

Controversias jurídicas en materia de Seguridad Social en la aplicación de la Ley 6/2017, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, y propuestas de mejora

José Alberto Nicolás Bernad

*Profesor titular (acreditado a catedrático) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Zaragoza
Magistrado-Suplente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón*

EXTRACTO

La abrumadora mayoría de la población activa presta sus servicios para pymes, al frente de las cuales se encuentra un trabajador autónomo, con independencia de la forma jurídica que adopten aquellas. El mejor tratamiento normativo que pueda dispersarse a tales propietarios o representantes legales tendrá su correspondiente contrapartida tanto en la creación como en el mantenimiento de sus empresas representadas. Tras 10 años de vigencia de la Ley 20/2007, del Estatuto del trabajo autónomo, como primer marco legal específico protector, periodo en el que también se añadieron otras disposiciones refundidas en la Ley General de la Seguridad Social de 2015, es momento propicio para la reflexión crítica sobre su balance aplicativo y dogmático, con ocasión de la aprobación de la Ley 6/2017, y mediante el presente estudio, mejorar, extramuros de la complacencia del legislador, la eficacia de todo ese elenco normativo y solucionar determinados problemas interpretativos y prácticos.

Palabras clave: trabajador autónomo; Seguridad Social.

Fecha de entrada: 09-01-2018 / Fecha de aceptación: 03-04-2018

Legal disputes in matters of Social Security in the application of Law 6/2017, of Urgent Reforms of Autonomous Work, and proposals for improvement

José Alberto Nicolás Bernad

ABSTRACT

The overwhelming majority of the active population provides services for SMEs, at the head of which is an independent worker, regardless of the legal form adopted by them. The best regulatory treatment that can be dispersed to such owners or legal representatives will have its corresponding counterpart, both in the creation and in the maintenance of their represented companies. After ten years of law 20/2007, of the Statute of autonomous work, as the first specific protective legal framework, period in which other provisions were also added in the 2015 LGSS, it is a propitious moment for critical reflection on its application and dogmatic balance, on the occasion of the approval of Law 6/2017, and through this study, improve, beyond the walls of the legislator's complacency, the effectiveness of all that normative cast and solve certain interpretative and practical problems.

Keywords: self-employed worker; Social Security.

Sumario

1. Aspectos controvertidos sobre actos de encuadramiento
 - 1.1. Afiliación, alta y baja del trabajo autónomo hasta tres veces durante el año natural y sus efectos
 - 1.2. Novedades en el encuadramiento de familiares discapacitados
2. Problemática jurídica de la Ley 6/2007 en materia de cotización
 - 2.1. Bonificaciones y reducciones a la Seguridad Social del trabajador autónomo
 - 2.2. Nuevas posibilidades en el cambio de base de cotización al RETA
 - 2.3. Base de cotización para empresarios individuales que empleen a 10 o más trabajadores y autónomos de sociedades mercantiles con control en el capital social
3. Consideraciones jurídicas en materia de recaudación a la Seguridad Social
 - 3.1. La insuficiente moderación del recargo de mora, como reacción a la desmedida recaudación propugnada por el Real Decreto-Ley 20/2012
 - 3.2. Devolución de cuotas en supuestos de pluriactividad
4. Reflexiones jurídicas sobre prestaciones y contingencias protegidas en favor del trabajador autónomo
 - 4.1. Los cambios en la jubilación activa
 - 4.2. La novedosa protección del accidente *in itinere* del trabajador autónomo

Referencias bibliográficas

NOTA: Artículo elaborado en el seno del grupo de investigación de referencia reconocido por el Gobierno de Aragón (2017-2019), con financiación del Fondo Social Europeo; en el del proyecto de investigación de la Universidad de Zaragoza UZ 2017-SOC-02 y en el del programa estatal de fomento de la investigación científica y técnica de excelencia, subprograma estatal de generación de conocimiento del MINECO: «Del Derecho de la crisis económica a la recuperación del empleo: la experiencia judicial aplicativa de la reforma laboral española». DER2017-85148-P.

Cómo citar este artículo:

Nicolás Bernad, J. A. (2018). Controversias jurídicas en materia de Seguridad Social en la aplicación de la Ley 6/2017, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, y propuestas de mejora. *RTSS.CEF*, 422, 27-59.

1. ASPECTOS CONTROVERTIDOS SOBRE ACTOS DE ENCUADRAMIENTO

1.1. AFILIACIÓN, ALTA Y BAJA DEL TRABAJO AUTÓNOMO HASTA TRES VECES DURANTE EL AÑO NATURAL Y SUS EFECTOS

Una de las medidas estrella de la reforma operada por la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, es la posibilidad de dar de alta al trabajador autónomo hasta 3 veces en el año natural, teniendo efectos, en cuanto a actos de encuadramiento y cotización, a partir del día del comienzo de la prestación de servicios como tal trabajador, en idéntico sentido que las bajas en el referido régimen, y hasta 3 en dicho año natural, teniendo validez efectiva el día en que se dejen de prestar servicios por cuenta propia.

La modificación obedece a una reiterada reivindicación de los colectivos de trabajadores autónomos por el injusto tratamiento que se recibía, hasta ahora, en este ámbito cuando se comenzaba la prestación de servicios en dicho régimen especial.

En efecto, carecía de sentido que un autónomo que iniciara su actividad el último día del mes tuviera obligación de ingresar la cotización completa del mes natural al de su alta, al tener efectos, esta última, el día primero de aquel, con independencia del momento de la incorporación del trabajador autónomo a la actividad económica de su empresa¹.

Esta inexplicable exigencia reglamentaria ha traído consigo la negativa de muchos trabajadores autónomos, titulares de empresas individuales, a proceder a la apertura de sus respectivos negocios a finales de cada mes para evitar el pago completo de su liquidación al RETA (Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o Autónomos) en meses de actividad parcial, con los efectos negativos que ello conlleva también para el empleo (los trabajadores tampoco eran encuadrados hasta que no lo era el autónomo de cuya cuenta de cotización dependían) y para la progresión económica general, al retardarse artificialmente la activación empresarial.

¹ Lo que suponía, en palabras de Monereo y Rodríguez (2017, p. 9), un enriquecimiento injusto por parte del sistema porque, según estos autores, dicha obligación de cotización del mes completo no se traducía en una mayor protección, y de las que debe discreparse, pues tal obligación se correspondería con una mayor ocupación cotizada, a efectos de cumplir con la carencia genérica de determinadas prestaciones. Cuestión diferente era el obligado coste que ello suponía.

Tampoco se sustraían a esta práctica los trabajadores autónomos, titulares de pymes, que adoptaban la forma jurídica de sociedad de capital, cuya participación en este último determinaba su inclusión en el RETA, a los efectos del artículo 305.2 b) de la Ley General de la Seguridad Social de 2015 (LGSS). Para tal pretensión era una práctica muy extendida solicitar el alta censal en una actividad económica ante la Agencia Tributaria el primer día del mes natural, coincidiendo así, en mayor medida, con el alta en el RETA, pues si aquella se hubiera dado de alta en los últimos días del mes, hubiera conllevado los correlativos efectos en el encuadramiento en Seguridad Social de determinados socios que, además de desempeñar el cargo de administrador o consejero en aquella, tenían también un control efectivo en el capital social, de conformidad con las presunciones establecidas en aquel precepto.

Para superar estas prácticas, no se duda por el legislador, de modo acertado a mi juicio, en reformar, a través de distintas disposiciones de la Ley 6/2017, los artículos 35.3, 46, 48.2 y la disposición transitoria segunda del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, y 45 y 55.2 del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre.

Como puede comprobarse, la técnica jurídica utilizada por el legislador es ciertamente alambicada porque la medida no solo incide en actos de encuadramiento, de afiliación y alta, sino también en aspectos de la cotización de los regímenes especiales, lo que conlleva la modificación de no pocos artículos de las normas reglamentarias que desarrollan estos aspectos (Monereo y Rodríguez, 2017; Sempere, 2017; Cavas, 2017).

Así, en el artículo 46.2 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, se establece ahora que las afiliaciones y las altas, iniciales o sucesivas, serán obligatorias y producirán los siguientes efectos en orden a la cotización y a la acción protectora:

- a) La afiliación y hasta tres altas dentro de cada año natural tendrán efectos desde el día en que concurran en la persona de que se trate los requisitos y condiciones determinantes de su inclusión en el campo de aplicación de este régimen especial, siempre que se hayan solicitado en los términos establecidos, respectivamente, por los artículos 27.2 y 32.3.1.º de este reglamento.

Es preciso concretar que la afiliación, por sí sola, no produce efecto alguno ni en la cotización ni en la acción protectora, sino que supone la incorporación del trabajador autónomo a la Seguridad Social mediante la asignación de un número con carácter vitalicio. Este acto de encuadramiento reza en singular, al ser la afiliación única.

Cuestión distinta se plantea con las 3 posibles altas dentro de cada año natural, número de veces que no se produce, en la práctica, salvo en supuestos de actividades por cuenta propia cíclicas o de carácter discontinuo que, en razón de su objeto, tengan distintos momentos de culminación a lo largo del año, siendo necesaria la tramitación de sucesivas altas y bajas. Es claro

que en estos supuestos la reanudación o cese en la actividad por cuarta vez en el año determinará el encuadramiento y la cotización del mes completo (art. 46.2 b) RD 84/1996), siendo la regla general, ahora, que tengan efecto desde el día del alta cuando dicho acto de encuadramiento no se reitere más de 3 veces en el año. La reforma contiene otro condicionante para que tenga lugar válidamente esta última consecuencia, que es que el alta se produzca con anterioridad a la iniciación de la prestación de servicios del trabajador por cuenta ajena o de la actividad del empleado por cuenta propia², es decir, en idénticos términos que los obligados para trabajadores por cuenta ajena.

De no cumplirse con este último requerimiento, los efectos serán desde el día primero del mes natural en que se reúnan los requisitos para la inclusión en este régimen especial (art. 46.2 c) RD 84/1996).

De modo simétrico a las altas, la reforma también afecta a las bajas. Así, la nueva redacción dada por la Ley 6/2017 al artículo 46.4 del Real decreto 84/1996, de 26 de enero, implica ahora que:

4. Las bajas de los trabajadores en este régimen especial producirán los siguientes efectos en orden a la cotización y a la acción protectora:

a) Hasta tres bajas dentro de cada año natural tendrán efectos desde el día en que el trabajador autónomo hubiese cesado en la actividad determinante de su inclusión en el campo de aplicación de este régimen especial, siempre que se hayan solicitado en los términos establecidos por el artículo 32 de este reglamento.

b) El resto de las bajas que, en su caso, se produzcan dentro de cada año natural surtirán efectos al vencimiento del último día del mes natural en que el trabajador autónomo hubiese cesado en la actividad determinante de su inclusión en el campo de aplicación de este régimen especial, siempre que se hayan solicitado en los términos establecidos por el artículo 32 de este reglamento.

Se corrige así, en idéntica correlación, la obligación de cotizar el mes natural completo aunque el cese en la actividad hubiera tenido lugar el día primero del mismo, lo que, hasta el momento, también fue objeto de quejas y reivindicaciones de los colectivos de trabajadores autónomos, para que, a partir de acciones normativas como la presente, los efectos del alta y su cotización solo alcanzaran hasta el día efectivo de la baja (*vid. sino*, Planas, 1997, p. 86).

Una vez que se cursa la cuarta baja en el año natural, la cotización y el alta se mantienen durante el mes natural completo al de dicho cese, encontrándose este dentro de la categoría que la letra b) del precepto estudiado identifica como «el resto de bajas» (Cavas, 2017, p. 175).

² Monereo y Rodríguez (2017, p. 9) advierten expresamente: «siempre que se haya solicitado dentro de plazo».

Problemas interpretativos genera la baja tramitada fuera del plazo de 3 días naturales, a los que hace referencia el artículo 32.3.2.º del Real Decreto 84/1996.

El inciso final del artículo 46.4 a) establece que el efecto de la baja será desde el día en que el trabajador autónomo hubiese cesado en la actividad económica desempeñada y tendrá efecto «siempre que se haya solicitado en los términos establecidos por el artículo 32 de este reglamento». Así, parece entenderse, inicialmente, que la baja solicitada más allá de los 3 días naturales reglamentarios no produce el beneficioso efecto del día del cese, sino que se aplica la excepción del último día del mes natural al de dicho fin de actividad. De este modo, podría contemplarse el efecto de la interpretación sistemática del artículo 46.4 b) del Real Decreto 84/1996, que comienza expresando que el resto de las bajas surtirán efectos al vencimiento del último día del mes natural en que el trabajador autónomo hubiese cesado, es decir, las demás extinciones que no reúnan los requisitos de la letra a), esto es, las que no se tramiten en sus 3 días naturales siguientes.

No obstante lo anterior, el artículo 46.4 c) del Real Decreto 84/1996, con el que, a mi juicio, ha de hacerse la oportuna hermenéutica, establece que cuando la baja no se solicite en el plazo (de 3 días) establecido, «el alta así mantenida surtirá efectos en cuanto a la obligación de cotizar en los términos que se determinan en el artículo 35.2 de este reglamento», última norma reglamentaria a la cual habrá de estarse en cuanto a los efectos de la baja formulada fuera de dicho término, que no es otro, según dicho precepto, que el de que la obligación de cotizar se mantenga (y por consiguiente los efectos del alta) «hasta el día en que la Tesorería General de la Seguridad Social conozca el cese en el trabajo (...), en la actividad por cuenta propia».

No se aplicará, por lo tanto, el efecto del último día natural al del cese de la actividad, sino el momento del conocimiento por parte del organismo común de recaudación del cese en la actividad por cuenta propia, que puede ser posterior o anterior al del último día del mes natural al de la baja, sin perjuicio de poder acreditar ante aquel el momento real en que la actividad culminó (art. 45.3 d) *in fine* RD 2064/1995, de 22 de diciembre)³.

No obstante, si bien resulta acertada la medida legislativa tendente a corregir la cotización completa del mes natural en supuestos de actividad parcial durante el mismo, tal acción normativa no está libre de contrapartidas en favor del Estado.

En efecto, los poderes públicos también son conscientes de la falta de encuadramiento voluntario que se produce, en ocasiones, por parte de los trabajadores autónomos, a pesar de encontrarse en situaciones en las que es patente su prescripción (Cruz, 2017, p. 620). El hecho de tener obligación de cotizar, hasta la entrada en vigor de la Ley 6/2017, el mes natural completo, con independencia del día del alta en el RETA, no ha estado exento de inconvenientes en materia de inspección y recaudación.

³ Previsión normativa en línea con antiguas corrientes judiciales y doctrinales (Villar y Hernández, 1994, p. 965).

Así, hasta la vigencia de la ley estudiada, el artículo 22.7 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (TRLISOS), aprobado por Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto, explicitaba, como infracción grave, no solicitar los trabajadores por cuenta propia, en tiempo y forma, su afiliación inicial o alta en el correspondiente régimen especial de la Seguridad Social «cuando la omisión genere impago de la cotización que corresponda». Este inciso final del precepto ha traído y traerá abundantes problemas, pues invita al incumplimiento durante la realización de determinados trabajos autónomos. De este modo, si la Inspección de Trabajo sorprende a estos trabajadores realizando cualquier actividad por cuenta propia y que ha resultado desempeñada, en realidad, durante bastante tiempo, circunstancia esta última que se oculta a la Inspección, bastaría con darse de alta tras la visita cursada, pues su efecto lo será desde el primer día del mes natural y se cotizará completo, no materializándose jamás el tipo de la infracción porque la omisión del alta no genera impago en la cotización correspondiente, pues con independencia del momento del mes en que se produzca, la cotización se hará por mes completo.

Es claro que tales conductas fraudulentas, culminadas en la impunidad, son de difícil encaje, por el contrario, en supuestos en los que el alta en el RETA es indiscutible desde determinado momento. Se trata de casos en los que la actividad se ha iniciado por un empresario individual que ha omitido su afiliación o alta u otros en los que se hace a través de la fórmula de una sociedad de capital unipersonal, cuyo socio es, a la vez, administrador, siendo el denominador común en ambos supuestos la superación del mes en la prestación del trabajo autónomo.

Con independencia de todo ello, la falta de alta del trabajador autónomo conllevaba, hasta la modificación de la Ley 6/2017, una multa de 626 euros, sanción que se antoja muy poco disuasoria (Cámara, 2008, p. 60) y que facilita el incumplimiento de la obligación de alta y cotización. Para evitar estas prácticas, la novedad legal estudiada acelera el carácter expeditivo frente a tales inobservancias.

En primer lugar, cualquier actividad autónoma ejercida sin el consiguiente alta en el RETA llevará aparejada la cotización del mes completo en el que se observe por parte de la Inspección de Trabajo, con independencia de que la visita se produzca el último día natural del mes y sin que el trabajador autónomo pueda ser beneficiario de los días proporcionales al mes en alta (arts. 45 2 b) y c) RD 2064/1995 y 46.2 c) RD 84/1996).

En segundo lugar, todos los trabajadores autónomos que sean sorprendidos sin darse de alta en el RETA, cuando se encuentren en su ámbito de aplicación, por la Inspección de Trabajo, siempre y cuando no superen las 3 altas en el año natural en el que se ha girado visita, serán sancionados con una multa mínima de 3.126 euros, en lugar de los 626 precedentes a la modificación legal de la Ley 6/2017 (arts. 22.7 a) y 40.1 e).¹ TRLISOS), igualándose a la sanción mínima resultante de la falta de alta de los trabajadores en el Régimen General⁴.

⁴ Novedad que parece esencial y sobre la que no se repara en algunos estudios, como en Monereo y Rodríguez (2017) y Cavas (2017, pp. 173 a 178). Sí se hace, por el contrario, en Sempere (2017, pp. 10 y 11).

La antigua sanción por infracción grave, de 626 euros, solo se mantiene para supuestos de alta en el RETA fuera de plazo, sin que medie actuación inspectora (art. 22.7 b) TRLISOS), o cuando se ha llegado a la cuarta alta en el año natural, pues en este último supuesto existiría la obligación de cotizar el mes completo. En este último caso, continúa el condicionante, a mi juicio equivocado, de que tal infracción solo se consumará cuando la omisión genere impago de la cotización que corresponda (art. 22.7 c) TRLISOS), pues este inmovilismo legal abundará en la reiteración de conductas fraudulentas de omisión de alta y cotización en la forma descrita anteriormente, pasando por alto una oportunidad legal para evitarlas, igualando la infracción a la del artículo 22.7 a) (3.126 €), porque lo determinante no es que tenga que cotizar el mes completo sino que la situación irregular se hubiera mantenido de no ser por la visita de inspección. Además de ello, tal omisión seguirá impune con tal de que se abone el mes o meses en los que se detectó.

1.2. NOVEDADES EN EL ENCUADRAMIENTO DE FAMILIARES DISCAPACITADOS

Otra medida de encuadramiento que debe reseñarse, por introducirla la Ley 6/2017, en concreto su disposición final sexta, modificando la disposición adicional décima de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (LETA), y el artículo 12.2 de la LGSS, es la ampliación de los supuestos en que el autónomo puede contratar a hijos mayores de 30 años con discapacidad física o sensorial con un grado entre el 33 y el 65 % si causan alta en el sistema por primera vez, cuando antes solo era posible si tal discapacidad era igual o superior al 65 %, si bien, en este último supuesto, con independencia de ser o no alta por primera vez en el sistema⁵.

Se trata de un nuevo intento del legislador de animar al autónomo a dar de alta a los familiares colaboradores en el Régimen General, aunque convivan con él, sin saberse muy bien dónde se encuentra la ventaja que ello conlleva, salvo supuestos de prestación de servicios a tiempo parcial⁶, por no decir un mayor coste en la cotización cuando se escoge este último régimen [no se percibe, en ningún caso, la prestación por desempleo –advertencia hecha también por Sempere (2017, p. 8) y Cavas (2017, p. 174)–], motivo por el cual dicha medida ha tenido escasa acogida y no parece que el nuevo derecho vaya a provocar variación alguna en las preferencias de encuadramiento del trabajador autónomo respecto a sus familiares cuando es posible optar legalmente entre el RETA y Régimen General.

⁵ Monereo y Rodríguez (2017, p. 8) apuntan a que esta modificación del artículo 12.2 de la LGSS por la Ley 6/2017 afecta a todo el sistema de Seguridad Social y no solamente al RETA, pero la realidad es que la única incidencia práctica es en este último régimen, tal y como se desprende de la literalidad del mencionado número 2 del artículo 12.

⁶ Algo perfectamente posible, y advertido por Cavas (2017, p. 173). Inusual también, advierte este autor, de las bonificaciones por contratación de familiares.

2. PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA LEY 6/2007 EN MATERIA DE COTIZACIÓN

2.1. BONIFICACIONES Y REDUCCIONES A LA SEGURIDAD SOCIAL DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO

La introducción de la llamada, en la jerga ministerial, «tarifa plana» por el apartado ocho del artículo primero de la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social, tiene su oportuna modificación con la Ley 6/2017. Así, aquella ley de 2015 instauró en el artículo 31 de la LETA aquella medida, conscientes sus impulsores legales de que introduciendo una cotización simbólica de 50 euros, durante los 6 primeros meses del inicio de la actividad por cuenta propia o de su reanudación tras 5 años de inactividad, traería un efecto llamada en la incorporación al sistema de estos trabajadores.

A mi juicio⁷, las nuevas altas en el RETA de trabajadores por cuenta propia en nada son motivadas por esta reducción en la cotización, sino por causas ajenas a los incentivos de Seguridad Social⁸, que tienen que ver, en mayor medida, con el mayor optimismo en las perspectivas económicas y con un aumento de la demanda, residenciada en una mayor competitividad de nuestro sistema productivo, tanto local como exterior.

No obstante, el legislador insiste en mejorar tal incentivo de Seguridad Social⁹ ampliando a 12 meses el importe de la mencionada tarifa plana, en vez de los 6 anteriores contemplados en el meritado artículo 31. Esta ampliación temporal de disfrute se prevé ahora también para quienes, al inicio de su emprendimiento o reemprendimiento¹⁰, elijan una base superior de cotización a la mínima que les corresponda, aplicándoles una reducción del 80 % sobre la cuota por contingencias comunes, siendo la cuota a reducir la resultante de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, incluida la incapacidad temporal. En idéntico sentido se otorga este mismo beneficio a quienes reemprendan pasados

⁷ Y a pesar de que la llamada «tarifa plana» sea calificada como «importante y popular» por algún sector doctrinal (Sempere, 2017, p. 8).

⁸ Medidas como la tarifa plana han sido muy criticadas por otros sectores doctrinales por afectar «de modo pernicioso» al presupuesto de la Seguridad Social (Cavas, 2017, p. 178).

⁹ Se observa un laberinto normativo de bonificaciones y reducciones que, más que facilitar la contratación mediante su incentivo, crean una importante inseguridad jurídica ya advertida por la disposición final octava del Real Decreto-ley 16/1013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, necesitando de una refundición y reorganización normativa, en términos de Monereo y Rodríguez (2017).

¹⁰ Importante como fórmula de activación del empleo (Sempere, 2017, p. 3).

2 años¹¹ de su baja en el RETA, cuando la previsión precedente a la reforma legal contemplaba una espera de 5 años para entender hábilmente efectuado dicho retorno¹².

Una cuestión sobre la que se repara ahora es la del disfrute de los beneficios correspondientes a la tarifa plana en periodos anteriores al reemprendimiento, pues sería excesivo incentivar a quien ya ha sido incentivado con anterioridad. Para ello, la nueva previsión legal exige 3 años de baja previa en el RETA para acogerse nuevamente a la reducción, en la previsión que realiza la nueva redacción del artículo 31.3 y 32.2 de la **LETA**.

No obstante, esta novedad, no aclara si ese periodo de espera de 3 años debe también exigirse a quien disfrutó parcialmente de la totalidad del periodo legal de tarifa plana (6 meses) o solo para quien agotó esta última situación de beneficio, ya que la novedad que incorpora la Ley 6/2017 en aquel precepto prescribe que «hubieran disfrutado de dichos beneficios en su anterior periodo de alta en el citado régimen especial», sin que aclare si por «dichos beneficios» ha de entenderse la totalidad del potencial periodo de reducción permitido o de una parte de este último, pudiendo disfrutarse, en este caso, lo que queda de él y hasta los 12 meses que permite esta última ley estudiada. Los criterios técnicos que se dicten por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) deberán aclarar esta confusa hermenéutica.

Estos incentivos se igualan en cuantía y extensión temporal a los que el artículo 32 de la **LETA** deparaba y depara para las personas con discapacidad, víctimas de violencia de género y víctimas del terrorismo que se establezcan como trabajadores por cuenta propia, por lo que carece de sentido, en mi opinión, dedicar un precepto independiente para estos colectivos especialmente protegidos, cuando todos tienen idéntico beneficio, por la mera aplicación del precedente artículo 31 en la nueva redacción otorgada por la Ley 6/2017.

Otras medidas de bonificación contempladas en la Ley 6/2017 en la cotización al RETA tienen su fundamento en la conciliación de la vida laboral¹³ y familiar. En concreto, el artículo 30.1 de la **LETA** previene una bonificación del 100% de la cuota de autónomos por contingencias comunes que resulte de aplicar a la base media que tuviera el trabajador en los 12 meses anteriores a la fecha en la que se acoja a esta medida, el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento establecido en el citado régimen, para el cuidado de un menor de 12 años a su cargo (anteriormente menores de 7 años).

Con anterioridad a esta reforma, el presupuesto para tener derecho a la bonificación indicada se antojaba muy limitado con respecto a sus posibles destinatarios porque dejaba fuera de la posibilidad de conciliación el supuesto de cuidado de menores mayores de 7 años que todavía

¹¹ Lo que, en términos de Cavas (2017, p. 170), se entiende como mecanismo de «segunda oportunidad».

¹² Los alambicados cambios en los incentivos y bonificaciones a la cotización introducidos por la Ley 6/2017 tienen una interesante representación gráfica en Monereo y Rodríguez (2017, p. 13).

¹³ O vida «profesional», como prefiere Sempere (2017, p. 7).

se encontraban necesitados de un control parental permanente y que aún no habían concluido su etapa de educación primaria. Era, precisamente, esa última frontera educativa la que tuvo en cuenta la reforma laboral de 2012, a través del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, para ampliar el derecho a la conciliación para el cuidado de menores de 12 años a su cargo, cuando antes de esta última reforma tal facultad solo alcanzaba a supuestos de guarda de menores de 8 años, con correlativa reforma del artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores de 1995. Sin embargo, no tuvo la correlativa modificación de otras medidas de conciliación, como la que ahora se estudia, relativa a trabajadores autónomos, limitada a supuestos del cuidado de menores de 7 años, con el consiguiente vacío bonificador tras el cumplimiento de dicha edad, cuando las necesidades de conciliación persistían en mayor medida, si cabe¹⁴.

La reforma que persigue la Ley 6/2017 es, a todas luces, acertada y en aras de la corrección de estas situaciones reseñadas, susceptibles de oportuno amparo legislativo.

A mayor abundamiento, esta última reforma normativa mantiene la bonificación hasta un máximo de 12 meses si el menor cumple 12 años (antes 7 años), con carácter previo a la finalización del disfrute de la bonificación (art. 30.3 LETA).

La ampliación de los supuestos contemplados para tener derecho a bonificaciones en la cotización de la Seguridad Social se concreta igualmente en el artículo 38 de la LETA, pues la reforma de la Ley 6/2017 introduce también a los trabajadores autónomos en situación de guarda de menores con fines de adopción como beneficiarios de las bonificaciones contenidas tradicionalmente en dicho precepto. La novedad esencial que incorpora en esta última norma el legislador es que para ser destinatario de tales beneficios no será requisito que el autónomo sea sustituido en los términos del Real Decreto-ley 11/1998, de 4 de septiembre, mediante un contrato de interinidad bonificado, lo cual resulta un cambio importante (Sempere, 2017, p. 7) (bonificación de la que puede seguir disfrutando la empresa y que la nueva redacción declara expresamente compatible), sino encontrarse en cualquiera de las situaciones de la rúbrica del mencionado artículo 38 (maternidad, paternidad¹⁵, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural). Se corrige así, a mi juicio, una situación ciertamente mejorable, como es la de que se tenga obligación de cotizar durante periodos de inactividad subsidiada, solo excepcionada en aquellos supuestos en los que se haga una aportación paralela al mercado de trabajo (que no a la cotización por estar bonificada al 100%), a través de la contratación de un trabajador que sustituya al autónomo, con el consiguiente gasto salarial para este último¹⁶.

El nuevo artículo 38 bis de la LETA, diseñado también por la Ley 6/2017, en la línea de promover la conciliación de la vida laboral y familiar, antes inexistente, aprueba una también nove-

¹⁴ En línea con Barrios (2011, p. 85).

¹⁵ Para el supuesto de paternidad, y exigiéndose que el descanso tenga una duración mínima de 1 mes, teniendo en cuenta que la paternidad tiene una duración de 4 semanas ininterrumpidas (que no es lo mismo que 1 mes), será, en opinión de Monereo y Rodríguez (2017, p. 15), de imposible aplicación.

¹⁶ *Vid.* Serrano (2002, p. 2.260).

dosa bonificación a trabajadoras autónomas que se reincorporen a la vida activa tras maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento y tutela¹⁷ durante los 2 años siguientes al cese de su actividad. La bonificación consistirá en: (1) en caso de cotizar por la base mínima, una cuota por contingencias comunes de 50 euros mensuales durante los 12 meses siguientes¹⁸, y (2) en caso de cotizar por una base superior a la mínima, una bonificación del 80% sobre la cuota por contingencias comunes durante los 12 meses siguientes.

Nótese, cómo el precepto se refiere exclusivamente a «trabajadoras» cuando los varones también pueden encontrarse en las situaciones descritas que dan derecho a bonificación por encontrarse en situación de conciliar la vida laboral y familiar, lo que podría plantear dudas sobre su constitucionalidad.

Se percibe, por lo tanto, una acción normativa bajo los auspicios de lo que el legislador ha entendido como fin de la austeridad y de contención del gasto público, ampliándose a supuestos que, en épocas de crisis, serían incompatibles con políticas fiscales y sociales expansivas¹⁹.

Otras bonificaciones tienen un propósito de adaptación a la realidad social imperante, como las relativas a las altas de familiares colaboradores de trabajadores autónomos, equiparando al cónyuge con la pareja de hecho, introduciendo este modo de unión entre dos personas como novedad, incorporación que, en mi opinión y a los efectos del artículo 35 de la LETA, se realiza oportunamente de modo tardío (Cavas, 2017, p. 173).

En efecto, no es extraña la equiparación civil en legislaciones forales y autonómicas de determinados derechos de cónyuges y parejas de hecho. Esta analogía no se ha trasladado al ámbito del derecho individual del trabajo y buena prueba de ello son los permisos a los que hace referencia el artículo 37.3 del Estatuto de los Trabajadores, en donde ninguna referencia alcanza a las parejas de hecho sin perjuicio del oportuno reconocimiento en algunos convenios colectivos.

Por lo que comporta a la Seguridad Social, solo el artículo 221 de la LGSS, cuando se refiere a la pensión de viudedad de pareja de hecho (Monereo y Rodríguez, 2017, p. 17), realiza una única equivalencia en todo el régimen de prestaciones del texto refundido (y en los arts. 218, para el auxilio por defunción, y 227, sobre indemnización especial a tanto alzado, derivadas ambas prestaciones de la misma contingencia que la viudedad), con mayores exigencias y requerimientos con relación a la viudedad entre cónyuges. No hay, a mi modo de ver, ni siquiera en este aspecto, una equiparación. Se precisa, por lo tanto, una mayor sensibilidad, proclive a la equiparación total de ambos regímenes jurídicos de unión en el orden laboral y de Seguridad Social.

¹⁷ Situaciones que constituyen el requisito elemental, en palabras de Sempere (2017, p. 7); destacándose también está bonificación por Cavas (2017, p. 172).

¹⁸ Lo que supone una nueva «tarifa plana» (Monereo y Rodríguez, 2017, p. 15).

¹⁹ Sin perjuicio del avance en la protección del trabajador autónomo que ya se hizo con la LETA (Gala, 2009, p. 150).

Esa única mención de la pareja de hecho en el supuesto de la pensión de viudedad se extrapola también ahora a la definición de esta última, absolutamente coincidente, la de aquel artículo 35 de la LETA con la que diseñó el revisitado artículo 221 de la LGSS. En este sentido, parece acertado homogeneizar dicha definición en el ámbito de la Seguridad Social para cualquier referencia a lo que ha de entenderse por pareja de hecho²⁰.

Por último, la disposición adicional séptima de la Ley 6/2017 prevé una bonificación por la contratación indefinida, por cuenta ajena, de familiares del autónomo: del cónyuge, ascendientes/descendientes hasta 2.º grado (por consanguinidad y afinidad) del 100% de cuota empresarial durante un periodo de 12 meses, siendo la condición mantener el nivel de empleo en los 12 meses anteriores a la celebración del contrato que da derecho a la bonificación prevista y en los 6 meses posteriores a la contratación²¹. Si lo que se pretende con ello es que la colaboración de familiares no quede en la economía sumergida, no parece que dicha medida pueda tener el acicate necesario para que ello acontezca, salvo que la prestación de servicios familiares se realice de forma continuada con vocación de permanencia en el tiempo. En este último supuesto, la medida²² puede constituir un estímulo para el trabajo familiar, en forma de ahorro en la cotización, si bien de manera muy limitada temporalmente.

2.2. NUEVAS POSIBILIDADES EN EL CAMBIO DE BASE DE COTIZACIÓN AL RETA

La disposición derogatoria única.2 de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, deja sin contenido el artículo 26 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para aplicación y desarrollo del RETA. Dicho artículo posibilitaba, antes de su derogación, por cambio normativo que se dirá, cambiar 2 veces al año la base por la que viniesen obligadas a cotizar las personas que se encuentren en el ámbito de encuadramiento del RETA, eligiendo otra, dentro de los límites mínimo y máximo aplicables en cada ejercicio, siempre que así lo soliciten de la TGSS antes del 1 de mayo, con efectos del 1 de julio siguiente, y antes del 1 de noviembre, con vigencia del 1 de enero del año siguiente.

El cambio normativo aludido incide en el artículo 43.2, modificando su redacción, y los artículos 43 bis y 52.4, introducidos estos dos últimos como nuevos, todos ellos del Real Decreto 2064/1995. Dicha modificación reglamentaria se realiza mediante la disposición final segunda. Uno, Dos y Cuatro de la Ley 6/2017.

²⁰ Coincidencia que advierte también Sempere (2017, p. 14).

²¹ Muy en la línea de las exigencias de la Ley 43/2006, como escribe Sempere (2017, p. 9).

²² Monereo y Rodríguez (2017, p. 16) recuerdan que la medida se financia exclusivamente con cargo a los fondos del Servicio Público de Empleo Estatal.

La nueva modificación legal permite modificar hasta en 4 ocasiones la base de cotización elegida por el trabajador autónomo a lo largo del año. De este modo, el nuevo artículo 43 bis de aquella norma reglamentaria establece el dato cronológico de los efectos de tales cambios, situándolo en el primer día del trimestre siguiente, siempre y cuando los cambios se comuniquen antes del vencimiento del trimestre natural anterior.

Se busca con ello otorgar una mayor flexibilidad al cotizante por cuenta propia. El hecho de coincidir cada una de las 4 comunicaciones con el trimestre contable del año (fecha en la que, de conformidad con el art. 28 Código de Comercio, deben formalizarse balances de sumas y saldos) parece buscar una adaptación del esfuerzo cotizador a los resultados de la actividad empresarial que motiva el encuadramiento en el RETA, ajustándose la norma, como indica Sempere, «a las fluctuaciones que son susceptibles de producirse en los ingresos de la actividad autónoma a lo largo de cada ejercicio» (2017, p. 10).

Así, el nuevo artículo 43 bis de la norma de cotización estudiada establece como fecha de efectos en el cambio de la base de cotización los siguientes: a) 1 de abril, si la solicitud se formula entre el 1 de enero y el 31 de marzo; b) 1 de julio, si la solicitud se formula entre el 1 de abril y el 30 de junio; c) 1 de octubre, si la solicitud se formula entre el 1 de julio y el 30 de septiembre, y d) 1 de enero del año siguiente, si la solicitud se formula entre el 1 de octubre y el 31 de diciembre.

Es indudable el beneficio de cualquier cambio normativo que implique mayores posibilidades de opción para los cotizantes del sistema. Lo que cabría plantearse es si semejante amplitud de facultades a lo largo del año no pueden tener una incidencia negativa en la gestión de la recaudación de la Seguridad Social y en la existencia de carreras en la cotización poco uniformes en su continuidad, con variaciones cuantitativas sensibles en algunos periodos de cotización, con los consiguientes efectos en las prestaciones futuras.

En efecto, hasta la entrada en vigor de la Orden TAS/3553/2007, de 30 de noviembre, el 8 de diciembre de 2007, por la que se modificaba la Orden de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para la aplicación y desarrollo del RETA, solamente era posible cambiar la base de cotización 1 vez al año (siempre con las limitaciones cuantitativas existentes a partir de los 47 años de edad, en la actualidad, o de los 50 años entonces²³).

Tras la entrada en vigor de la norma ministerial indicada en 2007, se pasó a la posibilidad de cambio hasta 2 veces al año (antes del 1 de mayo y antes del 1 de noviembre). Pues bien, 10 años de vigencia ha tenido esta última opción, demostrando la experiencia que tal derecho no ha sido ejercido en ninguna ocasión por la mayoría de los cotizantes al RETA. Al contrario, una vez elegida la base, el predominio es manifiestamente conservador, manteniéndose aquella a lo largo de la actividad por cuenta propia, al igual que los posibles cambios operados *a posteriori*.

²³ Limitaciones motivadas en la exposición de De Celis (2008, p. 36).

Por lo tanto, si la visión retrospectiva de la medida aprobada demuestra que la facultad de cambio posibilitada por la norma 2 veces al año apenas se utilizó, con mayor razón cuando el cambio normativo operado por la Ley 6/2017 permite hasta 4, con los inconvenientes reseñados anteriormente.

Sin perjuicio de ello, plausible parece una modificación legal que incide en mayores derechos de los cotizantes y beneficiarios del sistema frente al tradicional aumento de obligaciones.

2.3. BASE DE COTIZACIÓN PARA EMPRESARIOS INDIVIDUALES QUE EMPLEEN A 10 O MÁS TRABAJADORES Y AUTÓNOMOS DE SOCIEDADES MERCANTILES CON CONTROL EN EL CAPITAL SOCIAL

El Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, lejos de tener como finalidad la establecida en esta última rúbrica, tuvo como propuesta, entre otras, aumentar la recaudación, reduciendo al mínimo los conceptos no computables en la base de cotización del artículo 109.2 de la LGSS de 1994, refundido luego en el actual artículo 147.2 de la LGSS, y aumentando la cotización de determinados colectivos a los que la norma presuponía capacidad contributiva.

Esos colectivos son, entre otros, a los que hacía referencia la disposición adicional segunda de dicho decreto de urgencia: los trabajadores incluidos en el RETA que en algún momento de cada ejercicio económico y de manera simultánea hayan tenido contratado a su servicio un número de trabajadores por cuenta ajena igual o superior a 10, imponiéndoseles una base mínima de cotización para el ejercicio siguiente en cuantía igual a la correspondiente para los trabajadores encuadrados en el grupo de cotización 1 del Régimen General (1.152,90 en el año 2017, frente a una mínima de 893,10), al igual que los encuadrados en dicho régimen, al amparo de lo establecido en el artículo 305.2, letras b) y e), de la LGSS (socios de sociedades de capital que detenten el control de este último o autónomos societarios en palabras de Monereo y Rodríguez [2017, p. 16]), a excepción de aquellos que causen alta inicial en el mismo durante los 12 primeros meses de su actividad, a contar desde la fecha de efectos de dicha alta.

La medida no fue, en mi opinión, plausible. Al contrario, grabó de modo injustificado a titulares de pymes, con independencia de la fórmula jurídica con la que actuaban, en un momento de importantes dificultades económicas que, lejos de suponer una fórmula de alivio en su maltrata actividad empresarial, azotada por una retracción en la actividad, supuso la exigencia de un esfuerzo adicional que no estaban dispuestos a asumir, más allá de la cotización mínima proveniente de la también base mínima obligatoria que, por su pertenencia a tal régimen especial, estaban posibilitados a costear²⁴.

²⁴ En sintonía con Del Valle (2014, p. 343).

La nueva medida que la Ley 6/2017 introduce, al reformar el artículo 312 de la LGSS, ya no hace referencia a la base mínima para los trabajadores encuadrados en el grupo de cotización 1 del Régimen General, sino a la que se determine en la ley de presupuestos generales del Estado de cada año²⁵, en correlativa reforma del artículo 43 del Real Decreto 2064/1995, en la nueva redacción que ahora le otorga la disposición final segunda de la Ley 6/2017. Esta base, podrá ser, por tanto, superior a la mínima de aquel grupo 1 mencionado, lo que no parece probable merced a las críticas públicas y doctrinales recibidas con aquella medida de urgencia, o inferior, medida que se antoja más equitativa y en la línea con la voluntad del trabajador autónomo respecto a la elección de la cuantía de su futura prestación, lejos de imposiciones que hagan presuponer la regencia de una actividad empresarial boyante, que no lo es en la mayoría de las ocasiones. Así, emplear a 10 o más trabajadores no presupone, a mi juicio, beneficio empresarial revelador de una mayor capacidad contributiva al sistema por parte del autónomo, pues puede ocurrir que el gasto en personal limite o anule aquel.

Del mismo modo, dicha presunción puede ser equivocada por el mero hecho de tener un control efectivo en el capital de una sociedad mercantil, por una justificación simplista de tener una participación superior al 25 %, cuando la entidad puede arrojar pérdidas.

Para corregir lo que a mi modo de ver supuso una desafortunada acción normativa en su momento, la ley de presupuestos generales del Estado a la que reenvía la nueva redacción del revisitado artículo 312 de la LGSS debería posibilitar la elección de cualquier autónomo de la base mínima de cotización asignada en la indicada ley, a futuro, para dicho régimen especial, algo facultativo, por lo que debe abogarse, y nunca la obligatoriedad en la elección de unas bases mínimas (Cervilla, 2008, p. 25).

Solo en los supuestos en los que quede acreditada una mayor capacidad económica del autónomo podría exigirse una mayor base de cotización. Quedaría reservada, por lo tanto, para situaciones en las que el beneficio del empresario individual en estimación directa de rentas superara una determinada cuantía²⁶, que podría venir modulada por la superación del salario mínimo interprofesional un determinado número de veces. Ello podría valer también para los casos del artículo 305 de la LGSS, cuando los socios que controlan el capital perciben como haberes (como sueldo o como rendimientos de actividad empresarial o profesional por su actividad en dicha mercantil) una cantidad que excede de aquel parámetro de modo recurrente o la sociedad de capital, cuya participación detentan, supera un determinado volumen de beneficio.

²⁵ El problema se suscita cuando dicha ley no existe, lo que acontece en estos momentos. Ello provoca que se siga manteniendo la situación anterior y que la base máxima de cotización del grupo 1 aumente en proporción a lo que lo hace el salario mínimo interprofesional, como advierte Cavas (2017, p. 171).

²⁶ Nivel de ingresos que determinados sectores doctrinales señalan, incluso, como un parámetro general de cotización al RETA (Cavas, 2017, p. 178).

Únicamente, por lo tanto, la acreditada solvencia económica del trabajador autónomo, proveniente de su actividad empresarial, puede avalar, a mi criterio, una asignación obligatoria de base mínima de cotización, lo cual no puede venir determinado, como hasta ahora, sustentándose en presunciones.

3. CONSIDERACIONES JURÍDICAS EN MATERIA DE RECAUDACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL

3.1. LA INSUFICIENTE MODERACIÓN DEL RECARGO DE MORA, COMO REACCIÓN A LA DESMEDIDA RECAUDACIÓN PROPUGNADA POR EL REAL DECRETO-LEY 20/2012

La reforma establecida en el artículo 17.1 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (RDL 20/2012), persiguió la obtención de un recargo fijo del 20% sobre las cuotas adeudadas a la Seguridad Social en plazo reglamentario. De este modo, se modificó el apartado 1.1 del artículo 27 de la LGSS de 1994, relativo a recargo en los supuestos en los que los responsables del pago hubieran presentado los documentos de cotización (ahora transmisión de datos de cotización) dentro del plazo reglamentario. Se trataba de una medida sin precedentes que, con independencia de la finalidad perseguida en la exposición de motivos de aquel atropellado decreto-ley, tuvo un propósito claramente recaudador, que podría rozar lo confiscatorio, y cuya eficacia ha de verse en retrospectiva, a mi juicio, como muy discutible²⁷.

En efecto, es esta última conclusión la que puede colegirse a juzgar por las medidas introducidas por el legislador en los recargos de Seguridad Social en cada momento histórico en el que han debido producirse actuaciones normativas en relación con ellos²⁸.

Así, el artículo 18 de la LGSS de 1974, vigente durante 20 años hasta la entrada en vigor del texto refundido de la LGSS de 1994, no impuso semejante recargo hasta que hubiera pasado el mes siguiente al del vencimiento del periodo voluntario, salvo que correspondiera a trabajadores no afiliados o no dados de alta, motivación claramente sancionadora, pues trataba de persuadir a quienes persiguieran cobijarse en formas irregulares de prestación de servicios. No obstante, los poderes públicos se percataron de que tan ingente recargo, devengable cuando solo había transcurrido 1 mes de aquel vencimiento reglamentario, llevaba consigo abundantes impagos y desapariciones empresariales, particularmente relevantes en momentos de especial retracción eco-

²⁷ Monereo y Rodríguez (2017, p. 10).

²⁸ Avatares normativos que Monereo y Rodríguez (2017, p. 10) califican como de «vida» poco pacífica.

nómica²⁹, pues la medida no invitaba especialmente al pago, sino a una conducta patronal fuera de ordenación, al ser muy difícil satisfacer tan desmesuradas cuotas resultantes. Al margen de ello, aquel régimen normativo, no tenía condescendencia con quienes habían presentado, en tiempo y forma, los entonces llamados «boletines de cotización», conteniendo un único porcentaje de recargo (el 10 o el 20 %) para todos los responsables de la obligación de cotizar, sin distinción alguna. La regulación del RDL 20/2012 trató de volver a aquella normativa pretérita, incluso con mayor rigidez, al imponer un 20 % de recargo ya desde el primer mes, con clara probabilidad de reproducirse los reparos mencionados. Más aún cuando la situación socioeconómica de 2012 era, incluso, peor que la existente durante toda la vigencia de la LGSS de 1974.

La problemática que acaba de exponerse quiso solucionarse en la primitiva redacción del artículo 27 de la LGSS de 1994, cuya vigencia solo duró 4 meses. Esta nueva redacción diferenció entre quienes presentaran los documentos de cotización en plazo reglamentario y quienes no lo hicieran. Respecto de los primeros, dicho precepto estableció un recargo del 5 % cuando las cuotas se abonaran dentro de los 2 meses siguientes al vencimiento del plazo reglamentario y del 20 % en los demás casos y antes de la expedición de la certificación de descubierto (hoy providencia de apremio). Nótese cómo el legislador de 1994, encontrándose un panorama muy similar al escenario de crisis laboral, social y económica de 2012, optó por reducir a la mitad el porcentaje del recargo de mora y duplicó el plazo temporal de ingreso en el que podía pagarse con dicha tasa del 5 %, penalizándose la cuota a pagar con este mismo recargo, a la vez que perseguía que las empresas comunicaran sus bases de cotización (por entonces TC-2) sin perjuicio de no tener tesorería para un pago puntual, cumplimiento que permitía acogerse a este recargo disminuido.

El artículo 29.4 de Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, Administrativas y de Orden Social, volvió a retocar el meritado artículo 27 de la LGSS, pero únicamente para hacer referencia a la vía de apremio, como forma de inicio de la recaudación ejecutiva que sustituía a la expedición de la certificación de descubierto y desde entonces comenzaría con la providencia de apremio (art. 34 LGSS de 1994). El porcentaje del 5 % durante los 2 primeros meses siguientes al vencimiento del plazo reglamentario de ingreso continuó hasta el 1 de junio de 2004, fecha en la que entraron en vigor los porcentajes de recargo que estuvieron vigentes hasta el RDL 20/2012.

La norma que provocó la entrada en vigor de tales porcentajes fue la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social (art. 5.3), que estableció un sistema porcentual progresivo que iba del 3 al 20 %, dependiendo de si las cuotas adeudadas se pagaban en el primero, segundo o tercer mes siguiente al del vencimiento del plazo reglamentario de ingreso, soportando la empresa un recargo del 3, 5, 10 o 20 % si el abono se producía en aquellos respectivos meses, reservando el recargo del 20 % para supuestos de satisfacción de las cuotas sociales a partir del tercer mes.

²⁹ Vid. García (2009, p. 45).

La finalidad de la reforma perseguida por aquella norma no fue otra que la agilización y mejora de los procesos recaudatorios, así como la aproximación de la regulación recaudatoria de la Seguridad Social a la que regía en el ámbito tributario, procediéndose, con tales propósitos, a modificaciones como la eliminación de la obligación de presentación de los documentos de cotización (hoy transmisión de datos de cotización) con respecto a determinados regímenes especiales; el establecimiento de un recargo único, en lugar de los precedentes de mora y de apremio, incorporando el interés de demora en el artículo 28 de la LGSS de 1994 (art. 31 LGSS) y eliminando para determinados supuestos la reclamación de deuda. También supuso aquella ley la reordenación de los aplazamientos, en especial en lo relativo al interés legal aplicable, que se conciliaba con el interés de demora y el perfeccionamiento de los procedimientos recaudatorios seguidos frente al sector público, en especial los entes locales.

La revisitada Ley 52/2003, de 10 de diciembre, fue, a mi modo de ver, una buena norma que mejoró la eficacia de la acción recaudatoria de la Seguridad Social y ha sido, hasta ahora, la que supuso una reforma de mayor calado en el marco jurídico de la recaudación (Benavides, 2004, p. 28). Su éxito aplicativo a lo largo de su vigencia se debió, en buena medida, a la racionalización de los recargos a imponer a la empresa en momentos difíciles de tesorería, en los que se producía un sobreseimiento puntual respecto de sus obligaciones con la Seguridad Social y no una ausencia de voluntad de pago de aquella, de tal manera que presentando una viabilidad indiscutible, los poderes públicos estaban obligados a atemperar las exigencias de recargos para preservar la futura marcha de la empresa y del empleo (Panizo, 2004, p. 1.071).

A sensu contrario, la reforma del artículo 27 de la LGSS de 1994 por el RDL 20/2012 no fue afortunada, porque las empresas que hasta su entrada en vigor se aventuraban al pago de los recargos progresivos contemplados en la normativa anterior tenían las características antes reseñadas y ello facilitaba el cumplimiento voluntario cuando la liquidez lo permitía. Sin embargo, el nuevo recargo automático del 20% para todos los casos provocó que la anterior voluntad de pago se transformara en insumisión y rebeldía, al margen de una imposibilidad práctica para hacer efectivo el recargo entonces exigido, dada la coyuntura económica imperante al tiempo de su aprobación, pues de lo que se trataba era de facilitar el pago, no de disuadir a quien tiene que verificarlo. Por ello, tan desacertada reforma no ha contribuido, en la práctica, a la estabilidad presupuestaria perseguida por la norma, pues han sido muchos los que han dejado de pagar el 3, 5 y 10% de recargo, que permitía la redacción anterior, y han desaparecido o cerrado por la nueva y lacerante imposibilidad legal, y pocos los que voluntariamente han accedido a pagar el 20%.

Por otro lado, no distinguiendo aquella norma entre empresas que presentaban o no los documentos de cotización (ahora «transmisión de datos de cotización»), pues en ambos casos, tras la reforma, el recargo es del 20%, a partir del día siguiente del vencimiento del plazo reglamentario de ingreso, se multiplicaron los supuestos de falta de presentación de los boletines de cotización (ahora «transmisión de datos»), conducta empresarial, por otro lado, atípica, inicialmente, desde el punto de vista sancionador. Esta omisión en la transmisión de datos observada por la Administración, al no suponer ventaja empresarial alguna en términos de recargo, tuvo que ser sancionada, con la oportuna modificación legal del artículo 22.1 del TRLISOS, mediante el apartado

dos del artículo 2 de la Ley 34/2014, de 26 de diciembre, de medidas en materia de liquidación e ingreso de cuotas de la Seguridad Social.

La falta de transmisión de datos provocó distorsiones en la gestión recaudatoria, pues hizo más difícil el trabajo de la TGSS y obligó a la Inspección de Trabajo a una actividad fiscalizadora muy activa, perfectamente evitable de haberse actuado normativamente con mayor rigor y responsabilidad, dadas las circunstancias socioeconómicas imperantes al tiempo de la aprobación del RDL 20/2012.

Las explicaciones esgrimidas en la exposición de motivos del RDL 20/2012 para justificar entonces tan aventurado cambio normativo tampoco convencen³⁰. Se dijo en aquella que tales variaciones obedecían a una homogeneización con el régimen tributario, lo cual es inveraz porque si se estudia el también artículo 27, esta vez de la Ley General Tributaria, puede comprobarse que si la presentación de la autoliquidación o declaración se efectúa dentro de los 3, 6 o 12 meses siguientes al término del plazo establecido para la presentación e ingreso, el recargo será del 5, 10 o 15 %, respectivamente, y, además, dicho recargo se calculará sobre el importe a ingresar resultante de las autoliquidaciones o sobre el importe de la liquidación derivado de las declaraciones extemporáneas y excluirá las sanciones que hubieran podido exigirse y los intereses de demora devengados hasta la presentación de la autoliquidación o declaración.

Solo si la presentación de la autoliquidación o declaración se efectúa una vez transcurridos 12 meses, desde el término del plazo establecido para la presentación, el recargo será del 20 % y excluirá, además, las sanciones que hubieran podido exigirse. En estos casos, se exigirán los intereses de demora por el periodo transcurrido desde el día siguiente al término de los 12 meses posteriores a la finalización del plazo establecido para la presentación hasta el momento en que la autoliquidación o declaración se haya presentado. Por lo tanto, el recargo del 20 % solo está previsto en la legislación fiscal para el pago voluntario de impuestos más allá de los 12 meses siguientes al vencimiento del periodo voluntario de ingreso, es decir, una disposición mucho más flexible, incluso, que la existente antes del RDL 20/2012. De este modo, la medida adoptada por esta última legislación de urgencia no solo difiere palmariamente de aquella³¹, sino que facilitó la opción entre la obligación alternativa de pagar las cuotas a la Seguridad Social o al fisco, en atención al ingente recargo que se soportó en el primer caso respecto del segundo.

Es cierto, por otro lado, que la homogeneización con el régimen tributario es referida en la exposición de motivos, fundamentalmente, a los cambios en los emolumentos excluidos de la base de cotización a los que se refería el artículo 109 de la LGSS de 1994 (hoy art. 147 LGSS), pero tal sintonía es solo parcial. La realidad, y por lo que se refiere a los recargos del artículo 27 de la LGSS de 1994 (hoy 30 LGSS), es que queda claro que la equivalencia con la normativa tributaria estuvo muy lejos después de esta reforma de urgencia.

³⁰ Tampoco a Sempere (2012, p. 36). Evidenciando la distorsión entre la exposición de motivos y los efectos prácticos derivados de la aplicación de tan severo real decreto-ley.

³¹ Abundando en tales diferencias, más permisivas en la legislación tributaria, *vid.* Fernández y Javalera (2007, p. 128).

Otra excusa alegada en la exposición de motivos del RDL 20/2012 para variar entonces los recargos de mora es la simplificación y mejora del régimen de gestión de la Seguridad Social, de tal modo que lo que se pretendió fue favorecer la aplicación del procedimiento para el aplazamiento del pago de cuotas frente al hasta entonces vigente sistema progresivo de recargos, dado que los aplazamientos se conceden en atención a la existencia de dificultades transitorias de tesorería, lo que ofrece tanto a la Administración como al sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar una vía de solución de mayor flexibilidad y garantía.

Pensó, además, el legislador de urgencia, que quien tuviera dificultades transitorias de tesorería para el abono de la cotización pueda acudir a los medios de regularización de la deuda establecidos reglamentariamente, en lugar de permanecer en una situación de incumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social, al margen de que la medida supusiera una simplificación del sistema, algo que tendría una repercusión positiva en la gestión administrativa.

Tampoco puede compartirse la finalidad gubernamental perseguida con la norma, porque la posibilidad de solicitar aplazamiento en el pago de las cuotas de Seguridad Social ha existido desde tiempos muy pretéritos. No se entiende por qué en 2012 la empresa fuera a acudir masivamente a la fórmula del aplazamiento cuando antes no lo hacía. En este contexto, quien recurría al aplazamiento antes para evitar un 3% de recargo lo seguirá haciendo para eludir un 20%; pero quien no era partidario de aplazar las cuotas antes del vencimiento del término reglamentario de ingreso, cuando el recargo era de un 3% al día siguiente de la culminación de dicho plazo temporal, menos lo fue tras la reforma de 2012, pues se encontró con un recargo difícilmente atendible.

En otro orden de cuestiones, el aplazamiento se convierte en un remedio transitorio de poca eficacia en momentos de crisis económica, pues hay que pensar que se accede así a una solución temporal para el pago de cotizaciones sociales ya vencidas, pero que no elude los compromisos de pago de las que se devenguen con posterioridad, lo que puede provocar que el problema se agrave cuando ni se dispone de tesorería ni de posibilidades de financiación en el marco de un mercado crediticio cerrado en estadios anteriores a la Ley 6/2017³². Además de ello, el remedio solo puede ser parcial ya que, según el artículo 23.2 de la LGSS, el aplazamiento no puede comprender las cuotas correspondientes a la aportación de los trabajadores y a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional. A mayor abundamiento, el artículo 33.1 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, dispone que el cumplimiento del aplazamiento deberá asegurarse mediante garantía suficiente para cubrir el importe principal de la deuda, recargos, intereses y costas, salvo las excepciones previstas en ese reglamento, siendo la única salvedad práctica la contemplada en el artículo 33.4 b) del mismo para los supuestos en los que el total de la deuda aplazable sea igual o inferior a 30.000 euros o cuando, siendo la deuda aplazable inferior a 90.000 euros, se acuerde que se ingrese al menos un tercio de esta última antes de que hayan transcurrido 10 días desde la notificación de la concesión y, el resto, en los 2 años siguientes.

³² Coincidiendo la mayoría doctrinal en la afectación de la crisis económica en la actividad autónoma, en términos de Sempere (2017, pág. 3).

Es decir, que quien no tiene ni tesorería ni posibilidad de acceso al crédito difícilmente tendrá la de obtener garantías para el aplazamiento. Estos reparos se hacen especialmente acuciantes en momentos de retracción económica, financiera y sociolaboral, como los que acontecían en aquella reforma de 2012 y en sus años posteriores (Sempere, 2012, p. 32), por lo que la fórmula del aplazamiento solo serviría para las deudas sociales que no requieran la correspondiente garantía, dejando fuera de dicho remedio las que superan las cuantías límite de aplazamiento por las exigencias reglamentarias para avalar la operación, al margen de que el exacerbado recargo establecido en el RDL 20/2012 no dotó a la empresa de argumentos distintos de los disponibles antes de la entrada en vigor de esta última norma de urgencia para la solicitud de aplazamientos.

Respecto de la mayor flexibilidad y garantía a la que se refirió la exposición de motivos del RDL 20/2012 para justificar el cambio normativo, la única garantía es que, momentáneamente, no se aplicará recargo de mora alguno si el aplazamiento se solicita antes del vencimiento del plazo reglamentario de ingreso, pero dicha garantía cesa en el momento en el que no se cumplen los distintos vencimientos diseñados por la TGSS para el pago fraccionado de la deuda (art 23.7 LGSS), situación que, en un contexto socioeconómico como el imperante en 2012, se convirtió en altamente probable, lo que tendría los mismos efectos que se pretendían evitar antes del aplazamiento (recargo del 20 %, art 20.6 LGSS de 1994, hoy 23.6 LGSS), a los que se añadiría ahora el inicio de la vía de apremio contra el deudor y el devengo de los intereses de demora. La posibilidad de incumplimiento se multiplica cuando el aplazamiento se considera desatendido en el momento en el que el beneficiario deja de mantenerse al corriente en el pago de sus obligaciones con la Seguridad Social con posterioridad a la concesión (art. 20.7 LGSS de 1994, hoy 23.7 LGSS). En cuanto a la flexibilidad, es claro que el aplazamiento ha permitido siempre, sin que exista ahora ninguna novedad al respecto, sustraerse temporalmente del pago de las cuotas sociales completas, permitiendo su satisfacción de forma segregada a lo largo de un determinado espacio temporal de concesión, lo cual es una medida que sortea la rigidez recaudatoria, pero ello es a costa, cuando menos, del pago de un interés (art. 20.5 LGSS de 1994, hoy 23.5 LGSS), siendo, además, el legislador implacable, como se ha expuesto, cuando se incumplen los sucesivos vencimientos o se deja de estar al corriente de las obligaciones sociales, lo que convierte dicha flexibilidad en relativa.

La última razón reflejada en la exposición de motivos de aquel intempestivo RDL 20/2012, para tan magna variación porcentual en el recargo de mora³³, fue la de la «simplificación del sistema», algo que tendría una repercusión positiva en la gestión administrativa, explicación que resultó incomprensible a aquellas alturas de perfección tecnológica e informática y para la que sobradamente estaban preparados y acostumbrados los organismos de recaudación, que supuso una motivación injustificada frente a los devastadores efectos de los descubiertos que se produjeron. Todo ello, lejos de suponer una medida de estabilidad presupuestaria que persiguiera una mayor recaudación, derivó en impagos de empresas que antes cumplían sus compromisos sociales por la existencia de recargos de mora asumibles.

³³ Que, además, en opinión de Monereo y Rodríguez (2017, p. 10), no solo se aplica a los trabajadores autónomos sino a todos los regímenes de la Seguridad Social.

La Ley 6/2017, cuando en materia de recargo de mora modifica, en su artículo 1, el artículo 30 de la LGSS (el aludido art. 27 de la LGSS de 1994 cambiado por el RDL 20/2012), no parece haber entendido los problemas aplicativos reseñados y heredados de la redacción precedente antedicha. Al contrario, supone una reforma poco ambiciosa que reduce el incalificable recargo general del 20 %, instaurado por aquel RDL 20/2012, al 10 %, pero solo durante el primer mes siguiente al del vencimiento del periodo reglamentario de ingreso, manteniéndose, por consiguiente, aquel desmesurado recargo de modo generalizado. Ni siquiera se da cumplimiento al mandato del poder ejecutivo, plasmado en la exposición de motivos de aquella norma de urgencia, de homogeneizar la normativa social y fiscal en este aspecto.

Los inconvenientes estudiados en la aplicación del recargo dimanante de la norma de 2012 pueden ser perfectamente predicables tras la Ley 6/2017, al no ser suficiente la reducción al 10 %, únicamente durante el primer mes³⁴. Conviene, en mi opinión, volver a los recargos progresivos aprobados por la Ley 52/2003³⁵, para facilitar el cumplimiento voluntario, o bien homogeneizarlos con respecto a la normativa tributaria contenida en el artículo 27 de la aludida Ley General Tributaria (López, 2017).

3.2. DEVOLUCIÓN DE CUOTAS EN SUPUESTOS DE PLURIACTIVIDAD

La ley de presupuestos viene regulando de forma reiterada la posibilidad de devolución de cotizaciones sociales en determinados supuestos de pluriactividad. Así, el artículo 106.Cinco.7 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017 estableció, a través de lo que algunos autores han calificado de farragosa redacción (Monereo y Rodríguez, 2017, p. 11) que:

Los trabajadores autónomos que, en razón de su trabajo por cuenta ajena desarrollado simultáneamente, coticen, respecto de las contingencias comunes, en régimen de pluriactividad y lo hagan en el año 2017, teniendo en cuenta tanto las aportaciones empresariales como las correspondientes al trabajador en el Régimen General, así como las efectuadas en el Régimen Especial, por una cuantía igual o superior a 12.739,08 euros, tendrán derecho a una devolución del 50 por ciento del exceso en que sus cotizaciones superen la mencionada cuantía, con el tope del 50 por ciento de las cuotas ingresadas en el citado Régimen Especial, en razón de su cotización por las contingencias comunes de cobertura obligatoria.

La devolución se efectuará a instancias del interesado, que habrá de formularla en los cuatro primeros meses del ejercicio siguiente.

³⁴ Máxime cuando en recursos distintos a cuotas el artículo 30 de la LGSS sigue manteniendo un recargo del 20 % cuando los ingresos se realizan fuera de plazo, como oportunamente advierte Cavas (2017, p. 169).

³⁵ A pesar de que con la reforma de la Ley 6/2017 se haya retomado ya la «posición gradualista», como indica Semper (2017, p. 9).

Esta posibilidad que se ofrece al autónomo cuenta con dos dificultades, ciertamente criticables, que la Ley 6/2017, trata de paliar.

Se trataría, en primer lugar, de determinar la cuantía total aportada al sistema con la suma de las cotizaciones a ambos regímenes. Lo que el trabajador autónomo aporta al RETA resulta sencillo de verificar a través de los cargos bancarios provenientes de las liquidaciones simplificadas emitidas por la TGSS a las que se refiere el artículo 22.1 c) de la LGSS. La complejidad reside, por el contrario, en saber el ingreso anual que realiza la empresa en el conjunto anual de los plazos establecidos en el artículo 56.1 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, pero únicamente respecto del trabajador en Régimen General que se encuentra en pluriactividad, dato que solo la empresa conoce y que no tiene ninguna obligación legal de desvelar al trabajador, al margen de la dificultad de dar cumplimiento a tal colaboración, si la empresa no sigue una contabilidad de costes individualizada para cada trabajador, con cargos desglosados, para cada uno de ellos, en relación con el gasto de Seguridad Social.

En segundo lugar, las devoluciones que procedan por ser el autónomo contribuyente nato al sistema deben ser instadas por él y en el plazo preclusivo de los 4 primeros meses del año siguiente a aquel en el que se haya producido el exceso en la cotización, susceptible de reintegro por la TGSS.

La causa de dicha devolución reside en que la contribución al sistema cuando se superan determinadas cifras no conlleva la superación de las prestaciones otorgadas por el mismo, al existir un tope tanto en las bases de cotización, de cuyo promedio se extraen las bases reguladoras de cada una de ellas, incidiendo también en su límite cuantitativo a satisfacer por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) o la mutua, como en las pensiones, aunque concurren diversas, provenientes de distintos regímenes en cotización simultánea, como acontece en la pluriactividad (Blasco, 1995, p. 787).

Pues bien, partiendo de dichos motivos que justifican la devolución, no parece de recibo que quien aporta, sin recibir contraprestación proporcional a cambio, venga obligado a instar la devolución del exceso en un plazo tan breve, a través de una actuación ante la TGSS que puede quedar, fácilmente, en el olvido³⁶, al margen de ignorarse, en muchas ocasiones, la contribución de la empresa en la superación de los límites cuantitativos señalados en la ley de presupuestos generales del Estado.

Para solventar tales reparos aplicativos, la Ley 6/2017 aprueba un sistema de devolución de oficio si se superan aquellos límites, pues es el organismo común de recaudación el que tiene todos los datos de aportación para compararlos con estos últimos, de modo que, de ser así, pueda y deba proceder al oportuno reintegro, solventándose así tanto la dificultad de obtener el aludido dato de costes de la empresa, como la necesaria instancia por parte del interesado³⁷.

³⁶ Lo advierte también Cavas (2017, p. 169).

³⁷ Destacando la finalidad de la norma de reducir «las cargas administrativas», tal y como expresa Sempere (2017, p. 10).

Para ello, su artículo 2 modifica el artículo 313 de la LGSS para que las previsiones de devolución establecidas en las leyes presupuestarias anuales tomen carta de naturaleza permanente en ella, debiendo establecer únicamente, cada ley de presupuestos generales del Estado³⁸, cuál es el límite cuantitativo de aportación al sistema a partir del cual nace la obligación de devolución por la TGSS, evitándose así, además, la repetición anual de dicho respaldo normativo, con idéntica redacción, pasándose, igualmente, de una posibilidad temporal existente en cada ejercicio, si así se regula, a un derecho permanente del trabajador autónomo regulado en la LGSS.

De este modo, se añade un nuevo número 1 al artículo 313 de la LGSS, cuyo inciso final establece:

En tales supuestos, la Tesorería General de la Seguridad Social procederá a abonar el reintegro que en cada caso corresponda antes del 1 de mayo del ejercicio siguiente, salvo cuando concurren especialidades en la cotización que impidan efectuarlo en ese plazo o resulte necesaria la aportación de datos por parte del interesado, en cuyo caso el reintegro se realizará con posterioridad a esa fecha.

La previsión es afortunada porque pone un límite temporal a la devolución de ingresos excedentarios del trabajador autónomo (1 de mayo del ejercicio siguiente), que solo puede verse condicionada por causas ajenas a la TGSS, relativas a la cotización y a la aportación de datos necesarios para reembolso, por parte del trabajador autónomo.

4. REFLEXIONES JURÍDICAS SOBRE PRESTACIONES Y CONTINGENCIAS PROTEGIDAS EN FAVOR DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO

4.1. LOS CAMBIOS EN LA JUBILACIÓN ACTIVA

La disposición final quinta de la Ley 6/2017, al introducir un nuevo párrafo en el número 2 del artículo 214.2 de la LGSS, establece que «no obstante, si la actividad se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará al 100 por ciento». Este último precepto proviene de la refundición del artículo 1 del Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo.

Hasta ahora, la compatibilidad de trabajo con pensión, si se reunían los requisitos legales establecidos en el número 1 de aquel artículo 214, permitía la continuidad en la percepción por

³⁸ Esto puede tener sus inconvenientes cuando tales presupuestos no son aprobados, como advierten Monereo y Rodríguez (2017, p. 12), siendo la medida aprobada de «virtualidad dudosa».

el jubilado del 50 % del importe resultante en el reconocimiento inicial de aquella, una vez aplicado, si procede, el límite máximo de pensión pública o del que se estuviera percibiendo en el momento de inicio de la compatibilidad con el trabajo, excluido, en todo caso, el complemento por mínimos, cualquiera que sea la jornada laboral o la actividad que realice el pensionista.

La experiencia ha demostrado que esta opción no ha sido materializada en la práctica por el jubilado. Así, aquella legislación de urgencia exigió que el porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora, a efectos de determinar la cuantía de la pensión causada, había de alcanzar el 100 %, al margen de que tiene que efectuarse en la edad que resulte de la aplicación de la actual disposición transitoria séptima de la LGSS, es decir, entre 65 y 67 años, sin que quepa anticipación de tipo alguno³⁹.

Para llegar a aquel porcentaje, es necesario haber cotizado entre 35 y 37 años, de conformidad con la disposición transitoria novena de la LGSS.

Es complicado, por lo tanto, que la opción contemplada en aquel real decreto-ley de 2013 tuviera una favorable respuesta por los potenciales destinatarios, pues tras el cumplimiento de una edad mínima de 65 años se les exigía también que tuvieran, al menos, 35 de actividad laboral cotizada. Con tales parámetros, la visión en retrospectiva ha revelado el escaso atractivo que supone una reincorporación a la vida activa, partiendo ya de una muy dilatada, para perder el 50 % de la cuantía de la pensión abonada por el INSS.

Por este motivo, el legislador introduce un nuevo acicate con el convencimiento de que llegando al 100 % de la pensión, se producirá un mayor reingreso en el trabajo y, por consiguiente, un nuevo acto de encuadramiento, que supone una nueva alta en el sistema, con el acceso a él del trabajador jubilado (a pesar de que la cotización ingresada en el mismo será limitada, de conformidad con lo establecido en el art. 153 LGSS).

Sin embargo, lo realmente ventajoso para la Seguridad Social es la obligación de contratar, de modo simultáneo, al inicio de la jubilación activa, de un trabajador, al menos, por cuenta ajena. Ciertamente, dicha propuesta no servirá para pagar la pensión del jubilado con cargo al ingreso por cotización que genere la nueva alta, pero supone la incorporación al sistema de un nuevo cotizante, con los correspondientes efectos beneficiosos para la disminución de la tasa de desempleo y para el aumento estadístico de la población activa.

Esta ventaja limitada confronta, a mi juicio, con el también acotado número de pensionistas que podrían acceder a este nuevo beneficio legal, pues se requiere contratar por cuenta ajena desde una actividad «por cuenta propia» y ello conlleva los primeros problemas interpretativos de lo que ha de entenderse como tal a los efectos de acogerse a la posibilidad legal aprobada.

³⁹ Esa limitación en el acceso a la jubilación anticipada para los trabajadores autónomos, entendida por determinado sector doctrinal, puede verse compensada por la posibilidad de acogerse a la jubilación activa. *Vid.*, en este sentido, Caballero (2013, p. 195).

En efecto, de la literalidad de la ley parece desprenderse que el único empleador posible puede ser el empresario individual, pues solamente él tiene opción de contratar «por cuenta ajena» desde una posición «por cuenta propia». Debe repararse en que la norma explicita dicho término y no el de «autónomo» o «afiliado al RETA», lo que deja fuera a quienes se encuentran en el campo de aplicación del artículo 305.2 b) de la LGSS, esto es, a los socios que tienen el control efectivo de una sociedad de capital, obligatoriamente encuadrados en este último régimen de Seguridad Social, que no contratarían, ellos, «por cuenta propia», sino por la de la sociedad a la que representan y/o de la que detentan un determinado porcentaje de su capital (superior a un 25%).

No podría, por lo tanto, acogerse a la jubilación activa con el 100% de la pensión el socio de una sociedad de capital que retorna a trabajar allí y en ella realiza la contratación de un trabajador en el Régimen General, al no efectuarse «por su propia cuenta» sino por la de su compañía. Ello deja fuera a un buen número de potenciales pensionistas que podrían ser beneficiarios de esta fórmula de jubilación activa, pues en los últimos tiempos han aumentado de modo exponencial los trabajadores autónomos que han abandonado su fórmula jurídica de empresa individual para continuar su actividad mercantil como sociedades de capital (Del Valle, 2016, p. 225), incluso como sociedades unipersonales que actúan de paraguas ante una posible responsabilidad patrimonial personal en supuestos de retracción de la actividad económica o deficiente marcha del negocio por diversos motivos, siendo ya escasos los autónomos que se aventuran empresarialmente de modo individual.

Por el mismo razonamiento, quedarían fuera de esta posible compatibilidad de percibo con el 100% de la pensión quienes reingresen en la sociedad civil en la que se jubilaron, pues la contratación por cuenta ajena no se realizaría tampoco «por su propia cuenta», sino por la de su sociedad, que ni siquiera puede ser individual, sino, al menos, de 2 personas, por exigirlo así el artículo 1.665 del Código Civil. La única posibilidad, menos discutible, sería que todos los socios jubilados de la sociedad civil reactivaran la misma con su retorno a ella y contrataran a un trabajador por cuenta ajena en ella, pues todos lo harían «por cuenta propia» y siempre cuando reunieran, todos, los requisitos establecidos en el artículo 214 de la LGSS, lo cual parece una entelequia.

Tampoco sería posible en supuestos de comunidades de bienes que realizan actividades empresariales, por no realizarse «por cuenta propia» sino por la de dichas entidades de participación «pro indiviso», integradas por diversos comuneros y no solo por el potencial jubilado, por quererlo así el artículo 392 del Código Civil.

Con menos motivos, se podría acceder a la jubilación activa⁴⁰ en las ventajosas condiciones aprobadas por la nueva Ley de autónomos cuando se vuelve a otras fórmulas jurídicas empresariales del estilo de sociedades colectivas o comanditarias (si es que todavía queda alguna, por estar desde hace mucho tiempo en desuso), sociedades mercantiles con personalidad

⁴⁰ Si bien puede accederse a ella desde cualquier jubilación causada en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, con independencia de que la situación de retiro de la que se parte o provenga de una situación anterior o posterior a la entrada en vigor de la Ley 6/2017, en términos expresados por Monereo y Rodríguez (2017).

jurídica independiente a la del potencial jubilado activo que debería contratar por cuenta ajena (arts. 126 y 146 Código de Comercio).

En suma, la reforma, limitada exclusivamente al empresario individual que retorna a su actividad por cuenta propia tendrá una acogida, a mi juicio, muy limitada por el excesivo acotamiento que la literalidad de la ley depara a los posibles candidatos del beneficio legal.

A mi modo de ver, hubiera tenido futura respuesta la posibilidad de reingreso del pensionista a cualquier empresa en la que quepa su encuadramiento como autónomo desde el punto de vista de la Seguridad Social. En sociedades de capital de responsabilidad limitada que no sean unipersonales, esto es, que no sean participadas exclusivamente por el jubilado reincorporado, nada obsta la exigencia de la contratación de 2 trabajadores por cuenta ajena (que cubran al propio jubilado y creen un empleo suplementario al de este último), porque son aquellas fórmulas jurídicas de prestación empresarial de las que procede, en mayor medida, el posible candidato, «por cuenta propia-autónomo», a la jubilación activa, que pretende permanecer en su empresa para aportar su experiencia en la gestión de la misma sin renunciar al percibo de la pensión resultante de una carrera de cotización y edad, ciertamente exigente, pudiendo ser proclive a la contratación de 1 (sociedades unipersonales) o de 2 trabajadores⁴¹, en la propuesta personal que se realiza ahora *de lege ferenda*, que la disposición final sexta bis de la Ley 6/2017, remitiéndose al Pacto de Toledo, permitiría regular en un futuro⁴².

4.2. LA NOVEDOSA PROTECCIÓN DEL ACCIDENTE *IN ITINERE* DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO

El artículo 14 de la Ley 6/2017 introduce un último párrafo en el artículo 316.2 de la LGSS dando cobertura, como contingencia profesional, al accidente padecido por el autónomo al ir o al volver del trabajo, lo que el artículo 156 (115 en la LGSS de 1994) entendió como accidente *in itinere* para el régimen General de la Seguridad Social.

La redacción que propone ahora el legislador es del siguiente tenor:

También se entenderá como accidente de trabajo el sufrido al ir o al volver del lugar de la prestación de la actividad económica o profesional. A estos efectos se entenderá como lugar de la prestación el establecimiento en donde el trabajador autónomo ejerza habitualmente su actividad siempre que no coincida con su domicilio y se corresponda con el local, nave u oficina declarado como afecto a la actividad económica a efectos fiscales.

⁴¹ Tampoco es preciso que se contraten a tiempo completo, como advierte Cavas (2017, p. 176).

⁴² A pesar de su imprecisa redacción para ser aplicada al resto de trabajadores por cuenta propia e incluso a los de por cuenta ajena, tal y como refiere Sempere (2017, p. 9).

Se da cumplimiento, de este modo, a una reivindicación tradicional de las asociaciones de trabajadores autónomos para que los traslados al centro de trabajo y desde el centro de trabajo puedan tener la oportuna cobertura profesional para los supuestos de siniestro acaecidos durante dicho trayecto.

Esta acción protectora de carácter profesional para el supuesto estudiado ya estaba prevista de modo obligatorio en el artículo 317 de la LGSS para los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE)⁴³, trabajadores por cuenta propia que, por su singularidad, quiso el legislador depararles similar protección a la de los trabajadores por cuenta ajena, predominando, en ambos supuestos, la prestación de servicios para un único empleador, tratándose de riesgos en el desempeño de la actividad muy afines en su necesaria atención y prevención⁴⁴.

El reconocimiento del accidente *in itinere* para trabajadores autónomos diferentes a los TRADE puede abrir un recurrente portillo al fraude, merced al cual el legislador se resistió, hasta la aprobación de la Ley 6/2017, a incorporar dicha posibilidad⁴⁵.

En efecto, no cabe olvidar que el trabajo autónomo lo es también en el horario de ejecución y en sus circunstancias (Desdentado, 2011, p. 1). Dicha autonomía también lo será a la hora de dar su versión a la mutua respecto del accidente *in itinere*, supuestamente acontecido, probablemente extramuros de la actividad empresarial o profesional desempeñada y que encontrará una dificultosa prueba en contrario a la de los hechos declarados.

Es cierto que la voluntariedad de la cobertura de las contingencias profesionales que preconiza el artículo 316.1 de la LGSS ha dado como resultado que, mayoritariamente, no se escoja dicha opción por suponer un sensible encarecimiento en la liquidación mensual correspondiente al RETA⁴⁶. A mayor abundamiento, la regla dos, segunda, de la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006 escenifica, de modo clamoroso a mi juicio, el maltrato en la cotización a la contingencia de accidente de trabajo para el trabajo autónomo, priorizando la actividad económica de la empresa frente al desempeño real por parte del empleado por cuenta propia (cuadro II) (Blasco, 2016, p. 24). Como colofón de esta desventaja, se previene también allí que cuando los trabajadores por cuenta propia realicen varias actividades que den lugar a una única inclusión en el RETA, el tipo de cotización aplicable será el más elevado de los establecidos para

⁴³ Tipología especial de autónomos sobre la que algún autor ha reivindicado una mayor atención en la propia Ley 6/2017 (Cavas, 2017, p. 178).

⁴⁴ *Vid.* Navajas, López y Ariza (2017, p. 173) y Cavas (2017, p. 175).

⁴⁵ «Es previsible que la aplicación de este concepto (incluyendo varias magnitudes abiertas) genere litigiosidad. Por lo pronto, debiera evitarse la equiparación entre accidentes en itinerancia y aquellos otros ("de tráfico") que tienen lugar mientras se está desarrollando la actividad productiva (por ejemplo, para acudir a visitar a un cliente)» (Semper, 2017, p. 9).

⁴⁶ Abundando sobre estos reparos, Bodas (2007, p. 72).

las actividades que lleve a cabo el trabajador. Esta última previsión ha de observarse aunque la prestación de servicios por cuenta propia, en las actividades a las que corresponda un mayor tipo de cotización, sea residual.

Por todo ello, no es de extrañar que abriéndose la posibilidad de percibir una prestación por accidente de trabajo *in itinere*, se escenifique en falso esta última circunstancia con el objeto de darse el oportuno resarcimiento a la pluscotización⁴⁷.

Para prevenir estas suspicacias, el legislador introduce en el inciso final del artículo 316.2 de la LGSS como lugar de trabajo a efectos de accidente *in itinere* el del establecimiento en el que ejerza habitualmente su actividad, siempre que no coincida con su domicilio y se corresponda con el local, nave u oficina declarado como afecto a la actividad económica a efectos fiscales.

Con esta medida quedan fuera del concepto de accidente *in itinere* aquellas actividades que ni precisan ni tienen establecimiento concreto de prestación de servicio por cuenta propia. Es lógica la imposibilidad de que el domicilio se considere centro de trabajo a aquellos efectos, precisamente para evitar los aludidos fraudes, pues buena parte de los accidentes domésticos⁴⁸ serían declarados como de trabajo con la simple manifestación de que se estaba realizando una actividad por cuenta propia⁴⁹.

La nueva disposición contiene una obligación formal que puede pasar desapercibida desde el punto de vista laboral, que es que el domicilio de la actividad tiene que estar «declarado» como afecto a la actividad económica a efectos fiscales y se ejemplifica, sin ánimo de exhaustividad en mi opinión, con el del local, nave u oficina distinto al del domicilio del trabajador autónomo⁵⁰.

Se entiende, por lo tanto, que este último será su domicilio fiscal, que no tiene relevancia a efectos de accidente de trabajo *in itinere* sino el de la actividad, declarado como tal en la declaración censal de alta que, en este sentido, haya sido consignado, en su momento, por el trabajador por cuenta propia para el desempeño de su actividad (modelo tributario 036 o 037).

Si este domicilio de la actividad no ha sido «declarado», no se tendrá cobertura, a mi juicio, por contingencias profesionales, tratándose de una formalidad *ad solemnitatem*.

⁴⁷ Algo ya advertido por Martínez (2003, p. 38).

⁴⁸ *A sensu contrario*, el accidente de trabajo que pretenda ser cubierto como enfermedad común, sin cotizarse por aquel, no tendrá la oportuna respuesta prestacional (salvo que se oculte, como es habitual, al INSS, el origen del siniestro), existiendo algunas opiniones doctrinales que entienden la protección de dicha contingencia como común (Cavas, 2017, p. 175), de las que, respetuosamente, se discrepa, salvo el derecho a la prestación de asistencia sanitaria pública, no así, la incapacidad temporal por comunes.

⁴⁹ Sobre tales comportamientos fraudulentos, *vid.* Magallón (1995, p. 120).

⁵⁰ Lo que planteará múltiples problemas, en palabras de Monereo y Rodríguez (2017), pues no todo trabajador autónomo tiene que disponer de local, nave u oficina para el desempeño de su actividad.

Referencias bibliográficas

- Barrios Baudor, G. L. (2011). *La conciliación de la vida personal, familiar y profesional de los trabajadores autónomos: estado de la cuestión y propuestas de reforma*. *RTSS.CEF*, 345, 51-96.
- Benavides Vico, A. (2004). Novedades de la Ley 52/2003, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social. *Consell obert: Recull informatiu del Consell General de Col·legis de Graduats Socials de Catalunya*, 184, 25-31.
- Blasco Lahoz, J. F. (1995). Pluriactividad y trabajadores autónomos. *Actualidad laboral*, 3, 783-792.
- Blasco Lahoz, J. F. (2016). *El régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos: teoría (doctrina) y práctica (legislación y jurisprudencia)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bodas Martín, R. (2007). La protección de los trabajadores autónomos por contingencias profesionales. *Documentación laboral*, 81, 63-88.
- Caballero Pérez, M. J. (2013). Sobre el limitado acceso a la jubilación anticipada desde el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 118, 187-202.
- Cámara Botía, A. (2008). Configuración del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos. *Foro de Seguridad Social*, 20, 59-67.
- Cavas Martínez, F. (2017). *La reforma 2017 del Estatuto del Trabajo Autónomo*. *RTSS.CEF*, 417, 163-178.
- Celis Martínez, C. de (2008). Límites a la cotización en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos: la base de cotización del trabajador con cincuenta o más años de edad. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 16.
- Cervilla Garzón, M.^a J. (2008). La reforma «pro futuro» de la protección social de los trabajadores autónomos tras la aprobación de su nuevo Estatuto. *Actualidad laboral*, 19.
- Cruz Villalón, J. (2017). Capítulo 5. El régimen especial de trabajadores autónomos. Configuración general y elementos caracterizadores. En J. L. Monereo Pérez y G. Rodríguez Iniesta (Dir.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social* (Tomo II, pp. 617-630). Murcia: Laborum.
- Desdentado Bonete, A. (2011). El futuro de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos: reflexiones críticas con algunas propuestas. *Actualidad laboral*, 15, 1.
- Fernández Pavés, M. J. y Javalera Rodríguez, A. (2007). Los recargos por declaración extemporánea en la nueva Ley General Tributaria. *Revista técnica tributaria*, 77, 101-132.
- Gala Durán, C. (2009). La protección social de los trabajadores autónomos como ejemplo de avance del sistema de Seguridad Social. En M.^a J. Espuny Tomás y O. P. Torres (Coords.), *Quince años de reformas jurídicas: (1993-2008)* (pp. 143-162). Madrid: Dykinson.
- García Villalobos, J. C. (2009). Trabajadores autónomos y comercio: análisis de su situación en el contexto de crisis. En F. J. Cossío Silva (Coord.), *Administrando en entornos inciertos = managing in uncertain environment*. Madrid: ESIC.

- López Geta, M.J. (2017). De cómo la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo alumbró, en lo tributario, un mínimo ratón, faltando a las promesas hechas a los trabajadores autónomos. *Carta tributaria. Revista de opinión*, 33.
- Magallón Ortín, M. (1995). La incapacidad temporal en el régimen especial de trabajadores autónomos, como falsa causa de baja en dicho régimen. *Revista de trabajo y Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, 19, 113-122.
- Martínez Barroso, M.^a R. (2003). [Extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos \(artículo 40.Cuatro de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre\)](#). *RTSS.CEF*, 240, 27-44.
- Monereo Pérez, J. L. y Rodríguez Iniesta, G. (2017). ¿Nuevas metas y tuteladas para los trabajadores autónomos? Sobre el sentido y alcance de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de reformas urgentes del trabajo autónomo (comentario de urgencia). *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 13, 15-40. Recuperado de <<http://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/248/259>> (consultado el 9 de enero de 2018).
- Navajas, V., López, M.^a C. y Ariza, J. A. (2017). Los trabajadores autónomos dependientes en Europa. *CIRIEC-España. Revista de economía pública, social y cooperativa*, 89, 167-198. Recuperado de <<https://ojs.uv.es/index.php/ciriecespana/article/view/10008>> (consultado el 9 de enero de 2018).
- Panizo Robles, J. A. (2004). La reforma de la Seguridad Social (Comentarios de urgencia a la Ley de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social). *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1, 1.053-1.080.
- Planas Gómez, M. (1997). Evolución de los efectos de cotización de las bajas solicitadas fuera de plazo en el régimen especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, 75, 85-87.
- Sempere Navarro, A. V. (2012). Medidas sociolaborales para garantizar la estabilidad presupuestaria y fomentar la competitividad (RDLEY 20/2012, de 13 julio). *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 5(5), 15-48.
- Sempere Navarro, A. V. (2017). Modificaciones sobre el trabajo autónomo en la Ley 6/2017: una visión general. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 203, 15-40.
- Serrano Argüeso, M. (2002). Maternidad, trabajadores autónomos y situaciones asimiladas al alta: Comentario a la STSJ Cataluña 10 de abril de 2002 (AS 2002, 1846). *Aranzadi social*, 2, 2.258-2.261.
- Valle de Joz, J. I. del (2014). Novedades normativas en relación con los trabajadores autónomos. En I. García-Perrote Escartín y J. R. Mercader Uguina (Dirs.), *Las reformas laborales y de Seguridad Social de la Ley 11/2013, de 26 de julio, al Real Decreto-Ley 3/2014, de 28 de febrero* (pp. 323-350). Valladolid: Lex Nova.
- Valle Villar, J. M. del (2016). Empresario individual y sistema de Seguridad Social: la Seguridad Social de los trabajadores autónomos. En S. Hierro Anibarro (Dir.), *Un nuevo estatuto para el empresario individual* (pp. 219-262). Madrid: Marcial Pons. Recuperado de <<https://www.marcialpons.es/static/pdf/9788491231271.pdf>> (consultado el 9 de enero de 2018).
- Villar Rojas, F. J. y Hernández González, F. L. (1994). De nuevo sobre la extinción del deber de cotizar de los trabajadores autónomos (Nulidad del Real Decreto 497/1986 de 10 de febrero, que la condiciona a la comunicación formal de la baja). *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 4, 963-967.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0