

Sobre la minimización jurisprudencial de la exoneración de la responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social en las contratas y subcontratas

(A propósito de la STS de 3 de febrero de 2021, rec. 2584/2019)

Francisco Pérez de los Cobos Orihuel

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA REGULACIÓN LEGAL. 3. LA LECTURA JURISPRUDENCIAL. 4. LAS CONSECUENCIAS DE LA NUEVA LECTURA. 5. REFLEXIONES FINALES: LA NECESIDAD DE UNA REFORMA.

RESUMEN: El presente breve ensayo constituye un análisis del mecanismo de exoneración de la responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social previsto en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. Tras exponer la interpretación que ha venido prevaleciendo del precepto, se aborda en él la nueva doctrina sentada al respecto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de la que se hace un análisis crítico. A juicio de su autor, esta interpretación ha vaciado de contenido el precepto, desconociendo su tenor y funcionalidad. Ello hace necesaria su reforma legal en el contexto de una general de la regulación laboral de las contratas y subcontratas.

Palabras clave: responsabilidad empresarial, Seguridad Social, exoneración, contratas y subcontratas.

ABSTRACT: This brief essay is an analysis of the mechanism of exoneration of corporate responsibility in matters of Social Security provided for in article 42 of the Workers' Statute. After exposing the interpretation that has been prevailing of the precept, it addresses the new doctrine established in this regard by the Contentious-Administrative Chamber of the Supreme Court, of which a critical analysis is made. In the opinion of its author, this interpretation has emptied the precept of content, ignoring its tenor and functionality. This makes its legal reform necessary in the context of a new general labor regulation of the outsourcing.

Key words: responsibility of the employer, Social Security, exoneration, outsourcing.

1. INTRODUCCIÓN

Si, como señalábamos en la presentación de este número, resulta sorprendente que transcurridos más de cuarenta y dos años desde la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores y, pese al espectacular desarrollo cuantitativo y cualitativo que los procesos de descentralización productiva han experimentado en nuestro país, la regulación legal de las garantías previstas para los procesos de contratación y subcontratación de actividades productivas se mantenga inalterada en sus elementos básicos, más sorprendente resulta aún que los primeros apartados del precepto, que han sido una fuente inagotable de problemas interpretativos desde su entrada en vigor, conserven, con modificaciones menores introducidas en sendas reformas del 2001 y 2012, su redacción originaria.

En efecto, si uno compara la redacción vigente de estos preceptos con la prevista en el Estatuto de los Trabajadores del 80, constata lo siguiente:

- El primer apartado se mantiene prácticamente incólume. La regulación vigente dice: “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, y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante”. Las únicas novedades que el precepto presenta respecto de la regulación originaria, y que fueron introducidas en el 2001 por el RDL 5/2001 y la Ley 12/2001 de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, son la específica alusión a la Tesorería —inicialmente se hablaba de la “entidad gestora”— y la remisión a una regulación reglamentaria de los “términos” de la certificación.
- Por lo que se refiere al segundo apartado, que, “salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social”, sigue afirmando la responsabilidad solidaria del empresario principal “de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los subcontratistas durante el período de vigencia de la contrata”, se aprecian sendas enmiendas respecto de la redacción originaria. De una parte, la reforma laboral del 2001, suprimió la previsión que acotaba la responsabilidad del empresario principal “al límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puesto de trabajo” y, corrigiendo un claro error de redacción, introdujo una mención expresa junto a los “subcontratistas” a “los “contratistas”. De otra, la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, diversificó el plazo para exigir la responsabilidad solidaria, en el sentido de mantener el plazo de un año desde

la terminación del encargo para las obligaciones de naturaleza salarial y ampliarlo a tres por lo que se refiere a “las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas”¹.

Esta perdurabilidad del tenor de la redacción del Estatuto del 80 no obedece, desde luego, a la perfección técnica de los preceptos reseñados, como ya se ha apuntado y se ha encargado de destacar la numerosa doctrina que ha abordado la interpretación de estos preceptos, prácticamente todas y cada una de las cuestiones que los mismos regulan ha resultado ser problemática, desde el concepto de “propia actividad” (Vid. supra, la contribución de Sala Franco) hasta la identificación de los supuestos en los que se produce la exoneración de la responsabilidad, pasando por el alcance de la responsabilidad solidaria establecida o por determinar si esta se extiende o no a todos los empresarios implicados en la cadena de contrata y subcontratas. A esta dificultad ínsita en los preceptos reseñados deben añadirse las dificultades de ensamblaje y coordinación con otras previsiones normativas, esto es, con la regulación paralela de la responsabilidad empresarial prevista en otros cuerpos legales (art. 142 y 168. 1 LGSS, art. 24.3 LPRL, arts. 22.11 y 42.3 LISOS).

No pretendo en este breve ensayo abordar el análisis de estos numerosísimos problemas interpretativos. La doctrina lo ha hecho ya con rigor y solvencia prolijamente², y la jurisprudencia y la doctrina judicial han debido dar respuesta a muchos de ellos. Habida cuenta de que el marco normativo permanece en sustancia inalte-

- 1 Al decir de la Exposición de Motivos de la norma, el propósito de la reforma fue “posibilitar la exigencia de responsabilidades solidarias en los supuestos de subcontratación empresarial, mediante la ampliación del periodo de dicha exigencia que pasa de uno a tres años, dado que la actual regulación dificulta mucho su efectividad”.
- 2 La bibliografía que se ha ocupado de analizar la regulación jurídico-laboral del trabajo en contrata y subcontratas de obras o servicios es abundantísima y a toda ella me remito. No obstante, algunos estudios monográficos se ocupan particularmente en el tema de la responsabilidad en materia de Seguridad Social, a saber: GALA DURÁN, C., *La Responsabilidad Empresarial por Incumplimiento de las Obligaciones de Afiliación, Alta y/o Cotización a la Seguridad Social*, Ed. Aranzadi, 1997, particularmente, págs. 405 y ss; Llano Sánchez, M., *Responsabilidad empresarial en las contrata y subcontratas*, LA LEY, Madrid 1999; PÉREZ CAPITÁN, L. “La responsabilidad en materia de cotización a la Seguridad Social en las contrata y subcontratas”, *Revista de Derecho Social*, nº5, 1999; LÓPEZ GANDÍA, J. y TATAY PUCHADES, C., “Contratas y subcontratas y responsabilidades de Seguridad Social”, en AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrata. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Ed. Titant lo Blanch, Valencia 2000, págs. 227 y ss; LUQUE PARRA., M. “La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social en el ámbito de las contrata y subcontratas de obras o servicios”, en Del Rey Guanter, S. (dr.), *Descentralización productiva y relaciones laborales*, Lex Nova, Valladolid 2001; LOPERA CASTILLEJO, M.J.; “Responsabilidades en materia de seguridad Social de los contratistas”, en Rivero Lamas, J.(dr), *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Thomson-Aranzadi, 2003; MONTOYA MEDINA, D., *Trabajo en contrata y protección de los trabajadores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2005, en particular págs. 177 y ss; BLASCO PELLICER, A., *La Responsabilidad Empresarial en el Pago de Prestaciones de Seguridad Social*, Aranzadi, 2005; SORIANO CORTÉS, D., *Las contrata en el Derecho del Trabajo y de la seguridad Social*, CARL, Sevilla 2007; Jurado Segovia, A., “Il regime delle responsabilità in materia di appalti e subappalti nel Diritto del Lavoro spagnolo”, en *Il diritto del mercato del lavoro*, nº1-2, 2009, pág. 261; TORTUERO PLAZA, J.L. et altri, *La construcción jurisprudencial de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la Seguridad Social*, 2011, en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/174201.pdf>

rado, poco podría añadir a la detección de los problemas ya realizada y a la formulación de hipótesis interpretativas sobre ellos. Voy, por ello, a limitarme a abordar una cuestión singular, que si bien data en su formulación problemática del Estatuto de los Trabajadores del 80, ha vuelto al primer plano de la actualidad como consecuencia de una todavía reciente sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, concretamente la sentencia núm. 124/2021, de 3 de febrero. Me refiero al mecanismo “exoneratorio de responsabilidad” que los párrafos reproducidos del art. 42 ET incorporan. A mi juicio, si se acometiera una reforma legal del art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, como a la luz de las reflexiones vertidas en este número de “Trabajo y Empresa” parece pertinente, la reforma del mecanismo “exoneratorio” de responsabilidades en él previsto, máxime tras la jurisprudencia última a la que hemos aludido y que nos proponemos analizar, sería uno de los extremos que inexcusablemente habría que abordar.

2. LA REGULACIÓN LEGAL

Aunque, como el resto de las previsiones del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, también el mecanismo de exoneración de responsabilidades empresariales previsto en los dos primeros apartados del precepto ha suscitado en el pasado un intenso debate doctrinal, creo que a estas alturas se había alcanzado un relativo consenso en torno a los principales problemas interpretativos que estos preceptos suscitan.

Muy relevante al efecto ha sido, a mi juicio, en la lectura del precepto, la aproximación teleológica al mismo, pues sin duda el propósito pretendido por el legislador al redactarlo ha servido de norte a la hora de dar respuesta a los interrogantes interpretativos que suscita. Sobre este particular, la inmensa mayoría de la doctrina ha visto en el mecanismo que integran los apartados primero y segundo del art. 42 ET un instrumento profiláctico que, inspirado en un “principio atenuatorio en materia de responsabilidad del empresario principal”³, vendría a disuadir de la contratación con empresarios morosos y a sanear el mercado de la contratación y subcontratación de obras o servicios. El objetivo de la norma —ha escrito Montoya Medina sintetizando el parecer general— no es otro que el de “sanear el mercado de contrataciones a través de un mecanismo legal de incentivación del interés empresarial por conocer si el empresario al que le ha encargado la contrata es regular en el ingreso de sus cuotas sociales”, como acredita “la asociación de consecuencias exoneratorias para el empresario principal a la efectiva práctica de esa solicitud”⁴. Se trataría, en efecto, mediante este mecanismo legal, de expulsar del mercado a aquellas contratistas que, por incumplir con sus obligaciones de Seguridad Social, operan en él con una ventaja competitiva ilegal —pueden de esta forma ofertar mejores precios que sus competi-

3 GALA DURÁN, C., op. cit., pág. 426.

4 MONTOYA MEDINA, D., op. cit. págs. En este sentido, asimismo, JURADO SEGOVIA, A., op. cit. pág. 261.

doras— y representan un peligro tanto para los trabajadores como para el sistema de Seguridad Social⁵. La interacción entre el deber del empresario principal de verificar el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social de los contratistas con que contrata y la exoneración de sus responsabilidades vendría a configurar, por tanto, un importante incentivo legal al cumplimiento del primero, que, en la medida en que se generalizase, debería tener efectos regeneradores sobre el tejido empresarial de estos sectores de actividad.

Identificado el sentido de la norma, el primer problema interpretativo que esta ha suscitado es si el precepto contempla un verdadero deber empresarial, cuyo incumplimiento generaría responsabilidades administrativas, o si, por el contrario, estamos más propiamente ante una facultad que la Ley reconoce al empresario para ponerse a cubierto de contratar con contratistas y subcontratistas insolventes. Con buen criterio, a mi juicio, la mayoría de la doctrina⁶ se ha manifestado por la segunda de las lecturas, pues ninguna sanción hay prevista para el incumplimiento del tal deber, que no produce otros efectos que los de privar al empresario de la información que le va a permitir conocer la solvencia de aquellos con quienes contrata y de amortizar el juego del mecanismo exoneratorio de responsabilidad previsto en la norma⁷. En efecto, la solicitud de certificación es un instrumento que el ordenamiento pone a disposición del empresario para que este pueda informarse de la solvencia del contratista, pero del que puede prescindir si confía en ella, debiendo entonces cargar con las consecuencias de su decisión⁸.

Sí que constituye un auténtico deber empresarial el que introdujo el art. 5 del Real Decreto Ley 5/2011, de 29 de abril de medidas urgentes para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas. Conforme a este precepto legal, "sin perjuicio de lo dispuesto en el art 42 ET" —estamos por tanto ante previsiones paralelas—, los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos o que se presten de forma continuada en sus centros de trabajo, deberán comprobar, antes de iniciarse la actividad contratada o subcontratada, "la afiliación y

5 PÉREZ CAPITÁN, L., op.cit. pág. 165; SORIANO CORTÉS, D., op.cit, págs. 326 y 378.

6 GARCÍA NINET, J.I., "Comentarios a los arts. 42 y 43 LET", en *El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid 1981, pág. 304; BLAT GIMENO, F. *Análisis jurídico-laboral de la descentralización productiva*, Valencia 1989, págs. 11-113; CRUZ VILLALÓN, J., "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas", *Relaciones Laborales*, T.I, 1992, pág. 16; Llano Sánchez, M., op.cit, pág. 185; Montoya Medina, D., op.cit. pág. 265; Jurado Segovia, A., op.cit. pág. 260.

7 En la contratación en el sector público rige una verdadera prohibición de contratar con los contratistas con obligaciones de Seguridad Social pendientes. De acuerdo con el art. 71. 1d) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, las entidades pertenecientes al sector público tienen prohibido contratar con las personas que no se hallen "al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen".

8 MONTROYA MEDINA, D., op.cit. pág. 265.

alta en la Seguridad Social de los trabajadores que estos ocupen en los mismos". A diferencia de lo que acontece con el "deber" del art. 42, para cuyo incumplimiento no se prevé sanción, lo que ha hecho entender a la doctrina que más que ante un deber estamos propiamente ante una facultad empresarial, en el art. 22. 11 de la LISOS se tipifica el incumplimiento de este otro deber como infracción grave, considerándose una infracción por cada uno de los trabajadores afectados.

El sujeto que debe proceder a solicitar la autorización administrativa es, de acuerdo con la Ley, el empresario principal, pero cuando el contratista por su parte ha subcontratado parte de la actividad objeto de la primera contrata, parece lógico que en tal caso recaiga sobre él el deber de formular tal solicitud. Cada empresario debe ser responsable de solicitar la autorización referida a la empresa con que contrata.

La Ley es parca sobre el procedimiento que debe seguir el empresario para formular la solicitud y sobre el contenido de la certificación que debe expedir la Tesorería, extremos que parece debiera clarificar la regulación reglamentaria a la que la norma remite y que no se ha producido. No obstante, sobre lo primero indica que la solicitud debe presentarse por escrito y con identificación de la empresa afectada, y sobre el contenido de la certificación dice claramente que debe versar sobre si los contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social y consistir en una "certificación negativa por descubiertos". No parece que el contenido de la certificación deba ir más allá de esta información, esto es, la existencia o no de descubiertos y su alcance económico, pero esta información sí debe proporcionarse, por lo que, a mi entender, no serían aceptables formulaciones que, sobre la base de una formulación matizada y rodeada de cautelas, acabaran por no informar al solicitante de nada.

Muy polémica ha sido en la doctrina la cuestión de cuál debe ser el momento en el que debe plantearse la solicitud de descubiertos para que esta pueda desplegar los efectos que le son propios. Ha habido lecturas para todos los gustos, desde quienes entienden que la solicitud debe ser previa al inicio de la contrata o coetánea a la misma⁹, hasta quienes la conciben como un instrumento de previsión contable y creen que puede presentarse al solicitar la misma¹⁰, pasando por quienes estiman que la solicitud puede presentarse iniciada la contrata y reiterarse incluso mensualmente a lo largo de la ejecución de la misma¹¹. La mayoría de la doctrina, no obstante, se ha

- 9 MARTÍNEZ EMPERADOR, R., *El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras o servicios*, IES, Madrid 1980, pág. 19; CRUZ VILLALÓN, J., op. cit. pág. 162; CAMPS RUIZ, L.M., "La obligación empresarial de comprobar la solvencia del contratista o subcontratista; significado y consecuencias", en AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Ed. Titant lo Blanch, Valencia 2000, págs. 245 y 252; SEMPERE NAVARRO, A., "Fenómenos interempresariales" en AA.VV. *La reforma laboral del 2001. Análisis del Real Decreto-Ley 5/2000, de 2 de marzo*, Aranzadi, 2001, pág. 106; MONTROYA MEDINA, D., op. cit. pág. 271.
- 10 M. AGÍS DASILVA, "El deber de comprobación empresarial en contratas y subcontratas del art. 42ET", en *Tribuna Social*, nº 42, 1994, págs. 40-48.
- 11 GARCÍA MURCIA, J., "El trabajo en contratas y la cesión ilegal de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores", *RPS*, nº 130, 1981, págs. 32-33; SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., "Intrahistoria de un Proyecto de Ley. El Estatuto de los Trabajadores", *Relaciones Laborales*, 1990-1, pág. 176; RODRÍGUEZ

decantado aquí por la primera de las opciones, esto es, por entender que la solicitud debe ser previa o coetánea al inicio de la contrata, pues tal planteamiento se corresponde mejor con el tenor legal. El deber de comprobación aparece en la Ley referido al momento en el que el empresario contrata o subcontrata con otros la realización de obras o servicios y el objeto de la comprobación es que el contratista esté al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Si el legislador hubiera querido establecer un deber de comprobación regular del ingreso de cuotas durante la ejecución de la contrata, hubiera formulado el precepto en otros términos.

Las últimas muy relevantes cuestiones que el art. 42.1 y 2 ET ha suscitado son las relativas al alcance de la exoneración de responsabilidad que la norma previene (“Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante”) y al papel que en el mecanismo exoneratorio desempeña la certificación de la Tesorería General de la Seguridad Social.

Sobre cuál es la responsabilidad objeto de exoneración, aunque se han arriesgado hasta cuatro lecturas —la de quienes entienden que la responsabilidad exonerada sería la administrativa derivada del incumplimiento del empresario de solicitar la certificación¹², la de quienes sostienen que sería la subsidiaria por las obligaciones de cotización pendientes¹³, la de quienes afirman que la responsabilidad exonerada es la solidaria por deudas anteriores a la celebración de la contrata¹⁴ y la de quienes, por fin, refieren la exoneración a la responsabilidad solidaria prevista en el propio precepto legal, esto es, en el art. 42.2 ET¹⁵—, la inmensa mayoría de la doctrina se ha decantado por esta última interpretación, entendiendo que la responsabilidad objeto de exoneración es la solidaria por “obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata”. Tanto la interpretación histórica como la literal, la sistemática y la teleológica del precepto abonan claramente en este sentido, lectura que ha sido, además, avalada por la jurisprudencia y la doctrina judicial. Desde el punto de vista de la lógica del sistema de responsabilidades general, además, esta es lectura plausible pues, como ha señalado la mejor doctrina, “no estamos hablando en ningún caso de una

PIÑERO Y BRAVO FERRER, “El lugar de ejecución de la contrata y el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores”, *Relaciones Laborales*, nº5, 1996, pág. 4.

- 12 MARTÍN VALVERDE, A., “Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras o servicios”, en AA:VV, *Comentarios a las Leyes laborales*, Dir. Borrajo Dacruz, E., vol. VIII, Edersa, Madrid 1988, págs. 254 y 255.
- 13 GARCÍA MURCIA, J., op. cit. págs. 37 y 38; García Ninet, J.I., op. cit. págs. 304 y 305; ALONSO OLEA, M y CASAS BAAMONDE, M.E, *Derecho del Trabajo*, 20ª ed., Civitas, Madrid 2002, pág. 116;
- 14 MONTOYA MELGAR, A. y AGUILERA IZQUIERDO, R., “Sobre el régimen jurídico-laboral de contratas y subcontratas (un apunte con la última doctrina de los tribunales del orden social)”, en *Aranzadi Social*, nº 18, 2000, pág. 55.
- 15 GARCÍA MURCIA, J., op. cit. pág. 141; CAMPS RUIZ, L.M., op. cit. pág. 250; LLANO SÁNCHEZ, M., op.cit., pág. 200; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., “Las responsabilidades del empresario principal en las contratas y subcontratas”, en AA.VV. *La externalización de las actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Lex Nova, Valladolid 2002, pág. 155; MONTOYA MEDINA, D., op.cit. pág. 279.

exoneración completa de responsabilidad para el principal, sino únicamente de que su responsabilidad no será solidaria sino subsidiaria”¹⁶.

La última importante cuestión que el precepto suscita, y sobre la que específicamente ha incidido la jurisprudencia a la que seguidamente vamos a referirnos, es la determinación de en qué supuestos la certificación expedida tiene efectos exoneratorios. Para la generalidad de la doctrina, la literalidad del precepto legal, que hasta dos veces alude al transcurso del plazo de treinta días, es inequívoca en el sentido de que la exoneración se producirá siempre que, solicitada la certificación, tal plazo haya transcurrido sin que la Tesorería la haya expedido. Comoquiera que la finalidad del precepto es disuadir al empresario principal de contratar con contratistas morosos y a tal efecto se le hace solicitar la certificación, no debe el empresario pechar con las consecuencias de la negligencia de la Administración en la expedición de la misma a que está legalmente obligada.

Resulta claro, asimismo, que si la certificación es positiva y no negativa, que es a la que expresamente alude la Ley, no se producirá exoneración alguna, debiendo el empresario acarrear con la responsabilidad legalmente prevista. En este supuesto, el mecanismo legal ha funcionado adecuadamente: el empresario ha solicitado la certificación a la Tesorería que la ha librado en tiempo y forma, informándole de la existencia de descubiertos. Pues bien, si ante tal circunstancia, conociendo insolencias precedentes del contratista, decide el principal proceder a contratar con el mismo, parece evidente que no podrá beneficiarse de exoneración alguna, pues debe ser él y no los trabajadores ni la Seguridad Social quien corra con el riesgo derivado de dicha contratación.

¿Pero qué pasa si la certificación es negativa, es decir, si el empresario la ha solicitado, la Tesorería la ha expedido y esta resulta ser negativa? Para este supuesto, la doctrina mayoritaria¹⁷ se ha venido pronunciando a favor asimismo de la exoneración, sobre la base de una interpretación histórica, literal y teleológica del precepto.

El análisis de la gestación legislativa del precepto que nos ocupa y muy señaladamente de la enmienda transaccional del Grupo Comunista que determinó su relación final, abona claramente en el sentido de que tanto si la Tesorería no emite el certificado en el plazo legalmente previsto, como si el certificado le informa de la inexistencia de descubiertos, el peticionario debe quedar exento de toda responsabilidad¹⁸. En el

16 CAMPS RUIZ, op. cit. pág. 253.

17 GARCÍA MURCIA, J., op cit. pág. 36; PÁRAMO MONTERO, P. Las responsabilidades empresariales en el ámbito laboral y de Seguridad Social, 2ª ed, CISS, 1996, pág. 170; PÉREZ CAPITÁN, L., “Una aproximación al estudio de la responsabilidad derivada en materia de cotización a la Seguridad Social”, en *Aranzadi Social*, vol. V, 1998, pág. 18; BLAT GIMENO, F., op. cit. págs. 125-126, ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*, 4ª ed Tecnos, Madrid 1991, pág. 140; Jurado Segovia, A., op.cit. pág. 261.

18 Vid. en este sentido el interesante análisis de HERNÁNDEZ VICTORIA, M.J., “Julio Verne, la Ley 43/2006 y el presupuesto para la exención de responsabilidad empresarial derivada de subcontratación establecido en el artículo 42.1 ET”, *Revista de Justicia Laboral*, núm. 30/2007.

mismo sentido, abunda la interpretación literal de la Ley, que claramente liga la exoneración de responsabilidad a la expedición de la certificación negativa de descubiertos que debe inexcusablemente producirse en el plazo de treinta días, transcurrido el cual “quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante”. Tanto, por consiguiente, si la certificación se ha expedido y es negativa —es la única expresamente aludida—, como si ha transcurrido el plazo de treinta días previsto para que la Tesorería cumpla con su “inexcusable” obligación legal y esta no lo ha hecho, operará la exoneración. Esta lectura, en fin, es coherente con la teleología preventiva del mecanismo legal inicialmente ponderada. Si el empresario ha sido diligente y, cumpliendo con la previsión legal, ha solicitado la certificación de ausencia de descubiertos y esta se ha producido, contribuyendo así a velar por la limpieza del mercado de contratas y subcontratas, lógico es que de su comportamiento diligente obtenga el beneficio de la atenuación de su responsabilidad.

En esta misma dirección apuntaría el hecho de que, en el pasado, el desarrollo reglamentario del precepto contenido en el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, aprobado por RD 1637/1995, de 6 de octubre, se producía en estos términos, estableciendo claramente la exoneración de responsabilidad cuando se extendía certificación negativa. En efecto el art. 10.3.b) del Reglamento, vigente hasta la entrada en vigor del actual Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (RD. 1415/2004, de 11 de Junio), decía: “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 artículo 42 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. Es verdad que este precepto reglamentario ha sido derogado, pero como ha señalado la doctrina¹⁹, lo que el reglamento derogado hacía era repetir especificando lo que indirectamente dice el art. 42, por lo que este precepto debe seguir interpretándose en los mismos términos y, por tanto, entender que una certificación negativa exonera de responsabilidad al empresario solicitante²⁰.

19 A. BLASCO PELLICER, Op. cit. pág. 57.

20 En contra se ha pronunciado Beltrán de Heredia, que sostiene que la no inclusión de esta previsión en el Reglamento vigente “sería un elemento que contribuiría a confirmar la inadecuación de esta interpretación (y, quizás, el carácter ultra vires de aquél RGR 1995)” (BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Una propuesta interpretativa sobre la responsabilidad en materia de Seguridad Social en las contratas y subcontratas (apartados 1º y 2º del art. 42 ET)”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº11, 2016).

3. LA LECTURA JURISPRUDENCIAL

Pues bien, si esta es la lectura en torno a la cual parecía haberse alcanzado un cierto consenso doctrinal, un reciente pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha venido a alterar sustancialmente este estado de cosas. Nos referimos a la STS núm. 124/2021, de 3 de febrero, de la sección 4ª, que resuelve un recurso de casación y sienta importante doctrina. Dicho pronunciamiento centrará nuestro análisis²¹.

La cuestión “que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia” que la sentencia aborda es, justamente, reproduciendo sus propios términos, “el alcance liberatorio sobre las deudas contraídas con la Seguridad Social de los certificados de descubiertos emitidos en el marco de una subcontrata conforme al artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores y si esa eficacia liberatoria, en su caso, alcanza a las deudas anteriores a la subcontrata o, incluye también, las deudas generadas durante la vigencia de la subcontrata”.

Para abordarla y emitir el juicio de la Sala, el Tribunal, tras reproducir los dos primeros apartados del art. 42, reflexiona sobre el sentido del precepto legal, lectura teleológica que se aparta de la que ha inspirado generalmente la lectura del mecanismo exoneratorio legal y viene en buena medida a explicar el contenido de su resolución y el giro interpretativo que contempla. En efecto, para el Tribunal “tal precepto regula, desde la lógica de la garantía, la contratación o subcontratación con un tercero de la ejecución de obras o servicios que se corresponden con la actividad propia del empresario principal. La garantía es frente a los abusos en la contratación o subcontratación y persigue la efectividad de la obligación de ingresar los recursos necesarios para la sostenibilidad del sistema de Sistema de Seguridad Social”. Tal es el sentido de la “responsabilidad pasiva” que la ley hace recaer sobre el empresario principal, responsabilidad ante la cual “debe comprobar que el contratista o subcontratista está al corriente en el pago de las cuotas, para lo que debe recabar de la TGSS certificaciones negativas de descubiertos”. Como resulta de los párrafos transcritos, el Tribunal no ve en el precepto, o al menos no “in primis”, un instrumento de profilaxis al alcance del empresario que contrata o subcontrata obras o servicios correspondientes a la propia actividad, sino una garantía frente a posibles abusos en la contratación y subcontratación, cuya finalidad es garantizar la efectividad de las cotizaciones sociales y la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social.

Desde este presupuesto, la sentencia distingue a continuación entre las deudas de Seguridad Social previas a la suscripción de la contrata entre el empresario princi-

21 Un interesante comentario crítico de esta sentencia en CAMPS RUIZ, L.M., “En torno a las consecuencias de la comprobación por el empresario principal de la situación de sus contratistas respecto del pago de cuotas de la Seguridad Social”, en *El Foro de Labos*, <https://www.elforodelabos.es/autor/luismiguelcamps/>

pal y el contratista o subcontratista y las nacidas durante la ejecución de la contrata o subcontrata.

Sobre las primeras, la sentencia afirma algo que parece bastante obvio pero que alguna jurisprudencia anterior había contradicho²²: de los “descubiertos anteriores no responde solidariamente el empresario principal”, pues el 42.2 ET, al establecer el alcance de la responsabilidad, se refiere a “las obligaciones contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el período de vigencia de la contrata”. Pero, con ocasión de esta afirmación, el Tribunal abunda en su reflexión sobre la otra finalidad de la norma, que es “disuasoria”: informarle del riesgo de una eventual responsabilidad solidaria si, informado de la existencia de estas deudas previas, decide seguir adelante con la contrata o subcontrata.

Sobre las deudas del contratista o subcontratista nacidas durante la ejecución de la contrata o subcontrata, hace una serie de afirmaciones del mayor interés, sobre las que construye la doctrina que finalmente declara de forma solemne:

- Empieza su razonamiento el Tribunal recordando los límites legales que delimitan la responsabilidad establecida en el precepto, “que se ciñe a los descubiertos generados por el contratista o subcontratista durante el tiempo que dure la relación contractual” y podrá ser exigida “hasta tres años después de la terminación del encargo”, para a continuación recordar los términos en los que el precepto estatutario interactúa con su homólogo de la Ley General de Seguridad Social: “El supuesto que genera la responsabilidad solidaria del art. 42. 1 y 2 del ET difiere del que genera responsabilidad subsidiaria del art. 127.1 de la LGSS: lo determinante de la primera es que las obras o servicios subcontratados pertenezcan a la “propia actividad” de la empresa principal, a diferencia de lo deducible del art. 127.1 de la LGSS” (hoy 168.1 LGSS). Hasta aquí nada novedoso, respecto de la doctrina asentada.
- Para, a continuación, abordar la cuestión nuclear del alcance de la exoneración de la responsabilidad legalmente prevista, cuestión a la que responde haciendo una interpretación literal de la Ley: “Del art. 42.1 del ET —dice la sentencia— se deduce en su literalidad que cuando el empresario principal solicite un certificado —en este caso constante la relación contractual—, solo quedará exonerado de responsabilidad solidaria si la TGSS no lo emite en treinta días. Tal efecto liberatorio se explica porque la inactividad de la TGSS deja al empresario principal sin una información que le permitirá reaccionar

22 En efecto, alguna jurisprudencia previa había entendido que la exoneración por certificación negativa por descubiertos debía entenderse referida a la responsabilidad por deudas a la Seguridad Social anteriores a la adjudicación de la contrata, únicas de las que la Tesorería podía certificar, y no, por tanto, a la responsabilidad por cotizaciones no satisfechas durante la vigencia de la contrata, a la que alude el art. 42.2 ET (STS (Contencioso Administrativo) de 28 octubre 1996 y 22 diciembre 2000, STSJ País Vasco (Contencioso-Administrativo) de 21 febrero 2001. Se trataba, a nuestro entender, de una lectura bastante insólita pues venía a exonerar de una responsabilidad no contraída

para evitar esa responsabilidad”²³. Pese a la rotunda afirmación de que sólo en este supuesto y conforme a la lectura literal del precepto cabe la exoneración, que vendría a ser la contrapartida a la negligencia de la Tesorería, la sentencia se matiza de inmediato y nos hace saber que también hay otro supuesto en el que la exoneración operaría: cuando la Tesorería haya emitido un certificado negativo y este sea inexacto, pues tal certificado “produciría en el empresario principal un efecto análogo a la falta de información”. En efecto, como la resolución remacha después, si la TGSS emite “certificados inexactamente negativos” “abre la posibilidad de reconocer ese efecto liberatorio deduciéndolo del sentido del artículo 42.1 y 2 ET”. Sorprendentemente, la fundamentación para este efecto segundo liberatorio la halla el Tribunal en el derogado art. 10.3.b) del Reglamento General de recaudación de Recursos de la Seguridad Social, que, como hemos visto, decía: “si se extendiere certificación negativa o transcurriere el indicado plazo sin haberse expedido la misma, el empresario solicitante quedará exonerado de la responsabilidad solidaria”.

- Caso distinto es, sin embargo, para el Tribunal aquel en el que la Tesorería emite un certificado en el que no explicita más datos de los que en ese momento tiene a su disposición y, haciendo expresa mención de ello, advierte de que carece de efectos exoneratorios de responsabilidad. En efecto, cuando la TGSS por no estar “en condiciones de informar sobre la realidad del estado de los débitos del contratista o subcontratista”, informa “con los datos que en ese momento tiene”, advirtiendo “expresamente de que no pueden ser utilizados para exonerar de responsabilidad”, indicando “inequívocamente que no cabe invocarlos para eludir obligaciones preexistentes” sus certificados tienen, en los términos de la sentencia, “eficacia limitadamente informativa, no liberatoria”. Tal es el caso de los certificados que “no afirman que, en el momento de su emisión, la empresa no tenga deudas pendientes con la Seguridad Social, sino que no hay “ninguna reclamación por deudas ya vencidas”, que es cosa bien distinta, pues “que no se haya formulado una reclamación no significa necesariamente que no haya deudas, ni siquiera que éstas no sean líquidas y exigibles: puede significar sencillamente —concluye el Tribunal— que el acreedor, por una u otra razón, no ha decidido aún reclamar su cumplimiento o —se añade ahora— no estaba en condiciones de reclamar”. Para el Tribunal, “quien lee dichos certificados sabe a qué atenerse”, que es lo crucial en atención a los principios de “seguridad jurídica y buena fe” y, por tanto, si habiéndose emitido los mismos existen deudas “reclamables por

23 En la doctrina, este planteamiento fue en su día defendido por Camps (Vid. “La obligación empresarial de comprobar la solvencia del contratista o subcontratista; significado y consecuencias”, en AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Ed. Titant lo Blanch, Valencia 2000, pág. 255)

devengadas y no pagadas”, ello “llevará a declarar la responsabilidad solidaria del empresario principal”.

- El Tribunal parece bien consciente de que con su interpretación ha minimizado si no amortizado el mecanismo exoneratorio previsto en la Ley y manifiesta las consecuencias que se derivan de ello: “Desde tal planteamiento —sigue la sentencia— se traslada al empresario principal que actúe, por sí, diligentemente, ya sea vigilando que el contratista o subcontratista cumple con sus obligaciones con la TGSS o que pacte la manera de estar informado para el caso de que, eventualmente, genere deudas frente a la Seguridad Social. Esto le permitiría rescindir esa relación contractual o, por ejemplo, actuar las garantías que ante tal eventualidad pudieran haber pactado, máxime si su responsabilidad se proyecta durante tres años”. El mensaje parece claro: no deben los empresarios confiar en que la solicitud de certificaciones negativas por descubiertos vaya a desplegar en su favor efecto liberatorio alguno, pues ya se encarga la Seguridad Social al redactar las mismas de utilizar términos que no comprometan deudas que no les consten, práctica que el Tribunal viene a avalar. La única vía que les queda para salvar su responsabilidad es actuar “por sí, diligentemente”, articulando los mecanismos que les permitan protegerse. Los términos de la sentencia —“se traslada al empresario principal”— resultan al efecto muy expresivos.
- Sentada la doctrina que le va a permitir dar respuesta al recurso y antes declararla formalmente y aplicarla al caso, el Tribunal cree necesario poner de manifiesto las carencias del marco normativo que debe aplicar y a tal efecto hace varias acotaciones. En primer lugar, afirma que el art. 42.1 y 2 ET “es un precepto que evidencia deficiencias” y al efecto cita un Dictamen del Consejo Económico y Social (Dictamen 3/2012) que sobre el mismo dijo que “adolece de falta de claridad y plantea por ello dudas interpretativas que desembocan en no pocos casos de inseguridad jurídica”, “y -añade el Tribunal— no solo respecto de lo ahora controvertido sino respecto de otros aspectos que no son del caso”. En segundo lugar, reitera una crítica ya vertida en anteriores pronunciamientos referida a la Tesorería General de la Seguridad Social, concretamente tacha de “criticable, por equívoco, que bajo el nombre de “certificado”, la TGSS emita documentos que explícitamente advierten de que no dan fe de los datos en ellos reflejados”. Por último, ante la ausencia del desarrollo reglamentario ordenado por el art. 42.1 ET, advierte de la existencia de “un efectivo déficit normativo que afecta a la fijación de reglas que arrojen seguridad al empresario principal en la forma de acreditar la situación del contratista o subcontratista si es que la TGSS objetivamente no puede ofrecer otra información”. Se trata de acotaciones interesantes porque denotan la insatisfacción del juzgador ante la solución que ha dado al problema que le ha sido planteado, insatisfacción que achaca, por elevación, al propio marco legal.

- La sentencia concluye declarando la doctrina que sienta, que resume en dos párrafos:

“El art. 42.1 y 2 del ET no permite atribuir responsabilidad solidaria al empresario principal por las deudas que tuviere con la Seguridad Social el contratista o subcontratista anteriores a su contratación o subcontratación”

“Respecto de los descubiertos en que incurra el contratista o subcontratista durante la ejecución de la obra o servicio, la emisión de certificados negativos por la TGSS no exonera al empresario principal de responsabilidad solidaria salvo que, atendiendo a las circunstancias del caso, pueda deducirse que la TGSS al tiempo de certificar estaba en condiciones de ofrecer una información coincidente con la realidad del estado de los débitos del contratista o subcontratista”.

4. LAS CONSECUENCIAS DE LA NUEVA LECTURA

Hasta aquí la nueva doctrina que, como apuntábamos, supone un cambio sustancial de la interpretación del art. 42. 1 y 2 hasta ahora imperante.

Con carácter general, se sienta el criterio de que aún cuando el empresario que contrate o subcontrate con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad cumpla diligentemente con el deber que la Ley le impone de comprobar que aquellos “están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social”, recabando al efecto una “certificación negativa por descubiertos de la Tesorería General de la Seguridad Social”, tal cumplimiento resulta irrelevante a efectos de la responsabilidad solidaria de las obligaciones referidas a la Seguridad Social que el precepto legal establece. Si la certificación resulta ser positiva, ésta no va a servirle sino como una advertencia sobre el riesgo en el que puede incurrir o ha ya incurrido al contratar con un contratista o subcontratista con deudas de Seguridad Social pendientes, pero ni tal certificación puede justificar su resolución unilateral de la contratación, salvo que haya introducido en la misma una cautela al respecto, ni limita la responsabilidad que la ley le atribuye. Si, por el contrario, la certificación es negativa, de nuevo estamos ante un mero documento “limitadamente informativo”. Comoquiera que la Tesorería General de la Social Seguridad puede, al amparo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, formular la certificación en términos tales que salvaguarde eventuales responsabilidades que puedan plantearse en el futuro, tampoco esta certificación exonera de nada.

Sobre la base de una lectura rigurosamente literal del precepto, la sentencia reserva la exoneración a la que este expresamente alude exclusivamente a aquellos supuestos en los que, solicitada la certificación la Tesorería General de la Seguridad Social, esta no la haya librado en el término de treinta días y, prescindiendo ahora de la literalidad de la norma, la extiende a aquellos otros “en los que pueda deducirse que la TGSS al tiempo de certificar estaba en condiciones de ofrecer una información

coincidente con la realidad del estado de los débitos del contratista o subcontratista”, es decir, aquellos casos en los que la TGSS haya proporcionado al solicitante información errónea que le haya podido inducir a error y este pueda —parece lógico— llegar a acreditarlo, situación que se adivina ciertamente improbable. La exoneración, por consiguiente, va a ser únicamente y siempre consecuencia de una actuación negligente de la Tesorería General de la Seguridad Social.

La lectura de los arts. 42.1 y 2 ET que esta sentencia incorpora es deudora de una jurisprudencia previa de la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que referida al art. 127.2 de la LGSS se había pronunciado sobre el valor de los certificados expedidos por la Administración de la Seguridad Social en los supuestos de transmisión de empresa (STS 21 julio 2015, rec 3561/2013 y 24 octubre 2018, rec 2701/2016). En dicho precepto legal, tras establecer una responsabilidad solidaria referida a las prestaciones causadas antes de la sucesión entre el cedente y el adquirente, se señalaba que “reglamentariamente se regulará la expedición de certificados por la Administración de la Seguridad Social que impliquen garantía de no responsabilidad para los adquirentes” (hoy art. 168.2 LGSS). Pues bien, sobre la base de este precepto, que por cierto no ha sido objeto de desarrollo reglamentario y, en tal medida, resulta impracticable, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, ha debido pronunciarse sobre el valor exoneratorio de determinados certificados expedidos por la Seguridad Social en términos parecidos²⁴ a los ahora examinados a propósito del art. 42. 1 y 2 ET. Y lo ha hecho abordando en las sentencias citadas dos extremos: el contenido y eficacia que debe otorgarse a los mismos y si tales certificados vulneran los principios de seguridad y confianza legítima. Sobre el primer punto, ateniéndose a la literalidad de los certificados, que expresamente señalan que no pueden ser utilizados para exonerar responsabilidad alguna, les niega que puedan invocarse para eludir ninguna obligación preexistente, reprochando —eso sí— a la Administración la utilización del término “certificado”. Sobre el segundo, niega que los principios de seguridad jurídica y confianza legítima hayan sido vulnerados, pues tales certificados “no engañan a nadie”: quien los lee “sabe a qué atenerse desde el punto de vista de tales principios”.

Como apuntábamos, esta construcción se ha trasladado ahora a la interpretación del art. 42.1 y 2 ET, pero resulta que entre el precepto estatutario y el de la LGSS había y hay grandes diferencias que, a mi entender, no permiten tal traslación acrítica. Por

24 Concretamente en la STS de 21 de julio de 2015, se alude a tres certificados con el siguiente tenor: “De los antecedentes obrantes en esta Tesorería General se CERTIFICA que: No tiene pendiente de ingreso ninguna reclamación por deudas ya vencidas con la Seguridad Social. Y para que conste, a petición del interesado, se expide la siguiente certificación que no originará derechos ni expectativas de derechos a favor del solicitante o de terceros, ni podrá ser invocada a efectos de interrupción o paralización de plazos de caducidad p prescripción, no servirá de medio de notificación de los expedientes a que se pudiera hacer referencia, no afectando a lo que pudiere resultar de actuaciones posteriores de comprobación o investigación”. La fórmula empleada por la Tesorería en el supuesto conocido por la STS de 3 febrero 2021, que centra nuestro análisis, es idéntica a la recién reproducida.

lo pronto, a diferencia de lo que ocurre con la LGSS, que no hace sino remitir a un desarrollo reglamentario que no se ha producido, aquí estamos ante un precepto legal que impone al empresario un deber de comprobar que los empresarios con quienes contrata y subcontrata están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social, recabando al efecto de la TGSS una certificación negativa de descubiertos, y, en paralelo, obliga a la Tesorería a librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables. ¿Consiente la literalidad del art. 42. 1 y 2 ET, a la que tan apegada parece la Sala, asimilar la previsión del hoy art. 168.2 LGSS a la del art. 42.1 ET en punto a las obligaciones de la Seguridad Social? Repárese que mientras que el primer precepto remite a una ulterior regulación reglamentaria de la expedición de certificados que impliquen garantía de no responsabilidad, regulación que no se ha producido, el segundo obliga a la Tesorería a librar inexcusablemente la certificación negativa de descubiertos en el plazo de treinta días. Por más que también el art. 42 remita a un desarrollo reglamentario que no se ha producido, en él se habla claramente de una “certificación negativa de descubiertos”²⁵ que debe inexcusablemente librarse y a la que hay que dotar de contenido. La sentencia, no obstante, rechaza expresamente la tesis de la sentencia impugnada que entendía no aplicable al caso la doctrina de la STS de 21 de julio de 2015, por referirse a un supuesto de sucesión empresarial, “pues lo relevante de tal sentencia —a juicio del Tribunal, que hace caso omiso de la muy distinta regulación legal— es el juicio que en ella se hace sobre el efecto liberatorio de las certificaciones negativas”. En fin, ¿cumple la Tesorería con la obligación legal de certificar la ausencia de descubiertos que le impone el Estatuto de los Trabajadores expidiendo unos “certificados” que como ha señalado el propio Tribunal Supremo no certifican nada? No parece que sea así. Ni parece, en definitiva, que la asimilación operada sea de recibo, pues viene a desconocer la “inexcusable” obligación que la Ley hace recaer sobre la Seguridad Social vaciándola de contenido.

Pero es que, además, el resultado de la interpretación del Supremo es el de privar de sentido al mecanismo legalmente diseñado, que queda reducido a un mero instrumento informativo, deficiente además. Ciertamente, interpretado el precepto en los términos reseñados, nos encontramos ante un deber/facultad empresarial cuyo cumplimiento o incumplimiento resulta para él intrascendente: si el empresario cumple con la previsión legal y la Tesorería General de la Seguridad Social tiene a bien expedir la certificación, sea esta positiva o negativa, la responsabilidad solidaria que Ley establece permanece intacta. Lo único que va a obtener del cumplimiento de la previsión legal es información e información de calidad relativa porque, para el supuesto de que la certificación sea negativa, comoquiera que se producirá en los términos convalidados por la jurisprudencia, solo le servirá para conocer los datos

25 Sobre esta certificación la doctrina ha señalado que “en ningún caso parece vaya a hacer prueba alguna sobre la situación de la cotización e incluso de la afiliación o alta de cada trabajador del contratista o subcontratista que preste servicios durante la vigencia de la contrata” (Cfr. TORTUERO PLAZA, J.L. et altri, op. cit. pág. 166)

obrantes en ese momento en la Tesorería, que deberá manejar con cautela si lo que pretende es valorar su eventual riesgo.

Lo que, como hemos visto, era a juicio de la doctrina un mecanismo profiláctico, que premiaba al empresario que contribuía con su diligencia a sanear el mercado de la contratación y subcontratación de obras o servicios, exonerándolo de la responsabilidad en él prevista tanto si la certificación era efectivamente negativa como, si solicitada esta, no se emitía en treinta días, se ha convertido en un instrumento huero, cuya única virtualidad es como la propia sentencia reconoce “relativamente informativa”.

No puede extrañar, en este sentido, que el Tribunal acabe en su resolución llamando al empresario para “que actúe, por sí, diligentemente”, sin esperar nada del mecanismo exoneratorio legal. Y es que, en efecto, desprovisto este de toda eficacia, deberá ser el empresario que contrate con contratistas o subcontratistas su actividad quien articule contractualmente los mecanismos que le permitan prevenir adecuadamente estas situaciones de incumplimiento y prever los instrumentos que permitan repararle las consecuencias gravosas que del mismo puedan derivársele.

El resultado de esta operación interpretativa es singularmente sorprendente desde la perspectiva del sentido y funcionalidad del precepto. Así interpretado, en efecto, en los apartados primero y segundo del art. 42 ET el legislador habría incorporado todo un mecanismo exoneratorio de la responsabilidad empresarial que vendría exclusivamente a operar en aquellos casos en los que la Tesorería General de la Seguridad Social incumpla con la obligación legal de librar inexcusablemente la certificación por descubiertos que el propio legislador le impone.

5. REFLEXIONES FINALES: LA NECESIDAD DE UNA REFORMA

La evolución experimentada por el mecanismo exoneratorio de la responsabilidad empresarial que prevé el art. 42.1 y 2 ET, a resultas de su interpretación judicial, ha enervado la funcionalidad de este. La lectura reseñada del mismo no solo ha vaciado el precepto legal de contenido sino que lo ha convertido en una suerte de señuelo que puede inducir a confusión al empresario que observando la Ley pide la certificación de descubiertos, pues la exoneración que esta anuncia y liga a aquella no se va a producir sino remotamente: cuando la Tesorería General de la Seguridad Social no expida la certificación solicitada o esta sea incorrecta y pueda el empresario afectado demostrarlo. Así las cosas, sería mejor que el mecanismo legal desapareciese, pues su conservación hoy por hoy en los términos del Estatuto del 80, cuando la interpretación del mismo ha experimentado tan significativo cambio, no va a hacer sino confundir a los empresarios que cumplan con el deber legal de comprobación y, desconociendo la relectura jurisprudencial, crean que el cumplimiento del mismo tiene en su favor efectos exoneratorios. Este estado de cosas, a mi entender, sí mortifica los principios de seguridad jurídica y confianza legítima antes aludidos, pues parafraseando al Tribunal Supremo, quien ahora lea la Ley no va a saber “a qué atenerse,

que es lo crucial desde el punto de vista de los arriba mencionados principios” (STS 21 Julio 2015, rec 3561/2013 y 24 octubre 2018, rec. 2701/2016).

Esta situación debiera llevar al legislador a replantearse el sentido y la formulación del mecanismo examinado, en el contexto de una reforma integral del precepto estatutario y, más ampliamente, del conjunto de responsabilidades empresariales previstas para los supuestos de contratación y subcontratación de obras o servicios. Hoy por hoy resulta obvia la extemporaneidad de la regulación vigente: el conjunto de previsiones legales que la conforman se diseñó en un momento en que los procesos de descentralización productiva tenían una difusión y alcance limitado, nada comparable al actual.

No va a arriesgarse aquí ninguna propuesta concreta, pues, como acaba de apuntarse, entendemos que la formulación de cualquier propuesta de *lege ferenda* debe extenderse a la institución en su conjunto. Creemos eso sí, que el que la Ley contemple un mecanismo exoneratorio o limitador de la responsabilidad para el empresario diligente que, antes de contratar, se preocupa de constatar la solvencia de quien contrata, contribuyendo con ello a sanear el mercado de la contratación y subcontratación de obras y servicios, resulta adecuado y, dependiendo de cómo se configure, puede ser muy útil. El legislador deberá al efecto examinar detenidamente el conjunto de los intereses en juego —la protección de los trabajadores, la del sistema de Seguridad Social, la competitividad y productividad empresariales, el saneamiento del mercado de contrataciones y subcontratas, etc.— y sopesar el alcance que quiere dar a cada uno de ellos²⁶; en todo caso, la previsión de una responsabilidad subsidiaria de carácter general como la hoy prevista en el art. 168. 1 LGSS permite —creemos— márgenes de juego sin comprometer por ello la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social.

26 A la necesidad de que el legislador clarifique los intereses que pretende tutelar había aludido ya LUQUE PARRA, op. cit. pág. 291-293.