

Una propuesta interpretativa sobre la responsabilidad en materia de Seguridad Social en las contratas y subcontratas (apartados 1º y 2º del art. 42 ET)

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz
Profesor Agregado y TU Acreditado. Universitat Oberta de Catalunya (UOC)

Resumen: Análisis de los apartados 1º y 2º del art. 42 ET con el objeto de hacer una propuesta interpretativa que sistematice y dé coherencia a la responsabilidad en materia de Seguridad Social en los supuestos de contratas y subcontratas.

El estudio, tras analizar las diversas interpretaciones que los citados apartados sugieren, concluye que, con el objeto de evitar conductas oportunistas y promover eficientemente los objetivos que persigue la norma, la exoneración del primer apartado únicamente se refiere a los descubiertos anteriores a la contrata. No obstante, el trabajo también propone que el apartado 2º también proyecta un espacio de exoneración de la responsabilidad solidaria derivada de las obligaciones en materia de Seguridad Social durante un limitado período de tiempo: el que, iniciada la contrata, transcurre desde la solicitud de la certificación – anterior o coetánea al inicio de la contrata – hasta que la TGSS la libre (con un máximo de 30 días hábiles).

De este modo, al mantenerse la responsabilidad solidaria prevista en el apartado 2º a lo largo de la vigencia de toda la contrata (salvo este paréntesis inicial si se dan estas específicas circunstancias) se persuade al empresario principal a mantener un nivel de diligencia en el control de la actividad de los contratistas y subcontratistas óptimo.

Palabras clave: contratas, subcontratas, responsabilidad en materia de Seguridad Social,

An interpretative proposal on the Social Security liability of contractors and subcontractors (paragraphs 1 and 2 of art. 42 ET)

Abstract: *Analysis of paragraphs 1 and 2 of art. 42 ET, in order to propose a systematic interpretation about the liability of contractors and subcontractors on the Social Security debts.*

The study, after analyzing the various interpretations that those paragraphs suggest, concludes that, in order to avoid opportunistic behavior and effectively promote the objectives of the rule, the exemption of the first paragraph refers only to those debts prior to the beginning of the contract.

However, the paper also proposes that the second paragraph establishes a liability exemption for the first 30 days, once the contract has begun. Thus, by maintaining this liability contractors and subcontractors are persuaded to maintain an optimal level of diligence.

Key words: *contractors, subcontractors, Social Security liability.*

Una propuesta interpretativa sobre la responsabilidad en materia de Seguridad Social en las contratas y subcontratas (apartados 1º y 2º del art. 42 ET)

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz

Profesor Agregado y TU Acreditado. Universitat Oberta de Catalunya (UOC)

1. Delimitación del objeto de estudio

La aplicación del art. 42 ET plantea numerosas dudas interpretativas que han tenido que ser colmadas por la acción de los Tribunales.

Una de ellas es la relativa a la exoneración de responsabilidad que establece el apartado primero si se obtiene una certificación negativa por descubiertos a la Seguridad Social, o bien, una vez solicitada, no ha sido librada en un plazo de 30 días. Y, por otra parte, cómo afecta a la regla contenida en el apartado 2º del mismo artículo.

De hecho, sorprende que, a pesar de estas conocidas imprecisiones o dudas interpretativas, la redacción de los dos primeros párrafos haya permanecido prácticamente inalterada desde 1980¹.

El objeto de este ensayo es abordar específicamente esta cuestión y hacer una propuesta interpretativa que trate de integrar el objetivo pretendido por el Legislador y el sentido de los apartados 1º y 2º del precepto.

2. El origen de la discrepancia y las alternativas interpretativas

Como punto de partida, es conveniente reproducir la literalidad de los apartados del precepto controvertido:

“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 de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la

¹ “Que el precepto se pronuncie en los mismos términos desde 1980, que las dudas no se hayan disipado y que siga sin reformarse produce una inevitable zozobra”. MONTOLYA MELGAR, GALIANA MORENO, SEMPERE NAVARRO y RÍOS SALMERÓN (2007). «Comentario al artículo 42 del Estatuto Trabajadores (I). Subcontratación de obras y servicios». *Grandes Tratados*. Editorial Aranzadi, versión digital (BIB 2007\3273). O, como sostiene GARCÍA MURCIA (en 2004): “Las más recientes incursiones legales en esta materia, por otro lado, no parecen haber contribuido más que a levantar nuevas e impensables incógnitas sobre el verdadero alcance y la utilidad real de este esforzado y atrayente conjunto normativo”. GARCÍA MURCIA (2004). «Contratas y subcontratas». *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 48, p. 14. Por su parte, PÉREZ GUERRERO y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (en 2006) sostienen que “Es precisa una regulación más completa e incisiva, pero también más clara y fácil de aplicar”. PÉREZ GUERRERO y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (2006). «Contratas y cesión de trabajadores en la reforma laboral de 2006». *Temas Laborales*, núm. 85, p. 138.

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 y en los términos que reglamentariamente se establezcan. 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 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 período de vigencia de la contrata”.

No cabe duda que se trata de una redacción que exigiría una revisión a fondo, pues, está plagada de conceptos jurídicos indeterminados y, además, la remisión entre ambos apartados plantea un encaje particularmente alambicado².

A mayor abundamiento, la remisión reglamentaria del apartado 1, introducida por el RDL 5/2001 (pues, había elementos para entender que el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social vigente en aquél momento – 1995, en adelante RGR 1995 - podía calificarse como ilegal por *ultra vires*), aún debe ser objeto de desarrollo, pues, el vigente RD 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (en adelante, RGR 2004), no recoge previsión específica sobre el particular (a diferencia de la versión anterior del citado Reglamento, pues, el art. 10.3 sí contenía una disposición específica al respecto)³.

De la lectura del apartado 1º del art. 42 ET debe tratar de especificarse a qué responsabilidad hace referencia⁴.

² “Está preñado de dificultades aplicativas”. SEMPERE NAVARRO (2001). «Contratas y subcontratas tras la reforma laboral de 2001». *Repertorio de Jurisprudencia* num.21, parte Estudio, versión digital (BIB 2001\998).

³ “En caso de subcontrata de obras o servicios, el empresario principal y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente del pago de las deudas con la Seguridad Social, además de las de naturaleza salarial, contraídas por los subcontratistas respecto de sus trabajadores durante el período de vigencia de la contrata o subcontrata, con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo: a) No habrá lugar a esta responsabilidad solidaria por los actos de los contratistas cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial. b) 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”.

⁴ Particularmente explícito es SEMPERE NAVARRO al afirmar (en 2001, pero absolutamente vigente hoy en día): “Si el empresario principal omite la solicitud de certificación negativa (o la obtiene positiva) y encomienda tareas auxiliares a empresa deudora de la Seguridad Social, pasa a tener una responsabilidad que no se sabe muy bien ni de qué clase es, ni a qué deudas se refiere ni ante qué órganos se le exige”. SEMPERE NAVARRO (2001). «Contratas y subcontratas tras la reforma laboral de 2001». *Repertorio de Jurisprudencia* num.21, parte Estudio, versión digital (BIB 2001\998)

Y, en este sentido, como ya ha identificado la doctrina⁵, sintéticamente, son posibles tres interpretaciones: 1) Certificación y exoneración de la responsabilidad administrativa; 2) Certificación y exoneración de la responsabilidad solidaria *ex art. 42.2 ET*; y 3) Certificación y exoneración por los descubiertos anteriores al inicio de la contrata.

En las páginas que siguen, siguiendo este esquema analítico, se procederá a un análisis crítico de cada una de ellas, aunque, añadiendo una “derivada” a la última de las tres interpretaciones posibles (erigiéndose, a mi entender, de este modo en la “óptima”).

2.1. Exoneración de la responsabilidad administrativa ‘ex’ art. 6.6 LISOS: una opción interpretativa “subóptima”

En efecto, podría entenderse que el empresario está obligado a solicitar la citada certificación y su incumplimiento podría calificarse como una infracción de una obligación de carácter formal. De modo que la remisión a la responsabilidad *ex art. 42.1 ET* estaría refiriéndose a la responsabilidad administrativa por infracciones laborales prevista en el art. 6.6 LISOS (“Cualesquiera otros incumplimientos que afecten a obligaciones meramente formales o documentales”)⁶.

Si, efectivamente, la responsabilidad se circunscribe al incumplimiento de un aspecto meramente formal/documental (no solicitar la certificación), es claro que no habría forma de exigir a la empresa principal responsabilidad alguna por los descubiertos que, eventualmente, tuviera la contratista o subcontratistas con anterioridad al inicio de la contrata o subcontrata⁷.

No obstante, repárese que esta interpretación, a pesar de que mantiene la responsabilidad solidaria durante la vigencia de la contrata al margen de la solicitud de la certificación o no (extremo que, como se analizará, comparto), no creo que pueda ser aceptada, pues, se alejaría sensiblemente del objetivo del Legislador de expulsar del mercado aquellas contratas que operan al margen de la Ley. O, dicho de otro, como se expondrá, existiría una interpretación que alcanzaría este objetivo de un modo más eficiente (haciéndola, lógicamente, preferible).

2.2. Exoneración de la responsabilidad solidaria ‘ex’ art. 42.2 ET: una opción interpretativa (también) “subóptima”

Una segunda interpretación que ha propuesto la doctrina en la que entiende que la

⁵ GALA DURAN (1997). *La Responsabilidad Empresarial por incumplimiento de las obligaciones de Afiliación, Alta y/o Cotización a la Seguridad Social*. Aranzadi, Pamplona, p. 425 y 426; y GALA DURÁN (2005). «Art. 42». En DEL REY GUANTER (Dir.), *Estatuto de los Trabajadores*. La Ley, Madrid (2ª ed), p. 835 y 836.

⁶ MARTÍN VALVERDE (1982). «Responsabilidad empresarial en el caso de contrata y subcontrata de obra y servicio», en BORRAJO DACRUZ (Dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los trabajadores*, Vol. VIII, Edersa, Madrid, pág. 254 y 255.

⁷ Una crítica también a esta tesis en GALA DURÁN (2005). «Art. 42». En DEL REY GUANTER (Dir.), *Estatuto de los Trabajadores*. La Ley, Madrid (2ª ed), p. 835; y SORIANO CORTÉS (2007). *Las contratas en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Monografías Temáticas Laborales, CARL, Sevilla, p. 391 y 392.

"responsabilidad" a la que alude el apartado 1º del art. 42 estaría referida a la responsabilidad solidaria que prevé el apartado 2º (por incumplimiento de las obligaciones de la Seguridad Social). Esto es, la solicitud de la certificación de descubiertos a la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) antes del inicio de la contrata (o a partir del momento que se solicitara), o bien, la falta de diligencia de la TGSS en su expedición, garantizaría al empresario principal quedar liberado de la eventual responsabilidad solidaria por incumplimiento de las obligaciones de la Seguridad Social que pudieran emerger durante todo el tiempo que durara la contrata (no eximiéndole, en cambio, de la responsabilidad subsidiaria que prevé el art. 168.1 TRLGSS, que subsiste)⁸.

De hecho, el art. 10.3 b) del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, aprobado mediante RD 1637/1995, de 6 octubre – en adelante, RGR 1995 –, apuntaba en esta línea (“el empresario solicitante quedará exonerado de la responsabilidad solidaria a que se refiere el apartado 2 del artículo 42 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”).

Si esta fuera la interpretación más ajustada, parecería que el objetivo del Legislador sería tratar de promover que, al menos, al inicio de toda contrata el número de descubiertos fuera el mínimo posible⁹.

Y esto, ciertamente, se alinearía con el objetivo de expulsar del mercado aquellas empresas contratistas que no cumplan con las obligaciones de la Seguridad Social (y, por consiguiente, operan con una ventaja competitiva ilegal – perjudicando a las que actúan conforme al marco legal – y, además resultan particularmente peligrosas pues pueden incurrir en costes/perjuicios indeseados)¹⁰.

⁸ En este sentido, se manifiesta un sector numeroso de la doctrina, TORTUERO PLAZA et al (2011). *La construcción jurisprudencial de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la seguridad social*. En <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/174201.pdf> (última consulta: 5/2/2016), p. 167 y 168; SORIANO CORTÉS (2007). *Las contratas en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Monografías Temáticas Laborales, CARL, Sevilla, p. 393; GALA DURÁN (2005). «Art. 42». En DEL REY GUANTER (Dir.), *Estatuto de los Trabajadores*. La Ley, Madrid (2ª ed), p. 836; GONZÁLEZ MOLINA (2000). «La naturaleza jurídica de la responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas de obras y servicios». *Temas Laborales*, núm. 56, p. 103; CALVO GALLEGOS (2000). «La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios». *Temas Laborales*, núm. 56, p. 75; y PÉREZ CAPITÁN (1998). «Una aproximación al estudio de la responsabilidad derivada en materia de cotización a la Seguridad Social». *Revista Doctrinal Aranzadi Social* vol. V, versión digital (BIB 1998\1190). GARCÍA MURCIA, mantiene una postura matizada, pues, a partir de la convicción de que existe un deber de comprobación periódico mensual (que, como se expondrá, comparto), sostiene que la exoneración también debe acomodarse a este período de tiempo. GARCÍA MURCIA (2004). «Contratas y subcontratas». *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 48, p. 31 y 32.

⁹ Para GALA DURÁN, en cambio, esta interpretación tendría “unas consecuencias graves que, a su vez, podría constituir un importante obstáculo para el tráfico negocial”. GALA DURÁN (2005). «Art. 42». En DEL REY GUANTER (Dir.), *Estatuto de los Trabajadores*. La Ley, Madrid (2ª ed), p. 835. Una crítica en términos similares en, SORIANO CORTÉS (2007). *Las contratas en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Monografías Temáticas Laborales, CARL, Sevilla, p. 392 y 393.

¹⁰ Esta función de depuración y transferencia del mercado de las contratas por parte de la normativa laboral ha sido recogida por un numeroso sector de la doctrina. Por todos, SORIANO CORTÉS (2007). *Las contratas en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Monografías Temáticas Laborales, CARL, Sevilla, p. 326 y 378; y TORTUERO PLAZA et al (2011). *La construcción jurisprudencial de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la seguridad social*. En <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/174201.pdf> (última consulta: 5/2/2016), p. 167 y 169.

No obstante, entender que la mera certificación negativa (o el transcurso del plazo de 30 días) exonera de toda responsabilidad solidaria por las obligaciones en materia de Seguridad Social nacidas durante toda la vigencia de la contrata plantea algunas dudas relevantes con respecto a la consecución de los objetivos que la norma aspira a alcanzar. Es cierto que esta interpretación vela por los intereses de la Seguridad Social. Pero también puede ser objeto de crítica porque lo hace parcialmente (o insuficientemente), dado que la norma estaría desatendiendo notablemente el cumplimiento de las obligaciones una vez iniciada la contrata (y eventuales subcontratas), pues, conforme a esta interpretación la responsabilidad sólo podría ser subsidiaria *ex art. 168.1 TRLGSS*.

Además, tampoco tendría excesivo sentido que sean los actos pasados (la inexistencia de descubiertos antes de la contrata) los que exoneren de responsabilidad por los actos futuros (el incumplimiento de las obligaciones durante la contrata). Especialmente, porque estaría proyectando un incentivo absolutamente perverso (o claramente mejorable) hacia los contratistas y subcontratistas una vez iniciada la contrata (promoviendo comportamientos oportunistas o fraudulentos con una intensidad mayor a la que sería deseable). Y, a su vez, el incentivo del empresario principal a exigir ininterrumpidamente el cumplimiento de la normativa es manifiestamente menor que si supiera que no puede exonerarse de la responsabilidad solidaria.

Finalmente, si bien es cierto que, como se ha apuntado, la versión anterior del RGR 1995 hacía referencia explícita (apartado b del art. 10.3) a la exoneración de la responsabilidad prevista en el apartado 2º del art. 42 ET, la no inclusión de una norma de estas características en el RGR 2004 vigente sería un elemento que contribuiría a confirmar la inadecuación de esta interpretación (y, quizás, el carácter *ultra vires* de aquél RGR 1995)¹¹.

2.3. Exoneración de la responsabilidad por descubiertos existentes con anterioridad al inicio de la contrata y de la solidaria durante 30 días si la TGSS no emite certificación a tiempo: una opción interpretativa “óptima”

La literalidad de los apartados 1º y 2º del art. 42 ET admitiría una segunda interpretación que, a mi entender, resulta más acertada (u “óptima” en la consecución de los objetivos que pretende la norma).

En efecto, podría entenderse que el apartado 1º se refiere a un tipo de responsabilidad independiente de la exigida en el apartado 2º. Análisis que se efectuará de forma separada en los apartados (*a* y *b*) que siguen:

a. Responsabilidad del apartado 1º

La exoneración de responsabilidad a la que hace referencia el apartado 1º del art. 42 ET estaría referida únicamente a los descubiertos de la contratista anteriores al inicio de la contrata (y, como se analizará en el siguiente apartado, también estimo que proyecta un espacio de exoneración de la responsabilidad solidaria derivada de las obligaciones en materia de Seguridad Social durante un limitado período de tiempo: el que, iniciada la contrata, transcurre desde la solicitud de la certificación – anterior o coetánea al inicio

¹¹ De hecho, la redacción vigente RGR 2004 habla de “hechos, negocios o actos jurídicos que determinen la responsabilidad solidaria de varias personas” (art. 13.1), sin mayores precisiones.

de la contrata – hasta que la TGSS la libre, con un máximo de 30 días hábiles).

La exoneración de responsabilidad por los descubiertos anteriores ha sido apoyada explícitamente la jurisprudencia (C-A). En efecto, en este sentido ha afirmado “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”¹².

Responsabilidad de la que únicamente quedaría liberado en el caso de que la certificación fuera negativa, o bien, transcurriera el plazo de 30 días. En este sentido, debería entenderse que la norma se estaría refiriendo a días hábiles¹³.

Otro aspecto importante a tener en cuenta es qué tipo de responsabilidad se establecería con respecto a estos descubiertos anteriores al inicio de la contrata. Partiendo que la responsabilidad solidaria no se presume, podría entenderse que se trata de una responsabilidad subsidiaria¹⁴.

Interpretación que se alinearía con la previsión de responsabilidad subsidiaria que prevé el art. 168.1 TRLGSS y (que es independiente del tipo de contrata que se contrate – relativa a la “propia actividad” o no); y, además, rebajaría un grado el gravamen que debe asumir la principal (lo que, hasta cierto extremo, parecería razonable, si se tiene en cuenta que se trata de descubiertos que, al ser anteriores al inicio de la contrata, en absoluto tienen que ver con la actividad de la empresa principal).

¹² SSTs\C-A 28 de octubre 1996 (rec. 777/1991). Ver también, SSTs\C-A 12 de julio 1994 (rec. 9559/1990); y 30 de julio 1996 (rec. 755/1991); 4 de marzo 1997 (rec. 329/1991); 20 de junio 1997 (rec. 9372/1990). En la doctrina judicial, SSTs\C-A Extremadura 19 de mayo 2005 (rec. 2342/1998); País Vasco 21 de febrero 2001 (rec. 6639/1997); y Comunidad Valenciana 18 de octubre 2000 (rec. 1647/1997). No obstante, en contra, en la jurisprudencia (aisladamente), STS\C-A 6 de marzo 2002 (rec. 2741/1997); y, en la doctrina judicial, STS\C-A Andalucía\Granada (2) 24 de marzo 2003 (rec. 1822/1997; y 1821/1997).

¹³ Ex Art. 48.1 Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Un pormenorizado análisis sobre el modo de llevar a cabo esta solicitud en, SORIANO CORTÉS (2007). *Las contratas en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Monografías Temas Laborales, CARL, Sevilla, p. 381 a 388.

¹⁴ En términos similares, RAMOS QUINTANA (2007). *Subcontratación de obras o servicios y transmisión empresarial*. Bomarzo, Albacete, p. 27; ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE (2002). *Derecho del Trabajo*. Civitas, Madrid, p. 116. En este sentido, SEMPERE NAVARRO afirma que “el silencio acerca del carácter de la responsabilidad (solidaria, subsidiaria, limitada, etc.) provoca dudas prácticamente insolubles acerca de cómo se ha querido configurar. Cabe pensar que, por analogía con el número 2 se está ante responsabilidad solidaria. Más prudente resulta descartar la solidaridad (contrastando el silencio con la expresa aclaración del número 2; aplicando los principios generales que impiden presumirla), defendiendo que se responde en caso de insolvencia empresarial y por todo el importe que se adeude a la Seguridad Social”. No obstante, el citado autor, también opone alguna objeción al respecto, pues, si se admitiera, se estaría fijando un régimen más restrictivo que el previsto en el art. 43 ET. SEMPERE NAVARRO (2001). «Contratas y subcontratas tras la reforma laboral de 2001». *Repertorio de Jurisprudencia* num.21, parte Estudio, versión digital (BIB 2001\998). Defendiendo la naturaleza solidaria, MONTOYA MELGAR (2000). *Derecho del Trabajo*. Tecnos, Madrid, p. 406 y 407.

Y, de este modo, es claro que la norma conseguiría combatir eficazmente la existencia de contratas indeseables desde el punto de vista de los intereses de la Seguridad Social, los trabajadores y del funcionamiento eficiente del propio mercado de contratas.

b. Responsabilidad del apartado 2º

El apartado 2º del art. 42 ET, como se ha avanzado, estaría refiriéndose a otro tipo de responsabilidad. Siguiendo a GALA DURÁN (aunque no comparta la tesis que se expone en este ensayo), podría defenderse que incluye tanto las eventuales deudas por cotizaciones (más posibles recargos), como el posible pago de prestaciones (*ex* art. 167.2 TRLGSS)¹⁵ – excluidas las mejoras voluntarias¹⁶.

De modo que, el empresario principal sería siempre responsable solidario por las obligaciones en materia de la Seguridad Social a lo largo de toda la contrata. No obstante, - como se ha avanzado -, no lo sería por el período en el que, iniciada la contrata, la TGSS no haya librado la certificación, con un máximo de 30 días hábiles desde la solicitud, que puede ser anterior o coetánea al inicio de la contrata. Y ello, por tanto, con independencia del sentido de la certificación.

A mi modo de ver, ésta es la interpretación que ofrece mayor solidez. Y los motivos que lo corroborarían son los siguientes (cuatro):

Primero: porque (a diferencia de lo que expone TORTUERO PLAZA¹⁷) esta interpretación en la medida que describe dos responsabilidades de naturaleza distinta, daría sentido a que el deber de comprobación a cargo del empresario principal se exponga en términos futuros (“deberá comprobar”) y que, en cambio, la limitación de la responsabilidad solidaria a las obligaciones contraídas se proclame para las nacidas durante la vigencia de la contrata.

Segundo: porque introduce incentivos particularmente poderosos para que el empresario principal haga un seguimiento regular del cumplimiento de estas obligaciones: sólo si no hay descubiertos, no será en ningún caso responsable solidario.

Repárese que esta interpretación, por otra parte, contribuye a incrementar notablemente el deber de diligencia empresarial y aumenta también la satisfacción del interés general, pues, tiende a garantizar el equilibrio de las cuentas de las entidades gestoras de los fondos públicos de la Seguridad Social (convirtiéndose en una poderosa herramienta preventiva y, consiguientemente, contribuyendo a evitar los costes asociados a la

¹⁵ GALA DURÁN (2005). «Art. 42». En DEL REY GUANTER (Dir.), *Estatuto de los Trabajadores*. La Ley, Madrid (2ª ed), p. 837; RAMOS QUINTANA (2007). *Subcontratación de obras o servicios y transmisión empresarial*. Bomarzo, Albacete, p. 26 y 27; SORIANO CORTÉS (2007). *Las contratas en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Monografías Temas Laborales, CARL, Sevilla, p. 369 y 370; y GARCÍA MURCIA (2004). «Contratas y subcontratas». *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 48, p. 33.

¹⁶ SSTs 19 de mayo 1998 (rec. 3797/1997); 16 de septiembre 1999 (rec. 2587/1998), 14 de febrero 2000 (rec. 181/1999) y 22 de diciembre 2000 (rec. 4069/1999). Sin poder abordar esta cuestión por exceder del objeto de este estudio, un análisis de la discusión relativa a si la responsabilidad solidaria debe alcanzar o no a las mejoras voluntarias en, SORIANO CORTÉS (2007). *Las contratas en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Monografías Temas Laborales, CARL, Sevilla, p. 372 a 376.

¹⁷ TORTUERO PLAZA et al (2011). *La construcción jurisprudencial de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la seguridad social*. En <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/174201.pdf> (última consulta: 5/2/2016), p. 165.

detección, seguimiento, sanción y eventual litigación de estas infracciones).

Por consiguiente, a diferencia de dos interpretaciones anteriormente analizadas, ésta tercera favorece mejor los intereses de la Seguridad Social. Téngase en cuenta que los protege de un modo más intenso y, además, conseguiría de un modo más efectivo la expulsión del mercado de las contratas que operan con ventajas competitivas ilegales, pues, el empresario principal, *a priori*, (velando por su propio interés) les exigirá estar “en regla” de forma continuada.

Es cierto que el art. 42.1 ET no establece de forma explícita ninguna obligación legal de control regular por parte de la empresa principal¹⁸. No obstante, no parece que sea necesario que la norma lo prevea. El establecimiento de una responsabilidad solidaria a lo largo de toda la contrata (y eventuales subcontratas) implícitamente estaría persuadiendo al empresario principal a adoptar algún tipo de monitorización. Se trataría de una simple “invitación”, pues, éste podría perfectamente no establecerla y dejar que la contrata y eventuales subcontratas operaran a su total cuenta y riesgo¹⁹.

En este sentido, si el empresario principal quisiera limitar al máximo su riesgo, podría adoptar dos tipos de acciones preventivas, totalmente compatibles entre sí:

- Por un lado, es claro que la norma le estaría invitando a que en el ámbito del Derecho Civil/Mercantil previera cláusulas contractuales de seguimiento por parte del contratista (y posibles subcontratistas) del cumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social, así como de las eventuales consecuencias en caso de incumplimiento. Y este tipo de clausulado podría articularse en función de las particularidades de cada empresa y la confianza en su solvencia (quedando el Derecho del Trabajo al margen del tipo de control y periodicidad que la principal pudiera prever con respecto a la contratista y subcontratistas).
- Por otro lado, la norma implícitamente estaría invitando al empresario principal ha solicitar la expedición de dicha certificación periódicamente (en el mejor de los casos, mensualmente).

Tercero: a partir de todo lo expuesto, la expresión inicial del apartado 2º del art. 42 ET (“El empresario principal, **salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social ...**”), adquiriría pleno sentido.

¹⁸ De hecho, tampoco se establece una obligación de comprobación inicial – solicitando el certificado de descubiertos (ni por consiguiente, tampoco se prevé una sanción en caso de que no se haga). SORIANO CORTÉS (2007). *Las contratas en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Monografías Temas Laborales, CARL, Sevilla, p. 379 y 380.

¹⁹ En este sentido, como se ha apuntado, recuérdese que GARCÍA MURCIA también es partidario del establecimiento de un deber de comprobación periódico (mensual). GARCÍA MURCIA (2004). «Contratas y subcontratas». *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 48, p. 31. Y TORTUERO PLAZA también entiende que es razonable que la comprobación sea periódica (aunque no haya ninguna norma que imponga este deber). TORTUERO PLAZA et al (2011). *La construcción jurisprudencial de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la seguridad social*. En <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/174201.pdf> (última consulta: 5/2/2016), p. 166. De hecho, siguiendo al último autor citado (p. 166), recuérdese que “la TGSS sí mantuvo durante un tiempo el criterio de la necesidad de que dicha certificación se solicitara mensualmente (Circular TGSS no 2-007 de 2 de enero de 1981 y Circular TGSS de 18 de enero de 1989) aunque con posterioridad cambió de criterio (Circular no 2-016, de 30 de abril de 1991)”.

Es decir, iniciada la contrata, el empresario principal únicamente quedaría exonerado respecto de la responsabilidad solidaria por las obligaciones en materia de Seguridad Social hasta que la TGSS libre la certificación, con un máximo de 30 días hábiles desde la solicitud, que puede ser anterior o coetánea al inicio de la contrata. Si la certificación se solicitara una vez iniciada la contrata, el plazo de 30 días hábiles de exoneración debe computarse desde el inicio de la contrata. Todo ello sin olvidar que no queda exonerado de la responsabilidad subsidiaria, que subsiste *ex art. 168.1 TRLGSS*.

Y es razonable pensar que estos apartados deben interpretarse en este sentido, pues, sería difícil justificar que fuera el empresario principal el que tuviera que responder de las consecuencias derivadas de la falta de diligencia de la TGSS, pues, quien tenía que suministrar la información sobre la “calidad/solvencia” de la empresa contratista (y, consiguientemente, decantar la decisión de la principal de contratar o no, o de prever más o menos garantías) no lo ha hecho en un plazo razonable. Lo que, en su conjunto, a su vez, estaría creando un incentivo correcto para que la TGSS emitiera la certificación lo antes posible (pues, de este modo podría exigir antes la responsabilidad solidaria). Y también es razonable pensar que si la certificación se solicita una vez iniciada la contrata, el plazo compute desde el inicio de la misma (y no desde la solicitud), pues, la falta de diligencia debe imputarse en parte también al empresario principal. Sin olvidar que esta medida, al “liberar” de la garantía temporalmente, favorecería el funcionamiento del tráfico económico y el mercado de las contratas.

Ahora bien, transcurrido este plazo máximo de 30 días hábiles, se “reactiva” la responsabilidad solidaria (con independencia del contenido positivo o negativo de la certificación).

La valoración conjunta de esta matriz, a mi entender, convierte a esta propuesta interpretativa expuesta en este epígrafe en la óptima, pues, permite alcanzar todos los objetivos de la norma de la forma más eficiente. Afirmación que no quedaría desvirtuada por el hecho de que pueda dar lugar a comportamientos oportunistas por parte de los empresarios principales apurando en la solicitud de la certificación a una fecha próxima al inicio de la contrata. Y no lo hace porque, si bien es cierto que de este modo ganan un cierto margen de exoneración respecto a la responsabilidad solidaria, también lo es que si lo hacen estarán contratando desconociendo la “solvencia” de la contrata y, por tanto, asumiendo un considerable riesgo (pues, no se olvide que la certificación puede acabar siendo positiva y que, además, la responsabilidad subsidiaria se mantiene).

En cualquier caso, conviene reiterar que la norma no está fijando una obligación de comprobación periódica a los empresarios principales, pudiendo éstos no llevar a cabo ningún tipo de monitorización y asumir voluntariamente el riesgo asociado (quizás, ya cubierto – total o parcialmente - a nivel civil/mercantil). No obstante, conviene tener presente que hoy en día el sistema telemático de la Seguridad Social habilita este tipo de petición sin excesivos costes y con una celeridad relativamente muy alta²⁰.

Y, cuarto: la redacción del art. 5 RDL 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de

²⁰ Puede obtenerse de forma telemática el “[Certificado de estar al corriente de las obligaciones de al Seguridad Social](#)” (última consulta 5/2/2016).

viviendas²¹, contribuiría a dar solidez a la interpretación que definiendo, pues, se alinearía con el objetivo que persigue el art. 42 ET.

Y ello, por varios motivos:

En primer lugar, porque, atendiendo a su literalidad, el precepto empieza con “sin perjuicio de lo previsto en el art. 42 del ET”. Expresión que evidencia que ambos preceptos se están refiriendo a circunstancias diferenciadas y, por consiguiente, que no se produce un solapamiento o reiteración.

En efecto, el supuesto de hecho del art. 5 RDL 5/2011 se está refiriendo a un espectro de fenómenos más amplio, pues, abarcaría las contrataciones consistentes en la propia actividad (como el art. 42 ET), pero también a aquellas que sin serlo se desarrollen de forma continuada en el mismo centro de trabajo de la principal.

Y, en segundo lugar (y contribuyendo a evidenciar las diferencias entre ambos artículos), porque unas de las limitaciones que la doctrina había achacado al apartado 1 del art. 42 ET es que, desde un punto de vista material, el contenido de la certificación únicamente informa de que el empresario se halla al corriente en el pago de las cuotas de la seguridad social²². Pero, en cambio, este trámite no informaría sobre la situación de la cotización ni tampoco de la afiliación o alta de cada trabajador del contratista o subcontratista²³. Y, precisamente, partiendo de esta carencia, el contenido del art. 5 RDL 5/2011 vendría a colmarla, evidenciando la sincronía/coordinación entre ambos.

3. Valoración final: las normas, su interpretación y la promoción de las conductas socialmente óptimas

La necesidad de que el marco normativo persuada eficazmente a los individuos a la realización de las conductas que serían socialmente deseables es una finalidad que debería ser exigible a cualquier regla jurídica.

La obediencia al Derecho no está garantizada por el mero hecho de la edición de una

²¹ Art. 5 RDL 5/2011: “1. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 42 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos o que se presten de forma continuada en sus centros de trabajo, deberán comprobar, con carácter previo al inicio de la prestación de la actividad contratada o subcontratada, la afiliación y alta en la Seguridad Social de los trabajadores que estos ocupen en los mismos. 2. El deber de comprobación establecido en el apartado anterior no será exigible cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial”. Además, como se sabe, el incumplimiento de esta obligación supone una infracción administrativa calificable como grave (art. 22.11 LISOS).

²² De hecho, según la información que aparece en la página web de la SS (https://sede.seg-social.gob.es/Sede_1/ServiciosEnLinea/EmpresasyProfesionales/177146 - última consulta 5/2/2016), “en el caso del certificado que regula el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, se emitirá un formulario, con los siguientes datos: “Indicación si el contratista o subcontratista mantiene o no deuda, pero sin consignarse el importe de la misma”.

²³ TORTUERO PLAZA et al (2011). *La construcción jurisprudencial de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la seguridad social*. En <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/174201.pdf> (última consulta: 5/2/2016).

norma, porque los individuos no reaccionan conforme a una racionalidad *paramétrica* (esto es, conforme a las variables de un sólo individuo obviando las preferencias de los demás), sino que los destinatarios de las normas reaccionan estratégicamente frente a las normas (es decir, teniendo en cuenta las elecciones de los demás y la conducta esperada de los otros). Es posible que una norma induzca al ciudadano a su incumplimiento porque los perjuicios derivados de una potencial sanción sean inferiores a los beneficios que obtiene de su violación. Por lo que, en la medida que las normas deben incentivar a los individuos a su cumplimiento, éstas también deben prever las posibles conductas de los destinatarios y tomarlas en cuenta como elemento importante a la hora de edictarlas²⁴. Y, cuando no lo hacen de forma explícita, parece razonable exigir que, respetando las reglas de la dogmática jurídica, se trate de alcanzar este objetivo a través de su interpretación.

Desde esta perspectiva, la interpretación que sostiene la posibilidad de exonerar la responsabilidad solidaria del apartado 2º del art. 42 ET respecto de las obligaciones en materia de seguridad social nacidas durante la vigencia de la contrata si se cumple con la “formalidad” del apartado 1º, resulta particularmente discutible. Especialmente, porque proyecta un incentivo absolutamente perverso hacia los contratistas y subcontratistas una vez iniciada la contrata (promoviendo comportamientos oportunistas o fraudulentos con una intensidad mayor a la que sería deseable). Y, a su vez, el incentivo del empresario principal a exigir ininterrumpidamente el cumplimiento de la normativa es manifiestamente menor que si supiera que no puede exonerarse de la responsabilidad solidaria.

Por este motivo, en aras a que la norma cumpla con mayor eficiencia los objetivos que tiene encomendados (no se olvide, proteger los intereses de los trabajadores y de la Seguridad Social), creo que la interpretación que promueve la exoneración únicamente respecto de los descubiertos anteriores a la celebración de la contrata y, por consiguiente, el mantenimiento de la responsabilidad solidaria con respecto a las obligaciones de la Seguridad Social durante la vigencia de la contrata (salvo el plazo de 30 días hábiles contados desde la solicitud o el inicio de la contrata, según las circunstancias), proyecta verdaderamente los incentivos adecuados para que todos los operadores implicados se comporten del modo socialmente más adecuado (u óptimo). Además, esta interpretación tiene la virtualidad de no “obligar” al empresario principal a adoptar un control, sino que deja que sea cada uno el que acabe decidiendo el nivel de riesgo que está dispuesto a asumir atendiendo a su situación particular y de los contratistas y subcontratistas con los que se relaciona.

Sin olvidar que los costes (económicos y sociales) derivados de una interpretación de la norma que no se alinee con los parámetros que se sugiere en este trabajo probablemente acabarían siendo superiores a los asociados al incremento de la diligencia que deberán asumir los empresarios principales con el control regular de los contratistas y subcontratistas.

Es obvio que la norma (y, en general, el régimen jurídico de las contratas y subcontratas) requiere un nuevo (e integral) tratamiento legislativo. Si algún día esto sucediera, quizás (como propuesta de *lege ferenda*), sería oportuno que recogiera el

²⁴ CALSAMIGLIA (1988). «Justicia, eficiencia y derecho». *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 1, p. 307, 308, 313 y 329.

régimen de responsabilidades que se derivan de la propuesta interpretativa que se expone en este ensayo.

4. Bibliografía citada

ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE (2002). *Derecho del Trabajo*. Civitas, Madrid.

CALSAMIGLIA (1988). «Justicia, eficiencia y derecho». *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 1.

CALVO GALLEGO (2000). «La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios». *Temas Laborales*, núm. 56.

GALA DURÁN (2005). «Art. 42». En DEL REY GUANTER (Dir.), *Estatuto de los Trabajadores*. La Ley, Madrid (2ª ed).

GALA DURAN (1997). *La Responsabilidad Empresarial por incumplimiento de las obligaciones de Afiliación, Alta y/o Cotización a la Seguridad Social*. Aranzadi, Pamplona.

GARCÍA MURCIA (2004). «Contratas y subcontratas». *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 48.

GONZÁLEZ MOLINA (2000). «La naturaleza jurídica de la responsabilidad empresarial en las contrata y subcontratas de obras y servicios». *Temas Laborales*, núm. 56.

MARTÍN VALVERDE (1982). «Responsabilidad empresarial en el caso de contrata y subcontrata de obra y servicio», en BORRAJO DACRUZ (Dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los trabajadores*, Vol. VIII, Edersa, Madrid.

MONTOYA MELGAR (2000). *Derecho del Trabajo*. Tecnos, Madrid.

MONTOYA MELGAR, GALIANA MORENO, SEMPERE NAVARRO y RÍOS SALMERÓN (2007). «Comentario al artículo 42 del Estatuto Trabajadores (I). Subcontratación de obras y servicios». *Grandes Tratados*. Editorial Aranzadi, versión digital (BIB 2007\3273)

PÉREZ CAPITÁN (1998). «Una aproximación al estudio de la responsabilidad derivada en materia de cotización a la Seguridad Social». *Revista Doctrinal Aranzadi Social* vol. V, versión digital (BIB 1998\1190).

PÉREZ GUERRERO y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (2006). «Contratas y cesión de trabajadores en la reforma laboral de 2006». *Temas Laborales*, núm. 85.

RAMOS QUINTANA (2007). *Subcontratación de obras o servicios y transmisión empresarial*. Bomarzo, Albacete.

SEMPERE NAVARRO (2001). «Contratas y subcontratas tras la reforma laboral de 2001». *Repertorio de Jurisprudencia* num.21, parte Estudio, versión digital (BIB 2001\998).

SORIANO CORTÉS (2007). *Las contratas en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Monografías Temas Laborales, CARL, Sevilla.

TORTUERO PLAZA et al (2011). *La construcción jurisprudencial de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la seguridad social*. En <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/174201.pdf> (última consulta: 5/2/2016).