

**M.<sup>a</sup> ÁNGELES CASCAJERO SÁNCHEZ**

*Letrada de la Administración de la Seguridad Social*

**Extracto:**

**E**L procedimiento de recaudación de los recursos del Sistema de la Seguridad Social ha sufrido modificaciones en su regulación, consecuencia de la pretensión de coordinación de éste con el de recaudación del Estado. Si bien hubiera sido preferible la adopción de un procedimiento común, objetivo que pareció dibujarse en un determinado momento como prioritario, lo cierto es que a la postre se consideró más oportuno dotar a la Administración de la Seguridad Social de un procedimiento recaudatorio propio, pero manteniendo las pretensiones unificadoras de los contenidos de las normas reguladoras de ambos procedimientos.

Fruto de esta coordinación es la atribución a la Administración de la Seguridad Social de la potestad para adoptar medidas cautelares, y la regulación del inicio del procedimiento ejecutivo, que constituyen el eje del estudio que se reproduce a continuación.

---

## Sumario:

---

- I. Introducción.
- II. Las medidas cautelares en el procedimiento de recaudación de los recursos del Sistema de la Seguridad Social.
  1. Encuadre positivo. El nuevo artículo 33.1 de la Ley General de la Seguridad Social. Antecedentes normativos.
  2. Concepto.
  3. Régimen jurídico de las medidas cautelares que aseguran el cobro de las deudas con la Seguridad Social.
    - 3.1. Requisitos subjetivos.
    - 3.2. Requisitos de actividad: indicios racionales de cobro frustrado o gravemente dificultado.
    - 3.3. Requisitos objetivos.
    - 3.4. Requisito formal.
  4. Límites de las medidas cautelares.
    - 4.1. El principio de proporcionalidad.
    - 4.2. La producción de un perjuicio de difícil o imposible reparación.
    - 4.3. La violación de los derechos amparados por las leyes.
    - 4.4. Límite subjetivo del artículo 33.2 *in fine* de la Ley General de la Seguridad Social.
  5. Clases de medidas cautelares.
    - 5.1. Retención del pago de devoluciones de ingresos indebidos o de otros pagos que deba realizar la Tesorería General de la Seguridad Social.
    - 5.2. El embargo preventivo.
    - 5.3. La intervención de los ingresos de espectáculos públicos.
    - 5.4. Cualquier otra legalmente prevista.
  6. Eficacia de las medidas cautelares.
    - 6.1. Levantamiento de las medidas cautelares.
    - 6.2. La prórroga de las medidas cautelares.
    - 6.3. Conversión en definitivas.
- III. El procedimiento de apremio y el título ejecutivo.
- IV. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

La recaudación puede ser contemplada desde muy diversas perspectivas; ZABALA RODRÍGUEZ-FORNOS, LLOPIS GINER y DAGO ELORZA <sup>1</sup> han puesto de relieve que dominan en el concepto «recaudación» dos aspectos: en primer lugar, un aspecto subjetivo que la configura como una potestad de las Administraciones Públicas derivada del Ordenamiento Jurídico y, en segundo término, afloran aspectos procedimentales que llevan a considerarla como el cauce formal a través del cual se ejercita, se actúa, dicha potestad.

En cuanto a su consideración de «función» deriva de modo directo de la potestad de autotutela de la Administración que, como exigencia de eficacia, permite a ésta dictar sus propios actos declarativos de derechos, proceder a la ejecución de los mismos y revisarlos de oficio o a instancia de parte, sin perjuicio de su ulterior control jurisdiccional. Se trata de una autotutela no meramente «conservativa» o «defensiva» de situaciones previas, sino «agresiva» o «coercitiva» consistente en un «apremio sobre el patrimonio» del deudor con el fin de obtener la satisfacción de un crédito público.

Dicha potestad fue cuestionada por la doctrina científica ante el silencio que sobre ella mantenía la Constitución de 1978, sin embargo, el Tribunal Constitucional, en Sentencia n.º 22/1984, de 17 de febrero, vino a constitucionalizarla, en cuanto la consideró como emanación del principio de autotutela que, a su vez, es consecuencia del principio de eficacia consagrado en el artículo 103.1 de la Constitución.

---

<sup>1</sup> ZABALA RODRÍGUEZ-FORNOS, A.; LLOPIS GINER, F. y DAGO ELORZA, I., *Aspectos sustantivos y procedimentales. Comentario al Real Decreto 1684/1990*. Ed. CISS, S.A. Valencia 1992.

Desde otro punto de vista, la inserción de la recaudación en el marco de los procedimientos administrativos obliga a una referencia al fundamento, estructura y principios sobre los que se articulan en nuestro ordenamiento jurídico, partiendo de considerarlos como un conjunto de reglas formales a las que las Administraciones Públicas deben sujetar sus actuaciones, con un doble presupuesto: la potestad de autotutela y la obligación de sumisión de la actividad administrativa al Derecho a través de los principios constitucionales de objetividad, coordinación y plena justiciabilidad (art. 103.1 CE).

Los principios constitucionales que van a configurar la estructura y la aplicación de los procedimientos administrativos van a derivar en la tensión dialéctica entre el principio constitucional de eficacia de la actuación de las Administraciones Públicas y el principio constitucional que refiere la eficacia a la noción del servicio de los intereses generales, consistente en la plena operatividad de los valores protegidos por la Constitución; así, fundamentalmente los derechos del ciudadano-administrado se reconducen a los consagrados en los artículos 9.3 y 24 de la Constitución: la seguridad jurídica del administrado, entendida siguiendo al Tribunal Constitucional (S. 27/1981, de 20 de julio) como «suma certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad (lo cual conduce a los imperativos de objetividad, imparcialidad y servicio a los intereses generales) y respeto a la defensa y tutela efectiva del administrado».

Estos principios constitucionales encuentran su desarrollo en otros principios tradicionales de nuestro Derecho Administrativo:

- a) La aplicación del principio *pro actione* que exige la interpretación de las normas y requisitos fundamentales de la manera más favorable al administrado.
- b) La aplicación del principio de contradicción asegurando la intervención de los afectados en el procedimiento presentando alegaciones, proponiendo y practicando prueba que a su derecho convenga y dándoles audiencia.
- c) Aplicación del principio de publicidad, entendiendo como exigencia de que el expediente no constituya un secreto para los administrados, que tienen derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación del procedimiento, y a que se le dé traslado de los actos y resoluciones que les afecten.

La potestad recaudatoria de la Seguridad Social, entendida en sentido amplio, desde el punto de vista de su contenido se despliega en dos vertientes:

- a) Como expresión de la «autotutela declarativa», mediante la cual se determina cuantitativamente el derecho al cobro de los diferentes recursos del Sistema de la Seguridad Social. En la doctrina se ha denominado «potestad liquidatoria» a este aspecto de la potestad entendido en sentido amplio.

Desde el punto de vista procedimental se concreta en el procedimiento de recaudación en período voluntario.

- b) Como expresión de la «autotutela ejecutiva» que pretende la ejecución del derecho o la obligación previamente declarada. Este segundo aspecto de la función recaudatoria se concreta procedimentalmente en el procedimiento ejecutivo de recaudación.

La doctrina se ha referido a este segundo aspecto del concepto amplio de potestad recaudatoria como función recaudatoria en sentido estricto.

Mientras que la función liquidatoria ha sido ejercida directamente por la Administración de la Seguridad Social, la función recaudatoria ha sido ejercida por la Administración de la Seguridad Social de modo distinto desde el punto de vista histórico.

La Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, en su artículo 19 confiaba la recaudación de las cuotas de la Seguridad Social en período ejecutivo a las antiguas Magistraturas de Trabajo.

El Real Decreto-Ley 4/1978, de 24 de enero, sobre recaudación de cuotas e inspección en la Seguridad Social, autoriza al Gobierno a confiar la recaudación en vía ejecutiva a los Recaudadores de la Hacienda Pública, de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento General de Recaudación.

La Ley 40/1980, de 7 de julio, en su artículo 9 señala que la gestión recaudatoria, tanto voluntaria como ejecutiva, será realizada, bajo la dirección, vigilancia y tutela del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por la Tesorería General de la Seguridad Social sin perjuicio de que ésta pueda concertar los servicios que el Ministerio considere convenientes con la Administración Estatal, Institucional, Autonómica y Local y, en especial con el Ministerio de Economía y Hacienda y las Magistraturas de Trabajo.

El Real Decreto-Ley 10/1981, de 19 de junio, sobre inspección y recaudación de la Seguridad Social, en su artículo 1 reitera el contenido del artículo 9 de la Ley 40/1980, pero señalando que los conciertos se harán preferentemente con los servicios del Ministerio de Economía y Hacienda (en perjuicio de las Magistraturas de Trabajo) señalando en su disposición transitoria primera que las habilitaciones fruto de los conciertos serán en todo caso temporales hasta que se organice un sistema «unificado» de recaudación para el Estado y la Seguridad Social.

El primer Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 716/1986, de 7 de marzo, en su Preámbulo dice cumplir con el mandato contenido en el Real Decreto-Ley 10/1981 citado, creando un procedimiento de recaudación de los recursos de la Seguridad Social adaptado, en lo fundamental, al procedimiento estable-

cido en el Decreto 3154/1968, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación. Sin embargo, lo cierto es que la Tesorería General de la Seguridad Social se dota de una estructura organizativa y de un procedimiento propios para actuar por sí misma su potestad recaudatoria, tanto en período voluntario cuanto ejecutivo, no sólo para las cotizaciones, sino para los demás recursos del Sistema de la Seguridad Social, de esta forma se separaba, de hecho, de las prestaciones unificadoras del Real Decreto-Ley 10/1981 sobre la base de la potenciación de su personalidad jurídica instrumental para el mejor cumplimiento de sus fines.

No obstante lo anterior, lo cierto es que la Administración de la Seguridad Social, pese a esa pretensión auto-organizativa de su potestad recaudatoria, se ha coordinado con la Administración del Estado. Así, tras la aprobación del Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprobó un nuevo Reglamento General de Recaudación, la Administración de la Seguridad Social modifica su procedimiento dictando el Real Decreto 1517/1991, de 11 de octubre, por el que se aprueba el segundo Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social. Dicho Reglamento ha sido sustituido por el Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, cuyo Preámbulo fundamenta la derogación del anterior en las modificaciones llevadas a cabo por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Sin embargo, esta nueva reforma aprovecha para incorporar las modificaciones que le resultan más atractivas del Procedimiento de Recaudación del Estado efectuadas por el Real Decreto 448/1995, de 24 de marzo, y por la Ley 25/1995, de 20 de julio, de reforma de la Ley General Tributaria.

No queremos concluir estas páginas introductorias sin hacer una mención a la importancia socio-económica de los procedimientos de recaudación administrativos y los procesos ejecutivos judiciales. El pasado 14 de marzo el diario EL PAÍS publicaba un artículo en sus páginas económicas, firmado por Carlos GÓMEZ, denominado «La economía del embargo»; en el mismo se ponía de relieve que «La industria del embargo mueve en España más dinero que el sector del calzado o las exportaciones de cítricos, aunque al no ser un sector económico tradicional está ausente de las estadísticas del INE y su facturación total no figura en ningún informe oficial.» Citando fuentes oficiales, señala Carlos GÓMEZ que la Agencia Tributaria recaudó por vía ejecutiva en 1998 un total de 199.000 millones de pesetas, de ellos 127.000 procedían de embargos; por su parte, la recaudación en vía ejecutiva de la Tesorería General de la Seguridad Social ascendía a 154.000 millones de pesetas, un 4,58% más que en 1997.

En este panorama socio-económico se proyecta la reforma del artículo 33 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 20 de junio de 1994 (en adelante, LGSS), operada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. El sentido de la reforma consiste fundamentalmente en atribuir a la Tesorería General de la Seguridad Social la potestad para adoptar medidas cautelares en el procedimiento de recaudación de los recursos del Sistema de la Seguridad Social. El alcance de dicha reforma será objeto de estudio en los apartados siguientes.

## II. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO DE RECAUDACIÓN DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

### 1. Encuadre positivo. El nuevo artículo 33.1 de la Ley General de la Seguridad Social. Antecedentes normativos.

El artículo 33 de la LGSS encabezaba su regulación positiva bajo el título «Procedimiento de apremio y título ejecutivo». Sobre su texto la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, efectúa una reforma para atribuir a la Administración de la Seguridad Social, en su número 1, la competencia para adoptar medidas cautelares en el procedimiento de recaudación; dicho precepto pasa a tener el siguiente tenor literal:

«1. Para asegurar el cobro de las deudas con la Seguridad Social, la Tesorería General de la misma podrá adoptar medidas cautelares de carácter provisional cuando existan indicios racionales de que, en otro caso, dicho cobro se verá frustrado o gravemente dificultado.

- a) Las medidas habrán de ser proporcionadas al daño que se pretenda evitar. En ningún caso se adoptarán aquellas que puedan producir un perjuicio de difícil o imposible reparación.

La medida cautelar podrá consistir en alguna de las siguientes:

Retención del pago de devoluciones de ingresos indebidos o de otros pagos que deba realizar la Tesorería General de la Seguridad Social, en la cuantía estrictamente necesaria para asegurar el cobro de la deuda.

La retención cautelar total o parcial de una devolución de ingresos indebidos deberá ser notificada al interesado juntamente con el acuerdo de devolución.

Embargo preventivo de bienes o derechos. Este embargo preventivo se asegurará mediante su anotación en los Registros Públicos correspondientes o mediante el depósito de los bienes muebles embargados.

Cualquiera otra legalmente prevista.

- b) Cuando la deuda con la Seguridad Social no se encuentre liquidada pero se haya devengado y haya transcurrido el plazo reglamentario para su pago, y siempre que corresponda a cantidades determinables por aplicación de las bases, tipos u otros datos objetivos previamente establecidos que permitan fijar una cifra máxima de responsabilidad, la Tesorería General de la Seguridad Social podrá adoptar medidas cau-

telares que aseguren su cobro, previa autorización, en su respectivo ámbito del Director Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o, en su caso, del Director General de la misma o autoridad en quien deleguen.

- c) Las medidas cautelares así adoptadas se levantarán aun cuando no haya sido pagada la deuda, si desaparecen las circunstancias que justificaron su adopción o si, a solicitud del interesado, se acuerda su sustitución por otra garantía que se estime suficiente.

Las medidas cautelares podrán convertirse en definitivas en el marco del procedimiento de apremio. En otro caso, se levantarán de oficio, sin que puedan prorrogarse más allá del plazo de seis meses desde su adopción.

- d) Se podrá acordar el embargo preventivo de dinero y mercancías en cuantía suficiente para asegurar el pago de la deuda con la Seguridad Social que corresponda exigir por actividades y trabajos lucrativos ejercidos sin establecimiento cuando los trabajadores no hayan sido afiliados o, en su caso, no hayan sido dados de alta en la Seguridad Social.

Asimismo, podrán intervenir los ingresos de los espectáculos públicos de las empresas cuyos trabajadores no hayan sido afiliados ni dados de alta o por los que no hubieren efectuado sus cotizaciones a la Seguridad Social.»

El número 1 del artículo 33 de la LGSS se inspira directamente en el artículo 128 de la Ley General Tributaria (en adelante, LGT) que regula la adopción de medidas cautelares para asegurar el cobro de la deuda tributaria, precepto introducido por la Ley 25/1995, de 20 de julio, de reforma de la Ley General Tributaria, atribuyendo la potestad de adoptar medidas cautelares sólo en el supuesto en el que la deuda se hallase «liquidada», al haberse suprimido en el trámite parlamentario la posibilidad de adoptar medidas cautelares cuando la deuda se hubiere devengado y hubiera transcurrido el plazo para el pago, aun cuando el tributo se hallare pendiente de liquidación, posibilidad que recogía el número 2 del artículo 128 del Proyecto de Ley remitido por el Gobierno.

El artículo 128 fue objeto de una nueva reforma, esta vez operada por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que reintrodujo en el número 3 del artículo 128 de la LGT la posibilidad de adoptar medidas cautelares cuando la deuda no se encuentre liquidada, pero se haya devengado y haya transcurrido el plazo reglamentario para el pago del tributo; para adoptar las medidas cautelares la Administración Tributaria requerirá la autorización del Juez de Instrucción del domicilio del deudor.

El artículo 128.3 de la LGT ha sufrido de nuevo una reforma, esta vez operada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, quedando su redacción en el sentido que sigue:

«Cuando la deuda tributaria no se encuentre liquidada, pero se haya devengado y haya transcurrido el plazo reglamentario para su pago, y siempre que corresponda a cantidades retenidas o repercutidas a terceros, los Delegados Especiales de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, en su ámbito respectivo, podrán adoptar las medidas cautelares que aseguren su cobro.

Las medidas cautelares así adoptadas se levantarán en el plazo de un mes, salvo que el Director General de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, o, en su caso, el Director del Departamento en quien delegue, determine la prórroga de las mismas o se conviertan en definitivas en el marco del procedimiento de apremio.»

## 2. Concepto.

La acepción usual de lo que deba entenderse por medida cautelar está muy condicionada por su sentido técnico-jurídico. El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, al definir el adjetivo «cautelar», circunscribe su significado al campo del Derecho ofreciendo dos posibilidades: una más genérica, que identifica lo cautelar con lo preventivo o precautorio; la otra, descriptiva, según la cual «son las medidas o reglas para prevenir la consecución de un determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo».

El fundamento se encuentra en el hecho de que el mero transcurso del tiempo en que haya de efectuarse una actuación puede conllevar la imposibilidad de su cumplimiento final. Esta justificación conecta con algunos derechos o principios constitucionales. Así, en el caso de que las medidas cautelares se adopten en procesos de carácter jurisdiccional, el substrato constitucional de la cautela arranca del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), que se extiende desde su fase declarativa hasta la fase ejecutiva, estando atribuida la potestad jurisdiccional, en su conjunto, a los Jueces y Tribunales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117 CE). En el supuesto de las medidas cautelares no jurisdiccionales, se encuentra en el principio de eficacia al que está sometida la Administración (art. 103.1 CE) de que derivan los privilegios de autotutela declarativa y ejecutiva de la Administración.

No debe olvidarse, no obstante, que el recurso a las medidas cautelares también tiene límites en nuestra Constitución, pues afectan a algunos derechos y libertades fundamentales, lo que determina siempre un uso restrictivo que pondere los citados derechos y garantías acudiendo al principio de proporcionalidad y al principio de seguridad jurídica en su faceta de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

La doctrina ha considerado que, con carácter general, toda medida cautelar ha de tener dos presupuestos o requisitos:

a) *Fumus boni iuris*, o apariencia de derecho.

En el caso de las medidas cautelares del tipo jurisdiccional debe apoyarse en un principio de prueba. En el supuesto de medidas no jurisdiccionales, viene dado por la presunción de legitimidad de la actuación administrativa.

b) *Periculum in mora*.

El concepto se determina por la concurrencia de dos elementos: el «peligro del retraso» (alude al período de tiempo necesario para que puedan realizarse todas las actuaciones indispensables para la resolución de una determinada situación jurídica) y el «peligro de infructuosidad» (supone que durante ese lapso temporal se sucedan hechos o acciones que impidan o dificulten la efectividad práctica del asunto principal).

Las medidas cautelares no jurisdiccionales tienen lugar en el ámbito de los procedimientos administrativos. Se pueden adoptar tanto en beneficio de los interesados que participan en el procedimiento junto a la Administración, cuanto en beneficio de la eficacia del acto administrativo que ha de dictar la Administración de un procedimiento concreto. Dentro de las primeras, en los procedimientos administrativos con carácter general, los artículos 104 y 111 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), el último modificado por la Ley 4/1999, de 13 de enero, prevén la posibilidad de que se suspenda la eficacia del acto sobre el que se discute su legalidad hasta que se resuelva el procedimiento iniciado. Dentro de las segundas se encuentran lo que la Ley 30/1992 denomina en su artículo 72 «medidas provisionales», precepto recientemente modificado por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

Las medidas cautelares que aseguran el cobro de las deudas de Seguridad Social son una modalidad de las medidas provisionales administrativas, por lo que participan del régimen legal de las mismas.

### **3. Régimen jurídico de las medidas cautelares que aseguran el cobro de las deudas con la Seguridad Social.**

#### *3.1. Requisitos subjetivos.*

##### EL SUJETO ACTIVO.

El artículo 33.1 de la LGSS atribuye la competencia para acordar las medidas cautelares a la Tesorería General de la Seguridad Social, Servicio Común que tiene atribuida la potestad recaudatoria de los recursos del Sistema de la Seguridad Social, tanto en período voluntario como en período ejecutivo, bajo la dirección, vigilancia y tutela del Estado (art. 18 LGSS y art. 2 RD 1637/1995).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, las competencias atribuidas a la Tesorería General de la Seguridad Social, en materia de gestión recaudatoria, serán ejercidas por los Directores Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social dentro de sus respectivas demarcaciones, salvo aquellas en las que una norma de carácter general y debidamente publicada reserve a la Dirección General (en base a esta habilitación se dictó la Resolución de 1 de marzo de 1996, de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre reserva y determinación de funciones en materia de gestión recaudatoria).

#### EL SUJETO PASIVO.

Los sujetos afectados por las medidas son todos los «responsables del pago». La LGSS emplea el término «interesado», concepto que en el procedimiento recaudatorio hay que atribuir a la totalidad de los «responsables de pago». De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 del Real Decreto 1637/1995 citado, son responsables del pago: el obligado al pago; los responsables solidarios; los responsables subsidiarios y los sucesores *mortis causa* de los obligados al pago y de los responsables solidarios o subsidiarios.

Parece claro que, por lo que respecta al procedimiento recaudatorio de la Seguridad Social, tanto en el supuesto de responsables subsidiarios como en el de sucesores *mortis causa*, es exigible para que puedan aplicarse medidas cautelares que sean traídos al procedimiento, bien que exista declaración de insolvencia del deudor principal (salvo que el responsable subsidiario haya renunciado a dicho beneficio); bien porque exista constancia del fallecimiento del deudor principal, en el caso de los sucesores *mortis causa*.

No existe en la LGSS una norma como la contenida en el artículo 37.5 de la LGT (muy criticada por la doctrina), que permite la adopción de medidas cautelares frente a los posibles responsables subsidiarios antes de que exista declaración de fallido del deudor principal y de los posibles responsables solidarios.

Junto a los «responsables del pago», también pueden ser objeto de medidas cautelares otras personas que todavía no han alcanzado esta posición jurídica pero que están en condiciones de hacerlo. El artículo 33.1 d) de la LGSS permite la adopción de medidas cautelares frente a sujetos que ejercen actividades lucrativas sin establecimiento o espectáculos públicos cuando no hayan sido afiliados o dados de alta sus trabajadores.

Por el contrario, no podrán ser sujetos pasivos de una medida cautelar, aunque sean responsables del pago, las Administraciones Públicas Territoriales y demás Entidades de Derecho Público o Empresas dependientes de las mismas que realicen prestaciones públicas (art. 33.2, último párrafo LGSS).

3.2. *Requisitos de actividad: indicios racionales de cobro frustrado o gravemente dificultado.*

El artículo 33.1 de la LGSS condiciona la autorización que confiere a la Tesorería General de la Seguridad Social para adoptar medidas cautelares provisionales al hecho de que existan indicios racionales de que el cobro se va a ver frustrado o gravemente dificultado; exigencia que debe relacionarse con el fin último de toda medida cautelar: asegurar el cobro de las deudas con la Seguridad Social.

Como se ha señalado anteriormente, el *periculum in mora* es un elemento esencial de cualquier medida cautelar, los indicios de que el cobro se va a ver frustrado o gravemente dificultado constituye uno de los aspectos fundamentales del *periculum in mora*, concepto que incluye:

- a) Un aspecto subjetivo consistente en la creencia del órgano competente de que el crédito de la Seguridad Social se va a ver frustrado o gravemente dificultado.
- b) Un aspecto objetivo consistente en la realización por el sujeto pasivo de la posible medida de actos que tiendan a ocultar, gravar o disponer de sus bienes en perjuicio de la Seguridad Social.

El concepto «indicios racionales» ha sido extraído de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La jurisprudencia ha perfilado el concepto indicio racional, entre otras, en Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1990; 18 de septiembre de 1992 y 28 de febrero de 1995, exigiendo que concurren las siguientes circunstancias:

- Que los indicios estén debidamente probados, no bastan las meras sospechas.
- Que sean plurales.
- Que el hecho consecuencia aparezca directamente enlazado con el hecho base, a través de un raciocinio lógico, según las reglas del criterio humano (art. 1.253 CC).

De este concepto jurisprudencial se llega a integrar los aspectos subjetivo y objetivo del *periculum in mora* ya que no basta con la sospecha, sino que es preciso la acreditación de determinadas actuaciones del sujeto pasivo de la medida a adoptar tendentes a perjudicar el crédito de la Seguridad Social, sin que sea posible enumerar las posibles conductas que deben resultar relevantes, ya que, como ha señalado el Tribunal Supremo en Sentencias de 14 de diciembre de 1987 y 27 de octubre de 1988 (relativas al delito de alzamiento de bienes), es imposible encerrar en *numerus clausus* tanta variedad como alumbra la imaginación humana cuando viene incitada por propósitos defraudatorios.

Sin ánimo exhaustivo, estarían comprendidas las conductas tendentes a la ocultación de los bienes, entendida como desaparición física o material de los mismos; los actos de gravamen, que no suponen una pérdida de titularidad de los bienes pero sí una limitación de las facultades del titular al imponer una carga real o personal a éstos; por último, los actos de disposición, entendidos como transmisión de los bienes a título oneroso o gratuito.

### 3.3. Requisitos objetivos.

Las medidas cautelares se dictan «para asegurar el cobro de las deudas con la Seguridad Social» (art. 33.1 LGSS).

De la frase reseñada se extrae, no sólo el aspecto finalista de la adopción de las medidas cautelares, sino también un requisito objetivo de las mismas: la existencia de deudas con la Seguridad Social.

La expresión «deudas» de Seguridad Social hay que entenderla en sentido amplio, como equivalente a «recursos» que pueden ser objeto de actividad recaudatoria (art. 4 RD 1637/1995) dentro de cuyo concepto se incluyen no sólo el importe principal de los mismos, sino también, «el importe de los recargos e intereses que sobre los mismos procedan» [art. 4.1 k) RD 1637/1995].

La deuda con la Seguridad Social puede hallarse liquidada o pendiente de liquidar.

La admisión de la adopción de medidas cautelares para deudas pendientes de liquidación en los procedimientos ejecutivos administrativos ha sido muy criticada por la doctrina, en estos supuestos pueden vulnerarse los derechos afectados por la medida y sobrepasarse el límite de proporcionalidad de la misma <sup>2</sup>.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 33.1 b) de la LGSS: «Cuando la deuda con la Seguridad Social no se encuentre liquidada, pero se haya devengado y haya transcurrido el plazo reglamentario para su pago y siempre que responda a cantidades determinables por aplicación de las bases, tipos, y otros datos objetivos previamente establecidos que permitan fijar una cifra máxima de responsabilidad, la Tesorería General de la Seguridad Social podrá adoptar medidas cautelares previa autorización, en su respectivo ámbito, del Director Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o, en su caso, del Director General de la misma o autoridad en quien deleguen».

A este supuesto genérico de deuda no liquidada hay que añadir el previsto en el artículo 33.1 d) *in fine* cuando permite intervenir los ingresos de espectáculos públicos cuando no se hubieren ingresado las cotizaciones correspondientes a los trabajadores empleados. Se trata de una especificación

<sup>2</sup> Destacadamente, Amable CORCUERA TORRES en *Las medidas cautelares que aseguran el cobro de la deuda tributaria*. Ed. Marcial Pons-Centro de Estudios Financieros, Madrid, 1998.

del supuesto genérico que concreta la medida a adoptar: la intervención de los ingresos, pero a la que deben serle aplicables los requisitos establecidos por el artículo 33.1 b) de la LGSS para deudas no liquidadas, de los que debe exceptuarse la necesidad de autorización del Director Provincial o del Director General de la Seguridad Social, siempre que la medida a adoptar sea la de intervención de los ingresos, no así si se adopta otro tipo de medida.

Los requisitos para establecer medidas cautelares de deudas no liquidadas, con carácter general, son:

1. Autorización del Director Provincial o del Director General de la Tesorería General de la Seguridad Social, o de la autoridad en quien éstos deleguen, en el ámbito de sus respectivas competencias.
2. Que la deuda se haya devengado. Es criticable el uso de la expresión «se haya devengado» ya que supone acoger un término tributario que se aplica exclusivamente a los «tributos», ni siquiera a todas las deudas de naturaleza tributaria. Se trata de que el derecho de crédito de la Tesorería General de la Seguridad Social haya «nacido» a la vida jurídica, aunque no haya sido determinado.

Hay recursos que se recaudan en período voluntario mediante la presentación de documentos de cotización u otras «declaraciones-liquidaciones», mientras que otros precisan la notificación del documento liquidatorio: «Notificación de deuda» (art. 66.1 RD 1637/1995) o «Acta de liquidación»; sólo en el primero de los supuestos estaríamos ante la posibilidad de aplicación de medidas cautelares por deudas no liquidadas, lo que determina que el sujeto obligado no haya presentado «declaración-liquidación» respecto de sus trabajadores en alta, ya que en este caso, concurriría el requisito *periculum in mora*.

3. Que haya transcurrido el plazo reglamentario de ingreso. Se considera tal aquel que corresponda a cada uno de los diferentes recursos que integran el Sistema de Seguridad Social y en defecto de previsión legal, se entenderá por tal el que finaliza el último día del mes siguiente al de notificación de la reclamación de deuda de que se trate (art. 67 en relación con el art. 17 ambos del RD 1637/1995).
4. Que la deuda sea determinable. Se intenta salvaguardar el límite de la proporcionalidad señalando que la deuda aun no siendo «determinada», sea «determinable», por aplicación de «bases, tipos u otros datos objetivos», que permitan fijar una cifra máxima de responsabilidad, cuyo alcance en el resto del procedimiento recaudatorio no se concreta.

Conviene señalar, por último, que hay dos supuestos de deuda no nacida (y por lo tanto no liquidada) que no son determinables por referencia a tipos objetivos correspondientes al sujeto pasivo de la medida cautelar, sino de modo estimativo, acudiendo a los trabajadores de la misma categoría o puesto de trabajo. Es el supuesto contemplado en el artículo 33.1 d) de la LGSS referido a los supuestos de falta de afiliación y/o alta de los trabajadores empleados en actividades lucrativas sin establecimiento

y espectáculos públicos. Dicho precepto propone como medida cautelar, para el primero de los supuestos el embargo preventivo de dinero y mercancías y, en el segundo, la intervención de ingresos sin concretar en este último caso límite alguno, y señalando para el primero de los supuestos «en cuantía suficiente para asegurar el pago de la deuda», sin exigir la determinabilidad de ésta; precisamente esta última mención es la que recoge el límite que opera en toda medida cautelar: la proporcionalidad, por lo que tratándose de deudas por cuotas habrá que acudir, si no se conocieran las retribuciones reales, a los parámetros medios del sector, tal y como señala el artículo 32.2 *in fine* de la LGSS cuando permite a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la expedición de Actas de Liquidación, cuando no se conozcan las percepciones realmente percibidas, se estimará como base de cotización la media entre la base máxima y la base mínima prevista para el grupo de cotización en que estuviera encuadrada la categoría de trabajadores a la que se refiera el Acta de Liquidación.

#### 3.4. Requisito formal.

Las medidas cautelares han de concretarse en un acto administrativo que se adopte en un expediente administrativo. La potestad que se atribuye a la Administración de la Seguridad Social es una potestad reglada que determina que deba ajustarse a las normas generales que rigen los procedimientos administrativos.

Este requisito plantea una serie de cuestiones previas:

a) ¿Es precisa la audiencia previa del sujeto pasivo de la medida a adoptar?

Ésta ha sido una cuestión muy polémica en la doctrina. La Ley 30/1992, en su artículo 84.4, sólo permite prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento, ni sean tenidos en cuenta en la Resolución, otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el interesado. Es obvio que este supuesto nunca se va a dar en el procedimiento de adopción de una medida cautelar en beneficio del principio de eficacia de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social, porque por definición se va a iniciar de oficio y requiere un cierto sigilo en su tramitación, para evitar que se frustre su propósito último. La finalidad de la medida cautelar ha llevado a una parte de la doctrina a considerar que, dado que la ley no lo exige expresamente, se puede prescindir del trámite de audiencia, siendo recogida esta tendencia en las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de diciembre y 18 de septiembre de 1990.

Siguiendo al profesor GONZÁLEZ PÉREZ <sup>3</sup>, nos parece más adecuado el criterio que señala que teniendo en cuenta que no se podrán adoptar medidas cautelares que puedan ocasionar perjuicios irreparables al administrado, parece prudente oír a éste, por lo que sólo se debe-

<sup>3</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Ed. Civitas, 1993. Comentario al artículo 72.

ría prescindir del trámite de audiencia en los supuestos de urgencia debidamente motivada; en caso contrario, podría incurrirse en indefensión del afectado e incluso en infracción de alguno de sus derechos constitucionales (tutela efectiva o presunción de inocencia).

- b) El acuerdo de adopción de medidas cautelares ha de ser motivado por aplicación del artículo 54.1 a) de la LRJPAC, al ser actos que limitan derechos subjetivos e intereses legítimos.
- c) El acto de adopción de medidas cautelares es recurrible en vía administrativa (art. 183 RD 1637/1995) y la Resolución que agote la misma ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ya que no se trata de un acto de trámite, sino de un acto definitivo que resuelve un incidente [art. 3.1 b) LPL en la redacción que le da la disposición adicional 5.ª de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998, en relación con el art. 183.1 b) RD 1637/1995 citado].

#### 4. Límites de las medidas cautelares.

##### 4.1. El principio de proporcionalidad.

El artículo 33.1 a) de la LGSS señala que «las medidas (cautelares) habrán de ser proporcionadas al daño que se pretende evitar».

El Tribunal Constitucional ha dado al principio de proporcionalidad una doble funcionalidad:

- a) De una parte se trata de ajustar el ejercicio o la extensión de las potestades administrativas a una justificada ponderación de los derechos e intereses jurídicamente protegidos y en función de los valores constitucionales de libertad, justicia material y derecho a la autonomía (STC 3/1983, de 25 de enero).
- b) De otro lado, la adopción de medidas cautelares debe basarse, cuando no es reglada, en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las razones concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar sino que tendría un contenido punitivo en cuanto al exceso (STC 108/1984, de 26 de noviembre).

En cualquier caso, esta última función del principio de proporcionalidad debe ser tenida en cuenta, tanto en su aspecto cualitativo cuanto cuantitativo, y debe concretarse, como ha puesto de relieve el Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de junio de 1992, en la motivación del acuerdo que imponga la medida cautelar.

#### 4.2. La producción de un perjuicio de difícil o imposible reparación.

El artículo 33.1 a) de la LGSS prohíbe a la Tesorería General de la Seguridad Social adoptar una medida cautelar cuando pueda producir perjuicios de difícil o imposible reparación.

No cabe duda que cualquier afectado por una medida cautelar va a alegar que ésta, de adoptarse (recuérdese que se propugna que exista un trámite de audiencia previo al acuerdo de adopción), le va a producir perjuicios de difícil o imposible reparación; esta alegación de ordinario no suele ir acompañada de un principio de prueba, lo que determina que el Órgano Judicial o Administrativo que enjuicia la legitimidad del acto no tome demasiado en consideración una alegación que pudiera determinar la nulidad de la medida cautelar. Por ello, el afectado debe no sólo alegar, sino también razonar, o engarzar causalmente con la aplicación de la medida y, si es posible, probar los daños de difícil o imposible reparación.

En cualquier caso, «reparable» no debe asimilarse a «indemnizable». La irreparabilidad ha de ser sinónimo de irreversibilidad y no de irresarcibilidad, tal y como ha señalado la doctrina administrativista, en particular los profesores E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ <sup>4</sup>.

#### 4.3. La violación de los derechos amparados por las leyes.

Este límite se establece en el artículo 72 de la LRJPAC regulador de las «medidas provisionales», género del que participan las medidas cautelares del procedimiento recaudatorio de la Seguridad Social.

Tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de diciembre de 1988, este límite hay que referirlo a la posible vulneración de derechos distintos a aquellos sobre los que directamente recae la medida cautelar, ya que en otro caso se estaría impidiendo *de facto* la adopción de medida cautelar alguna.

Esta circunstancia determina, tal y como ha señalado REBOLLO PUIG <sup>5</sup>, que deba ponerse en relación con aquellos otros derechos que no admiten limitaciones, ni suspensiones, ni condicionamientos, siquiera provisionales, por parte de la Administración, como son los derechos y libertades fundamentales recogidos en el Texto Constitucional.

<sup>4</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, T.1, Ed. Civitas, pág. 564.

<sup>5</sup> REBOLLO PUIG, M., «Las Medidas Provisionales en el Procedimiento Administrativo» en *Estudios Homenaje a Jesús González Pérez. La protección del ciudadano*. T.J Civitas, 1993, pág. 676.

#### 4.4. Límite subjetivo del artículo 33.2 *in fine* de la Ley General de la Seguridad Social.

Como se ha señalado anteriormente, el artículo 33.2 *in fine* prohíbe adoptar cautelas en los procedimientos recaudatorios seguidos contra las Administraciones Públicas Territoriales y demás Entidades de Derecho Público o Empresas que realicen prestaciones públicas.

### 5. Clases de medidas cautelares.

#### 5.1. Retención del pago de devoluciones de ingresos indebidos o de otros pagos que deba realizar la Tesorería General de la Seguridad Social.

Se establece la posibilidad de practicar retención del pago de devoluciones o de otros pagos que deba realizar la Tesorería General de la Seguridad Social en cuantía necesaria para asegurar el cobro de la deuda.

La retención cautelar, total o parcial, de una devolución de ingresos indebidos deberá ser notificada con el acuerdo de devolución [art. 33.1 a) LGSS].

El contenido del derecho de retención así configurado legalmente se integra por la potestad de la Administración de la Seguridad Social que consiste en la suspensión o paralización de la actividad destinada a devolver o pagar cantidades monetarias al sujeto responsable de la obligación de Seguridad Social que pretende garantizar, sin que tal retención alcance a la ejecución forzosa de la deuda, ni conceda, por sí misma, al crédito de la Seguridad Social un privilegio especial. No obstante, esta medida provisional puede prorrogarse o, incluso, convertirse en definitiva, lo que supondría la inmediata aplicación de las cantidades retenidas (inicialmente con un carácter cautelar) a la cancelación de un crédito con la Seguridad Social.

El objeto de la retención es siempre una cantidad de dinero que iba a devolverse al destinatario de la medida cautelar o a pagarse al mismo.

En cualquier caso, la retención ha de respetar el principio de la proporcionalidad, de ahí que el propio texto de la norma se refiera a «retención cautelar total o parcial».

La previsión legal de la retención total o parcial de cantidades destinada a pagos o devoluciones ha elevado a la categoría de medida cautelar una práctica extendida entre las Administraciones Públicas sin cobertura legal, reglando la misma lo que contribuye a evitar la posible arbitrariedad de los poderes públicos y la vía de hecho.

## 5.2. El embargo preventivo.

El artículo 33.1 a) habla de «embargo preventivo de bienes o derechos», señalando que: «Este embargo preventivo se asegurará mediante su anotación en los Registros Públicos correspondientes o mediante el depósito de los bienes muebles embargados».

Como especialidad el artículo 33.1 d) señala que se podrá acordar el embargo preventivo de dinero y mercancías en cuantía suficiente para asegurar el pago de la deuda con la Seguridad Social que corresponda exigir por actividades y trabajos lucrativos ejercidos sin establecimiento cuando los trabajadores no hayan sido afiliados o, en su caso, no hayan sido dados de alta en la Seguridad Social.

El embargo preventivo ha sido la medida cautelar por excelencia adoptada en los procesos jurisdiccionales. Ya fue acogida por el artículo 128 de la LGT y ahora la recoge el artículo 33.1 de la LGSS que claramente se inspira en el anterior. En ninguno de estos dos preceptos se determina el régimen jurídico concreto de esta medida cautelar. No obstante, el hecho de que la medida cautelar provisional pueda convertirse en definitiva en el seno del proceso ejecutivo de recaudación, ha llevado a la doctrina a entender que le son aplicables las normas que regulan el embargo en el procedimiento de apremio, recogidas en el Título III, Capítulo II (arts. 114 a 138) del Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre. Por razones obvias, no podemos descender a analizar con detalle dicha regulación. No obstante, deben señalarse los siguientes rasgos:

El objeto genérico del embargo preventivo son todos los bienes y derechos del sujeto pasivo de la medida cautelar.

Deben excluirse del embargo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 119 del Real Decreto 1637/1995, los bienes que tienen la condición de inembargables de conformidad con los artículos 1.448 y 1.449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC).

Son también aplicables las limitaciones al embargo que se establecen en el artículo 27.2 del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 1.451 de la LEC, si el objeto fuesen salarios, sueldos, retribuciones o prestaciones económicas de Seguridad Social.

También se excluyen, de conformidad con lo establecido en el artículo 119.2 del Real Decreto 1637/1995, aquellos bienes en los que se presume que el coste de realización va a ser más elevado que el posible producto a juicio del recaudador ejecutivo.

Por último, deberá respetarse el orden de prelación de los embargos (art. 118 RD 1637/1995, en relación con el art. 1.447 LEC), no sólo por un principio de proporcionalidad, sino por la posible transformación de la medida cautelar en embargo ejecutivo.

Son trasladables al embargo preventivo las determinaciones contenidas en el artículo 120 del Real Decreto 1637/1995 en cuanto a la práctica de los embargos. De conformidad con dicho precepto, el embargo cautelar deberá concretarse en una «Diligencia de embargo» que deberá notificarse al responsable embargado, y a los interesados legítimos en dicho embargo (cónyuge, terceros poseedores, titulares de derechos reales sobre los mismos...) a fin de que pueda entablar las acciones que a sus derechos e intereses convengan, todo ello por aplicación del artículo 129.2 del Real Decreto 1637/1995 citado.

Por lo demás, el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social establece una serie de normas especiales para los diferentes embargos según su objeto en las que no podemos detenernos.

El artículo 33.1 b) de la LGSS señala la necesidad de asegurar el embargo preventivo mediante su anotación en Registros Públicos o mediante el depósito de bienes embargados, dependiendo de que los bienes objeto de embargo preventivo sean inscribibles en un Registro Público o no lo sean. En el primer supuesto, la anotación registral del embargo preventivo va a robustecer el embargo a través de la publicidad dándole un efecto *erga omnes*, de tal modo que aquel que quiera transmitir el bien, lo hará siendo de público conocimiento que sobre él se ha constituido una cautela.

Serán objeto de anotación preventiva todos los bienes que siendo embargables cautelarmente tengan acceso a un Registro Público: de la Propiedad, de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, significativamente.

La duración de la anotación será la misma que la duración de la cautela, si bien, con carácter general el artículo 86 de la Ley Hipotecaria señala que las anotaciones preventivas caducarán a los cuatro años siendo posible la solicitud de prórroga por otros cuatro siempre que se anote antes de que caduque el asiento.

En el supuesto de que se embarguen bienes muebles no inscribibles el artículo 33.1 a) de la LGSS prevé su aseguramiento a través del depósito regulado en los artículos 136 a 138 del Real Decreto 1637/1995.

Una modalidad del depósito puede darse en el caso del embargo de un bien de naturaleza compleja: el establecimiento mercantil. En este caso, además de que el embargo preventivo puede anotarse en el Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, el artículo 135.6 c) del Real Decreto 1637/1995 establece que cuando se prevean perjuicios irreparables en la solvencia del deudor y el tipo de negocio lo permita, podrá nombrarse un depositario con funciones de administrador, despojándose al dueño del negocio de la capacidad de gestión del mismo. El artículo 135.6 b) del Real Decreto 1637/1995 prevé una modalidad de medida cautelar aplicable al caso de establecimientos mercantiles o empresas en general, consistente en la intervención de la gestión, nombran-

do como interventor a un funcionario, aunque el dueño del negocio continúe al frente del mismo. Esta última medida cautelar va más allá del depósito y custodia del bien incorporando elementos dinámicos de vigilancia y conservación económica de lo intervenido.

Por último, como se ha señalado anteriormente, como medida cautelar aplicable a un supuesto de deuda inexistente pero de previsible existencia consecuencia de ejercicio de actividades lucrativas sin establecimiento en el que se han incumplido las obligaciones de afiliación y/o alta, se establece, como modalidad del embargo preventivo, el embargo de dinero y mercaderías. Lo significativo es que lo que se trata de garantizar es una deuda futura, sin embargo, se da un *periculum in mora* ya que el titular de la actividad lucrativa sin establecimiento no ha cumplido con sus obligaciones de afiliación y alta con lo cual es previsible que incumpla la obligación de cotizar. Se está pensando en el caso de la venta ambulante o de industrias que por su movilidad no ofrecen garantías de cumplimiento de sus obligaciones sociales, en concreto de las relativas a la Seguridad Social. El objeto del embargo preventivo difícilmente puede ser otro que mercancías o dinero, en cuantía suficiente para asegurar el pago de la futura deuda, si bien, el desconocimiento de cuál sea la cuantía de ésta no debe llevar implícito la inaplicación del principio de proporcionalidad cuya vigencia se extiende a cualquier supuesto de medida cautelar.

### 5.3. *La intervención de los ingresos de espectáculos públicos.*

Está prevista en el artículo 33.1 d) de la LGSS para dos supuestos diferentes: falta de afiliación y alta de los trabajadores, supuesto de medida cautelar aplicable a deuda futura, por lo que le son aplicables las observaciones efectuadas más arriba al hilo del embargo preventivo de dinero y mercancías de actividades lucrativas ejercidas sin establecimiento, y por falta de cotización de los trabajadores en alta, supuesto de deuda no liquidada al que son trasladables los comentarios realizados en torno a las mismas.

Debemos detenernos en qué se entiende por «intervención de ingresos» de los espectáculos públicos. No se trata de trabar sin más los ingresos obtenidos, sino de controlar el flujo de caja, garantizando el mantenimiento de la actividad productiva y el cobro de la deuda que se pretende asegurar.

El objeto de la intervención es en todo caso dinero, estando vedadas actuaciones abusivas y no proporcionadas al importe de la futura deuda o de la deuda pendiente de liquidación.

### 5.4. *Cualquier otra legalmente prevista.*

El artículo 33.1 de la LGSS remite a cualquier otra medida cautelar regulada en una norma de carácter general. Pudiera entenderse que tendrían aquí cabida las medidas cautelares contempladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, incluidas las medidas innominadas del artículo 1.428 de la LEC;

sin embargo, creemos que es más adecuado que esa cláusula de cierre no permita remitir a medidas cautelares adoptables en los diferentes procesos jurisdiccionales de conformidad con sus leyes reguladoras, sino que hay que entender que se refiere a que una ley atribuya a la Tesorería General de la Seguridad Social la facultad de adoptar una medida cautelar distinta a las previstas en el artículo 33.1 de la LGSS (*v.gr.* la prevista en el art. 74 LGSS referente a las relaciones de la Tesorería General con las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales), opción que nos parece más razonable y adecuada al principio *pro actione* que rige las relaciones entre las Administraciones Públicas y los administrados.

## 6. Eficacia de las medidas cautelares.

El artículo 33.1 c) de la LGSS señala que una vez adoptada una medida cautelar, la cautela por definición es provisional, está abocada a ser levantada, si ha cumplido su función, a ser prorrogada o ser convertida en definitiva según los casos.

### 6.1. Levantamiento de las medidas cautelares.

Las medidas cautelares se levantarán:

#### a) De oficio:

- Si desaparecen las circunstancias que motivaron su adopción aunque no haya sido pagada la deuda: desaparición del *periculum in mora*, en sus dos vertientes, esto es, de los indicios racionales de cobro frustrado o debilitado y de las actuaciones del responsable tendentes a gravar, ocultar o disponer de sus bienes en perjuicio de la Seguridad Social.
- Por el transcurso de seis meses desde su adopción sin que se hayan convertido en definitivas.
- Hay que añadir, por pago y por anulación de oficio a instancia de parte de la liquidación que se pretende garantizar.

#### b) A instancia de parte:

- Proponiendo el interesado su sustitución por otra garantía que se estime suficiente.

Se trata de proponer una «**contracautela**»; es el medio de que dispone el sujeto pasivo de la medida cautelar para evitar la adopción de la misma.

En concreto, en la norma se está haciendo referencia:

- Al aplazamiento y fraccionamiento de pago de deudas con la Seguridad Social regulado en el artículo 20 de la LGSS y 40 y siguientes del Real Decreto 1637/1995, que condicionan su eficacia a la constitución de una garantía de la obligación mediante la constitución de los correspondientes derechos reales o personales, salvo que concurren circunstancias extraordinarias que permitan eximir de dicha obligación.
- La suspensión del acto administrativo impugnado que, de conformidad con el artículo 184 del Real Decreto 1637/1995, sólo se consigue mediante el pago de la deuda, el aval bancario o la consignación del importe de la deuda incluidos los recargos e intereses y un 3 por 100 en concepto de pago a cuenta de las costas del procedimiento.

El acto administrativo por el que se acuerde el levantamiento de una medida cautelar tiene los mismos requisitos que el acto administrativo por el que se acordaron, por lo que deberá ser motivado y notificado al sujeto pasivo de la medida cautelar.

### *6.2. La prórroga de las medidas cautelares.*

El artículo 33.1 de la LGSS contempla implícitamente la posibilidad de prorrogar las medidas cautelares si concurren las circunstancias que la motivaron y, por el contrario, no se da ninguna causa para su extinción, ni para su conversión en definitivas, circunstancia esta última que debe tener lugar en el procedimiento de apremio.

En cualquier caso, la ley no permite que la vigencia de la medida se extienda más allá de seis meses, en cuyo caso deberán ser levantadas de oficio. Plazo que tiene la Administración para liquidar la deuda no liquidada o futura y para ultimar el procedimiento de recaudación en período voluntario, si no consigue el pago en período voluntario y quiere elevar a definitivas las medidas en el procedimiento de apremio.

### *6.3. Conversión en definitivas.*

Cuando la Administración no ha conseguido que la deuda sea atendida voluntariamente por el deudor o que la cautela se permute por otra garantía suficiente, la única manera de asegurar su crédito es convertir la medida cautelar en definitiva en el seno del procedimiento ejecutivo, procediendo a la realización de la misma, aplicando las cantidades o los bienes embargados o retenidos a la extinción de la deuda, en su caso, previa realización de los mismos en el seno de dicho proceso ejecutivo, que se inicia tal y como se describe en el apartado siguiente de este trabajo.

### III. EL PROCEDIMIENTO DE APREMIO Y EL TÍTULO EJECUTIVO

El artículo 33.2 de la LGSS modificado por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, mantiene la opción por el inicio automático del procedimiento de apremio que ya se recogía en la redacción anterior de este precepto, a semejanza de lo que se determina en el artículo 126 de la LGT. Así, se señala que el procedimiento ejecutivo de recaudación se inicia transcurridos los plazos a los que se refieren los artículos 30 y 31 de la propia ley, preceptos que regulan los diferentes tipos de liquidación, según que la competencia para su expedición esté atribuida a la Tesorería General de la Seguridad Social o a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

El plazo reglamentario de pago de la «reclamación de deuda por cuotas» deberá producirse, se hayan impugnado o no éstas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30.2 de la LGSS:

- a) Las notificadas entre los días 1 y 15 de cada mes, desde la fecha de notificación hasta el día 5 del mes siguiente o el inmediato hábil posterior.
- b) Las notificaciones dadas entre los días 16 y último de cada mes, hasta el día 20 del mes, siguiente o el inmediato hábil posterior.

Si se trata de reclamaciones de deudas por recursos distintos a las cuotas, el artículo 30.3 de la LGSS señala que habrá que estar al plazo reglamentariamente establecido.

El plazo reglamentario de pago de las «Actas de Liquidación» expedidas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se establece en el artículo 31.4 de la LGSS, que señala que los importes figurados en las Actas de Liquidación serán hechos efectivos hasta el último día del mes siguiente al de su notificación, una vez dictado el correspondiente acto administrativo definitivo de liquidación, ya que, tal y como señala el artículo 31.3 de la LGSS las Actas de Liquidación constituyen una liquidación provisional y se elevarán a definitivas una vez dictado el acto administrativo del respectivo Jefe de la Unidad especializada de Seguridad Social de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, previa audiencia del interesado. Contra dichas liquidaciones cabe recurso «ordinario» (debe entenderse «alzada» tras la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) ante el superior jerárquico del que los dictó.

Transcurridos los plazos señalados en los artículos 30 y 31 de la LGSS sin que se hubiese satisfecho la deuda, con independencia del recurso contencioso-administrativo que los interesados pudieran formular se pasará automáticamente a la vía de apremio con aplicación del correspondiente recargo del 20 o del 35 por 100 según proceda, de conformidad con lo señalado en el artículo 27 de la LGSS. Sólo se excluyen del paso a la vía ejecutiva las deudas contraídas por el Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales y demás Entidades de Derecho Público o Empresas depen-

dientes de las mismas que realicen prestaciones públicas. El resto de las deudas con la Seguridad Social, salvo las que sean por frutos, rentas o cualquier otro producto de sus bienes muebles o inmuebles, se recaudará a través del procedimiento ejecutivo que se regula en el Real Decreto 1637/1995 citado, al que se remite el artículo 33.5 de la LGSS.

Nótese que los plazos cuyo transcurso determina el inicio del período ejecutivo son los de ingreso en período voluntario de recaudación que vienen determinados por la notificación de la liquidación, sin que afecte a la continuación del procedimiento el hecho de que dichas liquidaciones hayan sido recurridas en vía administrativa, ya que tanto el artículo 30 como el 31 de la LGSS salvan el posible recurso administrativo sin que impida el devengo automático del recargo de apremio. En este sentido el artículo 105.3 del Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, que señala que si se interpusiera recurso «ordinario» (hoyalzada, según se ha señalado) contra la reclamación de deuda o acta de liquidación y se hubiere garantizado con aval suficiente o consignado el importe de la deuda y el recargo de mora en que se hubiere incurrido e intereses, se suspenderá el procedimiento recaudatorio hasta los quince días siguientes de la notificación de la resolución administrativa recaída en el recurso formulado, *a sensu contrario*, si la liquidación no se hubiere suspendido, se entiende ejecutiva y se inicia el período ejecutivo devengándose el recargo de apremio correspondiente.

Los números 3 y 4 del artículo 33 de la LGSS que no han sido modificados por la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, de 30 de diciembre de 1998, señalan:

3. «Las reclamaciones de deudas por cuotas de la Seguridad Social y por los demás recursos de la misma a que se refiere el número 2 de este artículo, así como las actas de liquidación por cuotas, cuando unas y otras no hubieren sido impugnadas o, en su caso, las resoluciones administrativas que las mismas originen, si no fueren satisfechas, constituyen el título ejecutivo para seguir la vía administrativa de apremio por la Tesorería General de la Seguridad Social y tendrán la misma fuerza ejecutiva que las sentencias judiciales para proceder contra los bienes y derechos de los deudores».
4. «Las costas y los gastos que origine la recaudación en vía ejecutiva serán siempre a cargo del sujeto responsable del pago».

Del texto del precepto citado se infiere que, a diferencia de lo que ocurría en los Reglamentos de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social de 7 de marzo de 1986 y 11 de octubre de 1991, donde el título ejecutivo era un nuevo acto de gestión recaudatoria denominado «certificación de descubierto» que tenía un contenido predeterminado y era objeto de notificación al interesado, en la presente regulación una vez transcurrido el plazo reglamentario de ingreso de la liquidación no sólo se inicia el procedimiento de apremio, sino que la liquidación muta su naturaleza original y se transforma en título ejecutivo.

El desarrollo del artículo 33.3 lo encontramos en el artículo 107.2 del Real Decreto 1637/1995.

En la redacción anterior a la modificación operada en este precepto por el Real Decreto 2032/1998, de 25 de septiembre, su número 2 señalaba textualmente:

«Las reclamaciones de deudas por cuotas y por los demás recursos de la Seguridad Social objeto de las mismas así como las actas de liquidación... cuando unas y otras no hubieran sido impugnadas o, cuando habiéndolo sido, no se hubiese consignado o garantizado su importe con aval suficiente o, en su caso, las resoluciones administrativas que unas u otras originen cuando hubieren sido objeto de recurso ordinario con consignación de su importe o aval suficiente, una vez transcurridos los plazos fijados para su pago sin que fueren satisfechas, constituyen el título ejecutivo para seguir la vía administrativa de apremio y tendrán la misma fuerza ejecutiva que las sentencias judiciales para proceder contra los bienes y derechos del deudor».

De la comparación de este último precepto y del artículo 33.3 de la LGSS parece que se desprende una cierta contradicción. Mientras que el primero parece que para que se produzca la mutación de la liquidación en título ejecutivo se precisa que adquiriera firmeza en vía administrativa, algo que parece lógico (con independencia que se devengue el recargo de apremio si no se hubiere suspendido), por la contundencia que supone un título ejecutivo que no puede enmendarse si no es por los motivos tasados del artículo 34.2 de la LGSS, lo cierto es que el artículo 107.2 del Real Decreto 1637/1995, en desarrollo de dicho precepto (pudiera entenderse que *ultra vires*) cambiaba totalmente el sentido de aquél y entendía que no era precisa la firmeza en vía administrativa, sino que sólo la resolución que resuelve un recurso interpuesto contra la liquidación se entenderá que constituye el título ejecutivo si se hubiera suspendido la eficacia de la liquidación recurrida.

El Real Decreto 2032/1998 citado modifica la redacción del artículo 107 del Real Decreto 1637/1995, introduciendo un nuevo número 2 y dando nueva redacción al antiguo número 2 que pasa a ser el actual número 3 cuyo tenor literal es el siguiente:

«Las reclamaciones de deudas por cuotas y por los demás recursos de la Seguridad Social objeto de las mismas así como las actas de liquidación de cuotas elevadas a definitivas mediante acto administrativo, cuando unas y otras no hubieran sido impugnadas o, cuando habiéndolo sido, no se hubiese consignado o garantizado con aval suficiente su importe, así como las resoluciones administrativas que unas y otras originen, una vez transcurridos los plazos fijados para su pago sin que fueren satisfechas e iniciada, en su caso, la situación de apremio, constituyen el título ejecutivo para seguir la vía administrativa de apremio y tendrán la misma fuerza ejecutiva que las sentencias judiciales para proceder contra los bienes y derechos del deudor».

La redacción actual merece la misma crítica que la redacción anterior, modifica el contenido de la LGSS al mantener que serán títulos ejecutivos las reclamaciones de deuda y actas de liquidación elevadas a definitivas no recurridas y aquellas que habiendo sido recurridas no se hubiera garantizado su importe, asimismo serán títulos ejecutivos, aunque ahora no lo dice expresamente (introduciendo si cabe mayor confusión), las Resoluciones «que unas y otras originen», esto es, que resuelvan los recursos contra dichas liquidaciones en los supuestos en los que la deuda se halle garantizada, ya que, en otro caso sería título ejecutivo la propia liquidación. La modificación no añade nada a la anterior en cuanto a la consideración de cuál sea el título ejecutivo, si bien con una redacción más confusa maquillando la contradicción con el contenido del artículo 33.3 de la LGSS. La única modificación que de hecho introduce la nueva redacción del artículo 107.3 citado es la introducción de la mención a la posible «iniciación de la situación de apremio», a nuestro juicio en esta cuestión radica la supresión de la expedición de un título ejecutivo diferenciado de la liquidación en el procedimiento recaudatorio de la Seguridad Social.

La regulación del título ejecutivo en el procedimiento ejecutivo de recaudación de los recursos de la Seguridad Social merece severas críticas. Es el fruto de intentar incorporar a dicho procedimiento la evolución que ha sufrido el procedimiento de recaudación de los recursos del Estado, sin embargo, en la transposición de las normas de la LGT a la LGSS se ha olvidado que la LGT determina que el título ejecutivo lo constituye la providencia de apremio, acto administrativo de gestión recaudatoria con un contenido cierto que posibilita la exacción de los créditos de la Hacienda Pública por la vía ejecutiva, acto contra el que procede el recurso de oposición al apremio por unos motivos tasados cuya estimación determina la anulación de dicho título ejecutivo.

La Administración de la Seguridad Social ha querido evitar los problemas que se producen en el procedimiento de recaudación estatal ante el devengo automático del recargo de apremio (a esto debe referirse el enunciado: «iniciación de la situación de apremio») cuando se paga extemporáneamente una liquidación antes de la expedición del título ejecutivo, que determina que éste deba expedirse únicamente por el recargo de apremio ya devengado. Se ha pensado que si la propia liquidación, una vez transcurrido su plazo reglamentario de ingreso en período voluntario, determinaba el devengo automático del recargo de apremio, para evitar los problemas descritos, ésta podía mutar su naturaleza y constituir por sí el título ejecutivo. A nuestro juicio, este remedio ha agravado la enfermedad ya que lleva implícito dos problemas:

- a) Ha logrado confundir la autotutela declarativa con la autotutela ejecutiva, tradicionalmente distinguidas en la doctrina.
- b) Ha desnaturalizado el recurso de oposición al apremio que se interponía contra la certificación de descubierto providenciada de apremio en la regulación anterior, así se vacía de contenido alguno de los motivos de oposición al apremio, si no se exige que la providencia de apremio tenga determinados contenidos de determinación de la deuda que corresponden al título ejecutivo, bastando que ésta contenga las advertencias de que de no efectuar el pago en el plazo de quince días se procederá al embargo de los bienes del deudor, que las costas del procedimiento corren de cargo del deudor y de la enunciación de los moti-

vos admisibles de oposición al apremio (art. 110 RD 1637/1995), cómo va a poder basarse un recurso de oposición al apremio en error en la determinación de la deuda si al tiempo se alega falta de notificación de la liquidación origen, si sólo esta última contiene la determinación de la deuda constituyendo asimismo por metamorfosis el título ejecutivo que se pretende realizar.

#### IV. CONCLUSIONES

De lo señalado en las páginas anteriores podemos concluir, como se comenzaba este trabajo, señalando que el procedimiento de recaudación de los recursos del Sistema de la Seguridad Social va pretendiendo la coordinación con el procedimiento de la recaudación del Estado a través de la incorporación de los contenidos de las diferentes modificaciones que va sufriendo éste. Fruto de ese mimetismo es la atribución de la potestad para adoptar medidas cautelares y de la regulación del inicio del procedimiento ejecutivo. Quizás hubiera sido preferible que se hubiera adoptado un procedimiento recaudatorio común que, como se ha señalado más arriba, en un momento constituyó el objetivo de la legislación aplicable, aunque acabó primando la opinión que sostenía que había que dotar a la Administración de la Seguridad Social de un procedimiento propio de recaudación de sus recursos, basándose en el principio de caja única del Sistema y de la personalidad jurídica instrumental de que gozan las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de que se compone institucionalmente el Sistema de la Seguridad Social.

Descendiendo a la regulación concreta de las modificaciones legislativas que han motivado este estudio hemos de concluir valorando positivamente la atribución a la Tesorería General de la Seguridad Social de la potestad de adoptar medidas cautelares en el procedimiento recaudatorio; no obstante lo anterior, el uso de estas medidas debe ser cauto y presidido por el respeto a los derechos y garantías constitucionales, de tal modo que no se acaben vulnerando éstos con el pretexto de asegurar la eficacia de la actuación administrativa. Por esta razón, debemos mostrarnos críticos con la atribución de dicha potestad respecto de deudas no liquidadas, máxime cuando no se ha establecido (en la regulación estatal también ha desaparecido) ningún control jurisdiccional para su adopción, quedando únicamente condicionadas a la autorización del Director General o Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social competente.

En cuanto a la regulación del inicio del procedimiento ejecutivo y del título ejecutivo hemos de mostrarnos críticos ya que, como se ha señalado, se ha suprimido la diferencia entre autotutela declarativa y autotutela ejecutiva, al transformarse la liquidación en título ejecutivo por el mero transcurso del plazo reglamentario de ingreso, lo que incide en la desnaturalización del recurso de oposición al apremio que pudiera interponerse contra la providencia de apremio, habrá que esperar a que exista jurisprudencia sobre esta materia para observar si esta distorsión que se apunta desde este plano doctrinal tiene relevancia en la práctica y así se refleja en las resoluciones jurisdiccionales.