



CIRCULAR LABORAL 9/2021

6 de abril de 2021

RESUMEN SENTENCIAS RELEVANTES JURISDICCIÓN SOCIAL: ABRIL 2021.

1. TRIBUNAL DE JUSTICIA UNION EUROPEA

Las guardias no presenciales son trabajo si impiden al empleado organizar su tiempo libre.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha dictaminado que los periodos de guardia en régimen de "*disponibilidad no presencial*" deben ser considerados "*tiempo de trabajo*", y por tanto ser remunerados en consecuencia, cuando afecten "*de manera considerable*" a la capacidad del empleado a "*administrar su tiempo libre*".

El tribunal de Luxemburgo añade que únicamente pueden ser tenidas en cuenta las limitaciones que derivan de una normativa nacional, un convenio colectivo o decisiones del empresario, y no las dificultades "*organizativas*" provocadas por "*elementos naturales*" o que son consecuencia "*de la libre elección del trabajador*".

La Justicia europea ha respondido de esta forma a dos tribunales de Eslovenia y Alemania, que plantearon sendas cuestiones prejudiciales antes de resolver los recursos de dos trabajadores que habían reclamado que sus guardias no presenciales fueran reconocidas como "*tiempo de trabajo*" aunque no hubieran realizado un trabajo concreto en ese tiempo.

El primer caso corresponde al de un técnico especializado que se encargaba del funcionamiento, durante varios días consecutivos, de centros de transmisión de televisión en una montaña de Eslovenia. Además de sus doce horas de trabajo ordinario, este empleado tenía que prestar servicios de guardia otras seis horas al día en régimen de disponibilidad no presencial.

Durante estos periodos no estaba obligado a permanecer en el centro de transmisión, pero sí a estar localizable por teléfono y poder presentarse en su puesto de trabajo en el plazo de una hora en caso de necesidad. No obstante, la dificultad para acceder a dicho centro le obligaba a permanecer en el mismo también durante las horas de guardia.

El segundo caso es el de un bombero alemán que, además de sus funciones ordinarias, debía efectuar periodos de guardia también en régimen de disponibilidad no presencial en los que no estaba obligado a estar presente en un lugar determinado, pero sí a estar localizable y poder llegar al municipio en el que trabajaba en 20 minutos, con uniforme de intervención y vehículo de servicio.

En su sentencia el TJUE remarca, en primer lugar, que los conceptos *"periodo de descanso"* y *"tiempo de trabajo"* se excluyen mutuamente, y añade que *"un período durante el cual el trabajador no lleva a cabo efectivamente ninguna actividad por cuenta del empresario no constituye necesariamente un "período de descanso"*.

A continuación, el fallo subraya que un periodo de guardia debe calificarse *"automáticamente"* como *"tiempo de trabajo"* cuando el empleado deba permanecer durante ese tiempo en su puesto, distinto de su domicilio, y mantenerse a disposición de sus superiores.

El conflicto surge cuando estos periodos de guardia no exigen permanecer en el centro de trabajo. Al respecto, el TJUE explica que las guardias en régimen de *"disponibilidad no presencial"* están comprendidas *"en su integridad"* dentro del concepto *"tiempo de trabajo"* cuando *"las limitaciones impuestas al trabajador afectan objetivamente y de manera considerable a su capacidad para administrar libremente el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicarse a sus propios intereses"*.

Si, por el contrario, *"no existen esas limitaciones"*, solo deben considerarse *"tiempo de trabajo"* el tiempo en el que se ha realizado efectivamente una prestación laboral dentro de estos periodos de guardia no presencial.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia añade que, para preciar si una guardia constituye un *"tiempo de trabajo"*, solo pueden considerarse *"las limitaciones impuestas al trabajador, ya sea por una normativa nacional, por un convenio colectivo o por su empresario"*. En cambio, *"no resultan pertinentes"* las dificultades que sea consecuencia de *"elementos naturales"* o de la libre elección del trabajador.

Un ejemplo que pone el fallo sobre esta última precisión sería el *"carácter poco propicio para las actividades de ocio de la zona de la que trabajador no puede, en la práctica, alejarse durante un período de guardia en régimen de disponibilidad no presencial"*.

El TJUE concluye con la apreciación de que corresponde a los tribunales evaluar *"todas las circunstancias de los casos concretos para comprobar si un periodo de guardia en régimen de disponibilidad no presencial debe calificarse de tiempo de trabajo"*.

En este análisis deberán tener elementos como el plazo que tiene el trabajador para retomar su actividad, los medios que el empresario pone a su disposición para facilitar su incorporación al trabajo (como un vehículo) o las exigencias que pueden retrasar su llegada al puesto (como tener un equipamiento específico).

Sentencia TJUE (Sala General) de 9 de marzo de 2021 (Asunto: C-344/19)

2. TRIBUNAL SUPREMO

La excedencia por cuidado de familiares no incluye la atención de un hijo de 9 años que necesita ayuda escolar para superar el curso.

Aborda el Supremo el alcance subjetivo de la excedencia por cuidado de familiares, y analiza uno de sus requisitos, el de que un familiar por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, presupuesto sobre el que indica que es necesario que el familiar cumpla con los dos requisitos acumulativos: que por las razones mencionadas no pueda valerse por sí mismo y que no realice actividad retribuida.

En cuanto al primero de ellos, *"que el familiar no pueda valerse por sí mismo"*, entiende la sentencia que no se puede aplicar extensivamente respecto a un hijo de nueve años que necesita ayuda escolar para no tener que repetir curso.

En el caso, la trabajadora presta servicios como dependiente y solicitó, con amparo en el artículo 46.3 ET y en el artículo 32 del convenio colectivo de comercio textil de la Comunidad de Madrid, excedencia durante un año para atender al cuidado de su hijo de nueve años que, según informe del director de su centro escolar, necesitaba ayuda para reforzar los contenidos trabajados en clase con el fin de obtener una calificación positiva que evitara el riesgo de repetir curso.

La empresa denegó la excedencia solicitada, por no concurrir las condiciones del artículo 46.3 ET, sin perjuicio del derecho de la trabajadora de solicitar la excedencia voluntaria, que sí le fue concedida, y cuando solicitó su reincorporación a la empresa, respondió esta que solo disponía de una vacante en otro centro de trabajo de Madrid y en jornada de veinte horas semanales en horarios rotatorios, lo que motivó que la trabajadora demandara a la empresa solicitando que se le reconociera su derecho a la excedencia por cuidado de menor y se computara el año de duración de la misma a efectos de antigüedad, con derecho a la reserva de puesto de trabajo.

Desestimada la sentencia en la instancia, y estimada en suplicación, ahora el Supremo estima el recurso de casación para unificación de doctrina y niega el derecho a la excedencia por no concurrir el requisito de tener a cargo un familiar que no pueda valerse por sí mismo.

Para la Sala, no es fácil encajar una necesidad de ayuda escolar para superar el curso académico, en la expresión de que *“el familiar no pueda valerse por sí mismo”*, salvo que se desvirtúe y ensanche indebidamente esta última expresión.

E incluso se va más allá y para evitar una extensión de que al igual que se ha descartado una interpretación que conduciría a que todos los hijos mayores de tres años podrían dar derecho a la excedencia por cuidado de familiares, por no poderse valer por sí mismos, debe también descartarse una interpretación de la exigencia de no realizar actividad retribuida que potencialmente se aplicaría a todos los menores de dieciséis años.

Y por agotar los argumentos, dispone la sentencia que no parece que las previsiones legales españolas sobre la excedencia por cuidado de hijos y por cuidado de familiares del artículo 46.3 ET planteen problema alguno de compatibilidad con las Directivas europeas, cuyos permisos, al menos el de paternidad y el parental, se relacionan más bien, antes que con aquellas excedencias, con las causas de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo y causas similares.

Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia 161/2021, 5 Feb. Rec. 2102/2018

3. TRIBUNAL SUPREMO.

Incentivos o bonus: la falta de claridad en su fijación debe favorecer a las personas trabajadoras.

En el presente caso la empresa, en febrero de 2019, remitió un mail a los empleados comunicándoles lo siguiente:

“Como sabéis en el mes de febrero se liquida el Q4 de los KPIs Trimestrales. Aprovecho para comunicaros al respecto:

- 1) *EU Financial Target: No se ha logrado el objetivo alcanzándose solo el 32% del target fijado por la compañía para el periodo de junio a diciembre 2018.*
- 2) *Individual KPIs: se liquidará en función del logro de los objetivos individuales.*
- 3) *Country OPP AA: el resultado alcanzado para el periodo ha sido de 98.56% frente al objetivo de 98.76%. El objetivo se habría logrado completamente si se hubiese descontado el impacto en servicio de la no transferencia on time de PODs debido a diversos IT Major incidents, por lo que la compañía ha considerado alcanzado el objetivo, con lo que se liquidará al 100%. La liquidación del Country OPP AA se realizará centralmente desde RRHH.*

Respecto a los Individual KPIs para aquellos empleados afectados deberéis grabar los importes a pagar en el portal del empleado antes del 15 de febrero.”.

En anteriores años la parte financiera del bonus -1)- condicionaba el percibo del resto de los otros objetivos, y se encontraba anudada a los resultados del grupo, bien a nivel español, bien a nivel europeo.

Cuando el objetivo tenía dimensión europea no se comunicaba ni a la plantilla ni a la RLT, pues era considerado un dato empresarial sensible.

A partir de ese supuesto de hecho/comunicación por parte de la empresa el litigio que resuelve el Tribunal Supremo se centra en la controversia que se genera entre las partes en torno a una de las partidas que integran la retribución variable por objetivos de la mayoría de la plantilla de la empresa: la denominada “EU Financial Target”, ligada a los objetivos del grupo a nivel europeo -y que implica el 50% de la totalidad del bonus o retribución variable de las personas trabajadoras-.

Por lo tanto, la cuestión no se centra en una discrepancia económica vinculada al cumplimiento o incumplimiento de los objetivos establecidos, sino que el objeto del pleito analiza si la parte trabajadora conocía tanto la fijación previa de aquéllos como el parámetro de cálculo de los mismos; y, por tanto, si en 2018 tales objetivos se lograron o no.

No se discute que el devengo del bonus esté vinculado al cumplimiento de los objetivos (como el propio escrito de interposición del recurso explicita), por lo que no existe controversia alguna respecto de su naturaleza de retribución variable ni del condicionamiento estricto del mismo a los resultados en cuestión.

Se sostiene en el recurso instado por los sindicatos actuantes que la empresa ha dado cumplimiento al acuerdo alcanzado el 12 de abril de 2018. La cuestión estriba, pues, en la interpretación del citado acuerdo.

Para la empresa, el acuerdo era claro y, a su entender, en él la representación legal de los trabajadores “reconoció que en ese acto la compañía había facilitado la información referente al sistema de retribución variable del año 2018”

Además, entendía la empresa que la RLT “dio por bueno que el bonus de 2018 se rigiera por las mismas reglas que años previos y expresamente indicó estar satisfecha con el nivel de información dado por la compañía: se indicaba cuál era el peso del objetivo financiero, pero no se daba el detalle del mismo al ser un dato empresarial sensible”.

El acuerdo en cuestión se produjo días después de que la empresa comunicara a las personas trabajadoras afectadas la estructura de la retribución variable, indicando la distribución porcentual de cada una de tres partidas que la integraban.

No hay en el acuerdo mención alguna a reglas de fijación de tales objetivos, ni expresa, ni por referencia a anualidades anteriores. En suma, no existió pacto alguno respecto de esta cuestión. Por tanto, el acuerdo relativo a la información sobre la retribución variable no abarcó el aspecto esencial del objeto de la demanda rectora de este conflicto colectivo. El acuerdo se limita a dejar sentado que la retribución variable está compuesta por tres objetivos distintos, la distribución de porcentaje de cada uno de ellos, el pago en dos periodos respecto del controvertido *EU Financial Target* y la no supeditación de los dos primeros objetivos al cumplimiento del tercero.

Estamos, pues, ante un concepto de retribución cuya variabilidad está sujeta a parámetros o cánones que ni las personas trabajadoras afectadas, ni sus representantes conocen y que da como resultado un importe cero con la sola justificación de que no se han cumplido los desconocidos elementos sobre los que se configura. Tal situación en modo alguno está amparada por el acuerdo colectivo, pues ni de la letra ni en el espíritu del mismo puede deducirse su aceptación.

A tenor de todo lo indicado, el Alto Tribunal deja claro que esta parte del salario no puede quedar a expensas de decisiones unilaterales de la empresa sobre las que no es posible ningún control de adecuación o razonabilidad.

Y esto es así, advierte la sentencia, cuando la configuración del bonus admita que el absoluto incumplimiento de los objetivos provoque que el mismo no sea abonado en cuantía alguna.

Tal es precisamente lo que, en materia de obligaciones, proscribió el art. 1256 del Código Civil, como la misma Sala que resuelve este caso ya resolvió en supuestos similares de retribuciones por objetivos en las STS/4ª de 14 de noviembre de 2007 (rcud. 616/2007), 15 diciembre 2011 (rcud. 1203/2011) y 9 de julio de 2013 (rcud. 1219/2012).

En definitiva, la falta de determinación de los elementos que permiten la percepción del bonus imposibilita examinar la acomodación a derecho de la decisión empresarial. Imposibilidad acrecentada en este caso por el hecho de que la empresa no justifica en modo alguno su afirmación de que los objetivos no se habían alcanzado, siendo a ella a la que correspondía la carga de probar la realidad del hecho impeditivo de la obligación reclamada.

En resumen: poca claridad en la fijación del bonus acarrea relevantes perjuicios para las empresas como podemos apreciar.

Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia 158/2021, de 2 Feb.

4. TRIBUNAL SUPREMO

El Supremo elimina la contratación por obra y servicio para impartir asignaturas fuera del plan de estudios en la enseñanza privada. Adaptación a la nueva doctrina de esta modalidad contractual temporal.

El Tribunal Supremo ha anulado la contratación por obra y servicio para impartir asignaturas no comprendidas en los nuevos planes de estudio, actividades extraescolares y vigilancia de ruta escolar y/o comedor en la enseñanza privada.

Así lo establece la sentencia del Alto Tribunal que comentamos, en la que anula parcialmente el artículo 17 del X Convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado.

El Tribunal estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por la Federación de Enseñanza de Comisiones Obreras y modifica la sentencia de la Audiencia Nacional que declaró la nulidad del artículo en la mención a la «vigilancia de ruta escolar y/o comedor», desestimando la demanda del sindicato en todo lo demás.

El artículo 17 identificaba como tareas concretas que pueden cubrirse bajo esa modalidad contractual las siguientes: asignaturas de planes de estudios a extinguir o no contempladas en los nuevos planes, asignaturas optativas y/o de libre configuración, docencia en niveles que la empresa ha decidido su extinción y hasta el total cierre de los mismos. La Sala recuerda su jurisprudencia más reciente sobre los requisitos para la validez del contrato de obra o servicio determinado, del artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores.

Estos requisitos, según recoge en la sentencia, son que la obra o servicio que constituya su objeto presente «autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa» y que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta, debiendo concurrir estas exigencias de forma conjunta para que la contratación temporal por obra o servicio determinado pueda considerarse ajustada a derecho.

El tribunal, distingue entre la modalidad del contrato de obra o servicio para aquellas asignaturas de planes de estudios en proceso de extinción, que no se cuestiona, y para asignaturas que no están en nuevos planes de estudio.

Sobre esto, indica que el concepto de duración determinada «*está claramente presente en aquellas asignaturas que están abocadas a su desaparición al estar inmersas en un proceso de extinción conocido y fijado por mandato normativo, consecuencia de haberse modificado el plan de estudios al que está vinculado*».

Sin embargo, agrega, *«no sucede lo mismo con aquellas asignaturas que, aunque estén afectadas por la implementación de nuevos planes de estudios no se califican como asignaturas a extinguir y, por tanto, se mantienen de futuro por propia decisión del centro privado».*

El Tribunal indica que el poder de dirección del centro educativo, además de someterse al régimen legal educativo, puede configurar su proyecto de una determinada manera, impartiendo materias docentes o no docentes que considere de interés para sus alumnos, en atención a los fines educativos o ideario que inspire el centro. Eso sí, matiza, *«ello no significa que los medios humanos a los que acuda para atenderlas puedan someterse a normativa en materia de contratación que no se ajusten a las exigencias legales que les sean propias».* *«La temporalidad del contrato no puede venir determinada por el mayor o menor número de alumnos»*

La naturaleza reglada de la asignatura, añade, *«es relevante para ver si una contratación para impartir la misma puede ser de naturaleza temporal, pero ello no significa que, en todo caso, las demás materias que no tengan o dejen de tener ese carácter deban ser atendidas necesariamente por un contrato para obra servicio determinado y menos aun cuando se trata de centros privados de enseñanza no concertada, cuya autonomía para atender sus fines, con respeto y sometimiento a la legislación educativa, es plena».*

Además, destaca el Supremo, *«la temporalidad del contrato no puede venir determinada por el mayor o menor número de alumnos que vayan a recibir en cada curso escolar esa enseñanza al tratarse de un dato que no afecta a la propia esencia o naturaleza de la actividad, sino a la mera conveniencia empresarial de prestarla».* Y es que, *«podría justificar en el caso de que no se lograsen matrículas suficientes, acudir a la extinción contractual, pero difícilmente puede constituirse en razón determinante de que la actividad de que se trate tenga ‘per se’ carácter temporal».*

La Sala concluye lo mismo en relación con las actividades extraescolares, *«no se configuran como actividad con autonomía y sustantividad propia en tanto que no deja de ser una enseñanza que se proporciona a los alumnos de forma voluntaria, sin límite temporal, no pudiendo venir determinado éste por el número de los matriculados, ya que el número de asistentes a esas actividades extraescolares no afecta a la esencia de la actividad para la que se contrata al trabajador que va a llevarla a cabo».*

Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia 274/2021, 5 Mar.

5. TRIBUNAL SUPREMO

La empresa no puede imponer a sus repartidores una app de geolocalización en su móvil

El Supremo añade nuevos argumentos a los ya fallados por la Audiencia Nacional, y confirma la nulidad del sistema “Tracker” de Telepizza, por el que se obligaba a los repartidores a aportar su móvil personal.

El Tribunal Supremo afirma que la geolocalización, por la que se va a tener un seguimiento del pedido que debe entregar el repartidor al cliente, no se cuestiona como método adecuado o idóneo a tal finalidad, pues puede responder al control del empleado en el desempeño de su puesto de trabajo y la oferta de un mejor servicio al cliente. De lo que discrepa es de la configuración del sistema, porque este instrumento al que ha acudido la empresa para obtener su objetivo no es el más adecuado, existen otros medios menos invasivos.

El proyecto “Tracker” afecta al sistema de organización y control del trabajo, aunque su finalidad, entre otras, vaya dirigida a facilitar al cliente el seguimiento del pedido.

Incorre además la empresa en abuso de derecho porque si el terminal móvil sufre alguna alteración y no permite la conexión, se traslada al trabajador la responsabilidad hasta el punto de que puede llegar a suspender la relación laboral con pérdida de salario o, incluso, extinguirla.

Además, el proyecto fue implantado unilateralmente por la empresa sin haber informado a la representación legal de los trabajadores.

Aunque es cierto que empresa y trabajador pueden pactar las condiciones que estimen oportunas, que puedan afectar a las herramientas necesarias para el desarrollo de la actividad empresarial, que la aportación por el trabajador del móvil venga acompañada de una compensación económica no basta para interferir y dar por superado el juicio de proporcionalidad y menos cuando las partes afectadas discrepan razonablemente del 'quantum' asignado y que la sentencia de instancia lo califica de “insuficiente”.

No niega la Sala que sea una medida legítima para determinados fines o que con ella no se vaya a evitar un déficit comercial competitivo, en un momento en el que el sistema de prestar el servicio al cliente se extiende en este y otros sectores sino, simplemente, que el que ella ha implantado no supera los criterios constitucionales ni legales, y existen otras formas de ejecutar ese sistema con una menor injerencia en los derechos fundamentales de los trabajadores que además, no implicarían intromisión en datos de carácter personal -número de teléfono, dirección de correo electrónico-.

Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia 163/2021, 8 Feb. Rec. 84/2019.

6. TRIBUNAL SUPREMO

Responsabilidad solidaria del empresario principal por deudas a la Seguridad Social del subcontratista: eficacia liberatoria de los certificados negativos de descubiertos.

El Alto Tribunal ha estimado el recurso de casación interpuesto por la TGSS contra la sentencia del TSJ Canarias (LA LEY 245207/2018) que, en vía de apelación, anuló la resolución que acordó la derivación de responsabilidad solidaria de una mercantil respecto de las deudas a la Seguridad Social contraídas por la empresa con la que subcontrató una obra. Confirma así la sentencia del Juzgado, que desestimó el recurso contencioso, y reputa conforme a Derecho la derivación de responsabilidad acordada en relación con los descubiertos en los que incurrió la subcontratista durante la vigencia de la relación contractual que vinculaba a ambas empresas.

Pone de manifiesto que el recurso se centra en interpretar el art. 42.1 y 2 ET. Indica el Supremo que el precepto regula, desde la lógica de la garantía, la contratación o subcontratación con un tercero de la ejecución de obras o servicios que se corresponden con la actividad propia del empresario principal. Subraya que esa garantía lo es frente a los abusos en la contratación o subcontratación, y que persigue la efectividad de la obligación de ingresar los recursos necesarios para la sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social. Añade que tal garantía lleva a que se tenga al empresario principal como responsable solidario junto con el contratado o subcontratado, y que ante esa eventual responsabilidad solidaria, deba comprobar que el contratista o subcontratista está al corriente en el pago de las cuotas, para lo que debe recabar de la TGSS certificaciones negativas de descubiertos.

En lo que respecta a las deudas anteriores a la relación contractual entre el empresario principal y el contratista o subcontratista, señala el TS que del art. 42.1 y 2 ET se deduce que de esos descubiertos no responde solidariamente aquél. Entiende que ello se deduce del art. 42.2 ET que, al prever la exigibilidad de su responsabilidad durante los 3 años siguientes a la finalización de la contrata o subcontrata, se refiere a *"las obligaciones contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata"*.

Estima que a tal conclusión se llega, además, atendiendo a la finalidad disuasoria de la norma, pues de resultar positiva la certificación respecto de las deudas anteriores, queda informado del riesgo de una eventual responsabilidad solidaria si, aun así, contrata o subcontrata con quien mantiene descubiertos con la Seguridad Social, y sostiene que la única consecuencia para el empresario principal sería la prevista como infracción en el art. 22.11 del Real Decreto Legislativo 5/2000.

Por su parte, en lo que atañe a las deudas nacidas durante la ejecución de la contrata o subcontrata, señala la Sala que la responsabilidad solidaria del empresario principal se ciñe a los descubiertos generados por el contratista o subcontratista durante el tiempo que dure la relación contractual, y que es una responsabilidad que se le podrá exigir hasta 3 años después de terminar el encargo.

Explica que del tenor literal del art. 42.1 ET se deduce que cuando el empresario principal solicite un certificado (constante la relación contractual), sólo quedará exonerado de responsabilidad solidaria si la TGSS no lo emite en 30 días.

Sin embargo, matiza que el que la exoneración sólo se prevea expresamente para ese caso no impide el efecto liberatorio de un certificado negativo pese a la existencia de impagos del contratista o subcontratista, pues, en principio, se trataría de una información inexacta que produciría en el empresario principal un efecto análogo a la falta de información. Destaca que el efecto liberatorio anudado a la falta de certificación evita que la inactividad de la Administración perjudique al empresario principal, y apunta que es distinto que se emita un certificado negativo en un momento en el que puede que la TGSS no esté en condiciones de informar sobre la realidad del estado de los débitos del contratista o subcontratista.

Incide en que, en este supuesto, y con valor meramente informativo, la TGSS ofrece la información deducible de los datos que en ese momento tiene, ceñidos a que al día de la emisión no hay constancia formal de deudas reclamada, lo que no significa que sí las haya reclamables por devengadas y no pagadas, lo que llevará a declarar la responsabilidad solidaria del empresario principal. No obstante, resalta el Supremo que puede ocurrir que, por la forma de gestionar la reclamación de sus deudas, la TGSS emita certificados inexactamente negativos, y por ello, considera que hay que estar al caso concreto, lo que abre la posibilidad de reconocer ese efecto liberatorio deduciéndolo del sentido del art. 41.1 y 2 ET.

Por último, el TS fija doctrina declarando que el art. 42.1 y 2 ET no permite atribuir responsabilidad solidaria al empresario principal por las deudas que tuviere con la Seguridad Social el contratista o subcontratista anteriores a su contratación o subcontratación. Y respecto de los descubiertos en que incurra el contratista o subcontratista durante la ejecución de la obra o servicio, que la emisión de certificados negativos por la TGSS no exonera al empresario principal de responsabilidad solidaria salvo que, atendiendo a las circunstancias del caso, pueda deducirse que la TGSS al tiempo de certificar estaba en condiciones de ofrecer una información coincidente con la realidad del estado de los débitos del contratista o subcontratista.

Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia 124/2021, 3 Feb. Rec. 2584/2019.

Departamento Laboral y de Seguridad Social

*Persona de contacto: Eduardo Ortega Prieto
Email: ortegap@ortega-condomines.com*

*Persona de contacto: Eduardo Ortega Figueiral
Email: ortegaf@ortega-condomines.com*