

EL DEBER DE COMPROBACIÓN Y EVENTUAL EXONERACIÓN EN MATERIA DE CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala tercera, de 3 de febrero de 2021
ECLI:ES:TS:2021:275*

JOSÉ MARÍA RUZ LÓPEZ*

SUPUESTO DE HECHO: Una empresa dedicada a la hostelería encarga a PRECONTE, S.L. la ejecución de obras de reforma en su establecimiento. Dicha sociedad, actuando como sujeto comitente, celebra el 14-5-2015 un contrato de ejecución de obra con HI&DA GESTIÓN EFICIENCIA ENERGÉTICA S.L. (HI&DA). La parte contratante solicitó periódicamente los certificados del art. 42.1 ET que, con signo negativo, fueron emitidos los meses de mayo, julio, agosto, septiembre y octubre de 2015. Estos certificados contienen información sobre la reclamación de deudas, no sobre la propia existencia de las mismas. En consecuencia, a pesar del resultado negativo de los certificados, el sujeto contratista generó deudas entre agosto y octubre de 2015. Esta situación desencadenó la actuación de la ITSS con la que comienza el iter administrativo y seguidamente procesal.

RESUMEN: La sentencia que protagoniza el presente comentario versa sobre un aspecto de considerable complejidad hermenéutica: el deber de comprobación y eventual exoneración del art. 42.1 *in fine* ET. En consecuencia, la doctrina ha planteado numerosas y heterogéneas propuestas interpretativas a raíz de este instrumento. Sin embargo, la jurisprudencia dictada al respecto podría ser calificada como escasa. En este contexto, el pronunciamiento a examen adquiere una notable relevancia.

De entre las numerosas cuestiones derivadas de tal mecanismo, la sentencia se centra en aquellas relativas a la eventual exoneración. En esta lógica, de un lado, el TS concluye que la responsabilidad objeto de exoneración se circunscribe a la responsabilidad solidaria por deudas devengadas durante la contrata en línea con el art. 42.2 ET. De otro lado, respecto a los supuestos que accionan la exoneración, la Sala tercera afirma que la simple certificación negativa no despliega efectos liberatorios, salvo que sea dictada por error. La inexactitud de los certificados está estrechamente vinculada a la operativa de la TGSS, ratificada por la Sala tercera mediante el presente pronunciamiento.

* Investigador predoctoral en formación FPU.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. PRINCIPALES DUDAS INTERPRETATIVAS
 - 2.1. Finalidad del mecanismo
 - 2.2. Deber de comprobación
 - 2.3. Eventual exoneración
 - 2.3.1. Supuesto que acciona la exoneración
 - 2.3.2. Responsabilidad objeto de exoneración
3. JURISPRUDENCIA RECIENTE AL RESPECTO
 - 3.1. Relato fáctico
 - 3.2. Íter administrativo y procesal
 - 3.3. Fundamentación jurídica
 - 3.3.1. Finalidad del mecanismo
 - 3.3.2. Deber de comprobación
 - 3.3.3. Eventual exoneración
 - 3.4. Fallo de la sentencia
4. REFLEXIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN

Con carácter general, distinguir entre instituciones de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social constituye una tarea relativamente simple. Sin embargo, ciertos preceptos aúnan ambos planos, imbricando reglas de Derecho del Trabajo propiamente dicho y de Seguridad Social. Un claro ejemplo de ello es el art. 42 ET sobre contratas y subcontratas que, desde su origen en 1980 e incluso en experiencias legislativas anteriores, ha regulado aspectos de Seguridad Social. Por esta razón la doctrina ha denominado el art. 42 ET como una “regla bifronte”¹. Concretamente, el mecanismo de comprobación y eventual exoneración del art. 42.1 *in fine* ET ha sido calificado, a pesar de su ubicación, como un mandato normativo de Seguridad Social².

Admitiendo que las reformas introducidas por el RD-ley 32/2021 no suponen una completa actualización del marco legal de la subcontratación³, cabe reflexionar acerca de ciertos aspectos que podrían, o deberían, ser objeto de futura reforma. Entre las numerosas cuestiones susceptibles de reforma en la materia, el presente trabajo pretende examinar una compleja institución, a caballo entre el supuesto de hecho y las consecuencias jurídicas: el deber de comprobación de descubiertos

¹ Montoya Melgar, A., Aguilera Izquierdo, R. “Sobre el régimen jurídico laboral de contratas y subcontratas (un apunte con la última doctrina de los tribunales del orden social)”, *Revista doctrinal Aranzadi social*, núm. 5, 1999, pp. 1041-1052. (BIB 1999/1614).

² Montoya Medina, D. *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 256.

³ Recuérdese, por un lado, la nueva redacción de los arts. 15 y 16 ET sobre el tipo contractual vinculado a subcontratas y, de otro lado, el art. 42.6 ET, sobre convenio colectivo aplicable.

con la Seguridad Social y el complejo sistema de exoneración en virtud del art. 42.1 *in fine* ET. Esta institución sigue planteando interesantes cuestiones que llegan hasta nuestros días a la luz de la STS-CA 3-2-2021 (rec. 2584/2019) (ECLI:ES:TS:2021:275).

2. PRINCIPALES DUDAS INTERPRETATIVAS

Para una mejor comprensión de la sentencia examinada conviene sistematizar los principales núcleos problemáticos de la institución en cuestión. Desde el origen de la misma⁴, la doctrina ha puesto de manifiesto su complejidad hermenéutica⁵. La confusa redacción de la norma en adición a la escasez tanto de reformas como de pronunciamientos judiciales al respecto ha propiciado la aparición de una serie de complejas dudas interpretativas

A continuación, se pretender identificar de forma sistemática las principales incógnitas exegéticas, así como las diferentes soluciones aportadas por la doctrina y, en menor medida, por la jurisprudencia. Con este propósito, tras reflexionar acerca de la propia finalidad de la norma, se examinará, en primer lugar, las dudas vinculadas al deber de comprobación en sentido estricto y, seguidamente, las cuestiones derivadas de la consiguiente eventual exoneración.

Con carácter previo, resulta imprescindible dejar constancia de ciertas apreciaciones de carácter transversal. En primer lugar, en la actualidad no existe una regulación reglamentaria que cumpla con el mandato introducido por la Ley 12/2001⁶. No obstante, aunque en la actualidad no esté en vigor, sí ha existido un precepto reglamentario relativo al mecanismo de comprobación, el extinto art. 10.3 b) RGRSS. En segundo lugar, el deber de comprobación sobre descubiertos con la Seguridad Social del art. 42 ET no debe ser confundido con el deber de comprobación de afiliación y alta de trabajadores subcontratados introducido por el art. 5.1 del Real Decreto-ley 5/2011, de 29 de abril, recogido en el actual art. 16.6 LGSS. En tercer lugar, la institución objeto de estudio no es aplicable a cualquier contrata sino exclusivamente a aquellas que encajen en el supuesto de hecho descrito en la primera parte del art. 42.1 ET y, más concretamente, en el concepto de propia actividad, “noción clave” de su ámbito de aplicación⁷.

⁴ El mecanismo de comprobación introducido en la versión original del art. 42 ET es tributario de la redacción del Decreto 3677/1970 traslado sin apenas cambios al art. 19 de la LRL.

⁵ Sobre el RD 3677/1970, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. “La regulación protectora del trabajo en contratas”, *Revista de política social*, núm. 93, 1972, pp. 5-66., pp. 43-44.; Sobre el art. 42 ET en su versión original, a modo de ejemplo, Martínez Emperador, R. *El Estatuto de los trabajadores y la responsabilidad empresarial en el caso de subcontratas de obras o servicios*, *Instituto de estudios sociales*, Madrid, 1980, p. 29 y ss.

⁶ “en los términos que reglamentariamente se establezcan”.

⁷ En palabras de Rivero Lamas, J. “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo” en A.A.V.V *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas*

2.1. Finalidad del mecanismo

Como se ha advertido con anterioridad, el art. 42 ET conjuga regulaciones de Derecho del Trabajo en sentido estricto con otras de Seguridad Social. Esto podría explicar que la finalidad del mecanismo en cuestión difiera del objetivo clásico anudado al art. 42 ET, la protección de los trabajadores inmersos en procesos de subcontratación. Por mor del principio de automaticidad imperante en el sistema de Seguridad Social, el estatus jurídico de los trabajadores no se vería afecto por las deudas con la Seguridad Social de la empresa contratista y, en consecuencia, por la extensión solidaria de tal responsabilidad al empresario contratante⁸.

En efecto, la práctica totalidad de la doctrina iuslaboralista ha coincidido al advertir la finalidad profiláctica del mecanismo en cuestión⁹. El deber de comprobar la existencia de deudas, la posibilidad de conocer dicha información y la eventual exoneración de responsabilidad permitiría reducir la participación de empresas de dudosa solvencia, saneando así el mercado de contrata y subcontratas¹⁰. En estrecha relación con lo anterior, la expulsión del mercado de este tipo de entidades reduciría la competencia desleal en el mismo¹¹, evitando una posición de ventaja sustentada en el incumplimiento, en este caso, de obligaciones con la Seguridad Social. Aún de forma indirecta, el correcto funcionamiento del mercado, en general, y la participación de empresas solventes y cumplidoras, en particular, redundan en el beneficio de todas las partes interesadas en los procesos de subcontratación, incluyendo los trabajadores. Es plausible considerar que las empresas que cumplen con sus deudas de Seguridad Social se encuentran en posición de hacer frente a sus obligaciones salariales.

del trabajo: X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, p. 46.

⁸ Respecto al principio de automaticidad y el art. 42 ET, Villalón, J. “Descentralización productiva... op. cit. p., 161; Soriano Cortés, D. *Las contrata y subcontratas en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Mergablum, Sevilla, 2007, pp. 380-381.

⁹ García Murcia, J. “El trabajo en contrata y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los trabajadores”, *Revista de política social*, núm. 130, 1981, p. 31; Martín Valverde, A. “Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios” en Borrajo Dacruz, F. (dir.) *El Estatuto de los trabajadores*. Tomo VIII: Artículos 39 a 44, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1988, p. 252. Sempere Navarro, A. “El artículo 42 ET: una visión panorámica”, *Documentación laboral*, núm. 68, 2003, p. 1056; Montoya Medina, D. *Trabajo en contrata y subcontratas...* op. cit. p. 260;

¹⁰ Ha de tenerse en cuenta que, como en su día subrayó Cruz Villalón, este loable objetivo puede “puede instrumentarse a través de variados mecanismos”. Vid. Cruz Villalón, J. “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrata y subcontratas”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 1992, p. 159.

¹¹ Cfr. Soriano Cortés, D. *Las contrata y subcontratas en el Derecho...* op. cit. p. 378; García-Perrote Escartín, I.; Mercader Uguina, J. R. “El carácter débil de las certificaciones emitidas por la seguridad social”, *Revista de Información Laboral*, núm. 2, 2016. (BIB 2016/797)

2.2. Deber de comprobación

La principal duda relativa al deber de comprobación está vinculada a su propia obligatoriedad. Ante la ausencia de consecuencia jurídica frente a su incumplimiento¹², la doctrina ha llegado a calificar el mandato del art. 42.1 *in fine* ET como una facultad o potestad, más que como un deber¹³. En esta línea, entender que el art. 42.1 *in fine* ET impone un mandato obligatorio de cuya inobservancia derive una responsabilidad administrativa ha sido interpretado como una idónea propuesta de *lege ferenda*, pero no como una correcta interpretación de *lege data*¹⁴.

Respecto al momento de realizar la solicitud, las interpretaciones propuestas por la doctrina abarcan la totalidad de posibilidades. Por un lado, se ha defendido que la solicitud ha de cursarse con anterioridad a la celebración de la contrata¹⁵. Por otro lado, se ha sostenido que el deber de comprobación ha de ser llevado a cabo una vez originada la contrata¹⁶. Asimismo, se ha afirmado que la comprobación puede realizarse tanto antes como después del perfeccionamiento de la contrata¹⁷.

¹² Se realizó una exhaustiva indagación de dicha responsabilidad en la LISOS en Cruz Villalón, J. “Descentralización productiva... op. cit. p. 160, nota 157. Si trasladamos tal análisis a la actual versión de la LISOS, la conclusión es idéntica. En primer lugar, el capítulo III, sobre infracciones de la Seguridad Social, concretamente sección 1ª sobre infracciones de los empresarios, arts. 21-23 LISOS, no alberga norma de reproche ante el incumplimiento de citado deber. En segundo lugar, el incumplimiento tampoco es reconducible al art. 6.6 LISOS sobre obligaciones meramente formales o documentales puesto que el presunto incumplidor no ostenta la posición de empleador. En tercer lugar, la pretendida responsabilidad tampoco tiene encaje en la remisión tautológica del art. 42.1 LISOS “en los términos allí establecidos” puesto que el art. 42 ET no hace referencia a ninguna responsabilidad específica, como no ocurre con el art. 43 ET. En esta misma dirección, sobre la base de las garantías del art. 25.1 CE y, en particular, de los principios de legalidad y tipicidad, Sagardoy de Simón, I., Godino Reyes, M. *Contrata y subcontrata de obras y servicios. La cesión de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal*, CISS, Valencia, 1998, p. 60; Camps Ruiz, L. M. “La obligación empresarial de comprobar la solvencia del contratista o subcontratista: significado y consecuencias” en A.A.V.V. *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrata*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 247.

¹³ Con el paso del tiempo, esta corriente doctrinal se ha convertido en mayoritaria. Entre otros, Cruz Villalón, J. “Descentralización productiva... op. cit. p. 160; García Piqueras, M. *El régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contrata y subcontratas de obras y servicios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 36.

¹⁴ Llano Sánchez, M. *Responsabilidad empresarial...* op. cit. p. 185-186, Soriano Cortés, D. *Las contrata en el Derecho...* op. cit. p. 384.

¹⁵ Entre los defensores del carácter previo de la contrata es posible distinguir entre aquellos que entienden que dicha solicitud es un requisito *sine qua non* para la perfección de la contrata, Martín Valverde, A. “Responsabilidad empresarial... op. cit. p. 247 y aquellos que no llegan a plantear tal exigencia, basándose en la pertinencia de la solicitud con carácter previo en la mencionada finalidad profiláctica; Sempere Navarro, A. “El artículo 42 ET... op. cit. p. 33; Camps Ruiz, L. M. “La obligación empresarial de comprobar... op. cit. p. 252.

¹⁶ Vid. García Murcia, J. “El trabajo en contrata... op. cit. p. 33. Este autor hace hincapié en la pertinencia de posibilitar el desistimiento a través de mecanismos privados tales como el precontrato o una cláusula contractual al efecto.

¹⁷ Entre otros, Cruz Villalón, J. “Descentralización productiva... op. cit. p. 157. Desde el ámbito judicial, la STSJ Cataluña 29-4-1995 (A.L. 1563) mantiene expresamente esta opción.

En estrecha relación con lo anterior, desde la doctrina se ha cuestionado si se trata de un deber de tracto único o sucesivo. De un lado, se ha defendido que basta con que la solicitud se realice una vez. La comprobación tendría efectos indefinidos o, más concretamente, durante la vigencia de la contrata¹⁸. A propósito de la eventual exoneración, lo anterior supondría una “presunción iuris tantum de no morosidad *ad futurum*”¹⁹. De ese modo, no existiría relación entre lo certificado y lo exonerado. Como respuesta a esta paradoja, desde la doctrina también se ha defendido el carácter periódico de la solicitud. Brevemente, si esta se reitera con carácter periódico, sí podría existir una concordancia entre el período comprobado y la responsabilidad exonerada²⁰.

Finalmente, también existen dudas referidas al contenido y alcance de la certificación. Desde la perspectiva técnico-jurídica, cabe preguntarse si la comprobación versa sobre cualquier deuda o exclusivamente sobre cuotas y, por otro lado, si tales deudas/cuotas están referidas a cualquier trabajador o solamente a aquellos adscritos a una concreta contrata. Sin embargo, el contenido y alcance del certificado está vinculado a un debate de mayor alcance jurídico: el derecho a la intimidad como límite a la información transmitida a un tercero por parte de la TGSS. Desde los primeros estudios del art. 42 ET se planteó la importancia de respetar el derecho a la intimidad del sujeto contratista²¹. En este punto, debe advertirse la existencia de varios informes emitidos por el gabinete jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos relativos a la cesión de información en el marco de contratas y subcontratas²².

Una parte de la doctrina, admitiendo la posibilidad de ejecutar la comprobación tanto antes como después, muestra su preferencia por la solicitud de carácter previo. A modo de muestra, Llano Sánchez, M. *Responsabilidad empresarial...* op. cit. p. 182 y ss.

¹⁸ Entre otros, Camps Ruiz, L. M. “La obligación empresarial de comprobar... op. cit. p. 250 y ss.

¹⁹ Montoya Medina, D. *Trabajo en contratas...* op. cit. p. 273. En otro términos, ello implica presumir que quien ha cumplido en el pasado, también lo hará en el futuro. Sagardoy de Simón, I., Godino Reyes, M. *Contrata y subcontrata...* op. cit. p. 62.

²⁰ Entre otros; Sagardoy Bengoechea, J.A. “Intrahistoria de un Proyecto de Ley. El Estatuto de los Trabajadores”, *Relaciones Laborales*, tomo 1, 1990.; Martín Valverde, A. “Garantías por cambio de empresario” en Monereo Pérez, J. L. (dir.) *Comentarios al ET*, Comares, Granada, 1998, pp. 526 y ss.; Martínez Garrido, L.R. *Tratamiento laboral de la contratación...* p. 51; García Murcia, J. “La dispersa regulación de las contratas... op. cit. Este último autor aporta doctrina administrativa que apunta en esta dirección.

²¹ El primer comentario al respecto se localiza en Martínez Emperador, R. *El Estatuto de los trabajadores...* op. cit. p. 17.

²² Los informes localizados, y por tanto analizados, versan sobre una normativa derogada, la Ley Orgánica 15/1999. No se han localizado informes sobre la actual Ley Orgánica 3/2018. Por esta razón, debe primar la prudencia en su análisis. Entre los informes estudiados al respecto, 0180/2006; 0413/2008; 0223/2009; 0380/2009; 0412/2009; 0030/2010; 0047/2010, véase este último por su estrecha relación con el mecanismo de comprobación.

2.3. Responsabilidad objeto de exoneración

Junto al deber de comprobación y unas limitadas pautas procedimentales, el art. 42.1 ET establece una posible exoneración de responsabilidad vinculada a la solicitud. El escaso desarrollo de un mecanismo de notable relevancia como es la exoneración de responsabilidad desemboca, nuevamente, en relevantes incógnitas interpretativas. Las principales son, por un lado, el supuesto que permite aplicar la exoneración y, por otro lado, la responsabilidad objeto de exoneración.

2.3.1. Supuesto que acciona la exoneración

El primer supuesto de exoneración deriva de la ausencia de respuesta por parte de la TGSS durante el transcurso del plazo de 30 días improrrogables. En consecuencia, el carácter extemporáneo del certificado desplegará los mismos efectos que la no emisión del mismo. Esta solución es plenamente coherente tanto con el ordenamiento jurídico público como privado. Respectivamente, la Administración no puede beneficiarse de su inactividad, ante la cual se producirá una reducción de sus garantías de cobro²³. A su vez, el empresario contratante, si conociere la existencia de deudas, podría arbitrar algún mecanismo, civil o mercantil, que le permita protegerse de tal contingencia²⁴.

La verdadera cuestión reside en determinar si el anterior supuesto es el único susceptible de desplegar efectos liberatorios. Desde un acercamiento literal, la exoneración de responsabilidad únicamente sería aplicable ante la inexistencia de respuesta por parte de la TGSS en el plazo señalado. Aunque con carácter minoritario, desde la doctrina se ha considerado que esta solución “no sería irrazonable”²⁵. No obstante, la mayor parte del iuslaboralismo español ha sostenido una lectura amplia, admitiendo que la certificación negativa, junto a la ausencia de respuesta, permitiría accionar la exoneración²⁶. Como se analizará en su debido momento, la jurisprudencia reciente ha señalado un nuevo supuesto de exoneración: la certificación negativa inexacta.

²³ Cfr. Montoya Medina, D. *Trabajo en contratas...* op. cit. p. 237.

²⁴ Desde los primeros comentarios se ha mostrado atención en la formalización de un precontrato o en la inclusión de condiciones resolutorias. García Murcia, J. “El trabajo en contratas...” op. cit. p. 33.

²⁵ Camps Ruiz, L. M. “La obligación empresarial de comprobar...” op. cit. p. 254.

²⁶ Entre otros, Martínez Emperador, R. *El Estatuto de los trabajadores...* op. cit. p. 29 y ss. García Murcia, J. “La dispersa regulación de las contratas y subcontratas: propuestas de cambio”, *Documentación laboral*, núm. 68, 2003, p. 141. Sempere Navarro, A. “El artículo 42 ET...” op. cit. p. 33. Cruz Villalón, J. “Descentralización productiva...” op. cit. p. 157. Montoya Melgar, A., Aguilera Izquierdo, R. “Sobre el régimen jurídico laboral...” op. cit. 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)”, *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 11, 2016, p. 1056. Sagardoy de Simón, I., Godino Reyes, M. *Contrata y subcontrata...* op. cit. p. 60. Soriano Cortés, D. *Las contratas en el Derecho...* op. cit. p. 388; García-Perrote Escartín, I.; Mercader Uguina, J. R. “El carácter débil de las certificaciones...” op. cit.

2.3.2. Responsabilidad objeto de exoneración

Uno de los principales interrogantes relativos al mecanismo de comprobación es la determinación de la responsabilidad objeto de eventual exoneración. El texto estatutario omite su identificación al hacer referencia, con carácter genérico, a la “responsabilidad de la empresa solicitante”. En esta línea, desde los primeros estudios en la materia, se han planteado tres plausibles soluciones, esto es, tres tipos de responsabilidades susceptibles de ser exoneradas: responsabilidad administrativa²⁷, responsabilidad específica, ya sea solidaria o subsidiaria, sobre deudas anteriores a la contrata²⁸ y responsabilidad solidaria por deudas devengadas durante la contrata en línea con el art. 42.2 ET²⁹.

No obstante, las dudas interpretativas no se agotarían al admitir que la responsabilidad objeto de exoneración podría ser la impuesta por el art. 42.2 ET. A modo esquemático, cabría cuestionar si dicha exoneración abarca (i) cuotas impagadas, (ii) cualquier deuda con la Seguridad Social, (iii) otras deudas derivadas del art. 42 ET, esto es, obligaciones salariales, (iv) otras deudas impuestas desde normas distintas a la estatutaria, como el art. 24 LPRL o el art. 168 LGSS. Esta última incógnita descansa sobre uno de los debates de mayor calado en materia de contratas y subcontratas: la relación de complementariedad o exclusividad entre la responsabilidad solidaria del art. 42 ET y la subsidiaria de los arts. 142 y 168 LGSS.

3. JURISPRUDENCIA RECIENTE AL RESPECTO

A pesar de la redacción parca y ambigua del mecanismo de comprobación del art. 42.1 *in fine* ET, la jurisprudencia dictada sobre la materia podría ser calificada como escasa. Máxime si se compara con la abundante litigiosidad judicial derivada de otros elementos del art. 42 ET, como el concepto de propia actividad, la identificación del negocio base o la distinción entre contratas válidas y fraudulentas.

²⁷ Esta tesis fue sostenida en Martín Valverde, A. “Responsabilidad empresarial... op. cit. p. 254. A pesar de su trascendencia en el ámbito doctrinal, el propio autor, aunque implícitamente, cambio su postura, admitiendo que la responsabilidad objeto de exoneración se identificaba con aquella dimanante del art. 42.2 ET en Martín Valverde, A. “Garantías por cambio de empresario... op. cit. pp. 5276 y ss.

²⁸ Esta solución ha sido apoyada por Montoya Melgar, A., Aguilera Izquierdo, R. “Sobre el régimen jurídico laboral... op. cit.”; García Murcia, J. “El trabajo en contratas... op. cit. p. 37-38. Sin embargo, este último autor, a pesar de ser de los primeros, sino el primero en defender tal tesis, con posterioridad cambia su postura, admitiendo la responsabilidad de carácter solidario. García Murcia, J. “La dispersa regulación de las contratas ... op. cit. p. 141. Recientemente, Beltrán de Heredia Ruiz, I. “Una propuesta interpretativa... op. cit. pp. 1055-1056.

²⁹ Entre muchos otros, Martínez Emperador, R. El Estatuto de los trabajadores... op. cit. p. 26 y ss.; Calvo Gallego, F.J. “La regulación española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios”, *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 56, 2000, p.75; Camps Ruiz, L. M. “La obligación empresarial de comprobar... op. cit. pp. 249-250; Solidaria; Llano Sánchez, M. *Responsabilidad empresarial...* op. cit. p. 200.

Teniendo en cuenta el paradigma descrito, la sentencia objeto de examen, la STS-CA 3-2-2021, adquiere notable relevancia.

Pero además de por la escasez de jurisprudencia, la fundamentación de la sentencia cuenta con un alto valor hermenéutico puesto que aborda expresamente algunas de las principales incógnitas sistematizadas en el apartado anterior. A su vez, aunque en concordancia con el principio de congruencia el Tribunal no pueda referirse a cualquier cuestión, sino exclusivamente a aquellas que compongan el objeto de litigio según el *petitum* de las partes procesales, en la citada sentencia es posible localizar ciertas reflexiones que podría escapar de su *ratio decidendi*. A pesar de esta particular situación, desde la doctrina no se ha prestado especial atención a la resolución objeto de análisis³⁰.

3.1. Relato fáctico

Las relaciones mercantiles sobre las que descansa el caso enjuiciado representan el clásico esquema contractual de subcontratación. Una empresa dedicada a la hostelería encarga a PRECONTE, S.L. la ejecución de obras de reforma en su establecimiento. La sentencia omite la identificación del sujeto contratante, la denominación del negocio mercantil y la fecha de su celebración, lo cual resulta comprensible al advertir que esta relación jurídica no es objeto de discusión. La totalidad de la litis examinada pivota en torno a una contrata perfeccionada posteriormente, es decir, una subcontratación en términos estrictos. En esta línea, PRECONTE, S.L., actuando como sujeto comitente, celebra el 14-5-2025 un contrato de ejecución de obra con HI&DA GESTIÓN EFICIENCIA ENERGÉTICA S.L. (HI&DA).

³⁰ Salvo error en la búsqueda, es posible localizar dos entradas de blogs: 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 las cuotas de la Seguridad Social” en El Foro de Labos, <https://www.elforodelabos.es/2021/05/en-torno-a-las-consecuencias-de-la-comprobacion-por-el-empresario-principal-de-la-situacion-de-sus-contratistas-respecto-del-pago-de-las-cuotas-de-la-seguridad-social/> (última consulta 25/03/2023).y Beltrán de Heredia Ruiz, I. “¿De qué exonera la certificación negativa del art. 42 ET? (a propósito de la STS\C-A 03/02/21)” en el blog del autor <https://ignasibeltran.com/2021/03/17/de-que-exonera-la-certificacion-negativa-del-art-42-et-a-proposito-de-la-stsc-a-03-02-21/> (última consulta 28/03/2023). dónde se recuerda la fundamentación explicada en Beltrán de Heredia Ruiz, I. “Una propuesta interpretativa... op. cit. A su vez, se han publicado dos artículos en revistas científicas; Barceló Fernández, J. Alcance liberatorio de los certificados negativos emitidos por la TGSS. Comentario a la sentencia del tribunal supremo 124/2021, de 3 de febrero”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 59, 2021 y más recientemente Pérez de los Cobos Orihuel, F. “Sobre la minimización jurisprudencial de la exoneración de la responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social en las contrata y subcontratas”, *Trabajo y empresa*, núm. 1, 2022 trasladado a Pérez de los Cobos Orihuel, F. “Sobre la minimización jurisprudencial de la exoneración de la responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social” en Pérez De Los Cobos Orihuel, F. (coord.) *La regulación laboral de las contrata y subcontratas: puntos críticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Resulta determinante para el presente estudio examinar la cláusula 6.2 del contrato, en virtud de la cual HI&DA debía aportar certificación negativa del art. 42.1 ET tanto al momento de la firma del contrato como durante los primeros días de cada mes. Aunque en atención a dicha cláusula la empresa contratista debiere aportar los certificados, PRECONTE, S.L. solicitó periódicamente los certificados que, con signo negativo, fueron emitidos por la TGSS el 25 de mayo, 6 de julio, 12 de agosto, 7 de septiembre y 9 de octubre. La fórmula empleada en las mencionadas certificaciones es fundamental para el presente litigio. La TGSS certifica que el sujeto en cuestión “no tiene pendiente de ingreso ninguna reclamación por deudas ya vencidas con la Seguridad Social”. El certificado finaliza con una particular cláusula de cierre en la que reconoce “que no originará derechos ni expectativas de derecho a favor del solicitante o de terceros”. A pesar del resultado negativo de las certificaciones, HI&DA generó deudas entre el 1 de agosto y 23 octubre de 2015, además de no presentar los correspondientes certificados. En efecto, el supuesto de hecho representa un claro ejemplo de emisión de certificaciones negativas a pesar de la existencia de deudas a favor de la Seguridad.

3.2. Íter administrativo y procesal

Como consecuencia de la naturaleza pública de las deudas objeto de análisis, el procedimiento judicial está precedido por varias actuaciones administrativas que conviene ser mencionadas. Como consecuencia de la actuación de HI&DA anteriormente mencionada, la ITSS levantó acta de liquidación el 24-5-2016. Siguiendo lo dispuesto en el art. 34 LGSS, el acta se elevó a definitiva mediante acto administrativo dictado por la TGSS el 26-8-2016. En esta resolución se declaró a PRECONTE, S.L. responsable solidario de las deudas referidas a la Seguridad Social del contratista. El recurso de alzada interpuesto por el sujeto contratante fue desestimado en virtud de la resolución de 2-11-2016 dictada por la TGSS³¹.

En vía contenciosa, contra la anterior resolución PRECONTE, S.L. interpuso recurso contencioso-administrativo, desestimado por la Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo nº3 de Las Palmas de Gran Canarias de 5-6-2017. Contra tal resolución, nuevamente PRECONTE, S.L. interpone recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Canarias en el que se tramitó y dictó sentencia estimatoria, la STSJ-CA Canarias 17-12-2018 (rec. 299/2017) (ECLI:ES:TSJICAN:2018:4185). Finalmente, la TGSS interpone recurso de casación que será estimado en virtud de la STS-CA 3-2-2021, resolución objeto de análisis.

³¹ La sentencia omite tanto el concreto órgano, centro o unidad que dicta la resolución recurrida en alzada así como el correspondiente superior jerárquico que lo resuelve. Admitiendo la inexactitud jurídica de nuestras palabras, al referirnos en general a la TGSS, consideramos no es un dato que influya en el presente análisis.

3.3. Fundamentación jurídica

En concordancia con el *petitum* de las partes procesales, la fundamentación jurídica de la sentencia gira en torno a la eventual exoneración planteada en el art. 42.1 *in fine* ET. Según la Sala tercera, las cuestiones que presentan interés casacional son, por un lado, el efecto liberatorio de los certificados y, por otro lado, el alcance de dicha exoneración. Como es posible advertir, existe plena concordancia entre el objeto del litigio y las dos dudas hermenéuticas planteadas sobre la exoneración: supuesto que acciona la exoneración y responsabilidad objeto de exoneración. Adicionalmente, la sentencia contiene reflexiones de utilidad para esclarecer otras incógnitas interpretativas. Por todo ello, a nivel metodológico, se pretende entablar un diálogo entre el cuerpo doctrinal previamente sistematizado y el contenido de sentencia, en aras de evaluar el verdadero impacto y alcance de las soluciones aportadas por la Sala tercera.

3.3.1. Finalidad del mecanismo

Tras transcribir los arts. 41.1 y 2 ET, la fundamentación de la sentencia comienza con un enfoque teleológico de la cuestión. Según el Tribunal, el citado precepto introduce una garantía frente al uso abusivo de la subcontratación. Dicha garantía tiene como propósito “la efectividad de la obligación de ingresar los recursos necesarios para la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social”. El mencionado objetivo fundamentaría la imposición de un “supuesto legal de solidaridad pasiva” y, a su vez, el deber de comprobar que la parte contratista no mantiene deudas con la Seguridad Social. De esa manera, el TS parece identificar una finalidad recaudatoria en el mecanismo de comprobación, aspecto escasamente reconocido por la doctrina iuslaboralista. Recuérdese que la mayoría de la doctrina centraba su atención en la finalidad profiláctica, vinculada al saneamiento del mercado de las contrata y subcontratas. El tribunal, si bien no omite tal extremo, sí parece otorgarle menor importancia. La sentencia hace referencia a la “finalidad disuasoria de la norma”, pero no al principio de la argumentación en el apartado referido al propio sentido del precepto, sino tangencialmente, en relación con un aspecto específico sobre las deudas anteriores a la contrata.

3.3.2. Deber de comprobación

La sentencia objeto de estudio no aborda expresamente el debate relativo a la verdadera naturaleza jurídica del mecanismo de comprobación, esto es, si se trata de un deber o una facultad. Sin embargo, como han advertido varios autores que han comentado previamente la resolución, de la fundamentación del Tribunal es posible deducir que el mecanismo de comprobación ha de ser entendido como una facultad, más que como un deber en sentido propio³². En esta lógica, el TS hace

³² En esta dirección, Camps Ruiz, L.M. “En torno a las consecuencias de la comprobación...” op. cit.; Pérez de los Cobos Orihuel, F. “Sobre la minimización jurisprudencial...” op. cit. p. 112.

referencia la infracción del art. 22.11 LISOS prevista ante el incumplimiento del deber de comprobar afiliación y alta del art. 16 LGSS³³. El razonamiento podría ser considerado como correcto, en línea con la doctrina mencionada *supra* que afirmó que no es posible hablar de verdadero deber si su incumplimiento no lleva aparejado una infracción. Sin embargo, a nuestro parecer, la argumentación de la sentencia es demasiado tácita e incluso ambigua³⁴.

De igual modo, las cuestiones temporales no son objeto de litigio. La sentencia no se refiere expresamente ni al momento de realizar la solicitud ni al carácter periódico de la misma. No obstante, es posible advertir ciertos datos de interés, al menos para la mera reflexión. Por un lado, atendiendo al supuesto de hecho, entre contratante y contratista, o técnicamente, entre contratista y subcontratista, se acordó contractualmente que la certificación sería cursada en el momento inicial de la contrata, así como a principios de cada mes durante su vigencia. De otro lado, durante la fundamentación jurídica, el Tribunal se refiere tanto en singular como en plural a los mencionados certificados. A nuestro parecer, estos indicios son insuficientes para obtener una conclusión interpretativa, siendo necesaria un tratamiento manifiesto de una cuestión de relevante calado teórico y práctico.

Finalmente, la sentencia aborda con mayor detenimiento el contenido de los certificados emitidos por la TGSS. No obstante, no se refiere a las incógnitas descritas en el apartado anterior, entre otros, tipología de deudas con las Seguridad Social recogidas en la certificación (cuotas o demás obligaciones) o alcance de las mismas, en relación con el derecho a la intimidad del sujeto contratista.

Por su parte, la sentencia introduce una novedosa disyuntiva, apenas advertida por la doctrina, referida a si la certificación debe reflejar deudas en sentido estricto o reclamaciones de tales deudas. Para comenzar, siguiendo los hechos probados, los documentos emitidos por la TGSS no certifican la inexistencia de deudas devengadas a favor de la Seguridad Social, sino la ausencia de reclamación sobre las mismas. A su vez, en tales certificados se explicita que la expedición de los mismos “no originará derechos ni expectativas de derecho a favor del solicitante o de terceros”³⁵. El TS ratifica tal redacción, así como sus consecuencias jurídicas; extremo que, por su vinculación con los efectos liberatorios, será examinado en el siguiente apartado.

No obstante, respecto al propio contenido de los certificados, cabe preguntarse si la TGSS, mediante la expedición de certificados de tan limitado contenido y, por extensión, limitada efectividad, cumple con el deber legal impuesto por la norma estatutaria³⁶. Desde un escueto acercamiento técnico, como cualquier acreedor, la

³³ F.J. 31, 5, 3º.

³⁴ De hecho, esta comparación se introduce en relación con la identificación de la responsabilidad objeto de exoneración.

³⁵ F.J. 1º, 1, 3º.

³⁶ Según Pérez de los Cobos Orihuel, la mencionada operativa no cumpliría con la norma estatutaria. Pérez de los Cobos Orihuel, F. “Sobre la minimización jurisprudencial... op. cit. p. 112.

Seguridad Social debe tener conocimiento de las deudas a su favor. En el caso de que tal contabilización no exista, por el buen funcionamiento de su propio sistema de financiación, es inexorable que se produzca una modificación en esta dirección. Por el contrario, si las deudas a favor de la Seguridad Social sí están contabilizadas, resulta ilógico que esta información no aparezca en los certificados, optando por constatar la existencia de reclamaciones, obteniendo así certificados que no aportan una imagen fiel sobre los posibles descubiertos con la Seguridad Social, claro mandato del art. 42.1 ET.

3.3.3. Eventual exoneración

Como se ha advertido con anterioridad, el objeto del recurso de casación versa sobre aspectos vinculados a la posible exoneración establecida por el art. 42.1 *in fine* ET. A continuación, en paralelo a la revisión doctrinal previa, se examinará el supuesto de hecho que acciona la exoneración, así como la responsabilidad susceptible de ser objeto de tal consecuencia.

a) Supuesto que acciona la exoneración

Sobre este primer aspecto, la sentencia comienza reconociendo que la ausencia de certificado en plazo producirá efectos liberatorios. Ello se fundamenta en que, ante la inactividad de la TGSS, el sujeto contratante carecería de información que le permitiese reaccionar. Adviértase que tanto la información como la capacidad de reacción adquieren un papel central. En este punto, la Sala tercera introduce, a nuestro parecer, la principal innovación en la materia dado que, por un lado, niega los efectos liberatorios de la certificación negativa al mismo tiempo que, por otro lado, reconoce un supuesto de exoneración adicional: la certificación negativa inexacta.

Si bien la mayoría de la doctrina reconoció, junto a la ausencia de respuesta en plazo, los efectos liberatorios del certificado negativo, nuestro Alto Tribunal concluye que dicho supuesto no es susceptible de accionar la exoneración prevista. En la resolución se emplea la locución “sólo quedará exonerado”, lo que permitiría afirmar que la ausencia de certificado constituye el único supuesto liberatorio. Esta solución se sustenta en dos argumentos de distinta extensión y naturaleza.

En primer lugar, de forma escueta y algo confusa, la sentencia se respalda en la derogación del extinto art. 10.3 b) RGRSS, en virtud del cual la exoneración tendría efectos “si se extendiere certificación negativa o transcurriere el indicado plazo sin haberse expedido la misma”. Según el Tribunal, “tal efecto ya no lo prevé el art. 13 del vigente reglamento”, de lo que se podría deducir que en la actualidad no es viable aceptar esta posibilidad³⁷.

El segundo argumento está estrechamente vinculado al contenido de los certificados. Según la sentencia, estos constatan la ausencia de reclamación formal de deudas, lo que no implica la inexistencia de las mismas. De ese

³⁷ F.J. 3º, 6, 3º.

modo, los certificados adquieren una “eficacia limitadamente informativa, no liberatoria”³⁸. En consecuencia, como reconoce abiertamente el TS, “se traslada al empresario principal” la obligación de vigilar que el contratista cumpla sus obligaciones con la Seguridad Social³⁹.

Para defender el escaso valor de los certificados, el Tribunal cita varios pronunciamientos dictados años antes por la propia Sala tercera: STS-CA 21-7-2015 (rec. 3561/2013) (ECLI:ES:TS:2015:3576) y STS 24-10-2018 (rec. 2701/20169) (ECLI:ES:TS:2018:3649). En tales sentencias, el Tribunal se postula a favor del valor meramente informativo de los certificados como consecuencia de su contenido, esto es, la constatación de reclamaciones, no de deudas⁴⁰. No obstante, conviene subrayar que el supuesto de hecho de los pronunciamientos reseñados no coincide con el de la sentencia en liza. Los pronunciamientos reseñados versan sobre un supuesto de sucesión de empresas mientras que la STS-CA 3-2-2021 responde a un claro caso de subcontratación. Esta última reconoce de forma manifiesta que tal situación no supone un impedimento puesto que lo relevante en tales sentencias es “el juicio que en ella se hace sobre el efecto liberatorio de las certificaciones negativas”⁴¹. No obstante, desde la doctrina se ha criticado duramente la traslación de esta fundamentación a la presente resolución por referirse a un supuesto de hecho distinto y, por lo tanto, a una normativa asimismo distinta. Según el art. 168.2 LGSS, la expedición de certificados en materia de sucesión de empresas debería ser regulada por un desarrollo reglamentario que no se ha producido. En contraposición, el art. 42.1 *in fine* ET, sí impone expresamente a la TGSS un deber legal de emitir certificación sobre deudas con la Seguridad Social, al margen de la remisión reglamentaria, también ausente, referida a cuestiones procedimentales. Esta distinta regulación legal, como advirtió la sentencia de apelación impugnada, permite poner en duda dicha interpretación analógica⁴².

Volviendo a las causas de exoneración, el Tribunal plantea un nuevo supuesto liberatorio, la emisión de certificados inexactamente negativos, es decir, la emisión de un certificado negativo cuando en realidad sí existan impagos⁴³. El fundamento de esta posibilidad reside, no en la mera actuación negligente de la Administración, sino en la falta de información del solicitante. En palabras del Tribunal, la certificación erróneamente negativa desembocaría en “una

³⁸ F.J. 3º, 6, 9º.

³⁹ F.J. 3º, 6, 11º.

⁴⁰ En García-Perrote Escartín, I.; Mercader Uguina, J. R. “El carácter débil de las certificaciones... op. cit. ya se subrayó, respecto a esta jurisprudencia, que los certificados no desplegaban efectos liberatorios.

⁴¹ F.J. 4º, 2, 3º.

⁴² Sobre el particular, véase Pérez de los Cobos Orihuel, F. “Sobre la minimización jurisprudencial... op. cit. pp. 111-112.

⁴³ El error en los certificados no constituye un aspecto estudiado por la doctrina. Aun así, es posible encontrar alguna referencia que defiende que la posible capacidad liberatoria del certificado negativo no se verá afectada por su expedición por error.

información inexacta que produciría en el empresario principal un efecto análogo a la falta de información⁷⁴⁴. No obstante, de la fundamentación de la sentencia es posible deducir que la exoneración no se produciría de forma automática ante la emisión de un certificado inexactamente negativo. Según la Sala tercera, los certificados negativos no exoneran “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”⁷⁴⁵. Según lo anterior, la exoneración queda condicionada a la propia actuación de la TGSS, que deberá de ser valorada de forma casuística. Resulta sorprendente que la exoneración la responsabilidad de la parte contratante dependa, no de la actuación de esta última, sino de la propia de la TGSS.

En este punto, cabe vincular este nuevo supuesto de exoneración con el propio contenido de los certificados. Como se ha podido advertir, la TGSS emite certificados que ratifican la inexistencia de reclamaciones, no de deudas. Por lo tanto, en un supuesto en el que existan deudas que no han sido reclamadas, sería correcto emitir un certificado negativo, lo cual no desplegaría efectos liberatorios. A nuestro parecer, esta conclusión carece de toda lógica puesto que el sujeto contratante que actúe diligentemente podrá obtener un certificado formalmente negativo a pesar de la existencia de deudas. De ese modo, el certificado del art. 42.1 *in fine* ET cuenta con escaso valor al no ofrecer una imagen fiel de la existencia de descubiertos con la Seguridad Social. De hecho, atendiendo al relato fáctico del caso enjuiciado, la empresa contratista originó deudas durante un período en el que la TGSS emitió certificados negativos –según la interpretación del TS– correctos.

De igual modo, conviene plantear si, en lugar de ratificar una operativa imprecisa, no sería más acertado exigir a la TGSS que mejore su sistema de certificación, aumentando la información y transparencia en el mercado de las contrata. La resolución objeto de estudio, sobre la base de las sentencias antes citadas, se limita a señalar que “es 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”⁷⁴⁶. A nuestro parecer, admitiendo que la TGSS está emitiendo certificados que no realizan su función, en definitiva, que no certifican, el problema no reside en el mero nombre del instrumento sino en el contenido del mismo. Resulta llamativo que, advertida tal paradoja, la sentencia continúe ratificando la operativa de la TGSS.

b) Responsabilidad objeto de exoneración

La segunda cuestión de interés casacional concuerda con uno de los principales debates doctrinales. Como se ha sistematizado anteriormente, desde la doctrina se teorizó acerca de tres posibles responsabilidades susceptibles de exoneración.

⁴⁴ F.J. 3º, 6, 4º.

⁴⁵ F.J. 4º, 1, 2º.

⁴⁶ F.J. 3º, 7, 2.

La primera de estas hipótesis, responsabilidad administrativa por incumplimiento del contratante, no es tenida en cuenta en el presente litigio. De ese modo, la disyuntiva pivota en torno a la admisión de responsabilidad por deudas anteriores a la contrata o durante la misma.

El Tribunal afirma que el empresario principal no responde por deudas anteriores a la contrata, en virtud de una lectura literal, teleológica y sistemática de la norma. Respectivamente, en primer lugar, el art. 42.2 ET hace referencia expresa a las deudas contraídas “durante el período de vigencia de la contrata”. Así, se acepta de forma manifiesta la vinculación entre el apartado primero y segundo del art. 42 ET. En segundo lugar, según el Tribunal, en línea con la finalidad disuasoria, el resultado positivo del certificado permitiría al solicitante advertir el potencial riesgo de contratar con un sujeto deudor. Resulta curioso que, para aceptar la citada solución, se aluda a la finalidad disuasoria. Los estudios doctrinales que han sostenido la existencia de responsabilidad por deudas anteriores a la contrata suelen hacer referencia a la finalidad disuasoria o profiláctica del precepto⁴⁷. En efecto, y al margen de su encaje legal, la imputación de responsabilidad sobre deudas anteriores tendría un mayor efecto disuasorio. En tercer lugar, la sentencia menciona el régimen sancionador anudado al deber de comprobación de afiliación y alta del art. 16 LGSS. Sin embargo, a nuestro parecer, dicha comparación resulta de utilidad para poner en cuestión la obligatoriedad del deber de comprobación del art. 42 ET, como se ha advertido anteriormente, pero no para identificar la responsabilidad objeto de exoneración. En cualquier caso, sobre la base de lo anterior, el Tribunal concluye que la parte contratante no responde frente a deudas anteriores a la contrata sino frente a deudas generadas durante la propia contrata, siendo este el objeto de la posible exoneración.

Aunque parece no formar parte de su *ratio decidendi*, la sentencia examinada aborda la compleja relación entre el art. 42 ET y el antiguo art. 127 LGSS, actual art. 168 LGSS. Sin pretensión de exhaustividad, respecto a esta problemática, se advierten dos posibles lecturas. De un lado, la relación entre ambos preceptos puede ser de exclusividad. En esta línea, la responsabilidad subsidiaria del art. 168 LGSS se ciñe a las contratas distintas de propia actividad mientras que la responsabilidad solidaria del art. 42 ET se circunscribe a aquellas que sí cumplan tal requisito. De otro lado, admitiendo una relación de complementariedad, la responsabilidad subsidiaria sería predicable ante cualquier contrata, convirtiéndose en solidaria en el supuesto de contratas de propia actividad.

Esta incógnita adquiere especial relevancia en relación con la eventual exoneración del art. 42 ET. Según la teoría de la exclusividad, la exoneración de responsabilidad del art. 42 ET produciría una exoneración de responsabilidad plena en las contratas de propia actividad. Ello desembocaría en un régimen jurídico menos tuitivo para las contratas de propia actividad; razón por la cual se ha propuesto la extensión de los efectos liberatorios a la responsabilidad subsidiaria

⁴⁷ Véase, a modo de ejemplo, Beltrán de Heredia Ruiz, I. “Una propuesta interpretativa... op. cit. p. 1058.

del art. 168 LGSS⁴⁸. En contraposición, según la relación de complementariedad, el mecanismo de comprobación no produciría una exoneración absoluta en contratados de propia actividad sino la sustitución de responsabilidad solidaria por subsidiaria⁴⁹.

Teniendo en cuenta ambas lecturas, así como sus efectos, el pronunciamiento objeto de estudio parece decantarse por la primera opción, la relación de exclusividad entre ambos preceptos. En palabras del Tribunal, “el supuesto que genera la responsabilidad solidaria del artículo 42.1 y 2 del ET difiere del que genera responsabilidad subsidiaria del art. 127.1 de la LGSS”⁵⁰. En términos más expresos, nuestro Alto Tribunal “reconoce la inaplicación del art. 127.1 de la LGSS”, actual art. 168 LGSS⁵¹. Esta argumentación se apoya en la STS 9-12-2010 (rec. 1266/2010) (ECLI:ES:TS:2010:7681) que a su vez cita a la STS 23-9-2008 (rec. 1048/2007) (ECLI:ES:TS:2008:5524).

La traslación de la argumentación de las citadas sentencias al presente caso requiere una lectura prudente⁵². Para comenzar, la STS 9-12-2010 cita la fundamentación de la STS 23-9-2008 para confirmar que los contratados que no son de propia actividad están amparados por la imputación de responsabilidad subsidiaria en materia de Seguridad Social. Con ello, se desestima un recurso de casación que solicita la inaplicación de cualquier responsabilidad, tanto solidaria como subsidiaria, ante contratados distintos de propia actividad. De ese modo, dichas resoluciones sientan doctrina sobre la imputación de responsabilidad subsidiaria ante contratados distintos de propia actividad, no sobre la relación de complementariedad o exclusividad entre lo dispuesto por el art. 42 ET y el art. 168 LGSS, como pretende deducir la STS 3-2-2021. Más aún, ninguna de estos tres pronunciamientos llega a vincular la relación entre ambos preceptos con el alcance de la potencial exoneración del art. 42 ET. A nuestro juicio, un aspecto de tal relevancia requiere, además de una extensa fundamentación, una respuesta expresa.

3.4. Fallo de la sentencia

Sobre la base de lo expuesto hasta este punto, nuestro Alto Tribunal estima el recurso de casación interpuesto por la TGSS contra la sentencia de apelación, confirmando así lo dispuesto en primera instancia. De ese modo, se ratifica que el sujeto contratante es responsable solidario de lo adeudado por la contratista frente a la Seguridad Social entre el 1 de agosto al 23 de octubre de 2015. Consecuentemente,

⁴⁸ Cruz Villalón, J. “Descentralización productiva... op. cit. p. 162.

⁴⁹ Camps Ruiz, libro Camps Ruiz, L. M. “La obligación empresarial de comprobar... op. cit. p. 251.

⁵⁰ F.J. 3º, 6, 2º.

⁵¹ F.J. 4º, 2, 3º.

⁵² Una visión crítica al respecto en Camps Ruiz, L.M. “En torno a las consecuencias de la comprobación... op. cit.

los certificados negativos emitidos por la TGSS el 25 de mayo, 6 de julio, 12 de agosto, 7 de septiembre y 9 de octubre no despliegan efectos liberatorios. Estos tres últimos certificados negativos fueron emitidos a pesar de la existencia de deudas. Sin embargo, como los certificados no constatan deudas, sino reclamaciones, en puridad, dichos documentos no serían erróneos, razón por la cual la Sala tercera no considera aplicable su nueva doctrina sobre los efectos liberatorios de las certificaciones negativas inexactas. En definitiva, a pesar de la existencia de deudas con la Seguridad Social, el sujeto comitente ha obtenido unos certificados negativos carentes de utilidad como consecuencia de la operativa de la TGSS ratificada por el TS.

4. REFLEXIONES FINALES

En estos momentos conclusivos, podría cuestionarse si el mencionado mecanismo, introducido en un contexto socioeconómico manifiestamente distinto al presente, sigue siendo necesario. A nuestro parecer, ante la constatación de abusos en materia de subcontratación, el establecimiento de un específico deber *in contrahendo* o *in vigilando* con rango legal podría producir resultados positivos⁵³. Coincidimos con la mayoría de la doctrina en que un deber de comprobación anudado a una posible exoneración podría impulsar el saneamiento del mercado de contratas y subcontratas, reduciendo la competencia desleal derivada de eventuales incumplimientos, lo cual redundaría a su vez en la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social.

Sin embargo, no basta con la simple introducción de un mecanismo de comprobación en la normativa. Es necesario que la regulación, tanto legal como en su caso reglamentaria, sea redactada de forma clara desde el punto de vista técnico-jurídico y que, al mismo tiempo, despliegue los efectos necesarios para alcanzar los fines perseguidos.

La sistematización planteada en las páginas anteriores permite advertir la multitud de problemas interpretativos derivados del mecanismo de comprobación del art. 42 ET así como la heterogeneidad de las soluciones aportadas. Este complejo paradigma podría mermar tanto la efectividad como la eficacia de la norma laboral⁵⁴. Respectivamente, la existencia de numerosas y complejas incógnitas exegéticas podría, de un lado, favorecer el incumplimiento de la norma y de otro lado, comprometer la consecución de los fines u objetivos previstos legalmente. En adición a lo anterior, un marco legal como el descrito es susceptible de mermar la seguridad jurídica de los operadores que intervienen en cualquier subcontratación tanto empresarios como trabajadores, sin obviar el papel de la Seguridad Social.

⁵³ Desde un principio, Rodríguez Piñero se refirió a un deber *in contrahendo*. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. “La regulación protectora del trabajo... op. cit. p. 44. Más recientemente, Mercader Uguina y García-Perrote Escartín aluden, por su parte, a un deber *in vigilando*. García-Perrote Escartín, I.; Mercader Uguina, J. R. “El carácter débil de las certificaciones... op. cit.

⁵⁴ Extensamente, sobre tales conceptos y su relación con el estudio de nuestra disciplina, Cruz Villalón, J. “La metodología de la investigación en el Derecho del Trabajo”, *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 132, 2016, pp. 105-108.

Ante tal situación, la ausencia de desarrollo reglamentario, a pesar del mandato expreso del art. 42 ET introducido hace más de veinte años, podría resultar alarmante. No obstante, si bien un reglamento podría solventar ciertas dudas de carácter procedimental, parte de las incógnitas deben ser abordadas desde una norma con rango de Ley, entre otras razones, por la necesidad de ponderar los legítimos, y a veces contrapuestos, intereses en juego. Un desarrollo reglamentario que excediese los aspectos procedimentales de la certificación administrativa podría ser considerado *ultra vires*, como algún autor afirmó acerca del derogado art. 10.3 b) RGRSS⁵⁵.

En consecuencia, atendiendo a los problemas señalados por la doctrina desde el origen de la norma, el legislador debe, en primer lugar, identificar con claridad los fines que desea alcanzar para seguidamente desarrollar un sistema de comprobación/exoneración acorde con los mismos. Según la presente investigación, es necesario que el legislador se pronuncie sobre la obligatoriedad del deber de comprobación. De igual modo, debería esclarecer el momento de realizar la solicitud, así como su posible periodicidad. Este aspecto, lejos de parecer accidental o procedimental, configura la propia dinámica del mecanismo. Asimismo, sería recomendable esclarecer el contenido y alcance de la información recogida en los certificados, ponderando la privacidad de la información con la utilidad de la misma. Respecto a la posible exoneración, resulta palmario identificar de forma expresa el supuesto que acciona la exoneración, haciendo hincapié en el valor de los certificados negativos, correctos o erróneos. Igualmente, convendría que el legislador confirmase la vinculación entre la eventual exoneración y la responsabilidad solidaria del art. 42.2 ET, admitiendo o descartando la existencia de responsabilidad administrativa o responsabilidad específica por deudas anteriores.

El estudio de la jurisprudencia reciente confirma la necesidad de una reforma del marco legal. De conformidad con el desarrollo del litigio, el pronunciamiento no desarrolla un estudio completo e integral de la institución en liza, sino que, como es lógico, aborda las cuestiones controvertidas por las partes. Respecto a la responsabilidad objeto de exoneración, la sentencia es categórica al descartar la responsabilidad por deudas anteriores a la contrata. Resulta a su vez determinante la ausencia de cualquier alusión a la responsabilidad administrativa. En definitiva, la sentencia resuelve explícitamente un problema clásico en la materia al afirmar que el objeto de exoneración se circunscribe a la responsabilidad solidaria por deudas nacidas durante la contrata derivada del art. 42.2 ET.

Por su parte, la principal innovación planteada por la resolución, relativa al supuesto que permite la exoneración, debe recibir una visión crítica. Aun así, conviene admitir que la opción de descartar los efectos liberatorios de la certificación negativa, a pesar de contradecir la doctrina mayoritaria, es acorde con el tenor literal de la norma. Sin embargo, resulta curioso que, al mismo tiempo, se sostenga una lectura teleológica para confirmar los efectos liberatorios del certificado negativo inexacto. A nuestro parecer, permitir la exoneración ante una certificación negativa incorrecta

⁵⁵ En concreto, García Piqueras, M. *El régimen jurídico de las responsabilidades...* op. cit.

constituye una solución válida puesto que el sujeto solicitante no debe responder ante los errores de la TGSS. El problema surge al vincular la eventual exoneración con el contenido de los certificados. Como se ha comprobado con anterioridad, los certificados negativos emitidos ante la inexistencia de reclamaciones, pero no de deudas, carecen de utilidad. De esa forma, se está permitiendo que los empresarios intervinientes en los procesos de subcontratación no obtengan una información verídica que les permita, precisamente, tomar decisiones dirigidas a sanear el mercado de las contrataciones y subcontratas. Con la presente resolución, el TS ratifica la operativa de la TGSS así como sus consecuencias jurídicas. Sería posible deducir que, en este punto, la finalidad recaudatoria se impone a la finalidad profiláctica.

Sobre la base de todo lo anterior, existen razones suficientes para advertir la necesidad de reformar, en general, la regulación sobre Seguridad Social en materia de subcontratación y, en particular, el mecanismo de comprobación y eventual exoneración. Resulta paradójico que, a pesar de la heterogeneidad observada en las aportaciones doctrinales, sí exista consenso respecto a la necesidad de reforma⁵⁶, lo que produce cierta zozobra al observar que ninguna de las modificaciones del art. 42 ET han centrado su atención en el mecanismo de comprobación y eventual exoneración⁵⁷.

⁵⁶ Entre otros, Calvo Gallego, F.J. “La regulación española sobre contratación... op. cit. p. 76; Beltrán de Heredia Ruiz, I. “Una propuesta interpretativa... op. cit. p. 1059; recientemente Pérez de los Cobos Orihuel, F. “Sobre la minimización jurisprudencial... op. cit.

⁵⁷ Sempere Navarro emplea el término “zozobra” frente a la acción del legislador en la reforma de 2001 dado que introduce una novedad referente al mecanismo de comprobación, concretamente la remisión reglamentaria, pero al mismo tiempo obvia las numerosas cuestiones problemáticas señaladas por la doctrina. Sempere Navarro, A. “El artículo 42 ET... op. cit. p. 35. Lo mismo ocurre con la reforma de 2006, como se señala en Soriano Cortés, D. *Las contrataciones en el Derecho del Trabajo...* op. cit. p. 377 y, añadimos nosotros, con la reforma de 2021.