incluso de ese concepto de unidad de empresa, si la entidad recurrente, reconoce haber contratado con la Empresa "Transportes H., S.A." y no se ha cuidado de acreditar si tal empresa estaba al



corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social, está obligada con carácter solidario, por prescripción legal, artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores , al abono de los salarios y cuotas de la Seguridad Social, durante el período de vigencia de la contrata, y ello, ya sea en base a un contrato o subcontrato, pues el artículo 42 se refiere conjuntamente a tales figuras y es por tanto intrascendente plantear la cuestión sobre la existencia o inexistencia de subcontrato". En la sentencia de 4 de Marzo de 1997 (EDJ 1997/1634), el Alto Tribunal recoge el supuesto de un empresario principal que encomendó a otra empresa la realización de transportes de cemento para el desarrollo de su actividad declarando que ha sido correctamente obligada la empresa principal a pagar las cuotas reclamadas por la Seguridad Social, en virtud de lo dispuesto en el artículo 42,2 del Estatuto de los Trabajadores .

TERCERO: La segunda cuestión planteada para resolver el presente recurso se refiere a si la responsabilidad solidaria declarada por la Administración de la Seguridad Social con base en el artículo 42,2 del Estatuto de los Trabajadores puede extenderse a la totalidad de la plantilla de la comunidad " DIRECCION000 , C.B." o queda limitada a los trabajadores que prestaron servicios en la obra de construcción de cuarenta y ocho viviendas unifamiliares en Mérida, que la entidad "Ferrovial, S.A." subcontrató con " DIRECCION000 , C.B.". De una interpretación del sentido de las palabras, lógica y sistemática del artículo 42,2 del Estatuto de los Trabajadores se desprende que la responsabilidad por obligaciones salariales y sociales sólo puede extenderse a los trabajadores que prestaron sus servicios en la obra de construcción que era objeto de la contrata celebrada entre la sociedad anónima y la comunidad de bienes. Ello es así en atención a que el precepto hace referencia a que la responsabilidad se extiende durante el período de vigencia de la contrata con el límite de lo que le correspondería si se hubiese tratado de personal fijo de la empresa principal en la misma categoría o puestos de trabajo, lo que necesariamente tiene que referirse a trabajadores que hubieran prestado servicios en relación con el objeto de la contrata que son los que de alguna manera se podría decir que mantendrían una relación indirecta con el empresario principal, extendiéndose su responsabilidad hasta el límite de lo que le correspondería si se hubiese tratado de su propio personal fijo. La doctrina científica justifica esta limitación para impedir actuaciones fraudulentas por parte de la subcontratista y sus trabajadores, así como por la incidencia negativa que tendría en el fenómeno de la descentralización productiva el que tuviera mayor coste para el empresario principal la actividad contratada que de ejecutarla él directamente. Entender que la responsabilidad solidaria se extiende a trabajadores que no prestaron servicios en la obra objeto de la contrata conllevaría que la responsabilidad establecida en el precepto se desvincularía de lo que es objeto de contrata y conduciría a resultados claramente desproporcionados como sería el caso de empresas subcontratadas con un número importante de trabajadores pero que sólo una parte mínima trabajase en la obra del empresario principal, no pudiendo extender la responsabilidad a toda la plantilla sino únicamente a los trabajadores vinculados con el objeto de la contrata, y por tanto, con la obra o servicio prestado al empresario principal. Así pues, a la Tesorería General de la Seguridad Social le correspondía determinar los trabajadores de la plantilla de " DIRECCION000 , C.B." que desarrollaron su actividad profesional en la obra subcontratada por "Ferrovial, S.A.", sin que en la reclamación de deuda efectuada por la Tesorería se concrete a que trabajadores se refiere el período liquidado y se acredite que prestaron servicios en la obra subcontratada, reconociendo la Administración de la Seguridad Social que la reclamación se ha extendido a toda la plantilla de la comunidad de bienes, ello supone una vulneración del artículo 42,2 del Estatuto de los Trabajadores . En los procesos contencioso-administrativos que estamos examinando referidos a los diferentes períodos de liquidación existe prueba que acredita que la comunidad de bienes fue subcontratada no sólo por "Ferrovial, S.A." sino también por otras empresas, así lo declara la sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Badajoz de 19 de Febrero de 1998 que obra en el expediente administrativo, y durante el período probatorio la Tesorería General de la Seguridad Social ha manifestado que no consta en los ficheros informáticos de la Seguridad Social los trabajadores de " DIRECCION000 , C.B." cuyo centro de trabajo fue la obra de cuarenta y ocho viviendas unifamiliares en Mérida. Frente a ello, no puede decirse que la sociedad anónima demandante incumplió los requerimientos formulados por la Administración puesto que en el expediente administrativo solo se dice que fue requerida para la aportación de certificación negativa de descubierto y de comunicación dirigida a la Tesorería General de la Seguridad Social sobre el inicio y terminación de actividad de subcontratista, conforme a lo establecido en el artículo 17 del Real Decreto 84/96, de 26 de Enero , por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, que establece la obligación de comunicar las variaciones en los datos consignados "cuando, habiendo sido contratados o subcontratados para la realización de obras o servicios, los empresarios subcontraten, a su vez, la ejecución total o parcial de los mismos con otros empresarios, aquéllos comunicarán tales subcontratas a la iniciación y finalización de la ejecución de la obra o de la prestación de servicios", pero nada menciona sobre la comunicación por parte del empresario principal de los datos de los trabajadores del empresario subcontratado.

Ello conlleva la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo, anulando la Resolución impugnada, sin perjuicio de que la Administración de la Seguridad Social pueda dictar nueva reclamación de deuda por



responsabilidad solidaria de "Ferrovia, S.A.", en la que incluya únicamente los trabajadores de " DIRECCION000 , C.B." que prestaron servicios en la obra de construcción de cuarenta y ocho viviendas unifamiliares en Mérida, pudiendo para ello realizar las actuaciones que sean precisas para determinar dichos trabajadores, conforme a las previsiones legales y reglamentarias que resulten aplicables en este concreto caso. La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Marzo de 1988 (EDJ 1988/2073 ) contempla un supuesto similar al ahora enjuiciado, declarando el Tribunal Supremo que la responsabilidad solidaria no puede extenderse a la totalidad de la plantilla de la empresa subcontratada, pudiendo la Seguridad Social acudir a la técnica de estimaciones cuando no pueda obtener la relación nominal de trabajadores pero siempre que se justifique la estimación que se realice, la sentencia establece que "Es cierto que si la Inspección se ve imposibilitada de acceder a la relación nominal de trabajadores de una empresa puede calcular por estimación el importe del descubierto; esto es lo que precisamente ocurre en el caso de autos en el que una empresa responsable solidaria desconoce los trabajadores de otra con la que ha subcontratado tareas; mas para que el acta de la inspección sea eficaz es preciso que se ajuste íntegramente a la normativa en vigor; esto es, que la fuerza probatoria con la presunción que el acta conlleva depende de la rigurosa observancia de los requisitos exigidos, en el caso, el artículo 22 del Decreto 1.980/75, de 10 de julio , que prescribe que cuando se proceda por estimación se debe hacer constar en el acta las circunstancias que han concurrido y en particular la justificación de la estimación que se ha realizado, lo que no ocurre en el caso de autos en el que se observa la ausencia de la menor referencia a que el cálculo se ha efectuado por estimación; de este modo se hace evidente que el acta levantada carece de fuerza probatoria por sí sola, todo ello en aplicación del artículo 38 del mencionado Decreto regulador del procedimiento administrativo para la imposición de sanciones por infracción de leyes sociales y para la liquidación de cuotas de la Seguridad Social. En el momento en que el acta se levanta la empresa inspeccionada desconocía el número de trabajadores de la empresa subcontratista por lo que no basta decir que los trabajadores afectados son, sin más especificación y concreción, la totalidad de la plantilla con referencia al último ingreso de cuota obrera referido a tres meses anteriores a la fecha del acta, sin que conste fehacientemente requerimiento a la subcontratista para que remita la relación de trabajadores empleados ni otra diligencia encaminada a completar la actuación de manera tal que a la empresa sobre la que se hace recaer la responsabilidad no se le cause indefensión, razones todas estas que a más de las contenidas en la Sentencia apelada conducen a la desestimación del recurso interpuesto sin que existan motivos a los que anudar una concreta condena en costas".

CUARTO: No se aprecian temeridad o mala fe a los efectos de una concreta imposición de costas a ninguna de las partes de conformidad con lo prevenido en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

VISTOS los artículos citados y demás preceptos de pertinente y general aplicación, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, por la potestad que nos confiere la CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA,

## FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. Campillo Álvarez, en nombre y representación de la entidad mercantil "Ferrovia, S.A.", contra la Resolución de la Dirección Provincial de Badajoz, de la Tesorería General de la Seguridad Social, de fecha 13 de Abril de 1998, reclamación de deuda referida al período 12/96, anulamos la misma por no ser ajustada a Derecho, sin perjuicio de la potestad de la Administración de la Seguridad Social de declarar la responsabilidad solidaria respecto de los trabajadores de " DIRECCION000 , C.B." que prestaron servicios durante el período reclamado en la obra objeto de la subcontrata de construcción de cuarenta y ocho viviendas unifamiliares en Mérida celebrada entre "Ferrovia, S.A." y " DIRECCION000 , C.B.". Sin hacer especial pronunciamiento respecto a las costas procesales causadas.

Y para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto, una vez alcanzada la firmeza de la misma, remítase testimonio, junto con el expediente administrativo, al órgano que dictó la resolución impugnada, que deberá acusar recibo dentro del término de diez días conforme previene la Ley, y déjese constancia de lo resuelto en el procedimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.