

ISABEL VILLAR CAÑADA

Profesora Asociada. Universidad de Jaén

JOSÉ CUEVAS GALLEGOS

*Profesor Asociado. Universidad de Jaén. Jefe Provincial de
la ITSS de Jaén*

Extracto:

La promulgación de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, constituye la última gran reforma en este ámbito, caracterizado por la frecuente utilización de las «Leyes de Acompañamiento» a las de PGE para ir introduciendo anualmente distintas modificaciones en el ordenamiento de Seguridad Social. Esta vez el legislador ha querido elaborar una norma específica de reforma que contiene, sin coherencia interna, medidas relativas a una gran cantidad de materias, incidiendo en la acción protectora del Sistema junto a aspectos relativos a la gestión, cotización y recaudación y todo ello con el telón de fondo del reforzamiento legal del principio de unidad del Sistema de Seguridad Social junto a los de universalidad, igualdad y solidaridad. Nos encontramos ante una respuesta clara del legislador, de dudosa constitucionalidad, frente a la Sentencia del Tribunal Constitucional 239/2002, de 11 de diciembre, acerca de los complementos autonómicos de las pensiones no contributivas reconocidos por la Junta de Andalucía para el ejercicio 1998 y mantenidos desde entonces año a año y a la extensión de actuaciones orientadas en esta línea a otras CC.AA.

El análisis del alcance real de las reformas operadas por esta Ley 52/2003 respecto a la regulación anterior junto a las modificaciones introducidas por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y las muy escasas de la Ley 61/2003, de PGE, constituyen el objeto del presente estudio.

Sumario:

1. La Ley 52/2003: realidad y objetivos de la reforma.
2. Ámbito de la Seguridad Social: principios y fines del sistema.
3. Aplazamiento del pago.
4. Recaudación: el proceso de «bancarización» de la recaudación. Hacia el final de la primera fuente de financiación de las empresas.
5. El tratamiento de los datos de carácter personal.
6. Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.
7. Régimen económico de la Seguridad Social.
8. La responsabilidad por cotizaciones. Una secuela de la bancarización.
9. La acción protectora.
10. Materias excluidas de la competencias del orden social.
11. Asistencia sanitaria de funcionarios procedentes del extinguido régimen especial de funcionarios de la Administración Local.
12. Infracciones empresariales. El reforzamiento de la «endogamia».
13. Otras reformas del sistema de Seguridad Social: la Ley 61/2003, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado y la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

1. LA LEY 52/2003: REALIDAD Y OBJETIVOS DE LA REFORMA

La nota característica de la dinamicidad de la disciplina de Seguridad Social, superadora de la de otras parcelas de nuestro ordenamiento jurídico e, incluso, de la de su vecino ámbito laboral, se pone de manifiesto una vez más con otra reforma del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, con el objetivo formal de adaptar los criterios de protección social que la Seguridad Social dispensa a las nuevas necesidades sociales. Esta vez, la reforma se ha llevado a cabo a través del cauce legislativo ordinario, lo que no resulta demasiado habitual en un ámbito dominado por el constante y discutido recurso a las «Leyes de Acompañamiento» a las respectivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado como vía para introducir anualmente medidas destinadas a modificar aspectos importantes del Sistema, o por la inadecuada utilización por el Gobierno de la figura del Real Decreto-Ley, argumentando para ello las necesarias razones de urgencia que lo fundamentan sin que las mismas lleguen a constatarse en muchos casos. Estas fórmulas habituales de llevar a cabo esa adaptación a los cambios sociales del ordenamiento de Seguridad Social no hacen sino esconder frecuentemente intereses partidistas o coyunturales, llegando a convertir lo «normal» (reformas operadas por ley) en algo excepcional ¹.

No obstante el uso en esta ocasión del trámite legislativo ordinario para acometer la reforma, no puede por menos que ponerse de relieve las deficiencias que la nueva ley presenta, la cual, y dejando a un lado los aspectos concretos de su contenido, lo que se analizará más adelante cuando se haga referencia a cada una de las materias objeto de modificación, se configura como un «cajón de sastre» que, con el objetivo principal de reforzar el principio de unidad de nuestro Sistema de Seguridad Social, es utilizado para reformar una gran cantidad de aspectos, sin coherencia interna alguna, y con una técnica jurídica y una sistemática bastante defectuosa.

La reforma que lleva a cabo la Ley de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social se concreta en una revisión tanto de aspectos relacionados con la gestión financiera del Sistema (cotización y recaudación, régimen económico, responsabilidad en orden a las prestaciones), como de materias relativas a la propia acción protectora, introduciendo modificaciones en la situación de Incapacidad Permanente, invalidez no contributiva y, sobre todo, en las prestaciones familiares. Junto a la reforma del articulado del Real Decreto Legislativo 1/1994, la Ley lleva a cabo también la modificación de materias relacionadas incluidas en otros textos legales, como la Ley de Procedimiento Laboral o la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que se analizarán en su momento.

¹ El propio Preámbulo de la Ley recoge la repetida utilización de las «Leyes de Acompañamiento» en el campo de la Seguridad Social justificándolo en la acelerada producción normativa que caracteriza este ámbito y declarando las ventajas de una Ley específica para llevar a cabo las reformas, lo que debiera resultar obvio e innecesario, aunque no es así.

Tres son, a nuestro juicio, las ideas básicas que pueden desprenderse de las distintas modificaciones que se introducen con la nueva Ley. En primer lugar lo que parece erigirse como uno de los objetivos principales que han motivado la elaboración de una ley específica de reforma del ámbito de la Seguridad Social que no es sino el reforzamiento del principio de unidad del Sistema frente a las cada vez más frecuentes actuaciones autonómicas en el sentido de complementar prestaciones incluidas en el ámbito de protección del mismo y, sobre todo frente a la postura del Tribunal Constitucional manifestada en la Sentencia 239/2002, de 11 de diciembre, a propósito de los complementos económicos extraordinarios a las pensiones no contributivas reconocidos por la Junta de Andalucía para el ejercicio económico de 1998 (que se han venido repitiendo anualmente desde entonces al tiempo de extenderse también a otras Comunidades Autónomas).

En segundo lugar, de la reforma se desprende también la creciente tendencia a la «financiación» del Sistema de Seguridad Social, reconocida en el propio Preámbulo de la Ley en lo relativo a las modificaciones operadas en materia de cotización y recaudación. Así, expresamente se hace referencia a la aproximación de la regulación recaudatoria de la Seguridad Social a la que rige en el ámbito tributario como uno de los objetivos a conseguir con dichas modificaciones, para lo cual, como se analizará más adelante, se elimina la obligación de presentar los documentos de cotización respecto a determinados regímenes especiales, se elimina también en determinados casos la reclamación de deudas, se modifica en tema de los recargos... Las cuotas de Seguridad Social se perfilan, pues, cada vez más como auténticos tributos limitándose de forma progresiva la autonomía del Sistema respecto al ámbito tributario ².

Y en tercer lugar, y estrechamente conectado con el proceso anterior, la reforma analizada responde también a una creciente administrativización del Sistema de Seguridad Social ³, manifestada en este caso en la atribución de ámbitos competenciales pertenecientes a la rama social del Derecho y propios pues tradicionalmente del orden jurisdiccional social, a los tribunales contencioso-administrativos, aumentando las dosis de complejidad y lentitud de las que se aleja el proceso laboral y menoscabando también el principio de especialización.

Partiendo, pues, de estas tres líneas básicas, vamos a proceder a continuación al análisis específico de los distintos ámbitos objeto de reforma.

2. ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL: PRINCIPIOS Y FINES DEL SISTEMA

Pero antes de acometer las reformas concretas llama la atención que el articulado de la Ley comienza por realizar una delimitación de los principios y fines del Sistema de Seguridad Social,

² Esta dependencia creciente del ámbito tributario, la configuración de las cuotas de Seguridad Social como tributos, parece ser uno de los motivos, si no el principal, de que la creación de la Agencia de Seguridad Social como Entidad Gestora única del Sistema no sea una realidad.

³ Sobre este proceso *vid.* GARRIDO FALLA, F.: «La administrativización de la gestión de la Seguridad Social (Con una alusión al "Estado de bienestar")». *Revista de Administración Pública*, n.º 140. 1996.

con la finalidad, expresada en el propio Preámbulo, de perfilar legalmente y con nitidez el régimen público de Seguridad Social dispuesto en el artículo 41, destacando el papel del Estado en cuanto garante de la protección adecuada frente a las situaciones de necesidad reguladas legalmente que puedan afectar a sus ciudadanos. A continuación lleva a cabo una enumeración de los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad, como pilares sobre los que se sustenta el Sistema.

Si alguna duda cabía tener sobre la intención del legislador al llevar a cabo dentro de una reforma del ordenamiento de Seguridad Social esta nueva reiteración de las bases y principios sobre los que la misma se sustenta, ya declarados en la propia Constitución e inspiradores, por tanto, del desarrollo normativo posterior, esta duda queda disipada cuando en el apartado segundo del artículo 1 se dispone la modificación del artículo 38 LGSS al introducir un nuevo apartado 4.º según el cual

«Cualquier prestación de carácter público que tenga por finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones económicas de la Seguridad Social, tanto en sus modalidades contributiva como no contributiva, forma parte del Sistema de la Seguridad Social y está sujeta a los principios regulados en el artículo 2 de la presente Ley».

Se trata, sin duda, de la respuesta del poder legislativo a la conocida y controvertida STC 239/2002, de 11 de diciembre, a propósito de los complementos económicos extraordinarios a las pensiones no contributivas reconocidos por la Junta de Andalucía en los Reales Decretos 284/1998, de 29 de noviembre, y 62/1999, de 9 de marzo, de modificación del anterior, en la cual el Alto Tribunal declara la constitucionalidad de la medida. Como es sabido, esta sentencia considera que no conlleva una intromisión en las competencias estatales exclusivas en materia de régimen económico de la Seguridad Social del artículo 149.1.17.ª CE, sino que nos hallamos ante una manifestación de la denominada «asistencia social externa» al Sistema de Seguridad Social y, por tanto, asumible por las CC.AA. en virtud del artículo 148.1.20.ª CE⁴. Sin entrar en valoraciones más profundas sobre la decisión del TC, la sentencia aludida se limita a resolver el caso planteado pero sin aportar criterios que permitan ir sentando las bases sobre las que han de desarrollarse actuaciones autonómicas como la enjuiciada que, como hemos visto, son cada vez más frecuentes, lo cual, por otra parte, constituye una de las funciones principales del Alto Tribunal. Contra la solución del TC se han levantado airadas críticas entre la doctrina, al con-

⁴ El reconocimiento de esos complementos por la Junta de Andalucía supuso la apertura de una vía seguida posteriormente en varias ocasiones por distintas CC.AA., al vislumbrarse ya la postura favorable del TC, finalmente recogida en la Sentencia mencionada, en los Autos 193 y 194/1999, de 21 de julio. Así, entre esas actuaciones autonómicas reconociendo complementos a pensiones incluidas en el Sistema de Seguridad Social señalar las Resoluciones de 12 de noviembre de 1999 y de 29 de diciembre de 2000, por las que se hacen públicos sendos Acuerdos del Consejo de Gobierno de las Illes Balears, por los que se aprueba la concesión de una ayuda económica para determinados beneficiarios de pensiones asistenciales y no contributivas. Más recientemente en esta misma línea se puede enmarcar la Ley Foral 23/2002, de 2 de julio, sobre ayudas extraordinarias a las pensiones de viudedad, que con la finalidad de mejorar los recursos de los beneficiarios de las pensiones de viudedad más bajas, y amparándose en las competencias autonómicas en materia de asistencia social, prevé la concesión de una ayuda equivalente al importe necesario para que dichas pensiones alcancen el salario mínimo interprofesional, ayudas que se irán revisando anualmente, lo cual pone de manifiesto que ya no nos encontramos, al menos formalmente, con ayudas coyunturales o aprobadas para un ejercicio económico determinado, sino con vocación de permanencia. Dicha revisión ha sido realizada por la Ley Foral 11/2003, de 7 de marzo, la cual fue recurrida ante el TC (rec. de inconstitucionalidad n.º 3895/2003) que en reciente Auto de 16 de diciembre de 2003 (BOE n.º 313, de 31 de diciembre) ha declarado el levantamiento de la suspensión de la misma producida con la admisión del mencionado recurso, de lo cual parece vislumbrarse cuál será la postura del Alto Tribunal acerca de la constitucionalidad de la norma.

siderar que, aunque se ha tratado un caso límite, que sienta un precedente no generalizable de medidas autonómicas similares ⁵, se corre el riesgo de confundir aún más las fronteras constitucionales entre Seguridad Social y Asistencia Social, configurándose una vía abierta de intromisión de las CC.AA. en competencias estatales que incide sobre el propio principio de igualdad interterritorial de la acción protectora de la Seguridad Social y «la armonía que debe existir entre los segmentos protectores que tienen cabida en el régimen público protector del incommensurable artículo 41 CE», y «dañando la imagen institucional y preservación de la Seguridad Social que de ella tiene la conciencia social existente» ⁶.

No obstante, el propio Tribunal, pese a declarar la constitucionalidad de la competencia de la comunidad andaluza, reconoce la facultad del Estado para adoptar «las medidas que resulten convenientes para evitar los posibles efectos disfuncionales que pudieran producirse en el Sistema de Seguridad Social como consecuencia de la acción normativa de las CC.AA.» (FJ 10 *in fine*). Así, el legislador, ante la creciente intervención autonómica en este ámbito, ha decidido, en una interpretación amplia de esta facultad estatal, aprovechar la reforma de la LGSS que se analiza para intentar poner freno a la actuación de las CC.AA. en lo que, a pesar de la opinión del TC, considera una intromisión en el régimen económico de la Seguridad Social y, por tanto, en las competencias que necesariamente han de estar reservadas al Estado de manera exclusiva. Se trata de garantizar la unidad del Sistema evitando el peligro de desigualdad territorial e insolidaridad que estas actuaciones autonómicas pueden comportar respecto de la CC.AA. con menos recursos y menos posibilidades, por tanto, para mejorar los mínimos estatales de protección ⁷, al tiempo de limitar también su incidencia como factor de desmembración del sistema de Seguridad Social ⁸.

Una vez más nos hallamos ante otra polémica derivada de lo indeterminado de dos conceptos, Seguridad Social y Asistencia Social, que hacen del reparto competencial entre el Estado y las CC.AA. «una de las polémicas más vidriosas del ` constitucional» ⁹. Han sido muchas las ocasiones en que se ha pretendido, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, deslindar estos dos conceptos

⁵ RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Seguridad Social y Asistencia Social en el Estado de las Autonomías». *Relaciones Laborales*, n.º 8, 2003. Pág. 4.

⁶ Vid. PÉREZ PIÑAR, F.: «Complementos autonómicos a pensiones estatales y sus posibles efectos perturbadores». *Rev. Foro de Seguridad Social*, n.ºs 8 y 9, 2003. Págs. 75 y 78.

⁷ En este sentido, vid. ALONSO SECO, J. M. y GONZALO GONZÁLEZ, B.: *La Asistencia Social y los Servicios Sociales*. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000. Pág. 122, para quienes las ayudas establecidas por las CC.AA. vulneran el principio de igualdad que proclama la Constitución, al establecer diferenciaciones entre los ciudadanos en función del territorio donde residen. Más recientemente, haciéndose eco de esta opinión GARCÍA-NÚÑEZ SERRANO, F.: «Los complementos autonómicos: ¿Seguridad Social o Asistencia Social?». *Rev. MTAS*, n.º 34, 2002. Págs. 155 y ss.

⁸ Factor éste puesto de manifiesto por los profesores OLARTE ENCABO, S. y MOLINA NAVARRETE, C.: «La política y el Derecho de la Seguridad Social en el horizonte del 2001. ¿El adiós al modelo progresivo o el arte de lo posible? Reflexiones a propósito de la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, n.º 45, 1997. Págs. 57 y ss., para quienes es necesario reducir en la medida de lo posible el riesgo que entraña, volviendo la mirada «a las bases conceptuales y normativas de la Seguridad Social en la Constitución».

⁹ Vid. OJEDA AVILÉS, A.: «Sobre el concepto de Asistencia Social y el principio de caja única en la distribución de competencias en materia de protección social». *Rev. Foro de Seguridad Social*, n.ºs 8 y 9, 2003. Pág. 52 y ss., que pone de manifiesto las deficiencias que dicho reparto competencial presenta y que pueden sintetizarse en la posibilidad del Estado de retener competencias en materia de asistencia social al prever que las CC.AA. «podrán asumir» competencias en ese ámbito; la posibilidad de que las CC.AA. tengan competencia legislativa en Seguridad Social siempre que no afecte a su régimen económico; y el empleo de conceptos amplios e indeterminados como «régimen económico» o ejecución de servicios en lugar de referirse a la «gestión» de los mismos.

sin llegar a establecer claramente las fronteras entre uno y otro, lo que aún resulta más complejo por la propia dinamicidad, el carácter cambiante de las mismas y sobre todo en lo relativo al nivel no contributivo al quedar sin efecto el criterio de la demostración de la situación de necesidad como elemento determinante tradicionalmente de la protección asistencial¹⁰. La diferencia que el propio TC realiza entre Asistencia Social «interna» y «externa» al Sistema de Seguridad Social para fundamentar la constitucionalidad de la actuación de la Junta de Andalucía (STC 239/2002, FJ 5) lejos de aclarar no hace sino aportar más confusión, desde el momento en que cada vez son más las zonas de conexión entre dos conceptos en otro momento separados –Seguridad Social/ Asistencia Social– y sobre esa realidad es sobre la que ha de tratar de resolverse el reparto de competencias entre el poder central y el autonómico. Es decir, la delimitación conceptual no sirve ya para ofrecer una solución adecuada a cuestiones como la planteada. Intentar excluir la participación tanto del Estado como de las CC.AA. en este tema es un error y las soluciones a los posibles conflictos hay que plantearlas desde el punto de vista de la coordinación de ambos centros de poder.

En cualquier caso, y ante la cuestionada declaración por el TC de la constitucionalidad de las ayudas concedidas por la Junta de Andalucía, la intención del Gobierno de aprovechar la reforma de la LGSS para, unilateralmente y aprovechando su mayoría absoluta, poner freno a actuaciones autonómicas en la línea de la analizada, dio lugar a la presentación, por la mayor parte de los grupos políticos con representación parlamentaria¹¹, de varias Enmiendas contra el Preámbulo (párrafo 6.º) y el artículo 1 del Proyecto de Ley¹² e, incluso, una Enmienda a la totalidad¹³, al considerar que la reforma de los artículos 2 y 38.4 LGSS atenta contra las reglas constitucionales de atribución de competencias reconocidas a las CC.AA. por el TC, restringiendo las posibilidades de actuación autonómica en el ámbito de la protección social de los ciudadanos al llevar a cabo una interpretación negativa de lo que es Asistencia Social y atrayendo, por tanto, hacia el ámbito competencial estatal (Seguridad Social) materias reservadas a las CC.AA.

La indudable dimensión política que tiene dicha reforma y que trasciende la simple voluntad de adaptación de la LGSS a las nuevas necesidades y demandas sociales ha sido puesta de relieve por el Consejo Económico y Social considerando que no resulta adecuada la imposición unilateral de la misma¹⁴. También ha manifestado su desacuerdo con el cauce empleado para incluir esta pre-

¹⁰ El propio TC reconoció en su St. 76/1986 (FJ 7), y lo reitera en la STC 239/2002, esta «intromisión» de la Seguridad Social en el ámbito tradicionalmente reservado a las técnicas asistenciales al reconocer que la Asistencia Social «opera mediante técnicas... caracterizadas por su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios... con independencia de que la evolución del Sistema de Seguridad Social pueda ir en la misma dirección».

¹¹ Nacionalistas vascos y catalanes, Partido Socialista y Grupo Mixto.

¹² Ocho enmiendas en el Congreso y ocho en el Senado.

¹³ Presentada por don Carlos Ignacio AYMERICH CANO, integrante del Grupo Mixto que estima que bajo el pretexto de modificar determinadas normas relativas al régimen de Seguridad Social en una ley específica, la pretensión real del Gobierno es perfilar con nitidez el régimen público de la Seguridad Social y «superar un conflicto competencial mantenido con diversas CC.AA. respecto a las facultades de complementar pensiones no contributivas» (Enmienda 4 presentada en el Congreso) para evitar así los posibles efectos disfuncionales que pudieran producirse en el Sistema.

¹⁴ Para quien hubiera requerido «un intenso trabajo de reflexión previa, en un marco de coordinación, cooperación y diálogo entre todas las Administraciones y agentes implicados en la articulación de sistema de protección social», llevando a cabo «un mayor debate previo centrado en esta cuestión en un espacio de encuentro entre el Estado y las CC.AA., con la participación de los agentes sociales».

visión en nuestro ordenamiento el Consejo General de Poder Judicial al establecer que «no es lícito que una Ley interprete la Constitución para pretender a través de la misma atraer al ámbito competencial estatal determinadas materias».

A pesar de estas opiniones y del criterio del TC el nuevo artículo 38.4 LGSS y su más que dudosa constitucionalidad posiblemente abrirá un cauce de recursos ante el TC acentuando más aún el choque entre poderes, legislativo y judicial, iniciado con la mencionada sentencia.

3. APLAZAMIENTO DEL PAGO

En lo relativo a esta materia, llama la atención, en primer lugar, que la Ley elimine la referencia al fraccionamiento del pago del propio enunciado y del desarrollo del artículo 20 LGSS como procedimiento diferenciado del aplazamiento de las deudas y que, dado que la regulación legal hasta ahora vigente es común para ambos, parece pretenderse que quede integrado en un concepto amplio de «aplazamiento», interpretándolo como un aplazamiento «parcial», exclusivamente de una parte de la deuda de Seguridad Social, frente al aplazamiento «total» de la misma –el previsto con tal denominación hasta ahora–, exclusión hecha de los conceptos previstos expresamente.

Según el Preámbulo de la norma la intención que ha llevado a reformar este ámbito de los aplazamientos de deudas con la Seguridad Social puede sintetizarse en la introducción de una mayor flexibilidad en la concesión de los mismos para facilitar las regularizaciones de las situaciones de morosidad. Si bien es posible apreciar esa flexibilidad en puntos concretos, en la nueva regulación que se propone en el Proyecto la realidad de la reforma parece ir más en la línea de proporcionar una mayor claridad y precisión en la regulación legal de estos procedimientos, pues en la mayor parte de las ocasiones, y salvo aspectos puntuales que se destacan a continuación, más que introducir verdaderas novedades, lo que se hace es recoger en la norma legal aspectos hasta ahora regulados por la normativa reglamentaria de desarrollo, en un intento, parece, de clarificar y reducir la complejidad que caracteriza el ordenamiento jurídico de Seguridad Social. Con este objetivo, el nuevo artículo 20 comienza por dejar constancia expresa de la facultad de la TGSS como órgano encargado de decidir sobre la concesión o no del aplazamiento, previa solicitud del empresario deudor, remitiendo al desarrollo reglamentario para el establecimiento de las condiciones de dicha solicitud, señalando a continuación el precepto los efectos suspensivos que dicha concesión va a surtir sobre el procedimiento recaudatorio de las deudas por conceptos de Seguridad Social.

Se mantiene la regulación actual en lo relativo a los conceptos excluidos de la posibilidad del aplazamiento por no constituir recursos propios del empresario, sino del trabajador –cuotas correspondientes a la aportación de los trabajadores y a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional–, aunque como novedad se condiciona ahora la eficacia de la resolución que haya concedido dicho aplazamiento al ingreso en el plazo de un mes desde la notificación de las que por tales conceptos se pudieran adeudar. Pero si de novedad legal hay que hablar en este tema del contenido del aplazamiento es de la regulación de una excepción a esta regla general, al recogerse ahora

la posibilidad de, ante causas extraordinarias que no quedan establecidas y cuya concreción se remite de nuevo al desarrollo reglamentario, poder incluir también dentro de la deuda aplazada esas cuotas excluidas de manera general, fijando, eso sí, el plazo máximo de aplazamiento de las mismas en seis meses, tras los cuales habrán de quedar satisfechas en su totalidad ¹⁵.

Tras estas exclusiones, la nueva regulación del artículo 20 señala de forma expresa qué conceptos van a ser objeto de aplazamiento, incluyendo, junto al montante principal de la deuda, los intereses, recargos y costas del procedimiento que se hubieran causado hasta el momento en que se presentó la solicitud. Estas últimas fueron omitidas en el texto del Anteproyecto, pero incluidas tras ser aprobada una enmienda del Grupo Popular que no hace sino recoger lo previsto por la normativa reglamentaria vigente ¹⁶. La omisión parece deberse simplemente a un despiste del redactor, ya que tales costas, además de previstas por el Reglamento de Recaudación, sí aparecen incluidas en la nueva redacción que el artículo 5.5 del Anteproyecto da al artículo 29 LGSS al regular la imputación de pagos, por lo que su inclusión en el nuevo artículo 20 aparece como una exigencia de coordinación normativa.

Estos mismos conceptos son los que han de ser asegurados por las debidas garantías para la efectividad de la concesión del aplazamiento, según el nuevo artículo 20.4 LGSS, remitiéndose a lo determinado en la resolución que conceda el aplazamiento respecto al plazo en que deban constituirse los derechos personales o reales de garantía. Además de la referencia a las causas extraordinarias como determinantes de la posible eliminación total o parcial de este requisito de constituir garantías, se prevé la exención de esta obligación cuando se haya previsto así reglamentariamente, en dos supuestos: por la condición del beneficiario, supuesto regulado por el actual Reglamento de Recaudación que exonera a las Administraciones Públicas y a los trabajadores autónomos por aquellas cuotas devengadas durante las situaciones de IT, maternidad y riesgo durante el embarazo –excluidas las del mes en que dichas situaciones se inicien–, cuando además de estar al corriente en el pago de las mismas acrediten el cese de la actividad y consecuente cierre del negocio; y por la cuantía de la deuda aplazada, supuesto no regulado en el Reglamento, pero sí en la Orden que lo desarrolla, de 26 de mayo de 1999 (art. 15.3), que establece los límites cuantitativos que determinan la no exigibilidad de las garantías. Una vez más, pues, y no será la última, las novedades de la nueva regulación recogida en el Proyecto no son tales, sino simplemente clarificar estos procedimientos.

Respecto al tema de los intereses devengados por las deudas aplazadas, la Ley sí introduce alguna novedad respecto a la regulación precedente. Partiendo para determinar el importe del mismo con carácter general de la referencia al interés legal del dinero vigente en cada momento desde la concesión hasta la fecha de pago del aplazamiento, no obstante se introduce ahora la regulación sepa-

¹⁵ Esta nueva posibilidad dio lugar a la presentación de una Enmienda por el Grupo Socialista que considera dicha inclusión excepcional como inaceptable, por pertenecer esas cuotas al trabajador y no al empresario deudor (Enmienda 19 presentada en el Congreso y 12 de las presentadas en el Senado). No obstante, el propio Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social (RD 1637/1995, de 6 de octubre) recoge esta posibilidad de que la ley pueda establecer una excepción a la regla general de no aplazamiento de las cuotas correspondientes a contingencias profesionales y cuotas de los trabajadores (art. 41.1).

¹⁶ En concreto el artículo 42.2 c) del Reglamento y la Orden de 26 de mayo de 1999 que lo desarrolla (art. 26).

rada de aquellos supuestos en que no se hayan constituido garantías por causas de carácter extraordinario, en los cuales, como contrapartida al tratamiento más favorable recibido en el momento de la concesión del aplazamiento, dicho interés legal del dinero se incrementará en un 25%, salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado fije otro, equiparándose al interés de demora, fijado en el artículo 5.4 del Proyecto.

Finalmente se trata el tema del incumplimiento de las condiciones o pagos de aplazamiento. La Ley, además de introducir expresamente en el texto legal una materia –la del incumplimiento– hasta ahora excluida del artículo 20 LGSS y tratada vía reglamentaria ¹⁷, recoge aquí otra de las novedades destacadas de la nueva regulación en lo que respecta a los efectos de dicho incumplimiento y orientada a hacer más gravoso para el deudor el dejar de estar al corriente en el pago de las obligaciones con la Seguridad Social con posterioridad a la concesión del aplazamiento. Al respecto, se sigue partiendo de la distinción de dos supuestos, dependiendo de si el aplazamiento fue concedido antes o después de iniciada la vía de apremio para hacer efectivo el pago de la deuda. En el primer caso, se mantienen los mismos efectos de la regulación actual al prever, cuando se produzca el incumplimiento, la continuación del procedimiento de apremio iniciado antes de la concesión. La novedad se introduce en los supuestos en los que, en el momento de conceder el aplazamiento, la deuda se encontraba en período voluntario. La nueva redacción del artículo 20 LGSS endurece aquí las consecuencias del incumplimiento de las condiciones o pagos del aplazamiento y así, frente a la regulación actual que establece el inicio o la continuación del procedimiento recaudatorio en la fase en que por dicha concesión del aplazamiento se hubiese suspendido, la reforma proyectada prevé la apertura, también en estos casos y sin más trámites, de la vía de apremio estableciéndose la imposición del recargo del 20% si se habían presentado los documentos de cotización en tiempo y forma y del 35% en caso contrario ¹⁸. La mayor flexibilidad en la concesión de los aplazamientos, pudiendo incluso, como hemos visto, extender los mismos conceptos hasta ahora excluidos, se contrarresta por tanto con un endurecimiento de los efectos si las condiciones se incumplen.

4. RECAUDACIÓN: EL PROCESO DE «BANCARIZACIÓN» DE LA RECAUDACIÓN. HACIA EL FINAL DE LA PRIMERA FUENTE DE FINANCIACIÓN DE LAS EMPRESAS

4.1. Documentos.

Aunque parezca exagerado, el impago «calculado» de cuotas, en tiempo y en forma, ha podido ser rentable a las empresas y, paradójicamente, mayor, cuanto mayor fuere la cantidad mensual a ingresar, y, mayor, cuanto mayor fuere el «precio» del dinero.

¹⁷ Artículo 43 del Reglamento General de Recaudación (RD 1637/1995, de 6 de octubre) y artículo 23 de la Orden de 26 de mayo de 1999.

¹⁸ El establecimiento de estos recargos supone una excepción respecto a los devengados con carácter general en los supuestos de impago de las cuotas a la Seguridad Social una vez transcurrido el plazo reglamentario, previstos en el artículo 27 LGSS, artículo también reformado por el Proyecto, como se analizará a continuación.

Sin remontarnos más allá de los años noventa fue conocido que la «ingeniería económica» había encontrado la piedra filosofal para eludir acudir a las fuentes de financiación tradicionales por el simple sistema de presentar los documentos de cotización ante las Administraciones de la Seguridad Social ¹⁹, lo que habilitaba la obtención de un llamado «crédito blando», ello favorecido por irracionales medidas coercitivas (fruto de acuerdos intra Administración) que obligaban a las empresas a dichas presentaciones.

El apoyo legal que justificaba nuestro aserto lo encontramos en los artículos 26 y 27 LGSS y el contrapunto, creemos, en las reformas operadas.

4.1.1. El desmontaje de una cierta cobertura.

El primer soporte de la fácil financiación pudiéramos comprobarlo en la **compensación** del crédito de la empresa, es decir, la mera presentación de los documentos de cotización o la mera transmisión de la liquidación por los medios informáticos, electrónicos o telemáticos permitían a la empresa mantener su derecho a descontar, de las cuotas debidas, no sólo las prestaciones abonadas como consecuencia de la colaboración obligatoria con la Seguridad Social (correspondientes al mes de la presentación o de la transmisión) «**cualquiera que fuere el momento del pago de tales cuotas**», ²⁰ sino que también, a nuestro juicio, la compensación a las bonificaciones, subvenciones, reducciones, etc., a que tuviere derecho la mercantil dentro de los programas de creación de empleo porque la misma presentación y sólo ella habilita la compensación la «**los créditos... por cualquier otro concepto, con aquellas cuotas, cualquiera que sea el momento del pago de las mismas...**» ²¹.

Es decir, y a efectos prácticos, se estaba al corriente, tan fácilmente, de las obligaciones para con la Seguridad Social con lo que cualquier empresa no quedaba vedada para seguir siendo acreedora de los beneficios de las contrataciones de fomento al empleo, si estaba al corriente de las obligaciones fiscales.

La nueva redacción del artículo señalado cercena este «interesante» soporte, incorporando, por otra parte, dos situaciones: a) la obligación de la presentación de los documentos de cotización «**aunque sólo se ingrese la aportación del trabajador**» ²², incorporación muy demandada por los operadores jurídicos al considerar que, en otro caso, la cotización completa correspondería al empresario ²³; b) el no exigir la presentación de documentos en los supuestos de Regímenes Especiales «a no ser que los sujetos obligados no hayan sido dados de alta en plazo reglamentario» ²⁴.

¹⁹ A tener en cuenta la Ley 42/1994, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, especialmente su artículo 29.

²⁰ Artículo 26.2 LGSS.

²¹ Artículo 26.2. 2.º párrafo LGSS.

²² Inciso final párrafo 1.º nuevo artículo 26.

²³ Artículo 104.3 LGSS y artículo 22.3 Reglamento General sobre Cotización. Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre. Quizás también se estaría ante una apropiación indebida. Es posible que la no contemplación de las cuotas de A/T y E/P esté justificada por ser cuotas a ingresar por la empresa pero que no son recursos de la Seguridad Social.

²⁴ Nuevo artículo 26, párrafo 2.º.

En este último caso, pese a lo que se dice en la Exposición de Motivos, más que un acercamiento al ámbito tributario lo que pudiera justificar la medida han de entenderse en una doble dirección: la imposibilidad de conocer la cuantía del débito, por una parte, y, por otra, invadiría competencias de la ITSS.

4.2. Recargos.

El crédito fácil gozaba de otros dos acicates. En primer lugar, para nosotros esencial, se deducía del artículo 29.2 de la LGSS cuando proclamaba la incompatibilidad, entre sí, de los recargos de mora, con el de apremio que asimismo era incompatible con otro recargo de apremio sobre la misma deuda, es decir, el abono de un solo recargo solventaba el pleito. El segundo acicate, también de importancia, lo enmarcamos en el incremento de la cuantía de los recargos, bajos antes si se tiene en cuenta, como decimos, que se abonaban a «elección del deudor», en la extensión de los tramos de devengo y en la dureza de los intereses de demora

4.2.1. La caída del segundo soporte.

La Ley 53/2003 no contempla, en el artículo citado ni en ningún otro artículo, la incompatibilidad, con lo que devienen en cascada todos los recargos e intereses atendiendo, desde luego, al momento en que la deuda sea satisfecha.

Por su parte y aunque desaparece el recargo de apremio del 35%, el artículo 27 renovado distingue, como en la redacción anterior, según se hubiere o no presentado el documento de cotización (entendemos también incluida la transmisión de datos) estableciendo: en el primer caso, un recargo por mora del 3% de la deuda si se ingresa en el primer siguiente al del plazo reglamentario; el del 5% si se efectúa en el segundo mes; un 10% en el tercer mes y un 20% a partir del tercer mes, lo que totaliza un 38% compatible. Por contraste, los recargos por mora, en la anterior redacción, se fijaban en un 5% si el ingreso se efectuaba *dentro de los dos meses* siguientes al del plazo reglamentario, y en un 20% si el pago se satisfacía *después de los dos meses* antes señalados y *antes de iniciarse* la vía de apremio, lo que suma un 25% incompatible.

En el segundo caso, el recargo por mora se cifra, ahora, en el 20% de la deuda si se abonan las cuotas antes del plazo establecido en la *reclamación de deuda o en el acta de liquidación* (este 20% se imponía, antes, si el ingreso no se efectuaba *antes de iniciarse la vía de apremio*); el recargo asciende al 35% si el abono se produce a partir de la terminación de dicho plazo.

Desaparece, como hemos dicho, el recargo de apremio, pero el artículo 28 introduce el interés de demora fijado en el interés legal del dinero incrementado en un 25% «salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca otro diferente» apunte de cierre que parece revelarnos una especie de inseguridad jurídica.

De todas formas se devengará transcurridos 15 días desde la notificación de la providencia de apremio o desde la comunicación del inicio del procedimiento de deducción o no se hubiere abonado el importe de la deuda en el plazo fijado en la resolución desestimatoria de los recursos presentados contra reclamaciones de deudas o actas de liquidación aunque la ejecución se haya suspendido en los trámites del recurso contencioso-administrativo que, en su caso, se hubiere interpuesto ²⁵.

Tres críticas nos urge resaltar: primera, que los recargos, intereses, etc., giren sobre la cuota obrera y la de A/T y E/P que no son recursos de la Seguridad Social y que, pensamos, deberían revertir en los respectivos titulares; segunda, que el cobro parcial se impute en primer lugar a las costas con una distribución posterior entre principal, recargos e intereses (art. 29) cuando, creemos, debería atenderse prioritariamente al principal; tercero, la exoneración de recargos e intereses cuando el ingreso fuera de plazo reglamentario sea imputable a error de la Administración y ésta no actúe como empresario (art. 25) porque nos recuerda el poder omnímodo de la Administración que, revestida de tal, no comete errores y si los comete «no abonará intereses, ni recargos...».

4.3. Reclamación de deudas y Actas de Liquidación de cuotas: una posible fuente de conflicto.

4.3.1. Las reclamaciones de deudas.

Las reclamaciones de deudas siempre han plantado complejas situaciones, no fáciles de solventar, que, a nuestro juicio, no han sido resueltas por la esperada Ley que en esta materia parece potenciar la «endogamia» recaudadora de la Seguridad Social, más propicia, al parecer, a colaboraciones documentales que a colaboraciones reales estrictamente recaudatorias, quizás obediente a completar o al menos paliar la endémica falta de datos reales, talón de Aquiles, se ha dicho, del Servicio Común, ejemplo de lo dicho ya lo anunciamos al recordar las campañas sancionadoras irracionales en aras a conseguir presentaciones masivas de documentos de cotización y ahora lo ratificaremos al tratar la modificación operada en el TRLISOS.

Creemos advertir, en la nueva redacción del artículo, una omisión que pudiera ser de calado mayor. En efecto, tanto en la anterior formulación como en la actual, el n.º 1 del artículo 30 afirma que el importe de la deuda se reclama al *sujeto responsable*, una vez transcurrido el plazo reglamentario sin ingreso.

Pues bien, el apartado a) en la antigua versión identificaba al responsable de la deuda, **el obligado al pago**, identificación que ahora desaparece, con lo cual la situación se torna embarazosa, ya

²⁵ Un claro ejemplo de compatibilidad se refleja en el artículo 28.2: los intereses de demora serán los que haya devengado el principal de la deuda desde el vencimiento del plazo reglamentario de ingreso y los que haya devengado, además, el recargo aplicable en el momento del pago, desde la fecha en que sean exigibles.

que *el sujeto responsable* y **el obligado al pago** pueden equidistar. El **obligado al pago**, es decir, quien está sujeto a la obligación de cotizar, es el empresario por cuya cuenta presten servicios trabajadores por cuenta ajena ²⁶; *el sujeto responsable de la cotización* puede ser persona física o jurídica (empresa) distinta de aquél ²⁷, con lo que se está potenciando, creemos, a una racionalidad instrumental ²⁸ sin respetar la racionalidad jurídica con el único objetivo de reclamar un pago, en principio «a quien sea» sin respeto a las responsabilidades subsidiarias y solidarias, máxime cuando éstas no se presumen. No es que resuelva el, a nuestro juicio, dislate, en el número 2 sino que ahí se trata de otro tipo de reclamación.

Se incluyen en el mismo apartado a) los errores aritméticos o de cálculo siempre que los documentos de cotización se hayan presentado con lo que se sigue respetando al Acta de Liquidación para reclamar los débitos señalados, en otro caso.

Parece evidente que los errores del apartado a) derivan de operaciones aritméticas menores (sumas, restas, porcentajes, recargos, etc.) si bien los del apartado c) contienen un mensaje de mayor alcance porque, creemos, aquí los errores derivan de **bases**, con lo que nos instalamos en una dinámica distinta (a la que más abajo nos referiremos) no siendo ociosa la referencia del apartado a) a la Inspección de Trabajo para incluir errores «menores», de ahí la «salida» a documentos no presentados, amén de «clarificar y distinguir» la redacción anterior en un afán expansivo. De todas formas, la reclamación de estos *errores* queda degradada desde un punto de vista procesal).

La redacción del apartado b) de necesaria reforma pero que nos planteará la dinámica anunciada ²⁹, si bien al exigirse el documento presentado, se mantiene la competencia de la Inspección respecto de la anomalía en documentos no presentados.

El n.º 2 del artículo 30 desarrolla y potencia extraordinariamente lo que el apartado e) anterior denominaba derivación de responsabilidad. Creemos que la nueva redacción está en la línea «endogámica» más arriba anunciada, si bien la técnica jurídica empleada lo más seguro es que nos lleve a una extrema indefensión («la aplicación de cualquier norma con rango de ley que no excluya la responsabilidad por deudas de la Seguridad Social» habilita, según los datos obrantes en la Tesorería, para la reclamación de deuda). No deja de producirnos desasosiego el apartado c) que extiende la responsabilidad del abono de **toda la deuda**, intereses, etc., a quien haya asumido dicha responsabilidad por muerte del deudor (normalmente el heredero), con desconocimiento, para nosotros evidente, del beneficio de excusión o beneficio de inventario ³⁰.

²⁶ Artículo 22.1 del Real Decreto 2064/1995 de 22 de diciembre (BOE de 25 de enero 1996).

²⁷ Vid. artículos 42 y 43 LET y artículo 127 LGSS.

²⁸ «Por todos los siglos es sabido».

²⁹ La reclamación se extiende a la falta de cotización por trabajadores dados de alta que no consten en los documentos de cotización.

³⁰ Vid. artículo 1.023 Código Civil.

Desaparece, en la nueva redacción, el inciso último del apartado b), n.º 2, artículo 30, a cuyo tenor se incidía en apremio, sin contemplar recurso alguno, una vez transcurridos los plazos que en el mismo inciso se reflejan, con la excepción natural de las deudas sujetas a procedimiento de deducción³¹.

Incluido antes en el apartado 3, se modifican y «dulcifican», quizás exageradamente, las reclamaciones de deuda por recursos distintos a cuotas de Seguridad Social, pues, frente a la añeja amenaza a la vía de apremio, recargos, etc., ahora sólo se dice que será objeto de reclamación en la que se indicará el importe de la misma, así como los plazos reglamentarios de ingreso.

Queremos contemplar en el apartado 5 una «rectificación» del apartado 3 ya que, evidentemente, las reclamaciones impugnadas han de aparejar efectos jurídicos pues mediante el recurso de alzada cabe paralizar el procedimiento recaudatorio mediante garantía con aval suficiente o consigna del importe de la deuda más recargos, con lo que, entendemos, se vuelve a la «normalidad técnico-jurídica».

Inopinadamente, en el último inciso del apartado e) *in fine*, reaparece el procedimiento de deducción sin más declaración que el de su sustitución por el procedimiento de apremio, «según proceda».

- Puntos críticos. Hacia una posible potenciación de la economía informal.

Sin embargo, los puntos débiles de todo el sistema de reclamación de deudas vía documentos presentados los encontramos en la casi general imposibilidad de identificación por el Servicio Común de los responsables solidarios y subsidiarios, de ahí la redacción «una especie de "remisión al vacío"», y en la imposibilidad, también casi general, de una correcta cuantificación de la deuda, extremos que intentaremos demostrar.

Parece evidente que un descubierto de deuda con documentos presentados ha de conllevar un ajuste de bases y por ende de cuotas, y parece evidente, también, que no cabría actualmente (dado el estado de nuestra legislación) otro instrumento jurídico para reclamar cuotas no satisfechas correspondientes a trabajadores dados de alta, pero nuestra crítica se centra en el predominio absoluto de la racionalidad instrumental, ya anunciada, con desprecio de la racionalidad jurídica, como no podría ser menos.

Nos explicamos: la solución al problema del ajuste de bases nos resulta al menos «peregrino» ya que el Servicio Común, ante su imposibilidad de reclamar por **salarios reales** (de nuevo por imposibilidad técnica) debe aceptar la solución que le habilita el reformado artículo 32.1, es decir, reclamar en función **de las bases declaradas** por el sujeto responsable y si no existiera declaración **se tomará como base de cotización la media entre la base mínima y la máxima correspondiente al último grupo de cotización conocido según la categoría del trabajador**. Si ésta es la solución normativa, las disfunciones que parecen servidas las resumimos en las siguientes:

³¹ Procedimiento en los supuestos de deudas contraídas por el Estado, CC.AA., Corporaciones Locales y demás entidades de Derecho público o empresas dependientes de las mismas, que realicen prestaciones públicas.

- En primer lugar, si las bases han sido declaradas nos instalamos en una práctica demasiado común, cual es la de las empresas que confeccionan boletines de cotización, conscientemente a la «baja», los presentan ante el Servicio Común, dentro o fuera de plazo es igual, quedando liberadas y al corriente en el abono de cuotas una vez satisfecha la reclamación de deuda efectuada por Tesorería ya que es legalmente imposible ajustar el débito real.

- En segundo lugar, posiblemente, otra vez, la propia Ley propicie la economía sumergida ya que, rocambolescamente, nos podemos encontrar ante una situación tan *sui generis* en la que una empresa ingrese cuotas inferiores a las debidas y obtenga, no obstante, subvenciones, reducciones o bonificaciones de las previstas en las políticas de fomento al empleo activo (por estar al corriente en sus obligaciones tributarias y de **Seguridad Social**) usando el simple mecanismo de presentación del documento de cotización, frente a otra empresa que satisfaga puntualmente sus obligaciones pero que por error haya omitido la cotización de un simple plus de asistencia, detectado por la ITSS y practica Acta de Liquidación, con lo cual ya no está al corriente de sus obligaciones para con la Seguridad Social y sólo podrá acceder a aquellos beneficios en tanto en cuanto no abone el importe reflejado en el Acta con sus recargos correspondientes ³².

- En tercer lugar, no es concebible la inexistencia de declaración sin bases (no existiría, pensamos, declaración como tal, existiría «otra cosa») a no ser que se estén contemplando las «declaraciones en blanco», declaraciones, sin duda, novedosas con honda reminiscencia en las nunca olvidadas declaraciones en blanco por jornadas reales de los subsidiados del Régimen Especial Agrario. Ante tan extraña situación se opta **por bases medias** («parámetros» de Seguridad Social) que en nada se asemejan a salarios y, además, se toma como referencia el último grupo de cotización conocido, se supone, ante la carencia de declaración, conocido o mejor obtenido de la base de datos de Tesorería, con lo cual hubiese sido más racional calcular las bases según conceptos cotizables reflejados en los Convenios Colectivos aplicables ³³, naturalmente que para ello habría de conocerse técnicamente estos «pormenores». De todas formas viene a nuestra memoria la especialidad de cotización en «trabajos de colaboración social».

Con ello *sólo* estamos conculcando derechos subjetivos de los trabajadores (cuotas inferiores = prestaciones inferiores), pero también volvemos a propiciar percibo de prestaciones indebidas (reclamación por medias) ya que, como es sabido, la Tesorería normalmente gira por la mayor, con lo cual satisfaciendo la deuda nunca se habrá incurrido en falseamiento de documentos o en connivencia con los trabajadores para la obtención de prestaciones indebidas o superiores a las que correspondan ³⁴.

Una reflexión final nos urge en un intento de matizar, en positivo y en negativo, las Propuestas de Liquidación (reclamación de deuda) que corresponde a la ITSS.

³² En la práctica, la defraudación vía artículo 30 ha alcanzado cantidades respetables.

³³ Empíricamente queda demostrado que los Convenios Colectivos, más de lo deseable, sólo sirven como instrumentos para confeccionar boletines de cotización.

³⁴ *Vid.* artículo 23 c) y e) del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE 8-8-2000).

En positivo, las Propuestas deben identificar a cada uno de los trabajadores afectados, la forma en que se efectuó la comprobación, determinación de la base de cotización individual, tipos aplicables por contingencias generales y profesionales, horas extraordinarias y demás conceptos cotizables incluido el recargo. Es decir, la Propuesta debe ajustarse a **salarios reales**, en otro caso, se debe proponer la baja de la empresa por crédito incobrable ³⁵.

En negativo, las Propuestas no gozan de presunción legal de certeza ³⁶ ni de las garantías procesales previstas en el artículo 33 del Real Decreto 928/1998 ³⁷ inferiores, y también volvemos a propiciar percibo de prestaciones indebidas (reclamación por medias) ya que, como es sabido, la Tesorería normalmente gira por la mayor, con lo cual satisfaciendo la deuda nunca se habrá incurrido en falseamiento de documentos o en connivencia con los trabajadores para la obtención de prestaciones indebidas o superiores a las que correspondan ³⁸.

Para concluir, las reclamaciones de deudas derivadas de «documentos no presentados» que se denominan «Propuestas de Liquidación» es labor, hoy en día, encomendada, dentro del Sistema de Inspección, al Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social, anunciada ya en el artículo 8 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, (BOE 15-11-1997) ³⁹ y concretada en el artículo 27, *in fine*, del Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ⁴⁰ (BOE 16-2-2000).

4.3.2. Las Actas de Liquidación de cuotas.

Las Actas de Liquidación reducen su campo a los casos de falta de afiliación o alta de trabajadores en cualquiera de los regímenes del sistema de Seguridad Social; Diferencias de cotización por trabajadores dados de alta, cuando dichas diferencias no resulten directamente de los documentos de cotización presentados dentro o fuera de plazo reglamentario y por derivación de responsabilidad del sujeto obligado al pago.

Se continúa, como es la tradición, ante la imposibilidad de practicar Actas de Liquidación por diferencias cuando éstas resulten directamente de los documentos de cotización presentados. Aparte

³⁵ Vid. artículo 30.2 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, Reglamento General sobre procedimiento para la imposición de sanciones... (BOE 3-6-1998).

³⁶ Este valor probatorio sólo se extiende a las Actas de Liquidación y a las Actas de Infracción en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.2 de la Ley 42/1997, citada, y artículo 15 del Real Decreto 928/1998, también citado.

³⁷ Las Propuestas de Liquidación no se notifican al sujeto responsable, ni a los trabajadores, no existe posibilidad de alegaciones ni por parte de las empresas ni por parte de los trabajadores, no es posible el trámite de audiencia, etc.

³⁸ Vid. artículo 23 c) y e) del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE 8-8-2000).

³⁹ Punto 2.2 «Comprobación del cumplimiento de las normas en materia... recaudación del sistema de la Seguridad Social...».

⁴⁰ Artículo 27, *in fine*: «Las propuestas de liquidación practicarán, asimismo, las propuestas de liquidación que se deriven de su actuación».

de remitirnos a lo expresado cuando hemos tratado el artículo 30, no dejamos de advertir que la limitación no se extiende a las diferencias que **indirectamente** resulten de aquellos documentos, por lo que debemos reparar en qué situaciones sería ello posible.

Teóricamente sólo nos podemos detener en las siguientes:

1. Trabajadores que, tras el reconocimiento del derecho a cualquiera prestación económica, aporte ante la ITSS, pruebas suficientes y susceptibles de comprobación que pongan de relieve el obligatorio incremento de las bases reclamadas por deudas, de las que derive incremento en cuantía económica de dicha prestación.
 2. Resolución judicial firme en la que se declare en el Fallo y no en el Considerando de Hechos Probados, que los conceptos salariales a percibir por el trabajador o susceptibles de cotización son superiores a los contenidos en la reclamación o han sido omitidos, se haya declarado o no el derecho a una prestación económica, se haya interpuesto la demanda por los propios afectados o por el FOGASA, Sindicatos, etc.⁴¹.
- Algún detalle de mejora.

En este sentido debemos destacar la ampliación considerable de la redacción anterior, como no podía ser menos, pero la remisión tan genérica a las responsabilidades, como apuntábamos más arriba, nos tememos que sea incompatible con la seguridad jurídica. Es una novedad en el Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que las actas, por derivación de responsabilidad, incluyan no sólo los tradicionales recargos sino también los intereses y costas devengadas hasta la fecha en que se extienda el acta, con lo cual se agiliza claramente la gestión de Tesorería.

- Referencia a puntos críticos.

A destacar la redacción del 2.º párrafo, *in fine*, del apartado c) del artículo 31 que cuando trata de la invitación al pago voluntario por la ITSS señala «en caso de incumplimiento se procederá a extender acta de liquidación y de "**infracción**" por impago de cuotas ⁴²».

Por otra parte, incomprensiblemente la Ley reformada se ha limitado a transcribir la redacción anterior que, su vez, admite nueva redacción vía disposición adicional 1.ª de la Ley 42/1997 por lo que, creemos, carece de virtualidad la referencia al «desarrollo reglamentario» que se dice en el inciso 3 *in fine* del artículo 31, al tratar de la notificación ⁴³ ya que el desarrollo reglamentario se contiene en el Real Decreto 928/1998, artículos 17 y 33, respectivamente.

⁴¹ Decimos «teóricamente» porque prácticamente tales soluciones no las conocemos.

⁴² Creemos que esta obligación de practicar Acta de Infracción vulnera el artículo 17.2 del Convenio n.º 81 de la OIT que faculta a la Inspección a advertir o aconsejar en lugar de iniciar un procedimiento.

⁴³ Disposición adicional 1.ª citada: «Las actas de liquidación de cuotas se extenderán por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, notificándose en todos los casos a través de los órganos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que, asimismo notificarán las actas de infracción practicadas por los mismos hechos, en la forma que reglamentariamente se establezca».

4.3.3. Determinación de la deuda. Un no a las bases medias.

Reiterar los comentarios anteriormente expuestos, ahora normativizados, al distinguirse, en la determinación de la deuda, entre bases declaradas y salarios reales según se trate de reclamación o de acta de liquidación.

La crítica que sostuvimos en el comentario al artículo 30 ahora la podríamos reproducir según se explicita en el apartado 2, inciso final, del artículo 32 (utilización por la ITSS de bases medias). Pese a la redacción, la ITSS debe profundizar en los mecanismos legales que tiene a su alcance para satisfacer y concretar la cuantía real del abono (según remuneración total) pero nunca utilizar el recurso fácil de las bases medias. Estando en presencia de la función más técnica que en materia de Seguridad Social se puede encomendar a la Inspección, el fracaso demostrado (de muy difícil justificación, estimamos) en la concreción, debe, a nuestro entender, exigir la propuesta de baja de la empresa por crédito incobrable y no otra alternativa.

4.4. La providencia de apremio. La «tributarización» de la recaudación.

Se contemplan adecuadamente los efectos jurídicos de los recursos de alzada o contenciosos administrativos contra actos dictados en el procedimiento ejecutivo **distintos de la providencia de apremio** que no suspenderán el procedimiento de apremio salvo aval suficiente, consignación del importe de la deuda incluida una cantidad a cuenta de costas que no puede superar el 3% del principal.

En esta línea, el n.º 3 del artículo 34 presenta que, en la ejecución contra el patrimonio del deudor (embargo), en los casos de realización del valor o en el adjudicación, el importe necesario para cubrir la deuda se incrementa, con cargo a costas, en una cantidad **del 3%** del importe de la deuda, lo que viene a mejorar la redacción del Proyecto del Congreso (no podrá ser inferior al 3%).

Simplemente comentar que la «adaptación» de la vía de apremio, según el apartado 8, se pospone al habilitarse una cláusula de cierre en cuya virtud el procedimiento para la cobranza de los débitos de la Seguridad Social en vía de apremio se condiciona a la publicación del oportuno Reglamento.

En cuanto al ingreso fuera de plazo, el único apartado que queda modificado del anterior artículo 113.3 presenta, a nuestro juicio, una novedad positiva: se hace referencia a las **cuotas ingresadas fuera de plazo** sin más, con lo que se elimina el elenco de su origen, elenco, por otra parte, sin justificación jurídica, pensamos.

5. EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

A esta materia se dedica el artículo 6 de la Ley, que prevé la modificación de los artículo 36.6 y 66 LGSS. Aunque la nueva regulación no varía en esencia de la vigente en la actualidad, la inten-

ción de la reforma parece ser, por un lado, potenciar desde el punto de vista formal la confidencialidad de los datos de que disponga la Seguridad Social al tiempo que se pretende conseguir una mayor sistematicidad del texto legal, lo que se realiza simplemente por un cambio de ubicación normativa del reconocimiento legal de la reserva de los datos, que pasa del apartado 6 del artículo 36, dedicado a la regulación del deber de información por entidades financieras, funcionarios públicos y profesionales oficiales, al artículo 66 junto al régimen de personal hasta ahora tratado en éste. De esta forma el nuevo artículo 36.6 mantiene sólo la no necesidad del consentimiento del afectado para proceder a la cesión de los datos personales a la Administración de la Seguridad Social en cumplimiento del deber de colaborar para la efectiva recaudación de los recursos, y la prohibición, salvo previsión expresa en contra, de la cesión de los datos recabados por una Administración para el ejercicio de sus funciones a otras Administraciones Públicas para competencias distintas, redacción esta nueva que resulta más acorde con la rúbrica del artículo 36. Y es el artículo 66 el que desarrolla el carácter reservado de los datos personales y las excepciones a la cesión o comunicación de los mismos a terceros.

En esa regulación de la reserva de datos es donde podemos hallar la segunda de las finalidades de la reforma de esta materia, cual es, según se pone de relieve en el Preámbulo de la Ley, la ampliación de la regulación hasta hoy vigente al contemplar otros fines distintos a los exclusivamente recaudatorios, propios de la TGSS, como habilitantes para el uso de los datos obtenidos por la Administración de la Seguridad Social ⁴⁴, incluyéndose ahora cualesquiera otros fines encomendados a las distintas Entidades Gestoras y Servicios Comunes ⁴⁵. Finalmente el artículo 66, al regular el incumplimiento de la confidencialidad de los datos, informes o antecedentes y del deber de sigilo, sustituye la referencia a los funcionarios públicos por la más amplia de «todo el personal al servicio de la Administración de la Seguridad Social», dando entrada así al personal laboral y al estatutario, en una modificación necesaria en la configuración actual de la organización del personal al servicio de la Administración Pública, más aún cuando esos colectivos distintos al funcional van ampliándose cuantitativamente ⁴⁶.

Relativo también al tema de los datos personales, se prevé el otorgamiento implícito del consentimiento del interesado o de su representante legal, salvo que conste su oposición expresa y por escrito, a efectos de la remisión a la Entidad Gestora por parte de las instituciones sanitarias de los datos médicos del interesado relevantes para la resolución del procedimiento a efectos del reconocimiento o mantenimiento de las prestaciones económicas de incapacidad permanente, incapacidad temporal, orfandad o asignaciones familiares por hijo a cargo ⁴⁷.

⁴⁴ Se suprime también la referencia a las «funciones recaudatorias» de la Administración de la Seguridad Social como determinantes de la obtención de los datos.

⁴⁵ La enumeración de los supuestos en los que sí resulta posible la cesión o comunicación de los datos se mantiene prácticamente igual que en la redacción actual, ampliándose solamente dos supuestos: cuando tenga por objeto la colaboración, además de con la IT o con las demás Entidades Gestoras, con los «demás órganos de la Administración de la Seguridad Social»; y cuando esa cesión o comunicación persiga evitar el fraude «en la obtención o percepción de prestaciones incompatibles en los distintos Regímenes del Sistema de Seguridad Social».

⁴⁶ La Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, parte de la dualidad de formas de prestar trabajo en la Administración Pública: funcional y laboral [art. 15.1 c)], y la progresiva tendencia a regular de manera unitaria para ambos colectivos determinadas parcelas queda puesta de manifiesto en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, o la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar.

⁴⁷ Artículo 21 de la Ley, que prevé la inclusión en el articulado de la LGSS de una nueva disposición adicional.

6. MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

En este ámbito volvemos a encontrarnos con la intención de clarificación y sistematización del ordenamiento jurídico de Seguridad Social como uno de los objetivos de la reforma de la gestión llevada a cabo por las MATEPs, en concreto en el ámbito de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes ⁴⁸. Así, el apartado segundo de la disposición adicional 11.^a, relativo a la formalización de la cobertura de la prestación económica de incapacidad temporal de los trabajadores por cuenta propia o autónomos incluidos en su Régimen Especial y de los incluidos en el Régimen Especial Agrario, recoge un nuevo inciso que no hace sino dar entrada en la LGSS a la regulación aprobada en su momento por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social ⁴⁹ –de nuevo una «Ley de Acompañamiento»– y vigente en nuestro ordenamiento desde el 1 de enero de 1998, según la cual los trabajadores incluidos en los colectivos indicados que a partir de esa fecha soliciten el alta en el correspondiente Régimen de Seguridad Social, optando por acogerse a la cobertura de la incapacidad temporal, quedan excluidos del derecho a optar entre formalizar la misma con la Entidad Gestora correspondiente o una MATEP, debiendo hacerlo necesariamente con una de éstas, al tiempo que aquellos que en esa fecha tenían formalizada dicha cobertura sólo pueden modificar esa opción anterior a favor de otra Mutua.

La realidad del reforzamiento del tradicional papel de las MATEPs en la colaboración en la gestión de nuestro Sistema de Seguridad Social ⁵⁰, influida, sin duda, por razones económicas y de eficacia, es incuestionable, más allá de los debates a que ese mayor protagonismo pueda dar lugar acerca del riesgo de privatización del sistema público de Seguridad Social, pero no constituye una novedad de esta reforma.

Más nos llama la atención el nuevo párrafo 4.º que se introduce en el artículo 68 LGSS y que parece constituir una especie de contrapunto a ese reforzamiento del papel de estos sujetos privados ⁵¹ en el ámbito de la gestión pública de la Seguridad Social, desde el momento que no aporta novedad alguna acerca de las competencias y actuación de la Mutuas, sino que se limita a remarcar algo ya sabido como es la integración de las prestaciones, asistencias y servicios objetos de la colaboración dentro de la acción protectora de la Seguridad Social y, por tanto, su vinculación a la LGSS y su normativa de desarrollo. El fuerte control público ejercido sobre las MATEPs en cuanto asociaciones privadas gestoras de fondos públicos, deja pocas dudas acerca del papel de colaboración que desempeñan en la actualidad en el ámbito de la gestión del Sistema. Desde la necesaria autorización del MTAS para su constitución las manifestaciones de ese control severo son evidentes; así:

⁴⁸ En esta ocasión, y a diferencia, como estamos viendo, de otras en las que el verdadero alcance de la reforma quiere revestirse con los caracteres de auténticas novedades, ese objetivo de clarificación aparece establecido expresamente en el Preámbulo de la Ley.

⁴⁹ Disposición adicional 14.^a.

⁵⁰ Iniciada por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, que permitió concertar la cobertura de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes con una MATEP (art. 35), traspasando el ámbito de la colaboración en la gestión de las contingencias profesionales, tradicionalmente atribuido a las mismas.

⁵¹ La naturaleza privada de las MATEPs ha sido objeto de declaración expresa por nuestra jurisprudencia en numerosas ocasiones. Simplemente a título de ejemplo *vid.* STS de 25 de marzo de 1999.

- a) Sus competencias vienen establecidas legalmente, tanto las actuales como las que puedan ir reconociéndoseles (arts. 68.2 y 3 LGSS y art. 2 RMATEP (RD1993/1995, de 7 de diciembre).
- b) También por ley se delimita el contenido de sus respectivos Estatutos (arts. 70.4 LGSS y 20 RMATEP).
- c) Están sujetas a control financiero por parte de la Intervención General de la Seguridad Social siendo objeto anualmente de una auditoría de cuentas realizada por la Intervención General de la Seguridad Social (arts. 71.2 LGSS y 56 RMATEP).
- d) Sus presupuestos se integran en los de la Seguridad Social (art. 23 RMATEP).
- e) Deben ajustarse, dentro del régimen de la contabilidad pública, al Plan General de Contabilidad de la Seguridad Social, estando sometidas a la rendición de las cuentas de su gestión al Tribunal de Cuentas (art. 22.2 RGMATEP).
- f) Han de aportar determinadas cantidades a la Seguridad Social para el mantenimiento de los servicios comunes determinadas en función de las cuotas ingresadas (art. 75 RMATEP).
- g) El MTAS lleva a cabo la inspección y control así como las facultades de dirección, vigilancia y tutela sobre las Mutuas, pudiendo éstas ser objeto de intervención y siendo necesaria la autorización para su disolución y cese.

A pesar de este férreo control, la progresiva ampliación del ámbito de actuación de las MATEPS en nuestro ordenamiento) y la nota de cierta privatización del Sistema de Seguridad Social que ese mayor protagonismo conlleva, parece ser la razón de que no se haya querido dejar pasar la oportunidad de una nueva reforma de la LGSS para recordar y remarcar, esta vez de manera expresa en el propio tenor literal del artículo 68, algo ya conocido y parece que, al menos en la situación actual, incuestionado, como es el papel de estas asociaciones como simples colaboradoras con el Estado en la gestión del Sistema.

7. RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

En esta materia las modificaciones introducidas por la Ley se centran en dos aspectos. Por un lado se intenta completar el artículo 81.1 LGSS, referido a la titularidad, adscripción, administración y custodia del patrimonio único, en lo relativo a los bienes inmuebles adscritos o transferidos a otras Administraciones Públicas o Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia o vinculadas o dependientes de las mismas. Y por otro se modifica el régimen de cesión de bienes inmuebles en el supuesto de que no resulten necesarios para el cumplimiento de los fines del Sistema.

Por lo que respecta al primero de los temas, en la nueva redacción del artículo 81.1 LGSS se regulan las funciones que van a corresponder a las Administraciones Públicas o Entidades de Derecho

Público respecto a los bienes inmuebles del patrimonio de la Seguridad Social que les hayan sido adscritos o transferidos. Dichas funciones, salvo que en el acuerdo de traspaso o en base al mismo se haya previsto otra cosa, quedan concretadas en la realización de las reparaciones necesarias para su conservación o mantenimiento o las obras de mejora que estimen convenientes, el ejercicio de las acciones posesorias que procedan y el pago de las obligaciones tributarias que afecten a dichos bienes. A continuación, se prevé el supuesto de no uso o cambio de destino para el que fueron adscritos esos bienes, en el cual, salvo que, de nuevo, otra cosa pueda desprenderse del acuerdo de traspaso, los bienes inmuebles revertirán a la TGSS, quedando a cargo de la Administración o Entidad incumplidora los gastos de conservación o mantenimiento y el pago de las obligaciones tributarias que afecten a los mismos hasta el final de ejercicio económico en que se produzca la falta o el cambio de uso.

Es una modificación, la del artículo 81.1 LGSS, derivada del proceso descentralizador del sistema de protección social actual y de la culminación de dicho procedimiento en el ámbito sanitario⁵² y de los servicios sociales⁵³. En concreto, reproduce prácticamente de forma literal las cláusulas reguladoras del régimen de los derechos y obligaciones de los bienes que se adscriben a las CC.AA. contenidas en los últimos Acuerdos de traspasos de funciones y servicios en materia de sanidad de diciembre de 2001⁵⁴, introduciendo, no obstante la salvedad, como hemos indicado, de que la norma no se aplicará a aquellos acuerdos de traspaso en los cuales se haya previsto otra cosa para los bienes transferidos. No podría haber sido de otra manera pues pretender la aplicación del nuevo artículo 81 a la totalidad de las CC.AA. supondría la modificación unilateral por el Estado del contenido de los acuerdos adoptados de la Comisión Mixta de Transferencias, plasmados en los Real Decreto de traspasos de bienes y servicios, contraviniendo la doctrina constitucional emanada en la materia, según la cual la transferencia ha de hacerse necesariamente a través de los acuerdos de las Comisiones Mixtas, en cuanto éste es el procedimiento previsto en los Estatutos de Autonomía, y no puede alterarse el contenido de los correspondientes Decretos en los que se plasman mediante una intervención unilateral del legislador estatal⁵⁵.

Así pues, la introducción de la reforma de esta materia no puede sino conseguir un tratamiento diferenciado entre las CC.AA., desde el momento que aquellas cuyos acuerdos de traspaso no recogen esas previsiones⁵⁶ quedan fuera del ámbito de aplicación del precepto. Esto hace que, cuanto menos, quepa cuestionarse el sentido de la misma, el porqué de la inclusión de algo que no aporta nada respecto a la situación actual derivada de la aplicación de los Decretos de Transferencias de

⁵² Producida el 27 de diciembre de 2002 con los Real Decreto 1471 a 1480/2002, de 27 de diciembre, sobre Traspasos de las Funciones y Servicios del Instituto Nacional de la Salud a las Comunidades Autónomas del Principado de Asturias, Cantabria, La Rioja, Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Illes Balears, Madrid y Castilla y León, respectivamente.

⁵³ Culminación operada a principios de 1998, con el traspaso de competencias a La Rioja (RD 75/1998, de 23 de enero).

⁵⁴ Véase, por ejemplo, el Real Decreto 1471/2001, de transferencia a la CA de Asturias [apdo. F). 8]. El resto de los Real Decreto de 27 de diciembre de 2001 reproducen esta misma redacción en lo relativo a las obligaciones de las CC.AA. sobre los bienes inmuebles del patrimonio de Seguridad Social que se les adscriben.

⁵⁵ *Vid.* SSTC 76/1983, de 5 de agosto, 86/1989, de 11 de mayo, y 95/2002, de 25 de abril.

⁵⁶ *Vid.* Real Decreto 1517/1981, de 8 de julio, de traspaso a la CA de Cataluña o Real Decreto 1536/1987, de 6 de noviembre, de traspaso al País Vasco.

cada CC.AA. y que parece no encajar bien con el reforzamiento del principio de unidad de nuestro Sistema de Seguridad Social, configurado como uno de los objetivos destacados de la reforma operada por esta Ley.

En lo relativo a la segunda de las cuestiones reformadas, se modifica el sujeto competente para decidir la cesión gratuita para fines de utilidad pública o de interés de la Seguridad Social, de los bienes inmuebles que no resulten necesarios para el cumplimiento de sus fines y no se estime conveniente su enajenación o explotación. La competencia atribuida hasta ahora al Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, se traslada con la nueva redacción al Ministro, a propuesta de la TGSS y previa comunicación a la Dirección General de Patrimonio del Estado. Sí parece positivo el hecho de que la propuesta de la cesión la realice la Tesorería como servicio común en el que se centralizan las operaciones de contenido económico y patrimonial y al que se atribuye la titularidad, gestión y administración de los bienes y derechos que constituyen el patrimonio único de la Seguridad Social. Sin embargo, el que la decisión sobre la realización de la cesión de un bien de interés público la adopte ahora el Ministro de Trabajo pensamos que constituye una excesiva discrecionalidad en la disposición de los mismos que minora las garantías jurídicas en el cumplimiento de los fines de esos bienes inmuebles.

8. LA RESPONSABILIDAD POR COTIZACIONES. UNA SECUELA DE LA BANCARIZACIÓN

Quizás más que el análisis de los nuevos apartados que nos presenta la Ley 52/2003 deberíamos detenernos en la catarsis que ha sufrido este artículo 12 en los trámites parlamentarios (Congreso y Senado), catarsis que no calificamos de *reformatio in peius* en tanto en cuanto realmente, a su través, no se ha satisfecho reforma alguna, aunque sí nos atrevemos a afirmar se ha operado una *agregatio in peius* como pretendemos demostrar.

8.1. La catarsis.

En el Proyecto aparecido en el BOCG-Congreso de los Diputados, de 9 de mayo de 2003, la rúbrica que observamos no fue sino la del artículo 12. **Supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones** conteniendo una interesante reforma del artículo 127 LGSS aunque derivada a un campo que no le es propio como es el de las responsabilidades por abono de cuotas; sin embargo, en el Proyecto que aparece el 21 de noviembre del 2003 en el BOCG-Senado nos encontramos con un artículo 12. **Responsabilidad por cotizaciones y otros recursos**, obviándose la reforma esperada pero añadiendo nuevos párrafos a los deslabilizados y «tristes» artículos 15 y 104 de la misma LGSS, como era de esperar dada la rúbrica. Y es ese cartel y es ese contenido el que adopta la Ley 52/2003, ahora sí, navegando por las aguas propicias.

El nuevo punto 3 no es sino un resumen, incoherentemente redactado, asistemático y carente de técnica jurídica, de los artículos 8 a 13 del Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social, por no decir «el desarrollo reglamentario del número 2 del artículo 15»⁵⁷ de la LGSS, a los que se añade los entes sin personalidad jurídica (¿) como sujetos obligados al pago de cuotas y con una inadecuada remisión genérica a normas con rango de Ley «que se refieran o no excluyan» la responsabilidad solidaria, la responsabilidad subsidiaria o la responsabilidad *mortis causa*, eso sí, respetando el beneficio de exclusión reflejo de la copia reglamentaria. La indefensión la creemos servida.

Estas responsabilidades se exigirán según el procedimiento recaudatorio establecido *ex novo* en la Ley, pero supeditado a un desarrollo reglamentario que estimamos debe publicarse antes del «día primero del sexto mes siguiente» al «día primero del mes siguiente» de la publicación en el BOE de la Ley que nos ocupa⁵⁸.

8.2. El resurgimiento.

Secamente, en el nuevo número 4 se refiere al empresario, pero, además, al «empresario aparente», con lo que, pensamos, asistimos al milagro de Lázaro, por creer que tal figura «murió» en su momento⁵⁹. En este sentido, el procedimiento recaudatorio se dirigirá contra «quien efectivamente reciba la prestación de servicios de los trabajadores que emplee, aunque formalmente no figure como empresario» en los contratos de trabajo, registros públicos, etc., relación que estimamos ociosa por cuanto se debería hacer la referencia a la falta de inscripción como empresa porque formalmente se es empresario desde el momento de tal inscripción⁶⁰.

Pero este resurgir sólo opera cuando la obligación de cotizar «corresponda al empresario», lo que nos lleva a una situación, presumimos compleja, ya que parece excluirse a los otros obligados al pago que se relacionan, sin ir más lejos, en el apartado 3 (de nuevo cuño). Es posible que se haya optado por una vía menos práctica de lo que pudiera parecer ante la dificultad de identificar a los otros responsables, pero no es, pensamos, una solución legal puesto que la institución de la derivación de la responsabilidad del sujeto obligado al pago (art. 5.siete) hace innecesario, a nuestro parecer, este apartado.

8.3. La confusión.

El número dos del artículo 12 agrega al artículo 104 LGSS la modificación antes criticada a la vez que nos proporciona una definición de empresario nada novedosa y parcial⁶¹ y una poco defen-

⁵⁷ Artículo 15.2 LGSS. «La obligación de cotizar nacerá desde el momento de iniciación de la actividad correspondiente, determinándose en las normas reguladoras de cada Régimen las personas que hayan de cumplirla».

⁵⁸ Vid. disposición final segunda de la Ley 52/2003.

⁵⁹ Pensamos que con la teoría del «levantamiento del velo».

⁶⁰ Vid. artículo 99 LGSS.

⁶¹ «1. El empresario es sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotización...»

dible confusión, creemos, puesto que con la remisión al artículo 127.1 y 2 parece identificar a responsables **de abonos por cuotas** y responsables **de abonos de prestaciones**, lo que no deja de ser, según pensamos, un artificio cuasi diabólico ⁶² de extensión.

Dos dislates más, en este número, apartado segundo, creemos detectar de hondo y diverso calado:

1. La responsabilidad solidaria por sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio del artículo 127, se extiende, según la nueva Ley, **a la totalidad de las deudas** generadas con anterioridad al hecho de la sucesión. Las consecuencias que extraemos las podemos sintetizar en las siguientes:
 - Se trata de la totalidad de las deudas, luego quedan exonerados de cualquier pago los solidarios deudores anteriores a la sucesión.
 - Como se adopta la técnica de la extensión, al no tratarse de prestaciones no cabe la responsabilidad solidaria con el anterior o con sus herederos, ni la declaración de insolvencia, creemos.
2. Si según hemos expuesto la reforma nos resulta cuando menos inadecuada, reafirma nuestra postura la impiedad y desconfianza con que se trata a un agente de Economía Social cual es la sociedad laboral (ya les llegará el turno a las cooperativas de trabajo asociado) ya que, desconociendo su función creadora de empleo estable y parapeto de destrucción de empleo, la Ley 52/2003 extiende la responsabilidad a ella porque, *iuris et de iure*, se entenderá que existe dicha sucesión aun cuando sea una sociedad laboral la que continúe la explotación, industria o negocio, **esté o no constituida por trabajadores** que prestarán servicios por cuenta del empresario anterior. Quizás no sea el lugar oportuno para profundizar en el tema, sólo pergeñar un ataque más al artículo 126.2 de la CE porque si la razón de la redacción se justificara por el fraude, los poderes públicos estarían obviando una función que les es propia ⁶³.

⁶² El artículo 104 de la LGSS, antes de su reforma, incluía como responsables del pago de cuotas a las personas señaladas en los apartados 1 y 2 del artículo 127 y así lo decía, pese a nuestra discrepancia. Ahora, sin embargo, se relata «Responderán, asimismo, solidaria, subsidiariamente o *mortis causa* las personas o entidades sin personalidad a que se refieren los artículos 15 y 127.1 y 2 de esta Ley». El artículo 127 se refiere a *Supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones*.

⁶³ Quizás la no aceptación del Texto del Proyecto del Congreso haya supuesto una oportunidad única para desentrañar el complejo artículo 127 ya que, de su redacción, pudiéramos haber obtenido un concepto de «misma actividad», una delimitación del ámbito de la responsabilidad, las responsabilidades de los administradores, consejeros delegados y demás miembros de los Consejos de Administración de las empresas, la aclaración de concepto de sucesión de empresa, etc.

9. LA ACCIÓN PROTECTORA

9.1. Incapacidad permanente.

De aplicación a todos los Regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social ⁶⁴, el artículo 13 de la nueva Ley agrada dos párrafos al artículo 138.2 b) LGSS contemplado como beneficiarios de incapacidad permanente en su modalidad contributiva a quienes accedan a la prestación desde situaciones de alta o asimilada al alta sin obligación de cotizar, por una parte, y por otra, les determina sus bases reguladoras a partir de las cuales se fijará la cuantía de la prestación.

Respecto del primer párrafo se hacen necesarias tres matizaciones:

1. El hecho causante no puede derivar ni de accidente de trabajo ni de enfermedad profesional, por cuanto en este supuesto no se exige período de carencia.
2. El beneficiario debe contar con 26 años o más a *sensu contrario* apartado a) del mismo artículo y número.
3. El sujeto causante ha de encontrarse: en situación legal de desempleo, total y subsidiado o paro involuntario, una vez agotada la prestación, contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado; en excedencia forzosa; excedencia para el cuidado de hijos con reserva de puesto de trabajo; traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional; convenio especial en sus diversas modalidades; períodos de inactividad entre trabajos de temporada; períodos de presión sufridos en los supuestos contemplados en la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía ⁶⁵.

La novedad que se nos brinda ahora es la de la determinación del cómputo de las cotizaciones exigibles, es decir, la fecha a partir de la cual han de tenerse en cuenta, en el período de 10 años en que debe estar comprendido, al menos una quinta parte del período de carencia exigible. Tal fecha de partida coincide o es la misma fecha en que cesó la obligación de cotizar y a partir de ella y contando hacia atrás, como parece acertado, ⁶⁶ porque son en los únicos días en que se pueden encontrar fechas cotizadas, se computa la quinta parte señalada dentro de un período de 10 años que también comienza en la repetida fecha.

Respecto del segundo párrafo, al remitirse al artículo 140 de la LGSS en lo concerniente a la determinación de la base reguladora de la pensión, no contempla el apartado 3 del artículo por cuan-

⁶⁴ Nueva redacción del apartado 1 de la disposición adicional octava LGSS.

⁶⁵ Vid. artículo 36 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, Reglamento General sobre inscripción de empresas, afiliación, altas y variación de datos.

⁶⁶ Se huye de las bases mínimas aunque puede existir un perjuicio para el trabajador, según creemos, dependiendo de la duración de la permanencia en situación de alta sin cotizar o de asimilada al alta.

to son contingencias profesionales las que propician el hecho causante pero, gravemente, entendemos falta de congruencia respecto del apartado anterior, al no calcularse la base reguladora, hacia atrás, desde la fecha en que cesó la obligación de cotizar ⁶⁷, lo que perjudica a los beneficiarios al no computarse bases reales de cotización.

9.1.1. La base reguladora.

La incorporación de un segundo párrafo al número 4 del artículo 140 de la LGSS resuelve el problema de los meses computados cuando, dentro de ellos, sólo parcialmente existe la obligación de cotizar.

Se sigue el juego de las bases mínimas sólo para integrar el período o períodos mensuales en que la cotización real sea inferior a la base mínima lo que obligará a contemplar los cómputos de 28, 30 ó 31 días para determinar o no la integración ⁶⁸.

La misma solución se arbitra en el apartado dos, pero en este caso referida a la determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación (art. 162 LGSS).

9.1.2. Revisión de las pensiones de incapacidad permanente.

Cuatro mejoras técnico-jurídicas, que consideramos acertadas, justifican, creemos, la modificación. En primer lugar, la Sección 2.ª, del Capítulo V se titulaba y se titula **Incapacidad** Permanente, luego no parecía adecuada la expresión **invalidez**, que si bien fue la utilizada por el artículo 34 de la Ley 42/1994 ⁶⁹ que modificó la redacción del artículo, posiblemente no guardan equidistancia jurídica por entender que la incapacidad constituye una institución dinámica que permite vicisitudes en la empleabilidad del trabajador por no ser definitiva, mientras que la invalidez sería la institución estática que prácticamente impediría tales vicisitudes porque posiblemente sea definitiva.

En segundo lugar, el artículo pasa a referenciarse *Revisiones de las pensiones de incapacidad permanente* abandonando el «letrero» de *Calificación y revisión* en el que una aisladísima referencia al INSS justificaba el primer sustantivo aunque, a nuestro parecer, la expresión «pensiones» enturbia la técnica jurídica que pregonamos por cuanto, sospechamos, es la revisión de la incapacidad permanente la que ofrecería el efecto pretendido que no deja de ser un «ajuste» de pensiones.

De más calado nos parece, en tercer lugar, la confirmación del grado reconocido previamente por observar, especialmente en los supuestos de revisión de grado, una segura «patente de curso» para el beneficiario.

⁶⁷ Ello, además, supone una ruptura del principio sentado por la STS de 7 de febrero de 2002.

⁶⁸ La base mínima de cotización está constituida por la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento incrementada en un sexto. Anualmente se fija por el Gobierno.

⁶⁹ De 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

Finalmente y en cuarto lugar, igualmente creemos acertado el matiz de *profesional* que se agrega cuando se instrumenta la necesidad de establecer plazo para la revisión del estado invalidante que, según la redacción anterior, pudiera soslayar la capacidad para el trabajo ⁷⁰.

9.1.3. Beneficiarios de la pensión de invalidez en su modalidad no contributiva.

Queremos encontrar en la nueva redacción una política activa de empleo «ampliada» respecto de la regulación anterior al incluir a los mayores de 45 años que se acojan a los programas de renta activa de inserción ⁷¹ para desempleados de larga duración.

Echamos de menos una referencia a los programas de inserción gestionados por las CC.AA. al mismo tiempo que nos satisface no se haga alusión a trabajadores autónomos o autoempleados que consideramos figuras jurídicas independientes, como analizamos en trabajos de tesis.

9.2. Pensión de viudedad.

Previsto el derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, del cónyuge superviviente, el antiguo artículo 174.1 dejaba al desarrollo **reglamentario** la determinación del período de cotización. A este artículo dio nueva redacción la disposición adicional 13.^a de la Ley 66/1997 y el apartado 1 ha sido posteriormente redactado por la Ley 50/1998 (art. 32.1) sin que tal desarrollo reglamentario haya visto la luz y ha tenido que ser una **Ley** la que oficie de reglamento para fijar el período de carencia en quinientos días, dentro de un período de **cinco años** anteriores a la fecha del hecho causante lo que limita extraordinariamente las posibilidades de acceso a esta prestación ⁷² dado el carácter obligatorio de los cinco años ininterrumpidos, bien a la fecha del hecho causante, bien a la fecha del cese de la obligación de cotizar ⁷³.

Por lo demás y al hacerse referencia a cotizaciones **anteriores** a la fecha en que cesó la obligación de cotizar, nos remitimos a lo reflejado en comentarios anteriores.

⁷⁰ En la empería, mucho nos tememos que las revisiones sigan operando como excepción muy cualificada, como lo fue en los años de la llamada «quiebra técnica de Sistema de Seguridad Social».

⁷¹ En la antigua redacción sólo se contemplaban las contrataciones por cuenta ajena o la actividad por cuenta propia, que suspendían la percepción de la pensión, mientras los beneficiarios ejercían actividad pero la recuperaban de súbito al cesar en ésta.

⁷² Según se nos dice, estamos en época de superávit, con recaudaciones históricas.

⁷³ Se observa, en la práctica, que muchas de estas situaciones se producen en condiciones sociales de marginalidad, desempleo, largas enfermedades, etc.

9.3. Compatibilidad de las prestaciones de muerte y supervivencia.

Matizando, ahora, el enunciado del artículo (frente al indefinido de «Compatibilidad y límites de las prestaciones»), creemos que este nuevo apartado uno del artículo 18 pudiera ser de escasa virtualidad por cuanto la compatibilidad sólo puede operar cuando se hayan acreditado cotizaciones a distintos Regímenes de la Seguridad al menos durante quince años, lo que supone, al menos, una larga doble cotización en situación de empleo a tiempo parcial (puro o mediante pluriempleo o pluriactividad) con bases resultantes menguadas normalmente, o a tiempo completo y a tiempo parcial.

La exigencia, por otra parte, de que la superposición lo sea «al menos, durante quince años» nos induce a pensar en que ha de entenderse sin solución de continuidad, lo que obligaría al causante a un dilatado período de actividad con repercusiones posibles en la salud, lo que nos derivaría a comentarios más propios de otros menesteres pero que pudieran cercenar la posibilidad de esa, al menos, doble cotización.

El número dos extiende la protección a la pensión de orfandad, como es tradicional, con iguales perspectivas de las señaladas exigiendo el mismo comentario el número tres referido a las pensiones a favor de familiares.

9.4. Prestaciones familiares de la Seguridad Social.

La reordenación de la regulación de las prestaciones familiares de la Seguridad Social, uno de los pilares que justifican la Ley 52/2003, se instrumentaliza a través de su artículo 19 que modifica el Capítulo IX del Título II de la LGSS, en los siguientes términos:

9.4.1. Modalidad contributiva.

a) Prestaciones. Un elenco de insatisfacciones.

El nuevo artículo encuentra su antecedente más próximo en el apartado b) del antiguo 180, mejorado y ampliado (si bien no tan ampliamente como hubiéramos deseado), primero vía Congreso y, después, vía Senado no siendo ajena, tampoco, la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas ⁷⁴.

En efecto, de la parca consideración, como período de cotización efectiva, del primer año de reserva de puesto de trabajo que de acuerdo con la legislación vigente disfruten los trabajadores en

⁷⁴ De nuevo ha de considerarse la diferencia de fechas entre el texto aprobado por el Congreso y el texto aprobado por el Senado.

razón del cuidado de cada hijo, se aclara que el derecho asiste tanto si el hijo es natural como si el hijo es adoptado, o de menor acogido en los supuestos de acogimiento familiar o preadoptivo, **o por acogimiento de otros familiares** (Senado).

Limitado (primera insatisfacción) a la cobertura de las prestaciones derivadas de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y **maternidad** (Senado) ⁷⁵, en el párrafo segundo del artículo se prevé la ampliación del año a quince meses o a diez y ocho meses, según se trate de familias numerosas categoría general o de familias numerosas categoría especial, agregado del Senado que viene impuesto por la disposición adicional primera.dos, de la citada Ley de Protección de las Familias Numerosas, que, realmente, añade el párrafo al apartado b) del modificado artículo 180 ⁷⁶.

Otra insatisfacción nos viene impuesta al no determinarse la base ni los tipos aplicables en el período «de cotización efectiva». Si no se perciben salarios, entendemos, habrá de tomarse la base mínima del grupo y aplicarle coeficientes reductores dado el número de contingencias protegidas ⁷⁷, lo que redundará en perjuicio al armar la base reguladora.

Sin embargo, la mejora que antes anunciábamos (otra insatisfacción) no ha sido completa al no contemplarse la situación de los discapacitados aunque quizás pudiera solventarse parcialmente la omisión vía Ley 40/2003 en el solo caso de contemplarse a las familias numerosas. En este sentido, la disposición adicional primera.tres de esta Ley añade un nuevo párrafo sexto al apartado 3 del artículo 46 LET, a cuyo tenor la excedencia con reserva la extiende al trabajar con familia numerosa de categoría general y de categoría especial con los mismos topes de 15 meses y de 18 meses computándose, cada hijo discapacitado o incapacitado para el trabajo, como dos para determinar la categoría de la familia numerosa (art. 4.3 de la Ley) y se entenderá por discapacitado quienes tengan una minusvalía igual o superior al 33% y por incapaz para trabajar quienes tengan reducida su capacidad para el trabajo en un grado equivalente al de la incapacidad permanente absoluta o gran invalidez (art. 2.5 de la misma Ley).

9.4.2. Modalidad No Contributiva.

a) Prestaciones. Nuevos vaivenes.

El vigente artículo 181 supone una total renovación respecto al anterior, tanto en su rúbrica como en su contenido, aunque lo que más nos llama la atención es su posible proceso de alejamiento respecto de la Ley de Protección de las Familias Numerosas pese a la pregonada adecuación de la Ley 52/2003 a aquella según se escribe en la Exposición de Motivos.

⁷⁵ El Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió), a través de la Enmienda número 47, propuso la maternidad justificando que «la exclusión de la contingencia de maternidad del período considerado de cotización efectiva durante el año de excedencia por el cuidado de hijos actúa contra la política de conciliación de la vida laboral y familiar...». No fue incluida en el Proyecto del Congreso.

⁷⁶ Consecuencia de las diferentes fechas de los trámites parlamentarios. En cuanto al concepto de familia numerosa, familia numerosa especial y familia numerosa general, *vid.* artículos 2, 3 y 4 de la Ley 40/2003, citada.

⁷⁷ Situación similar a la de los Convenios especiales.

Y decimos esto, porque ya el apartado a) rompe la adecuación cuando exige a los discapacitados, para tener derecho a la asignación económica, una minusvalía igual o superior al 65% prácticamente el doble de la prevista en el artículo 2.5 de la Ley de Protección (igual o superior al 33%).

El párrafo segundo (Senado), en cambio, nos parece abierto, dada la idiosincracia de esta modalidad ⁷⁸, por lo que valoramos acertada la compatibilización con el trabajo lucrativo **por cuenta propia** o ajena aunque no hacemos la misma valoración respecto al límite del 75% del Salario Mínimo Interprofesional (SMI) en cómputo anual como ingresos (salarios) a obtener por el causante a no ser que sea «condenado» a prestar servicios a tiempo parcial ⁷⁹. Pensamos que no es la deducción de la cuantía del SMI el arma más adecuada para la «reinserción» en la modalidad contributiva, sino que, por el contrario, será la potenciación de la percepción de esta cuantía la que va a posibilitar generar cotizaciones suficientes para acceder a pensiones derivadas de la actividad profesional. Absoluto desacierto, creemos, es la no contemplación de los discapaces.

Por lo demás, los apartados b) y c) pensamos que no son sino medidas de fomento de la natalidad, una dependiente del beneficiario (pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de tercer o sucesivos hijos) y otra mixta (pago único por parto múltiple o adopción múltiple).

b) Beneficiarios. Una lucha entre leyes.

Nos parecería ilusorio el análisis de este artículo si no nos referimos a algunas matizaciones previas que de nuevo, pensamos, rompen con la más elemental técnica jurídica. Así, el artículo 181 se encuadra en la Sección 2.ª de la Ley, Modalidad No Contributiva, para, a continuación marcar una Subsección 1.ª, asignación económica por hijo o menor acogido a cargo, artículo 182, beneficiarios. Siendo una Subsección de una Sección la racionalidad jurídica nos llevaría a pensar que los beneficiarios a que se refiere el artículo 182 serían los de la modalidad no contributiva, pero ello no es así porque tales beneficiarios son los de la modalidad contributiva, salvando la aporía un artículo 182 bis, Cuantía de las asignaciones, y un artículo 182 ter, Determinación del grado de minusvalía y de la necesidad del concurso de otra persona. En conclusión, un análisis comparativo respecto de la situación anterior es posible que sea ocioso.

Sentado lo anterior, los apartados a) y b) del número 1, relacionados, nos parece, sufren una contradicción por cuanto el beneficiario de la asignación económica ha de residir *legalmente* en territorio español, a) mientras a los hijos o menores acogidos se les exige que *«residan en territorio español»* (añadido Senado) no sabemos si legal o ilegalmente. Por otra parte, con la remisión al párrafo a) del artículo 181 se sigue sin respetar el artículo 2.5 de la Ley 40/2003.

⁷⁸ En realidad creemos tocar el campo de la asistencialidad.

⁷⁹ La cuantía del SMI es la cantidad mínima que se considera necesaria para subsistir; por ello es inembargable.

c) Cuantías. El resultado de la incongruencia.

Se percibe un primer tope en la cuantía de la asignación, apartado c), 1.º y 2.º párrafos, que, como se nos tiene acostumbrados, realmente no operará: es la de 8.264,28 euros (no aparecía en el Proyecto del Congreso), por cuanto la disposición adicional sexta del Real Decreto 2/2004, de 9 de enero, sobre Revalorización de pensiones año 2004, cifra la cuantía en 8.495,69 euros. Si la Ley que comentamos entra en vigor el 1 de enero de 2004 (al menos, en estas materias) y si, según el párrafo cuarto de este mismo apartado, este límite se actualizará anualmente en la LPGE y además en el mismo porcentaje que se establezca como incremento general de las pensiones contributivas [expresión esta última también introducida por el Senado pero que tiene su antecedente más inmediato en el reformado art. 181.a) de la LGSS], puede resultar que cualquier beneficiario anote dos «subidas» seguidas y ello en los meses que corremos. Igual ocurriría con las cantidades fijadas en el párrafo segundo del apartado (Senado) al referirse a familias numerosas con asignaciones de hasta 14.200 euros más 2.300 a partir del cuarto hijo a cargo y por cada uno de ellos, incluido éste ⁸⁰.

Volviendo al primer párrafo del apartado a), la cuantía inaplicable se incrementará en un 15% por cada hijo o menor acogido a cargo, a partir del segundo, incluido éste, lo que pudiera llevarnos a una medida de fomento de la natalidad ⁸¹ y a una desfiguración de la política de ayudas a las familias numerosas, amén de no contemplarse a los discapacitados.

En el párrafo segundo (que por ciento se refiere sólo a *ingresos anuales* y no, como el primero, a *ingresos anuales, de cualquier naturaleza*) ⁸² se involucra claramente el artículo 4.2 en relación con el artículo 2.5 de la Ley de Protección, es decir, que para tener derecho a la asignación que se fije para el año 2004 la familia numerosa de categoría especial o la familia numerosa de categoría general no necesariamente habrá de estar determinada por el número físico de hijos (3, 4, 5, etc.). sino, por ejemplo, por dos porque cada hijo discapacitado o incapacitado para trabajar computará como **dos** para determinar la categoría en que se clasifica la unidad familiar, y, además, la minusvalía ha de ser igual o superior al 33% y no igual o superior al 65% como reiteradamente expresa la Ley de disposiciones específicas ⁸³.

El segundo tope lo localizamos en los párrafos cinco, seis y siete del comentado apartado c) al constituir, también, en beneficiarios a quienes perciban ingresos anuales *de cualquier naturaleza* que sean superiores a las cuantías antes señaladas (8.495,69 euros o 14.200 euros en familias numerosas) pero que resulten inferiores si sumamos a estas cifras el resultado de multiplicar el importe anual de la asignación por hijo o menor acogido por el número de cada uno de ellos, siendo, en este caso, la diferencia entre los ingresos percibidos por el beneficiario y la cifra resultante de la multi-

⁸⁰ Estas dos últimas cuantías no han sufrido variación.

⁸¹ Consideramos que las normas laborales, en el más amplio de los sentidos, no son los instrumentos adecuados para encubrir políticas extra materia.

⁸² En la más pura tradición laboral la referencia a ingresos se ha hecho normalmente a los procedentes de las rentas de trabajo.

⁸³ Los vaivenes son importantes en esta materia que, no dudamos, tendrá sus efectos prácticos.

plicación y suma indicadas la cuantía de la asignación, no procediendo, finalmente, esta asignación si la mentada diferencia es inferior a 291 euros en cómputo anual, cuantía que coincide con la asignación económica fijada para cada hijo en la modalidad no contributiva.

Al tercer tope se refiere el apartado tres, pues, en los casos de convivencia de padre y madre, si las suma de los *ingresos* de ambos superan los 8.495,69 euros o los 14.200 euros, no se reconoce la condición de beneficiario a ninguno de ellos; tampoco procede dicho reconocimiento en los supuestos en que el acogimiento familiar, permanente o preadoptivo, se haya constituido *por dos personas* que formen una unidad familiar, lo que permite unidades familiares conformadas no exclusivamente por el padre o la madre.

El número 2 del artículo constituye en beneficiarios al colectivo de huérfanos de padre y madre menores de 18 años o abandonados y minusválidos en las mismas circunstancias, a los que no se les señala límite de edad pero sí minusvalía igual o superior al 65% (vuelta a la ruptura), con lo que se sigue la línea anterior.

d) A vueltas con las cuantías y el artículo 182 bis.

La cuantía de la asignación no contributiva se fija, en cómputo anual, en 299,14⁸⁴ euros, siendo el causante el colectivo descrito en el artículo 181 a) de la Ley que comentamos a cuya crítica nos remitimos.

No obstante ello, se establece un régimen especial al alza si el hijo o menor acogido a cargo tuviese la condición de minusválido que, si bien pudiera tener alguna justificación en la anterior redacción del artículo 185 de la LGSS, hoy y vigente la Ley 40/2003 a lo peor justificaría un atropello.

Con desconocimiento absoluto de lo dispuesto en el artículo 2.5 de la Ley de Protección, el número dos del nuevo artículo 182 bis, por una parte, añade un nuevo apartado a) (fijando la cantidad de 581,66 euros, cuando el hijo o menor acogido a cargo sea menor de 18 años y el grado de minusvalía sea igual o superior al 33%), y, por otra, copia literalmente (excepto menor acogido a cargo) y hasta con las mismas letras, el antiguo artículo 185⁸⁵.

⁸⁴ Disposición adicional primera del Real Decreto citado.

⁸⁵ La Ley 52/2002, de PGE, dispone «Dos. A partir de 1 de enero del año 2003 la cuantía de las prestaciones económicas de la Seguridad Social por hijo a cargo, con dieciocho o más años de edad y un grado de minusvalía igual o superior al 65%, será de 3.218,08 euros anuales. Modificado disposición adicional sexta.

Cuando el hijo a cargo tenga una edad de dieciocho o más años, esté afectado de una minusvalía de un grado igual o superior al 75% y necesite el concurso de otra persona para la realización de los actos esenciales de la vida, la cuantía de la prestación económica será de 4.825,68 euros anuales». Igual modificación. En el Real Decreto 2/2004 citado puede contemplarse, en Anexo I y II, el importe, para el año 2004, de determinadas pensiones y prestaciones de la Seguridad Social.

Algunas cuestiones para la reflexión:

- 1.^a No encontramos ninguna disposición que permita la actualización anual de estas asignaciones no contributivas vía LPGE.
- 2.^a Pese a lo escrito en la Exposición de Motivos de la Ley 52/2003, el alejamiento y la confusión alcanzan ahora su cenit respecto de la Ley de Protección de Familias Numerosas.
- 3.^a Los menores de dieciocho años no tienen «derecho» a sufrir minusvalías que determinen su inclusión en los tramos b) y c), y si las sufren vuelven a no tener derecho.
- 4.^a Un solo respeto al único grado de minusvalía reconocido por la Ley específica.
- 5.^a Absoluto desprecio, desconocimiento o, quizás, deliberada confusión entre los conceptos de discapacitado e incapaz para trabajar.
- 6.^a Intuimos que el apartado b) una minusvalía «cualificada» (se exige el 65%) pero también una incapacidad para trabajar «no cualificada» porque la reducción de capacidad para el trabajo no alcanza el 100% (absoluta) y, en el apartado c), intuimos, una gran invalidez, también, «no cualificada» porque sólo es preciso alcanzar el 75% de minusvalía, claro está que el artículo 182 ter se encarga de solventar el evento al señalar sorprendentemente que el grado de minusvalía a que se refiere el apartado 2 c) «se determinará mediante baremos aprobados por el Gobierno mediante Decreto (creíamos que tal grado era del 75% pero parece no ser así y se determinará *sine die*). De todas formas se ha calcado la herencia anterior, lo que pudiera conducir a la misma pasividad ya instalada, sin atisbo de solución.

e) Prestaciones por nacimiento o adopción de un tercer o sucesivos hijos.

A nuestro entender estamos ante el desarrollo «reglamentario» del apartado b) del artículo 181, añadido por el Senado que el nacimiento o la adopción tenga lugar en España, lo que puede dañar gravemente a los emigrantes de temporada españoles o cercenar la posibilidad de adopción. De gran valor, en cambio, nos parece, la otra aportación del Senado por computar como **dos** cada uno de los hijos afectados por minusvalía igual o superior al 33%.

La cuantía de la prestación consiste en un pago único de 450,76 euros, por cada hijo, sin que se prevean revalorizaciones y con aplicación del mismo régimen de ingresos e incompatibilidades que reseñamos al comentar el artículo 182 (art. 186).

f) Beneficiarios (de prestaciones por parto o adopción múltiple).

En esta ocasión (art. 187) se «desarrolla» el apartado c) del artículo 181, con la misma exigencia del Senado señalada en el examen del artículo 185 pero ahora sin contemplar a los discapacitados que pudieran estar «vedados» en partos múltiples o adopciones múltiples.

Varía ahora el cálculo de la cuantía de la prestación a tanto alzado que gira en torno al SMI, 2 nacidos o adoptados = 4 veces el SMI, 3 = 8, 4 o más = 12. En este caso, anualmente se provoca automáticamente un incremento de la prestación.

g) Incompatibilidades.

La percepción de las asignaciones que criticamos al examinar el artículo 182 bis, c) y d), son incompatibles con la condición, por parte del hijo, de pensionista de invalidez o jubilación en la modalidad no contributiva (redacción contenida en el antiguo art. 187.3 LGSS), *así como de pensionista de orfandad con 18 o más años e incapacitado para todo trabajo* (nuevo). Razones de justicia social, y no motivos pietistas, pudieran no avalar estas incompatibilidades al tratarse de pensiones de escasísima cuantía, como todas las no contributivas, o al menos pudiera ser necesario corregir la desigualdad abonando las diferencias resultantes como se articula en los apartados citados.

h) Exigencia de estar al corriente de pago para el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social.

Un desigual trato marca la nueva disposición adicional trigésimonovena pese a titularse Requisitos de estar al corriente en el pago de cuotas a efectos de prestaciones; parecería, sin otra lectura, un requisito, mejor una obligación, que significaría a las dos partes obligadas al ingreso de cuotas pero, de nuevo, la desigualdad se materializa porque tal obligación del trabajador es tan personalísima que no admite posibilidad alguna de traslado ⁸⁶.

Sin embargo, si la obligación no se cumple por la empresa las Entidades Gestoras, Mutuas de Accidentes, o, en su caso, el Servicio Común, procederán, de acuerdo con sus respectivas competencias, al abono del pago de las prestaciones, eso sí, con la consiguiente subrogación en los derechos y acciones de los beneficiarios ⁸⁷.

10. MATERIAS EXCLUIDAS DE LA COMPETENCIA DEL ORDEN SOCIAL

Junto a la reforma del articulado de la LGSS, la Ley de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social modifica también el artículo 31.1 b) LPL, aumentando considerablemente respecto a la redacción actual el número de materias excluidas de la competencia del orden jurisdic-

⁸⁶ O satisface al trabajador o no es posible el reconocimiento y abono de la prestación.

⁸⁷ Artículo 126.2 y 3 LGSS. Dada la falta de desarrollo reglamentario de este precepto, la jurisprudencia considera vigentes los artículos 94 a 96 LGSS. El indicado pago procederá aun cuando se trate de empresas desaparecidas o de aquellas que por su especial naturaleza no puedan ser objeto del procedimiento de apremio.

cional social y pasando a atribuir las al contencioso-administrativo. Esta reforma, como quedó puesto de relieve al principio de este trabajo, es una manifestación evidente de la tendencia a la «financiarización» en que se ve inmerso nuestro Sistema de Seguridad Social, de la cual se desprende necesariamente la atribución competencial a los tribunales contencioso-administrativos de los conflictos que puedan plantearse.

Es incuestionable ya a estas alturas que la Seguridad Social, tradicionalmente integrada como un bloque más dentro del contenido del Derecho del Trabajo, hoy día se configura como una rama autónoma del ordenamiento jurídico, encontrándose a caballo entre el Derecho Laboral y el Administrativo en aspectos relacionados con la gestión, cotización y recaudación de los recursos del Sistema. Pero esto no puede servir como fundamento para que se excluyan de forma injustificada del conocimiento de los jueces y tribunales de lo social materias propias de la rama social del Derecho sin atender al principio de especialización y menoscabando también los principios característicos del procedimiento laboral frente a otros órdenes –mediación, oralidad, concentración, celeridad–⁸⁸.

En concreto quedan excluidas con la nueva redacción las «resoluciones y actos dictados en materia de inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, cobertura de la prestación de Impuesto sobre Transmisiones, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores, así como en materia de liquidación y gestión recaudatoria. Además, se introduce una vía abierta de exclusión al aludir a los «demás actos administrativos distintos de los de la gestión de prestaciones de la Seguridad Social». El nuevo artículo 31.1 b) LPL termina con una referencia a las resoluciones en materia de gestión recaudatoria dictadas por la respectiva entidad gestora en el supuesto de las cuotas de recaudación conjunta, así como las relativas a las actas de infracción y liquidación.

La primera crítica que puede hacerse a la nueva redacción es la de introducir una excesiva generalidad e imprecisión, principalmente con la mencionada referencia a «los demás actos administrativos», que no hace sino aumentar las dosis de inseguridad jurídica⁸⁹, dejando abierta la posibilidad para un vaciamiento aún mayor de competencias típicas de los tribunales de lo social. Pero además, los artículos 9.5 y 25.3 LOPJ y el artículo 2 b) LPL atribuyen al orden social todas las materias directa o indirectamente relacionadas con la acción protectora de la Seguridad Social. En virtud de esta atribución, el TS ha reconocido competencia a la Jurisdicción Social para conocer sobre materias como inscripción de empresas, formalización de coberturas, variación de datos, afiliación, altas y bajas en los distintos regímenes...⁹⁰. Así pues, la modificación introducida en esta materia no se ajusta a la doctrina jurisprudencial emanada del TS, excluyéndose materias que, si no de forma directa, sí están indirectamente relacionadas con la acción protectora de la Seguridad Social y por tanto

⁸⁸ El propio Consejo General del Poder Judicial se pronunció en contra de la redacción de este precepto.

⁸⁹ La supresión de la citada expresión fue solicitada en varias de las enmiendas presentadas al artículo 23 del Proyecto de Ley, en concreto la n.º 12 de las presentadas en el Congreso, del Grupo Federal de Izquierda Unida y la n.º 59, presentada por CIU, que además ponían de relieve que la referencia a la cobertura de la prestación de IT, había de restringirse y ser sustituida por la «formalización» de dicha cobertura, como se especifica en el caso de la cobertura de los riesgos profesionales.

⁹⁰ *Vid. v. gr.* SSTs de 6 de noviembre, 11 de junio, 10 de junio, 13 de mayo y 29 de abril de 2002, 11 de diciembre de 2001 ó 27 de julio de 2000.

constituyen competencia del orden jurisdiccional social. La separación entre el Ordenamiento Laboral y el de Seguridad Social es una realidad, pero también lo son sus numerosos puntos de conexión, principalmente en lo relativo a la protección contributiva y pretender un alejamiento cada vez mayor entre ambos, una excesiva «administrativización» de la Seguridad Social puede, en determinados casos, llevar a forzar en demasía la situación, alterando, como en éste, la distribución competencial entre los órdenes jurisdiccionales sin atender a criterios de especialización.

Partiendo de esta situación de «vaciamiento» parcial de la competencia del orden social, la disposición adicional primera de la Ley, aun sin modificar la LPL a la cual remite, introduce un nuevo apartado 2 en el artículo 96 LGSS en el cual reconoce expresamente la competencia de los órganos jurisdiccionales sociales para conocer de los recursos que puedan plantearse contra las resoluciones relativas a las sanciones que las Entidades impongan a los trabajadores y beneficiarios de las prestaciones de Seguridad Social, previa reclamación ante la Entidad Gestora competente. Más que introducir una novedad respecto a la regulación anterior atribuyendo nuevos ámbitos competenciales al orden social, parece que el legislador ha pretendido con esta previsión «compensar» de algún modo dicho orden jurisdiccional ante la pérdida de competencias, lo que de ninguna manera altera la tendencia general hacia la administrativización del Sistema que inspira la reforma procesal operada.

11. ASISTENCIA SANITARIA DE FUNCIONARIOS PROCEDENTES DEL EXTINGUIDO RÉGIMEN ESPECIAL DE FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

En esta materia el artículo 22 de la Ley introduce una nueva disposición adicional en la LGSS que no hace sino extender el régimen jurídico y económico de la prestación de asistencia sanitaria del Régimen General de Seguridad Social a los funcionarios procedentes del extinguido Régimen Especial de Funcionarios de la Administración Local, integrado en aquél por Real Decreto 480/1993, de 2 de abril, y al resto de personal procedente de la misma que percibieran la prestación del Sistema Nacional de Salud y con cargo a las corporaciones, instituciones o entidades de la Administración Local. Más allá de los debates doctrinales sobre la separación entre Seguridad Social y Sanidad ⁹¹,

⁹¹ Sobre esta cuestión, el profesor VIDA SORIA, haciéndose eco de lo establecido por el profesor BORRAJO DACRUZ («El derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, n.º 8, 1980. Págs. 7 y ss.) considera que existen argumentos suficientes, derivados del propio texto constitucional para considerar que la asistencia sanitaria no está integrada dentro de nuestro sistema de Seguridad Social, puesto que el artículo 43 CE reconoce un derecho a la salud (apdo. 1) y unos principios rectores propios y diferenciados (apdo. 2 y 3) (*vid.* VIDA SORIA, J.: «Comentario a las leyes políticas. Constitución Española de 1978 (art. 41)», *op. cit.* Pág. 100. En la misma línea, parece manifestarse el profesor DE LA VILLA GIL al considerar que la Constitución establece dispositivos públicos de protección de «Seguridad Social», de «Sanidad», y de «Asistencia Social» y que resulta, cuanto menos aconsejable el empleo de un nuevo concepto que integre todos ellos, que a la sazón ha sido el de «Protección Social» (*vid.* DE LA VILLA GIL, L.E.: «Reforma de la Seguridad Social y Estado de Bienestar en España», *op. cit.* Pág. 360, FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M.: *El servicio público de la Sanidad. El marco constitucional*. Ed. Civitas. Madrid, 1984. Pág. 84, sin embargo, parte de la neutralidad constitucional en este tema y considera admisible la inclusión de la asistencia sanitaria dentro de las prestaciones de Seguridad Social.

la reforma legal se mantiene en la línea de integración de la prestación de asistencia sanitaria dentro del ámbito de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social (art. 38 LGSS) y constituye una vez más una manifestación de la vocación de unidad «que debe presidir la ordenación del Sistema de Seguridad Social», contenida en el artículo 10.5 LGSS.

12. INFRACCIONES EMPRESARIALES. EL REFORZAMIENTO DE LA «ENDOGAMIA»

La Ley 52/2003 lleva a cabo también la modificación de determinados preceptos de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Así, dentro de las infracciones leves (art. 21.3) se añade la no transmisión de las bajas y variaciones de datos a los obligados o acogidos *a los sistemas de presentación por medios informáticos, electrónicos o telemáticos* (nueva redacción).

Infracción grave (art. 22.1) constituye ahora la no comunicación de variaciones de datos en materia de *inscripción* de empresas o *identificación de centros de trabajo* o la no transmisión de los mismos por los sistemas antes indicados (nueva redacción).

En la práctica las variaciones de datos en materia de inscripción, normalmente afecta en cuanto al número de cuenta de cotización, las debe conocer en todo momento tesorería, a no ser que adopte forma jurídica diferente una empresa preexistente que habrá, además, de comunicar a la entidad que cubra las contingencias profesionales (si se ha producido variación), si es que no lo comunica esta misma.

La identificación del centro de trabajo nos parece una infracción redundante e inoperante puesto que el cambio de domicilio presupone una nueva apertura de centro que de no comunicarse a la Autoridad Laboral supondría una infracción leve (art. 11.3) o grave (art. 12.5) según la industria no sea o sea peligrosa, insalubre o nociva en materia de *Prevención de Riesgos Laborales*.

Mayor atención requiere la obligación, reclamada desde la empiria, la no *transmisión de las altas* por los sistemas de presentación repetidos, verdadera laguna ahora salvada, como infracción independiente por cada uno de los afectados siguiendo la línea clásica (art. 22.2).

Por lo que respecta al artículo 22.3, derogado por la Ley 24/2001, se da nuevo contenido al apartado endureciendo el régimen de sanciones al contemplar la falta de ingreso aun *con* presentación de documentos de cotización (el número 5 del mismo artículo se refería al no ingreso *sin* presentación de documentos), mediante la utilización de los sistemas de presentación por medios informáticos, electrónicos o telemáticos; se aceptan dos excepciones: que la falta de ingreso obedezca a una situación extraordinaria de la empresa y que el impago de cuotas no sea constitutivo de delito según el artículo 307 del Código Penal ⁹².

⁹² Defraudaciones superiores a quince millones de pesetas.

Lógica consecuencia de las modificaciones antes comentadas, se suprimen del artículo 22 el apartado 4 (obligación de presentar los documentos de cotización cuando no se ingresen las cuotas y no transmisión de los datos de cotización por el sistema de presentación repetido) así como el apartado 5 por mor del nuevo contenido del número 3.

Por otra parte, se da nueva numeración a los actuales apartados 6 a 12, que pasan a constituir sus apartados 4 a 10, consecuencia aritmética de la supresión. Sigue el procedimiento de endurecimiento, pues los referidos apartados 4 y 5 se actualizan y pasan a constituirse en falta muy grave, al mismo tiempo que vislumbramos «la necesidad de datos» que precisa la Tesorería (ante una eventual «operación» de infinito alcance en un futuro), lo que, para nosotros, justifica la actual calificación de la no presentación de los documentos de cotización.

El artículo 23.1 b) se completa manteniendo la anterior redacción (descuento cuota obrera sin ingresos o efectuar descuentos superiores a los legales) y de nuevo cuño, la invocación al artículo 307 del Código Penal de nula consecuencia práctica (quizás alguna vez de índole testimonial) por entender los Jueces y Tribunales que la Administración cuenta con mecanismos suficientes para solventar el evento ⁹³.

13. OTRAS REFORMAS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: LA LEY 61/2003, DE 30 DE DICIEMBRE, DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO, Y LA LEY 62/2003, DE 30 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS FISCALES, ADMINISTRATIVAS Y DEL ORDEN SOCIAL

A escasos veinte días de la publicación oficial de la Ley de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social y antes incluso de la entrada en vigor de la misma, de nuevo la «Ley de Acompañamiento» a la de Presupuestos Generales del Estado se utiliza como vía para reformar determinados aspectos del ordenamiento jurídico de Seguridad Social. Si de por sí el recurso sistemático a este tipo de normas para introducir modificaciones destacadas no sólo en el ámbito social sino en el resto de sectores del ordenamiento puede resultar censurable, más aún parece serlo este año en el que no se entiende bien por qué el legislador no ha aprovechado la reforma específica de la Seguridad Social para introducir aquellos aspectos que se consideran necesitados de reforma apenas unos días después en el texto refundido de la LGSS o en el de la LISOS, disposiciones ambas reformadas por la Ley 52/2003.

13.1. La Ley 61/2003, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2004.

La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2004, en lo que respecta a las pensiones públicas, no hace sino continuar en la línea de recoger en su Título IV simplemente la actualización

⁹³ No han corrido mucha mejor suerte las deudas a satisfacer por los empresarios.

de la cuantía de las pensiones no contributivas (Capítulo I), los límites máximos al señalamiento inicial de las pensiones (Capítulo II), la revalorización de las mismas (Capítulo III), el sistema de complementos para mínimos (Capítulo IV) y la cuantía de las pensiones no concurrentes del extinguido SOVI (Capítulo V). Del mismo modo ocurre en el Título VIII relativo a las cotizaciones sociales donde lleva a cabo la actualización de las bases y tipos de cotización a la Seguridad Social en los distintos Regímenes (art. 97)⁹⁴ y la regulación de la cotización a las Mutualidades Generales de Funcionarios (art. 98).

13.2. La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Las modificaciones introducidas en el ordenamiento de Seguridad Social por la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social se pueden concretar en tres aspectos: las que afectan a la LGSS, la modificación del texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (RD 1/2000, de 9 de junio) y alguna modificación en materia de infracciones y sanciones operada en la LISOS.

Por lo que respecta a las primeras se introduce un nuevo supuesto en el artículo 31 LGSS determinante de la procedencia de actas de liquidación de cuotas en aquellas deudas que deriven de la aplicación indebida de las bonificaciones de la Seguridad Social, previstas reglamentariamente para la financiación de las acciones formativas del subsistema de formación profesional continua.

Se prevé a continuación la inclusión de la situación de riesgo durante el embarazo junto a las de IT y maternidad como computables a efectos de los distintos períodos previos de cotización exigidos para el derecho a las prestaciones, con referencia expresa a las de muerte y supervivencia. Dicha inclusión no constituye más novedad que la previsión expresa en el texto legal de una situación ya existente en nuestro ordenamiento jurídico desde la incorporación dentro de la acción protectora del sistema de Seguridad Social de la situación de riesgo durante el embarazo derivado del trabajo desempeñado, operada por la Ley 39/1999, y no se entiende bien el porqué de tanta demora en recoger legalmente esta previsión.

⁹⁴ Respecto a las bases de cotización se incrementan los topes máximos y mínimos, situando el máximo en 2.731,50 euros mensuales y el mínimo en la cuantía del SMI incrementada en un sexto. Por lo que se refiere a los tipos, los previstos para el Régimen General así como para el Desempleo, FOGASA y Formación Profesional se mantienen sin variaciones respecto al año 2003.

Sí se observan modificaciones en el Régimen Especial Agrario, en el que el tratamiento de los trabajadores por cuenta propia a la hora de fijar sus bases y tipos de cotización se realiza de manera diferenciada dependiendo de si les es aplicable o no el régimen de cotización previsto en la disposición adicional 36.ª LGSS (art. 97.3).

Se recoge de forma expresa el supuesto de los trabajadores de 30 o menos y de las mujeres de 45 o más incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos con base de cotización reducida, según se prevé en la disposición adicional 35.ª LGSS, observándose un aumento del tipo de cotización de este Régimen Especial (del 28,30% anterior a un 29,80% para este año 2004, art. 97.4).

Por último, modifica, vía artículo 25. cuatro, el apartado 4 del artículo 179 LGSS que, amen de adaptar su redacción al artículo 120, introduce un párrafo nuevo en virtud del cual otorga preferencia a las pensiones de orfandad sobre las pensiones a favor de familiares respecto del límite de la suma de las cuantías de las pensiones por muerte y supervivencia al mismo tiempo que establece un nuevo orden de preferencia respecto de las pensiones a favor de familiares.

Respecto a los Regímenes Especiales, la «Ley de Acompañamiento» modifica también el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (RD 1/2000, de 9 de junio) reconociendo el derecho a ejercitar la devolución de las cuotas indebidamente ingresadas en un plazo de cuatro años, frente a los cinco previstos en la regulación precedente, contados desde la fecha en que se hicieron efectivas, y concretando a continuación el contenido de las cantidades a devolver ⁹⁵. Por otra parte, y con la finalidad de aumentar y mejorar el control del personal integrado en el Instituto Social de las Fuerzas Armadas, se regula la obligación de remisión mensual a dicho Instituto de los datos de ese colectivo que repercutan en su obligación de cotización y que concreta en los relativos a los actos de toma de posesión, cambios de situaciones administrativas, pérdida de la condición de funcionario, militar o guardia civil paso a la situación de jubilación o retiro ⁹⁶.

Y, por otra parte, una nueva modificación sufre la LISOS ya que se añade un nuevo párrafo, el d) al artículo 50, en el que se contempla el incumplimiento del deber de colaboración con los funcionarios del sistema de ITSS cuando no entregue el empresario en soporte informático la información requerida para el control de sus obligaciones en materia de régimen económico de la Seguridad Social.

⁹⁵ «Recargos, intereses y costas que se hubiesen satisfecho cuando el ingreso indebido se hubiera realizado por la vía de apremio, así como el interés legal aplicado, en su caso, a las cantidades ingresadas desde la fecha de su ingreso o descuento en nómina hasta la propuesta de pago, y el coste de las garantías aportadas para suspender la ejecución de una deuda con el Instituto Social de las Fuerzas Armadas».

⁹⁶ Los sujetos obligados a esa remisión mensual de datos son el Registro Central de Personal de los funcionarios públicos, los órganos encargados de la gestión del personal militar del Ministerio de Defensa y la Dirección General de Guardia Civil.