

1.-INTRODUCCIÓN

La responsabilidad empresarial, en los casos de contrata y subcontrata, y particularmente en materia de Seguridad Social, es uno de los temas más tratados, tanto en el orden jurisdiccional, como en el doctrinal. Pese a ello, sigue resultando una de las cuestiones más controvertidas y que ofrece un sinnúmero de dificultades, probablemente a consecuencia de una normativa asistemática, pero también por razones ontológicas y funcionales.

Desde el punto de vista normativo, el legislador de Seguridad Social ha evitado una sistematización normativa, utilizando con frecuencia la técnica de la remisión, bien interna de precepto a precepto a su propia normativa, bien externa remitiendo a normas laborales, con el uso además para ello, de términos ambiguos no siempre de fácil comprensión. Por otra parte, la propia institución de la subcontratación tiende a confundirse con otras instituciones, de manera que es frecuente que se utilice la subcontratación para realizar cesiones de mano de obra prohibidas, que se produzcan sucesiones de empresas subcontratadas, o que empresas del mismo grupo subcontraten trabajos entre ellas.

Por otra parte los principios que inspiran la regulación de la subcontratación en materia de Seguridad Social y las finalidades que se propone el legislador son distintos según la relación jurídica de que se trate. Así, la obligación de comprobar por parte del empresario principal la correcta formulación de la afiliación y alta de los trabajadores regulada en el artículo 16.5 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS), texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, tiene por finalidad evitar el empleo sumergido y se regula como una obligación cuyo incumplimiento determina exclusivamente una respuesta punitiva. En cambio, las normas relativas a la cotización tienen una finalidad recaudatoria, a la que se añade una lógica depurativa que pretende garantizar una justa competencia en el mercado de obras y servicios. En este sentido, si en el caso de las responsabilidades en materia de cotización, la responsabilidad del empresario principal es objetiva y deviene por el incumplimiento de la empresa contratada, la regulación de la responsabilidad en materia prestacional requiere de un incumplimiento subjetivo del empresario empleador que dé lugar a su responsabilidad en el abono de la prestación, mientras que en el caso de la responsabilidad de contratistas y subcontratistas en materia de recargos por falta de medidas de seguridad e higiene, la imputación de la responsabilidad solidaria de unos y otros, reside en la comisión conjunta de una infracción en materia preventiva.

Por último, tanto la regulación de los procedimientos para imputar la responsabilidad, como para hacerla efectiva carecen de la más mínima sistematicidad y así, los incumplimientos en materia de comprobación de afiliación y alta se depuran, como hemos dicho, en el ámbito estrictamente punitivo. Para determinar la responsabilidad solidaria o subsidiaria se establecen dos mecanismos; por un lado, la Tesorería General de la Seguridad Social, (en adelante TGSS) puede declarar en vía administrativa la derivación de responsabilidad entre empresarios, y por otro lado, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social puede declarar la responsabilidad solidaria o subsidiaria de deudas por cuotas por medio de la emisión de actas de liquidación. En materia de responsabilidad prestacional la entidad gestora está habilitada para declarar en vía administrativa la responsabilidad empresarial solidaria y subsidiaria en las prestaciones de incapacidad temporal e incapacidad permanente, mientras que en el resto de las prestaciones es la vía judicial la escogida para efectuar dicha declaración, lo que impone la existencia de dos procedimientos declarativos y ejecutivos. En cambio, la entidad gestora goza de autotutela declarativa para determinar la responsabilidad de recargos por falta de medidas de seguridad a diversas empresas en casos de subcontratación, aun cuando en gran medida la imposición del recargo derive del resultado del procedimiento administrativo punitivo en el orden social.

Pues bien, las próximas páginas están dedicadas a efectuar un estudio, necesariamente limitado, de las responsabilidades en materia de Seguridad Social en la contratación y subcontratación de obras y servicios.

2.- LA OBLIGACIÓN DEL EMPRESARIO PRINCIPAL DE COMPROBAR LA SITUACIÓN DE ALTA DE LOS TRABAJADORES DE LA EMPRESA CONTRATADA

El Real Decreto-Ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas, introdujo la obligación del empresario principal de comprobar que los trabajadores de la empresa contratada están en alta en la Seguridad Social. La norma se establece para combatir el trabajo no declarado, indicando el artículo 5 del citado Real Decreto-Ley que los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos o que presten de forma continuada en sus centros de trabajo, deberán comprobar, con carácter previo al inicio de la prestación de la actividad contratada o subcontratada, la afiliación y alta en la Seguridad Social de los trabajadores que estos ocupen en los mismos, si bien este deber no es exigible cuando la actividad contratada o subcontratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial.

El establecimiento de la obligación se completaba con la incorporación de un nuevo tipo en el artículo 22.11 de la Ley de Infracción y Sanciones en el Orden Social, en adelante LISOS, que tipificaba como infracción grave de los empresarios, el incumplimiento de la obligación¹.

El precepto ha sido corregido en el artículo 5 de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, norma que, entre otras finalidades, pretendía aflorar posibles situaciones fraudulentas, principalmente en casos de falta de alta en la Seguridad Social de trabajadores que efectivamente prestan servicios en las empresas, en el acceso y percepción de otras prestaciones del Sistema de la Seguridad Social.

En este sentido, el artículo 5 del Real Decreto-Ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas, quedó redactado de la siguiente forma:

“1. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 42 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos o que se presten de forma continuada en sus centros de trabajo, deberán comprobar, con carácter previo al inicio de la prestación de la actividad contratada o subcontratada, la afiliación y alta en la Seguridad Social de cada uno de los trabajadores que estos ocupen en los mismos durante el periodo de ejecución de la contrata o subcontrata”.

2. El deber de comprobación establecido en el apartado anterior no será exigible cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial”.

Por su parte el artículo 22.11 de la LISOS, en la redacción dada por el artículo 4 de la Ley 13/2012 tipifica como infracción grave: *“No comprobar por los empresarios que contraten o subcontraten con*

¹ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 11 de julio de 2017 (AS/2017,1872)

otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos o que presten de forma continuada en sus centros de trabajo, con carácter previo al inicio de la prestación de la actividad contratada o subcontratada, la afiliación o alta en la Seguridad Social de cada uno de los trabajadores que estos ocupen en los mismos durante el periodo de ejecución de la contrata o subcontrata, considerándose una infracción por cada uno de los trabajadores afectados”.

La obligación de comprobación se extiende a todo el periodo de vigencia de la contrata y no solo al periodo inicial², alcanza a contratas y subcontratas en la que comitente y contratista realicen la misma actividad, pero también a aquellas que sin ser de la misma actividad, los trabajadores presten servicios en el centro de trabajo del empresario principal.

El artículo 5 del RDL 5/2011 ha sido derogado por la disposición derogatoria única.21 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la LGSS, como ya se ha apuntado, al incorporarse al texto refundido, concretamente a los apartados 5 y 6 del artículo 16 de la LGSS.

Por último, hay que señalar que el artículo 40.1.b) LISOS establece que se las infracciones graves se sancionarán con multa, en su grado mínimo, de 625 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros, correspondiendo la competencia para imponer la sanción a los Jefes de las Inspecciones Provinciales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.1.c) del Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, en adelante RGLISOS, aprobado por Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo. Esta atribución de competencia sancionadora no deja de resultar curiosa, si se tiene en cuenta que la facultad sancionadora por falta de alta corresponde a la TGSS.

La obligación de comprobación relativa a la afiliación y alta tiene ciertas peculiaridades frente a la de comprobación de descubiertos prevista en el artículo 42 ET que posteriormente estudiaremos. En este sentido, la obligación de comprobación se delimita por un criterio funcional al estar obligados a la comprobación los comitentes respecto de los subcontratistas que realicen la misma actividad, para lo que nos tendremos que atener a los criterios de inherencia e imprescindibilidad delimitadores de la propia actividad, así como a un criterio topográfico. De esta forma la obligación también se extiende a los trabajadores de empresas subcontratistas que, sin realizar la misma actividad de la empresa principal, presten servicios en el mismo centro de trabajo, entendido el concepto de centro de trabajo en un sentido amplio, como lugar de prestación de servicios. En segundo lugar desde el punto de vista temporal, la obligación de comprobación se extiende a todo el periodo de vigencia de la contrata y no solo al periodo inicial³. Por último, a diferencia de la obligación de comprobación prevista en el artículo 42 ET, el incumplimiento de la obligación de comprobación determina la eventual imposición de una sanción, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades en el orden prestacional y de cotización que pudieran resultar.

Por otra parte, recordemos que el artículo 17 del Reglamento General de Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas y Bajas de Trabajadores aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, establece la obligación del empresario de comunicar las variaciones en los datos consignados al formular la solicitud de inscripción o en las comunicaciones relativas a las variaciones de actividad económica en los supuestos en que los empresarios, contratistas y subcontratistas, tengan el deber de informar a la TGSS, conforme a lo establecido en el artículo 42 del texto refundido de la Ley del

² Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 10 de octubre de 2017 (JUR/2017/278255).

³ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 10 de octubre de 2017 (JUR/2017/278255).

Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en las normas que lo desarrollan.

La comunicación de variaciones irá dirigida a la dirección provincial de la TGSS o Administración de la Seguridad Social en la provincia en que se formuló la inscripción, y se efectuará en el modelo oficial, dentro del plazo de tres días naturales, contados a partir de la fecha en que se produzcan.

3.-RESPONSABILIDADES DERIVADAS DE LA CONTRATACIÓN SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS EN MATERIA DE COTIZACIÓN

Como señala el TSJ de Castilla y León/Valladolid⁴ el establecimiento de responsabilidades solidarias y subsidiarias en los casos que tratamos, debe interpretarse en el sentido de entender que en la modalidad de descentralización productiva en que consiste la contratación y subcontratación del todo o parte de una misma obra o servicio, lo que realmente se patentiza es la existencia de una realidad fáctica que es la obra o servicio en sí mismo considerado, en la que concurren varias empresas con un interés compartido y común y en el que, unas actúan como auxiliares de las otras en cadena descendente, pero bajo el control económico y técnico prevalente del dueño de la misma o, en su caso, del contratista principal. De esta manera lo que se pretende evitar es que quien esté mejor situado en la cadena de contratación, (comitente, dueño de la obra o contratista principal), que es quien controla realmente su ejecución y quien en definitiva asume en mayor medida los beneficios económicos de la actividad que realizan otros, en todo o en parte, quede inmune ante las posibles deudas de las empresas contratadas frente a la Seguridad Social debida a su probable situación de insolvencia, por lo que parece razonable que el legislador, que no niega los beneficios, exija también responder de las posibles deudas con la Seguridad Social que puedan haber generado los subcontratistas situados al final de la cadena. Estas garantías constituyen un reflejo del principio de derecho según el cual, quien está en condiciones de obtener un beneficio, debe estar también dispuesto a responder de los perjuicios que se puedan derivar del mismo.

El artículo 18 LGSS, precepto que regula la obligación de cotizar, indicando quienes son responsables de esta obligación, no concreta la existencia de responsabilidades solidarias o subsidiarias a consecuencia de la subcontratación de obras y servicios, entre contratistas principales y subcontratistas remitiéndose a lo que dispongan otras normas, para las que se exige que tengan rango legal. En este sentido, la norma determina que serán responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar y del pago de los demás recursos de la Seguridad Social, los que resulten responsables solidarios, subsidiarios o sucesores mortis causa de aquellos, por concurrir hechos, omisiones, negocios o actos jurídicos que determinen esas responsabilidades, en aplicación de cualquier norma con rango de ley que se refiera o no excluya expresamente las obligaciones de la Seguridad Social, o de pactos o convenios no contrarios a las leyes.

La norma señala también que la responsabilidad solidaria o subsidiaria se declarará y exigirá mediante el procedimiento recaudatorio establecido en esa ley y en su normativa de desarrollo.

En el marco del régimen general de la Seguridad Social, en el artículo 142.1 LGSS se realiza una remisión a las disposiciones relativas a las prestaciones, con la finalidad de establecer el fundamento legal de la determinación de la responsabilidad solidaria o subsidiaria al indicarse que responderán,

⁴ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo Castilla y León/Valladolid de 20 de junio de 2007 (recurso 1457/2001).

asimismo, solidaria, subsidiariamente o mortis causa, las personas o entidades sin personalidad a que se refieren los artículo 18 y 168.1 LGSS.

El artículo 168.1 LGSS establece dos reglas: una básica, regulada en el artículo 42 ET, y otra complementaria por la que se impone una responsabilidad subsidiaria, al determina que “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 ET para las contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, a tenor de los previsto en el artículo anterior (artículo 167 LGSS), si la correspondiente obra o industria estuviera contratada, el propietario de esta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente”. No obstante, la norma señala que no habrá lugar a esta responsabilidad cuando la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar el titular de un hogar respecto de su vivienda.

Las responsabilidades establecidas en el artículo 42 ET y en el artículo 168 LGSS se complementan y no se excluyen, a juicio del Tribunal Supremo⁵, estableciéndose un sistema acumulativo que permite demandar al propietario de la obra, el abono de las cotizaciones impagadas por el subcontratista declarado insolvente, siempre que concurren las circunstancias previstas en el artículo 168 LGSS y con absoluta independencia de que la responsabilidad prevista en el artículo 42 ET pudiese resultar optativamente exigible.

3.1. La Responsabilidad específica solidaria establecida en el artículo 42 ET

Los apartados 1 y 2 del artículo 42 ET establecen una responsabilidad específica en los casos de subcontratación de obras y servicios en los siguientes términos:

“1. Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos 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.

2. El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante los tres siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata.

De las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores responderá solidariamente durante el año siguiente a la finalización del encargo.

No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial”.

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-administrativo de 6 de julio de 2005 (RJ 2005,9537).

Ciertamente la norma resulta de difícil comprensión y requeriría, como con reiteración señala la doctrina, una regulación más clarificadora que evitara los problemas interpretativos⁶, particularmente, en cuestiones como el ámbito funcional de la responsabilidad y alcance del concepto de “propia actividad” como determinante de la responsabilidad solidaria; el alcance subjetivo, objetivo y temporal de la responsabilidad solidaria; o la trascendencia exoneradora del certificado solicitado a la TGSS.

La responsabilidad deriva de un deber “in vigilando” establecido a cargo de todo aquel que contrata una obra o servicio, incluidos en su propia actividad, con un tercero al objeto de evitar que, por efecto de la propia superposición de persona física o jurídica en la realización de esas obras o prestación del servicio, queden incumplidas las obligaciones salariales con la Seguridad Social que incumbirían al “principal” de haberlas ejecutado o prestado por sí⁷.

3.1.1. El alcance funcional de la responsabilidad solidaria. El concepto de “propia actividad”

El artículo 42 ET limita la responsabilidad solidaria en materia de Seguridad Social a la realización por parte de la empresa contratada obras o servicios que constituyan la propia actividad de la empresa contratada.

El concepto de propia actividad se configura como un concepto jurídico indeterminado al que hay que llegar mediante un ejercicio casuístico⁸. No obstante, el Tribunal Supremo ha considerado propia

⁶ MONTOYA MELGAR, GALIANA MORENO, SEMPRE NAVARRO Y RIOS SALMERÓN “Comentarios al artículo 42 ET (I). Subcontratación de obras y servicios”. Grandes Tratados. Editorial Aranzadi. Versión digital BIB 2007/2650. “Sin perjuicio de cuanto se irá indicando, vaya por delante que estamos ante uno de los más importantes (siquiera por la masiva utilización que de las contrataciones se hace hoy en día del cauce privilegiado para la tan cacareada externalización del proceso productivo), complejos (por enigmática redacción legal) y polémicos (por las interpretaciones tan encontradas) pasajes del texto legal. Lamentablemente, el carácter enigmático y cabalístico del artículo en cuestión provoca que las contradicciones no sólo estén presentes en su diseño sino, también, como es lógico, en las opiniones doctrinales y jurisprudenciales acerca de su significado”.

GARCÍA MURCIA “Contratas y Subcontratas” Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 48. “Desde sus primeras versiones, el artículo 42 ET ha sido un precepto denso y apretado, que ha encerrado un considerable número de exigencias y consecuencias jurídicas, pese a su limitada extensión”. Está compuesto, por otra parte, por reglas de diverso orden y con distinto cometido (reglas preventivas y reglas protectoras, básicamente), lo que ha otorgado desde el principio un grado de complejidad que supera la dosis promedio o habitual en los preceptos laborales”.

GARCÍA PIQUERAS. Revista Estudios Financieros nº 176. “El Estatuto de los Trabajadores es la norma que adopta la actitud más problemática de todas. En primer lugar, trata la cuestión bajo el epígrafe <<garantías por cambio del empresario>> sin que exista cambio alguno de empresario en la situación que estudia. Pero más dislocante defecto de sistemática es tratar una regla de seguridad Social fuera de su marco jurídico, para integrarla en el que corresponde a la regulación laboral. Sin embargo, lo más criticable del precepto, y en ello coincide la doctrina, es su confusa redacción, que mezcla la figura del contratista con el subcontratista, de manera indistinta, refiriendo la atribución de responsabilidad a uno y otro como si fuesen lo mismo, y lo peor, dando un tratamiento a tan importante cuestión inconcreto, superficial y simplista”.

⁷ Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 12 de noviembre de 2003

⁸ No constituye propia actividad la celebración de convenios de colaboración entre el INEM y las empresas para la impartición de cursos de formación profesional ocupacional no constituye una relación de descentralización productiva o subcontratación sobre la propia actividad. Sentencia de la Sala de lo social del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1998 (RJ 1998,9049)

Las tareas de vigilancia no forma parte de de la propia actividad de una compañía eléctrica (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2000 (RJ 2000,8295).

La construcción e inmuebles por parte de una empresa constructora no constituye actividad propia de una empresa de promoción inmobiliaria. Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005 (RJ 2005,55959 Y 2 de octubre de 2006 (RJ 2006,6278).

El servicio de comedor y cafetería de un Colegio Mayor constituye propia actividad (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005 (RJ 2005,5595).

actividad la “actividad inherente” o “absolutamente indispensable” principal de la empresa, es decir, cuando la actividad se inserte en el conjunto de operaciones normal e íntegramente necesarias para alcanzar en qué consiste el fin de la empresa. De este modo, como señala la STS 29.10.1998, la propia actividad integra las operaciones o labores que son inherentes a la producción de bienes o servicios específicos de la empresa que se propone prestar al público o colocar en el mercado y, por el contrario se excluyen del ámbito de la propia actividad de la empresa principal, las actividades completamente inespecíficas, excluyendo las tareas “complementarias o no nucleares”. En el caso de la actividad pública “propia actividad” se corresponde con aquellas prestaciones que se hallan necesariamente integradas en la función que tiene encomendada y sin cuya actuación no se entendería cumplida la función pública⁹. Constituyen, por tanto, obras y servicios de la propia actividad aquellas que si no se hubieran concertado, debería realizarse por el empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial¹⁰.

Para concretar la existencia de la “propia actividad” ante la generalidad casuística MOLINS GARCÍA-ATANCE¹¹ apunta los siguientes indicios:

- a) Criterio temporal: la habitualidad, suficiente estabilidad o relativa permanencia de la relación entre la empresa principal y la auxiliar, constituye un indicio favorable a que se trate de una actividad consustancial a su ciclo productivo, mientras que su carácter esporádico, excepcional o intermitente, sería un indicio negativo a la existencia de propia actividad.
- b) Criterio espacial: el lugar de prestación de servicios. Si se desempeña en los locales de la empresa principal cabría presumir que sus servicios están inmediatamente conectados con su ciclo productivo.
- c) La propiedad de los útiles de trabajo o de las materias primas empleados por los trabajadores de la empresa contratada.
- d) Los antecedentes de gestión directa.
- e) El objeto social de la empresa principal, de manera que si a través de la definición del objeto de la sociedad titular de la empresa principal es posible deducir cuál es su actividad productiva y su ciclo productivo, ya sea su objeto formal con el real, es decir los que realmente compone su actividad y lo que verdaderamente produce.
- f) La comparación con lo que es común en otras empresas del sector.

El transporte sanitario constituye propia actividad del Servicio Público de Salud. Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2008 (RJ 2008,2775); Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2013 (RJ 2013,7271).

No constituye la misma actividad la empresa de transportes que realiza la actividad de carga, descarga y transporte por carreta de las mercancías transportadas o a transportar por RENFE con la actividad de esta última. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de lo contencioso-administrativo de Castilla y León/Valladolid de 3 de noviembre de 2003 (recurso 183071999).

No es la misma actividad la de la autoridad portuaria al realizar solo funciones de control y autorización de un servicio y el de la empresa que realiza el servicio de amarre y desamarre de buques. Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/santa Cruz de Tenerife de 17 de marzo de 2011 (recurso 185/2009)

⁹ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2008 (RJ 2008,2775)

¹⁰ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2016 (RJ 2016,4510).

¹¹ MOLINS GARCÍA-ATANCE “La tercera etapa de la contratación y subcontratación de obras y servicios”. Revista Relaciones Laborales. La Ley. Año 2009.

g) La posibilidad de sustitución, de manera que de no hacer la actividad la empresa contratada, la podría hacer con sus trabajadores la empresa principal.

h) La coordinación de una misma actividad entre la empresa principal y la contratista, de manera que si la empresa principal coordina la realización de una misma actividad con su propia organización y personal, el indicio será favorable a la existencia de la misma actividad.

i) La aplicación de las mismas normas sectoriales y colectivas.

j) Examen del tráfico jurídico de la empresa principal, es decir, obras y servicios que ésta oferta y contrata en el mercado.

k) Imagen corporativa de la empresa principal, es decir, las actividades que dice realizar.

l) La regulación legal o reglamentaria de la actividad desempeñada.

ll) Si la empresa comitente comparte su “*Know How*” con al contratista.

En cambio indicios contrarios a la concreción de la “propia actividad” serían los siguientes:

a) Que se trate de actividades complementarias inespecíficas (limpieza, vigilancia de inmuebles, etc.).

b) Que se trate de actividades previas al proceso productivo, como la construcción de edificios e instalaciones, o de actividades extraordinarias del proceso productivo, no habituales, como la ampliación de las instalaciones.

c) la externalización forzosa como es el caso de la vigilancia.

3.1.2. El alcance subjetivo, objetivo y temporal de la responsabilidad solidaria

3.1.2.1. Alcance subjetivo

En relación con los empresarios afectados por la determinación de la responsabilidad solidaria, pese a que el legislador a la hora de redactar el artículo 42 ET, no tuviera en cuenta más que la figura del empresario principal y los subcontratistas, dentro de este último término se deben entender incluidos todos los empresarios situados en la cadena de contratación¹².

La responsabilidad solidaria como empresario principal corresponde también a las Administraciones Públicas en el caso de las concesiones de servicios públicos, pues el concepto de empresario no se identifica en el sentido jurídico-mercantil de titular de una empresa sino que, como empleador alcanza también a las personas jurídicas incluidas en el sector público que, en el ejercicio de sus potestades, contratan obras o la prestación de servicios, siendo significados entre estos contratos la concesión de un servicio público en régimen de gestión indirecta^{13 14}.

¹² Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 14 de junio de 2013 (recurso 540/2011); Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga de 26 de enero de 2007 (recurso 2411/2001).

¹³ Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 29 de mayo de 2017 (recurso 202,2014).

¹⁴ Con gran profundidad se estudia esta cuestión por RODRIGUEZ ESCANCIANO. “responsabilidades de régimen laboral derivadas de la subcontratación de concesiones administrativas. Revista de Trabajo y seguridad Social. CEF, número 53/2006.

La deuda solidaria no alcanza a la generada por todos los trabajadores de la empresa subcontratista, sino únicamente a los trabajadores que hayan prestado servicios en la obra subcontratada¹⁵, es decir los que se consignan para la empresa responsable¹⁶. Ahora bien, aunque la responsabilidad no puede extenderse a la totalidad de la plantilla de la empresa subcontratada, la Administración puede acudir a la técnica de la estimación cuando no se puede obtener una relación nominal de trabajadores siempre que se justifique la estimación que se realice¹⁷.

Se exime de la responsabilidad solidaria al amo de casa en relación con las obras de reparación y construcción de su vivienda, ampliándose la exoneración en relación con la responsabilidad subsidiaria prevista en el artículo 168 LGSS, que se extiende únicamente a las obras de reparación realizadas por el titular del hogar familiar. La exoneración de la responsabilidad solidaria también se amplía en relación con la subsidiaria al no alcanzar a las obras y servicios realizados en razón de una actividad no empresarial.

3.1.2.2. El alcance objetivo

Desde el punto de vista cuantitativo, la responsabilidad solidaria se limita a la cuantía de la deuda que se podría haber generado de tratarse de trabajadores que hubieran tenido la condición de personal fijo de la empresa principal, y que prestaran servicios en el mismo puesto de trabajo¹⁸.

Por otra parte de acuerdo con lo establecido en el artículo 13.2 del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social (en adelante RGRSS) aprobado por Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, que establece que, salvo que la responsabilidad solidaria se halle limitada por ley, la reclamación de deuda por derivación comprenderá el principal de la deuda y los recargos e intereses que se hubieran devengado al momento de su emisión en el procedimiento recaudatorio seguido contra el primer responsable solidario a quien hubiera reclamado, o que hubiera cumplido dentro de plazo las obligaciones en materia de liquidación de cuotas, e incluirá asimismo, las costas que se hubieran generado para el cobro de dicha deuda. En este sentido, desde la reclamación de deuda o el acta de liquidación por derivación serán exigibles, a todos los responsables solidarios, el principal, los recargos e intereses que deban exigirse a ese primer responsable, y todas las costas que se generen para el cobro de la deuda. Así lo han entendido diversos tribunales de lo contencioso¹⁹.

En sentido contrario se manifiesta algunas Salas de lo Contencioso-Administrativo de diferentes Tribunales Superiores de Justicia al considerar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 154.2 LGSS que limita la responsabilidad por los recargos e intereses en los supuestos previstos en los artículos 30 y 31 LGSS²⁰, y que por lo tanto, la responsabilidad solidaria solo alcanza a la deuda inicialmente

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social de 11 de marzo de 1988 (RJ 1988,2258); Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 19 de abril de 2005 (recurso 2348/1998)

¹⁶ Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 17 de marzo de 2003 (recurso 2292,2000).

¹⁷ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1988 (RJ 1988,2258); Sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 22 de abril de 2005 (recurso 2341,1998) y (recuso 2349/2004).

¹⁸ Sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de febrero de 2005 (recurso 2341,1998).

¹⁹ Sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León /Burgos de 30 de noviembre de 2009 (recurso 204,2009); de Andalucía/Málaga de 14 de octubre de 2014 (recurso 1224,2012).

²⁰ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla de 15 de noviembre de 2002 (recurso 478,2166)

liquidada y notificada al deudor principal en periodo voluntario, por lo que no puede alcanzar a los recargos por mora y apremio en que pudiera haber podido incurrir el deudor principal²¹.

3.1.2.3. Alcance temporal de la responsabilidad solidaria

La responsabilidad solidaria se extiende únicamente a las deudas generadas durante la vigencia de la contrata aun cuando en la certificación de la TGSS constase la inexistencia de dudas anteriores. Así la sentencia de la Sala de lo social del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1996 señala que “:resulta claro que la virtualidad exoneradora de la certificación negativa por descubierto de la entidad gestora o del transcurso del plazo de treinta días se refiere a la responsabilidad por las cantidades que pudieran adeudarse a la Seguridad Social con anterioridad a la adjudicación de la subcontrata, únicas que se pueden certificar, no a la responsabilidad exigible precisamente por cuotas no satisfechas a la Seguridad Social por el subcontratista como consecuencia de las obras subcontratadas”. Por tanto, este tipo de responsabilidad es exigible por las deudas generadas desde el inicio de la contrata hasta su finalización, no alcanzando a deudas anteriores ni a las generadas por actividades de la subcontratista con posterioridad a la finalización de la contrata.

Por último hay que señalar que no se podrá exigir la responsabilidad solidaria más allá del transcurso del plazo de los tres años contados desde la finalización de la contrata. El plazo para poder exigir este tipo de responsabilidad es de prescripción, de manera que procede la responsabilidad solidaria del empresario principal respecto a las deudas contraídas por la empresa subcontratista respecto a la Seguridad Social durante la vigencia de la contrata, si dentro del año siguiente a que expire dicha vigencia, se inicia un expediente administrativo haciendo presente a la empresa que tiene la obligación de pago, como consecuencia de su responsabilidad solidaria, interrumpiéndose el plazo a partir de la actuación administrativa tendente al cobro²². No obstante, parece que el plazo opera como de caducidad en lo que se refiere a la forma de cómputo del mismo al prever el artículo 42 ET que el plazo será de tres años siguientes a la terminación del encargo"; de manera que esta fijación del "dies a quo", explícita y clara, no se acomoda a la forma en que se efectúa el cálculo del plazo de la prescripción que se tiene que atener a lo que establece el artículo 1969 del Código Civil, es decir que el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse²³. No obstante, otros tribunales han considerado que el plazo de tres años para exigir la responsabilidad es un plazo de caducidad²⁴.

En todo caso, transcurrido el plazo de tres años, nada impide la exigencia de la responsabilidad subsidiaria para la que se aplica el plazo de prescripción de cuatro años²⁵.

3.1.2. El alcance exonerador del certificado de que la empresa contratada se encuentra al corriente en el pago de las cuotas.

Como hemos dicho, el artículo 42 ET establece que los empresarios que contraten obras o servicios de la misma actividad deberán comprobar que los contratistas se encuentran al corriente en sus

²¹ Sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 13 de junio de 2003 (recurso 119,2000)

²² Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2004 (RJ 2004,8085).

²³ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 27 de enero de 2010 (recurso 332/2008).

²⁴ Sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada de 23 de diciembre de 2003 (recurso 5092,1997); de la Sala de lo Contencioso-administrativo de Castilla y León de 2 de junio de 2017 (recurso 45,2016), la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla de 15 de noviembre de 2002 (recurso 478,2000).

²⁵ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada de 10 de noviembre de 2003 (recurso 5092,1997).

obligaciones con la Seguridad Social, para lo que recabarán una certificación negativa emitida por la TGSS, que deberá librar inexcusablemente en el plazo de treinta días improrrogables, de manera que transcurrido dicho plazo en los términos reglamentariamente establecidos, o emitida la certificación en sentido negativo, es decir, en el sentido, de que el empresario contratista no mantiene deudas con la Seguridad Social, el empresario principal queda exonerado.

La finalidad que persigue la norma al exigir al empresario principal que compruebe la situación deudora del subcontratista con la Seguridad Social, es la de sanear la subcontratación al objeto de que el empresario principal contrate las obras y servicios propios de su actividad con empresarios solventes, de manera que de no realizarse la comprobación, el empresario principal asuma una serie de responsabilidades cuya definición dista mucho de ser clara.

En este sentido, por la doctrina, la propia administración y la jurisprudencia, se han defendido distintas soluciones en relación con las diferentes posibilidades relativas a la emisión del certificado, veamos las mismas:

a) Efectos de la emisión del certificado en el que se declara la inexistencia de débitos, o de la falta de emisión por la TGSS del certificado en el tiempo determinado de treinta días

Como hemos dicho anteriormente, el artículo 42.1 ET establece para estos casos un efecto exonerador. No obstante, esto no ha sido interpretado así por la jurisprudencia, de manera que la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1996, señala que la empresa principal responde de las obligaciones contraídas por las subcontratistas con la Seguridad Social, durante la vigencia de la subcontrata, pues la virtualidad exoneradora de la certificación negativa por descubiertos del servicio común de la Seguridad Social o el transcurso del plazo de 30 días, se refiere a las cantidades adeudadas a la Seguridad Social con anterioridad.

De este modo resulta claro que la virtualidad exoneradora de la certificación negativa por descubiertos en TGSS o del transcurso del plazo de treinta días, se refiere a la responsabilidad por las cantidades que pudieran adeudarse a la Seguridad Social con anterioridad a la adjudicación de la contrata, únicas de las que podía certificar, no a la responsabilidad exigible precisamente por cotizaciones no satisfechas a la Seguridad Social por el subcontratista como consecuencia de las obras subcontratadas, extendiéndose por tanto la responsabilidad solidaria por estas deudas²⁶.

El certificado puede interpretarse de dos formas: en primer lugar cuando se trate de supuestos de sucesión o subrogación de empresa en cuyo caso aparece con nitidez el carácter liberatorio del mismo, pues la empresa sucesora o subrogada puede tener la seguridad de que en la operación o relación mercantil, no aparecerá en el horizonte una carga no prevista, como puede ser la deuda por cuotas de la Seguridad Social. En segundo lugar, en el supuesto de vigencia de la contrata no puede tener otro sentido que el cumplimiento del deber de vigilancia que el legislador ha impuesto a la empresa principal respecto de las contratas y subcontratas y, por lo mismo, queda al libre arbitrio de aquella solicitar mes a mes o al previo vencimiento de la contrata, la expedición del meritado certificado, evitando con ello posibles responsabilidades no previstas y que son exigibles por aplicación del artículo 42 ET, por estar generadas durante la vigencia de esa contrata²⁷.

De este modo, el empresario principal, debe seguir controlando a la empresa contratista o subcontratista durante el periodo de la vigencia del contrato, siendo una de las maneras de hacerlo la

²⁶ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 28 de marzo de 2003 (recurso 2043,1999); Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla de 5 de noviembre de 2015 (recurso 463,2004).

²⁷ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 20 de junio de 2007 (recurso 1457,2001).

de pedir mensualmente los justificantes de pago de la cotización. En tal sentido, si las copias de los justificantes de pago no se corresponden con la realidad, no cabe pedir por la Administración que las empresas hagan su labor policial, pues su misión es comprobar formalmente la documentación y verosimilitud de la misma y, en modo alguno, averiguar la razón por la cual se emite un certificado por la propia Administración que no se corresponde en absoluto con la realidad²⁸.

En cambio, otras sentencias consideran que en estos casos la responsabilidad derivada por deudas durante la contrata, tiene carácter subsidiario, de manera que el artículo 42 ET impone el deber de solicitud de información como elemento de disuasión para la contratación con empresarios morosos con la Seguridad Social y para ello, otorga al empresario que cumple con el deber de pedir la certificación y se abstiene de subcontratar con empresarios con descubiertos, la ventaja indudable de mantener limitada su responsabilidad al rango de subsidiaria respecto a los descubiertos generados por el empresario subcontratista durante el periodo de la subcontrata. Por el contrario, el empresario principal que no cumple con su deber, o pese a la certificación positiva de descubiertos, responderá solidariamente de las deudas de Seguridad Social derivadas de la contrata²⁹³⁰.

Este fue el entendimiento del RGRSS, cuyo artículo 12.1 ceñía el supuesto de responsabilidad subsidiaria a los supuestos de subcontratación de la obra o servicio correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, si bien el precepto fue reformado por el Real Decreto 1426/1997, suprimiéndose la referencia y reabriendo la cuestión sin justificación expositiva alguna³¹. Igualmente, esta consideración se corresponde con el actual criterio de la TGSS que en su Circular 5-1997, al considerar:

a) Queda exonerado de la responsabilidad solidaria regulada en el artículo 42.2 ET el empresario que contrate o subcontrate con otro la realización de obras o servicios correspondientes a la misma actividad empresarial de aquel siempre que solicite certificación de posibles descubiertos de su contratista a la Tesorería General de la Seguridad Social y esta certificación sea negativa o no se expida en el término de treinta días hábiles.

b) Toda persona que contrate con un empresario la realización de obras o servicios, correspondan o no a una actividad empresarial o a su propia actividad, responderá subsidiariamente del pago total o parcial de prestaciones y cuotas de Seguridad Social cuando, a su vez, se haya declarado responsable a su contratista o al subcontratista de éste y en la medida en que tal responsabilidad derive de incumplimientos con la Seguridad Social producidos durante el periodo de vigencia de la contrata. Esta responsabilidad será exigible en tanto no prescriba la respectiva obligación.

No faltan críticas a esta interpretación, al considerarse que se debilitan las garantías frente a la morosidad teniendo poco sentido que la certificación relativa a hechos pasados limiten la responsabilidad derivada de hechos futuros³².

²⁸ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 18 de junio de 2003 (recurso 1293,2000).

²⁹ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada de 24 de marzo de 2003 (recurso 1821,1997).

³⁰ Sobre esta interpretación, ver "La construcción jurisprudencial de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de Seguridad Social". TORTUERO PLAZA, MORENO ROMERO, SANCHEZ TRIGUEROS, MARTÍN SERRANO-JIMENEZ, Y VICENTE PALACIO. www.SeguridadSocial.es.

³¹ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad del País Vasco de 6 de junio de 2003 (recurso 95,2000).

³² BELTRAN DE HEREDIA RUÍZ. "Una propuesta interpretativa en materia de Seguridad Social en las contrata y subcontratas (apartados 1º y 2º del art. 42 ET). Derecho de las Relaciones Laborales nº 11. Diciembre de 2016. Lefebvre El derecho.

b) Efectos de la emisión del certificado en el que se declara la existencia de débitos, o de la falta de solicitud a la TGSS del certificado en el tiempo determinado de treinta días

Como hemos indicado anteriormente, la no comprobación por parte del empresario principal de la existencia de deudas anteriores genera la responsabilidad solidaria en relación con las deudas contraídas con la Seguridad Social durante la vigencia de la contrata. No obstante se ha discutido, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, sobre si la responsabilidad derivada del incumplimiento informativo tiene un mayor alcance temporal.

En este sentido, la TGSS y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social mantienen el criterio de que la emisión del certificado negativo de descubierto o el transcurso del plazo fijado exoneran de una eventual responsabilidad subsidiaria al empresario principal por las deudas por cotización generadas con anterioridad al inicio de la contrata. Esta postura se ratifica en numerosos pronunciamientos jurisdiccionales y así la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2001 (RJ 1996,7714) señala que “resulta claro que la virtualidad exoneradora de la certificación negativa por descubierto en la entidad gestora o del transcurso del plazo de treinta días, que establece el apartado 1 del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, se refiere a la responsabilidad por las cantidades que pudieran adeudarse a la Seguridad Social con anterioridad a la adjudicación de la subcontrata, únicas de las que se podía certificar, no a la responsabilidad exigible precisamente por cotizaciones no satisfechas a la Seguridad Social por el subcontratista como consecuencia de las obras contratadas a que se refiere el apartado 2 del mismo precepto del Estatuto”³³.

En sentido contrario se manifiestan distintas sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia considerando que no se puede predicar la responsabilidad toda vez que no contiene amparo legal³⁴, A este respecto añade la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada de 4 de noviembre de 2002 (recurso 1494,1997) que el incumplimiento del deber de pedir la certificación previa de descubiertos que impone el artículo 42.1º ET, o bien, la contratación con un empresario del que se haya certificado la existencia de descubiertos previamente contraídos a la contrata para la que se solicita la certificación, nunca puede determinar la responsabilidad del principal respecto a débitos anteriores a la contrata, y ello no sólo por la interpretación sistemática y lógica que se deriva de los propios preceptos implicados, sino por un criterio de interpretación teleológica, ya que no existe ningún punto de conexión entre el hecho, tanto en sus aspectos de negocio jurídico, como de hecho económico de la contrata, por una parte, y por otra, unas deudas generadas por un sujeto anteriormente, en otra obra o industria distinta, y respecto de la que no existe el menor soporte lógico ni jurídico para establecer una responsabilidad del empresario principal. En este sentido, de existir algún vínculo entre tal consecuencia y el incumplimiento de dichos deberes, estaríamos, sin duda ante una actuación sancionadora, y es obvio que para imponer una consecuencia de tal naturaleza, es imprescindible que la ley respete los principios que rigen la potestad sancionadora, entre los que destaca el de legalidad y tipicidad, en virtud de los cuales no puede determinarse una infracción sin satisfacer las exigencias de seguridad jurídica en materia de tipificación de infracciones absolutamente incompatible con presuntas responsabilidades establecidas en base a interpretaciones tortuosas, con eventuales consecuencias que

³³ Igualmente, por ejemplo, sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad del País Vasco de 21 de febrero de 2001 (recurso 6639,2000); de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Andalucía/Málaga de 28 de abril de 2010 (recurso 1943,2003); de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Andalucía/Granada de 7 de abril de 1999 (recurso 3668,1995).

³⁴ Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 24 de octubre de 2011; de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia 16 de marzo de 2007 (recurso 2033,2003).

pueden resultar desmesuradas si se determina una responsabilidad subsidiaria de entidad superior al de la propia contrata, máxime cuando el hecho pasado es absolutamente ajeno a la empresa principal.

Otras interpretaciones sobre la norma, parten de la inexistencia de responsabilidad alguna respecto a las deudas, refiriéndose únicamente el precepto a la exoneración de responsabilidades sancionadoras que pudiera dar lugar los incumplimientos de los deberes de carácter formal o documental³⁵; o bien que se limita al plazo establecido para que la TGSS emita la certificación³⁶; o que el carácter liberatorio únicamente puede predicarse con nitidez en los casos en que concurra sucesión o subrogación³⁷.

3.1.3. El certificado sobre la situación deudora del subcontratista

El artículo 14 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento Administrativo Común, en adelante, LPAC, y el artículo 2 de la Orden ESS/484/2013, de 26 de marzo, por el que se regula el Sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la Seguridad Social, obligan a los empresarios a relacionarse con la TGSS a través de medios electrónicos, por lo que la empresa principal deberá solicitar el certificado por medios electrónicos.

A tal fin la TGSS ha establecido, a través del sistema RED Online, un menú de Gestión de deuda que, entre otros servicios, permite obtener el certificado de estar al corriente en las obligaciones de la Seguridad Social y, a las empresas contratadas, autorizar a la TGSS a ceder información a las empresas por las que van a ser contratadas, sobre si se encuentra al corriente en el pago de las cuotas de Seguridad Social para un periodo determinado.

Para acceder a la transacción se debe entrar, desde el navegador de Internet, a la página web de la Seguridad Social (www.seg-social.es). Una vez en esta página, hay que pulsar sobre el icono “Acceso al Sistema RED On-line” del apartado “A un Clic” que aparece en la parte inferior derecha de la pantalla.

En este momento, se solicita al usuario la ruta del certificado digital y, una vez que se tiene localizado el fichero que contiene el certificado digital, el usuario deberá introducir la contraseña para acceder al servicio.

A continuación, el sistema autenticará al usuario y, una vez validado, la pantalla le facilitará dentro del menú de gestión de deuda, distintos servicios, entre ellos el del certificado de estar al corriente en las obligaciones de la Seguridad Social y el de autorización del certificado establecido en el artículo 42 ET.

En el servicio para solicitar el certificado de estar al corriente en el pago de las cuotas, la transacción tiene por objeto emitir certificados de estar al corriente en las obligaciones de la Seguridad Social, correspondientes a empresas mediante el sistema RED, el usuario deberá tener asociado a su autorización al sistema el Código de Cuenta de Cotización objeto de la solicitud.

³⁵ MARTÍN VALVERDE “ Responsabilidad empresarial en el caso de contratas y subcontratas de obra y servicio”, en BORRAJO DACRUZ (Dir.), “Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores. Volumen VIII. Edersa.

³⁶ BELTRAN DE HEREDIA RUÍZ. “Una propuesta interpretativa en materia de Seguridad Social en las contratas y subcontratas (apartados 1º y 2º del art. 42 ET). Derecho de las Relaciones Laborales nº 11. Diciembre de 2016. Lefebvre El derecho.

³⁷ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Castilla y León/Valladolid de 20 de junio de 2007 (recurso 1457/2001); Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 16 de mayo de 2005 (recurso 2342/1998).

Una vez autorizado, y rellenados los campos exigidos para obtener la certificación, el sistema validará los datos introducidos y, si son correctos, se mostrará una pantalla con datos informativos de la empresa cuyo certificado se desea obtener.

Como hemos indicado, para que la empresa principal acceda al servicio que emite los certificados a los que se refiere el artículo 42 ET, debe estar autorizado previamente por la empresa contratada para que la TGSS ceda la información sobre su situación con la Seguridad Social a las empresas por las que van a ser contratadas. Para gestionar esta autorización se ha establecido este segundo servicio de autorizaciones on line.

En todo caso, el plazo que tiene la TGSS para emitir el certificado es de treinta días improrrogables, computados en días hábiles de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30 LPAC.

La aplicación de las normas de procedimiento administrativo determina que el archivo de la solicitud por no subsanarse en el plazo de diez días los defectos en la solicitud, o la presentación de documentos preceptivos, como puede ser el acreditativo de la representación, producen como efecto que se tenga por realizada la petición del certificado³⁸.

El Certificado tiene el siguiente contenido:

- Autoridad certificante.
- Nombre o razón social de la empresa.
- Régimen
- Código de Identificación, Código de Cuenta de Cotización principal y en su caso Número de Afiliación.
- SI/No tiene pendiente de ingreso reclamación por deudas ya vencidas con la Seguridad Social a fecha de la emisión.
- Leyenda: “Y para que conste, a los solos efectos de las garantías previstas en el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, se expide la presente certificación que no originará derechos ni expectativas de derechos a favor de los solicitantes o de terceros, no podrá ser invocada para interrupción o paralización de plazos de caducidad o prescripción, no servirá de medio de notificación de los expedientes a que pudiera hacer referencia ni afectará a ulteriores actuaciones de comprobación e investigación”.
- Identificación del solicitante.
- Lugar, día y fecha.
- Codificación del sello electrónico.

Sobre la leyenda se pronuncia la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 1 de junio de 2016 (recurso 26/2014) y en particular sobre la advertencia de que los certificados no pueden ser utilizados para exonerar de responsabilidad alguna, señala que no deja de ser llamativo que bajo el nombre de “certificado”, la Administración emita documentos que explícitamente advierten de que no dan fe de los datos en ellos

³⁸ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Castilla y León/Burgos de 30 de noviembre de 2009 (recurso 204,2009).

reflejados, pero, cualquiera que sea la valoración que ello merezca desde el punto de vista de la oportunidad y de las pautas de buena gestión, no vulnera los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, si estos se interpretan como no puede ser de otro modo, como una exigencia de certidumbre, de manera que estos certificados no engañan a nadie, al indicar inequívocamente que no cabe invocarlos para eludir ninguna obligación preexistente.

En todo caso, en el supuesto de certificación errónea o con datos falsos, corresponde a la TGSS demostrar la falsedad, error u otra circunstancia que pudiera privarle de valor a efectos de la exoneración prevista en el artículo 42 ET³⁹.

En cuanto a las implicaciones en materia de protección de datos, el Informe del Gabinete Jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos 0223/2009 señala que no obsta esta protección los datos relativos a que la empresa se encuentra al corriente de los datos, ni incluso la cesión de la empresa subcontratista a la principal de los TC2, si bien limitada la cesión a los trabajadores que operan en la subcontrata y la cumplimentación del deber de información a los trabajadores afectados sobre la cesión de sus datos a los efectos de que, en su caso puedan, ejercer sus derechos en relación con el tratamiento.

3.1.4. El Plus de responsabilidad establecida en el sector de la construcción

El artículo 4.2 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, establece que las empresas que pretendan ser contratadas o subcontratadas para trabajos de una obra de construcción deberán también: a) acreditar que disponen de recursos humanos, en su nivel directivo y productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, así como de una organización preventiva adecuada a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL); y b) estar inscritas en el Registro de Empresas Acreditadas dependiente de la autoridad laboral competente.

Por otra parte el artículo 5 de la Ley establece el régimen de subcontratación, indicando que la subcontratación, como forma de organización productiva, no podrá ser limitada, salvo en las condiciones y en los supuestos establecidos en la citada ley. No obstante, el apartado 2 del precepto establece que con carácter general, el régimen de subcontratación en el sector de la construcción será el siguiente:

- a) El promotor podrá contratar directamente con cuantos subcontratistas estime oportuno ya sean personas físicas o jurídicas.
- b) El contratista podrá contratar con las empresas subcontratistas o trabajadores autónomos la ejecución de los trabajos que hubiera contratado el promotor.
- c) El primer y segundo subcontratista podrán subcontratar la ejecución de los trabajos que, respectivamente, tengan contratados, salvo en los supuestos prohibidos.
- d) El tercer subcontratista no podrá subcontratar la ejecución de los trabajos que hubiera contratado con otro subcontratista o trabajador autónomo.
- e) El trabajador autónomo no podrá subcontratar los trabajos a él encomendados ni a otras empresas subcontratistas ni a otros trabajadores autónomos.
- f) Asimismo, tampoco podrán subcontratar los subcontratistas, cuya organización productiva puesta en uso en la obra consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra, entendiéndose por tal la

³⁹ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 8 de mayo de 2008 (recurso 13/2004).

que para la realización de la actividad contratada no utiliza más equipos de trabajo propios que las herramientas manuales, incluidas las motorizadas portátiles, aunque cuenten con el apoyo de otros equipos de trabajo distintos de los señalados, siempre que pertenezcan a otras empresas, contratistas o subcontratistas de la obra.

No obstante, los supuestos anteriores, cuando en casos fortuitos debidamente justificados, por exigencias de especialización de los trabajos, complicaciones técnicas de la producción o circunstancias de fuerza mayor por las que puedan atravesar los agentes que interviene en la obra, fuese necesario, a juicio de la dirección facultativa, la contratación de alguna parte de la obra con terceros, excepcionalmente se podrá extender la subcontratación establecida anteriormente en un nivel adicional, siempre que se haga constar por la dirección facultativa su aprobación previa y la causa o causas motivadoras de la misma en el Libro de Subcontratación. Ahora bien, esta ampliación excepcional no se aplicará a los supuestos contemplados en las letras e) y f) anteriores, salvo que la causa motivadora sea de fuerza mayor.

En todo caso, el contratista deberá poner en conocimiento del coordinador de seguridad y salud y de los representantes de los trabajadores de las diferentes empresas incluidas en el ámbito de ejecución de su contrato que figuren relacionados en el libro de Subcontratación la subcontratación excepcional indicada anteriormente. Asimismo, deberá poner en conocimiento de la autoridad laboral competente la indicada subcontratación excepcional mediante la remisión, en el plazo de los cinco días hábiles siguientes a su aprobación, de un informe en el que se indiquen las circunstancias de su necesidad y de una copia de la anotación efectuada en el Libro de Subcontratación.

Pues bien, el artículo 7.2 de la misma Ley establece que, sin perjuicio de otras responsabilidades establecidas en la legislación social, el incumplimiento de las obligaciones de acreditación y registro establecidas en el artículo 4.2, o del régimen de subcontratación establecido en el artículo 5 de la Ley reguladora de la Subcontratación en el sector de la construcción, determinará la responsabilidad solidaria del subcontratista que hubiera contratado incurriendo en dichos incumplimientos y del correspondiente contratista respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social derivadas de la ejecución del contrato, acordado que correspondan al subcontratista responsable del incumplimiento en el ámbito de la ejecución del contrato, cualquiera que sea la actividad de dichas empresas.

3.2. La responsabilidad subsidiaria

La responsabilidad subsidiaria se predica para diferentes supuestos; de un lado para los supuestos en los que puede existir también responsabilidad solidaria, por mor de lo previsto en el artículo 42 ET al tratarse de contratos de la misma actividad; de otro lado, cuando la contrata no se refiere a la misma actividad; y por último, para los casos en que el empresario no quede exonerado por mor del certificado al que se refiere el precepto del Estatuto de los Trabajadores.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2005 (RJ 2005,9537) que el artículo 142.1 LGSS en relación 168.1 LGSS establece la responsabilidad subsidiaria del propietario de la obra con respecto a la obligación de cotizar y al pago de prestaciones para el caso en que el empresario obligado a efectuar el pago, sea declarado insolvencia, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 42 ET. El alto tribunal señala que cuando el artículo 168.1 LGSS establece la responsabilidad subsidiaria por impago del obligado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 ET”, esa salvedad no tiene por objeto establecer un régimen de responsabilidad excluyente del sentado en el artículo 42 ET, sino complementario que determina la obligación de cotizar cuando el obligado principal es declarado insolvente. Esto no significa que la Tesorería General de la Seguridad Social pueda optar indistintamente por uno u otro tipo de responsabilidad, pues esto sería tanto como

eludir la regla de la subsidiariedad obviando la responsabilidad directa o subsidiaria⁴⁰. De esta manera si en la cadena de contrataciones se determinan dos responsables solidarios y uno subsidiario, la Tesorería primeramente deberá dirigirse contra los responsables solidarios y una vez agotadas estas responsabilidades por razón de la insolvencia se deberá proceder contra el responsable subsidiario⁴¹.

En los casos de contrataciones y subcontratas, existen tres posibles responsabilidades, dos de ellas, como hemos visto sujetas a controversia jurisdiccional, y otra temporal que resulta más evidente, de este modo:

a) Se sostiene por un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, como hemos visto al tratar la responsabilidad solidaria, que resultaría la responsabilidad subsidiaria del empresario principal por las deudas generadas durante la contrata, cuando se emitió con carácter previo al inicio de la contrata certificado exoneratorio previsto en el artículo 42 ET.

b) Se sostiene también por otro sector, de la doctrina y de la jurisprudencia de manera controvertida, que la falta de solicitud del certificado, o la contratación, pese a la emisión de un certificado positivo de deuda, determina la responsabilidad subsidiaria, cuestión que hemos tratado en el apartado 3.1.2.

c) En tercer lugar, sin lugar a dudas, procede declarar la responsabilidad subsidiaria tras el transcurso del plazo de tres años para exigirla, previsto en el artículo 42.2 ET, pero no ha transcurrido el plazo de prescripción de cuatro años⁴² oponible a la responsabilidad subsidiaria⁴³, si bien limitada al tiempo de duración de la contrata.

La cuarta causa en la que procederá la responsabilidad subsidiaria del empresario principal se predica en relación con las contrataciones y subcontratas de distinta actividad. De esta forma la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 15 de marzo de 2013 (recurso 1/2013) declara la responsabilidad subsidiaria de la Comandancia de la Guardia civil de Segovia por las deudas generadas durante la contrata del servicio de cafetería de dicha Comandancia.

En cambio, en ningún caso es exigible responsabilidad subsidiaria por los actos del propietario de la obra cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda. Tampoco cabe la derivación de responsabilidad subsidiaria a quien no realiza una actividad empresarial, por ejemplo el arrendador del local en el que se realiza una actividad empresarial, por no tener la condición de solidario⁴⁴.

A diferencia, de la responsabilidad solidaria que objetivamente alcanza a los recargos, intereses y costas, el artículo 30.2.b) LGSS establece que las reclamaciones de deudas a los responsables subsidiarios, salvo que su responsabilidad se halle limitada por ley, comprenderán el principal de la deuda exigible al deudor inicial en el momento de su emisión, excluidos recargos, intereses y costas.

⁴⁰ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de mayo de 2013 (recurso 347,2012)

⁴¹ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada de 28 de octubre de 2002 (recurso 829,1997).

⁴² Sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada de 10 de noviembre de 2003 (recurso 5092,1997); de Asturias de 12 de mayo de 2004 (recurso 289,2000).

⁴³ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 6 de junio de 2003 (recurso 2740/99)

⁴⁴ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal superior de Justicia de Andalucía/Granada de 3 de noviembre de 2003 (recurso 5064,1997).

Por último, hay que señalar que en el acto administrativo de la determinación de la responsabilidad subsidiaria debe haber una determinación con concreta precisión los periodos, trabajadores e importe que ha de asumir los que se consideren responsables subsidiarios⁴⁵.

3.3. La forma de hacerse efectiva la responsabilidad solidaria y subsidiaria

En nuestro ordenamiento la reclamación del importe de la deuda con la Seguridad Social se puede realizar de dos formas, de oficio por la TGSS mediante la emisión de una reclamación de deuda que, para dirigirse a un responsable solidario o subsidiario, exigirá que se dicte con anterioridad un acto administrativo de derivación de responsabilidad, o mediante la emisión por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de un acta de liquidación de cuotas.

En relación con el primero de los casos, el artículo 33.2 LGSS establece que procederá la reclamación de deuda, cuando en atención a los datos obrantes en la TGSS o comunicados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y por aplicación de cualquier norma con rango de ley que no excluya la responsabilidad por deudas de Seguridad Social, deba exigirse el pago de dichas deudas:

- a) A los responsables solidarios, en cuyo caso la reclamación comprenderá el principal de la deuda a que se extienda la responsabilidad solidaria, los recargos, intereses y costas devengados hasta el momento en que se emita dicha reclamación.
- b) A los responsables subsidiarios, en cuyo caso, y salvo que su responsabilidad se halle limitada por ley, la reclamación comprenderá el principal de la deuda exigible al deudor inicial en el momento de su emisión, excluidos recargos, intereses y costas.

En relación con las actas emitidas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el artículo 34.1.c) LGSS establece que procederá la formulación de actas de liquidación en las deudas por cuotas originadas por derivación de responsabilidad del sujeto obligado al pago, cualquiera que sea su causa y régimen de la Seguridad Social aplicable, y con base en cualquier norma con rango de ley que no excluya la responsabilidad por deudas de Seguridad Social. De esta manera, en los casos de responsabilidad solidaria legalmente previstos, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá extender acta a todos los sujetos responsables o a alguno de ellos, en cuyo caso el acta de liquidación comprenderá el principal de la deuda a que se extiende la responsabilidad solidaria, los recargos, intereses y costas devengadas hasta la fecha en que se extienda el acta.

No obstante, en estos casos, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá formular requerimientos a los sujetos obligados al pago de las cuotas adeudadas por cualquier causa previo reconocimiento de la deuda por aquellos ante el funcionario actuante. En este caso, el ingreso de la deuda por cuotas contenida en el requerimiento será hecho efectivo en el plazo que determine la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que no será inferior a un mes ni superior a cuatro meses, de manera que en caso de incumplimiento se extenderá por la Inspección, acta de liquidación y de infracción por impago de cuotas.

3.3.1. La derivación administrativa de responsabilidad efectuada por la Tesorería General de la Seguridad Social

3.3.1.1. La determinación de los responsables solidarios y subsidiarios en el marco del procedimiento recaudatorio

⁴⁵ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal superior de Justicia de País Vasco de 28 de marzo de 2003 (recurso 2043,1999).

El artículo 12.2 RGRSS establece que, cuando en aplicación de normas específicas de Seguridad Social, laborales, civiles, administrativas o mercantiles, los órganos de recaudación aprecien la concurrencia de un responsable solidario, subsidiario o “mortis causa” respecto de quien hasta ese momento figurase como responsable, declararán dicha responsabilidad y exigirán el pago mediante el procedimiento recaudatorio establecido en el reglamento, debiéndose seguir el procedimiento previsto en los artículos 13 y 14 RGRSS y en la Circular de la TGSS 8-003-2013 de 15 de noviembre de 2013.

3.3.1.1.1. Aspectos Comunes en el procedimiento de declaración de responsabilidad

La competencia territorial para la tramitación del procedimiento de derivación de responsabilidad y la emisión de las resoluciones y los actos subsiguientes del procedimiento recaudatorio para hacer efectiva la deuda derivada se determina de acuerdo con los siguientes criterios:

- a) Cuando la competencia para la gestión recaudatoria de la deuda del deudor inicial u origen correspondientes a una sola dirección provincial, será ésta la competente para llevar a cabo las anteriores actuaciones.
- b) Cuando existieran varias direcciones provinciales para dicha gestión recaudatoria, será competente aquella a la que correspondiese la unidad de gestión centralizada que tuviese autorizada el deudor inicial u origen.
- c) Si no existiese unidad de gestión centralizada, será competente la dirección provincial a la que corresponda el código de cuenta de cotización principal, cuando mantenga deuda exigible, si bien, en el caso de que el código de cuenta de cotización principal no tuviese deuda exigible será competente la dirección provincial en que el deudor inicial u origen tenga mayor volumen de deuda exigible.

No obstante, cuando el deudor inicial tenga varios códigos de cuenta de cotización en distintas direcciones provinciales, con independencia de la deuda que presente en tales códigos, si solo la deuda de uno de ellos fuera susceptible de derivación en virtud del supuesto de que se trate, será competente la dirección provincial correspondiente a dicho código.

En todo caso, la Dirección General o la Subdirección General de Procedimientos Ejecutivos y Especiales de Recaudación podrán avocar la competencia para la tramitación del procedimiento por derivación de responsabilidad, incluida, en su caso, la emisión de la oportuna reclamación de deuda, cuando concurren determinadas circunstancias relevantes como la elevada cuantía de la deuda, el número de responsables derivados correspondientes a diversas provincias o Comunidades Autónomas, o cualquier otra que se considere relevante.

En relación con la prescripción hay que señalar que la prescripción ganada aprovechará por igual a todos los responsables (artículo 43.3 RGRSS) y, se interrumpirá por las causas ordinarias previstas en el artículo 1973 del Código civil y, en particular: a) por cualquier actuación del responsable del pago conducente al reconocimiento o extinción de la deuda; b) por cualquier acción de la TGSS o de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social realizada con conocimiento formal del responsable del pago conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento, liquidación y recaudación de todos o parte de los elementos de la obligación con la Seguridad Social; c) Por la interposición de recurso o impugnación administrativa o judicial; en tal caso, se iniciará de nuevo el cómputo del plazo de prescripción a partir de la fecha en que se dicte la resolución o sentencia firmes que los resuelvan. No obstante, cuando éstas declaren la nulidad de pleno derecho del acto impugnado, se considerará no interrumpido el plazo de prescripción por esta causa. En este sentido, interrumpido el plazo para uno de los deudores se entenderá interrumpido para todos los deudores según lo dispuesto en los artículos 43.3 RGRSS y 1.141 y 1974 del Código Civil.

En los supuestos de responsabilidad subsidiaria, aunque el deudor inicial se encuentre en situación de insolvencia la deuda no podrá ser datada por prescripción en tanto se mantenga en curso el procedimiento recaudatorio frente al responsable subsidiario, toda vez que los actos de dicho procedimiento interrumpen el plazo de prescripción para el deudor inicial.

De acuerdo con lo establecido en los artículos 13.4 y 14.1 RGRSS el plazo máximo para notificar la reclamación de deuda por derivación de responsabilidad solidaria o subsidiaria respectivamente, será de seis meses, a contar desde el día siguiente a la notificación del acuerdo de iniciación del expediente. Este plazo se podrá suspender en los supuestos previstos en el artículo 22 LPACAP.

Si desde que se produce el acuerdo de inicio del procedimiento transcurre el plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado la reclamación por responsabilidad, operará la caducidad del procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25.1.b) LPACAP que deberá declararse mediante resolución que determine el archivo de las actuaciones. Esta declaración no obstará la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento por los mismos hechos, si bien la declaración de la caducidad del procedimiento determinará que se entienda que no se interrumpió la prescripción.

No obstante, como en otras muchas cuestiones, sobre la existencia de caducidad existen pronunciamientos contradictorios. Así de un lado, la Sala de lo Contencioso-administrativo de Andalucía/Granada de 23 de mayo de 2001 (recurso 1165,2008) considera que opera la caducidad. En cambio otros pronunciamientos consideran que los actos de gestión recaudatoria se rigen por su normativa específica que no contempla la caducidad⁴⁶.

3.3.1.1.2. La derivación de responsabilidad solidaria

El artículo 13 RGRSS dispone que cuando concurren las circunstancias para determinar la responsabilidad solidaria de varias personas físicas o jurídicas o entidades sin personalidad, respecto a deudas de la Seguridad Social, la TGSS podrá dirigir reclamación de deuda o acta de liquidación contra todos o otra cualquiera de ellos, de modo que el procedimiento recaudatorio seguido contra un responsable solidario no suspenderá ni impedirá que pueda seguirse contra otro, hasta la total extinción del crédito.

Si ya hubiese un deudor determinado, la extensión de la responsabilidad a otro deudor solidario solo podrá realizarse mediante la reclamación de deuda por derivación de responsabilidad, es decir, será necesaria previamente la emisión de un acto administrativo en el que se determine, tras agotarse un procedimiento administrativo oportuno, la determinación de un nuevo deudor; o también mediante la emisión de acta de liquidación por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sin perjuicio de que se adopten las medidas cautelares que se consideren oportunas sobre el patrimonio del deudor solidario, para asegurar el cobro de la deuda. La determinación primaria del deudor se concretará en los casos en que este hubiera cumplido dentro del plazo las obligaciones en materia de liquidación de cuotas establecidas en el artículo 29 LGSS, es decir, en el sistema de autoliquidación, transmitir por medios electrónicos las liquidaciones de cuotas, y en el sistema de liquidación directa, solicitar a la TGSS el cálculo de la liquidación correspondiente, sin haber efectuado su ingreso en plazo reglamentario, en segundo lugar cuando ya se hubiese emitido reclamación de deuda o acta de liquidación contra él.

La unidad encargada de la tramitación de procedimientos de responsabilidad impulsará el correspondiente procedimiento de derivación, cuando en virtud de datos o informes, obrantes en la

⁴⁶ ⁴⁶ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 25 de mayo de 2004; ⁴⁶ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Burgos de 30 de noviembre de 2009 (recurso 204,2009).

propia unidad o recibidos de otras fuentes, considere que existen indicios racionales suficientes para una posible reclamación de deuda por derivación.

Con carácter general, no se iniciará procedimiento para la reclamación de deuda por derivación cuando el procedimiento recaudatorio seguido contra el deudor inicial u origen, se halle suspendido por cualquier causa legal que produzca el efecto de considerar al corriente de pago a dicho deudor.

Igualmente hay que tener en cuenta que la declaración de incobrabilidad exige el agotamiento del procedimiento de apremio frente a todos los sujetos responsables del pago, momento en el que, por tanto, cobra trascendencia la averiguación de posibles sujetos responsables por derivación. Una vez determinada la deuda derivable en el curso de las actuaciones previas a la declaración de responsabilidad, la misma se exigirá en su totalidad mediante una sola resolución administrativa por cada uno de los responsables derivados, que incluirá las distintas deudas que pudieran constar en distintas cuentas de cotización del deudor inicial, aunque correspondan a provincias diferentes, y ello con independencia del número de reclamaciones de deuda que deban generarse en el Fichero General de Recaudación.

Cuando se detecte algún indicio que revele la eventual responsabilidad solidaria, las unidades encargadas de la tramitación podrán solicitar la colaboración de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para la realización de todas aquellas comprobaciones (locales, instalaciones, mercancías, maquinaria, etc.). Igualmente, se recabará toda la información necesaria de las entidades u organismos pertinentes.

La información obtenida se completará con aportaciones documentales susceptibles de acreditar la concurrencia de los elementos desencadenantes de la determinación de la responsabilidad solidaria, tales como: a) datos identificativos de los interesados; b) vidas laborales de los trabajadores; c) datos laborales y de Seguridad Social de las empresas implicadas; d) datos civiles y mercantiles de las empresas; e) datos administrativos como licencias municipales, autorizaciones autonómicas, etc.; f) datos contables.

Si analizada y valorada la información disponible, no se aprecia la existencia de responsabilidad solidaria se dictará diligencia o acuerdo de archivo de las actuaciones, que se comunicará, en su caso, a la unidad o a la dirección provincial que hubiera promovido las actuaciones. No obstante, si con posterioridad al archivo aparecieran nuevos hechos o indicios suficientes para la posible reclamación de deuda por derivación se traerán, si fuera necesario, las actuaciones del expediente archivado al que se tramite como consecuencia de tales nuevos hechos e indicios.

Si se considera que existen indicios suficientes para una posible responsabilidad solidaria, por la unidad que tramite el procedimiento se dictará acuerdo de inicio del procedimiento de derivación de responsabilidad otorgando al interesado trámite de audiencia por un plazo de quince días contados a partir del día siguiente al de notificación del acuerdo, al objeto de que se realicen las alegaciones oportunas y se presenten los documentos y justificantes que se consideren pertinentes, poniéndole de manifiesto las actuaciones practicadas (artículo 13.4 RGRSS).

En el caso de que se hayan incoado varios expedientes referidos al mismo deudor inicial con el mismo fundamento de responsabilidad para los distintos deudores derivados, el acuerdo que se dicte será el mismo para cada uno de los procedimientos incoados.

El acuerdo de iniciación deberá tener el siguiente contenido: a) datos identificativos del deudor inicial (nombre y apellidos, razón social, NIF e identificador de seguridad social afectado por la posible derivación de responsabilidad); b) datos identificativos del posible deudor derivado; c) breve exposición de hechos que sirven de base a la posible derivación de responsabilidad; d) sucinta

referencia a fundamentos de derecho; e) concepto de deuda objeto de derivación, con indicación expresa de que la cuantificación de la misma se efectúa con independencia de la variación de los importes que, en su caso, pueda producirse como consecuencia de los intereses de demora y recargos que correspondan así como de ulteriores comprobaciones basadas en datos de la TGSS y actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, todo ello sin perjuicio de la incorporación, en su caso, de las nuevas deudas que pudieran generarse; f) plazo para efectuar alegaciones; g) fecha de expedición del acuerdo.

La notificación del acuerdo de iniciación deberá realizarse por cualquier medio que deje constancia de su recepción, teniendo en cuenta que si el responsable derivado tuviese la condición de sujeto responsable obligado a notificaciones electrónicas, sólo podrá notificarse el citado acuerdo a través de la Sede Electrónica de la Seguridad Social.

A la vista de las alegaciones presentadas, se podrá solicitar informe, facultativo y no vinculante, a las unidades cuando se considere necesario, en especial del Servicio Jurídico y de la Inspección de Trabajo, así como practicar las pruebas que se consideren pertinentes, apreciadas de oficio, o propuestas por el interesado.

En estos supuestos, cuando el resultado de la prueba practicada o el informe contuvieran nuevos hechos que no obraran en la documentación inicial del expediente y le afectaran sustancialmente, se dará nuevo trámite de audiencia a los interesados, para que formulen alegaciones y presenten documentos y justificantes que estime oportunos, por un plazo no inferior a diez días, ni superior a quince.

El procedimiento de responsabilidad solo puede finalizar mediante resolución que podrá ser de dos tipos:

1) Resolución que declara la responsabilidad solidaria entre el deudor inicial y el deudor, que incluirá los siguientes elementos: a) datos identificativos del deudor inicial u origen (nombre y apellidos o razón social, NIF e identificador de Seguridad Social afectado por la elevación de responsabilidad; b) datos identificativos del deudor derivado contra el que se dirige la reclamación; c) hechos que sirven de base a la derivación de responsabilidad solidaria; d) preceptos y fundamentos de derecho en los que se ampara la responsabilidad; e) pronunciamiento expreso de existencia de responsabilidad solidaria; f) Cuantificación de la deuda objeto de la derivación, de este modo, la resolución deberá señalar expresamente que la cuantificación de la deuda se efectúa sin perjuicio de los recargos e intereses de demora que, en su caso, correspondan, de acuerdo con lo establecido en los artículos 10 y 11 RGRSS, y de ulteriores comprobaciones basadas en datos de la TGSS y actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, todo ello con independencia, en su caso de nuevas deudas; g) advertencia de que conforme a lo establecido en el artículo 13.4 RGRSS, la emisión de ulterior reclamación de deuda por derivación no requerirá de acuerdo de iniciación previo ni audiencia al interesado cuando se base en los mismos hechos y fundamentos de derecho que motivaron la previa reclamación de deuda por derivación del mismo responsable, en cuyo caso, se hará constar dicha circunstancia en la reclamación; h) recursos que procedan contra la misma, plazo y órgano ante el que debe interponerse.

2) Resolución que declara la exención de responsabilidad. Si a la vista de lo actuado la TGSS concluye que no se dan las condiciones y requisitos para declarar la existencia de responsabilidad solidaria, se dictará resolución de terminación del procedimiento administrativo, que será notificada a los sujetos afectados, declarando no haber lugar a la responsabilidad solidaria.

Por otra parte, cuando existan indicios racionales de que el cobro de la deuda puede frustrarse o puede verse gravemente dificultado, se podrán adoptar medidas cautelares sobre los bienes y derechos del posible o posibles responsables solidarios, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 33, 13.4 y 54

RGRSS. En tal sentido, debe tenerse en cuenta que cuando la deuda inicial estuviese liquidada, bien porque el deudor inicial hubiera transmitido la autoliquidación o hubiera solicitado la liquidación a la TGSS sin haber efectuado el ingreso, o bien se hubiera emitido reclamación de deuda o acta de liquidación contra él, las medidas cautelares podrán adoptarse sin más trámite y practicarse por las unidades de recaudación ejecutiva al tiempo de dictar el acuerdo de iniciación, sin que sea necesaria la previa autorización del director provincial, salvo que en tal momento se desconozcan, respecto del responsable derivado, todos o algunos de los parámetros o datos necesarios para la determinación de la deuda (trabajadores afectados, periodo de contrata, etc.), de manera que resulte imposible la concreción de la misma y, por ende, el alcance de la responsabilidad, supuesto en el que sí será necesaria la previa autorización del director provincial de la TGSS.

Puede ocurrir que una vez notificado el acuerdo de iniciación, si el posible deudor derivado manifestara su voluntad de ingresar el importe de la deuda o solicitar aplazamiento para su pago, se procederá sin más trámite a dictar resolución. A estos efectos, se practicará diligencia haciendo constar la aceptación de la responsabilidad por el interesado y dictándose resolución sobre declaración de responsabilidad, consignándose expresamente en la misma la aceptación tanto de las cuestiones de hecho como de los fundamentos que justifiquen dicha responsabilidad y se emitirán los documentos de deuda pertinentes a efecto de gestionar el procedimiento de regularización oportuno.

Igualmente puede ocurrir que el deudor inicial genere nueva deuda susceptible de reclamarse a los mismos responsables solidarios, con base en los mismos hechos y fundamentos de derecho que sustentaron una anterior reclamación de deuda por responsabilidad solidaria, en este caso se emitirá reclamación de deuda haciendo constar que trae causa de aquella resolución, advirtiéndose que no se requiere nuevo plazo de audiencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13.4 RGSS.

Si se concediera un aplazamiento a uno de los responsables solidarios, este extenderá sus efectos a todos ellos. De esta forma se suspenderá el procedimiento recaudatorio seguido contra cada uno de ellos y todos serán considerados al corriente respecto de dicha deuda mientras se cumplan las condiciones de efectividad del aplazamiento de efectividad del aplazamiento. No obstante, si la responsabilidad del beneficiario del aplazamiento es sólo parcial respecto de la deuda total del deudor inicial, los efectos del aplazamiento solo se extenderán a los demás deudores solidarios, si los hubiese, por la deuda concurrente, es decir, por la que coincide en cuantía, periodos reclamados y trabajadores. En cambio, si el beneficiario del aplazamiento hubiese impugnado la reclamación de deuda sobre la responsabilidad solidaria por causas que solo concurren en él, la suspensión no se extenderá a los demás responsables solidarios, incluidos el inicial. En todo caso, el aplazamiento concedido al deudor inicial siempre extiende sus efectos a todos los responsables derivados.

La existencia de un procedimiento concursal no impide la eventual declaración de responsabilidad y la emisión de reclamaciones de deuda por derivación de responsabilidad solidaria, tanto al concursado como de éste a otros responsables. En este sentido, si la reclamación de deuda por derivación se emitiese frente al concursado, el procedimiento de recaudación se seguirá hasta la expedición y notificación de la providencia de apremio, suspendiéndose toda actuación la expedición y notificación de la providencia de apremio, suspendiéndose toda actuación ejecutiva. En cambio, si el concursado fuese el deudor inicial u origen, el procedimiento recaudatorio frente al derivado proseguirá.

En cuanto a los efectos que sobre los deudores solidarios tiene la quita o espera que se hubiese acordado en un convenio ordinario, habrá que distinguirse de acuerdo con lo establecido en el artículo 135 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en función de la postura adoptada por la TGSS en su condición de acreedor en la votación del citado convenio. De esta manera, solo si la TGSS hubiera votado a favor, quedaría vinculada al convenio con respecto al resto de los obligados solidariamente con el concursado, es decir, la quita y espera aprovecharía por igual a todos los responsables solidarios teniendo la espera los mismos efectos previstos para los aplazamientos. No obstante, los efectos del

incumplimiento del convenio por parte del concursado se extenderán a todos los responsables. En cambio, si la TGSS se hubiese abstenido o hubiese votado en contra, la quita y espera no benefician a los deudores solidarios.

No procederá la calificación de un crédito como incobrable y tampoco procederá su data por insolvencia con ejercicio de actividad de uno o algunos de los deudores solidarios, en tanto no pueden predicarse esas mismas situaciones de todos los responsables vinculados solidariamente. De esta manera cuando por la TGSS se hubiera datado por declararse un crédito incobrable o por insolvencia con ejercicio de actividad la deuda de un expediente de apremio y posteriormente, se tramitase un procedimiento de derivación de responsabilidad solidaria, con carácter previo a la emisión de la correspondiente declaración de responsabilidad y reclamación de deuda por derivación, se deberá rehabilitar la deuda datada.

El cobro total o parcial, por pago voluntario o ejecución forzosa, por cualquiera de los responsables solidarios, extingue la deuda total o parcialmente y libera a los demás responsables en la misma medida, conforme a lo establecido en el artículo 19.4 RGRSS. El mismo efecto producirá la extinción total o parcial de deudas con la Seguridad Social como consecuencia de procedimientos de devolución de ingresos indebidos, saldos acreedores, o cualquier otro procedimiento del que se derive la aplicación de un importe reconocido a favor de un responsable solidario con la deuda que éste mantenga frente a la Seguridad Social. No obstante, cuando el ingreso o cobro se realice por un deudor solidario que hubiera impugnado su responsabilidad por causas que solo concurren en él, el cobro no tendrán efecto liberatorio para el resto de responsables en tanto no recaiga resolución administrativa o judicial firme. Por otra parte, cuando tenga lugar una devolución de ingresos indebidos a favor de un determinado responsable, como consecuencia de haberse anulado o reducido su responsabilidad, los ingresos efectuados por éste dejarán de surtir efectos y se reanudará o proseguirá el procedimiento recaudatorio.

Cuando por resolución administrativa o judicial se anule la deuda inicial, con independencia de la causa de anulación, ésta afectará a la deuda de todos los responsables solidarios existentes. En este sentido, existiendo más de un responsable solidario, si alguno obtuviere resolución administrativa o judicial firme que determinase la extinción total o parcial de la deuda, se revisarán de oficio las reclamaciones efectuadas a los restantes cuando la causa de extinción pudiera afectarles, teniendo en cuenta que, además, la deuda debe corresponder a iguales períodos, importes y número e identidad de trabajadores.

3.3.1.1.2. La derivación de responsabilidad subsidiaria

Para la derivación de responsabilidad en el caso de insolvencia, tendrá la consideración de insolvencia: a) la constatación de la insuficiencia de bienes en el procedimiento; b) la declaración de insolvencia efectuada en otro procedimiento administrativo o judicial; c) la declaración de concurso en el que se haya producido la apertura de la fase de liquidación, una vez concluidas las operaciones liquidatorias.

La deuda objeto de derivación comprenderá el principal de la deuda perseguida contra el deudor inicial, excluidos recargos, intereses y costas al momento de su emisión.

Cuando la TGSS, tras analizar la información disponible, confirmara la existencia de indicios suficientes de responsabilidad subsidiaria, y se hubiese constatado la insolvencia del deudor inicial, podrá acordar el inicio del procedimiento de derivación de responsabilidad, mediante el cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.1 RGRSS, otorgará al interesado trámite de audiencia por un plazo de quince días a partir del siguiente a la notificación de dicho acuerdo, a fin de que efectúe las alegaciones y presente los documentos y justificantes que estime pertinentes, poniéndole de manifiesto las actuaciones practicadas.

El acuerdo de iniciación deberá contener: a) datos identificativos del deudor inicial (nombre y apellidos o razón social, NIF e identificador de Seguridad Social del afectado por la posible derivación de responsabilidad); b) datos identificativos del posible deudor derivado; c) breve exposición de hechos que sirven de base a la posible derivación de responsabilidad; d) manifestación de la insolvencia del deudor inicial, con referencia, en su caso, al acto en que se hubiera declarado; e) sucinta referencia a fundamentos de derecho; f) concepto de la deuda objeto de derivación, con indicación expresa de la que la cuantificación de la misma se efectúa con independencia de ulteriores comprobaciones basadas en datos de la TGSS o actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y sin perjuicio de la incorporación, en su caso, de las nuevas deudas que pudieran generarse; g) plazo para efectuar alegaciones; h) fecha de expedición del acuerdo.

En el caso de que se presentasen alegaciones, podrá solicitarse informe, facultativo y no vinculante, de cualesquiera unidades que se estime necesario, en especial del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social y de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, así como practicar las pruebas que se consideren pertinentes, apreciadas de oficio, o de entre las propuestas por el interesado. En este sentido, cuando el resultado de la prueba practicada o el informe contuviera nuevos hechos que no obraran en la documentación inicial del expediente y le afectarían sustancialmente, se dará nuevo plazo para formular alegaciones y presentar los documentos y justificantes que estimen oportunos, por un plazo no inferior a diez días, ni superior a quince.

El procedimiento de derivación de responsabilidad finalizará mediante resolución administrativa que podrá pronunciarse en dos sentidos:

1) Resolución que declare la existencia de responsabilidad subsidiaria entre el deudor inicial y el deudor derivado, que deberá contener lo siguiente: a) datos identificativos del sujeto inicial u origen (nombre y apellidos o razón social, NIF e identificador de seguridad social afectado por la derivación de responsabilidad); b) datos identificativos del sujeto responsable subsidiario contra el que se dirige la reclamación; c) manifestación de la insolvencia del deudor inicial u origen, con referencia, en su caso, al acto en que se hubiese declarado; d) hechos que sirven de base a la derivación de responsabilidad subsidiaria; e) preceptos o fundamentos de derecho en los que se ampara tal responsabilidad; f) pronunciamientos expreso de existencia de responsabilidad subsidiaria; g) cuantificación de la deuda objeto de la derivación con determinación del periodo que comprende, sin incluir los recargos, intereses y costas que haya podido devengar el deudor inicial y con indicación expresa de que la cualificación se efectúa con independencia de ulteriores comprobaciones basadas en datos de la TGSS o actuaciones de la Inspección de Trabajo y seguridad Social, y sin perjuicio de la incorporación, en su caso, de las nuevas deudas que pudieran generarse. En este sentido, la cuantificación y periodos deberán necesariamente coincidir con los de las reclamaciones de deuda por derivación que se emitan en el momento de dictar la resolución y cuyas primeras hojas se incorporarán a la misma; h) recursos que procedan contra la resolución, plazo y órgano ante el que debe interponerse.

2) Resolución que declare la exención de responsabilidad solidaria. En este caso, cuando a la vista de todo lo actuado en el transcurso del procedimiento, y particularmente de las alegaciones formuladas por los interesados, la TGSS concluya que no se dan las condiciones y requisitos para declarar la existencia de responsabilidad subsidiaria, se dictará resolución de terminación del expediente, que será notificada a los sujetos afectados, declarando no haber lugar a dicha responsabilidad.

Una vez que se haya notificado el acuerdo de iniciación, si el posible deudor derivado manifiesta su voluntad de ingresar el importe de la deuda o solicitar aplazamiento para su pago, se procederá sin más trámite a dictar resolución. A estos efectos se practicará diligencia haciendo constar la aceptación de la responsabilidad por el interesado, pudiéndole citar para notificación personal de la resolución sobre declaración de responsabilidad, consignando expresamente en la misma la aceptación de deuda pertinente, tanto de las cuestiones de hecho como de los fundamentos que justifiquen dicha

responsabilidad, y se emitirán los documentos de deuda pertinentes de gestionar el procedimiento de regularización oportuno.

Por otra parte cuando el deudor inicial genere nueva deuda susceptible de reclamarse a los mismos responsables subsidiarios, con base en los mismos hechos y fundamentos de derecho que sustentaron una anterior reclamación de deuda por responsabilidad subsidiaria, se emitirá reclamación de deuda haciendo contar que trae causa de aquella resolución, advirtiéndose que no se requiere nuevo plazo de audiencia. La reclamación de deuda se emitirá por la misma dirección provincial que hubiese declarado y exigido la responsabilidad subsidiaria inicialmente.

Cuando se alegue la existencia de bienes realizables del deudor inicial, se podrán producir los siguientes efectos:

a) Cuando la alegación sobre la existencia de bienes del deudor inicial tenga lugar en el plazo dado para alegaciones con la notificación del Acuerdo de inicio del procedimiento de derivación de responsabilidad subsidiaria, la TGSS efectuará las actuaciones de averiguación necesarias sobre la posible realización de los bienes y de su suficiencia para solventar la deuda. Si, a la vista de dichas actuaciones, se concluye que los bienes señalados son claramente suficientes para solventar la deuda y radican en territorio nacional, se pondrá fin al procedimiento mediante la resolución correspondiente. En otro caso, siempre que los bienes señalados se hayan identificado suficientemente para proceder a su traba, radiquen en territorio nacional y alcancen una valoración que, en relación con la deuda y descontadas las cargas justifique su enajenación forzosa, se suspenderá el procedimiento hasta la realización de los mismos, en cuyo momento se proseguirá o se finalizará según el resultado obtenido. Por otro lado, cuando de las circunstancias concurrentes, el volumen o el valor de los bienes se desprenda la dificultad de su enajenación o que el resultado de la misma será claramente insuficiente para cubrir la deuda, se proseguirá el procedimiento emitiéndose, en su caso, la reclamación de deuda por derivación, sin perjuicio de las actuaciones ejecutivas respecto de dichos bienes.

Cuando, de acuerdo con lo indicado anteriormente, proceda suspender la tramitación del procedimiento contra el posible responsable subsidiario para la realización de los bienes del deudor inicial u origen que hubieran sido señalados, se advertirá a aquel que el tiempo en que dicho procedimiento esté suspendido no computará a efectos del plazo de caducidad del procedimiento.

b) Cuando la alegación sobre existencia se efectúe en el plazo de impugnación contra la reclamación de deuda, se efectuarán las mismas actuaciones indicadas anteriormente, si bien, teniendo en cuenta que si procediera poner fin al procedimiento se dictará la correspondiente resolución estimatoria del recurso interpuesto frente a la reclamación de deuda.

c) Cuando la alegación sobre la existencia de bienes tenga lugar una vez desechada ejecución forzosa contra los bienes del responsable subsidiario, dicha alegación suspenderá, en su caso, la ejecución sobre el patrimonio de aquel hasta tanto se realicen dichos bienes, siempre que, con carácter general, no se hubiese autorizado ya la enajenación de los bienes del responsable subsidiario y siempre que los bienes señalados se hayan identificado suficientemente para proceder a su traba, radiquen en territorio nacional y alcancen una valoración que, en relación con la deuda y descontadas las cargas, justifique su enajenación forzosa.

Con carácter general el aplazamiento concedido a un responsable derivado debe beneficiar al resto de responsables derivados siempre que la responsabilidad afecte a la misma deuda (importe, periodos, mismo número e identidad de trabajadores, etc.). No obstante, en caso de responsabilidad subsidiaria, esos efectos no pueden extenderse a la totalidad de la deuda del deudor inicial, ya que la responsabilidad solo alcanza al principal y no al resto de conceptos (recargos, intereses y costas). Esta particularidad obliga a que la deuda inicial se mantenga en situación de crédito incobrable o de

insolvencia con actividad, sin perjuicio de que cualquier ingreso o cobro que se produzca implique la modificación del aplazamiento concedida al subsidiario a fin de evitar el cobro en exceso del principal de la deuda.

Se podrá derivar la responsabilidad subsidiaria respecto de la deuda del deudor declarado en concurso una vez que se haya producido la apertura de la fase de liquidación, prosiguiéndose frente al derivado el procedimiento recaudatorio sin especialidad alguna. Asimismo, se podrá declarar al concursado responsable subsidiario.

Como regla general, el procedimiento concursal, solo afecta a este, si bien hay que tener en cuenta las siguientes situaciones:

a) Si el concursado es el deudor inicial, concluida la fase de liquidación puede resultar que la deuda haya sido cobrada total o parcialmente, en cuyo caso esa circunstancia aprovechará al responsable subsidiario.

b) si el concursado es el deudor subsidiario la quita acordada aprovecha al inicial u origen exclusivamente por la parte correspondiente al principal de la deuda.

El cobro total o parcial de la deuda en los supuestos de responsabilidad subsidiaria con carácter general liberará al resto de los deudores aplicándose las mismas reglas que indicamos en relación con la derivación de la responsabilidad solidaria, con las siguientes especialidades:

- En los casos de cobro total, si este tiene lugar respecto del responsable subsidiario, únicamente aprovechará al deudor inicial u origen respecto del principal de su deuda. Si existiesen varios responsables subsidiarios el cobro de cualquiera de ellos sólo aprovechará a los restantes cuando la deuda corresponda a iguales periodos, importes y número e identidad de trabajadores.

- Cuando el cobro sea parcial, con independencia del deudor a quien corresponda, solo la parte aplicada al principal de la deuda de acuerdo con los criterios generales de imputación, aprovechará al principal de la deuda del otro responsable, teniendo en cuenta que cuando existan varios subsidiarios, además, solo aprovechará el cobro de cualquiera de ellos a los restantes, cuando la deuda corresponda a iguales periodos, importes y número e identidad de trabajadores.

Por último, cuando existiendo más de un responsable subsidiario, alguno obtuviere resolución administrativa o judicial firme en cuya virtud resultase extinguida total o parcialmente la deuda, se revisarán de oficio las reclamaciones efectuadas a los restantes, cuando la causa de extinción pudiera afectarles, teniendo en cuenta que además la deuda debe corresponder a iguales periodos, importes y número e identidad de trabajadores. En todo caso, anulada por cualquier causa la deuda inicial u origen, la anulación afectará a todos los responsables subsidiarios vinculados.

3.3.1. La determinación de la responsabilidad solidaria y subsidiaria efectuada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

El artículo 34 LGSS determina que procederá la formulación de actas de liquidación en las deudas por cuotas originadas por la derivación de la responsabilidad del sujeto obligado al pago, cualquiera que sea su causa y régimen de la Seguridad Social aplicable, y con base en cualquier norma con rango de ley que no excluya la responsabilidad por deudas de Seguridad Social. Añade el precepto que en los casos de la responsabilidad solidaria legalmente previstos, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá extender acta a todos los sujetos responsables o, a alguno de ellos.

A diferencia de la TGSS que tiene competencia para declarar la responsabilidad y definir con ello nuevas obligaciones, la competencia de la Inspección de Trabajo se limita a la reclamación

administrativa de la deuda por medio del acta de liquidación de cuotas ante la existencia de una deuda por cuotas y demás recursos de recaudación conjunta⁴⁷.

De este modo, la potestad de la Inspección se limitaría a realizar declaraciones administrativas de responsabilidad, limitadas a aquellos recursos que solo pueden ser reclamadas por medio de un acta de liquidación, es decir, a las cuotas adeudadas por trabajadores que no estuvieran en alta o a las diferencias de cotización por trabajadores dados de alta, resulten o no directamente de las liquidaciones o datos de cotización transmitidos o de los documentos de cotización presentados, dentro o fuera de plazo, pero no se podrá realizar estas declaraciones cuando afecten a recursos distintos a cuotas, o cuando la cuotas puedan ser exigidas por la TGSS mediante reclamación de deuda.

El procedimiento administrativo para la práctica de la liquidación se ajustará a lo establecido en el capítulo VI del RGISOS y en la LPACAP.

El artículo 32 RGISOS establece que las actas de liquidación contendrán los siguientes requisitos:

- a) Determinación del régimen de Seguridad Social de aplicación.
- b) Nombre y apellidos o razón social, domicilio, actividad, documento nacional de identidad o número de identificación fiscal, el código de cuenta de cotización en la Seguridad Social del sujeto o sujetos responsables. Estos últimos datos podrán exceptuarse cuando la empresa no estuviera regularmente constituida o debidamente inscrita. En los supuestos que se compruebe la existencia de presunto responsable solidario o subsidiario, se hará constar tal circunstancia, así como el motivo de la presunta responsabilidad, señalándose también los datos anteriormente mencionados del supuesto responsable solidario o subsidiario.
- c) Los hechos comprobados por el funcionario actuante como motivadores de la liquidación y los elementos de convicción de que ha dispuesto en la labor inspectora, describiendo con la suficiente precisión tales hechos y los medios utilizados para su esclarecimiento; y las disposiciones infringidas con expresión del precepto o preceptos vulnerados. Los hechos así consignados gozan de presunción de certeza salvo prueba en contrario.
- d) Los datos que hayan servido de base para calcular el débito: periodo de descubierto, relación nominal y grupo de cotización de los trabajadores afectados o, en su caso, relaciones contenidas en las declaraciones oficiales formuladas por el presunto responsable, referencia suficientemente identificadora al contenido de tales declaraciones, o relaciones nominales y de datos facilitadas y suscritas por el sujeto responsable; bases y tipos de cotización aplicados; y cuantos otros datos pueda el funcionario actuante obtener o deducir a los fines indicados. En los supuestos en que los datos de los documentos de cotización discrepan de los contenidos en las comunicaciones de inscripción de empresa, afiliación, altas y bajas de trabajadores y variaciones de datos, el acta de liquidación se calculará a partir de los datos de estas comunicaciones, salvo que quedara probado en el expediente la validez de los datos contenidos en los documentos de cotización.

Las actas de liquidación por derivación de responsabilidad, con excepción de las extendidas en los supuestos de contrata y subcontratas, contendrán los datos referentes al periodo de deuda al que se contrae el acto de derivación, el número total de los trabajadores que se encuentren afectados por la derivación, y el importe de la deuda que se deriva, diferenciando por cada uno de los supuestos que fueran procedentes. En este supuesto, se adjuntará al acta la documentación anterior que acredite la preexistencia de la deuda.

⁴⁷ GARCÍA FERNANDEZ, Emilio. "Las declaraciones administrativas de responsabilidad". Boch.

En los supuestos de responsabilidad solidaria o subsidiaria en la contratación de obras o servicios previstos en el artículo 42 ET y 168.1 LGSS, las actas de liquidación contendrán los datos indicados anteriormente y además la identificación de los trabajadores que hayan prestado servicios en la misma, o los criterios y medios utilizados para la imputación de la deuda, si la identificación de los trabajadores ocupados no fuera posible.

En las actas de liquidación por aplicación indebida de las bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social para la financiación de acciones formativas del subsistema de formación profesional continua, previstas en el artículo 34.1.d) LGSS, se hará constar la cuantía de la bonificación practicada y el periodo al que corresponda. En los restantes supuestos de actas de liquidación por bonificaciones y reducciones en las cuotas y/o conceptos de recaudación conjunta, bastará con consignar el periodo de descubierto, el trabajador afectado y la cuantía de la bonificación o reducción practicada.

e) El importe principal de la deuda y, en los supuestos que fueran procedentes, los recargos, intereses y costas devengadas hasta la fecha en que se extiende el acta, y la suma total de dichos conceptos.

f) La indicación de la entidad con la que tuviese concertada la contingencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

g) La indicación de si, por los mismos hechos, se practica o no acta de infracción.

h) Indicación del funcionario que extiende el acta de liquidación con su firma y, en su caso, firma del inspector que la conforme con su visado.

i) Indicación expresa de la posibilidad de alegaciones ante el correspondiente jefe de la Unidad de la Inspección especializada en Seguridad Social, a las que se podrán acompañar las pruebas de que este disponga.

j) Fecha del acta de liquidación.

La base de cotización se determinará de acuerdo con las normas reguladoras. Cuando la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se vea en la imposibilidad de conocer el importe de las remuneraciones percibidas por el trabajador, se estimará como base de cotización, la media entre la base mínima y máxima correspondiente al último grupo de cotización conocido en que estuviera encuadrada la categoría de cada trabajador comprendido en el acta.

Si la categoría profesional del trabajador no fuera conocida, se tomará como tal la que determine el Inspector de Trabajo y Seguridad Social, en función de las actividades del trabajador en la empresa, en aplicación de la normativa laboral que en cada caso corresponda. En los casos de polivalencia funcional o de realización de actividades propias de dos o más categorías profesionales, se estará a las que resulten preferentes en la forma antes indicada.

Las actas de liquidación extendidas por los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social se formalizarán con el requisito esencial de su visado por el Inspector de Trabajo y Seguridad Social que corresponda.

Según el artículo 33 RGISOS las actas de liquidación de cuotas serán notificadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social al sujeto responsable así como, en su caso, a los responsables subsidiarios o solidarios, haciéndoles constar que podrán formular alegaciones en el término de quince días a contar desde la fecha de la notificación. En este sentido, en el supuesto de responsabilidad solidaria las actas se tramitarán en el mismo expediente administrativo liquidatorio.

También se notificará el acta de liquidación de cuotas a los trabajadores interesados, y si afectase a un colectivo de trabajadores, la notificación se efectuará a su representación unitaria o, en su defecto, al

primero de los afectados por el orden alfabético de apellidos y nombre. Los trabajadores no conformes con los periodos y bases de cotización recogidas en el acta o con la procedencia de la liquidación, podrán formular alegaciones en las mismas condiciones que el presunto responsable. Asimismo, el acta se comunicará de inmediato a la TGSS.

Antes del vencimiento del plazo de quince días para formular alegaciones, los interesados podrán ingresar el importe de la deuda señalada en acta de liquidación, justificando el pago ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en idéntico plazo. La liquidación provisional cuyo importe se haya hecho efectivo por el sujeto responsable, adquirirá el carácter de liquidación definitiva.

Si los obligados al pago y demás interesados formularan alegaciones, podrá solicitarse informe ampliatorio al Inspector o Subinspector que formuló el acta, y se dará vista y audiencia al alegante por plazo de diez días en que podrá alegar y probar nuevamente lo que estime pertinente.

Transcurrido el plazo de alegaciones sin que se hayan formulado las mismas, o el de la audiencia y segundas alegaciones, el Jefe de la Unidad Especializada de Seguridad Social, efectuará propuesta de resolución que podrá proponer la elevación a definitiva de la liquidación practicada o bien la modificación o anulación del acta practicada. En la propuesta de resolución se fijarán, de forma motivada, los hechos probados y su calificación jurídica.

La propuesta de resolución deberá remitirse, junto con los antecedentes y con la antelación mínima de quince días, al órgano competente de la Dirección General o de la dirección provincial TGSS, que dictará resolución elevando a definitiva la liquidación que proceda, o bien modificando o anulando el acta practicada, la cual será notificada a los interesados.

El plazo máximo para resolver los expedientes liquidatorios de cuotas es de seis meses contados desde la fecha del acta hasta la fecha en que se dicte la resolución, produciéndose en caso de superación de dicho plazo, la caducidad del expediente. No obstante, cuando concurran circunstancias excepcionales, podrá acordarse la ampliación de dicho plazo máximo en los términos establecidos en el artículo 23 LPACAP.

En los supuestos de derivación de responsabilidad, la resolución que se dicte determinará quién resulte ser el deudor principal y, en su caso, los restantes deudores solidarios y subsidiarios, entre los sujetos obligados al pago de la deuda, confiriendo al primero, desde dicho instante, los derechos y obligaciones de tal condición, en el mismo acto administrativo liquidatorio. El procedimiento recaudatorio podrá dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios recogidos en la resolución administrativa que se dicte o contra los subsidiarios, si concurriesen los supuestos legales para su exigencia.

Contra las resoluciones que se dicten por los órganos de la TGSS cabe recurso de alzada ante el superior jerárquico del órgano que dictó el acto. Los importes determinados en las resoluciones, sean o no objeto de recurso de alzada, deberán hacerse efectivos en la TGSS, hasta el último día del mes siguiente al de su notificación, iniciándose, en otro caso, el procedimiento de apremio, salvo que se garantice con aval bancario suficiente o se consigne el importe en los términos reglamentariamente establecidos en la TGSS.

Si se hubiese interpuesto recurso de alzada contra el acto administrativo liquidatorio, y se hubiese garantizado su importe con aval suficiente o consignado el mismo, se suspenderá el procedimiento recaudatorio hasta los quince días siguientes a aquel en que se notifique la resolución recaída sobre el recurso de alzada. Estas resoluciones agotan la vía administrativa y son susceptibles de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por otra parte los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que iniciaron los expedientes liquidatorios sobre los que hayan recaído resolución administrativa firme, podrán promover ante el Jefe de la Unidad Especializada Seguridad Social que tramitó dichos expedientes, la formulación de propuesta de revisión de dicha resolución, ante el órgano de la TGSS que la hubiese dictado, cuando estimen, razonada y fundadamente, que es manifiestamente ilegal y lesiva a los intereses generales, entendiéndose que se dan dichos supuestos cuando la misma infrinja gravemente normas de rango legal o reglamentario y atente también gravemente a los intereses económicos de la Seguridad Social. Si los documentos liquidatorios hubieran necesitado el trámite de visado por un Inspector de Trabajo y seguridad Social la propuesta de revisión requerirá el mismo requisito. En estos casos, la TGSS previo dictamen favorable del Consejo de Estado, podrá declarar de oficio a nulidad de tal resolución, o promover la revisión ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en supuestos de anulabilidad.

4.-RESPONSABILIDADES DERIVADAS DE LA CONTRATACIÓN, SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS EN MATERIA DE PRESTACIONES

4.1. Los supuestos de imputación de la responsabilidad solidaria y subsidiaria

La responsabilidad solidaria o subsidiaria en materia de prestaciones en los casos de contrataciones y subcontratas gravita sobre la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones prevista en el artículo 167 LGSS. En tal sentido, el artículo 168.1 LGSS determina que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 ET para las contrataciones y subcontratas de la misma actividad del empresario contratante, cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, a tenor de lo establecido en el artículo 167 LGSS, si la correspondiente obra o industria estuviera contratada, el propietario de esta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente. No obstante, no habrá lugar a esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar el titular de un hogar respecto a su vivienda.

Pues bien, el artículo 167.2 LGSS establece que el incumplimiento en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización, determinará la exigencia de responsabilidad en cuanto al pago de las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva.

La doctrina jurisprudencial ha atemperado el rigor normativo considerando que el incumplimiento empresarial ha de tener trascendencia en la protección, de manera que a consecuencia del incumplimiento se impida el acceso a la prestación, bien por no reunir el requisito de alta, o de carencia, o porque afecte al contenido de la prestación por determinar una base reguladora o un porcentaje aplicable inferior al que legalmente correspondería de haberse cumplido los requisitos⁴⁸. En el caso de que la responsabilidad se predique de prestaciones derivadas de contingencias profesionales habrá que estar a los criterios de mala fe y de incumplimiento relevante y rupturista de la relación de Seguridad Social⁴⁹, de manera que el incumplimiento debe ser claro y no deberse a la existencia de un error justificable, jugando por tanto trascendencia el principio de culpabilidad⁵⁰. Por tanto, no determinarán la responsabilidad empresarial los incumplimientos transitorios, ocasionales o involuntarios, sean debidos o no a dificultades de tesorería, mientras que existirá responsabilidad

⁴⁸ Sentencia de la Sala de lo social del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1997 (RJ 1997,3970).

⁴⁹ Sentencia de la Sala de lo social del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2000 (RJ 2000,7348).

⁵⁰ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2002 (RJ 2002,9199).

cuando los incumplimientos sean definitivos y voluntarios, rupturistas o expresivos de la voluntad empresarial de no cumplir con su obligación de cotizar.

Por último, la responsabilidad empresarial se atenúa en base al principio de proporcionalidad, de manera que si el incumplimiento afectó al requisito de carencia la responsabilidad se determinará en proporción al tiempo que el incumplimiento afecte para causar el derecho, y si afecta a la cuantía, la responsabilidad se extenderá a la diferencia que en la cuantía de la prestación ocasionó el incumplimiento⁵¹.

La responsabilidad por falta de inscripción de la empresa determinará la responsabilidad del empresario en el abono de las prestaciones cuando esto dé lugar a la falta de afiliación y/o alta de los trabajadores, pudiendo surgir la responsabilidad, tanto si se produce un incumplimiento total o falta absoluta de inscripción o por el cumplimiento extemporáneo. En relación con el incumplimiento en la suscripción del documento de asociación para la protección de las contingencias profesionales, el empresario será responsable de la prestación si la proposición de asociación se produce en momento posterior al accidente y exonerado si la presentación es anterior a este. Igualmente el empresario podrá ser responsable de la prestación derivada de contingencia profesional cuando no se haya asegurado el riesgo a consecuencia de un cambio de epígrafe, mediando mala fe⁵².

La responsabilidad por falta de afiliación y /o alta habrá de determinarse en función de que ésta se produzca o no con anterioridad al hecho causante de la prestación, cuando ésta exija este requisito, de manera que el alta efectuada el mismo día del hecho causante de la prestación sólo surtirá efectos si se produjo con anterioridad⁵³. No obstante, si se produce el incumplimiento de la afiliación y/o alta pero la empresa cotiza, no se producirá responsabilidad a partir del día en que se hace el ingreso de las cotizaciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 Reglamento General de Inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 de enero (en adelante RGIASS), pues realmente la responsabilidad deviene del ánimo de eludir el pago de las cotizaciones. Tampoco derivará responsabilidad por la afiliación y/o alta del trabajador en régimen inadecuado puesto que de acuerdo con lo establecido en el artículo 60.2 RGIASS.

En relación con la responsabilidad por falta total o parcial de la cotización, el artículo 94.2.b) LSS/1966, con valor actual de norma reglamentaria, determinaba la falta de ingreso de las cotizaciones a partir de la iniciación del segundo mes siguiente a la fecha en que expire el plazo reglamentario establecido para el pago. Para que la morosidad determine la responsabilidad de la empresa debe referirse a incumplimientos en la cotización que afectan al trabajador causante de la prestación, y por deudas anteriores al hecho causante. Por su parte el artículo 94.2.c) LSS/1966 en relación a la responsabilidad derivada por cotizar por base inferior a la correspondiente determina que el empresario respecto de los trabajadores a su servicio incluidos en el campo de aplicación del Régimen General responderá de la diferencia entre la cuantía de la prestación causada por el trabajador y la que corresponda asumir a la Seguridad Social por las cuotas efectivamente ingresadas. Igualmente para determinar la responsabilidad en las prestaciones derivadas por contingencias profesionales se equipará al incumplimiento parcial la ocultación o falseamiento deliberado en la declaración de las circunstancias que motiven un ingreso de cuotas o primas inferiores a las procedentes. Igualmente se equipara a la infracotización los supuestos de bonificaciones o deducciones fraudulentas⁵⁴.

⁵¹ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1998 (RJ 1998,3469)

⁵² Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1971.

⁵³ Sentencia de la Sala de lo social del Tribunal supremo de 27 de octubre de 2004 (RJ 2004,7348) y Criterio del INSS 2003-04/94.

⁵⁴ Sentencia de la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 4 de mayo de 1992 (AS 1995,1992)

Pues bien, si para determinar la responsabilidad empresarial se exige un plus de culpabilidad por parte del empleador, esta nota subjetiva no se predica respecto de los empresarios a los que se deriva la responsabilidad por mor de lo dispuesto en los artículos 42 ET y 168 LGSS. De este modo, resulta responsable de las prestaciones causadas por un subcontratista de la empresa encargada en tanto propietario de la obra el empresario que prohibió a la empresa contratada la subcontratación con un tercero⁵⁵.

Ahora bien, para determinar la responsabilidad habrá que acreditar que el incumplimiento del empleador tuvo el carácter de culpable, trascendente en la protección, en los términos antes expuestos. De este modo, no existirá responsabilidad solidaria ni subsidiaria del empresario principal en la prestación por desempleo, pese al incumplimiento reiterado y constante de la obligación de cotizar del contratista cuando el incumplimiento no afectó ni a la base reguladora ni a la duración de la prestación por desempleo⁵⁶.

Para la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en principio, el elemento diferenciador entre la responsabilidad solidaria y la subsidiaria se encuentra en la naturaleza de la actividad de la empresa principal y la contratista, de manera que la coordinación de los artículo 42 ET y 168 LGSS se efectúa mediante la conjunción “sin perjuicio” que aparece en el artículo 168 LGSS, lo que quiere decir que la delimitación de los campos de aplicación correspondientes a uno y a otro se determina atendiendo al supuesto legal del artículo 42.2 ET, si las obras o servicios corresponden a la misma actividad de la empresa principal y la contratada siendo por tanto la responsabilidad solidaria. En cambio si no es así, la responsabilidad de las empresas que hacen el encargo es subsidiaria, es decir, se desencadena solo en el supuesto en que el empleador subcontratista fuese declarado insolvente⁵⁷.

En los casos de contrata y subcontratas de la misma actividad la solicitud del certificado goza de especial importancia, distando también en este caso de existir una doctrina pacífica al efecto, y así existen pronunciamientos en el sentido de que la emisión del certificado de estar al corriente en el pago exime de la responsabilidad solidaria, permaneciendo la subsidiaria de las prestaciones causadas por incumplimientos durante la vigencia de la contrata⁵⁸, mientras que otros tribunales se pronuncian en el sentido de que existirá la responsabilidad solidaria durante la vigencia de la contrata, pese a emitirse certificado exoneratorio⁵⁹. En todo caso, la falta de solicitud del certificado o la emisión positiva del mismo en los casos de contrata y subcontratas de la misma actividad, determinará la responsabilidad solidaria del empresario principal y el subcontratista⁶⁰.

Hemos visto, en relación con las responsabilidades derivadas en materia de cotización, que por algunos tribunales de lo Contencioso-Administrativo y por parte de la TGSS y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se consideraba que la falta de solicitud del certificado de estar al corriente en el pago de las obligaciones con la Seguridad Social, determinaba la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal en relación con las deudas anteriores. En tal sentido, también cabría predicar la misma solución en relación con la responsabilidad sobre prestaciones debidas por el subcontratista con anterioridad, o de prestaciones en las que la responsabilidad subsidiaria del contratista o subcontratista naciera con posterioridad a la contrata, pero como consecuencia de descubiertos anteriores.

⁵⁵ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 11 de septiembre de 1992 (As 1992,4589).

⁵⁶ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 28 de octubre de 1998 (AS 1998,4318).

⁵⁷ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2010 (RJ 2011,391).

⁵⁸ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 15 de diciembre de 2010 (AS 2010,2573)

⁵⁹ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 24 de febrero de 2009 (AS 2009,2022).

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 21 de abril de 1999 (RJ 1999,808)

Otra cuestión controvertida es la de la responsabilidad en cascada en el caso de distintas subcontratistas, de manera que hay tribunales que entienden que la responsabilidad del empresario principal respecto de las prestaciones generadas por la responsabilidad empresarial de la cuarta subcontrata, debe ser atenuada y determinarse como subsidiaria, pese a tener todas las empresas de la cadena de la subcontratación la misma actividad⁶¹; mientras que en otros pronunciamientos se predica la responsabilidad solidaria de todas las empresas de la cadena⁶², respondiendo, en todo caso, el propietario de la obra de forma subsidiaria si no tiene la misma actividad empresarial que los contratistas de la cadena⁶³.

Subjetivamente, la responsabilidad solidaria del empresario principal solo alcanza a las prestaciones generadas por los trabajadores de la empresa contratada que prestaron servicios en el encargo realizado por el empresario principal, y objetivamente, hasta el límite de las prestaciones que hubieran causado un trabajador de la plantilla del empresario principal⁶⁴.

Otra cuestión controvertida es el la del tiempo en que el empresario principal debe responder solidariamente, si durante la vigencia de la contrata o bien por la totalidad de la prestación causada durante la vigencia de esa contrata. Es decir, si el comitente debe responder de toda la duración de la prestación generada, o solo de la parte correspondiente a la duración de la contrata, o si del capital coste de una prestación debe responder de todo el capital o solo de la parte alícuota correspondiente al tiempo de la vigencia de la contrata. Así alguna sentencia se ha mostrado partidaria de la solución más restrictiva entendiendo que la empresa principal sólo responde de la prestación de incapacidad temporal durante la vigencia de la contrata⁶⁵. En cambio, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la interpretación más extensa al considerar que la incapacidad temporal que exceda del tiempo de vigencia de la contrata que traiga su causa de la enfermedad o accidente acaecido durante ella, tiene la consideración de prestación de la Seguridad Social, de la que responde solidariamente el contratista principal cuando sea responsable el subcontratista, contratado para la misma actividad de la contrata principal⁶⁶.

Una interpretación amplia de la doctrina del Tribunal Supremo determina la responsabilidad solidaria de la totalidad de la prestación a capitalizar e incluso de las sucesivas prestaciones derivadas del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional causada durante la vigencia de la contrata, como pueden ser los sucesivos grados de la incapacidad permanente o las prestaciones por muerte y supervivencia.

En todo caso, el plazo para exigir la responsabilidad solidaria no podrá exceder de los tres años contados a partir de la terminación del encargo, sin perjuicio de que la responsabilidad subsidiaria se pueda exigir dentro del plazo de prescripción de cada prestación, de cinco años con carácter general según lo dispuesto en el artículo 53 LGSS, o imprescriptibles en el caso de la prestación de jubilación o las derivadas de muerte, si bien, en el caso de la responsabilidad subsidiaria esta habrá de exigirse antes de un año desde la declaración de la insolvencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 243.2 LRJS, y del anticipo efectuado por la entidad gestora o colaboradora.

⁶¹ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de abril de 2006 (AS 2007,504).

⁶² Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Burgos de 12 de julio de 1999 (AS 1999,2471).

⁶³ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de octubre de 2007 (JUR 2008,32323).

⁶⁴ Sentencia de la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de junio de 2003 (AS 2003,3843).

⁶⁵ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 5 de marzo de 1993 (AS 1993,1265).

⁶⁶ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1996 (RJ 1996,4472).

La responsabilidad solidaria y subsidiaria alcanzará los errores en epígrafe de accidentes que determine infracotización⁶⁷; la falta de cotización por horas extraordinarias que determinan inferior base reguladora por contingencias profesionales⁶⁸. También por las prestaciones derivadas de accidente de trabajo en el caso de falta de afiliación y alta de trabajador extranjero sin permiso de residencia o de trabajo⁶⁹; o por las prestaciones derivadas de accidente de trabajo de un trabajador extranjero desplazado para realizar una contrata en España, afiliado y en alta en la Seguridad Social de su Estado de origen pero no en España, cuando debería estarlo en base a los reglamentos de coordinación⁷⁰.

Otra cuestión, cuestión es la del alcance en los supuestos de responsabilidad que no deriva de los incumplimientos determinados en el artículo 167.2 LGSS como es el caso de la responsabilidad de la empresa en las prestaciones de incapacidad derivadas por contingencias comunes durante los días 4º a 15ª, prevista en el artículo 173.1 LGSS, o por el incumplimiento por la empresa del pago delegado de la prestación de incapacidad temporal. No cabe la menor duda de la responsabilidad solidaria en los casos de contrata y subcontrata de la misma actividad determinada en el artículo 42 ET, pues la responsabilidad solidaria se extiende a todas las obligaciones contraídas con la Seguridad Social y no solo a los casos de falta de alta y/o cotización⁷¹, en cambio, en este caso parece que la extensión de la responsabilidad subsidiaria es más restringida, al fijar los supuestos de imputación en las causas determinadas en el artículo 167 LGSS. A la misma solución habrá que estar en relación con la responsabilidad prevista en el artículo 244.2 LGSS que establece que el incumplimiento por parte de la empresa de la obligación de efectuar los reconocimientos médicos previos y periódicos la constituirá en responsable directa de todas las prestaciones que puedan derivarse, en tales casos, de enfermedad profesional, tanto si la empresa estuviera asociada a una mutua colaboradora con la Seguridad Social, como si la tuviera cubierta la protección de dicha contingencia en una entidad gestora.

En cambio, en el supuesto previsto en el artículo 242 LGSS se puede predicar tanto la responsabilidad solidaria derivada del artículo 42 ET como la subsidiaria prevista en el artículo 168.1 LGSS equipararse el incumplimiento contemplado con la falta de aseguramiento. Recordemos a este respecto que el artículo 242 LGSS establece que el incumplimiento por parte de las empresas de las órdenes de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de las resoluciones de la autoridad laboral en materia de paralización de trabajos que no cumplan las normas de seguridad y salud, se equiparará, respecto de accidentes de trabajo que en tal caso pudiera producirse, a la falta de formalización de la protección por dicha contingencia de los trabajadores afectados, con independencia de cualquier otra responsabilidad o sanción a que hubiera lugar.

4.2.- El orden de las responsabilidades

El artículo 167.3 LGSS establece que las Entidades gestoras, mutuas colaboradoras, o en su caso, los servicios comunes procederán, de acuerdo con sus respectivas competencias, al pago de las prestaciones a los beneficiarios en aquellos casos, incluidos en dicho apartado, en los que así se determine reglamentariamente, con la consiguiente subrogación en los derechos y acciones de tales beneficiarios. El indicado pago procederá aun cuando se trate de empresas desaparecidas o de aquellas

⁶⁷ Sentencia de la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 5 de marzo de 1993 (AS 1993,1265).

⁶⁸ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de septiembre de 22 de mayo de 2012 (JURS 2014,145756).

⁶⁹ Sentencia de la Sala de lo social del Tribunal superior de Justicia de Islas Baleares de 27 de junio de 1998 (AS 1998,7595).

⁷⁰ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal superior de Justicia del País vasco de 21 de septiembre de 1999 (AS 1999,2878).

⁷¹ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Burgos de 12 de julio de 1999 (AS 1999,2471).

que por su especial naturaleza no puedan ser objeto de procedimiento de apremio. Igualmente, las mencionadas entidades, mutuas y servicios asumirán el pago de las prestaciones, en la medida en que se atenúe el alcance de la responsabilidad de los empresarios respecto de dicho pago.

El anticipo de las prestaciones, en ningún caso, podrá exceder de la cantidad equivalente a dos veces y media el importe del indicador público de renta de efectos múltiples vigente en el momento del hecho causante o, en su caso, del importe del capital coste necesario para el pago anticipado, con el límite indicado por las entidades gestoras, mutuas o servicios comunes. En todo caso, el cálculo de las prestaciones o del capital coste para el pago de las mismas por las mutuas o empresas declaradas responsables de aquellas, se incluirá el interés de capitalización y el recargo por falta de medidas de seguridad y salud en el trabajo regulado en el artículo 164 LGSS.

Como vemos el artículo 167.3 LGSS establece el principio de “automaticidad”, técnica jurídica en virtud de la cual, la entidad gestora o colaboradora anticipa las prestaciones causadas por el beneficiario en los casos de responsabilidad empresarial por incumplimiento de sus obligaciones.

La automaticidad puede ser absoluta o relativa. Será absoluta en los supuestos de alta de pleno derecho previstos en el artículo 166.4 LGSS, es decir para los casos de prestaciones derivadas de accidentes de trabajo o enfermedad profesional, desempleo, o asistencia sanitaria. La automaticidad relativa, operará en los casos de responsabilidad empresarial por prestaciones derivadas de contingencias comunes, siempre y cuando el trabajador se encontrara en alta o situación asimilada en la Seguridad Social en el momento del hecho causante de la prestación que se pretenda. En cambio, cuando el solicitante de la prestación no se encuentre en alta o situación asimilada, será únicamente la empresa la obligada al pago, sin que la entidad gestora o colaboradora esté obligada al anticipo del importe de las prestaciones⁷².

La entidad que haya anticipado el pago de la prestación, se subrogará en las acciones que tenía el beneficiario contra las empresas responsables al objeto de resarcirse de lo abonado. Además, en el caso de que la prestación derive de contingencia profesional, y haya sido anticipada por una mutua el Instituto Nacional de la Seguridad Social, en cuanto sucesor del antiguo Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo responderá subsidiariamente, si la empresas o empresas responsables resultaran insolventes provisional o definitivamente, volviéndose a subrogar la entidad gestora en las acciones judiciales y administrativas que correspondían al beneficiario y a la mutua.

Pues bien en estos casos de anticipo el orden de responsabilidades en los casos de subcontratación será el siguiente:

- 1.- Responsabilidad de anticipo de la entidad gestora o colaboradora, con subrogación de las acciones que tenía el trabajador, con el límite del 2,5 del IPREM.
- 2.- Responsabilidad del empresario, y de todas las empresas que resulten solidarias a consecuencia de lo previsto en el artículo 42 ET o de cualquier otro precepto, acto o negocio que así lo determine por la totalidad del importe de la prestación, hasta el límite del anticipo se deberá reintegrar a la entidad que anticipó y el resto al beneficiario.
- 3.- En el caso de insolvencia del empresario y de todos los responsables solidarios, responsabilidad subsidiaria establecida en el artículo 168.1 LGSS por la totalidad del importe de la prestación, hasta el límite del anticipo se deberá reintegrar a la entidad que anticipó y el resto al beneficiario.

⁷² Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2009 (RJ 2009,1837).

4.- En los casos en que la prestación derive de contingencia profesional y haya sido anticipada por una entidad colaboradora, responsabilidad subsidiaria del INSS en los casos de insolvencia del empresario principal, responsables solidarios y subsidiarios, debiendo reintegrar a la entidad colaboradora hasta el límite de lo anticipado y subrogándose en los derechos y acciones del trabajador frente a el empresario, responsables solidarios y subsidiarios si volvieran a mejor fortuna.

Por último, hay que señalar que la responsabilidad solidaria a empresas por mor de lo establecido en el artículo 42 ET o subsidiaria derivada del artículo 168.1 LGSS, no se verá atenuada por el reaseguro efectuado por la mutua regulada en el artículo 260 LGSS por lo que afectará a la totalidad de la prestación.

4.3. La forma de hacer efectiva la responsabilidad solidaria y subsidiaria

Para los casos de responsabilidad por incumplimientos de las obligaciones de aseguramiento y cotización, el artículo 17.1 de la Ley 24/ 1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, establecía la necesidad de fijar los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva. Pues bien, la DT 2ª del Decreto 1645/1972, de 25 de junio, determinaba que hasta que no se dictaran las normas de desarrollo previstas, se aplicarían los artículos 94, 95, 96 y 97 nº 1 y 2 de la ley de Seguridad Social de 1966.

Ciertamente, se ha tenido cierta desidia a la hora de regular el desarrollo reglamentario que determinara el procedimiento al objeto de que la entidad gestora pudiera ejercer la autotutela declarativa y ejecutiva en orden a determinar la responsabilidad empresarial por incumplimientos en las obligaciones de aseguramiento y cotización así como para determinar la derivación de responsabilidad en los supuestos de solidaridad o subsidiariedad. Así hasta la fecha el único procedimiento en el que se ha desarrollado esta facultad se limita a la determinación de la responsabilidad para las prestaciones de incapacidad permanente e incapacidad temporal y en el recargo de prestaciones. Así el artículo 1.1.e) RD 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, establece la competencia del INSS cualquiera que sea la entidad gestora o colaboradora que cubra la contingencia para declarar la responsabilidad empresarial que proceda por falta de alta, cotización o medidas de seguridad e higiene en el trabajo, y determinar el porcentaje en que, en su caso, hayan de incrementarse las prestaciones económicas.

A mi juicio que la entidad gestora decline en los tribunales la competencia para determinar la responsabilidad de las empresas y las eventuales responsabilidades solidarias y subsidiarias en las prestaciones, como las de jubilación o las de muerte supervivencia, resulta incomprensible, cuando el artículo 167.4 establece que corresponderá a la entidad gestora competente la declaración, en vía administrativa, de la responsabilidad en orden a las prestaciones cualquiera que sea la prestación de que se trate, así como la entidad que, en su caso, deba anticipar aquella o constituir el correspondiente capital coste; que en el artículo 1 del Real Decreto 2583/1996, de 13 de diciembre se atribuya al INSS la competencia para la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social; que en los artículos 94, 95, 96 y 97 números 1 y 2 se determinen los supuestos de imputación; y que el artículo 129 LGSS indique la aplicación de la LPACAP a la tramitación de las prestaciones de la Seguridad Social.

En todo caso, en la actualidad, en materia de declaración de responsabilidad empresarial en los casos de contrata y subcontrata nos encontramos ante las posibles situaciones:

- a) El INSS tiene competencia plena, y la ejerce, para determinar la responsabilidad solidaria y subsidiaria en materia prestacional, cuando se trate de prestaciones de incapacidad permanente o incapacidad temporal, de acuerdo con el procedimiento establecido en el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio y en la Orden Ministerial de desarrollo de 18 de enero de 1996.
- b) En los casos en que una mutua colaboradora con la Seguridad Social anticipe el pago de una prestación derivada de contingencia profesional y considere que eventualmente puede existir responsabilidad empresarial por incumplimientos en materia de afiliación, alta y/o cotización, suele presentar demanda ante la jurisdicción social al objeto de que por el Juzgado de lo Social se determine la responsabilidad empresarial y la eventual responsabilidad solidaria o subsidiaria correspondiente.
- c) En el resto de las prestaciones, solicitada la prestación, la entidad gestora resuelve la solicitud de prestación del beneficiario, en base a los datos obrantes en los sistemas de información de la Seguridad Social, debiendo ser el trabajador el que inste ante la jurisdicción social la determinación de la responsabilidad empresarial y la de aquellos posibles responsables solidarios o subsidiarios que pudieran resultar.

El artículo 288 LRJS establece que si la sentencia firme de la Jurisdicción Social condena a la empresa y a los demás responsables solidarios o subsidiarios al pago de una prestación de pago periódico, mediante la constitución de un capital coste de pensión o al pago de una prestación no capitalizable, se remitirá por el letrado de la Administración de Justicia copia certificada a la entidad gestora o servicio común competente. De esta forma la entidad gestora deberá en el plazo máximo de diez días, comunicar a la oficina judicial el importe del capital coste de la pensión o del importe de la prestación a ingresar, lo que se notificará a las partes, requiriendo el Letrado de la Administración de Justicia a los condenados en función de su grado de responsabilidad para que ingresen el capital coste en ña TGSS en el plazo de diez días.

En cambio, en el caso de que la responsabilidad sea determinada por la entidad gestora en virtud de su facultad de autotutela, la recaudación de las prestaciones debidas se realizará a través del procedimiento establecido en los artículos 69, 70, y 71 RGRSS.

De este modo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70 RGRSS, la TGSS recaudará de los empresarios declarados responsables de prestaciones por resolución de la entidad gestora y hasta el límite de su respectiva responsabilidad, los siguientes conceptos:

- a) El importe del valor actual del capital coste de las pensiones de las que hayan sido declaradas responsables, haya mediado o no anticipo⁷³.
- b) Los intereses de capitalización.

⁷³ Los criterios para calcularla capitalización se regulan en el la Orden TAS/4054/2005, de 27 de diciembre por la que se desarrollan los criterios técnicos para la liquidación de capitales coste de pensiones y otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social y por Resolución de 27 de mayo de 2009, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, por la que se dictan instrucciones en materia de cálculo de capitales coste y sobre constitución por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social del capital coste correspondiente a determinadas prestaciones derivadas de enfermedades profesionales.

c) El importe correspondiente a las prestaciones de cuantía fija o periódica no vitalicia y de tanto alzado, incluidas aquellas que hayan de ser satisfechas directamente a los beneficiarios por la entidad colaboradora o el empleador, en caso de impago de aquéllas, haya mediado o no anticipo por parte de la Seguridad Social.

d) El recargo del 5 por ciento por falta de aseguramiento que proceda.

Los intereses de capitalización se liquidarán e ingresarán junto con el capital coste sobre los que recaen. Asimismo, los recargos por falta de aseguramiento de la que hubiesen sido declarados responsables de pago los empresarios, se liquidarán e ingresarán junto a los capitales coste de pensión.

Igualmente la TGSS recaudará de las mutuas o de los empresarios responsables el capital necesario para constituir una renta cierta temporal durante veinticinco años del 30 por ciento del salario de los trabajadores que mueran por consecuencia mediata o inmediata de accidente de trabajo, sin dejar familiares con derecho a pensión.

Para hacer efectiva la recaudación, la entidad gestora correspondiente remitirá a la TGSS las resoluciones y los acuerdos firmes en vía administrativa que declaren la responsabilidad de las empresas, con indicación expresa del momento en que se hubiera realizado su notificación, junto con todos los datos necesarios para que por parte de aquella se pueda calcular el importe del capital que se deba ingresar para la constitución de la pensión y fijar los intereses de capitalización y los recargos correspondientes. Asimismo será necesaria resolución previa que agote la vía administrativa de la entidad gestora competente que declare la responsabilidad solidara o subsidiaria en orden a las prestaciones a su cargo, así como las sentencias firmes dictadas en procedimientos en los que hayan sido objeto de impugnación las resoluciones dictadas declarando responsables, en todo o en parte de una prestación a una empresa.

El artículo 71 RGRSS establece que el plazo reglamentario de ingreso de los capitales coste de pensiones y rentas ciertas temporales, así como de las cantidades por prestaciones que no tiene carácter de pensión, se iniciará al día siguiente de la notificación de la reclamación de deuda practicada de la TGSS por el importe fijado en la resolución firme de la Entidad gestora o colaboradora, del capital coste, de los intereses de capitalización y, en su caso, del recargo por falta de aseguramiento, y finalizará el último día hábil del mes siguiente al que se produzca dicha notificación.

Los intereses de capitalización que se devenguen desde el día en que se expida la correspondiente reclamación del importe de la deuda hasta el de su pago serán liquidados y adicionados por el sujeto responsable de éste.

Transcurrido el plazo reglamentario de ingreso, sin que se haya satisfecho la deuda, y una vez firme en vía administrativa, en su caso, las reclamaciones de deuda, se iniciará el procedimiento ejecutivo mediante la emisión de la providencia de apremio, en la que se cuantificará la deuda pendiente de pago, con el recargo correspondiente, o se iniciará, en su caso, el procedimiento de deducción.

Por último, el artículo 71 RGRSS regula los supuestos de devolución de los ingresos por prestaciones, de manera que, cuando como consecuencia de sentencia firme, se anule o se reduzca la responsabilidad de la empresa o empresas declaradas responsables por resolución administrativa, éstas tendrán derecho a que se les devuelva la totalidad o la parte alícuota, respectivamente, de la prestación o del capital ingresado, más el recargo, el interés de demora, en su caso, y el interés legal que procedan, sin detracción de la parte correspondiente a las prestaciones satisfechas a los beneficiarios, que quedan

exentos de efectuar restitución alguna. Estos reintegros o devoluciones se imputarán al presupuesto de la TGSS.

Igualmente, cuando, como consecuencia de revisiones por mejoría del estado invalidante profesional o de la extinción de prestaciones por muerte y supervivencia distintas del fallecimiento del beneficiario o al cumplimiento del periodo o edad límite para su percepción, se procederá a reintegrar, total o parcialmente, la parte no consumida de los capitales coste de pensiones o de las prestaciones abonadas por las empresas responsables de su pago, aplicándose en relación con los intereses lo establecido en el artículo 24 de la ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, es decir que existirá un plazo de tres meses desde la notificación de la sentencia o de la resolución administrativa en la que no se generarán intereses. También estos reintegros se imputarán, asimismo con cargo al presupuesto de la TGSS.

En todo caso, salvo los supuestos anteriores, los capitales coste de pensiones, cualquiera que sea el periodo de supervivencia de los beneficiarios, no será objeto de reversión o rescate, total o parcial, y no procederá la realización de reintegro alguno a la mutua o a la empresa por esta causa.

5.-RESPONSABILIDADES DERIVADAS DE LA CONTRATACIÓN SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS EN MATERIA DE RECARGOS DE PRESTACIONES POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

5.1. La responsabilidad solidaria en los casos de subcontratación en el abono del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene

En materia de recargos de prestaciones por falta de medidas de seguridad, la responsabilidad en el abono del mismo en los casos de contrata y subcontrata, gravita sobre la consideración de los intervinientes en la cadena de subcontratación como sujetos infractores de las normas de prevención.

De este modo el fundamento de la responsabilidad descansa en la interpretación combinada de los artículo 164.2 LGSS, 42 ET, 42 LISOS y 24.3 LPRL.

Recordemos que el artículo 164 LGSS establece:

“1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según su gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por ciento, cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentario, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

2. La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.

3. La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con la de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción”.

Pues bien, como señala la Sala de lo Social del Tribunal Supremo⁷⁴ en numerosas sentencias, es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al empleado de la contrata, e incluso que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido. De esta manera, el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene es lo que determina, en caso de incumplimiento, la extensión a aquel de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control. Así puede considerarse a los efectos de la imposición del recargo, al empresario principal como empresario infractor, si la infracción es imputable a dicha empresa y el accidente se produjo, o la enfermedad profesional se contrajo⁷⁵, dentro de su esfera de responsabilidad.

Esta extensión al empresario principal no resulta de la aplicación de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en el conjunto productivo que se encuentra bajo su control⁷⁶.

En este sentido, el artículo 24 LPRL establece una serie de obligaciones en materia de coordinación de actividades empresariales, que pueden afectar singularmente a los empresarios incursos en una cadena de subcontratación. De este modo cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales y ofrecer la información necesaria sobre los mismos a sus respectivos trabajadores, para lo que establecerán los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales (art. 24.1); para el empresario titular del centro de trabajo se impone la obligación de adoptar las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban la información y las instrucciones adecuadas, en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores (artículo 24.2); a las empresas principales que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios de la propia actividad y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo de la empresa principal se les impone la obligación de vigilar que por dichos contratistas y subcontratistas se realiza el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales (artículo 24.3); y, por último, se obliga al establecimiento de medios de coordinación e información cuando los trabajadores del contratista o subcontratista no presten servicios en el centro de trabajo del empresario pero operen con maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por la empresa principal⁷⁷.

Para reforzar el cumplimiento de la obligación del empresario principal el artículo 42.2 LISOS remitiéndose expresamente a lo dispuesto en el artículo 24.3 LPRL establece que la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción del deber de vigilancia se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal. El deber de

⁷⁴ Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2012 (RJ 2012,4189); de 18 de abril de 1992 (RJ, 1992, 4849).

⁷⁵ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 18 de mayo de 2016 (AS 2016,1134).

⁷⁶ Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1997 (RJ 1997,9320); y de 14 de mayo de 2008 (RJ 2008,4849).

⁷⁷ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 16 de junio de 2008 (JUR, 2008,363306).

vigilancia del empresario principal no solo comprende la obligación de controlar la acción preventiva del contratista, sino también la de exigir la adopción de las medidas legalmente impuestas⁷⁸. Así, del precepto se deduce que la obligación preventiva de una empresa no comprende únicamente a sus propios empleados, sino también a aquellos otros que presten servicios en su centro de trabajo como consecuencia de la subcontratación con terceras empresas partes de su ciclo productivo.

De este modo, el incumplimiento del deber de seguridad por parte del empresario principal determinará la responsabilidad solidaria fundada en la concurrencia de dos criterios: a) el funcional que requiere que empresa principal y contratada tengan la misma actividad; b) el topográfico que exige que las labores se realicen en el centro de trabajo de la empresa principal, o en un centro sobre el cual el empresario principal extiende su esfera de control⁷⁹.

Para determinar el elemento de topográfico hay que estar a lo dispuesto en el artículo 2 del RD 171/2004, de 30 de enero que desarrolla el artículo 24 LPRL que establece que se entenderá por centro de trabajo, cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo; y por empresario titular del centro de trabajo, la persona que tiene la capacidad de poner a disposición y gestionar el centro de trabajo.

En los casos de cadenas de subcontratas, para la empresa intermedia, el centro de trabajo en el que se ha comprometido a prestar servicios con la empresa principal pasa a constituirse en centro de trabajo propio en la parte en que han de desarrollarse los servicios contratados, por lo que no puede excepcionarse de la aplicación del artículo 24 LPRL, incluso cuando en dicha zona no se destinen otros trabajadores más que los propios de la última subcontratista, de manera que la apropiación del espacio del centro de trabajo y la sumisión a su autonomía organizativa se produce entre la empresa principal y la contratista intermedia por vía contractual, al concertarse el encargo para realizar una obra o un servicio⁸⁰. De este modo, la responsabilidad solidario sobre el recargo puede alcanzar a toda las empresas de la cadena de contratación, desde la empresa principal hasta la última subcontrata, si se dan los señalados requisitos, funcional y topográfico⁸¹.

En todo caso, el centro de trabajo hay que interpretarlo de un modo abierto, por lo que debe entenderse como el lugar de trabajo de la empresa principal, lo que no exige que haya una organización empresarial específica en ese lugar, ni que el mismo esté dado de alta ante la autoridad laboral, pero sí que requiere que, si no se trata de una instalación propia de la empresa principal sino de un tercer, que haya presencia efectiva de la empresa principal en el lugar de trabajo⁸².

En cuanto, al concepto de misma actividad, hay que remitirse, a lo ya dicho al tratar la responsabilidad en materia de cotización y por tanto, que ha de entenderse que, el concepto alcanza a las tareas inherentes o típicas del proceso productivo de la empresa principal. Por tanto, la posible responsabilidad del empresario principal en el caso de contratas y subcontratas por falta de medidas de seguridad no es aplicable a los Ayuntamientos en los casos de ejecución de obra, cuando no actúa como contratista sino como simple promotor de la obra, sin que se pueda estimar que la construcción sea parte de su propia actividad empresarial⁸³, aunque la doctrina no es pacífica, y así se puede

⁷⁸ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Valladolid de 27 de julio de 1999 (AS 1999,4067).

⁷⁹ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2012 (RJ 2012,4189).

⁸⁰ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de septiembre de 2006 (AS 2007,1400).

⁸¹ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de febrero de 2006 (AS 2006,2219); Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de noviembre 2006 (AS 2007/1159); Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 4 de diciembre de 2008 (AS 2009,1738).

⁸² Sentencia de la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 14 de junio de 2005 (AS 2005,1822).

⁸³ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de julio de 2008 (AS 2008,2483).

imponer el recargo a la corporación local cuando el accidente se produjo en el término del municipio, en obras correspondientes al ámbito competencial del ayuntamiento y se omitió la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones de seguridad fijadas en los pliegos⁸⁴. En cualquier caso, el requisito de la identidad de la actividad hay que entenderlo atenuado, puesto que el hecho de que la empresa principal y contratista tengan o no la misma actividad productiva, no excluye siempre la responsabilidad de la principal, ya que se admite la imposición del recargo al empresario principal que infringe normas de seguridad laboral relevantes en la producción del accidente, pues lo determinante no es que la actividad de las empresas sea la misma, sino que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad⁸⁵. En este sentido, se considera que procede la extensión de la responsabilidad solidaria en los casos en los que la subcontratista tiene distinta actividad que la empresa principal pero se adhiere al plan de seguridad y salud elaborado por el contratista principal causando el incumplimiento del mismo la lesión padecida a consecuencia del accidente⁸⁶.

La vigilancia que debe realizar el empresario, no supone el establecimiento de un control máximo y continuado que podría hacer ineficaz esta modalidad productiva, pero sí de un control efectivo⁸⁷, debiéndose acomodar la coordinación, información y vigilancia en la cadena de contratación a lo dispuesto en el RD 171/2004, de 30 de enero.

En determinados aspectos se aplica el artículo 42 ET como fundamento de la responsabilidad solidaria, o para su exclusión, y en este sentido no cabrá imponer la responsabilidad solidaria sobre el importe del recargo, cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial⁸⁸. En cambio, en otros aspectos, no es aplicable el artículo 42 ET de manera que en relación con la prescripción de la acción para dirigirse contra el empresario principal no estará limitada a los tres años desde la terminación de la contrata⁸⁹ sino que el plazo de prescripción y las causas de interrupción se regirán por las reglas generales relativas a las prestaciones de la Seguridad Social, y en concreto por lo dispuesto en el artículo 53 LGSS⁹⁰, es decir el plazo de 5 años⁹¹.

En orden a garantizar la efectividad del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, no cabe predicar la existencia de la responsabilidad subsidiaria prevista en el artículo 168.1 LGSS para los casos en los que la actividad de las empresas, principal, y contratista, fueran distintas, toda vez que dicha responsabilidad gravita en la existencia de un incumplimiento de las obligaciones de afiliación y/o alta y cotización previsto en el artículo 167.2 LGSS, incumplimientos que no dan lugar al recargo⁹².

5.2. La forma de hacer efectiva la responsabilidad solidaria en el abono del recargo

El INSS es el encargado de determinar la responsabilidad empresarial del empresario, y las solidarias que pudieran establecerse en el recargo de prestaciones de Seguridad Social por incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene. Para imponer el recargo y determinar las responsabilidades, la entidad

⁸⁴ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 20 de enero de 2014 (AS 2014,523).

⁸⁵ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 27 de julio de 2013 (AS 2013,1366).

⁸⁶ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 12 de julio de 2012 (AS 2012,2827)

⁸⁷ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2005 (RJ 2005,6026).

⁸⁸ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 7 de octubre de 2002 (AS 2002,3142).

⁸⁹ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 4 de diciembre de 2008 (AS 2009,1738).

⁹⁰ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010 (RJ 2010,448).

⁹¹ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 29 de junio de 2015 (AS 2015,1277).

⁹² Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 de julio de 2017 (AS 2008,2483).

gestora actuará siguiendo el procedimiento administrativo previsto en el Real Decreto 1300/1995 y en la Orden de 18 de enero de 1996.

Por tanto, se deberá agotar la vía administrativa ante la entidad y solo en el caso de disconformidad con la resolución administrativa expresa o presunta, se podrá acudir, previa presentación sin éxito de una reclamación previa, a la vía judicial. No obstante puede ocurrir que, iniciado el procedimiento administrativo únicamente contra el empleador del trabajador siniestrado, en vía judicial se amplíe la demanda contra el empresario principal y/o algunas o todas las empresas participantes en la cadena de subcontratación, sin que ello produzca indefensión⁹³. También es posible, que se agote la vía administrativa determinándose únicamente la responsabilidad del empleador y que, una vez firme la resolución, se inicie otro procedimiento administrativo para determinar la responsabilidad solidaria de un tercero⁹⁴. En todo caso, la jurisdicción social suele ser clemente con los vicios de procedimiento al considerar que estos se pueden subsanar en vía judicial, de manera que ni la falta de audiencia determina la nulidad del procedimiento administrativo, ni existe falta de acción por la reclamación judicial del recargo sin haber recaído resolución en el procedimiento administrativo⁹⁵.

Si la entidad gestora no reconoce el recargo de prestaciones o imponiéndolo no declara la responsabilidad solidaria de otros empresarios en base a la subcontratación, y una y/u otra es impuesta en vía judicial, corresponderá al órgano jurisdiccional ejecutar la sentencia aplicándose el procedimiento que ya vimos en relación a la determinación de la solidaridad o subsidiariedad de prestaciones. Por el contrario, si es la entidad gestora la que en vía administrativa determina la responsabilidad solidaria, corresponderá a la TGSS hacer efectivo el recargo.

Los trámites para recaudar a las empresas el importe del recargo a fin de abonarlo a sus beneficiarios, están previstos en el artículo 75 RGRSS que establece que las resoluciones de la entidad gestora de la Seguridad Social que declare la procedencia de recargos sobre prestaciones económicas debidas a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales originados por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, así como los responsables de dichos recargos, conforme a lo previsto en el artículo 164 LGSS, una vez firmes en vía administrativa, se comunicarán a la TGSS, con indicación expresa del momento en que hubiera realizado su notificación, para la recaudación por ésta del importe de tales recargos, sin perjuicio de las devoluciones que, en su caso, procedan, si se redujeran o anularan en vía judicial los derechos reconocidos en dichas resoluciones administrativas. También procederá el reintegro, total o parcial, de la parte no consumida de los recargos en los supuestos y con el alcance establecidos para la devolución del importe de los capitales coste de las pensiones, imputándose igualmente el importe devuelto al presupuesto de la TGSS.

A estos efectos, la TGSS, en el supuesto de que los recargos recaigan sobre pensiones, determinará el importe del capital coste de aquellos, procediendo a su recaudación junto a los intereses de capitalización que procedan hasta la fecha de ingreso. En el caso de recargo sobre otras prestaciones, la TGSS recaudará directamente el importe de dichos recargos.

El plazo de ingreso de dichos recargos se iniciará el día siguiente de la notificación por la TGSS de la reclamación de deuda del capital coste, incluidos los intereses de capitalización que procedan, o del importe correspondiente a otras prestaciones y finalizará el último día hábil del mes siguiente al de su notificación. En este sentido, los intereses de capitalización que se devenguen desde el día en que se expida la correspondiente reclamación del importe de la deuda hasta el de su pago, serán liquidados y adicionados por el sujeto responsable de éste.

⁹³ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 22 de octubre de 2002 (AS 2003,2194).

⁹⁴ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010 (RJ 3594,2008).

⁹⁵ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 14 de enero de 2010.