



Roj: **STSJ AS 2995/2020 - ECLI:ES:TSJAS:2020:2995**

Id Cendoj: **33044330012020100813**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **28/12/2020**

Nº de Recurso: **1029/2019**

Nº de Resolución: **843/2020**

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **JOSE RAMON CHAVES GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.ASTURIAS CON/AD (SEC.UNICA) OVIEDO**

**SENTENCIA** : 00843/2020

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**RECURSO: P.O. 1029/19**

**RECURRENTE: D. Carlos Ramón PROCURADOR: D. RAFAEL COBIAN GIL DELGADO RECURRIDO: TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL REPRESENTANTE: LETRADO DE LA TGSS**

**SENTENCIA**

**Ilmos. Sres.: Presidente:**

**Dña. María José Margareto García Magistrados:**

**D. Luis Alberto Gómez García**

**D. José Ramón Chaves García**

En Oviedo, a veintiocho de diciembre de dos mil veinte.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso contencioso administrativo número 1029/19, interpuesto por D. Carlos Ramón, representado por el Procurador D. Rafael Cobián Gil Delgado, actuando bajo la dirección Letrada de D. Ignacio Izquierdo Vázquez, contra la Tesorería General de la Seguridad Social, representado por el Letrado de la TGSS. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Ramón Chaves García.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Interpuesto el presente recurso, recibido el expediente administrativo se confirió traslado al recurrente para que formalizase la demanda, lo que efectuó en legal forma, en el que hizo una relación de Hechos, que en lo sustancial se dan por reproducidos. Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que, en su día se dicte sentencia acogiendo en su integridad las pretensiones solicitadas en la demanda, y en cuya virtud se revoque la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte contraria.

**SEGUNDO.-** Conferido traslado a la parte demandada para que contestase la demanda, lo hizo en tiempo y forma, alegando: Se niegan los hechos de la demanda, en cuanto se opongan, contradigan o no coincidan con lo que resulta del expediente administrativo. Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que previos los trámites legales se dicte en su día sentencia, por la que desestimando el recurso se confirme el acto administrativo recurrido, con imposición de costas a la parte recurrente.



**TERCERO.-** Por Auto de 25 de junio de 2020, se recibió el procedimiento a prueba, habiéndose practicado las propuestas por las partes y admitidas, con el resultado que obra en autos.

**CUARTO.-** No estimándose necesaria la celebración de vista pública, se acordó requerir a las partes para que formularan sus conclusiones, lo que hicieron en tiempo y forma.

**QUINTO.-** Se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 23 de diciembre pasado en que la misma tuvo lugar, habiéndose cumplido todos los trámites prescritos en la ley.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Actuación administrativa*

1.1 Es objeto de recurso contencioso-administrativo por D. Carlos Ramón la Resolución de 26 de marzo de 2019 del Director Provincial de Asturias de la Tesorería General de la Seguridad Social (expte. NUM000) por la que se desestimó el recurso de alzada interpuesto por aquél contra la resolución de 27 de diciembre de 2018, por la que se dispuso el alta de oficio en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomo con fecha real de 1 de julio de 2015 y con efectos de 1 de julio de 2018.

1.2 La demanda se fundamenta en la improcedencia del alta de oficio ya que le actor heredó el establecimiento de venta de artículos deportivos de pesca de su padre en agosto de 1995, por lo que al ser funcionario público en activo, contrató a otra persona para atender la tienda, D. Alejandro (hasta esta incorporación el establecimiento permaneció cerrado). El trabajo del recurrente como funcionario público requiere su desplazamiento y presencia a Llanes, lo que le imposibilitaría atender el negocio. De ahí que resulta notorio para proveedores, clientes, vecinos y autoridades públicas del concejo de Parres, que quien gestiona el negocio es el citado trabajador. Por ello, el Acta de liquidación de cuotas del RETA por el período comprendido entre julio de 2014 a noviembre de 2018 se apoya en considerar erróneamente que el recurrente desempeña un trabajo por cuenta propia de forma habitual, personal, directa y al margen de la dirección de otra persona. Se insistió en que el recurrente se limita a hacer suyos los beneficios de la actividad empresarial gestionada por el empleado. Se invocó el art. 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo para insistir en que está fuera de ese ámbito pues no hay prestación habitual (es funcionario público), no asume prestación personal y directa (lo desempeña su trabajador, D. Alejandro). Por tanto, se solicitó la invalidez del acuerdo impugnado y subsidiariamente se aplicase el régimen de cotización propio de la pluriactividad por su condición de funcionario público, según el art. 313 del Texto Refundido de la Seguridad Social, y en consecuencia compensarse el 50 por ciento del exceso cotizado por contingencias comunes. Se propusieron pruebas documentales y testificales para demostrar la ausencia de los presupuestos de la condición de autónomo al frente del negocio.

1.3 Por la Tesorería General de la Seguridad Social se formuló contestación a la demanda e hizo hincapié en que el Acta de liquidación NUM001, por falta de alta y cotización al RETA, referida al período comprendido entre julio de 2014 a noviembre de 2018, fue confirmada por resolución de 5 de junio de 2019, dictada por el Jefe de la Unidad de Impugnaciones de la Dirección Provincial de la TGSS, sin que el actor interpusiese recurso alguno contra la misma. Se adujo la normativa de la Seguridad Social junto con el acta de liquidación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que goza de presunción de certeza según el art. 23 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En cuanto al fondo, se adujo que el Acta de la inspección plasma las declaraciones del propio afectado que reconoce que realiza los pedidos y mantiene relación con los proveedores, que suele pasar diariamente a hacer caja y que es el único autorizado para hacer gestiones bancarias, por lo que la administración concluye que lleva a cabo la gestión, administración y dirección ordinaria del negocio. Se insistió en que no es incompatible esa actividad empresarial con la condición de funcionario, pues el RETA no impone un horario de trabajo. Se negó que su situación fuese asimilable a la de un jubilado, porque el Sr. Carlos Ramón no ha delegado en un encargado director sino en un mero empleado sin capacidad de decisión, como se deriva de que no ha justificado el acto la existencia de apoderamiento al trabajador como gerente o factor mercantil. La habitualidad se deriva de que consta de alta en el Impuesto de Actividades Económicas desde el 1 de febrero de 1996. En suma, el recurrente prestaría labores, asumiría riesgos y obtendría beneficios. Por otra parte, se negaron los beneficios pretendidos por el demandante de aplicar reducciones de cotización pues se trata de un escenario de incumplimiento de obligaciones. En consecuencia, se solicitó la desestimación del recurso.

### SEGUNDO.- *Fondo litigioso*

2.1 El presupuesto fáctico para que se asuma la condición de trabajador autónomo y con obligación de alta correspondiente es el trazado por el art. 1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo autónomo que lo refiere a "las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y



fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena".

De ahí deriva que son notas esenciales para atribuir la condición de trabajador autónomo, las referidas a la prestación "habitual, personal y directa".

2.2 A este respecto, asumimos las afirmaciones de la TGSS en cuanto las Actas levantadas por la Inspección de Trabajo gozan de presunción de veracidad, pero ello no impide que la Sala realice la valoración e inferencia lógica de los hechos recogidos, especialmente cuando los mismos son por referencia del propio recurrente y no son constatación de la percepción directa del inspector sobre los hechos.

Hemos de traer a colación los criterios sobre la valoración de las actas de la inspección de Trabajo y la Seguridad Social, que explicita la STS de 15 de diciembre de 2016 (rec. 659/2015): "a) Las actas de los Controladores laborales son instrumentos válidos y adecuados para completar y facilitar la labor inspectora y alcanzan valor probatorio por el hecho de su aceptación por el Inspector ( sentencias de esta Sala de 19 de julio de 1999, recurso 6340/1993; 9 de marzo de 1999 y 16 de marzo de 1999).

b) El valor probatorio de las actas elaboradas por los servicios administrativos de inspección, con el alcance que le otorga la jurisprudencia, puede ser eficaz para enervar el derecho a la presunción de inocencia, pues no debe confundirse la presunción de validez de los actos administrativos con aquélla, siempre que la actuación administrativa pueda ser revisada por los órganos jurisdiccionales. La traslación de la presunción de inocencia al ámbito administrativo sancionador perfila su alcance, y sólo cobra sentido cuando la Administración fundamenta su resolución en una presunción de culpabilidad del sancionado carente de elemento probatorio alguno. Lo que exige el respeto a los derechos que declara el art. 24 de la Constitución no es negar todo valor probatorio a las actas, sino modular y matizar su eficacia probatoria. En vía judicial, las actas de la Inspección administrativa incorporadas al expediente sancionador no gozan de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en Derecho y, por ello, ni han de prevalecer necesariamente frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, ni pueden impedir que el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo forme su convicción sobre la base de una valoración o apreciación razonada de las pruebas practicadas ( sentencias del Tribunal Constitucional 76/1990, 23/1995 y 169/1998).

c) Las actas de la Inspección de Trabajo pueden constituir un medio de prueba susceptible de lograr el convencimiento del Tribunal sobre los hechos a que se refiere la documentación de la actuación inspectora sometida a control jurisdiccional, que por su objetividad sean susceptibles de percepción directa por el Inspector actuante en la visita girada, y por ello, resultan idóneos para ser acreditados con tal medio probatorio, y no se trate de una mera estimación no documentada por la Administración en el expediente, pudiendo serlo ( sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1997, 16 de enero de 1998, 6 de marzo de 1998, 8 de junio de 1998 y 5 de diciembre de 1998).

d) Ese valor probatorio sólo puede referirse a los hechos comprobados directamente por el funcionario, quedando fuera de su alcance las calificaciones jurídicas, los juicios de valor o las simples opiniones que los inspectores consignen en las actas y diligencias ( sentencia del Tribunal Constitucional 76/1980, en consonancia con reiterada jurisprudencia de esta Sala).

e) A su vez, las infracciones pueden deducirse, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1253 del Código Civil, cuando entre un hecho o hechos demostrados y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Dada la realidad imperante en el área social del trabajo resultaría prácticamente imposible la prueba de la existencia de una relación laboral encubierta si no se apreciara en virtud de unos hechos que inequívocamente acreditan su existencia ( sentencia de esta Sala de 11 de abril de 1995, recurso número 5903/1990)."

2.3 Así pues, siendo cierto que no es incompatible el trabajo por cuenta ajena con el trabajo autónomo, dado que se acredita la condición de funcionario del recurrente (y toda vez que la TGSS no ha cuestionado su dedicación, horario ni régimen presencial, ni solicitado prueba de informe al respecto de la administración a la que presta servicios) se alza una presunción de dedicación plena al mismo, con su esfuerzo, presencia y atención.

Por otra parte, la Inspección y la Administración en que se inserta se han dejado llevar por un automatismo vinculado a la mera personación del inspector y levantamiento del Acta sin haber acudido, como sería deseable, a una mínima labor de instrucción o indagación complementaria, como podría ser haber practicado prueba en vía administrativa encaminada a: que la Administración a la que presta servicios el recurrente certificase su régimen horario y de dedicación; que la entidad bancaria cuyo director declara que el trabajador figura como titular de la cuenta corriente, aclarase desde cuando figura con esta condición y si existen movimientos de cuenta o pagos cuya cuantía revelase si poseía poder gerencial o de mera administración; que se verificase



la duración, régimen horario y objeto del contrato del trabajador con las obligaciones que acompaña; que se hubiese girado alguna visita aleatoriamente para comprobar si al frente del local estaba el recurrente, etcétera. Una decisión con las consecuencias gravosas que se pretende debe estar fundada, bien en la percepción directa por el inspector de la labor de atención gerencial al establecimiento o bien en una labor instructora seria y concluyente.

Sin embargo, no es misión de los tribunales suplir la pasividad o insuficiencia probatoria de la Administración en vía administrativa ni jurisdiccional, por lo que debemos estar al poderoso dato de que, de forma extensa y abierta el recurrente ha aportado documentales y propuesto numerosas testificales para demostrar la realidad y entidad de la gestión cotidiana del negocio y la ausencia de labor directiva efectiva por parte del recurrente. Este esfuerzo probatorio colma la carga de disponibilidad y facilidad probatoria del art. 217 LEC, lo que unido a la valoración por la Sala del resultado de la prueba testifical admitida, nos lleva a considerar que el recurrente no ejerce la citada actividad de forma habitual personal y directa en relación con el negocio familiar.

Esta conclusión se nos ofrece bajo la sana crítica de los testimonios procedentes del policía local de Cangas de Onís, D. Pedro Miguel y D. Víctor Manuel, Juez de Paz de Parres, que poseen una posición cualificada como servidores públicos, en cuanto emiten su testimonio bajo elevadas dosis de imparcialidad y credibilidad. Por otra parte, descartamos que la puntual y distante labor de control del negocio familiar que ejerce el recurrente puede revestir la enjundia pretendida por la TGSS para convertirse en actividad sustancial propia de trabajador autónomo.

Ni la existencia de poder en favor de tercero supone excluir la función gerencial del titular ( STS de 6 de marzo de 2017, rec. 313/2015) ni la ausencia de poder supone incluirle necesariamente en la misma. El apoderamiento es un dato probatorio más a considerar en el conjunto de las pruebas practicadas. En efecto, la inexistencia de un poder general en favor del trabajador, D. Alejandro no puede convertirse en presunción de que la propiedad asume la potestad directiva constante, sino que dada la modesta naturaleza del negocio ("tienda de pesca el Gordo", de venta de artículos de pesca en Onís, atendido por un único trabajador) es más lógica la innecesariedad de formalización de tales facultades directivas en el trabajador, siendo más verosímil la facultad implícita del trabajador para las gestiones bancarias y relación con clientes y proveedores, sin perjuicio lógicamente de la natural facultad de decisión en las puntuales decisiones de mayor calado, inherentes a la titularidad del negocio, que por ese carácter residual y discontinuo, no pueden convertirse en factor determinante de obligaciones continuas de cotización a la Seguridad Social.

Por lo expuesto, valorando la amplia prueba documental y los testimonios del litigio que apuntan en dirección opuesta a la tesis de la Administración apoyada en el Acta de liquidación que a su vez se centra en declaraciones del afectado, que no son concluyentes ni pueden desorbitarse, es por lo que hemos de considerar que el recurrente no ejercía sus funciones en relación con la empresa de su titularidad de manera habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona como señala el art. 305.1 de la LGSS y el art. 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo autónomo. En consecuencia, hemos de estimar el presente recurso y declarar la invalidez del acto impugnado. Ello sin perjuicio, claro está, de que ello no supone blindar al recurrente para el futuro, ya que si distintas son las pruebas de la administración ante hechos y conductas futuras (evidentemente sin afectar a las aquí zanjadas), distinta puede ser la conclusión.

#### **TERCERO.- Costas**

No procede imponer las costas dado que la TGSS ha actuado ante serias dudas de hecho.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

#### **FALLO**

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Estimar el recurso contencioso- administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Rafael Cobián Gil Delgado, en nombre y representación de D. Carlos Ramón, frente a la Resolución de 26 de marzo de 2019, del Director Provincial de Asturias de la Tesorería General de la Seguridad Social (expte. NUM000), por la que se desestimó el recurso de alzada interpuesto por aquél contra la resolución de 27 de diciembre de 2018, por la que se dispuso el alta de oficio en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomo con fecha real de 1 de julio de 2015 y con efectos de 1 de julio de 2018.

Se declara la invalidez del acto impugnado. Sin costas.

Contra la presente resolución cabe interponer ante esta Sala, RECURSO DE CASACION en el término de TREINTA DIAS, para ser resuelto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo si se



denuncia infracción de legislación estatal o por esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Superior de Justicia si lo es por legislación autonómica. Dicho recurso deberá prepararse ante esta Sección en el plazo de treinta días a contar desde el siguiente al de su notificación, debiendo tenerse en cuenta respecto del escrito de preparación de los que se planteen ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo los criterios orientadores previstos en el Apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máximo y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE número 162 de julio de 2016).

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ