



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2 VIGO

SENTENCIA: 00080/2024

Modelo: N11600
CIDADE DA XUSTIZA. RUA PADRE FEIJOO, N° 1 36204-VIGO
Teléfono: 986 817860/72/61 Fax: 986 817873
Correo electrónico: contencioso2.vigo@xustiza.gal

Equipo/usuario: UG

N.I.G: 36057 45 3 2024 0000006
Procedimiento: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000008 /2024 /
Sobre: ADMON. DEL ESTADO
De D/D*: [REDACTED]
Abogado: IGNACIO SANTAMARIA ALVAREZ
Procurador D./D*:
Contra D./D*: TESORERIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL
Abogado: LETRADO DE LA TESORERIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL
Procurador D./D*:

SENTENCIA

En Vigo, a 11 de abril de 2024

Vistos por mí, Marcos Amboage López, magistrado-juez del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Vigo, los presentes autos de procedimiento abreviado, seguidos a instancia de:

- [REDACTED] representada y asistida por el letrado/a:
Ignacio Santamaria Alvarez, frente a:

- Tesorería general de la Seguridad social, representado y asistido por el letrado/a: María Izaskun Molinero Rivero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal indicada en el encabezamiento presentó el 7 de enero del 2024 mediante demanda recurso contencioso-administrativo frente a la resolución de 31 de octubre del 2023, que supuso la inadmisión del recurso de alzada presentado frente a la comunicación de la Tesorería general de la Seguridad Social (en adelante, TGSS), en la que se le reclamaba la suma de 2.170,80 euros, en concepto de cotizaciones sociales, periodo de diciembre 2019-enero de 2021, y que se ha tramitado en el expediente nº [REDACTED]. En la demanda pretende que por el órgano jurisdiccional se declare no ajustada a Derecho la actuación precedente de la administración demandada, se anule y revoque, y se dejen sin efecto las liquidaciones recurridas, con devolución de las cantidades indebidamente ingresadas por las mismas y expresa condena en costas a la demandada.

SEGUNDO.- Se admitió a trámite el recurso por decreto de 9 de enero del 2024, se reclamó el expediente administrativo de la Administración demandada, se recibió el 30 de enero y se puso de manifiesto a la parte recurrente, a fin de que pudiera hacer las alegaciones que tuviera por conveniente.

La vista a que se refiere el art. 78 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LJCA), tuvo lugar el 4 de abril del 2024 y en ella, la parte demandante se ratificó en su demanda y la demandada se opuso a ella al entender que la actuación combatida era conforme a Derecho.

Se fijó la cuantía del procedimiento definitivamente en la suma de 2.170,80 euros. Abierto el trámite de prueba, las partes se remitieron a la documental y al expediente administrativo, que se admitieron.

Tras el trámite de conclusiones, quedaron los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ante la ausencia de toda prueba al respecto por parte de la demandada, hemos de dar por cierta la versión actora contenida en los hechos I y II, de su demanda, en cuanto que no ha recibido la comunicación de la TGSS, que adjunta como documento nº 3 a su demanda, sino hasta que acudió a sus dependencias tras la verificación del cargo cuenta en su entidad bancaria. Esto se dice que aconteció el 29 de septiembre del 2023 y el 2 de octubre del 2023, la actora es cuando habría comparecido ante la TGSS para informarse del motivo de los cargos bancarios y ha sido cuando se le ha entregado la controvertida comunicación.

La copia que se incorpora en el expediente administrativo no permite extraer que se le hubiese remitido a la interesada por ningún cauce que no sea la entrega en mano, mucho menos con carácter previo a la fecha que se indica en el contenido de la comunicación que queremos reproducir:

“Comunicación de liquidaciones complementarias de cuotas correspondientes al régimen especial de trabajadores autónomos.

Según la información disponible en la Tesorería general de la Seguridad Social, entre los años 2019 y 2021, figurando usted de alta como trabajador autónomo en la Seguridad Social, estuvo incurso en un proceso de incapacidad temporal durante el que, una vez transcurridos 60 días desde su inicio, las cotizaciones correspondientes al régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos fueron pagadas por la mutua colaboradora con la Seguridad Social, a la que entonces usted figuraba adherido.

No obstante, conforme a las facultades de comprobación de la Tesorería general de la Seguridad Social, se ha verificado que durante dicho periodo usted no cotizaba por el concepto de cese de actividad ya que no había optado por la cobertura de dicha contingencia.

Esto supone que, en virtud de lo establecido en el artículo 329 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción vigente en aquel momento, la mutua no es responsable del pago de sus cotizaciones como trabajador autónomo a partir del sexagésimo primer día de la baja médica conforme a lo dispuesto en el entonces artículo 308 de la misma Ley.

En consecuencia, las cotizaciones de las que se hizo cargo su Mutua, y que ascienden al importe arriba indicado, deben ser ingresadas por Vd. conforme al procedimiento establecido en el artículo 36 de la Ley General de la Seguridad Social.



A tal efecto, el próximo 29 de septiembre se **cargará en la cuenta bancaria** que tiene informada ante la TGSS el importe indicado, además de la cuota que corresponda a dicho mes si es que Vd. figurase de alta en la Seguridad Social como trabajador autónomo en dicho momento.

Estos importes no llevarán ningún tipo de recargo. No obstante, en caso de impago de los mismos se seguirá el procedimiento recaudatorio con aplicación de los recargos e intereses que prevé la normativa vigente.

Por último, le informamos que dispone de los teléfonos 901 502050 y 915 410291 para realizar cualquier consulta relativa a esta comunicación que tiene únicamente efectos informativos."

SEGUNDO.- La decisión impugnada, formalmente, resuelve la inadmisión del recurso de alzada al considerar que su actuación *"se limita a informar del cargo en cuenta bancaria de unas liquidaciones surgidas en base a las facultades de comprobación que ésta (TGSS) tiene. Y añade que el acto combatido en alzada "en modo alguno ordena o dirige la resolución que deba dictarse, ni produce indefensión o determina la imposibilidad de continuar un procedimiento,"*

Y concluye que:

"De lo anteriormente expuesto resulta que el acto que ahora se recurre es una mera comunicación de naturaleza informativa que se cursa en función de las previsiones contenidas en los artículo 13 y siguientes de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre, que por lo que, al no ser susceptible de recurso alguno, procede, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112.1 de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre, en relación con el artículo 119 del mismo texto legal, declarar la inadmisión a trámite del citado recurso, sin necesidad de entrar a conocer del fondo del asunto que en el mismo se plantea."

No obstante, la resolución de inadmisión sí entra en el fondo del asunto, y lo hace para sostener el correcto proceder de la TGSS, en la medida en que se ha verificado que la recurrente, de alta en el RETA, pero incurso en un periodo de incapacidad que excedía de sesenta días, no había cotizado por la contingencia de cese de actividad, por lo que, con arreglo a lo dispuesto en la redacción vigente en ese periodo (diciembre 2019- enero de 2021), de los artículos 308 y 329.1 c) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS), y sus cotizaciones han sido indebidamente abonadas por la mutua.

Pues bien, de entrada y como ya hemos avanzado en el acto del juicio, adelantaremos que, el hecho de que la TGSS hubiese entrado en el fondo del asunto en la resolución de inadmisión del recurso de alzada, faculta, obliga a este órgano jurisdiccional a hacer lo propio en esta sentencia, so pena de incurrir en un flagrante menoscabo del derecho fundamental a la tutela efectiva de la recurrente. No puede limitarse la presente sentencia a enjuiciar que es correcta la inadmisión del recurso de alzada, ni a resolver que no lo es con la retroacción de las actuaciones para su admisión y resolución sustantiva en un sentido que ya es conocido en la medida en que la propia TGSS así lo ha exteriorizado.

Tenemos una petición de demanda que pide lo que pide, y no es precisamente esa estéril retroacción del procedimiento para, en su caso, la admisión del recurso administrativo. Del fondo nos ocuparemos luego.

Lo cierto es que no podemos estar menos de acuerdo con la TGSS en cuanto que el contenido de esa comunicación no cause la indefensión de la recurrente.

La causa, material y grave, y no solo, que también, porque se le hubiese trasladado a posteriori de su materialización, sino porque como indica en su propio encabezamiento (IMPORTE TOTAL RECLAMADO) supone una auténtica reclamación de cantidades, sorpresiva e inimputable al interesado, por cuanto no obedece a falsedades, inexactitudes u omisiones del obligado, sino que trae causa de una modificación sobrevenida de *"las reglas de gestión en orden a aplicar lo dispuesto en el artículo 308.1 solamente a los autónomos que tuvieran cubierta la protección por cese de actividad y cotizaran por tal concepto."*, como se reconoce en la propia resolución impugnada. Esto es, la auténtica decisión de la TGSS, tiene como origen un cambio de criterio interpretativo de la Ley que, sin embargo, no tiene respaldo en un necesario y anterior cambio normativo. Y decimos auténtica, porque no compartimos la visión de la TGSS en cuanto que los efectos de la "comunicación" resulten ser meramente informativos, desde el instante en que supone una verdadera reclamación, liquidación de cuotas que la TGSS ahora, entiende debidas. Los efectos informativos lo serán a futuro, en adelante, respecto de lo autónomos que se vean en una situación como la de la recurrente, pero no lo son respecto de situaciones consolidadas en las que la cotización ha sido asumida por la mutua con cargo a las cuotas por cese de actividad, porque así lo disponía la norma, art. 308.1 *in fine*.

Entiendo plenamente predicables del caso enjuiciado las consideraciones expuestas en la reciente STS, Contencioso sección 3 del 30 de enero de 2024 (Sentencia: 148/2024 -Recurso: 6402/2021), que en un supuesto bien similar al litigioso, razonaba:

"La controversia casacional suscitada se refiere a sí la resolución dictada por el Servicio Público de Empleo puede considerarse como un acto de trámite cualificado con arreglo a la definición contemplada en los artículos 25.1 LJCA y art. 112 de la Ley 39/2015 de procedimiento administrativo y, en consecuencia, susceptible de recurso autónomo.

Cabe recordar la jurisprudencia sobre los actos de trámite y su carácter eminentemente casuístico, tal como indicamos en la Sentencia de esta Sala y Sección de 4 de junio de 2020, dictada en el recurso de casación nº 1228/2019, en la que dijimos que la impugnabilidad o no de los actos administrativos viene determinada por la función del acto de que se trate en el procedimiento administrativo, en el que cabe diferenciar entre los actos de trámite, que tienen un carácter meramente preparatorio o instrumental y la resolución final, que decide el fondo del asunto y pone término al procedimiento, de forma que los recursos solo serán admisibles frente esta última y, no frente a los actos de trámite, con ciertas excepciones. Lo anterior no supone que los actos de trámite no sean susceptibles de impugnación, sino únicamente que no pueden ser impugnados de forma separada al acto que ponga término al procedimiento. Y recordamos el carácter casuístico que preside la materia, que hace imprescindible el examen particularizado del acto cuestionado, en especial, de su objeto y extensión, a fin de decidir si puede producir alguno de los efectos descritos en el artículo 112.1 LPAC que lo cualifiquen como acto de trámite y abran la puerta para su impugnación autónoma y separada del acto resolutorio del procedimiento.



En suma, como afirmamos en la reseñada sentencia, reiterada en la STS de 28 de octubre de 2022 (RC nº 899/2021) la consideración de cuando un acto de trámite tiene o no la categoría de cualificado no tiene una respuesta única, válida para todos los casos, sino que debe ser matizada en cada caso mediante el examen particularizado de las circunstancias concurrentes, a fin de decidir si el acto en cuestión puede producir alguno de los efectos descritos en el artículo 25 de la LJCA y 112.1 de la LPAC que lo cualifique como acto de trámite y permita su impugnación autónoma y separada del acto resolutorio del procedimiento.

Y concluía respecto del supuesto de hecho sometido a casación:

*"Pues bien, a la vista del indicado contenido, se advierte que no nos encontramos ante un mero acto de trámite de carácter instrumental o meramente preparatorio que se limita a ordenar una actividad procedimental que permita una ulterior decisión de fondo. Como se desprende de sus propios términos, la resolución administrativa **presenta un contenido material relevante, pues implica una actuación que genera por sí misma, sin necesidad de ulteriores actos adicionales, unas concretas y específicas consecuencias negativas en la esfera de intereses de la entidad recurrente.***

*En efecto, la resolución del Servicio de Empleo requiere de forma taxativa a la Fundación recurrente a la devolución en un plazo perentorio de 15 días de una determinada suma dineraria con la consecuencia expresa, -en caso de no ingresar dicha cantidad ex artículo 17.4 del citado R.D, de comunicar lo actuado a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para la apertura de las actas de liquidación y también -en su caso, refiere- para la imposición de una sanción. **Se pone así de manifiesto un carácter decisorio y trascendente de dicha resolución, pues concreta y anticipa la existencia de irregularidades en la aplicación de bonificaciones y define ex novo (en su cuantía y en el tiempo) una obligación económica "devolución" a cargo de la entidad recurrente.** La resolución debatida pone de manifiesto supuestas inexactitudes en las deducciones que en forma de bonificaciones se practicaron por la empresa y **delimita la cuantía de la deuda con la Seguridad Social a la vez que requiere expresamente a su abono a la recurrente, advirtiéndole de las consecuencias que se desprenden en caso de impago.***

*Y aun cuando es cierto, como razonan el Juzgado y la Sala de la Audiencia Nacional, que la comunicación del Servicio de Empleo deriva de su función de comprobación ex artículo 17 del R.D 395/2007 y que con posterioridad, corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social determinar la existencia o no de las irregularidades apreciadas en la aplicación de las bonificaciones en el empleo, **no cabe obviar la trascendencia de su contenido y las consecuencias inmediatas derivadas de la resolución dictada, que, como hemos indicado, decide y determina la cuantía de una deuda exigible, cuya falta de ingreso origina un perjuicio para la Fundación recurrente, que deberá hacer frente a un proceso ante la Inspección y eventualmente a un desenlace sancionador, como se menciona en la resolución notificada.***

*No se trata de que se anticipe un pronunciamiento definitivo que no es posible imputar al acto impugnado, **sino de que este acto por sí mismo, de forma autónoma, tiene un contenido sustantivo y produce una serie de efectos inmediatos negativos y perjudiciales para la recurrente, sin necesidad de aguardar a un ulterior acto administrativo de la Inspección de la Seguridad Social, a***

la que incumbe afirmar si los hechos considerados en el expediente son definitivamente correctos o no y si constituyen infracción y sus consecuencias sancionadoras. Pero no cabe obviar ni eludir el contenido ni los efectos propios derivados la resolución impugnada que apremia el ingreso de una cantidad dineraria en tiempo y forma en el contexto descrito.

De lo que se desprende que la resolución administrativa impugnada se caracteriza y tiene su encaje en la categoría de acto de trámite cualificado del artículo 25.1 LJCA, y por ende, es susceptible de impugnación separada, independiente y autónoma.

No cabe, en fin, considerar prematura la impugnación de dicho acto administrativo que genera de forma inmediata unos determinados efectos sobre la entidad recurrente que debe optar entre tener que dedicar la entidad sus recursos económicos al abono de la cantidad reclamada, o en su caso, asumir las consecuencias negativas derivadas del impago exigido.

Por todo ello, procede estimar el recurso de casación al considerar que no es conforme a derecho la decisión del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 11, confirmada por la Sala de este orden de la Audiencia Nacional, de inadmitir el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Fundación Lantegi Batuak.

QUINTO- Doctrina jurisprudencial que se establece en respuesta a las cuestiones planteadas en el auto de admisión del recurso de casación.

La consideración de un acto de trámite o de un acto de trámite cualificado no tiene una respuesta única, válida para todos los casos, sino que debe ser matizada en cada caso mediante el examen particularizado de las circunstancias que concurran, en especial las relativas a su objeto y extensión, a fin de decidir si el acto en cuestión puede producir alguno de los efectos descritos en el artículo 25 de la LJ y 112.1 de la LPAC que lo cualifique como acto de trámite y permita su impugnación autónoma y separada del acto resolutorio del procedimiento.”

La negrita es nuestra y cumple el objeto de destacar las similitudes con el caso ahora enjuiciado en el que tenemos un acto que reclama cuotas, que avisa de que se cargarán en la cuenta del interesado, en principio, sin recargos con relación al periodo que se “regulariza”, aunque de mantenerse la situación se podrán exigir los intereses y recargos correspondientes.

La comunicación de desconocida fecha no tenía un mero o inocuo carácter informativo, sino que su contenido era materialmente relevante porque anticipaba unos efectos negativos en la esfera patrimonial de la recurrente que, además, se materializaron, valga la redundancia, antes de su comunicación.

El acto debió cumplir las exigencias requeridas por el art. 40.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), y para nada guarda relación con las previsiones que se indican en la actuación impugnada de los artículos 13 y siguientes LPAC. El recurso de alzada debió ser admitido y además, como expondremos a continuación, estimado, y con ello, debe ser anulado y estimar la demanda.

TERCERO.- El cambio de criterio de la TGSS en orden a modificar las reglas de gestión para considerar que la prevención contenida en el art. 308.1 LGSS, en consonancia con lo dispuesto en el art. 329.1 c) LGSS, solo se predique respecto de los trabajadores autónomos que hubiesen cotizado por la contingencia de cese de actividad, que en la resolución combatida se reconoce que “comenzó a



aplicarse desde el periodo de liquidación de junio de 2021," tendrá toda su lógica y justicia material, pero de un lado colisiona con la literalidad de ese art. 308.1 LGSS, y de otro, y es lo que determina el pleno acogimiento de la demanda, supone una abierta vulneración de lo dispuesto en el art. 55.2 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

Primero, el art. 308.1 LGSS establecía en su redacción vigente durante el periodo que la demandada reclama a la actora:

"En la situación de incapacidad temporal con derecho a prestación económica, transcurridos 60 días en dicha situación desde la baja médica, **corresponderá hacer efectivo el pago de las cuotas, por todas las contingencias, a la mutua colaboradora con la Seguridad Social**, a la entidad gestora o, en su caso, al servicio público de empleo estatal, **con cargo a las cuotas por cese de actividad.**"

Como es de ver, la norma es clara, porque no efectúa distinción alguna, en la situación que describe, que era en la que se encontraba nuestra recurrente, la cotización por todas las contingencias de todos los trabajadores autónomos (no solo de los que cotizasen por cese de actividad) corresponde a la mutua con cargo precisamente a las cuotas por cese de actividad.

La Ley decía eso y es lo que se ha hecho, sin contribución, valga también la redundancia, alguna por parte de la interesada a la producción de ese resultado. Y si la TGSS posteriormente ha decidido cambiar de criterio y restringir el alcance de esa previsión en consonancia con lo expresado en el art. 329.1 c) LGSS, exclusivamente a los autónomos que hubiesen cotizado por la contingencia de cese de actividad, no puede hacerlo ni con carácter retroactivo, ni menos aun, prescindiendo absolutamente del procedimiento establecido, so pena de incurrir en el vicio de nulidad radical expresado en el art. 47.1 e) LPAC. Y es que el art. 55.2 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, dispone:

"Las facultades de la Tesorería General de la Seguridad Social para revisar, de oficio o a instancia de parte, sus propios actos de inscripción, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, **cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal**, tarificación, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos **no podrán afectar a los actos declarativos de derechos, en perjuicio de los beneficiarios de los mismos**, salvo que se trate de revisión motivada por la constatación de omisiones o inexactitudes en las solicitudes y demás declaraciones del beneficiario."

Y añade su apartado tercero: "La Tesorería General de la Seguridad Social podrá rectificar, en cualquier momento, los errores materiales o de hecho y los aritméticos de los actos regulados en este Reglamento."

Por descontado, en el presente caso ni nos hallamos ante omisiones o inexactitudes procedentes del beneficiario, ni menos aun ante una simple rectificación de un error material o de hecho, por lo que no cabe la revisión claramente contraria a los derechos de la trabajadora, a la que se le obliga a cotizar por una contingencia que la Ley establecía que era de cuenta de la mutua, como así se materializó. Y aun subsidiariamente, para el caso de que la TGSS no entendiésemos que la asunción de la cotización de la trabajadora por la mutua, en el periodo discutido, no se considerase un reconocimiento de derecho (que entendemos que lo es), y se reputase esa actuación susceptible de revisión, el correcto proceder hubiera sido el

indicado en el art. 56 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, y no la "comunicación" que se le ha dirigido en forma de callejón administrativo sin salida, frente al que, encima, no cabe más recurso que los números de teléfono que se han indicado.

La actuación impugnada es disconforme a Derecho desde todos los ángulos, se anula y revoca y con ello acogemos la demanda, con condena de la demandada a la devolución de las cantidades indebidamente ingresadas por la actora.

CUARTO.- En lo que a las costas del proceso se refiere, en el artículo 139.1 LJCA, se establece el principio de vencimiento objetivo. No obstante el mismo precepto permite su limitación y atendiendo a la naturaleza y cuantía del litigio, se señala como límite máximo de la condena en costas, la suma de 400 euros.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLO

Estimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el letrado: Ignacio Santamaría Álvarez, en nombre y representación de [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], frente a la Tesorería general de la Seguridad Social, y su resolución de 31 de octubre del 2023, expediente nº 36/101/2023/00737/0, que supuso la inadmisión del recurso de alzada presentado frente a la comunicación de la Tesorería general de la Seguridad Social en la que se le reclamaba la suma de 2.170,80 euros.

Con imposición de costas a la demandada, con el límite expuesto.

Notifíquesele esta sentencia a las partes del proceso, con la indicación de que es firme, por lo que contra ella no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Remítase testimonio de esta sentencia a la Administración demandada, en unión del expediente administrativo.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos de su razón, quedando la original en el libro de sentencias, lo pronuncio, mando y firmo

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.