



Roj: **STS 1547/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1547**

Id Cendoj: **28079130042021100140**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **29/04/2021**

Nº de Recurso: **6246/2019**

Nº de Resolución: **588/2021**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **LUIS MARIA DIEZ-PICAZO GIMENEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CV 2832/2019,**
ATS 4109/2020,
STS 1547/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 588/2021

Fecha de sentencia: 29/04/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6246/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/04/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Procedencia: T.S.J.COM.VALENCIANA CON/AD SEC.5

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

Transcrito por: RBA

Nota:

R. CASACION núm.: 6246/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 588/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

Dª. Celsa Pico Lorenzo



D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 29 de abril de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 6246/2019, interpuesto por la Cooperativa Agrícola de Altea (Sociedad Cooperativa Valenciana), representada por el procurador don Danilo Angelini y bajo la dirección letrada de don Ricardo Ruiz Moreno, contra la sentencia núm. 496/2019, de 21 de junio, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso de apelación núm. 100/2017. Ha sido parte recurrida la Tesorería General de la Seguridad Social, representada y asistida por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor literal:

"[...] FALLAMOS.- 1.- Que estimando en parte el Recurso de Apelación interpuesto por la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia nº 363/2016, de fecha 3 de noviembre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de los de Alicante en procedimiento ordinario número 240/2015, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha sentencia, declarando la conformidad a derecho de la Resolución de la Directora Provincial de la Tesorería de la Seguridad Social de Alicante de 1 de diciembre de 2014, desestimatoria del recurso de alzada formulado contra la resolución del Jefe de la Unidad de Impugnaciones de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de 22 de julio de 2014, en cuanto se eleva a definitiva el Acta de Liquidación nº 32014008003411.

2.- Se desestima la adhesión a la apelación formulada por la COOPERATIVA AGRÍCOLA DE ALTEA SOCIEDAD COOPERATIVA VALENCIANA.

Todo ello sin pronunciamiento alguno sobre las costas causadas en esta alzada.[...]"

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de la Cooperativa Agrícola de Altea (Sociedad Cooperativa Valenciana), presentó escrito preparando el recurso de casación, que la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana tuvo por preparado, ordenando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, por diligencia de ordenación de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de fecha 18 de febrero de 2020, se tuvo por personados a don Danilo Angelini en representación de la Cooperativa Agrícola de Altea (Sociedad Cooperativa Valenciana) como parte recurrente, y al Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación de la Tesorería General de la Seguridad Social como parte recurrida.

CUARTO.- Por auto de 16 de junio de 2020, la Sección Primera de esta Sala acordó:

"[...] Primero.- Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de la Cooperativa Agrícola de Altea (sociedad cooperativa valenciana), contra la sentencia de 21 de junio de 2019 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, dictada en el recurso de apelación núm. 100/2017.

Segundo. - Precisamos que las cuestiones en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las siguientes:

1º Resulta de interés determinar el día inicial para el cómputo del plazo de nueve meses establecido para las actuaciones de comprobación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, concretamente, si, en caso de que exista orden de servicio, cuando se dicta la misma, o si, por el contrario, existiendo visita de la inspección, es la fecha en la que se ha llevado a cabo esta visita la que debe tenerse en cuenta para fijar el día inicial del cómputo del plazo de caducidad.

2º Si el artículo 60 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero) que determina el régimen de los efectos de las altas indebidas, resulta de aplicación a las actas de liquidación

derivadas de las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad social, motivadas por el nuevo encuadramiento en el régimen que proceda, que sustituye al régimen distinto en que estaban encuadrados los trabajadores.

Tercero.- Identificamos como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas en los artículos 8 y 9.1 del Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social (Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, según redacción aplicable al caso), el artículo 14.2 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, (derogada por la disposición derogatoria única. 1 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social), el artículo 21.1 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el artículo 60.2 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero).

Todo ello, en principio y sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a otras cuestiones y normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

Cuarto.- Publicar este auto en la página *web* del Tribunal Supremo.

Quinto.- Comunicar inmediatamente al órgano jurisdiccional de apelación la decisión adoptada en este auto.

Sexto.- Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.[...].

QUINTO.- Teniendo por admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a la parte recurrente para que en el plazo de treinta días, formalizara escrito de interposición, lo que realizó, suplicando a la Sala:

"[...] A LA SALA SUPLICO: tenga por presentado este escrito y por formalizado el recurso de casación contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia Nº 496/2019 DE 21 DE JUNIO DE 2019. ASUNTO Nº ROLLO 10017 continuando el procedimiento en todos sus trámites y dictando sentencia por la que, con estimación del recurso interpuesto, acuerde se estimen el presente recurso anulándose el acta de liquidación nº 32014008003411 y en consecuencia la resolución de la Directora Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Alicante de 1 de diciembre de 2014 estimándose las pretensiones de esta parte.

PRIMER OTROSÍ DIGO: que al amparo de lo previsto en el artículo 92.6 de la Ley Jurisdiccional no interesa a esta parte la celebración de vista en el presente proceso.[...].

SEXTO.- Por providencia de fecha 2 de septiembre de 2020, se emplazó a la parte recurrida para que en el plazo de treinta días, formalizara escrito de oposición, lo que realizó oponiéndose al recurso de casación y suplicando a la Sala:

"[...] que teniendo por presentado este escrito y por IMPUGNADO EL RECURSO DE CASACIÓN formalizado por la Cooperativa Agrícola de Altea S.C.V. contra la sentencia dictada el 21 de junio de 2019 por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del T.S.J. de la Comunidad Valenciana en el recurso de apelación 100/2017, se dicte sentencia desestimando las pretensiones de la parte recurrente, y se fije la interpretación de las normas a que se refiere el presente recurso de casación de conformidad con lo expuesto en los motivos de impugnación precedentes.[...].

SÉPTIMO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 92.6 de la Ley de esta Jurisdicción, atendiendo a la índole del asunto, no se consideró necesaria la celebración de vista pública.

OCTAVO.- Mediante providencia de fecha 4 de febrero de 2021 se señaló para votación y fallo la audiencia el día 27 de abril de 2021, en cuyo acto tuvieron lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación es interpuesto por la representación procesal de Cooperativa Agrícola de Altea (Sociedad Cooperativa Valenciana) contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 21 de junio de 2019.

Los antecedentes del asunto, tal como resultan de la sentencia impugnada y de las actuaciones remitidas a esta Sala, son como sigue. A raíz de la información proporcionada por la Inspección de Trabajo, se puso de manifiesto que los trabajadores de Cooperativa Agrícola de Altea habían estado dados de alta en la Seguridad Social en un régimen distinto del que legalmente les correspondía. En concreto, en el régimen especial agrario,



a pesar de que también realizaban operaciones de manipulación de productos hortofrutícolas, tales como limpieza, clasificación y envase; actividad por la que, según la Inspección de Trabajo, habrían debido estar encuadrados en el régimen general. Así, con fecha 22 de julio de 2014, el Jefe de la Unidad de Impugnaciones de la Dirección Provincial de Alicante de la Tesorería General de la Seguridad Social hizo una liquidación por 1.340.793,18€, correspondientes a las cuotas del régimen general que Cooperativa Agrícola de Altea habría debido abonar durante el tiempo en que sus trabajadores no estuvieron encuadrados en el régimen general habiendo debido estarlo. Además, consideró que el hecho era constitutivo de una infracción administrativa, consistente en no haber pedido la afiliación de los trabajadores a la Seguridad Social, e impuso a Cooperativa Agrícola de Altea una multa de 114.558 €.

Interpuesto recurso de alzada ante la Directora Provincial, ésta elevó consulta a los servicios centrales de la Tesorería General de la Seguridad Social. En concreto, su duda provenía del hecho de que en otros casos de encuadramiento de trabajadores en un régimen distinto del procedente, ocurridos en el ámbito territorial de Alicante, la Dirección Provincial no había dado efectos retroactivos a la corrección del encuadramiento; es decir, no había girado liquidación por las cuotas no abonadas del régimen en que habrían debido estar encuadrados los trabajadores. Pues bien, con fecha 10 de noviembre de 2014, el Subdirector General de Ordenación e Impugnaciones respondió (páginas 476 y siguientes del expediente administrativo) que los efectos del alta indebida en un régimen distinto del procedente se rigen por el art. 60 del Reglamento General de Inscripción de Empresas y Afiliación en la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 84/1996; precepto reglamentario que permite a la Administración girar liquidación por las cuotas que habrían debido abonarse en el régimen procedente. Pero, reconociendo implícitamente que ese mismo precepto reglamentario no obliga a la Administración a girar tal liquidación, el Subdirector General de Ordenación e Impugnaciones afirmó que el criterio a seguir es que tal liquidación retroactiva debe hacerse cuando la inspección que constata el encuadramiento incorrecto culmina en un acta de infracción o de liquidación; pero no en los demás casos, ya que entonces debe considerarse que no ha habido una infracción manifiesta de la legalidad. Aplicando este criterio a las circunstancias del caso, concluyó que la liquidación recurrida en alzada era ajustada a Derecho, ya que la actividad desarrollada por los trabajadores de Cooperativa Agrícola de Altea era realmente industrial.

Siguiendo el criterio del Subdirector General de Ordenación e Impugnaciones, la Directora Provincial de Alicante desestimó el recurso de alzada, mediante resolución de 1 de diciembre de 2014.

Disconforme con ello, Cooperativa Agrícola de Altea acudió a la vía jurisdiccional. El recurso contencioso-administrativo fue estimado por sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Alicante de 3 de noviembre de 2016, que anuló las resoluciones recurridas. Tras declarar que el procedimiento inspector que había puesto de manifiesto el incorrecto encuadramiento de los trabajadores no estaba aquejado de caducidad, el Juez de instancia resolvió que la liquidación de las cuotas que habrían debido abonarse en el régimen general no es ajustada a Derecho; y resolvió, asimismo, que el tipo infractor en virtud del cual se había impuesto la sanción administrativa -consistente en no haber pedido la afiliación de los trabajadores- no es aplicable a las circunstancias del caso, dado que los trabajadores sí estaban afiliados a la Seguridad Social.

La Tesorería General de la Seguridad Social interpuso recurso de apelación, que fue estimado en parte por la sentencia ahora impugnada. Ésta no altera los pronunciamientos del Juez de instancia sobre el procedimiento inspector y sobre la falta de tipicidad del hecho por el que se impuso la sanción administrativa. En cambio, considera que la modificación del encuadramiento de los trabajadores del régimen especial agrario al régimen general -que considera ajustada a Derecho- puede tener efecto retroactivo y, por consiguiente, cabe exigir al empresario que abone las cotizaciones que habría debido abonar si el encuadramiento de los trabajadores hubiera sido correcto. En este punto, la Sala de apelación hace suya la posición de las resoluciones recurridas.

SEGUNDO.- Cooperativa Agrícola de Altea preparó recurso de casación, que fue admitido por la Sección 1ª de esta Sala mediante auto de 16 de junio de 2020. Éste declara que hay dos cuestiones de interés casacional objetivo.

Por un lado, se debe determinar cuál es el *dies a quo* del plazo de caducidad del procedimiento de la Inspección de Trabajo: la orden de servicio que lo origina, o el inicio de la visita inspectora.

Por otro lado, hay que establecer si el art. 60 del Reglamento General de Inscripción de Empresas y Afiliación en la Seguridad Social, que regula los efectos de las altas indebidas, es aplicable a un nuevo encuadramiento en el régimen procedente en sustitución de aquél en que estaban encuadrados los trabajadores; y, en relación con ello, si el mencionado precepto reglamentario permite reclamar las cuotas correspondientes al régimen en que habrían debido estar encuadrados los trabajadores.

Para evitar posibles malentendidos, es conveniente señalar que en este litigio no se ha discutido sobre si cabe solicitar la devolución de las cuotas efectivamente abonadas por el encuadramiento incorrecto.



TERCERO.- Los escritos de interposición y de oposición versan fundamentalmente sobre la segunda de las cuestiones señaladas, no sobre la primera. Ello no es grave, porque, como se verá enseguida, la cuestión relativa al cómputo del plazo de caducidad ha sido ya abordada y resuelta por esta Sala.

El debate casacional queda así circunscrito a la cuestión de si cabe que la Tesorería General de la Seguridad Social reclame al empresario las cuotas que habría debido abonar en el régimen legalmente procedente. A este respecto, las partes reiteran los argumentos ya esgrimidos anteriormente.

No obstante, es importante señalar que en el escrito de interposición del recurso de casación afirma la recurrente que la Dirección Provincial de Alicante no había dado efecto retroactivo a otras correcciones de encuadramiento de trabajadores acordadas en casos similares al suyo, recordando que este extremo está reflejado en el expediente administrativo. En el escrito de oposición al recurso de casación nada se dice a este respecto.

CUARTO.- Abordando ya las cuestiones declaradas de interés casacional objetivo, la primera de ellas ha sido aclarada por esta Sala en la sentencia nº 1064/2020. El criterio entonces sentado, que ahora debe ser confirmado, es que el *dies a quo* del plazo de caducidad de nueve meses previsto en el art. 17 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 138/2000, es el inicio de la visita inspectora, no la orden de servicio que da lugar a aquélla.

QUINTO.- Queda así por dilucidar la segunda cuestión de interés casacional objetivo, atinente a la modificación de los encuadramientos incorrectos y sus efectos. El alta de los trabajadores en un régimen distinto del que les corresponde está regulada, en principio, en el apartado segundo del art. 60 del Reglamento General de Inscripción de Empresas y Afiliación en la Seguridad Social, pues el apartado primero se refiere a altas de personas que no deben estar en ninguno de los regímenes de la Seguridad Social. Pues bien, el mencionado apartado segundo dispone lo siguiente:

"[...] El alta indebida en un régimen del Sistema de la Seguridad Social de personas incluidas en el campo de aplicación de otro régimen distinto, será válida hasta la fecha que se fije en la resolución administrativa que declare indebida el alta anterior y, en su defecto, hasta el último día del mes de su notificación.

Las cotizaciones efectuadas conforme a las normas del régimen en el que el alta se declare indebida serán computadas recíprocamente, a efectos de la protección que corresponda, con las del régimen de inclusión procedente.[...]"

Desde luego, de la lectura de esta norma no se desprende que sea preceptivo girar liquidación por las cuotas correspondientes al régimen en que habrían debido estar encuadrados los trabajadores. Tan es así que dispone que el alta indebida "será válida" hasta la fecha que se fije en el acto que la declara. Y por si fuera poco, luego se aclara que las cotizaciones efectuadas en el régimen indebido surtirán, en todo caso, ciertos efectos.

Una vez sentado esto, problema distinto es si el precepto reglamentario transcrito permite a la Tesorería General de la Seguridad Social hacer esa liquidación. Con base en un argumento literal, la respuesta puede ser afirmativa, ya que es en la resolución administrativa que declara el alta indebida donde puede fijarse el momento en que dicha alta indebida deja de surtir efectos. Ello conduce a pensar que la Administración dispone de un amplio margen de apreciación al respecto. La pregunta es entonces si esa discrecionalidad resulta admisible en Derecho.

Como se vio más arriba al exponer los antecedentes del asunto, los servicios centrales de la Tesorería General de la Seguridad Social entienden que el criterio a seguir es que la liquidación retroactiva debe hacerse cuando la inspección que constata en encuadramiento incorrecto culmina en un acta de infracción o de liquidación; pero no en los demás casos, ya que entonces debe entenderse que no ha habido una infracción manifiesta de la legalidad. A juicio de esta Sala, ese criterio -en virtud del cual la Administración se autolimita- puede servir para restringir y encauzar la discrecionalidad otorgada por el precepto reglamentario examinado, siempre que se hagan dos puntualizaciones. La primera es que seguramente cabrían otros modos de limitar dicha discrecionalidad, que es consecuencia de una técnica normativa defectuosa. La otra puntualización -más importante ahora- es que no puede aceptarse que el mero dato de que la actividad inspectora culmine en un acta de liquidación pueda justificar la reclamación retroactiva de las cuotas; y ello porque así se dejaría al mero arbitrio de la Inspección de Trabajo que la modificación del encuadramiento de los trabajadores tenga o no tenga efectos retroactivos.

De aquí que sólo el criterio de que la actividad inspectora termine en la iniciación de un procedimiento sancionador resulte suficientemente objetivo y, en consecuencia, pueda ser aceptado por esta Sala como medio de restringir y encauzar la discrecionalidad otorgada a la Administración por el apartado segundo del art. 60 del Reglamento General de Inscripción de Empresas y Afiliación en la Seguridad Social. En este



supuesto, efectivamente, el encuadramiento incorrecto se debe a una conducta del empresario jurídicamente reprochable.

Llegados a este punto, puede surgir una dificultad si el procedimiento sancionador por el encuadramiento incorrecto no concluye con la imposición de una sanción, o si ésta es luego anulada en sede jurisdiccional. Si esto ocurre, es claro que la conducta del empresario no puede calificarse de jurídicamente reprochable y, por tanto, no se da la razón que puede justificar la mencionada liquidación retroactiva.

Queda así respondida la segunda cuestión declarada de interés casacional objetivo por el auto de admisión de este recurso de casación.

SEXTO.- Aplicando cuanto queda dicho al presente caso, el recurso de casación debe prosperar. Como se ha visto, la sanción impuesta a la recurrente por el encuadramiento de sus trabajadores en un régimen distinto del procedente fue anulada por la sentencia de instancia, que declaró que el hecho no era subsumible en el tipo infractor. Y este pronunciamiento fue luego confirmado por la sentencia de apelación. Ello significa que no concurre el único criterio de los servicios centrales de la Tesorería General de la Seguridad Social que puede considerarse idóneo para justificar una liquidación retroactiva. Por tanto, debe anularse la sentencia impugnada y, en su lugar, desestimar el recurso de apelación de la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia de instancia, que queda así confirmada.

SÉPTIMO.- Con arreglo al art. 93 de la Ley Jurisdiccional, en el recurso de casación soportará cada parte sus propias costas.

En cuanto a las costas de la apelación. El art. 139.2 de la mencionada Ley Jurisdiccional establece que se impondrán al recurrente cuyo recurso sea totalmente desestimado, lo que ocurre en este caso. Quedan las costas de la apelación fijadas en un máximo de 1.000 € por todos los conceptos.

Sobre las costas de la instancia ha de estarse a lo resuelto por la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Alicante de 3 de noviembre de 2016, que deviene firme.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

PRIMERO.- Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Cooperativa Agrícola de Altea (Sociedad Cooperativa Valenciana) contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 21 de junio de 2019, que anulamos.

SEGUNDO.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Alicante de 3 de noviembre de 2016.

TERCERO.- No hacer imposición de las costas del recurso de casación. Imponer las costas del recurso de casación a la Tesorería General de la Seguridad Social, hasta un máximo de 1.000 € por todos los conceptos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.