

LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA POR DEUDAS SOCIALES DEL PARTICULAR (*ex art. 127 de la Ley General de Seguridad Social*)

Adolfo Serrano de Triana

Sumario: 1. Reviviscencia de una doctrina fenecida. 2. La doctrina rigorista de la responsabilidad. 3. Elementos del problema en la Legislación Civil, Laboral y de Seguridad Social. 4. Efectos de la interpretación peyorativa. 5 El dominio predilecto de las Circulares y la visión preconstitucional de la responsabilidad. 6. El agravamiento de la responsabilidad. 7. ¿Son endosables las infracciones a un tercero inocente? 8. ¿Se acomoda la interpretación criticada al principio de la libre empresa y su no obstaculización? 9. Recapitulación y conclusiones.

1. Reviviscencia de una doctrina fenecida

Merece la pena volver sobre un tema que durante tiempo dio largos quebraderos de cabeza a juristas e intérpretes bienintencionados del Derecho. Algunas resoluciones dictadas por los poderes públicos aconsejan volver a reflexionar sobre aquél. Una reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, casi coincidente en el tiempo con una Circular de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, ha rescatado del Arcano una doctrina que bien pudiera formularse así: *cualquier ciudadano español que decide construirse o reparar una casa, para uso personal, tiene una responsabilidad subsidiaria*, en caso de insolvencia de su constructor o de los subcontratistas del constructor o reparador de su vivienda, por el incumplimiento que éstos hagan de las obligaciones que les corresponden en materia de Seguridad Social. Esta responsabilidad podría alcanzarle ya se ejecute la obra en régimen de propiedad por pisos, ya sea de forma individual. Entre las raras resoluciones que admiten esta visión, se cuenta con la Sentencia que impulsa este comentario, acompañada de alguna disposición administrativa, y algunas disposiciones administrativas. En esta Sentencia de 22 de no-

viembre de 1996 del Tribunal citado, en su Sala de lo Social, se resuelve un caso de impugnación de una declaración de responsabilidad subsidiaria recaída sobre una Comunidad de Propietarios en régimen de propiedad horizontal por pisos (supuesto éste normalísimo en la vida patrimonial de los españoles). La comunidad había sido condenada en tal posición subsidiaria, para responder de los actos del subcontratista del contratista que reparaba o hacía diversos trabajos en el inmueble. En síntesis, la reflexión contenida en la Sentencia es que la Comunidad no es un amo de casa individual, y que los elementos comunes del inmueble, sobre los que la Comunidad de Propietarios justifica su existencia, sirven para considerar que no tiene tal condición de «amo de casa»¹. Aquella Circular administrativa, posterior, en una longitud de onda parecida, llega a decir algo todavía más intenso y es que, a efectos de construcción de una vivienda propia, puede decretarse la vía de apremio administrativo contra cualquier persona, sea o no física, siempre y cuando se exija la responsabilidad en concepto de subsidiaria de aquélla.

Recientemente, el RD 1.426/1997, sobre la base de modificar determinados artículos de los Reglamentos de Recaudación y de Cotización de la Seguridad Social, ha tenido ocasión de endurecer una regulación que ha de ser mirada con un creciente temor.

De todo ello resulta que existe una peligrosa variación en la terminología empleada para definir los tipos de imputación de las infracciones en materia de seguridad social, y una contradicción en la designación de los responsables.

Según esta visión, cualquier ciudadano (o por ejemplo, esos jóvenes que encargan una construcción por su cuenta y riesgo a otro particular para hacerse con su propia primera vivienda y evitar los costes de promoción ajena), puede ser condenado a garantizar subsidiariamente los pagos por prestaciones de deudas sociales. Y cualquier Comunidad de Propietarios,

¹ La STSJ Madrid de la Sala de lo Social de 22 de noviembre de 1966, tiene un Fundamento de Derecho Segundo que dice lo siguiente:

«...la Comunidad de Propietarios en régimen de Propiedad Horizontal es una institución bien diferenciada y distinta de la del amo de casa, éste sería cada uno de los comuneros que fuera titular del derecho singular y exclusivo de propiedad sobre el piso integrante de la Comunidad de Propietarios, mas la cotitularidad con el resto de los comuneros de todo aquello del edificio que no se atribuye en singularidad a cada uno de ellos no es componente individualizado del contenido del de propiedad exclusivo y excluyente del piso que pertenece al amo de casa, de ahí que la copropiedad de aquellos elementos en los que se realizaba la obra en la que perdió la vida el trabajador a causa de accidente laboral, no puede amparar la exclusión de responsabilidad establecida para el amo de casa, concepto éste más restringido que proyecta la propiedad sobre el piso que le pertenece en régimen de Propiedad Horizontal, pero no sobre los elementos comunes de la misma...»

construya o repare su casa, puede en cualquier momento ver comprometido su destino económico por los actos de un tercero. Si además la vivienda no es primera, sino segunda residencia habitual, puede plantearse el interrogante añadido de si estaría aludida y cubierta en el giro «reparaciones que puede contratar un amo de casa respecto de su vivienda» ya que en tal caso quedaría exento de responsabilidades el titular de la misma.

La vivísima preocupación que engendra una filosofía semejante, penalizadora de la posición jurídica del individuo, su patrimonio, y el entendimiento de la idea de «inocencia» y de «responsabilidad» que son basamentos de todo el orden jurídico, aconsejan clarificar definitivamente una aventura interpretativa de consecuencias imprevisibles para cualquier ciudadano que, paradójicamente, cumpla con todas sus obligaciones legales.

2. La doctrina rigorista de la responsabilidad

Con la dureza del lenguaje antiguo, decía el Código de Hammurabí que los hijos responden por las faltas de sus padres². Así se facilitaba la conservación de las deudas de generación en generación y la propagación de los estigmas originales. Esta confusión de vínculos puede verse, y ahora en dirección contraria, en el Derecho Romano arcaico, que vino a establecer una doctrina inversa, en lo concerniente a las ofensas inferidas a la «dignitas» o al patrimonio del paterfamilias por las faltas de sus hijos, ya adultos³. Seguramente en la Edad Antigua estaba justificada esta solución por la peculiar solidaridad orgánica de los individuos con los grupos sociales y por la necesidad de asegurar la transmisión de las propiedades o su permanencia en las mismas comunidades, clanes o clases sociales, así como en la obsesión por conservar hereditariamente los signos de identidad de unos pueblos frente a otros. En la Edad Contemporánea, descubierto el valor del individuo y el principio de responsabilidad personal, nuestro Código Civil ha venido a regular algo bien diverso, afortunadamente, es decir, que los empresarios responden respecto de las personas dependientes y por los daños causados, siempre y cuando no emplearan la diligencia de un buen padre de familia para evitarlo; o también se dice que el contratista de una obra es responsable del trabajo

² Cfr. las prótasis § 116 y § 117 del *Código de Hammurabí*, o lo dicho en Ex. 20,5 y la Ley Mosaica, Deut. 5,9, a pesar del principio contrario de la responsabilidad personal contenido también en Deut. 24, 16.

³ Cfr. los Comentarios de Gayo sobre la *Tabula XII*: «...ex maleficio filiorum familias servorumque... noxales acciones proditae sant, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere...»

ejecutado por las personas que ocupe en ella (1.596 CC), pero que el dueño de la obra no responde en tales circunstancias. Este buen sentido de atribuir a cada uno lo propio, pero no las resultas de culpabilidad por los actos ajenos, se impuso en nuestro Legislador en términos generales, que pensó, en su momento, que la responsabilidad se desplazaba a los culpables en el incumplimiento de sus obligaciones, pero que no se desplazaba hacia las personas que las cumplen debidamente.

El legislador posterior al Código Civil, al que le tocó vivir el atormetado cambio de signo político y cultural del siglo xx, ha ido enturbiando poco a poco ese sano principio de responsabilidad propia por los actos propios y ha ido introduciendo en ocasiones derogaciones del mismo, no por obscuras menos efectivas y no por normativas poco justificadas.

3. Elementos del problema en la Legislación Civil, Laboral y de Seguridad Social

Vertido el interrogante a nuestro lenguaje jurídico actual, cualquier lector tiende a pensar que, si él decide algún día construirse su propia vivienda, o la compra en construcción, de forma que va adquiriendo paulatinamente la propiedad de la obra realizada hasta su definitiva entrega, no respondería jamás por las indemnizaciones o prestaciones o responsabilidades que pudieran derivarse en materia de Seguridad Social (v.g. por muerte, incapacidad o accidente laboral), a favor de los trabajadores que contratase su vendedor de la vivienda, o contratista constructor. Se trata, pues, de un planteamiento natural, puesto que natural es que la construcción de la vivienda se realice a través de operaciones empresariales con empleo de mano de obra del ramo de la construcción, sobre la que el ciudadano adquirente no tiene protagonismo ni dirección o conocimiento algunos.

Y este razonamiento de cualquier ciudadano sería, desde luego, equilibrado y sensato. Por un lado, pensaría que él no es responsable de los actos voluntarios o involuntarios de un tercero que no controla, o pensaría que no puede hacer frente a las posibles infracciones de un tercero que es el contratista de la obra o los subcontratistas cuya conducta ignora. Quizá pensaría, si fuera estudiante de Derecho, y creyente en los principios cardinales de la Justicia, que nadie responde de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables, o que el incumplimiento doloso de un empresario constructor por él contratado le exoneraría de responsabilidades no previstas. Si fuera algo más desconfiado, imaginaría que existen contratos de seguros de responsabilidad civil que le cubrirían de cualquier hipotética reclamación, llegado el caso, y si

es que tuviera una especialísima —y rarísima— diligencia en cubrir dichos riesgos, decidiría suscribir un contrato de aseguramiento para la cobertura de tales riesgos, asumiendo el coste correspondiente; más en esto erraría, puesto que los contratos de seguro de responsabilidad civil no incluyen este tipo de riesgos, quizá por suponer que el ordenamiento jurídico no vuelca sobre los ciudadanos tal carga de responsabilidad subsidiaria o solidaria, en materia de seguridad social, por los actos del constructor de su vivienda. Este buen padre o madre de familia, o ciudadano, con ansias de tener o reparar su propia vivienda (ansias muy extendidas en la población), sin saberlo, estaría en el tenor de lo que dice el viejo Código Civil, viejo, pero vigente, que, en su artículo 1.597, exonera de todo tipo de responsabilidad a cualquier dueño de la obra por los actos de un contratista con sus empleados⁴. No se equivocaría además este ciudadano dueño de su casa, puesto, que, sin saberlo, el artículo 42 del vigente Estatuto de los Trabajadores, traslada las responsabilidades por infracción en materia de la seguridad social a los empresarios principales y subcontratistas, y excluye expresamente de tales responsabilidades a las actividades de construcción o reparación propias de un cabeza de familia; tal exclusión la establece el Estatuto con toda justicia, aunque extienda las responsabilidades solidarias a los empresarios que, entre sí, se concatenan en la misma actividad constructiva, presuponiendo quizá que en el ciclo económico de la operación empresarial de la misma índole de actividad puede imponerse la carga de una mutua vigilancia social⁵.

⁴ El artículo 1.597 dice literalmente lo siguiente: «Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella *sino hasta la cantidad* que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación».

⁵ El artículo 42 ET, citado en la versión del RD Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, estableció en su momento: «Responsabilidad empresarial en caso de subcontrato de obras y servicios: —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 la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables. 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 subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el periodo de vigencia de la contrata con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo.

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».

No es difícil suponer que el legislador ha querido evitar la gravísima lesión y la indefensión total con la que se encontraría cualquier ciudadano, sin saberlo, por venir obligado, en el caso contrario, a responder por los actos de un tercero incumplidor. La indefensión se explicaría porque un ciudadano constructor o reparador de su casa no tiene instrumentos de control técnico de la actividad constructiva o la propia de la empresa reparadora. Menos tiene el control de la actividad gestora en materia de las cotizaciones y prestaciones de la Seguridad Social que pueda o deba hacer dicha empresa contratada o subcontratada, y menos aún tiene la competencia delegable de la vigilancia y represión de sus infracciones, ya que tal competencia corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. El Estatuto de los Trabajadores impone, sin embargo, esta carga a los empresarios que contratan entre sí, y siempre que sean de la misma actividad, pero no a los ciudadanos individualmente considerados; bien es cierto que aunque tal carga se imponga a los empresarios, no por eso deja de ser una lacra onerosísima impuesta por una legislación laboral, con difícil justificación, según los principios constitucionales más elementales, y los derivados del derecho clásico de la responsabilidad por los actos propios.

El Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 42, dulcifica la traslación de los efectos de la responsabilidad, posibilitando que los empresarios contratantes o los subcontratantes se liberen sin más que pedir una certificación a la Tesorería General de la Seguridad Social. (Después veremos que esta certificación no puede pedirla un ciudadano o particular, en hipótesis, aunque contrate dicha construcción de la vivienda.) Quizá porque supone este artículo 42, como suponen las compañías aseguradoras en la práctica diaria, que ningún ciudadano particular puede encontrarse forzado a soportar este tipo de responsabilidades solidarias por los actos de un tercero.

Estremece pensar que la Ley General de la Seguridad Social contiene actualmente un precepto que puede ser interpretado, en ocasiones, de forma tan insoportable, que hace del ciudadano particular una víctima y responsable subsidiario por las negligencias, incumplimientos, o por las infracciones que en materia de altas y cotizaciones de los trabajadores o empleados a su servicio pueda cometer el contratista o la cadena de subcontratistas que realiza la obra por cuenta del dueño de la misma. Y en realidad, el artículo 127 de la LGSS está redactado de tal modo que no es precisamente un modelo de precisión y claridad; aunque también sabemos que, con cordura y amplitud en la interpretación, la obscuridad de los preceptos debe solventarse resolviendo los preceptos oscuros por los claros, conforme al sentido actual del ordenamiento general y constitucional vigente, y en los términos más favorables posibles para el ciudadano.

Efectivamente, la obscuridad del artículo 127 LGSS reside en que, de las responsabilidades subsidiarias, sólo se libra el «amo de casa» cuando se llama a un contratista para que haga «reparaciones» en su vivienda, pero no cuando la «construya» (sin que pueda elucidarse la lógica o el fundamento de tal exclusión), es decir, que «no habrá lugar a esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un amo de casa respecto a su vivienda...», dice tal artículo 127 —que ha ido sobreviviendo penosamente en los sucesivos cambios legislativos, quizá pasando inadvertido por esa propia denunciada obscuridad—⁶. De este modo se ha podido interpretar, en aisladas ocasiones, afortunadamente, y hasta ahora, con voces solitarias, que la responsabilidad alcanza a «cualquier persona» que intenta construirse su vivienda (gran delito, por cierto), pero que esta responsabilidad no la alcanza si la «repara» simplemente (cosa chocante ésta que se sancione la construcción, pero no la reparación de la construcción). Entonces, y si tal responsabilidad le alcanza ¿puede zafarse de algún modo este «amo de casa» de esta responsabilidad subsidiaria por una infracción que no comete? De ninguna manera, según tales interpretaciones leoninas, puesto que el Estatuto de los Trabajadores no admite expresamente que tal amo de casa o cabeza de familia pueda pedir una certificación de exoneración, ya que no responde «solidariamente» con el empresario infractor. Y dado que ahora estamos ante un responsable subsidiario, pero no solidario, no existe conducta alguna, por diligente que sea, que pueda desplazar la responsabilidad subsidiaria al infractor, que es quien comete la falta o el delito, relativa al aseguramiento o cotización. Es más, el Reglamento de Recaudación en materia de Seguridad Social, RD 1.637/1995, sólo admitió que el solicitante quedase exonerado de la «responsabilidad solidaria» a la que se refiere aquel Estatuto, cuando solicitara la certificación liberadora, y sólo autorizó a los empresarios a solicitarlos unos de otros, pero no a

⁶ Dice el artículo 127 LGSS en la versión del RD Legislativo 1/1994 de 20 de junio (anterior, pues al artículo 42 de la LET): «—1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, para las contrata y subcontratos 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 lo previsto en el artículo anterior, si la correspondiente obra o industria estuviera contratada, el propietario de ésta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente.

No habrá lugar a esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un amo de casa respecto a su vivienda...»

los «amos de casa» respecto de su contratista constructor⁷. La posterior redacción contenida en el RD 1.426/1997 no ha mejorado las cosas, ya que ahora, con la misma injusta inspiración, se repite la terminología endureciéndola un poco más...⁸. El apartado 1 del artículo 12

⁷ Ha de notarse que el artículo 10 del RGR SS sigue diciendo sobre los responsables solidarios que la certificación ha de pedirla, efectivamente «el empresario». Así se dice:

«... 3. En caso de subcontrato de obras o servicios, el empresario principal y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente del pago de las deudas con la Seguridad Social, además de las de naturaleza salarial, contraídas por los subcontratistas respecto de sus trabajadores durante el periodo de vigencia de la contrata o subcontrato, con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo:

a) No habrá lugar a esta responsabilidad solidaria por los actos de los contratistas 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.

b) Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos podrán recabar de la Tesorería General de la Seguridad Social, respecto de estos últimos y con identificación de la explotación, industria o negocio afectado, *certificación negativa o positiva por descubiertos* con la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar dicha certificación en el término de treinta días improrrogables. Si se extendiera certificación negativa o transcurriese el indicado plazo sin haberse expedido la misma, el empresario solicitante quedará exonerado de la responsabilidad solidaria a que se refiere el apartado 2 del artículo 42 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores... 6. La responsabilidad solidaria alcanzará tanto a la deuda como, en su caso, a los recargos, intereses y a las costas del procedimiento de apremio impagados, con aplicación de los límites que para las garantías solidarias prestadas resulten de su constitución...»

⁸ El citado RD 1.426/1997 modifica varios preceptos reglamentarios, respetando la integridad de los Reglamentos anteriores, y entre ellos del RGR SS. Así introduce en su artículo 1.º la modificación del apartado 1 del artículo 12, artículos 54, 55, 56, 57, 58, apartados 1 y 2 del artículo 89, apartado 1 del artículo 90, apartado 1 del artículo 92, artículo 116, apartado 3 del artículo 131, apartados 2.c) y f) del artículo 147, apartados 2 a 8 del artículo 148, apartados 3, 4 y 5 del artículo 149, apartados 2.a) y 4 del artículo 151 y apartado 1 del artículo 190 del Reglamento General de Recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1.637/1995, de 6 de octubre. La justificación que se contiene en su Preámbulo es que «... con posterioridad a la aprobación del indicado Reglamento General de Recaudación se han producido novedades normativas con rango de Ley que afectan directamente a determinados aspectos de la regulación contenida en el mismo y que implican por ello la necesidad de su modificación, como las introducidas por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Así, su artículo 76 autoriza al Gobierno para establecer un procedimiento de deducción de deudas del sector público con la Seguridad Social, ampliando en ese sentido su ámbito de aplicación respecto del que fuera determinado por la disposición final segunda de la Ley 50/1984, de 30 de diciembre, además de imponer el trámite de audiencia en el procedimiento a seguir, así como la fecha de efectos a la resolución en que se acuerde la retención que, en ningún caso, podrán ser anteriores a los tres meses siguientes a la notificación de dicha resolución...». Y se sigue diciendo que «...la experiencia en la aplicación práctica de dicho Reglamento General de Recaudación determina la conveniencia de modi-

del reformado Reglamento de Recaudación queda redactado ahora en los términos siguientes:

«1. Para las contrata o subcontratas de obras y servicios, el propietario de la obra o de la industria contratada, por los incumplimientos con la Seguridad Social durante el periodo de vigencia de la contrata o subcontrata, responderá de la obligación de cotizar respecto de los trabajadores por cuenta ajena, así como del pago de prestaciones cuando el empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, de las mismas a tenor de lo previsto en los artículos 104.1 y 127.1 de la Ley General de la Seguridad Social, siempre que dicho empresario fuese declarado insolvente.

No habrá lugar a esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un cabeza de familia respecto a su vivienda.

Lo previsto en este apartado se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en el apartado 3 del artículo 10 de este Reglamento...»

La variación con la redacción anterior reside en que el derogado precepto reglamentario recaudatorio, el artículo 12 del RD 1.637/1995, introducía la importante matización de que tales contrata y subcontratas de obras y servicios habían de referirse a la propia actividad del empresario contratante, puesto que así se entendió el alcance del actual artículo 127 de la LGSS. Ahora se suprime, pues, esta interpretación, ampliando el círculo de personas responsables al abrir el círculo de actividades ejercidas por el empresario o contratista principal que son base o causa para declarar la responsabilidad de abono de cotizaciones y prestaciones.

Es de notar, no obstante, que el actual artículo 127 de la LGSS no habla de cotizaciones y prestaciones, sino de «obligaciones» del empresario infractor o del subcontratista respecto de la prestación, y que no excluye al «cabeza de familia» sino al «amo de casa» respecto de las reparaciones

ficar también algunos de sus preceptos, en orden a una progresiva y sistemática mejora de la gestión recaudatoria en el ámbito de la Seguridad Social, fundamentalmente en lo que respecta al procedimiento administrativo de recaudación en vía ejecutiva y en materias tales como la manifestación de bienes por parte del deudor, la obtención de información para los embargos y el desarrollo de las subastas de los bienes embargados en dicho procedimiento. Asimismo, el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, de 22 de diciembre de 1995, que desarrolla por vez primera, a nivel reglamentario y de forma unitaria, las previsiones sobre la materia contenidas en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 20 de junio de 1994, se ha visto afectado tras su aprobación por otras innovaciones normativas con rango de Ley que determinan la necesidad de modificar ciertos preceptos del mismo.

que pudieran efectuarse en su vivienda. Esto se ve claramente con la transcripción del precepto que ya ha sido efectuada antes.

Una primera conclusión clara es que las disposiciones legales emplean alternativamente los términos «cabeza de familia» y «amo de casa» de forma indistinta, siendo, como son, conceptos diferentes, cualidades subjetivas que, añadidas al concepto «dueño o propietario de la obra» determinan la exclusión de responsabilidad en los casos vistos. Y a esta confusión se añade otra, y es que en otros sectores de la legislación social ha de añadirse además el término de «promotor» de una vivienda, para determinar el ámbito de la responsabilidad individual y particular del adquirente de su vivienda propia. Así, vemos que, en materia de prevención de riesgos laborales, el *Real Decreto 1.627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción* entiende como *promotor* y como *obra* personas y actividades que se insertan en el concepto de actividad privada, pues dice en su artículo 2.º que

«1. A efectos del presente Real Decreto, se entenderá por: a) Obra de construcción u obra: cualquier obra, pública o privada, en la que se efectúen trabajos de construcción o ingeniería civil cuya relación *no exhaustiva* figura en el anexo 1... y c) Promotor: cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice una obra...»

Y por esa misma razón, y ahora sí, la citada norma hace una salvedad bien expresiva de la exoneración de responsabilidad en el mismo artículo...

«2. El contratista y el subcontratista a los que se refiere el presente Real Decreto tendrán la consideración de empresario a los efectos previstos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

3. Cuando el promotor contrate directamente trabajadores autónomos para la realización de la obra o de determinados trabajos de la misma, tendrá la consideración de contratista respecto de aquéllos a efectos de lo dispuesto en el presente Real Decreto.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a *la construcción o reparación* que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda...»

4. Efectos de la interpretación peyorativa

La consecuencia de lo que exponemos es terrible, pero pudiera estimarse admisible: *No existe medio jurídico alguno para que, en el ámbito estricto de la responsabilidad contraída por un contratista constructor*

de una vivienda, en el ámbito estricto de sus obligaciones con la Seguridad Social, pueda solicitarse tal certificado exonerador, si la responsabilidad de la que se trata es la subsidiaria, y el solicitante es un particular al que le alcanza la responsabilidad subsidiaria, pero no un empresario. Vano empeño si se intentara tal certificación al margen de este circuito de petición a la Tesorería General, puesto que el artículo 36 de la LGSS establece un riguroso ámbito de protección del derecho a la intimidad de los datos informáticos en materia de Seguridad Social, sólo disculpable por motivos recaudatorios o tributarios. Por otro lado, la petición espontánea de dicha certificación por un particular (a quien recomiendo encarecidamente hacerlo), si es contestada por la Tesorería de la Seguridad Social, puede hacer suponer que el solicitante se sitúa en el supuesto de hecho de un empresario contratante principal, o de un particular que no entiende claramente su posición subjetiva como una posición enteramente privada y de eficacia absolutamente personal. Aunque, desde luego, en tales casos debe entenderse siempre como un reforzamiento «ad cautelam» que se hace de la posición privada, ante la amenaza remota, pero real, de la traslación de responsabilidades de modo indebido por los operadores administrativos. Tendríamos, pues, que quien es, estrictamente, empresario, y respecto de la subcontrata de su mismo sector de actividad, puede liberarse de la responsabilidad solidaria con la solicitud de tal certificación, y su emisión, o con la falta de la emisión de la misma certificación en treinta días naturales desde que se solicitó. Desde luego, no podría eximirse el particular que contrata a este empresario en términos estrictos, si se toman literalmente las absurdas disposiciones legales... Más hiere aún la sensibilidad jurídica considerar que la Administración Pública, creadora de los Reglamentos recaudatorios, durante mucho tiempo ha sabido zafarse de esta responsabilidad subsidiaria que le correspondería como «dueño de las obras» públicas que realizara por su contratación administrativa, con base en el artículo 115 de la derogada Ley de Contratos del Estado, en virtud de la fianza impuesta al contratista adjudicatario de las obras. Hoy exige el artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de modo general, al contratista estar al corriente de las obligaciones para con la Seguridad Social, por lo que, a tal fin, él mismo solicita la certificación necesaria al respecto (art. 8 del RD 390/1996). En este esquema vemos que la todopoderosa Administración Pública no acepta soportar una responsabilidad subsidiaria que, en cambio, sí parece aceptable desplazar al cabeza de familia y a su patrimonio, sin que se admita en la práctica ningún medio posible de fianza o caución en favor de éste.

Esta solución interpretativa, por la que se traslada sobre el particular, como individuo aislado, el peso patrimonial de las infracciones de

un tercero, es ciertamente desproporcionada de todo punto, pero puede ser defendible por alguna Autoridad, Tribunal o funcionario celoso en exceso en la aplicación literal de los preceptos reglamentarios como se ve ocasionalmente.

5. El dominio predilecto de las Circulares y la visión preconstitucional de la responsabilidad

La Seguridad Social ha pasado a ser considerada, desdichadamente, como un área donde cualquier Circular encuentra el campo propicio para decir todo aquello que el Legislativo o el Ejecutivo no se atrevió a decir, no quiso, o renunció a regular. El Informe del Defensor del Pueblo correspondiente al año 1988, diez años después de comenzar la vigencia constitucional, se lamentaba fuertemente al respecto⁹. Lo que no sabíamos es que el ámbito de Trabajo y Seguridad Social fuera también el ambiente propicio donde los textos normativos de rango superior son descabalgados del grado jerárquico que les corresponde, con exhortos de incumplimiento librados por las Autoridades superiores a las inferiores. Eso lo vemos, por ejemplo, en la *Circular 5-005/1997 de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, ya aludida, y de la que luego se transcriben expresiones literales, que no tuvo en cuenta muchas objeciones fundadísimas que son de mantener en absolución de las cargas vertidas sobre el dueño de la vivienda.

Efectivamente, la interpretación «jurídica» vertida entonces en esa Circular no tuvo en cuenta el contexto al que se refería el artículo 127 LGSS (actividad entre empresarios o asimilados por razón de una función material empresarial o mercantil, implicados por razón del giro o tráfico en la misma actividad sustancial constructiva). Este contexto arranca de la viejísima legislación de Accidentes de Trabajo, obsesionada, hasta el paternalismo más absoluto, con la exacerbación de la idea de la garantía *para* el obrero (*sin* el obrero, por cierto, dado el momento histórico en el que se aprobó) y sin perjuicio de que tal obsesión, compensadora de tantas carencias en el ámbito de las libertades (sindicales, entre ellas), acogiera otros valores positivos de protección efectiva de los trabajadores. Visión ciertamente preconstitucional no sólo en cuanto al tiempo, sino en cuanto a los valores que la fundamentaron.

⁹ Cfr. el Informe, cit. publicado por el Congreso de los diputados, Madrid 1986, o el correspondiente al año 1988.

No obstante tal condición, allí no se hablaba de «amo de la casa» sino de «propietario de la obra o industria» y de la responsabilidad subsidiaria del que la contrata, pensando, con toda probabilidad, en que el propietario es a la vez patrono o empresario, es decir, que el empresario, según produce la obra, se va adueñando de ella, hasta su definitiva entrega al que realizó el encargo. Aún así, ya se dijo por la STS de 15 de marzo de 1966, con buen criterio, *que no podía entenderse existente tal responsabilidad del dueño de la obra si el seguro no podía estimarse válido por causas ajenas a su voluntad, matización ésta trascendental*, para dar cabida a la doctrina de la culpabilidad y a la suavización de la ciega y despótica imputación de la responsabilidad objetiva. La STS Contencioso-administrativa de 24 de enero de 1994 ha vinculado claramente este principio de culpabilidad con el de la presunción de inocencia, precisamente, en materia de sanciones por infracción de normas laborales y de seguridad social, entendiendo que esta presunción no sólo cubre los hechos, sino también la culpabilidad en su comisión, y la de 16 de febrero de 1990 ya advirtió lo mal que se compadece la idea de solidaridad con la de sanción, con cita de la regulación «plena» del, entonces vigente, artículo 42 LET¹⁰.

¹⁰ Así se ha dicho (p: Conde Martín de Hijas, V.) con cita de la STC 76/1990 sobre la certeza de los hechos y de la culpabilidad:

«No se trata, así, como sostiene la sentencia apelada, de un problema de valoración de prueba, ajeno a la presunción de inocencia, sino de una total falta de prueba del elemento culpa, que era el cuestionado, y del que desde el principio se desentendió la Administración, dándolo por sentado, cuando en las especiales circunstancias de los hechos, que quedaron relatadas, dicho elemento era problemático. A mayor abundamiento la presunción de inocencia no desvirtuada por la Administración está avalada, por una prueba de la inocencia, en el sentido de la falta de culpa, pues la buena fe de la parte está acreditada, al haber sido inducida a realizar la conducta por la que ha sido sancionada por un informe erróneo de la propia Administración, según se dejó sentado. La eficacia del error, como elemento de exclusión de la culpa está reconocida en la propia sentencia constitucional de tan reiterada cita (F. de D. 4.º C), y en reiteradas sentencias de este Tribunal Supremo, de las que son exponente las de 13 de octubre de 1989 (Sala 3.ª Sección 3.ª), 5 de febrero de 1992 (Sala 3.ª Sección 5.ª) y 8 de marzo de 1993 (Sala 3.ª Sección 7.ª)».

Y la otra importante STS de 16 de febrero de 1990 del mismo ponente dice:

«En todo caso la idea solidaria resulta difícilmente conciliable con el sentido propio de un régimen sancionador, en el que lo lógico es que el Estado sancionador imponga la sanción a todos y cada uno de los sancionados, y no a cualquiera de ellos (lógicamente al más solvente si llegara a primar una concepción recaudatoria), a reserva de que luego en el ámbito de sus relaciones internas se aplique entre ellos el resarcimiento propio de la mancomunidad. La solidaridad tiene sentido aplicada a la responsabilidad civil (vid. art. 107 del Código Penal), y en relación con ella a las posibles prestaciones en favor de los trabajadores devenidas del evento en que se haya producido la infracción de medidas de seguridad; mas no en relación con la sanción misma...».

Aún considerando, pues, que el dueño de la obra fuera el «amo de casa» en tal contexto histórico normativo que estamos examinando, la no culpabilidad del mismo lo eximía del desplazamiento de la responsabilidad. Esta línea jurisprudencial debe entenderse reforzada hoy por la doctrina del Tribunal Constitucional en materia tributaria que estableció que la responsabilidad establecida gira en torno *al principio de culpabilidad*¹¹, y no se define como responsabilidad *objetiva o de resultado*; sin embargo, como aquella interpretación monstruosa, decimos —afortunadamente ausente de la jurisprudencia dominante de los últimos años—, ha cobrado vida de nuevo¹², conviene añadir algo más sobre las aventuras interpretativas de las disposiciones reglamentarias.

Volviendo al problema planteado por esta Circular (u otras análogas) y, conforme al ordenamiento administrativo vigente, las Circulares que contienen una cierta interpretación del ordenamiento jurídico han de ser publicadas para sus efectos jurídicos (arts. 21, 52, y 61 de la LAP 30/1992). Si ello es así ¿qué habrá de decirse de una Circular que invitaba a implicar un Real Decreto no declarado hasta el momento ilegal, y que sentaba una interpretación más sensata de semejante artículo 127 de la LGSS? ¿Qué puede decirse de una circular que criminaliza potencialmente a cualquier familia que decide construir una vivienda? Mas

¹¹ Como ha dicho la STC 76/1990 al analizar la responsabilidad solidaria, y dar cabida, como causa de exención al «error de derecho», «no existe un régimen de responsabilidad objetiva en materia de infracciones tributarias y... sigue rigiendo el principio de culpabilidad, ...principio que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del contribuyente...; precisamente porque la ley vincula esta responsabilidad a una previa conducta culpable, es evidente que el error de Derecho —singularmente el error invencible— podrá producir los efectos de exención o atenuación que le son propios en un sistema de responsabilidad subjetiva...».

¹² Cfr. la STS 3.^a Contencioso Administrativa de 18-12-1991 que declara la responsabilidad subsidiaria de una Cooperativa de Viviendas, por impago de cuotas del contratista, previo establecimiento del carácter «empresarial» de la Cooperativa. El razonamiento es que las «personas físicas» constructoras de viviendas para sí son distintas, en cuanto a la imputación de efectos, de las personas jurídicas. Estas tienen «entidad suficiente en Derecho para erigirlas» en centros de imputación de la actividad correspondiente. La trascendental STS de 2 de julio de 1983 de lo SOCIAL, con base en la aceptación de que el dueño de la obra, empresario, no era demandado, excluyó la responsabilidad subsidiaria del contratista o empresario principal fundamentándolo en la ignorancia de las subcontratas y en el origen civil (arts. 1.596 y 1.597 CC) de los pactos de los trabajos de construcción. Esta misma Sentencia recuerda que las dictadas por el Tribunal Central de Trabajo, con un sentido contrario, no tienen carácter de jurisprudencia a efectos del recurso de casación. La STS de 9-3-1981 (SOCIAL), citaba ya la vieja Reglamentación de Accidentes de Trabajo, y la doctrina de la STS Sala 1.^a de 25 de octubre de 1927, pero entendiendo que el propietario de la obra «o industrial» podía responder subsidiariamente en calidad de *Sociedad Anónima*, como responsable en concepto de «dueño de la obra».

pensaremos que poco importa una circular ilegal, si los jueces pueden desoírla; desgraciadamente, en el ámbito de la Seguridad Social, como en el de la Hacienda pública, tienen gran trascendencia práctica tales Circulares, ya que, por el juego conjunto del adelanto automático de las prestaciones a los trabajadores siniestrados, y por el juego del apremio administrativo automático sobre los bienes del sujeto responsable, una Circular puede llevar a la ruina inmediata patrimonios enteros de una universalidad de ciudadanos, según la aplicación del también inaceptable principio «solve et repete», paga, y después reclama; y todo, por medio de un simple acto administrativo declarativo de derivación de responsabilidad. Recuértese que los actos liquidatorios de las deudas sociales gozan de la «presunción de legalidad», como menciona el artículo 5 del RD 2.064/1995 Reglamento General de Cotización y Liquidación —diciendo, a pesar del contexto muy distinto del derecho democrático, algo que la legislación preconstitucional no se atrevió a elevar a principio de comportamiento en materia del cálculo de las cotizaciones—. Y ha de notarse el peligro patrimonial que planea sobre cualquier ciudadano en estas circunstancias, si la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o la Tesorería General deciden actuar al respecto; puesto que el «acto de derivación de responsabilidad» por causa del empresario declarado insolvente se comunica directamente al subsidiario responsable para el correspondiente pago en periodo voluntario (art. 12 del Reglamento de Recaudación 1.637/1995). De ahí la importancia de tal Circular, o de cualquier otra con parecidas intenciones.

Resulta, además, chocante que la Circular de la Dirección General de Ordenación comentada venga a contradecirse nuevamente en sí misma al interpretar el Reglamento de Recaudación aludido. Por un lado, dice que conviene aclarar que la expresión «propietario de la obra o industria», que recoge el artículo 12.1 del RD 1.637/1995 de Recaudación, tomándola del artículo 127 de la LGSS, debe interpretarse como sinónimo de «comitente» o «empresario principal» que contrata con otro «contratante o empresario secundario» la realización de las obras o servicios (aunque no correspondan a su propia actividad...), el cual, a su vez, puede celebrar con un tercero una «subcontrata» de esas mismas obras o servicios. Es decir —sigue el autor de la Circular—, a efectos de responsabilidad subsidiaria, la figura del «propietario de la obra o industria coincide con la del empresario principal entendida en los términos expresados». Con esto queda excluido, entendemos nosotros, todo aquel «cabeza de familia» constructor de su propia vivienda, por tal responsabilidad subsidiaria, ya que siempre habrá de verse en el propietario de la obra o industria contratada al empresario principal que actúa como tal, intentando construirse una vivienda propia. Mas por

otro lado, la Circular concluye estableciendo una condena generalizada para todos los españoles que acometan la peligrosa aventura de construirse una vivienda, sin que pueda saberse por qué: *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 que tal responsabilidad derive de incumplimientos con la Seguridad Social producidos durante el periodo de vigencia de la contrata. Esta responsabilidad* —sigue precisando la Circular— *será exigible en tanto no prescriba la respectiva obligación. Y termina diciendo en un circuito de razonamientos perfectamente recurrentes, después de tres densas páginas, que «En ningún caso es exigible responsabilidad solidaria cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto a su vivienda. Asimismo, no es exigible responsabilidad subsidiaria por los actos del propietario de la obra o industria cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda».*

Es decir, termina tal Circular en el punto inicial donde había intentando interpretar el artículo 127 de la LGSS. ¿Cuál es, pues, la intención confesada de tal Circular? Reparar la merma de las «garantías», se dice, infligida a los trabajadores por el Reglamento General de Recaudación citado, puesto que el artículo 12.1 de tal disposición reglamentaria impide «*declarar responsables en el pago de cuotas y en el de prestaciones, ante la insolvencia de sus empleados, al propietario de la obra o industria si la contrata o subcontrata no desarrolla la propia actividad del mismo...*», así que, nótese la soberbia expresión,

«... esta Dirección General entiende que la responsabilidad subsidiaria del propietario de la obra o industria, regulada en los artículos 127.1 y 194.1 de la LGSS, no requiere que existan contratas o subcontratos correspondientes a la propia actividad del contratante, *por lo que no debe aplicarse el Reglamento General de Recaudación* (¡sic!) en este punto, debiendo entenderse que ello afecta tanto a la obligación de cotizar como a la del pago de prestaciones, pues el sujeto responsable es el mismo y son exigibles a las mismas condiciones para los dos tipos de obligaciones...».

El exhorto no merece más comentarios, salvo el de constatar su nulidad radical; mas el final del proceso de la Circular no ha sido éste, es decir, un fracaso interpretativo. La solución ha consistido no en

persistir en la inaplicación del Reglamento de Recaudación en su versión anterior, sino en suprimir en la versión nueva la limitación de las contratas o subcontratas referidas a la propia actividad del contratante. Así la Circular podrá verse impostada en el ordenamiento jurídico. Esta es la solución vertida en la nueva modificación del RGR, antes transcrita.

Nada hay como convertir una ilegalidad manifiesta en una legalidad escrita, y elevarla de rango.

6. El agravamiento de la responsabilidad

Toda esta espesa maraña de hilos interpretativos que comentamos es onerosísima y propugnadora, en la práctica, de una responsabilidad objetiva absoluta en contra del ciudadano aisladamente considerado; y volcada en favor de la recaudación de cotizaciones y la recuperación de prestaciones sociales (gravámenes que ni siquiera en el ámbito de la responsabilidad de las Administraciones Públicas se admiten sin matizaciones, conforme al actual artículo 139 de la Ley estatal 30/1992 de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Poco importa, en este efecto gravosísimo, y para justificarlo, que se acuda a locuciones equivalentes como las del «...alcance subsidiario (que) deriva ex lege...», de tal tipo de responsabilidad subsidiaria (utilizada por la STSJ Madrid, citada), porque, en definitiva, lo que se viene a negar con tales expresiones es la aplicación de otros preceptos legales que dan fuerza a los pactos privados de matización o elusión de responsabilidades de derecho público, o a otros preceptos o principios fundamentales del Derecho que están sosteniendo los propios preceptos de responsabilidad de la legislación social. Es decir, se aplican aparentemente unos preceptos beneficiosos con la recaudación, pero se desatienden otros más fundamentales que los de la recaudación a toda costa. Con una tal doctrina, extensiva y gravosa, que invalidamos contundentemente, no se tiene en cuenta, además, el desplazamiento masivo de la conducta infractora, que se traslada a cualquier ciudadano español, que cumple con sus obligaciones cuando exige (si es que lo exige, y se le admite), que sean asumidas las altas y cotizaciones debidamente por el empresario contratado para la obra de su vivienda; tampoco se tiene en cuenta que la persona dueña de la vivienda encargada es, normalmente, ignorante de la fechoría de su ejecutor de la obra o contratista, y carece de medios o recursos legales para establecer una vigilancia de forma continua, y exacta, ya que, a más de no gozar de la

organización propia de cualquier empresa, la competencia de control reside en los órganos de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, y de la Tesorería General como queda dicho, no existiendo en nuestro ordenamiento, hasta el momento, la figura de los Inquisidores Privados de Seguridad Social o de los «amos» domésticos, o «cabezas» de familia policiales, en misiones de control de la vida laboral de los trabajadores empleados en la construcción de la vivienda. No se tiene en cuenta, con tal interpretación disparatada, que la lesión patrimonial masiva que se desplaza sobre los bienes de los ciudadanos individuales tiene carácter indiscriminado y universal, y que no guarda los requisitos de justificación en la ley, tipificación exacta y existencia individualizada de la negligencia o dolo, que es exigible, en general, de cualquier comportamiento infractor, y de la doctrina del derecho sancionador.

7. ¿Son endosables las infracciones a un tercero inocente?

Hablamos, en estos supuestos, de una infracción sistemática de las normas sociales cometidas por el comportamiento de un contratista o de unos subcontratistas, y no de otra cosa. No basta un juego de palabras para alterar la sustancia de los conceptos jurídicos. No basta decir que las multas por infracciones de la legislación social de la legislación de seguridad e higiene o los recargos, tienen carácter sancionador, y que, con tal carácter, son inimputables al dueño de la obra, amo de la casa o propietario de la Vivienda; pero que las cotizaciones, los capitales a constituir para responder de las pensiones correspondientes y las prestaciones de asistencia sanitaria, en su caso, son realmente imputables puesto que *no son sanciones*. Ya se ha dicho en otra ocasión que la sobrecarga de las multas o el desplazamiento de la responsabilidad en las prestaciones no descalifica a un mecanismo (el de desplazamiento de responsabilidad) como sanción, mientras que mantiene el otro (multas o recargos) con tal carácter, sino que estamos ante una acumulación sancionadora, ante un mecanismo de doble responsabilización o de doble sanción (o «triple» según otros)¹³. Substancialmente se quebranta en tales casos, debajo del velo de las palabras, el principio de presunción de inocencia por los actos, ya no personales, sino imputados a un

¹³ Cfr. SERRANO DE TRIANA, Adolfo, en el comentario a la STS 4.ª de 1-VI-1979 sobre la «Interpretación más favorable al administrado en materia de protección familiar», en JS, 1980, en relación con la responsabilidad regulada en los artículos 92 a 97 de la LGSS de 1966 y la observación hecha por ALONSO OLEA, M., sobre el alcance de tal «responsabilidad» en su libro. *Instituciones de Seguridad Social*. Civitas, Madrid 1985... pp. 358 y ss.

individuo por obra de un tercero¹⁴; se infringe el deber necesario de la tipificación de la obligación de prevenir los actos de un tercero, y se infringe flagrantemente el principio de proporcionalidad entre el hecho que se imputa al «amo» de casa, o «cabeza» de familia, con la consecuencia del despojo masivo de su patrimonio, por actos ignorados al tiempo de cometerse las infracciones ajenas. Es decir, con tales interpretaciones judiciales (afortunadamente aisladas) y administrativas, acaece *una infracción en cascada, por los poderes públicos, de todos los principios fundamentales del derecho sancionador*, entendidos en el sentido del «nuevo» tiempo constitucional, respecto de los cuales las normas administrativas generales establecen unos criterios de ineludible observancia en favor de la seguridad jurídica¹⁵. Evidentemente, en otro contexto normativo preconstitucional, presidido por las «Leyes Fundamentales» españolas, o sin ellas, o en tiempos del viejo Derecho romano, bastaría con una norma escrita, o una costumbre, respectivamente, que endosara todo tipo de gravámenes a un inocente para admitir el endoso de culpabilidad. No así, creemos, en nuestro tiempo democrático y constitucional.

8. ¿Se acomoda la interpretación criticada al principio de la libre empresa y su no obstaculización?

Tampoco considera esta interpretación agravadora precipitada que, de ser conocido por el común de la ciudadanía este intento de responsabilización, repercutiría muy negativamente, en orden a la inhibición de la contratación constructiva de la pequeña y mediana empresa, que es normalmente la que se ajusta a obra cierta y precio alzado para la construcción de la vivienda propia con los particulares (ya que estamos, por hipótesis, fuera del ámbito de la construcción comercial masiva de viviendas). Normalmente se acudiría antes, en la contratación particular de la vivienda unifamiliar, en su construcción o reparación, a un

¹⁴ Por cierto que una deformación interpretativa acostumbrada a trabajar con el carácter «dispositivo» del contrato laboral podría hacer pensar que, en tal ámbito, no juega el principio de presunción de inocencia. Pero como, es evidente, no estamos hablando del ámbito del contrato laboral, sino del ámbito de las cotizaciones y de las prestaciones de la Seguridad Social. Ya dijo clarísimamente la STC 30/1992 que en el ámbito del derecho administrativo sancionador o derecho penal administrativo, el «*ius puniendi*» del Estado (aquí vía la Administración de la Seguridad Social) ha de contar necesariamente con tal principio.

¹⁵ Como muestra, cfr. los artículos 127 y ss., de la Ley 30/1992, reguladora del Procedimiento Administrativo Común.

gran empresario que a un empresario modesto; no por la confianza de que los grandes empresarios cumplan fielmente sus obligaciones sociales, sino por la probabilidad de que los riesgos en materia de faltas de afiliación y cotización se diluyan más ampliamente, y puedan ocultarse mejor las infracciones, por el desplazamiento de los distintos trabajadores asignados a las distintas obras en ejecución, o por la mayor solvencia patrimonial que ofrecen los grandes patrimonios para responder por los impagos de las deudas con la Seguridad Social. De ahí la justeza de esa observación jurisprudencial que ya veía en las personas *jurídicas con estructura de empresa*, pero no en las personas físicas individuales, la traslación posible de tal responsabilidad subsidiaria. Tampoco puede despreciarse el impacto conflictivo que supone esta forma de entender la regulación criticada con las normas derivadas del Tratado de la Unión Europea sobre la existencia de obstáculos o «trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas» (art. 118 A TCE). No es otra cosa, sino un formidable obstáculo jurídico, la interpretación que amenaza solapadamente los patrimonios particulares por causa de contratar la construcción de una vivienda propia en calidad de amo de casa y propietario de la obra.

9. Recapitulación y conclusiones

En realidad, toda esta confusión que ha aterrizado en las sucesivas redacciones de la LGSS y del RGR SS tiene una fuente directa y un precedente en el preconstitucional Decreto de 22 de junio de 1950, del Ministerio de Trabajo, TR de la Legislación de Accidentes de Trabajo y su Reglamento. Puesto que en su artículo 2.º.1 se consideró «patrono» al «particular o compañía» propietarios de la obra, explotación o industria donde el trabajo se prestara; y como consecuencia, para el caso de subcontrataciones, se declaraba como tal «patrono» al contratista (*no al contratante*), subsistiendo la responsabilidad subsidiaria del propietario de aquella. Nótese que el propietario es, pues, la *Compañía contratante* de la subcontrata, o particular contratante de la subcontrata, es decir, el empresario colectivo (Compañía), o el particular contratante de la subcontrata (es decir, *el empresario físico o individual o que actúe con función masiva empresarial*); pero no el dueño que contrata, que sólo por incorrecta extensión puede denominarse «contratante». Pues tal alcance de responsabilidad no estaba pensado para el particular «amo de casa» o cabeza de familia, con inexistencia de actividad de giro o tráfico de empresa, que decide construirse su propia vivienda. Es decir, no

puede suponerse que las «garantías» en la cesión de personal y sus seguros, para un cierto sector de la población (los trabajadores), colectivo «uti singuli», debieran cebarse financieramente sobre el sacrificio indiscriminado de los patrimonios de los contratantes de la construcción (que no «constructores») de su vivienda familiar; ellos eran y son un colectivo «uti universi» y eran y son, potencialmente, la gran mayoría de los españoles. Una mayoría que responde con sus patrimonios individualmente. De ahí que el TR de Accidentes no mencionara al amo de casa que construye una vivienda propia. El Reglamento de Accidentes de Trabajo de la misma fecha insistió en la misma subsidiariedad responsabilizadora, mas ya matizaba que el patrono debía suscribir el Seguro Obligatorio y hacer las declaraciones necesarias sobre tenencia de obreros, salarios y pagos de primas. Es decir: se daba un instrumento de exención de responsabilidad al patrono, que, obviamente, no se daba para los cabezas de familia (en los cuales no parecía pensarse), y que hoy tampoco existe para los particulares que construyen su vivienda propia, como se ve en la falta de reconocimiento explícito de la legitimación para pedir las certificaciones de exención de responsabilidad por deudas de la Seguridad Social.

Según los antecedentes legislativos, el contexto y finalidad de las normas, y los principios constitucionales en materia de derecho sancionador por los que debería operar toda interpretación del artículo 127 de la LGSS, si no se entiende abrogado directamente (que es la interpretación más correcta) por el artículo 42 de la LET, párrafo *in fine* en su redacción actual, tenemos las siguientes conclusiones:

1. La expresión «propietario de la obra o industria contratada» debe referirse al empresario que es propietario de la obra o industria, pero no al «amo de casa» que es propietario de la obra contratada respecto de su vivienda. En tal sentido, «amo de casa» equivale a «cabeza de familia», expresión utilizada por el artículo 42 de la LET. Y así no existe responsabilidad solidaria ni subsidiaria para el particular contratante de la construcción de su vivienda. Nótese que la diferencia de consecuencias entre lo solidario y lo subsidiario, respecto del particular, puede traducirse en ocasiones en un simple problema de tiempo, y no se ve la justificación de que una vía se cierre antes (la solidaria) para abrir la misma vía después (la subsidiaria), en orden a responsabilizar su patrimonio de las deudas del contratista o subcontratista infractor.
2. La exención de responsabilidad por la actividad de los subcontratistas (o empresarios secundarios), a que se refiere el artículo 42 de la LET, no puede entenderse reducida tan sólo a la «solidaria»

sino que comprende también la «subsidiaria». La razón es que el artículo 42, en su apartado 1, y en su «rúbrica», no distingue tipos de responsabilidad y abarca todos los posibles, amén de que no pueda justificarse en razón alguna que el certificado de la Seguridad Social exonere de la responsabilidad solidaria, pero no de la subsidiaria.

3. De entender vigente el artículo 127 LGSS, la expresión «reparaciones» del n.º 2 del mismo precepto debe entenderse completada, según los antecedentes legislativos, y sobre todo, según la norma posterior, es decir, el artículo 42 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; y así hay que entenderla como «construcción o reparación o trabajos» que pueda contratar un cabeza de familia (aunque no tenga familia), o amo de casa (aunque no tenga casa), o titular del hogar (aunque aún no lo posea), respecto de su vivienda, como en este sentido admite otra jurisprudencia más ponderada. En definitiva, cualquier contratante particular de la construcción o reparación de su vivienda particular, o de la propiedad común consolidada en función de su vivienda particular. Otro entendimiento produce injusticia notoria, y priva de todo medio efectivo de defensa a los ciudadanos individuales (salvo que se entienda que el medio jurídico de defensa consiste en no contratar la vivienda, ni con tal contratista, ni con cualquier otro, y quedar privado de la misma, claro está).
4. Tampoco existirá esa responsabilidad, ni solidaria, ni subsidiaria, cuando la actividad contratada, aunque no sea en calidad de «cabeza de familia» o «amo de casa» no sea contratada «por razón de una actividad empresarial» por cualquier otra persona, sea o no empresario. Con lo que las Comunidades de Propietarios de pisos en régimen de Propiedad Horizontal, si bien no son «amos de casa» en sentido físico individual, resultan más próximas a la función de amo de casa que a la actividad propia del giro o tráfico empresarial constructivo, que justificó en su día (y hoy, muy discutiblemente) el traslado de la responsabilidad solidaria y subsidiaria a las Compañías Constructoras. Ha de pensarse que las interpretaciones *análogas peyorativas* no pueden admitirse actuando a través de la extensión del derecho sancionador o del derecho agravatorio; y que el círculo de semejanza de la propiedad de los elementos comunes de los propietarios de pisos viene trazado en razón de la proximidad con la propiedad exclusiva de sus viviendas, y no en razón de una hipotética o ficticia actividad empresarial imaginable sólo al efecto de extensión de responsabilidades. Dicho de otro modo: los elementos *comunes* sobre las

fincas en que se ha constituido un régimen de propiedad horizontal y la propiedad germánica extendida sobre aquéllos, están en razón de la propiedad individual de cada piso, de donde se deduce que lo accesorio sigue lo principal. *No conozco ningún dato por el que se pueda pensar que los propietarios compran sus viviendas para adquirir o reparar una copropiedad germánica.* Lo que enseña la experiencia es que la asunción de los elementos comunes se impone inevitablemente a la voluntad de los adquirentes de viviendas en régimen de propiedad horizontal, de modo ciertamente automático y necesario, mas en clima de absoluta ignorancia de una hipotética asunción de responsabilidad pública e indeterminada por la infracción de deudas sociales de un tercero en la manipulación futura de esos elementos comunes. Así ha de entenderse que, cuando se opera analógicamente extendiendo la responsabilidad a los propietarios de vivienda por los actos del contratista o subcontratistas que incumplen sus obligaciones en materia de seguridad social, no solamente se les extiende un ordenamiento odioso, como gravamen o sanción colectiva, sino que se comete una irregularidad de interpretación lógica estricta, dado que el supuesto de hecho por el que la Comunidad de Propietarios repara su finca está más próximo al de amo de casa o propietario de vivienda que construye o repara, que al de empresario que actúa en operaciones de giro o tráfico constructivo, con lucro mercantil. Se trata, por tanto, de evitar una extensión analógica «in mala parte», como ya advirtió la STC de 5 de junio de 1995, respecto a los recargos sancionadores; o se trata de precisar que la responsabilidad subsidiaria o solidaria sólo puede admitirse si la Ley formal hubiera tipificado expresamente que los amos de casa, titulares del hogar o cabezas de familia, o las Comunidades de Propietarios, tienen el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por el empresario contratista, o subcontratista, en consonancia con lo preceptuado por el artículo 131.3 de la Ley estatal 30/1992 sobre Procedimiento Administrativo Común, precepto también aplicable al funcionamiento de la Administración de la Seguridad Social. En este problema, no se conoce *ninguna Ley* que haya establecido tal deber de prevención hasta el momento, afortunadamente.

5. Otra interpretación que extienda *omnes gentes*, sobre cualquier ciudadano contratante de su vivienda familiar, la responsabilidad económica masiva por actos desconocidos del constructor de su obra, supone transferir una responsabilidad sancionadora en bloque, para la que no se encuentra fundamento constitucio-

nal. Inútil es aclarar que el reproche de inconstitucionalidad no desaparece simplemente con *eludir el nombre* de «sanción» en una disposición normativa, si los efectos son materialmente equivalentes o propios de una sanción o de un castigo. No se trata de los nombres o de los términos lingüísticos, como ya se ha dicho, sino de los efectos reales introducidos por estas palabras y estas normas en la esfera patrimonial del administrado. O dicho en paladino, no sonajas, sino sustancia¹⁶.

6. El criterio jerárquico interpretativo refuerza inexorablemente lo expresado, dado que la versión actual del artículo 42 de la LET es posterior al artículo 127.2 del TR LGSS: ha de interpretarse la descoordinación legislativa padecida según el criterio de la *lex posterior*, y con relación al contexto de garantías laborales donde se formula la doctrina de la responsabilidad por deudas de la seguridad social, manifiestamente extraña al círculo de actos propios de la conducta de un comprador o contratante de su vivienda familiar. En este contexto de superposición de preceptos legales, las modificaciones introducidas en el RGR SS, ya comentadas, no pueden añadir ningún agravamiento de la condición de responsables subsidiarios en los cabezas de familia o amos de casa, respecto de las obligaciones de la Seguridad Social, incumplidas por sus contratistas o subcontratistas.
7. Finalmente, la mención de la responsabilidad, en concepto de solidaria, hecha por el n.º 2 del artículo 42 LET, imputable al empresario principal, se refiere sólo al caso de que tales certificaciones no hubieran podido exonerar al empresario subcontratado de estar al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social.

¹⁶ Véase como ejemplo de numerosísimas Sentencias la del TSJ Madrid de 16 de marzo de 1996, Sala de lo Contencioso Administrativo, que califica los hechos de la infracción en materia de afiliación, alta y cotización como hechos sancionables administrativamente por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

En línea de lo comentado antes sobre la naturaleza sancionadora del desplazamiento de la responsabilidad empresarial, nótese que, en general, la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y Sanciones en el Orden Social, tipifica como infracciones y las correlativas sanciones los supuestos de irregularidades flagrantes en materia de afiliación, alta y cotización de trabajadores en los artículos 14 y ss. Y por eso se apresura a decir el artículo 44 que «las sanciones que puedan imponerse a los distintos sujetos responsables se entenderán sin perjuicio de las responsabilidades exigibles a los mismos, de acuerdo con los preceptos de la Ley General de la Seguridad Social y sus disposiciones de aplicación y desarrollo». Es decir, el supuesto es el mismo, la infracción, y la consecuencia es la multiplicidad de sanciones, con base en los mismos hechos, en solución que habrá de ser reconsiderada algún día constitucionalmente.