



Roj: **STSJ CV 2030/2017 - ECLI:ES:TSJCV:2017:2030**

Id Cendoj: **46250330052017100203**

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

Sede: **Valencia**

Sección: **5**

Fecha: **07/03/2017**

Nº de Recurso: **610/2015**

Nº de Resolución: **268/2017**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **EDILBERTO JOSE NARBON LAINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJCA, Alicante/Alacant, núm. 1, 05-06-2015,
STSJ CV 2030/2017**

RECURSO DE APELACION - 000610/2015

N.I.G.: 46250-33-3-2015-0005284

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD

VALENCIANA

SALA DE LO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

En la Ciudad de Valencia, siete de marzo de dos mil diecisiete.

VISTO por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana EN GRADO DE APELACION compuesta por:

Presidente :

Ilmo. Sr. D. Fernando Nieto Martín.

Magistrados Ilmos. Srs:

Dña. Rosario Vidal Mas.

D. Edilberto Narbón Laínez.

Dña. Begoña García Meléndez

SENTENCIA NUM:268/2017

En el recurso de apelación núm. AP- 50/2015, interpuesto como parte apelante por D. Arsenio , representado por el procurador Dña. MARIA IRENE TORMO MORATALLA y dirigida por el Letrado D. JAVIER GALLEGO SÁNCHEZ contra " Sentencia nº 232/2015, de 5 de junio de 2015, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Alicante , que desestima recurso que tenía por objeto la protección de los derechos fundamentales (art. 9 CE - derecho a la igualdad) que a juicio del apelante se había vulnerado en la resolución de 9.12.2014 dictada por la Dirección Provincial de Alicante de la Tesorería General de la Seguridad Social donde procede a la cancelación de la CCC de la Organización Nacional de Discapacitados Españoles y Europeos 03/1227614-16 y baja de los trabajadores dados de alta en esa cuenta".

Habiendo sido parte en autos como parte apelada TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, representada y dirigida por los SERVICIOS JURÍDICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL (Letrado D. José Antonio Martínez Lucas); MINISTERIO FISCAL en defensa de la legalidad, solicita se dicte sentencia de acuerdo con las pruebas existentes en el proceso y Magistrado ponente el Ilmo. Sr. D. Edilberto Narbón Laínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Dictada resolución que se ha reseñado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, la parte que se consideró perjudicó perjudicada por la resolución interpuso el correspondiente recurso de apelación. Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó al demandante para que formalizara la demanda, lo que verificó mediante escrito en que suplica se dicte sentencia declarando no ajustada a derecho la resolución recurrida.

SEGUNDO. - La representación de la parte apelada contestó el recurso, mediante escrito en el que solicitó se dictara sentencia por la que se confirmase la resolución recurrida.

TERCERO. - No Habiéndose recibido el recurso a prueba, quedó el rollo de apelación pendiente para votación y fallo.

CUARTO. - Se señaló la votación para el día siete de marzo de dos mil diecisiete.

QUINTO. - En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - En el presente proceso la parte apelante D. Arsenio , interpone recurso contra " Sentencia nº 232/2015, de 5 de junio de 2015, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Alicante , que desestima recurso que tenía por objeto la protección de los derechos fundamentales (art. 9 CE -derecho a la igualdad) que a juicio del apelante se había vulnerado en la resolución de 9.12.2014 dictada por la Dirección Provincial de Alicante de la Tesorería General de la Seguridad Social donde procede a la cancelación de la CCC de la Organización Nacional de Discapacitados Españoles y Europeos 03/1227614-16 y baja de los trabajadores dados de alta en esa cuenta".

SEGUNDO . -Para la resolución del caso examinado debemos partir de los siguientes elementos de hecho:

1. Con fecha 27 de marzo de 2014, se emite informe por la Subinspección de Empleo y Seguridad Social relativo a la empresa Organización Nacional de Discapacitados Españoles y Europeos (en adelante ONDEE), pone de relieve:

a. Todo el personal del centro de trabajo pertenece a la empresa ASERDISCA S.L, tras entrevista con los mismos y tras preguntar por los trabajadores de ONDEE, manifiestan que son vendedores de cupones de lotería, los trabajadores de ASERDISCA realizan actividades de administración, organización, supervisión y gestión relativas a la venta del cupón; así mismo, manifiestan que los trabajadores de ONDEE sólo realizan actividades de venta de lotería y no llevan a cabo ningún otro servicio social o actividad, que no tienen autorización al tener recurrida la denegación.

b. Al no poder realizar la comprobación documental por tenerla en Talavera de la Reina, se entrega requerimiento de comparecencia para el 6.5.2013 ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Se Inspección recibe carta de la Junta Directiva de la OID (Organización Impulsora de Discapacitados) señalando que no tienen cuenta de cotización en la provincia de Alicante, por tanto, no pueden facilitar documentación.

c. Ante esta eventualidad, la Subinspección de Trabajo se persona en las oficinas de Alicante Calle Capitán Segarra nº 24, vuelven a comprobar que sólo existen en las oficinas trabajadores de ASERDICA. Se entrega nuevo requerimiento a la Delegada para ambas empresas (OID y ASERDISCA) para el 5.12.2013. El resultado fue el levantamiento de acta con los siguientes elementos:

-- Respecto a la empresa ONDEE :

Tiene como única actividad la venta del cupón, a pesar de estar dado de alta en la TGSS con el CNAE -8212. Como si se tratase de una empresa dedica a prestación de servicios sociales sin alojamiento para personas con discapacidad, resultando claro que no es cierto.

En el momento de levantar el acta aparecen 18 trabajadores de alta (13 con contrato a tiempo parcial de media jornada, 2 con contrato a tiempo parcial de un cuarto de jornada y 3 a tiempo completo.

Se encuentra al día en el ingreso de las cuotas.

-- Respecto a la empresa ASERDICA

Tiene como objeto labores administrativas, de organización, de supervisión y gestión relativas a la venta del cupón efectuada por la empresa ONDEE.



Se ha dado de alta en el TGSS con el CNAE -6920- actividades de contabilidad, teneduría de libros, auditoría y asesoría fiscal.

No se aprecian irregularidades. Actualmente, aparecen 5 trabajadores de alta (director, tres trabajadores a tiempo completo y uno a media jornada).

Están al corriente en el ingreso de cuotas.

Ambas empresas comparten centro de trabajo y realizan labores complementarias, tiene el mismo autorizado en RED "DISCAPUBLICIDAD S.L." con domicilio en Calle Cerámica s/n, parcela 255 de Talavera de la Reina, la subinspección tiene la convicción de que allí se encuentra la base de toda la organización.

2. Con fecha 9 de diciembre de 2014, la Administración de la Tesorería General de la Seguridad Social 03/02 de Alicante dictó resolución por la que se acuerda la baja de oficio de Arsenio en la empresa ODEE debido a la cancelación de la misma, la actividad en todos los centros de trabajo es la venta de loterías, lo que es ilegal por carecer de autorización administrativa para ello.

3. Con fecha 9 de enero de 2015, se interpone recurso de alzada que es desestimado por la Administración.

4. No conforme con la decisión, interpone recurso contencioso administrativo ante los Juzgados de lo Contencioso Administrativo de Alicante por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, en concreto el art. 14 de la CE, el derecho a la igualdad y art. 22 derecho de asociación.

5. Turnado al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Alicante con el número (Derechos Fundamentales 107/2015), con fecha 5 de junio de 2015, se dicta sentencia 232/2015 desestimando el recurso. Frente a esta sentencia se interpone el presente recurso de apelación.

TERCERO . -Los argumentos del Juzgado para desestimar el recurso fueron los siguientes:

a. No existe vulneración del derecho a la igualdad del art. 14 de la Constitución, no se aporta término de comparación.

b. Ha quedado acreditado que la actividad de ONDEE no es legal y no coincide con el objeto declarado ante la Tesorería General de la Seguridad Social, no puede mantenerse la adscripción de trabajadores a un Código de Cuenta de Cotización inexistente.

c. Existe numerosa jurisprudencia de las diferentes Sala de lo Contencioso-Administrativo de los diferentes TSJ desestimando recursos similares al presente, así como, numerosas sanciones de la Generalidad Valenciana por venta ilegal de loterías sin autorización administrativa.

CUARTO . - El recurso de apelación se basa en la supuesta infracción:

a. Artículo 14 de la Constitución en relación con los artículos 9.2, 1.1, 22, 35 y 49 de la CE.

b. discriminación respecto a la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE).

QUINTO . -La sentencia del Juzgado para desestimar el recurso parte de una premisa: " *no puede haber vulneración del derecho a la igualdad ya que no se presenta termino de comparación para establecer que ha existido discriminación* ". La demanda sólo cita a la ONCE en relación con el art. 22 para afirmar que es la única legal, en cambio, pretende la comparación en el recurso de apelación. La sentencia de 27.1.2016 de la Sala Tercera Sección Segunda del Tribunal Supremo (STS 150/2016 - ECLI:ES: TS:2016:150-rec. 3735/2014 (fd 6), ha establecido con claridad la imposibilidad de plantear nuevos motivos en conclusiones, con mayor razón en un recurso de apelación (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Ruiz Torroja/España) de 9.12.2014):

(...) a) *Salvo alguna sentencia aislada en la que parecen equipararse, de un lado, los términos cuestión conpretensión y, de otro, los apartados 1 y 2 del artículo 65 LJCA (por todas, STS de 21 de noviembre de 2011, recurso 1662/2010, con cita de la STS de 14 julio 2010, (recurso 3924/2006), la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo es la que considera que el escrito de conclusiones tiene como finalidad ofrecer a las partes la posibilidad de hacer una crítica de la prueba practicada, y en relación a ésta concretar las alegaciones formuladas en sus escritos de demanda y contestación y combatir las formuladas por las demás partes, no siendo, en cambio, momento hábil para formular nuevas pretensiones, motivos de impugnación o cuestiones, no incurriendo la sentencia en incongruencia si no se pronuncia sobre tales cuestiones o motivos planteados en el escrito de conclusiones, incluso aunque se trate de motivos de inadmisibilidad de orden público procesal, como el acuerdo societario para recurrir (STS 8 de marzo del 2013, recurso 1489/2011) (...).*

Este prisma nos conduce a la desestimación del motivo



SEXTO . - Entrando en el fondo de las cuestiones planteadas, procede analizar en primer lugar el contenido y alcance del principio de igualdad recogido en el art. 14 de la Constitución Española (en adelante CE). El fundamento de derecho cuarto de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 198/2016, de 28 de noviembre de 2016 , sintetiza el principio de igualdad de la siguiente forma:

(...) el principio de igualdad "en la ley" impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales , con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable o resulte desproporcionada en relación con dicha justificación. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados, luego para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción deben ser proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos (entre muchas otras, SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3 ; 255/2004, de 23 de diciembre, FJ 4 ; 10/2005, de 20 de enero, FJ 5 ; 295/2006, de 11 de octubre, FJ 5 ; 83/2014, de 29 de mayo, FJ 7 , y 167/2016 , FJ 5) . (...)

Según el Alto Tribunal, los requisitos serían:

1. Que se trate de situaciones jurídicas iguales.
2. Que se produzca un trato desigual que carezca de justificación o resulte desproporcionada.
3. Que se funde en criterios objetivos y razonables, es decir, que sea lícita la diferencia de trato.
4. Que no se produzcan resultados desproporcionados.

Además de lo expuesto, tiene declarado el Tribunal Constitucional que no existe el derecho a la igualdad en la ilegalidad. En nuestro caso:

1. La Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, en su Título III, lleva como rúbrica "títulos habilitantes", somete a autorización previa el ejercicio de juego sobre actividades no reservadas. El juego en materia de discapacitados en España lo ejerce la ONCE (disposición adicional segunda), la empresa apelante carece de licencia o autorización para celebrar cualquier tipo de juego.
2. Existen decenas de sentencias que desde diferente perspectiva han constatado la ilegalidad de la actividad de la entidad apelante con base a la carencia de título habilitante, tal como exige la Ley de regulación del juego.
3. La Administración observa que la entidad apelante está dada de alta en la Seguridad Social por concepto que no corresponde a su actividad, la reacción legal es la cancelación de la cuenta, sin que ello suponga discriminación de ningún tipo.

SÉPTIMO . -Respecto de otros derechos citados por el demandante-apelante:

1. Libertad de asociación (art. 22 de la Constitución), no vemos el mínimo atisbo de vulneración de este precepto.
2. El derecho al trabajo art. 35 CE , art. 41 CE (los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social. No entran dentro del procedimiento especial del art. 53.2 de la Constitución .

Se desestima el recurso.

OCTAVO .-De conformidad con el art. 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, procede hacer imposición de costas que se limitan a 1200 ? por todos los conceptos.

Vistos los artículos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Desestimar el recurso planteado por D. Arsenio , contra " Sentencia nº 232/2015, de 5 de junio de 2015, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº de 1 Alicante, que desestima recurso que tenía por objeto la protección de los derechos fundamentales (art. 9 CE -derecho a la igualdad) que a juicio del apelante se había vulnerado en la resolución de 9.12.2014 dictada por la Dirección Provincial de Alicante de la Tesorería General de la Seguridad Social donde procede a la cancelación de la CCC de la Organización Nacional de Discapacitados Españoles y Europeos 03/1227614-16 y baja de los trabajadores dados de alta en esa cuenta".

Todo ello con expresa condena en costas.



A su tiempo y con certificación literal de la presente, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Alicante, para el cumplimiento y ejecución de la presente sentencia.

Esta Sentencia no es firme y contra ella cabe, conforme a lo establecido en los artículos 86 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo o, en su caso, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. 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 máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE número 162 de 6 de julio de 2016).

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION. - Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente del presente recurso, estando celebrando Audiencia Pública esta Sala, de la que, como Secretaria de la misma, certifico,

9

FONDO DOCUMENTAL CEJUDOS