

Sentencia de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 (rec.359/2016)

Encabezamiento

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 51/2019

Fecha de sentencia: 23/01/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 359/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/01/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez

Procedencia: T.S.J.ASTURIAS CON/AD

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por:

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 359/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 51/2019

Excmos. Sres.

D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez, presidente

D. Segundo Menendez Perez

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D^a. Maria del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo

D. Jose Luis Requero Ibañez

En Madrid, a 23 de enero de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado con el número **359/2016** interpuesto la **Tesorería General de la Seguridad Social**, representada y defendida por **la Letrada de la Administración de la Seguridad Social** contra la *sentencia de 30 de diciembre de 2015 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en el recurso de dicha Sala 79/2015*.

Ha comparecido como parte recurrida doña Piedad, representada por el Procurador **don Manuel María Álvarez-Builla Ballesteros** y defendida por la Letrada **doña Begoña Escalona Platero**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del *Tribunal Superior de Justicia de Asturias se interpuso el recurso contencioso-administrativo que pende ante dicha Sala con el número 79/2015*.

Se impugnó la resolución de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) de Asturias, de 29 de agosto de 2014, que desestimaba el recurso de alzada interpuesto contra otra de 20 de mayo del mismo año, dictada por la Administración 33/01 de la misma TGSS. Ésta estimó en parte la solicitud de la recurrente y modificó el Informe de su Vida Laboral; la fecha real de alta en la empresa Ministerio de Educación y Cultura; la deja fijada el 13 de noviembre de 1986, según acta de liquidación expedida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITYSS).

La recurrente pretendió en su escrito de demanda que se rectificase su Informe de Vida Laboral, en primer lugar, y en cuanto a su fecha real de alta, en el sentido de que fue el 3 de noviembre de 1986, en lugar de 13 del mismo mes y año por ser en aquella fecha cuando tuvo lugar su primer nombramiento como profesora de religión, y en segundo lugar, y en lo concerniente a los efectos de dicha alta, que sean a partir del primer mes de cotización por el Ministerio como consecuencia de la liquidación de cuotas atrasadas, por la acta de ITYSS, y que fue el 1 de marzo de 1994.

SEGUNDO.- La citada *Sección dictó sentencia el 30 de diciembre de 2015* cuyo fallo dice literalmente:

"Estimar, en parte, el recurso de esta clase interpuesto en nombre de D^a Piedad, contra la Resolución de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la

Seguridad Social en Asturias, de fecha 29 de agosto de 2014, que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra otra de 20 de mayo del mismo año, dictada por la Administración 33/01 de la misma Tesorería, la cual, estimando en parte la solicitud de la aquí recurrente, modificó el Informe de su Vida Laboral la fecha real de alta en la empresa Ministerio de Educación y Cultura, quedando fijada el 13 de noviembre de 1986, según acta de liquidación expedida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITYSS); resoluciones que se anulan parcialmente por no ser totalmente conformes a Derecho, y en su virtud se declara que los efectos del alta de la recurrente deben ser desde de 1 de marzo de 1994, confirmándose en lo demás las resoluciones recurridas. Sin costas".

TERCERO.- Razona la sentencia que no procede acceder a que la fecha real de alta fuese la de 3 de noviembre de 1986, como pedía la recurrente, por las siguientes razones:

"En cuanto al fondo de la cuestión planteada, es decir si son correctas la fecha de alta, de un lado, y de otro, la fecha de efectos de dicha alta, en primer lugar y en lo concerniente a la fecha real de alta, que pretende la recurrente sea la de 3 de noviembre de 1986, en lugar de la de 13 del mismo mes y año, es lo cierto que el documento que ha presentado la actora como prueba de dicha fecha, consistente en una propuesta del Delegado Diocesano de Enseñanza del Arzobispado de Oviedo, de fecha 3 de noviembre de 1986, para que la actora ocupe el cargo de Profesora Suplente de religión en el Colegio Público "*Escuelas Rurales de Castrillón* ", como alega la defensa de la Administración, no deja de ser mera propuesta, que no refleja la fecha real de su nombramiento, ni de ocupación de tal cargo, y en base a ello se ha de estar a la fecha de 13 de noviembre de 1986, que es la fecha consignada en el acta de la ITYSS, que es firme. Tampoco se deduce la certeza de esa fecha en las sentencias dictadas en este orden contencioso administrativo, ya que la parte dispositiva de la sentencia de instancia, luego confirmada por la que resuelve el recurso de apelación, en su parte dispositiva solo dice que se declara la obligación de la administración demandada (es decir, el Ministerio de Educación) a solicitar la retroacción de la fecha del alta de los recurrentes, entre los que se encuentra la aquí demandante, en el Régimen General de la Seguridad Social, a la fecha de su nombramiento como profesores de religión, pero no dice cual es la fecha de ese nombramiento".

Y que sí procede estimar su demanda en cuanto a la fecha de efectividad por lo siguiente:

"[...] Hay un interés en eliminar un acto administrativo que restringe de forma indebida los efectos de un encuadramiento, creando incertidumbre y estableciendo, con apariencia de firmeza y de ejecutividad, una restricción en la esfera jurídica de los interesados. La solución está en examinar, como ya se ha dicho, esa declaración, sin perjuicio de lo que pueda resultar a la hora de enjuiciar esos efectos en el ámbito adecuado. Invoca la Administración, para oponerse a la pretensión actora, lo dispuesto en los *artículos 100 , 102 y 13 de la Ley 1/1994* , y el concordante *artículo 35 del RD 84/1996* , pero se ha de tener en cuenta, en primer lugar, que de los artículos referidos de la Ley 1/1994 y del R.D. 84/1996, el 100 nada resuelve sobre la cuestión que aquí se ha planteado, y el 13 y 102 se refieren a las altas practicadas de oficio por la propia Administración, lo que no es del caso, ya que en el que enjuiciamos se ha practicado el alta como consecuencia de la ejecución de una sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 13 de los de Madrid, confirmada en apelación; en segundo lugar, el *artículo 35 del R.D. 84/1996* , antes de la reforma, también se refiere a altas de oficio o como consecuencia de una actuación de la ITYSS, y aunque

en este caso sí existe la previa acta de ITYSS, no obstante existe el matiz antes dicho de la existencia de las sentencias que obligaban al Ministerio a solicitar el alta con la fecha de retroactividad indicadas en las mismas.

Lo dicho nos lleva a que el precepto a aplicar debe ser el apartado 1º del artículo 35 del citado precepto, según el cual, y a lo que aquí interesa, el reconocimiento del alta del trabajador determina la situación de alta del mismo en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda en razón de su actividad o la de su empresa, con los derechos y obligaciones inherentes a dicha situación conforme a las normas reguladoras del Régimen en que aquél quede encuadrado.

Las altas solicitadas por el empresario o, en su caso, por el trabajador fuera de los términos establecidos solo tendrán efectos desde el día en que se formule la solicitud, salvo que se haya producido ingreso de cuotas en plazo reglamentario, en cuyo caso el alta retrotraerá sus efectos a la fecha en que se hayan ingresado las primeras cuotas correspondientes al trabajador de que se trate.

Cabe decir que es cierto que las cuotas no pudieron ser ingresadas dentro de plazo porque el alta del trabajador no es sino consecuencia de que se dicta la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid. A partir de ello, el empleador solicita el alta de la trabajadora en la Seguridad Social, y la obligación de cotizar nace desde que se inicia la actividad. Pero en el caso presente no se da de alta al trabajador sino tras ser condenada la empleadora a ello por resolución judicial, de forma que la cotización no se ingresa sino desde la fecha, en la que se ha de ejecutar la sentencia, más el acta de la ITYSS, aunque extendiéndose a todas las cuotas no prescritas.

Aunque la *Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, S. 23-6-2003, rec. 3079/2002*, en recurso de casación para unificación de doctrina, en asunto en que el objeto de controversia era la interpretación que deberá darse al *artículo 35.1.1º.3 del Real Decreto 84/1996*, antes de su reforma, al establecer que "las altas solicitadas por el empresario o, en su caso, por el trabajador fuera de los términos establecidos solo tendrán efectos desde el día en que se formule la solicitud, salvo que se haya producido ingreso de cuotas en plazo reglamentario, en cuyo caso el alta retrotraerá sus efectos a la fecha en que se hayan ingresado las primeras cuotas correspondientes al trabajador de que se trate"; dice lo siguiente: "...El precepto contempla una fórmula de convalidación del alta fuera de plazo que no va acompañada de la más absoluta retroactividad o de contrario estaría excluyendo la responsabilidad empresarial en caso de incumplimiento y haría vano el mandato que precede, en el artículo 32.3.1º de formular la solicitud de alta previamente al inicio de la actividad....."; refiriéndose a un supuesto en que se había presentado la solicitud de alta fuera de plazo y en que considera no debidamente acreditado que las cuotas se ingresaron dentro de plazo, de forma que no lo considera un ingreso hábil a los efectos pretendidos, aunque sirva para estar al corriente en el pago. Así diferencia entre lo que es la validez de las cuotas para producir los efectos de estar al corriente en su pago con lo que es la eficacia de las mismas para otorgar validez al alta practicada fuera de plazo.

La cuestión aquí suscitada introduce el matiz antes referido, de que es a través de una iniciativa del trabajador, que consigue que se declare por resolución judicial su alta en el Régimen General de la Seguridad Social y la retracción del alta a la fecha de su nombramiento, declarando la sentencia que, como el Ministerio no es el competente para ello, le condena a solicitar el alta a la TGSS así como la retroactividad de la misma a la fecha de su nombramiento como profesora de religión.

Que las cuotas, en este caso, no se abonaron en plazo reglamentario, es evidente porque tampoco fue dado de alta en la Seguridad Social la trabajadora. Pero finalmente las cuotas fueron abonadas, como así ha sido probado y no es cosa discutida, de forma que la cuestión queda así circunscrita a determinar si existió la realización efectiva de trabajo por cuenta ajena, que es algo que no se discute. La consecuencia es que los efectos del alta han de retrotraerse, ello sin perjuicio de las responsabilidades en que hayan podido incurrir sus empleadores por no haber llevado a cabo el alta dentro del plazo legal.

Aún más, aunque como se ha dicho el alta no se realiza de oficio, sino por las causas antes expuestas, es lo cierto que incluso hoy día, después la reforma operada en el año 2005 del *RD 84/1996, en el que se adiciona un nuevo párrafo tercero al ordinal 2º del apartado 1 del art. 35*, con la siguiente redacción: "No obstante, cuanto la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social consista en un requerimiento de pago de cuotas o actas de liquidación definitiva en vía administrativa, siempre que se hubiera efectuado el ingreso de su importe, los efectos del alta se retrotraerán, para causar futuras prestaciones, a la fecha de inicio del período de liquidación figurado en el requerimiento o acta", decimos que también en los casos de requerimiento de pago como consecuencia de una actuación inspectora, se retrotraerán los efectos a la fecha del período de liquidación siempre que se hubiera efectuado el ingreso, llenando así una injustificada omisión de la reglamentación precedente.

[...] Como consecuencia de cuanto hasta aquí se ha razonado, se ha de dictar una sentencia estimando en parte el recurso".

CUARTO.- Contra la referida sentencia preparó recurso de casación la Letrada de la Administración de la Seguridad Social en la representación que le es propia de la TGSS que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal de Superior de Justicia de Asturias tuvo por preparado mediante diligencia de ordenación de fecha 26 de enero de 2016 en la que, al tiempo, ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

QUINTO.- Emplazadas las partes y comparecidas en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, la recurrente presentó el escrito de interposición del recurso de casación basado, en síntesis y tras exponer los antecedentes que consideró de interés, en dos motivos de casación formulados por la vía del *artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio*, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA).

El primero por infracción del *artículo 14 de la Ley General de la Seguridad Social*, texto aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

El segundo por infracción de la *Disposición adicional segunda en relación con el artículo 1 del Real Decreto 1041/2015, de 5 de septiembre*, que adiciona un nuevo *párrafo tercero al ordinal 2º del apartado 1 del artículo 35 del Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 de enero*. Se entiende que se ha aplicado una normativa todavía no entrada en vigor.

SEXTO.- Por Auto de 10 de noviembre de 2016 se desestimaron las causas de inadmisión opuestas por la parte recurrida, por falta de fundamento y por diligencia de ordenación de 18 de enero de 2017 se dio traslado a dicha parte para formular su

oposición al recurso, lo que hizo por escrito de 1 de marzo de 2017.

SÉPTIMO.- Se declararon concluidas las actuaciones y por providencia de 4 de julio de 2018 se designó Magistrado ponente y se señaló este recurso para votación y fallo el día 9 de octubre de 2018.

OCTAVO.- En providencia de 18 de septiembre de 2018 se trasladó el señalamiento al día 15 de enero de 2019, por haberse convocado Pleno de la Sala para los días 8, 9 y 10 de octubre anterior.

En dicha fecha se produjo la deliberación y fallo del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación y defensa de la Tesorería General de la Seguridad Social articula dos motivos de casación al amparo del supuesto 4º del *artículo 88.1 de la LJCA*, contra la sentencia de la que se ha dado cuenta en el extracto de antecedentes de esta sentencia.

SEGUNDO.- En el primero denuncia como infringido el *artículo 14 de la Ley General de la Seguridad Social*, hoy *artículo 17 del texto aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre* que dice:

"1. Los organismos de la Administración de la Seguridad Social competentes en la materia mantendrán al día los datos relativos a las personas afiliadas, así como los de las personas y entidades a las que corresponde el cumplimiento de las obligaciones establecidas en esta sección.

2. Los empresarios y los trabajadores tendrán derecho a ser informados por los organismos de la Administración de la Seguridad Social acerca de los datos a ellos referentes que obren en los mismos. De igual derecho gozarán las personas que acrediten un interés personal y directo, de acuerdo con lo establecido en esta ley.

A estos efectos, la Administración de la Seguridad Social informará a cada trabajador sobre su futuro derecho a la jubilación ordinaria prevista en el artículo 205.1, a partir de la edad y con la periodicidad y contenido que reglamentariamente se determinen.

No obstante, esta comunicación sobre el derecho a la jubilación ordinaria que pudiera corresponder a cada trabajador se remitirá a efectos meramente informativos, sin que origine derechos ni expectativas de derechos a favor del trabajador o de terceros.

Esta obligación será exigible también con relación a los instrumentos de carácter complementario o alternativo que contemplen compromisos por jubilación tales como mutualidades de previsión social, mutualidades alternativas, planes de previsión social empresariales, planes de previsión asegurados, planes y fondos de pensiones y seguros individuales y colectivos de instrumentación de compromisos por pensiones de las empresas. La información deberá facilitarse con la misma periodicidad y en términos comparables y homogéneos con la suministrada por la Seguridad Social".

De esta norma sobre las obligaciones de la Seguridad Social y el derecho a la

información extrae la consecuencia de que la hoy recurrida no tendría un interés inmediato y actual susceptible de ser recurrido puesto que lo que solicitó en vía administrativa no podía tener ningún efecto jurídico. Sólo en el momento de solicitar una prestación se podría revisar la vida laboral de la hoy recurrida, establecer las responsabilidades empresariales que pudieran corresponder y comprobarse las cotizaciones efectuadas y periodos de alta. Por ello al tratarse de una pretensión meramente declarativa el acto administrativo no tiene ningún interés y debía rechazarse la pretensión siendo de estimar el motivo.

TERCERO.- La parte hoy recurrida estaba plenamente legitimada para impugnar en esta vía contencioso-administrativa el acto impugnado, que no tenía un carácter meramente informativo ni declaraba un indiferente jurídico. La actora tenía, y tiene ahora como parte recurrida, un interés legítimo real, actual e indiscutible y directo en la modificación de un acto que le perjudica. La fecha de alta de su afiliación comporta el reconocimiento de un periodo de cotización a la Seguridad social, lo que lleva aparejadas consecuencias evidentes a efectos del reconocimiento de servicios y de prestaciones, con independencia de que pueda tener además, como se aduce, un efecto indirecto o de futuro. Pero ese interés futuro también es legitimador en el caso como, por su evidencia, no es necesario razonar. Como bien dice la Sala de Asturias la negativa al reconocimiento de cotización tiene una incidencia indiscutible en los derechos de la recurrente, cuya defensa no hay razón para posponer al momento del reconocimiento de la prestación que corresponda, máxime cuando la desestimación de la pretensión de la recurrente podría, cuando se produzca dicha contingencia, aducirse como acto firme y consentido.

Lo expuesto lleva a rechazar lo que propone la parte recurrida como causa de inadmisión. La existencia de precedentes jurisprudenciales en el sentido que se acaba de expresar no es causa de inadmisión.

Sin olvidar que existe en el caso una *sentencia firme del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 12 de marzo de 2009*, que obra en el expediente (folios 35 a 42) que confirma en apelación el fallo de la sentencia del Juzgado nº 13 de los de lo contencioso-administrativo Madrid que ordena a la Administración demandada a solicitar la retroacción de la fecha de alta de varios recurrentes - entre ellos doña Piedad -a la fecha de su nombramiento como profesora de religión y condena a la Administración a realizar todos los actos precisos para el cumplimiento de su obligación.

Y en la ejecución de ese fallo, que es el acto impugnado, se omitió que la fecha de efectos de alta es el 1 de marzo de 1994, como declara la sentencia recurrida.

El motivo es inconsistente y debe ser desestimado.

CUARTO.- La misma suerte desestimatoria debe tener el motivo segundo.

Como señala, ahora con todo acierto, el escrito de oposición la Tesorería General de la Seguridad Social trata de fundamentarlo en que la sentencia habría aplicado una normativa que no estaba en vigor en la fecha en la que tuvo lugar la actuación inspectora pero, al razonar así, desfigura la argumentación de la sentencia de instancia.

No aplica ésta una norma posterior, como aduce el motivo de casación, sino que la emplea como un simple refuerzo de su argumentación, como se puede apreciar

en el fragmento de la sentencia transcrito en los antecedentes. Lo ya afirmado respecto de las resoluciones judiciales citadas en el fundamento anterior, que también incorpora como un matiz significativo la sentencia recurrida llevan a desestimar por inconsistente este segundo y último motivo.

QUINTO.- No ha lugar al recurso y, de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 139.2 de la LJCA*, en la versión que resulta aplicable, procede imponer a la parte recurrente las costas causadas, al no concurrir razones que justifiquen su no imposición.

Si bien, haciendo uso de la facultad que nos confiere el apartado 3 del mismo precepto, en la versión aquí aplicable, declaramos que esa imposición debe ser hasta la cifra máxima, por todos los conceptos, de 4.000 euros, dadas las circunstancias del caso que se han expresado.

F A L L O

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

PRIMERO.- Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la **TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL** contra la *sentencia de 30 de diciembre de 2015, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en el recurso contencioso-administrativo 79/2015*.

SEGUNDO.- Con costas, en los términos del último fundamento de Derecho.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Magistrado ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.-