



Roj: **STSJ AND 4775/2003 - ECLI: ES:TSJAND:2003:4775**

Id Cendoj: **18087330022003100924**

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

Sede: **Granada**

Sección: **2**

Fecha: **24/03/2003**

Nº de Recurso: **1822/1997**

Nº de Resolución: **827/2003**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **FEDERICO LAZARO GUIL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO NÚM. **1822/1997**

SENTENCIA NÚM. 827 DE 2.003

Ilmo. Sr. Presidente:

D. José Antonio Santandreu Montero

Ilmos. Sres. Magistrados

D. Federico Lazaro Guil

D. Rafael Toledano Cantero

En la ciudad de Granada, a veinticuatro de marzo de dos mil tres. Ante la Sala de lo

Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, se ha tramitado el recurso número **1822/1997** seguido a instancia de la Tesorería General de la Seguridad Social, en cuya representación interviene la Procuradora Sra. Ceres Hidalgo, contra el TRIBUNAL ECONÓMICO ADMINISTRATIVO REGIONAL DE ANDALUCÍA, representado y defendido por el Abogado del Estado. Ha intervenido como parte coadyuvante la entidad mercantil Construcciones Lain, S.A., representada por el Procurador Sr. Garcia Valdecasas Ruiz. La cuantía del recurso es de 2.384.666 pesetas, importe correspondiente al mes de mayor cuantía.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto recurso contra la actuación administrativa que se reseña en el primer fundamento jurídico de esta resolución, se admitió a trámite y se acordó reclamar el expediente administrativo, siendo remitido por la Administración demandada. SEGUNDO.- En su escrito de demanda, la parte actora expuso cuantos hechos y fundamentos de derecho consideró de aplicación y terminó por solicitar se dictase sentencia estimando el recurso anulando la resolución que se impugna por entenderla contraria a Derecho. TERCERO.- En su escrito de contestación a la demanda, la Administración demandada y la parte coadyuvante se opusieron a las pretensiones de la parte actora, y, tras exponer cuantos hechos y fundamentos de derecho consideraron de aplicación, solicitaron que se dicte sentencia confirmando en sus términos la resolución recurrida por entenderla conforme a Derecho. CUARTO.- Solicitado por la actora el recibimiento a prueba y proponiendo como tal el expediente administrativo, al no solicitar las demás partes dicho trámite, la Sala acordó la incorporación del mencionado expediente, y al no estimarse necesario por la Sala la celebración de vista pública, se acordó dar traslado a las partes para conclusiones escritas, cumplimentándose el mismo mediante escrito en el que reiteraron las peticiones contenidas en los de demanda y contestación. QUINTO.- Se señaló



para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día y hora señalado en autos, en que efectivamente tuvo lugar, habiéndose observado las prescripciones legales en la tramitación del mismo y actuando como Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Don Federico Lazaro Guil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía, Sala de Granada, de fecha 27 de diciembre de 1996, dictada en el expediente nº 18/2950/95, que, estimando la reclamación formulada por la entidad mercantil Construcciones Lain S.A, anuló la resolución de la Dirección Provincial en Granada de la Tesorería General de la Seguridad Social confirmatoria del acuerdo del mismo órgano, de 14 de julio de 1994, declarativo de la responsabilidad subsidiaria de la reclamante, por deudas a la Seguridad Social de la empresa Hemulpe, S.L., - con la que contrató obras de construcción del Centro Cultural y Plaza de España de la localidad de Santa Fé -, correspondientes a un periodo anterior a la ejecución de la contrata y por importe total de 6.588.719 pesetas. Frente a lo resuelto por el TEARA - que, en síntesis, estimó que el artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores, en base al cual se derivó la responsabilidad subsidiaria a la reclamante, por no haber cumplido el deber de solicitar información a la Tesorería sobre la inexistencia de deudas pendientes de pago por la subcontratista a la Seguridad Social, como trámite previo a la contrata, no establece esa responsabilidad por las deudas de dicha empresa subcontratista, sino a lo sumo una responsabilidad disciplinaria susceptible de sanción administrativa -, se aduce por la recurrente la inadecuación a derecho de la resolución impugnada, por entender que el mencionado precepto establece tal responsabilidad. SEGUNDO.- La cuestión planteada nos sitúa ante un problema de evidente interpretación jurídica de lo expresado en el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores cuando, bajo el título "Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras o servicios", afirma: "1.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 a la Seguridad Social. Al efecto recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa del descubierto en la entidad gestora, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante. 2.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 periodo 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 puesto de trabajo." La Administración demandante, sostiene como premisa previa que el deber de comprobación del art. 42.1 está en función de una prohibición de concertar contratos con empresas morosas o insolventes por parte de las empresas contratantes, lo que le conduce a dos conclusiones de interés: de un lado, que la solicitud a propósito de la información pretendida de la Entidad gestora de la Seguridad Social por el empresario principal, debe realizarse antes de que se haya concertado la subcontrata; de otro, que la responsabilidad contenida en el art. 42.1 es un tipo de responsabilidad subsidiaria establecida respecto de las deudas contraídas por la sociedad contratada con la Seguridad Social, con anterioridad a la fecha de la concertación de la subcontrata. En cambio, el Abogado del Estado, tras rechazar el argumento del TEARA sobre la inexistencia de responsabilidad alguna que no sea de tipo disciplinario (que es plenamente compartido por la parte coadyuvante), coincide con la recurrente en que el precepto establece una responsabilidad subsidiaria, pero sostiene que, en todo caso, su exigencia ha de realizarse con las mismas limitaciones que para el supuesto de responsabilidad solidaria se establece en el punto 2 del artículo 42. TERCERO.- La interpretación del mencionado art. 42, 1º y 2º del E.T. ha generado una variedad de corrientes doctrinales, expresión clara de la dificultad de establecer el alcance de éste precepto. No es ahora momento de reproducir cuales sean los argumentos de cada una de ellas, sino de fijar el criterio de éste Tribunal, habida cuenta de que la Jurisprudencia acerca de la cuestión es prácticamente inexistente, pues los escasos pronunciamientos que, en materia de descubiertos de Seguridad Social, se refieren a la responsabilidad subsidiaria ex art. 42, 1º del E.T., lo hacen como óbiter dicta, es decir, en el estudio de la exigencia de responsabilidad solidaria al contratista, por descubiertos de la empresa subcontratista durante el periodo de la contrata, y lo hacen para negar que la petición previa de certificación negativa de descubiertos pueda ser causa que exonere de responsabilidad al contratista respecto a dichos descubiertos producidos durante la contrata, si bien en alguna sentencia se apunta explícitamente a una parte de la solución interpretativa por la esta Sala se va a decantar. No obstante no tratarse de jurisprudencia en el sentido estricto del concepto, ya que las reflexiones contenidas en las sentencias que ha podido examinar el Tribunal afectan tangencialmente al tema de fondo que ahora nos ocupa, si es conveniente reseñar algunas de sus argumentaciones. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1996, Sala tercera, recurso 777/1991, establece que " 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 que se refiere a liquidaciones de los meses de julio, agosto, septiembre y diciembre de 1985 por las obras de un edificio realizadas por la subcontratista "T., S.A.", cuyo contrato con la promotora, "Construcciones D., S.A.", se había suscrito el 27 de julio de 1984". En dicho supuesto la responsabilidad que se había exigido a la empresa principal era solidaria, ex art. 42. 2º del E.T. y el Tribunal Supremo confirma el acuerdo administrativo de derivación de responsabilidad solidaria. Por otra parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1996, Sala tercera recurso 755/1991, argumenta " de otra parte, la recurrente no acredita en ningún momento, ni tan siquiera alega, haber recabado por escrito de la Seguridad Social la certificación negativa por descubiertos a que se refiere el citado art. 42.1 única causa posible de exoneración de la responsabilidad solidaria en cuestión y, finalmente, la cuantía de las cuotas liquidadas corresponde al período de la subcontrata, cumpliéndose así la exigencia del art. 42.2 en orden a tal responsabilidad solidaria." Se confirma por tanto la responsabilidad solidaria, pero también respecto a deudas generadas durante la contrata. En el mismo sentido sobre el alcance de la petición de certificación negativa de descubiertos la sentencia del T. Supremo de 12 de julio de 1994, recurso 9559/1990. CUARTO.- Partiendo de tales premisas, la Sala entiende que la interpretación del art. 42 del E.T. debe hacerse en conjunto con el sistema de responsabilidad establecido en la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio. En este orden de cosas, hemos de reseñar que el art. 127, 1º de la LGSS en relación al art. 104, 1º de la misma establece una responsabilidad subsidiaria en todo caso, del propietario de una obra o industria, cuando la misma estuviera contratada, puesto que dicho propietario responderá de las obligaciones por descubierto de cotización del empresario contratista si éste fuese declarado insolvente, siempre referidas a las generadas durante el periodo de duración de la contrata. Este sistema deja a salvo lo dispuesto en el art. 42 del E.T. respecto a la responsabilidad en el caso de contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresa principal, que por tanto se configura como un sistema más exigente de responsabilidad. Pues bien ese sistema de responsabilidad del art. 42, en cuanto a los descubiertos por cotizaciones a la Seguridad Social (las conclusiones que extraemos no son aplicables a las restantes obligaciones de naturaleza salarial que siguen en todo caso la regla de solidaridad del art. 42, 2º del E.T.), añade al sistema de responsabilidad de la LGSS un plus, por cuanto genera una responsabilidad que en lugar de ser subsidiaria, como ocurre de ordinario en la LGSS, es solidaria. Ahora bien la solidaridad, aparece como un carga añadida a ésta responsabilidad, vinculada a que el empresario contrate a sabiendas con un contratista o subcontratista moroso con la Seguridad Social - si es que ha solicitado la certificación de cargas y ésta es positiva - o cuando ha incumplido con la obligación de solicitar la certificación de cargas del art. 42, 1º del E.T. Dicho de otra forma, el empresario se exonera de la responsabilidad solidaria respecto a los descubiertos de Seguridad Social producidos durante el periodo de duración de la contrata - aunque se mantiene su responsabilidad subsidiaria - si mediante la petición y obtención de certificación negativa de descubiertos a que hace referencia el art. 42, 1º del E.T., o cuando pedida dicha certificación, la misma no se expide dentro del plazo de treinta días establecidos, aunque existan cargas. Este es, por otra parte, el desarrollo reglamentario de dicha norma, a tenor del art. 10 y 12 del Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, Reglamento de Recaudación de Recursos del Sistema de la Seguridad Social, cuando, después de establecer en el art. 10, apartado 3º, el régimen de solidaridad en que responde el empresario que contrata o subcontrata obras o industrias de su propia actividad, establece la posible exoneración de la responsabilidad solidaria, quedando por tanto la responsabilidad subsidiaria en los casos de certificación negativa de cargas, o de transcurso del plazo de treinta días sin que sea expedida por la Seguridad Social. Así, dispone el art. 10, 3º, apartado b) que " Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos podrán recabar de la Tesorería General de la Seguridad Social, respecto de estos últimos y con identificación de la explotación, industria o negocio afectado, certificación negativa o positiva por descubiertos con la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar dicha certificación en el término de treinta días improrrogables. Si se extendiere certificación negativa o transcurriere el indicado plazo sin haberse expedido la misma, el empresario solicitante quedará exonerado de la responsabilidad solidaria a que se refiere el apartado 2 del art. 42 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores." Por su parte, el art. 12, 1º dispone que: Para las contratas o subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, el propietario de la obra o de la industria contratada y por el período de vigencia de la contrata o subcontrata, responderá de la obligación de cotizar respecto de los trabajadores por cuenta ajena así como del pago de prestaciones cuando el empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, de las mismas a tenor de lo previsto en los arts. 104.1 y 127.1 de la Ley General de la Seguridad Social, siempre que dicho empresario fuese declarado insolvente. No habrá lugar a esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada se



refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un cabeza de familia respecto a su vivienda. Lo previsto en este apartado se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 42 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en el apartado 3 del art. 10 de este Reglamento. QUINTO.- Por tanto, es criterio de ésta Sala que el incumplimiento por el empresario principal del deber de pedir certificación previa de descubiertos que impone el art. 42, 1º del E.T., o bien la contratación con un empresario del que se haya certificado la existencia de descubiertos previamente contraídos a la contrata para la que se solicita la certificación, nunca puede determinar la responsabilidad del principal respecto a débitos anteriores a la contrata, y ello no solo por la interpretación sistemática y lógica que se deriva de los propios preceptos implicados y que ya se ha expuesto anteriormente, sino por un criterio de interpretación teleológica, ya que no existe ningún punto de conexión entre el hecho (tanto en sus aspectos de negocio jurídico como de hecho económico) de la contrata, por una parte, y por otra, unas deudas generadas por un sujeto anteriormente, en otra obra o industria distinta, y respecto de la que no existe el menor soporte lógico ni jurídico para establecer una responsabilidad del empresario principal. De existir algún vínculo entre tal consecuencia y el incumplimiento de dichos deberes, estaríamos sin duda ante una actuación sancionadora, y es obvio que para imponer una consecuencia de tal naturaleza, es imprescindible que la Ley respetase los principios que rigen la potestad sancionadora, entre los cuales destaca el de legalidad y tipicidad (art.25 de la Constitución española), en virtud de los cuales no puede determinarse una infracción sin satisfacer las exigencias de seguridad jurídica en materia de tipificación de infracciones, absolutamente incompatible con presuntas responsabilidades establecidas en base a interpretaciones tortuosas y, lo que es más grave, desmesuradas en sus consecuencias, puesto que la responsabilidad que puede generarse a modo de sanción, puede ser de mucha mayor entidad que la propia contrata en que se incumplió el deber. Cuando nuestro ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de declarar responsable a un sujeto, sea solidario o subsidiario, respecto a otros con los que mantiene algún tipo de vínculo jurídico, lo hace siempre sobre la base de la infracción de un deber de vigilancia para evitar que se produzca el hecho dañoso. Así el artículo 130.3º de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante LPAC), contempla esta clase de responsabilidad el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley que conlleven el deber de prevenir la infracción - como es el caso del párrafo segundo del art. 42 del E.T., pero nunca se plantea la posibilidad de imponer responsabilidad por un hecho pasado, absolutamente ajeno a la empresa principal, como es la responsabilidad por deudas generadas en un periodo anterior, en el ni tan siquiera fue parte principal. SEXTO.- A modo de resumen final podemos señalar las siguientes conclusiones: 1ª) El art. 42, 1º del E.T. impone el deber de solicitud de información como elemento de disuasión para la contratación con empresarios morosos con la Seguridad Social, y para ello otorga al empresario que cumple con el deber de pedir certificación y se abstiene de subcontratar con empresarios con descubiertos, la ventaja indudable de mantener limitada su responsabilidad al rango de subsidiaria respecto a los descubiertos generados por el empresario subcontratista durante el periodo de la contrata. 2ª) Por el contrario, el empresario principal que no cumple el deber, o pese a la certificación positiva de descubiertos, contrata con el empresario moroso, se sitúa en un posición de responsabilidad solidaria respecto de esos mismos descubiertos (los generados durante la contrata), en igualdad con la que asume respecto al resto de las obligaciones de naturaleza salarial generadas durante la contrata, a las que se refiere en todo caso el art. 42, 2º del E.T. 3ª) El solo hecho del incumplimiento de la obligación de solicitud de certificación o la subcontratación con empresarios morosos para con la Seguridad Social, no implica en ningún modo, por aplicación del art. 42 del E.T., ninguna clase de responsabilidad, ni solidaria ni subsidiaria, respecto a los débitos de la empresa subcontratista para con la Seguridad Social, que sean anteriores a los generados en y durante la contrata. Esta es por otra parte la línea interpretativa a que apuntan las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1994 y 30 de julio de 1996 a que antes se hizo mención, y con ello modificamos - por entender que la interpretación que ahora hacemos, responde mejor al propósito del art. 42 E.T. - el criterio apuntado en otros pronunciamientos anteriores de nuestro Tribunal, como el sentado en la sentencia 573/1999, de siete de abril de 1999 (recurso 3668/1995), aunque ha de mencionarse que en aquel supuesto se trataba de una responsabilidad exigida por aplicación del art. 42, 2º del E.T. por débitos originados durante la vigencia de la contrata. SEPTIMO.- Por todo lo expuesto, el recurso debe ser desestimado y confirmada la resolución del TEARA en cuanto que el sentido del fallo recogió acertadamente la disconformidad a derecho del proceder de la Tesorería General de la Seguridad Social, si bien con una argumentación no compartida por la Sala, como ya se ha reseñado anteriormente. OCTAVO.- No concurren circunstancias de mala fe o temeridad que determinen la imposición de costas a ninguna de las partes, conforme establece el art. 131, 1º de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativo de 27 de diciembre de 1956.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, la Sala dicta el siguiente

FALLO



1.- Desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la Tesorería General de la Seguridad Social, contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía, Sala de Granada, de fecha 27 de diciembre de 1996, dictada en el expediente nº18/2950/95, que, estimando la reclamación formulada por la entidad mercantil Construcciones Lain S.A, anuló la resolución de la Dirección Provincial en Granada de la Tesorería General de la Seguridad Social confirmatoria del acuerdo del mismo órgano, de 14 de julio de 1994, declarativo de la responsabilidad subsidiaria de la reclamante, por deudas a la Seguridad Social de la empresa Hemulpe, S.L., - con la que contrató obras de construcción del Centro Cultural y Plaza de España de la localidad de Santa Fé -, correspondientes a un periodo anterior a la ejecución de la contrata y por importe de 6.588.719 pesetas; y, en consecuencia, se confirma el acto impugnado por ser ajustado a Derecho. 2.- No hace especial pronunciamiento sobre el pago de las costas causadas en esta instancia.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase y una vez firme remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo al lugar de procedencia de este. Así por esta nuestra sentencia que se notificará a las partes haciéndoles saber, con las demás prevenciones del art. 248. 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que frente a la misma no cabe recurso alguno, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.