



SENTENCIA Nº 1646/2018
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA.
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE MALAGA.

RECURSO 241/2014

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTE :

D. MANUEL LÓPEZ AGULLÓ

MAGISTRADOS :

D^a. TERESA GÓMEZ PASTOR

D^a MARIA SOLEDAD GAMO SERRANO

Sección Funcional Primera

En la ciudad de Málaga, a 16 de julio de 2018.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta en su Sección Funcional Primera por los limos. Magistrados referenciados al margen, el recurso núm. 241/2014, interpuesto por el Ayuntamiento de Málaga, contra la resolución de fecha 14 de abril de 2014 dictada por la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social en Málaga representada y defendida por Letrado de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido Ponente la lima. Sra. Magistrado D^a Teresa Gómez Pastor, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero .- Por la Procuradora de los Tribunales Doña Aurelia Berbel Cáscales en nombre y representación del Ayuntamiento de Málaga se interpuso recurso contencioso-administrativo la resolución de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Málaga , de fecha 14 de abril de 2014, desestimatoria del requerimiento previo efectuado al amparo del artículo 44 de la Ley Jurisdiccional contra la resolución de 20 de febrero de 2014 del Subdirector de Gestión Recaudatoria de la referida Dirección Provincial.

Segundo .- Formalizada la demanda por la parte recurrente se dio traslado de la misma a la Tesorería General de la Seguridad Social, presentando el Letrado de sus Servicios Jurídicos del escrito de contestación en los términos que constan en el mismo y cuyo contenido se da por reproducido.





Tercero.- Por auto se recibió el recurso a prueba y se practicaron las que admitidas habían sido propuestas por las partes con el resultado obrante en los autos.

Cuarto.- Presentándose los escritos de conclusiones por ambas partes en los términos que constan en los autos y cuyo contenido se da por reproducido

Quinto .- Quedando los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo, que tuvo lugar el día 10 de mayo de 2017. Quedando posteriormente suspendido el plazo para dictar sentencia a los efectos de que se practicará la documental solicitada por la parte recurrente en el OTROSI primero de su escrito de demanda. Diligencia de prueba que se práctico con el resultado obrante en autos, dándose traslado del mismo a las partes; evacuando el trámite el Ayuntamiento recurrente mediante escrito cuyo contenido damos por reproducido.

Sexto.- En la tramitación de los autos se han cumplido las prescripciones legales, a salvo determinados plazos procesales por el cúmulo de asuntos que penden ante esta Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero .- Constituye el objeto del presente recurso contencioso- administrativo la resolución dictada, con fecha 14 de abril de 2014 por la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social que vino a desestimar el requerimiento previo del artículo 44 de la Ley Jurisdicción Contencioso Administrativa efectuado por el Ayuntamiento de Málaga.

Fundamenta la parte recurrente su pretensión, en esta vía jurisdiccional, en venir a mantener que no resulta de aplicación el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores por encontramos ante un contrato administrativo y no de carácter laboral o empresarial.

El Letrado de la Administración de la Seguridad Social opuso a la anterior argumentación que el régimen legal de responsabilidad empresarial en caso de subcontratas de obras y servicios *ex artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores* es aplicable no solo a las de naturaleza privada sino también a las concesiones administrativas, siempre que generen la gestión indirecta del servicio.

Segundo .- Pues bien centrados los términos del debate hemos de señalar que tal y como esta Sala ya se ha pronunciado supuesto idéntico al que nos ocupa (Sentencia dictada en el recurso de apelación 101/2013) en el sentido de que: "..... de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 42 del Real Decreto*

legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores " 1. Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la





empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en 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 el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el periodo de vigencia de la contrata.

Como destaca la *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala con sede en Burgos, Sección 1ª) de 30 de noviembre de 2009*, con cita de la *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala con sede en Las Palmas) de 27 de marzo de 2007*, lo decisivo para la exacción de responsabilidad al amparo de lo dispuesto en el precepto transcrito es la falta de comprobación o la comprobación defectuosa o insuficiente de la situación de la contratista o subcontratista con la Seguridad Social pues, fuera del supuesto concreto de exoneración que se contempla en dicho artículo, se produce la consecuencia jurídica establecida en el mismo, esto es, la responsabilidad directa y solidaria, precisando que ello " *no constituye ninguna infracción, sino, simplemente, una obligación "ex lege" que (...) tiene su causa asegurar o garantizar que, en los casos de subcontratación de obras o servicios incluidos en la propia actividad, se cumplan las obligaciones salariales o con la Seguridad Social que incumbirían al principal de haber ejecutado la obra o prestado el servicio por si solo* En definitiva, añade la Sentencia citada " *el contratista podrá asegurarse de la situación con la Seguridad Social del subcontratista en la forma que considere oportuna, y hasta podrá hacer caso omiso de esta cautela o precaución, si bien, en estos casos, la consecuencia será siempre la asunción de responsabilidad directa e inmediata con el alcance establecido*

Por su parte las *Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía (Sala con sede en Málaga, Sección 1ª) 26 enero 2007*, *Cantabria (Sección 1ª) 30 octubre 2007* y *Comunidad Valenciana (Sección 3ª) 28 mayo 2008* afirman que se trata 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, en evitación de 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 si, debiéndose entender el término empresario utilizado por el precepto en cuestión, no en el sentido estricto del artículo 1.2 del propio Estatuto de los Trabajadores, sino en el más amplio de propietario de la obra o industria, tal como el propio precepto analizado lo utiliza en el segundo párrafo del apartado 2, al concretar las dos únicas posibles excepciones, establecidas en atención o beneficio de terceros.

Tercero.- Sentado lo anterior estimamos que, con independencia de la utilización por el precepto legal anteriormente transcrito del término "empresario" -quizá partiendo de la hipótesis más frecuente en el ámbito de las relaciones laborales propio del Cuerpo legal que aborda la normación de este supuesto específico de derivación de responsabilidad-





debe reputarse incluido en el ámbito de aplicación del artículo 42 aludido tanto la persona física o jurídica de naturaleza privada que desarrolla una actividad empresarial, propiamente dicha, como a la Administración Pública que contrata con tercero la gestión de un servicio de su competencia, en cuanto titular del servicio y, por ende, garante en el cumplimiento por la contratista de sus obligaciones para con los trabajadores y la Seguridad Social, pues claro está que en estos supuestos nos encontramos con la contratación de servicios correspondientes a la propia actividad de la Administración contratante.

Así lo ha entendido, asimismo, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo cuya doctrina invoca la Sentencia apelada, en *Sentencias de 15 de julio de 1996 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1089/1996)* y *de 27 de septiembre del mismo año (casación para la unificación de doctrina 176/1996)*, argumentando al efecto la primera de las indicadas sentencias que " a) *Es cierto que el invocado artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores contrae su mandato garantizador a aquellos supuestos en que tuvieren la condición de empresario tanto el que encarga la obra o servicio, como quien asume el indicado encargo.*

Más dicha expresión ha de entenderse como sinónima de empleador, tal como desvela el artículo 1.2 del propio cuerpo legal, en relación con el apartado 1 del mismo artículo, en el que se define tal figura de manera traslativa o refleja, en tanto que entiende por tal al que reciba prestación de servicios de quien sea trabajador, concurriendo en la relación que les vincula las notas que configuran al contrato de trabajo. La expresión empresario, utilizada por dicho artículo 42, no ha de entenderse limitada, por tanto, a quien sea titular de una organización económica específica que manifieste la existencia de una empresa, en sentido económico o mercantil. No desvirtúa la conclusión sentada la mención a actividad empresarial contenida en el último párrafo, "in fine", del citado artículo 42, pues tal mención hace referencia a aquella que para su desarrollo requiera la aportación de trabajo en régimen de laboralidad.

b) Siendo ello así deviene evidente que el área prestacional y no económica en que es encuadrable el servicio encomendado por el recurrente a quien es empleadora directa de las demandantes, efectuado mediante contratación administrativa, no excluye, por la condición pública del titular de tal servicio, la aplicación del artículo 42, dado que dicha condición no es obstáculo para que tal entidad, de haber asumido directamente y por sí misma la gestión del referido servicio, con el cual se atiende a la consecución de fines enmarcados en el área de su competencia, hubiera actuado como empleador directo, siendo también tal en múltiples facetas de su actividad.

c) También es cierto que el mandato garantizador discutido menciona como negocio jurídico base del supuesto que regula a las contratadas o subcontratadas, sin hacer referencia expresa a la concesión administrativa. Más una interpretación teleológica del mencionado precepto fuerza a entender incluida a esta última en su disciplina, con relación a supuesto de gestión indirecta de servicios, mediante la que se encomienda a un tercero tal gestión, imponiéndole la aportación de su propia estructura organizativa y de sus elementos personales y materiales, para el desarrollo del encargo que asume. Entenderlo de manera distinta supondría una reducción del ámbito protector del citado artículo 42, que no respondería al espíritu y finalidad del precepto que establece, el cual, aun posibilitando cesiones indirectas para, en el marco de la libertad de empresa, facilitar la parcelación y división especializada del trabajo, otorga a los trabajadores las





garantías que resultan de la responsabilidad solidaria que atribuye al dueño de la obra o servicio. Por otra parte, las expresiones "contratas o subcontratas", por su generalidad, no cabe entenderlas referidas, en exclusiva, a contratos de obra o de servicio de naturaleza privada, ya que abarcan negocios jurídicos que tuvieran tal objeto, aún correspondientes a la esfera pública, siempre que generaran dichas cesiones indirectas y cumplieran los demás requisitos exigidos para la actuación del mencionado precepto

En el mismo sentido se pronuncia la posterior *Sentencia de la Sala Cuarta de 29 de octubre de 1998 (casación para la unificación de doctrina 1213/1998)*, en la que se afirma que " *la doctrina y la jurisprudencia han observado que la responsabilidad solidaria de las deudas salariales (y de Seguridad Social) atribuida al empresario que contrata o subcontrata obras o servicios no se limita a los negocios jurídicos formalizados como contratos de ejecución de obra, sino que puede extenderse a otros supuestos equivalentes como los contratos administrativos que adjudican la realización de un servicio público (sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo de 15-7-96 , 27-9-96 , 18-11-96 , 14-12-96 , 23-12-96 y 18-3-97)*".

Y tal es, asimismo, la conclusión alcanzada por otros Tribunales de este orden jurisdiccional contencioso-administrativo [por todas *Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia de 3 de octubre de 2013 (recurso 4842/2012)* y del de País Vasco de fecha 31 de marzo de 2003 (recurso 2167/2000)j, así como por la Sala con sede en Sevilla de este mismo Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en *Sentencias de 21 de mayo de 2008 (recurso 22/2004 entablado, precisamente, por el Servicio Andaluz de Salud frente a un acuerdo de derivación de responsabilidad por cuotas adeudadas por empresa contratada para la gestión indirecta del servicio de transporte sanitario, en el que se esgrimieron idénticos motivos de impugnación) y de 1 de julio de 2010 (recurso 371/2009), Sentencia la última de las citadas en la que se vierte la siguiente argumentación: (FD 5º) que " No residía incorrecta la aplicación del art. 42 del RDLeg. 1/1995, de 24 de marzo, porque se solicitaran certificados de que la empresa concesionaria se encontraba al corriente del pago, emitiéndose certificaciones negativas de deuda de 10 de junio y 2 de agosto de 1999. El precepto establece una exigencia a los empresarios que contraten o subcontraten de que los contratistas están al corriente de sus pagos con la Seguridad Social, y ello debe entenderse principalmente como medio de garantizar la inexistencia de deudas con la Seguridad Social anteriores a la celebración del contrato y en todo caso, impedir celebración de contratos con deudores de la Seguridad Social; y en defecto de certificación, se deriva el efecto de exoneración de responsabilidad del empresario. Ahora bien, respecto de las deudas posteriores a la celebración del contrato rige la aplicación del art. 42.2 de la normativa referida, y es evidente que la exoneración de deudas anteriores al contrato o convenio, no puede extender sus efectos a las deudas posteriores, pues no tendría sentido jurídico alguno el precepto que trata de evitar el impago de deudas a la Seguridad Social.*

Cuarto.-Luego partiendo de lo anterior y teniendo en cuenta además que, a diferencia de lo mantenido por la parte recurrente, si que nos encontramos ante una competencia municipal cuales la prestación de servicios deportivos y en el marco de la misma se ubica la contratación con la UTE en cuestión, para la construcción parcial y explotación de instalaciones deportivas en parcela municipal ello en base a lo dispuesto en los artículos





25 y 26 de la Ley de Bases de Régimen Local . Y por tanto resulta de aplicación el referido artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores tal y como, anteriormente hemos expuesto, ya fue estimado por esta Sala y Sección.

Por último, y a mayor abundamiento, hemos de señalar que el carácter solidario de la responsabilidad declarada por la Tesorería General de la Seguridad Social respecto del Ayuntamiento de Málaga determina la innecesariaidad de que la declaración de dicha responsabilidad tenga que ir precedida de la declaración de insolvencia. Esta última sólo es necesario en los supuestos de declaración de responsabilidad subsidiaria que no es el caso. Todo lo cual nos conduce a la desestimación del presente recurso contencioso - administrativo

Debiendo señalar, a mayor abundamiento, que no obsta a cuanto acaba de indicarse que el Ayuntamiento de Málaga, previa la formalización del contrato y en estricto cumplimiento de las disposiciones contenidas en el artículo 60.1 *Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre*, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y y concordancia con el artículo 14 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas comprobara la inexistencia de obligaciones pendientes de la contratista para con la Seguridad Social, pues ello solo hace referencia, como es obvio, a las obligaciones anteriores a la formalización de la contratación -a las que, de hecho, se refiere asimismo el artículo 42 del Estatuto, en su primer apartado, para exonerar al empresario de responsabilidad de haber obtenido la certificación en él aludida- en tanto que la derivación de la responsabilidad lo fue por deudas contraídas por la contratista con posterioridad a ese momento, situación que se rige, como hemos visto, por lo dispuesto en el artículo 42 tantas veces citado y no por una normativa que, por muy especial que se tenga en lo que a la contratación administrativa concierne, no contempla supuesto alguno de derivación de responsabilidad de las Administraciones Públicas por eventuales deudas de las contratistas a la Seguridad Social, limitándose a incluir la inexistencia de deudas entre los requisitos de capacidad para contratar.

Quinto .- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional las costas procesales habrán de ser satisfechas por la parte recurrente si bien en cuantía que no podrá exceder de 1500 € más IVA por todos los conceptos.

Por todo lo cual y vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el recurso interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña Aurelia Berbel Cascales en nombre y representación del Ayuntamiento de Málaga contra la resolución descrita en el fundamento jurídico primero de la presente resolución, declarándola ajustada derecho. Con imposición de las costas procesales a la parte recurrente si bien con la limitación en cuanto a su cuantía de 1500 € más IVA por todos los conceptos.





Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo si pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea que sean relevantes y determinantes del fallo impugnado o ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con la composición que determina al artículo 86.3 de la Ley Jurisdiccional si el recurso se fundara en infracción de normas de derecho autonómico; recurso que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de la notificación de la presente sentencia mediante escrito que reúna los requisitos expresados en el artículo 89.2 del referido cuerpo legal

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamientos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION .- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por la lima. Sra. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, la Letrada de la Administración de Justicia. Doy fe.



