

El alcance de la “garantía de no responsabilidad” ante el impago de cotizaciones sociales en caso de sucesión de empresas

The scope of the "guarantee of non-responsibility" to the non-payment of social contributions in case of business succession

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

*PROFESORA AYUDANTE DOCTORA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA*

Resumen

La responsabilidad solidaria en caso de sucesión de empresas extiende sus efectos jurídicos no sólo a los supuestos de impago de prestaciones sociales, sino también a los de falta de pago en cotizaciones a la Seguridad Social. La temática de la responsabilidad y la obligación de cotizar plantea múltiples problemas prácticos a los que no consigue dar respuesta la actual Ley General de la Seguridad Social. Es por ello que, ante la falta de una normativa adecuada, deban ser los tribunales los que encuentren respuestas que logren solventar las vicisitudes que plantea la “garantía de no responsabilidad” y su alcance en el momento presente.

Abstract

Joint and several liability in case of business succession legal effect extends not only to cases of non-payment of social benefits, but also the lack of payment of contributions to Social Security. The theme of the responsibility and the obligation to contribute raises many practical problems that fails to address the current General Social Security Act. That is why, in the absence of adequate legislation, the courts should be to find answers to solve achieve the vicissitudes posed by “guarantee no responsibility” and its scope at present.

Palabras clave

cotizaciones, responsabilidad, certificados, Seguridad Social e impago.

Keywords

contribution, responsibility, certificate, Seguridad Social –Spanish National Health Service– and outstanding payment

1. ANTECEDENTES Y SUPUESTO DE HECHO

En la sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 21 de julio de 2015 se analiza un supuesto de responsabilidad social por el impago de cotizaciones sociales en caso de sucesión empresarial. Con fecha de 1 de julio de 2010, la empresa Al Andalus Management Hotels S.L firma con la empresa Hotetur Club, S.L un contrato en virtud del cual se produce la sucesión de la primera empresa respecto de la segunda.

Una vez producida la sucesión, la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante TGSS) dicta, con fecha de 27 de octubre de 2011, una resolución declarando la responsabilidad solidaria de la empresa sucesora por las deudas a la Seguridad Social de la empresa sucedida en cuanto al impago de las cotizaciones correspondientes a los trabajadores que prestan sus servicios en ésta. La empresa Al Andalus Management Hotels S.L recurre en alzada la resolución de la TGSS, aportando en su defensa tres certificados

negativos (el primero, con fecha de 1 de julio; el segundo de 2 de agosto y el tercero de 27 de septiembre de 2010) expedidos por la misma entidad gestora y por los que se afirma que Hotetur Club S.L no tiene deudas pendientes. Los certificados indican, claramente, el siguiente tenor literal: *“De los antecedentes obrantes en esta Tesorería General se CERTIFICA que: No tiene pendiente de ingreso ninguna reclamación por deudas ya vencidas con la Seguridad Social. Y para que conste, a petición del interesado, se expide la siguiente certificación que no originará derechos ni expectativas de derechos a favor del solicitante o de terceros, ni podrá ser invocada a efectos de interrupción o paralización de plazos de caducidad o prescripción, no servirá de medio de notificación de los expedientes a que se pudiera hacer referencia, no afectando a lo que pudiere resultar de actuaciones posteriores de comprobación o investigación al respecto”*.

Mediante resolución de la TGSS de 2 de marzo de 2012 se confirma en alzada la declaración de 27 de octubre de 2011 y se declara la responsabilidad solidaria de ambas empresas por la falta de pago de las deudas que con la Seguridad Social tiene Hotetur Club S.L. Contra la presente resolución se presenta por Al Andalus Management Hotels S.L recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de las Islas Baleares en donde la recurrente alega que, a la vista de los tres certificados negativos expedidos por la TGSS, no cabe la posibilidad de atribuirle el pago de las deudas (junto con Hotetur Club S.L) en base a lo dispuesto por el artículo 127.2 del ya derogado Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social –en adelante LGSS– (actual artículo 168 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social –TRLGSS2015–).

El TSJ de las Islas Baleares, en su sentencia de 3 de septiembre de 2013, desestima el recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución de la TGSS desestimatoria del recurso de alzada interpuesto por Al Andalus Management Hotels S.L contra la resolución de 27 de octubre de 2011 y de la que se deriva la responsabilidad solidaria de la recurrente y Hotetur Club S.L por el impago de cotizaciones sociales de la segunda. Básicamente, el TSJ fundamenta su sentencia en base a la interpretación que del antiguo artículo 127.2 de la LGSS realiza y por el que se contempla la posibilidad de “expedición de certificados por la Administración de la Seguridad Social que impliquen garantía de no responsabilidad para los adquirentes”. En concreto, este tribunal entiende que el artículo 127.2 de la LGSS se refiere exclusivamente a la responsabilidad por prestaciones y no a la responsabilidad por cualesquiera otra clase de deudas pendientes de la empresa sucedida, tal como ocurre en el presente caso, en que lo debido eran cotizaciones (artículo 104.1 de la LGSS que remite al 127.2 del mismo texto). Por lo tanto, el argumento central de la sentencia impugnada es que los certificados aportados carecen de eficacia para exonerar de la responsabilidad solidaria.

Finalmente, el TSJ de las Islas Baleares añade una idea más en torno al certificado negativo y es que considera que no puede ser invocado, en este caso, el hecho enjuiciado. Aun cuando se trata de un supuesto de responsabilidad solidaria, la exoneración de la garantía a la que se refiere el artículo 127.2 de la LGSS únicamente opera cuando el certificado negativo haya sido expedido a solicitud de la empresa sucesora. Sin embargo, aquí el certificado al que se refiere el artículo en cuestión fue expedido por la TGSS a solicitud de la empresa sucedida. Por todo ello, el TSJ considera aplicable por analogía la

certificación negativa por descubiertos prevista en el artículo 42.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba la Ley del Estatuto de los Trabajadores –ET– (ahora, de nuevo artículo 42.1, pero del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores –LET2015–).

2. ANÁLISIS AL PRONUNCIAMIENTO Y DOCTRINA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE JULIO DE 2015

A fecha de 21 de julio de 2015 (y con número de recurso 3561/2013) se produce la sentencia del Supremo, fallando este tribunal en sentido de entender que: *“No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Al Andalus Management Hotels S.L. contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 3 de septiembre de 2013, con imposición de las costas a la recurrente hasta un máximo de 4.000 euros por todos los conceptos”*.

2.1. Problemática general y alcance de la responsabilidad solidaria en la sucesión empresarial

La responsabilidad solidaria a la que se refiere, actualmente, la LET2015 se hizo notar antes incluso de la aprobación del ET. Así pues, con la normativa que instituía la responsabilidad solidaria en contratas y subcontratas ya se establecía que esta garantía no sólo tenía una finalidad subjetiva (de hacer valer los derechos de los trabajadores)¹, sino también material, al recogerse dentro de su ámbito todas las obligaciones referidas a Seguridad Social². De este modo, se reforzaba la solvencia del empresario para hacer frente a los créditos salariales y, en su caso, de Seguridad Social causados respecto de sus trabajadores³.

En el sistema de Seguridad Social, como criterio general, se distingue entre “sujetos obligados a cotizar” y “sujetos responsables del pago”. En este sentido, el artículo 141 del TRLGSS2015 (antes 103 de la LGSS) intitulado como “sujetos obligados” se impone el deber de contribuir a la financiación del sistema de Seguridad Social a los empresarios y a los trabajadores. Ahora bien, acto seguido, el artículo 142 del TRLGSS2015 obliga a diferenciar entre dos tipos de sujetos responsables en orden del pago de cotizaciones, de un lado, se encuentran los obligados a contribuir con el sistema (los trabajadores y empresarios) y, de otro, quienes tienen la responsabilidad de contribuir con dicha obligación, a saber: *“El empresario es sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar e ingresará las aportaciones propias y las de sus trabajadores, en su totalidad”*. A pesar de esta previsión, y como en este trabajo se verá, el empresario no es el único sujeto responsable del

¹ MARTÍNEZ MORENO, C: “Tendencias jurisprudenciales recientes en supuestos de transmisión de empresas y subcontratas”, *Relaciones Laborales*, nº 11, 1999, página 601.

² MONEREO PÉREZ, J.L: “El ámbito material de la responsabilidad empresarial en el trabajo en contratas. Las obligaciones “referidas” a la Seguridad Social”, *Relaciones Laborales*, Sección Doctrina, Tomo II, 1992, página 2.

³ MARTÍN VALVERDE, A: “Responsabilidad empresarial en caso de subcontratas de obras y servicios”, VV.AA, BORRAJO DACRUZ, E (Dir) en *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los trabajadores*, Tomo VIII, Madrid, Edersa, 1988, página 212. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M: “Propia actividad y contrata”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1996, páginas 35 y siguientes. MONEREO PÉREZ, J.L: “Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 1987, páginas 127 y siguientes.

pago de cotizaciones, pues esa responsabilidad directa que la ley le atribuye puede, en ocasiones, derivar hacia otros sujetos como consecuencia de la transmisión de un negocio *inter vivos* o, incluso, *mortis causa*, siendo en unos casos la responsabilidad solidaria y en otros subsidiaria⁴.

El carácter específico de esta previsión (artículo 142 del TRLGSS2015) atribuye al empresario una triple obligación: 1) contribuir a la financiación del sistema; 2) descontar a los trabajadores las aportaciones (es decir, las cotizaciones) que cada uno de ellos realiza a la Seguridad Social e 3) ingresar las cotizaciones en la TGSS. Por lo que, a la luz de este mandato, el empresario sustituye al trabajador a fin de que se hagan efectivas los pagos de las cuotas sociales.

El mandato que recoge la Ley General de la Seguridad Social se establece con la finalidad de establecer una garantía reforzada que evite y sancione todas aquellas actividades fraudulentas en la contratación⁵ y empleo de trabajadores. En concreto, estas obligaciones (prestaciones y obligaciones instrumentales –cotizaciones, afiliaciones y alta en la Seguridad Social–) se refieren a las efectivamente contraídas tanto con los beneficiarios, como con las Entidades Gestoras. Aspectos, todos ellos, que pueden ser cubiertos por la responsabilidad solidaria en caso de que se produzca una transmisión de empresas⁶.

La regulación concreta de la responsabilidad solidaria en materia de cotización para los supuestos de sucesión de empresas está contenida en los artículos 44 de la LET2015 y en el 142 del TRLGSS2015, el cual se remite al artículo 168.2 del TRLGSS2015. A estas normativas se les añade la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad⁷.

⁴ CEINOS SUÁREZ, A: “Artículo 104. Sujeto responsable”, en VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (Dir.) y CASTRO ARGÜELLES, M^a.A en *Ley General de la Seguridad Social. Comentada y con jurisprudencia*, Madrid, La Ley, 2009, página 761.

⁵ DESDENTADO BONETE, A: “La sucesión de empresas: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (Ejemplar dedicado a: Tendencias actuales de la jurisprudencia en materia de contrato de trabajo), nº38, 2002, páginas 257-258.

⁶ MONEREO PÉREZ, J.L: “El ámbito material de la responsabilidad empresarial en el trabajo en contratas. Las obligaciones “referidas” a la Seguridad Social”...op.cit., página 3. Afirma este autor que: *De este modo la redacción del Estatuto de los Trabajadores ha venido a convalidar la interpretación finalista del art. 19.2 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales (que a su vez recogía literalmente la redacción contenida en el Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre, por el que se establecían normas para prevenir y sancionar actividades fraudulentas en la contratación y empleo de trabajadores). Según ese criterio la alusión contenida en éste a las obligaciones contraídas por el subcontratista con la Seguridad Social durante el período de vigencia de la subcontrata comprendía extensivamente tanto las obligaciones efectivamente contraídas ante las entidades gestoras como frente, en su caso, a los beneficiarios, abarcando especialmente la responsabilidad empresarial de pago directo de prestaciones establecida en el art. 94.2 de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, en el caso de incumplimiento por parte de éste de las obligaciones instrumentales de cotización, afiliación y alta en el sistema de Seguridad Social.*

⁷ Publicada en el Diario Oficial nº L 082 de 22/03/2001. Esta Directiva sustituye a la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de (...)

La coexistencia de los preceptos 44 de la LET2015 y 168.2 del TRLGSS2015, al no estar coordinados entre sí, han dado lugar a multitud de conflictos y controversias que deben ser resueltas por vía doctrinal y jurisprudencial. A este respecto, la STS de 21 de julio de 2015 (doctrina judicial mayoritaria) aplica el principio de especialidad, por lo que aun cuando el artículo 168.2 del TRLGSS2015 no se refiere específicamente a las cotizaciones (sino a las prestaciones causadas antes de dicha sucesión), por remisión al artículo 142.1 del TRLGSS2015 sí que cabe extender aquí la responsabilidad solidaria por sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio que se establece en el citado artículo 168 a “*la totalidad de las deudas generadas con anterioridad al hecho de la sucesión*”. De este modo, los artículos 168.2 del TRLGSS2015 y 44 de la LET2015 pasan a ser complementarios⁸. Y es que, a juicio de la jurisprudencia mayoritaria: “*la sucesión implica responder solidariamente con el implica la obligación de responder solidariamente con el anterior titular en el pago de las prestaciones causadas antes de la sucesión, entre las cuales se incluye, tal como se deduce con toda claridad de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 abril 1990, la de las cotizaciones dejadas de ingresar. Se configura legalmente la responsabilidad solidaria en los supuestos de sucesión empresarial como destinada a reforzar la garantía de los derechos de los trabajadores, que pueden ser más vulnerables en casos de cambio de titularidad de la empresa*”⁹. Por todo ello, el Supremo extiende la responsabilidad solidaria del artículo 44.3 del vigente Estatuto de los Trabajadores tanto Al Andalus Management Hotels S.L, como Hotetur Club S.L, pues no hay que olvidar que el artículo 142.2 del TRLGSS2015 determina como “*sujetos responsables de la cotización*”–por remisión al artículo 168.2 de este mismo texto legal– a la empresa inicial y a la adquirente.

2.2. Los elementos de la subrogación empresarial y las dificultades interpretativas derivas de la prueba a la hora de exigir la responsabilidad solidaria en materia de cotización

La principal cuestión que plantea la sucesión de empresas es su propio concepto: “*El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma...*” (Art. 44 LET2015). A partir de esta definición, se han configurado los requisitos jurisprudenciales que deben darse para que pueda desplegarse el mecanismo jurídico de la responsabilidad solidaria.

Primero, se exige un requisito subjetivo¹⁰. Y es que debe producirse el cambio de la titularidad, consistente en sustituir de forma directa o mediante tránsito suceso al antiguo empresario (y titular de la empresa) por el nuevo adquirente, quien continuará el mismo tráfico mercantil o industrial del cedente¹¹. En este cambio de titularidad se establece una

partes de empresas o de centros de actividad, la cual ha sido modificada de forma sustancial. Por lo que conviene, en aras de una mayor racionalidad y claridad, proceder a la codificación de la mencionada Directiva.

⁸ PÉREZ CAPITÁN, L: “Una aproximación al estudio de la responsabilidad derivada en materia de cotización a la Seguridad Social”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Vol. V, 1998, página 3 de la versión digital.

⁹ Ver las sentencias del TSJ de Cantabria de 25 de febrero de 1993; de Cataluña de 3 de octubre de 1995 y de 22 de diciembre de 1997.

¹⁰ MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a N: *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 13^a edición, páginas 606 y siguientes.

¹¹ Sentencia del TS de 9 de octubre de 1984, 29 de marzo de 1985 y 17 de diciembre de 1991. Del TSJ ver la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Cataluña de 18 de octubre de 1995.

relación jurídica, por la que el sucesor recibirá todo o parte de la titularidad del transmitente. En este sentido, “*cualquier especie o figura jurídica (directa o indirecta) puede constituir tal relación jurídica como elemento originario de la transmisión*”, puesto que la subrogación *ex lege* que impone el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores constituye un concepto de gran amplitud que comprende cualquier modalidad de transmisión (tanto *inter vivos*, como *mortis causa*)¹². No obstante, puede ocurrir que tal relación jurídica no aparezca sin más, sino enmascarada bajo las más variadas formas que el negocio jurídico permite, lo que es más habitual de lo que fuera deseable. Se hablaría, en este último caso, de “cambios no transparentes”¹³, cosa que no se discute en la STS de 21 de julio de 2015.

Segundo, se destaca un elemento objetivo consistente en “*la entrega efectiva del conjunto de elementos productivos que permite la continuidad de la actividad empresarial*”, esto es, lo que la jurisprudencia ha denominado “*identidad de la empresa*”¹⁴. Ello viene a suponer que se mantengan, tras la sucesión, la globalidad de los elementos personales y materiales (soporte económico de la empresa) sin que, en ningún caso, pueda implicar esta última la transmisión de elementos aislados de aquella. Por tanto, la sucesión consiste en la entrega efectiva del total conjunto operante de elementos esenciales de la empresa que permite la continuidad empresarial¹⁵, unidad socio-económica de producción que configura la identidad del objeto transmitido¹⁶.

Tercero y junto con los anteriores elementos, la jurisprudencia ha considerado exigible la existencia de una relación directa e inmediata entre el cedente y el cesionario, lo que supone que la empresa o centro de trabajo pase de un titular a otro sin solución de continuidad¹⁷. Se precisa, de esta forma, como requisito *sine qua non* para apreciar la sucesión empresarial de la existencia de relaciones laborales vivas¹⁸. Si estos requisitos permiten, en el campo de las relaciones laborales, apreciar la existencia de un fenómeno sucesorio; en el ámbito de la Seguridad Social, tal criterio facilita las posibilidades de eludir el pago de las cuotas sociales¹⁹. Es por ello que se establezcan límites ante la posibilidad de rehuir de las responsabilidades legales, cometiéndose así un fraude que deberá ser acreditado

¹² Sentencia del TS de 18 de julio de 1995, 28 de octubre de 1997, 28 de noviembre de 1997, 20 de febrero de 1998 y 3 de marzo de 1999. En esta línea, ver también la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 13 de febrero de 2002.

¹³ PÉREZ CAPITÁN, L: “Una aproximación al estudio de la responsabilidad derivada en materia de cotización a la Seguridad Social”...op.cit., página 4.

¹⁴ Sentencia del TS de 18 de mayo de 1987, 26 de mayo de 1987 y 19 de abril de 1990. También la sentencia del TSJ de Cataluña de 28 de julio y 3 de octubre de 1995. Recientemente, se ha pronunciado en esta línea el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 26 de noviembre de 2015 (Asunto C-509/14).

¹⁵ Cabe excluir de aquí la transmisión de elementos materiales o instrumentales, tal y como ocurre cuando se transfiere solamente la maquinaria, las herramientas o las materias productivas. PÉREZ CAPITÁN, L: “Una aproximación al estudio de la responsabilidad derivada en materia de cotización a la Seguridad Social”...op.cit., página 5.

¹⁶ MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, Mª N: *Manual de Derecho del Trabajo*...op.cit., páginas 606 y siguientes.

¹⁷ STSJ de Cataluña de 18 de octubre de 1995.

¹⁸ STS de 16 de noviembre de 1992, 17 de mayo y 23 de noviembre de 1993; y 19 de julio de 2002.

¹⁹ El artículo 22 de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, sobre disposiciones específicas en materia de Seguridad Social introdujo esta regla en el artículo 104 de la LGSS (ya derogado y sustituido por el art. 142.2 del nuevo TRLGSS2015) por medio de la cual se trataba de perseguir ciertos supuestos de fraude relacionados con la utilización de la sociedad laboral (es decir, la sociedad anónima y de responsabilidad limitada).

de manera fehacientemente²⁰. A tenor de lo dispuesto, resultará indispensable llevar a cabo una actividad probatoria para que pueda declararse la responsabilidad solidaria en las “sucesiones no transparentes”. Y es que, la sucesión como causa de responsabilidad solidaria no se presume²¹.

En relación a la prueba resultan especialmente llamativas las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1996 y 17 de febrero de 1998, en donde haciendo una interpretación literal de lo dispuesto por el artículo 127.2 de la LGSS (hoy 168.2 del TRLGSS2015), el Supremo llega a afirmar que “*con independencia del negocio jurídico*” que dio lugar a la transmisión, incluso con independencia de que haya existido un acto formal de transmisión, lo importante para determinar la responsabilidad solidaria es que se acredite un desarrollo efectivo de la misma actividad laboral y de los mismos trabajadores.

2.3. La certificación exoneratoria o “garantía de no responsabilidad” derivada de la subrogación empresarial

Los artículos 142.2 y 168 del TRLGSS2015 (o 104 y 127 de la antigua LGSS), así como al principio de seguridad jurídica y confianza legítima, constituyen base fundamental sobre los que se construye el recurso de casación que es presentado por el recurrente ante el Supremo.

Tal y como expone la STS de 21 de julio de 2015 el razonamiento que desarrolla el recurrente se sostiene en base a dos importantes cuestiones: 1) ¿es posible que la remisión que hace el artículo 142.2 del TRLGSS2015 al artículo 168.2 (de ese mismo cuerpo legal) alcance o abarque también la regla de “garantía de no responsabilidad” por analogía con el artículo 42.1 del ET? y 2) en caso contrario, ¿sería posible algún supuesto de exoneración de responsabilidad basado en lo preceptuado por el artículo 142.2 del TRLGSS2015, tal y como sostiene el TSJ de las Islas Baleares?

Antes de nada, conviene aclarar que en ningún momento el Supremo viene a despejar las dudas o *litis* que se plantean en la sentencia de 21 de julio de 2015. Es más, lo más lamentables es que éste se limita a dirimir la solución del caso en base al propio certificado negativo que es expedido por la TGSS, en lugar de entrar a analizar el contenido y el alcance de dicho documento exoneratorio de responsabilidad.

²⁰ Al hilo de esta idea en la Sentencia del TS de 6 de junio de 2005 se debate acerca de la responsabilidad solidaria por las deudas contraídas en las cuotas a la Seguridad Social de tres empresas en las que aparentemente no existe relación o conexión. Finalmente, el TS entiende que las tres empresas son en realidad una, pues tienen el mismo domicilio, la misma dirección y el objeto. Se aplica aquí la teoría del levantamiento del velo.

²¹ Son supuestos en los que se ha entendido que hay sucesión de empresas y, por tanto responsabilidad solidaria, los siguientes: a) cuando por virtud de contrato de arrendamiento se continua con la actividad de la empresa anterior; b) en un subarriendo; c) al demostrarse la coincidencia de domicilio, actividad y un importante número de trabajadores; d) al constatarse la existencia de estrechos lazos familiares entre los socios y los sucesores; e) al haberse acreditado la coincidencia de la actividad desarrollada por la primera y la segunda empresa; f) cuando el administrador general de las dos sociedades es transmitente y adquirente; g) cuando exista entre una empresa y la otra identidad de socios, cargos directivos y representantes de las dos empresas involucradas; h) coincidiendo idéntica actividad comercial y objeto social en ambas empresas (sucesora y sucedida). Ver PÉREZ CAPITÁN, L: “Una aproximación al estudio de la responsabilidad derivada en materia de cotización a la Seguridad Social”...op.cit., páginas 10 y 11.

No obstante a lo anterior, entiendo que ambas son dos preguntas que se interrelacionan. De forma que, a la hora de resolver el presente caso, el Supremo debía haber fundamentado su respuesta en base al alcance que la remisión del artículo 142.2 TRLGSS2015 despliega sobre el artículo 127.2 de la nueva Ley General de la Seguridad Social.

Así pues, el artículo 168 del TRLGSS2015 contiene en su párrafo segundo una referencia al certificado exoneratorio de responsabilidad, que deberá ser desarrollado reglamentario. Actualmente, tal desarrollo no se ha producido por lo que este incumplimiento fue suplido, de forma irregular, por la Circular 2-2002, de 18 de enero de 1989, de la Dirección General de la TGSS (sustituida, en el momento presente, por la Circular 2-026, de 9 de julio de 1993)²². En ésta se preveía aplicable por analogía, conforme a lo dispuesto por el artículo 26 de la OM de 28 de diciembre de 1966, las normas de aplicación y desarrollo en materia de campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación del período voluntario en el Régimen General a saber: *“En los casos de sucesión en la titularidad a que se refiere el apartado b) del número 1 del artículo anterior, el adquirente podrá solicitar del Instituto Nacional de Previsión la expedición de un certificado acreditativo de la situación de la Empresa en cuanto a sus obligaciones de cotización al Régimen General de la Seguridad Social. El Instituto Nacional de Previsión solicitará informe de la Inspección de Trabajo y de la correspondiente Mutualidad Laboral o Mutua Patronal, en su caso, y en el plazo de un mes extenderá la certificación a que se refiere el número anterior. El certificado implicará, según los casos, la no responsabilidad para los adquirentes o la delimitación de la responsabilidad existente. Si después de expedido el certificado se comprobare la existencia de descubiertos de cotización de la Empresa, anteriores a dicha expedición y correspondientes a trabajadores cuya alta en el Régimen General no hubiese sido declarada, tales descubiertos no afectarán a la responsabilidad del adquirente, a no ser que éste se hubiera subrogado en los derechos y obligaciones del anterior empresario respecto a los indicados trabajadores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944”*.

A mi juicio, no cabe hacer efectivo lo dispuesto por esta circular, ya que se trata de una normativa interna que no otorga transparencia jurídica y que, de hecho, no es conocida en el tráfico jurídico, de ahí que ni siquiera sea invocada por los propios tribunales. En efecto, no puede desplegar efectos jurídicos una circular que, simplemente, sirve a la Administración Pública como criterio interpretativo interno de la normativa legal vigente. Por esa razón, quizás la solución posible al caso sea aplicar por analogía la regulación establecida por el artículo 42.1 de la LET 2015 para la certificación exoneratoria en caso de contrata y subcontratas (tal y como lleva a cabo el TS en su sentencia de 21 de julio de 2015).

En relación a la primera cuestión, ¿es posible que la remisión que hace el artículo 142.2 del TRLGSS2015 al artículo 168.2 (de ese mismo cuerpo legal) alcance o abarque también la regla de “garantía de no responsabilidad” por analogía con el artículo 42.1 del LET2015?, cabe recordar lo dispuesto por este artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores:

²² Actualmente, el contenido de esta circular se encuentra provisionalmente vigente por aplicación de la Circular de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social de 7 de octubre de 1997, sobre “Declaración y exigencia de responsabilidad solidaria en el pago de deudas con la Seguridad Social, en el procedimiento administrativo de recaudación”.

“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”.

Por tanto, si el empresario principal obtiene certificación negativa de la TGSS en el plazo improrrogable de 30 días quedará exonerado de la responsabilidad solidaria a la que se refiere dicho artículo²³. Ahora bien, la doctrina mayoritaria del TS viene sosteniendo²⁴, en relación al certificado negativo, que: *“(…) la virtualidad exoneradora de la certificación negativa por descubierto en la entidad gestora o del transcurso del plazo de treinta días, que establece el apartado 1 del art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, se refiere a las cantidades que pudieran adeudarse a la Seguridad Social con anterioridad a la adjudicación de la subcontrata, única de las que se podía certificar, no a la responsabilidad exigible precisamente por cotizaciones no satisfechas a la Seguridad Social como consecuencia de las obras subcontratadas, a las que se refiere el apartado 2 del mismo precepto del Estatuto, y que son las contempladas en este supuesto (…)”²⁵.*

²³ “Con una imposición documental de tan importantes consecuencias es obvio que el objetivo del legislador es restringir indirectamente la libre actividad de las empresas morosas a la Seguridad Social, puesto que de lo contrario éstas se encontrarían en una posición de ventaja en el mercado, al poder ofertar precios por debajo de aquellas empresas que cumplen adecuadamente con sus deberes sociales. De esta forma, aquella empresa que contrata o subcontrata una obra o actividad con una empresa morosa asume una serie de riesgos que se reducen drásticamente en el supuesto de la contratación mercantil de una empresa que está al corriente de sus deudas con la Seguridad Social”. Ver PÉREZ CAPITÁN, L: “Una aproximación al estudio de la responsabilidad derivada en materia de cotización a la Seguridad Social”...op.cit., páginas 16 y 17.

²⁴ Ver la sentencia del TS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 28 de octubre de 1996.

²⁵ En contra, la interpretación de esta Sentencia contradice frontalmente con la propia postura de la misma Sala y Tribunal que con reiteración en las ya aludidas Sentencias de Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 julio 1994 , 30 julio 1996 y 4 marzo y 20 junio 1997 en las cuales se impone al empresario principal la responsabilidad solidaria por las deudas contraídas por el contratista secundario durante la vigencia de la contrata en base a las siguientes razones: a) la coincidencia en la actividad en el sentido del art. 42.1 del Estatuto de los Trabajadores; b) *“Que P. no comprobó si el contratista secundario estaba o no al corriente en el pago de las cuotas de Seguridad Social (...)* c) *Que, en consecuencia, P. resultaba obligada –ex art. 42.2 ET– a pagar las cuotas por los trabajadores y períodos establecidos en el Acta, de las que es responsable solidario”.* En este sentido, GALA DURAN, C: *La Responsabilidad Empresarial por incumplimiento de las obligaciones de Afiliación, Alta y/o Cotización a la Seguridad Social*, Pamplona, Aranzadi, 1997, páginas 425 y 426. Afirma esta autora que se han barajado al menos tres posiciones contrapuestas entre sí acerca de las consecuencias del incumplimiento del deber de comprobación impuesto por el art. 42.1 del ET: *“1.ª La que consideraba que la responsabilidad de que hablaba el art. 42.1 era una responsabilidad subsidiaria por los descubiertos pendientes de la empresa contratista, establecida de manera implícita en ese precepto, y de la que se descargaba al empresario principal cuando la entidad gestora no contestaba en tiempo a su solicitud de certificación o ésta resultaba ser negativa (en cuyo caso, salvo error, no había descubiertos, obviamente); 2.ª La que defendía que el art. 42.1 se refería exclusivamente a la responsabilidad administrativa por infracciones laborales cuya aplicación correspondía normalmente a la autoridad laboral; y 3.ª) La que sostenía que la responsabilidad de la que se exoneraba el empresario comitente era la responsabilidad solidaria por las cotizaciones de Seguridad Social de los trabajadores empleados en la contrata, establecida expresamente, en el apartado 2.º, del art. 42”.*

Por todo ello no cabe, en definitiva, aplicar la “garantía de no responsabilidad” a la recurrente Al Andalus Management Hotels S.L, debiendo ésta responder solidariamente junto con Hotetur Club S.L del pago de las cotizaciones anteriores al acto sucesorio (en el sentido que declara el TSJ de las Islas Baleares en la sentencia impugnada).

Al margen de esta cuestión interpretativa, cabe recordar el tenor literal del certificado expedido por la TGSS, esto es: *“De los antecedentes obrantes en esta Tesorería General se CERTIFICA que: No tiene pendiente de ingreso ninguna reclamación por deudas ya vencidas con la Seguridad Social. Y para que conste, a petición del interesado, se expide la siguiente certificación que no originará derechos ni expectativas de derechos a favor del solicitante o de terceros, ni podrá ser invocada a efectos de interrupción o paralización de plazos de caducidad o prescripción, no servirá de medio de notificación de los expedientes a que se pudiera hacer referencia, no afectando a lo que pudiere resultar de actuaciones posteriores de comprobación o investigación al respecto”*.

Y es que, en ningún momento, de los tres certificados negativos aportados por el recurrente cabe deducir que Hotetur Club S.L no tuviera deudas pendientes con la Seguridad Social, sino que lo que se indica es que la empresa sucedida no tenía pendiente de ingreso ninguna reclamación por deudas vencidas. De hecho ésta interpretación resultó coherente con la realidad de la situación que, posteriormente, se verificó. Así pues, en la práctica ocurría que Hotetur Club S.L gozaba de un aplazamiento del pago de las deudas por cotizaciones que tenía pendientes (Fundamento de Derecho Tercero de la STS de 21 de julio de 2015). Por tanto, existían deudas y el certificado no ocultaba la verdad.

En este sentido, y como bien advierte el Supremo, los certificados emitidos por la TGSS han de ser leídos hasta en la letra pequeña (al igual que los contratos), ya que las consecuencias de este tipo de documentos informativos no pueden ser utilizados para exonerar de la responsabilidad solidaria. Es por ello que no cabe alegar que se han vulnerado los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. A saber: *“los certificados advierten expresamente de que no pueden ser utilizados para exonerar de responsabilidad alguna. 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 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, es claro que no puede decirse que vulnere los principios de seguridad jurídica y confianza legítima: si éstos se interpretan, como no puede ser de otro modo, como una exigencia de certidumbre, certificados como los aquí considerados no engañan a nadie, pues indican inequívocamente que no cabe invocarlos para eludir ninguna obligación preexistente. Quien lee dichos certificados sabe a qué atenerse, que es lo crucial desde el punto de vista de los arriba mencionados principios”*.

Finalmente, en relación a la pregunta sobre ¿si existe o no algún posible supuesto de exoneración de responsabilidad basado en los preceptuado por el artículo 142.2 del TRLGSS2015, tal y como sostiene el TSJ de las Islas Baleares?, la respuesta del TS es contundente. Así pues: *“Por otro lado y con independencia de lo ya dicho, y para el caso de que se tratara de una subcontratación o bien deudas por el concepto de prestaciones, que no lo son, siempre sería exigible que quien solicitara la certificación de exoneración de responsabilidad fuera el empresario que contrata o subcontrata a tenor de la dicción del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, extremo éste que ya se dijo en su día por esta*

Sala en la Sentencia 687 de 26 de julio de 2007 . Pero en todo caso y en lo que ahora importa, es que en el supuesto de sucesión empresarial por impago de cuotas de afiliación, que es el supuesto que en autos analizamos, no existe la posibilidad de limitación de responsabilidad que contempla el artículo 127-2 de la LGSS”.

Por todo ello, si el certificado negativo hubiese sido expedido a solicitud de la empresa sucesora (tal y como prevé el artículo 42.1 de la LET2015) y no por la sucedida, entonces sí que hubiese operado la exención o “garantía de no responsabilidad”. De igual modo, cabía la posibilidad de que Al Andalus Management Hotels S.L hubiese recabado información equivalente a través de los boletines de cotización que, debidamente sellados por una entidad bancaria colaboradora autorizada para actuar como oficina recaudatoria, se emiten a efectos exención de responsabilidad solidaria²⁶. Y es que, como bien apunta el artículo 25.5 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social²⁷: “*Los justificantes de pago expedidos por los colaboradores en la gestión recaudatoria surtirán para los responsables del pago los mismos efectos que si el ingreso se hubiera realizado en la Tesorería General de la Seguridad Social y, en consecuencia, quedarán liberados para con ésta, en la fecha de ingreso consignada en los justificantes, por el importe que figure en ellos. La posesión por los sujetos responsables del pago de los justificantes de éste expedidos por los colaboradores determinará la presunción de ingreso en la entidad, órgano o agente que expidió el justificante de pago*”.

²⁶ Ver la STS de 6 de marzo de 2002.

²⁷ BOE núm. 153 de 25 de Junio de 2004 y con vigencia desde el 1 de enero de 2013.

