

LOS ACTOS DE ENCUADRAMIENTO EN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD
SOCIAL Y LA INTANGIBILIDAD DE LAS COMPETENCIAS DE LA
TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Disertación de ingreso de D. Emilio Ablanedo Reyes, Letrado de la Administración de la Seguridad Social, como académico correspondiente en la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia, pronunciada en sesión pública y solemne en el salón de actos del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo el día 11 de octubre de 2021.

Excelentísimo señor presidente de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia,
excelentísimos e ilustrísimos señores académicos,
señoras y señores:

Gilbert Keith Chesterton decía que la gratitud es la forma más elevada de pensamiento y la felicidad doblada por el asombro. Y estos sentimientos son los que me impelen a comenzar esta disertación agradeciendo efusivamente el inmenso honor que se me brinda al admitirme en esta magnífica corporación integrada por juristas de tan extraordinario prestigio. Muchas gracias a su Excmo. Sr. Presidente y catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo, D. Leopoldo Tolivar Alas, por su respaldo para esta designación. Estimado Leopoldo, tuve la dicha de haber sido tu alumno en la Facultad de Derecho y siempre te he considerado el referente a seguir en mis actividades docentes. También quiero expresar mi agradecimiento al eminente jurista, escritor y articulista, el Excmo. Sr. D. Javier Junceda Moreno, por su amistad y apoyo, y a todos los excelentísimos e ilustrísimos académicos de número que han aceptado por unanimidad que esté hoy aquí con todos ustedes.

A lo largo de mi carrera profesional al servicio de las Administraciones públicas siempre he tenido la ilusión de servir al bien común y al derecho y espero seguir haciéndolo desde la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia. Chesterton era apodado el “príncipe de las paradojas” y quizá le hubiera hecho sonreír que algunos de mis modestos servicios como Subdelegado del Gobierno en Barcelona y Tarragona para hacer cumplir la ley, que probablemente hayan sido apreciados para mi incorporación a esta Academia, fueran precisamente los que motivaron la animosidad de los responsables de algunas Administraciones públicas catalanas rendidas al interés particular.

Estoy muy feliz de ingresar en esta ilustre entidad porque supone un enorme prestigio que me ofrece la incomparable oportunidad de colaborar con sus doctos integrantes y aprender de ellos. Además, en cierta medida, supone volver definitivamente a casa, retornar a mi Asturias patria querida tan añorada desde la obligada distancia. Muchas gracias por todo ello.

Mi disertación lleva por título “Los actos de encuadramiento en el Sistema de la Seguridad Social y la intangibilidad de las competencias de la Tesorería General de la Seguridad Social”. He decidido tratar esta materia en una ocasión tan especial motivado por mi experiencia práctica como Letrado de la Administración de la Seguridad Social en el Servicio Jurídico Delegado Central de la Tesorería General de la Seguridad Social, y por mi preocupación ante lo que considero restricciones injustificadas de las competencias de encuadramiento de este servicio común.

Mi exposición se compone de los siguientes apartados:

- I- Sucinta descripción de la Tesorería General de la Seguridad Social.
- II- Delimitación conceptual de los actos de encuadramiento.
- III- Competencia exclusiva de la Tesorería General de la Seguridad Social para dictar los actos de encuadramiento.
- IV- Delimitación competencial entre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Jurisdicción Social para conocer de la materia de Seguridad Social.
- V- Competencia objetiva de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer de los actos de encuadramiento.
- VI- El procedimiento de oficio.
- VII- Limitaciones a la revisión de oficio de los actos de encuadramiento.
- VIII- Problemática suscitada por el encuadramiento de los funcionarios interinos del Ministerio de Justicia.
- IX- Conclusiones.

I

Sucinta descripción de la Tesorería General de la Seguridad Social

Según el artículo 74 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, la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante TGSS) es un servicio común de la Seguridad Social, adscrito al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, con personalidad jurídica propia, donde por aplicación de los principios de solidaridad financiera y caja única, se unifican todos los recursos económicos y la administración financiera del Sistema de la Seguridad Social.

Su calificación de servicio común obedece a que es un organismo encargado de la gestión de determinadas funciones comunes a las distintas entidades gestoras del Sistema de la Seguridad Social.

Específicamente se atribuyen a la TGSS competencias en las siguientes materias:

- La inscripción de empresas.
- La afiliación, altas y bajas de los trabajadores.
- La gestión y control de la cotización y de la recaudación de las cuotas y demás recursos de financiación del Sistema de la Seguridad Social.
- El aplazamiento o fraccionamiento de las cuotas de la Seguridad Social.
- La titularidad, gestión y administración de los bienes y derechos que constituyen el patrimonio único de la Seguridad Social, sin perjuicio de las facultades que las entidades gestoras de la Seguridad Social, las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria tienen atribuidas.
- La organización de los medios y el diseño y gestión de los procesos necesarios para el ingreso de las cuotas y demás recursos financieros del Sistema de la Seguridad Social.
- La ordenación del pago de las obligaciones de la Seguridad Social y la distribución en el tiempo y en el territorio de las disponibilidades dinerarias para satisfacer puntualmente dichas obligaciones.

- La organización y gestión del circuito financiero que canalice las disponibilidades y movimientos relativos a los recursos del Sistema, conforme a las necesidades de gestión de la Seguridad Social.
- La gestión de la función reaseguradora de accidentes de trabajo.
- La gestión del Fondo de Reserva de la Seguridad Social.
- La liquidación de los capitales coste a constituir por mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y empresas declaradas responsables del pago de prestaciones.

Sus competencias fundamentales están reguladas, entre otras, en las siguientes normas:

- La Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, (B.O.E. de 31 de octubre de 2015).
- El Reglamento General sobre inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero (B.O.E. de 27 de febrero de 1996).
- El Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre (B.O.E. de 25 de enero de 1996).
- El Reglamento General de recaudación de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio (B.O.E. de 25 de junio de 2004).
- El Real Decreto 1314/1984, de 20 de junio, por el que se regula la estructura y competencias de la Tesorería General de la Seguridad Social (B.O.E. de 11 de julio de 1984).

Además, en tanto que la TGSS es una Administración pública, le resultan de aplicación:

- La Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (B.O.E. de 2 de octubre de 2015).
- La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (B.O.E. de 2 de octubre de 2015).

II

Delimitación conceptual de los actos de encuadramiento

Los actos de encuadramiento son actos administrativos por los que se formaliza la relación con la Seguridad Social. La competencia sobre estos actos es una de las más relevantes de la TGSS.

La inclusión de los sujetos protegidos en el Sistema de la Seguridad Social está motivada por la realización de alguna de las actividades profesionales que se comprenden normativamente en su campo de aplicación, en lo que respecta al nivel de protección contributivo, o por encontrarse en alguna de las situaciones de necesidad que justifican la protección no contributiva. A través de estos actos de encuadramiento la TGSS declara con carácter exclusivo que los sujetos protegidos se encuentran amparados por el Sistema de la Seguridad Social y determina el régimen específico de protección en atención a la actividad realizada y a la normativa aplicable. Son actos administrativos instrumentales, de naturaleza censal, que constituyen el mecanismo a través del cual se declara la existencia de la relación de Seguridad Social y sus características fundamentales, con los consiguientes efectos en cuanto a la articulación de la acción protectora y al reconocimiento de derechos a cargo del Sistema, así como la determinación de las obligaciones y responsabilidades que deben asumir los diferentes sujetos que intervienen en la relación de Seguridad Social.

Bajo la denominación de actos de encuadramiento se incardinan aquellos actos regulados en el Reglamento General sobre inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, a saber, la inscripción de empresas, la apertura de cuentas de cotización y la afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de las personas incluidas en el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, tal y como resulta de su artículo 1; la formalización del documento de asociación, la tarificación y la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal, tal y como resulta de su artículo 14; y la asignación de número de Seguridad Social conforme a su artículo 21. Motivan el encuadramiento en el Sistema no solo los antedichos actos sino también los convenios especiales, que son acuerdos

suscritos voluntariamente por los trabajadores con la TGSS con el fin de generar, mantener o ampliar, en determinadas situaciones, el derecho a las prestaciones de la Seguridad Social, con la obligación de abonar a su exclusivo cargo las cuotas que correspondan.

En otros casos, como en el convenio especial de empresas y trabajadores sujetos a expedientes de regulación de empleo que incluyan a trabajadores de 55 o más años, el acuerdo se suscribe por la empresa y el trabajador de una parte y la TGSS de otra.

Estos instrumentos jurídicos están regulados en la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre (B.O.E. de 18 de octubre de 2003).

Se discute por la doctrina si los actos de encuadramiento tienen una naturaleza constitutiva o simplemente declarativa de la relación de Seguridad Social. Autores como Alonso Olea, Tortuero Plaza y Almansa Pastor sostienen su naturaleza constitutiva. Sin embargo, otros como De la Villa Gil y Desdentado Bonete afirman que son simples obligaciones accesorias de las relaciones de cotización y protección.¹

Se debate, en definitiva, si la relación jurídica con la Seguridad Social es creada por el acto administrativo de encuadramiento o si esta relación es preexistente y el efecto del acto administrativo es el simple reconocimiento, la mera declaración y constatación de la relación con la Seguridad Social. La respuesta a esta cuestión no solo tiene una relevancia doctrinal o dogmática sino que es susceptible de condicionar las respuestas a las diferentes problemáticas jurídicas derivadas de los actos de encuadramiento.

Nos inclinamos por otorgar a estos actos una naturaleza declarativa y no constitutiva. La relación jurídica de Seguridad Social ya existe *ope legis* por realizarse las actividades comprendidas en el campo de aplicación de los diferentes regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social aunque no se hayan materializado los actos de encuadramiento. Desde este momento el trabajador se va a convertir en un potencial acreedor de prestaciones de la Seguridad Social, comenzará el devengo de cuotas, el empresario es susceptible de incurrir en múltiples responsabilidades, incluidas las pres-

1. Iglesias Cabero, Manuel: "Algunas variantes del encuadramiento en el Sistema de la Seguridad Social." - Núm. 39, Noviembre 2002 - Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración - Libros y Revistas - VLEX 176001 pags. 21 a 37.

tacionales, etcétera. En este sentido se debe atender a las implicaciones que conlleva el mecanismo de la automaticidad absoluta de prestaciones, o alta de pleno derecho, estatuido en el artículo 166.4 de la Ley General de la Seguridad Social que se refiere a las situaciones asimiladas a la de alta.²

Por consiguiente, un trabajador que hubiera comenzado a prestar sus servicios sin tramitar el preceptivo encuadramiento ante la TGSS no por ello está desprotegido por el Sistema cuyo paraguas protector ya se activa automáticamente por la sencilla razón de realizar una actividad profesional en los términos reseñados en la regulación del campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social, según el artículo 7 de la Ley General de la Seguridad Social. Conlleva el derecho del beneficiario a recibir la protección correspondiente sin necesidad de justificar el cumplimiento de requisitos tales como la afiliación, el alta o la cotización previa. Por tanto, se tiene derecho a las prestaciones, en los supuestos de protección de las contingencias derivadas de accidente de trabajo, enfermedad profesional, desempleo, así como a la asistencia sanitaria por accidente no laboral, enfermedad común y maternidad, aunque el empresario hubiera incumplido sus obligaciones.

Entendemos que la naturaleza declarativa de los actos de encuadramiento también se deduce, entre otros, del artículo 35.2 del Real Decreto 84/1996 según el cual la mera solicitud de la baja y el reconocimiento de la misma no extinguirá la obligación de cotizar ni producirá los demás efectos de aquélla si continuase la prestación del trabajo o el desarrollo de la actividad o situación correspondiente.

De estos artículos se infiere que la relación de Seguridad Social ya se constituye por la concurrencia de estas circunstancias fácticas, con independencia de que haya sido declarada, o no, por la TGSS. Cuestión diferente es que se puedan deducir efectos y responsabilidades particulares por la inexistencia del debido acto administrativo de encuadramiento. En este sentido resulta paradigmático que se reconozcan importantes prestaciones económicas del Sistema a trabajadores extranjeros en situación irregular en España, derivadas de accidentes de trabajo sufridos en la actividad profesional que esta-

2. 166.4 LGSS: “Los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen General se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, aunque su empresario hubiera incumplido sus obligaciones. Igual norma se aplicará a los exclusivos efectos de la asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral.”

ban realizando clandestinamente. Se convierten en beneficiarios del Sistema por aplicación de principios como el de la automaticidad absoluta de prestaciones antes mencionado, a pesar de que la TGSS no había realizado ningún acto previo de encuadramiento por desconocer su presencia en territorio nacional. Estos trabajadores en situación irregular ni siquiera son afiliados después de reconocérseles una prestación por considerárseles en alta de pleno derecho y simplemente se les otorga un número de Seguridad Social a efectos identificativos. También es revelador el último párrafo del artículo 42.2 del RD 84/1996 tras su modificación por el RD 1041/2005, de 5 de septiembre (B.O.E. de 16 de septiembre de 2005).³ A pesar de su defectuosa redacción, este artículo evidencia que lo realmente transcendente para la existencia de la relación de Seguridad Social contributiva es la realización de la actividad profesional con independencia de que haya sido declarada, o no, a través de los actos de encuadramiento.

Esta es la concepción admitida en el ámbito comunitario por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 15 de diciembre de 1976 (ECLI:EU:C:1976:181) que ha destacado la naturaleza declarativa de los actos de encuadramiento por considerar que “la calidad de trabajador en el sentido a que se refiere el Reglamento 1408/71 se debe considerar como adquirida desde el momento en que el trabajador cumpla las condiciones materiales objetivamente fijadas por el régimen de Seguridad Social que le sea aplicable, aun cuando no se hubieran realizado las gestiones necesarias para la afiliación a este régimen”.⁴

La redacción de otros artículos del RD 84/1996 avala esta interpretación. Por ejemplo, los artículos 6 y 7 establecen que mediante el acto administrativo de afiliación y alta la Tesorería General de la Seguridad Social “reconoce” a una persona la condición de incluida en el Sistema de la Seguridad Social y en alguno de sus regímenes respectivamente, lo que parece atender a la naturaleza meramente declarativa y no constitutiva de estos actos.⁵

3. "Los extranjeros que, precisando de autorización administrativa previa para trabajar, desempeñen una actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la ley."

4. Iglesias Cabero, Manuel: "Algunas variantes del encuadramiento en el Sistema de la Seguridad Social." Revista Del Ministerio de Trabajo E Inmigración Núm. 39, Noviembre 2002. P.22.

III

Competencia exclusiva de la Tesorería General de la Seguridad Social para dictar los actos de encuadramiento

El encuadramiento se materializa a través de un acto administrativo cuya competencia corresponde únicamente a la TGSS. Es muy importante tener presente que la competencia en materia de actos de encuadramiento es exclusiva de este servicio común, cualquiera que sea el modo a través del cual haya podido tener conocimiento de los hechos que motivan estos actos, sin perjuicio de la colaboración del Instituto Social de la Marina en la gestión de las materias del RD 84/1996 respecto de los trabajadores del mar, por mor de lo dispuesto en la disposición adicional 2ª de dicho texto normativo.

El fundamento de esta competencia es claro e indubitado y se encuentra en las siguientes normas:

* El artículo 1 del Real Decreto 1314/1984, de 20 de junio, que regula la estructura y competencias de la Tesorería General de la Seguridad Social.⁶

* Los artículos 3, 7, 29 y 32 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero.⁷

En muchas ocasiones los actos de encuadramiento de la TGSS se basan en una actuación previa de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. La actuación inspectora puede dar lugar a la formulación de requerimientos y al levantamiento de actas de liquidación y/o infracción. No obstante, es primordial reseñar la autonomía jurídica de los actos de encuadramiento con respecto a estos actos previos de la Inspección, a pesar de sus interrelaciones. Lo que realmente motiva la actuación de oficio de la TGSS, al amparo del artículo 20 del RD 84/1996, no son las actas de dicha Inspección sino las comunicaciones que paralelamente le remite para que este servicio

5. "Artículo 6. La afiliación al sistema de la Seguridad Social.

1. Mediante el acto administrativo de afiliación, la Tesorería General de la Seguridad Social reconoce la condición de incluida en el sistema de la Seguridad Social, con los efectos establecidos en la Ley, a la persona física que por vez primera realiza una actividad determinante de su inclusión en el ámbito de aplicación del mismo.

Artículo 7. El alta en los Regímenes del sistema de la Seguridad Social.

1. Mediante el acto administrativo de alta, la Tesorería General de la Seguridad Social reconoce a la persona, que inicia una actividad o se encuentra en una situación conexas con la misma, su condición de comprendida en el campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social que proceda en función de la naturaleza de dicha actividad o situación, con los derechos y obligaciones correspondientes."

común acuerde el encuadramiento adecuado en base a las circunstancias fácticas que se ponen en su conocimiento. Estas comunicaciones son uno de los cauces a través de los cuales la TGSS puede tener noticia de los hechos que motivan las actuaciones de encuadramiento, pero existen otros, como resulta del citado artículo 20 del RD 84/1996, y, por tanto, la actuación de oficio de la TGSS no está indefectiblemente unida a la actuación previa de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.⁸

También pudiera ocurrir que las actas a que diera lugar la actuación inspectora se anulasen por razones formales, sin que se hubieran desacreditado los hechos que les sirven de fundamento y que motivaron la actuación de oficio de la TGSS. En estos casos el servicio común puede y debe mantener los actos de encuadramiento cursados de oficio a pesar del decaimiento de las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Cuestión distinta es que judicialmente resulten negados los hechos reflejados por

6. Artículo 1. Naturaleza y atribuciones.

1. A la Tesorería General de la Seguridad Social, servicio común de la Seguridad Social dotado de personalidad jurídica, le compete la gestión de los recursos económicos y la administración financiera del sistema, en aplicación de los principios de solidaridad financiera y caja única.

Específicamente se atribuye a la Tesorería General competencia en las siguientes materias:

a) La inscripción de empresas y la afiliación, altas y bajas de los trabajadores.

7. Artículo 3 Funciones atribuidas a la Tesorería General de la Seguridad Social

1. Corresponden a la Tesorería General de la Seguridad Social las funciones de dirección, formulación de propuestas al Ministerio de Trabajo e Inmigración y, en general, ejecución y control directos de la gestión en orden a la inscripción de empresas, apertura de cuentas de cotización, formalización de la cobertura y tarificación respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en los términos establecidos en este reglamento, así como la toma de razón de la extinción de las empresas y la instrumentación de la afiliación, altas y bajas de los trabajadores o asimilados, variaciones de datos de unas y otros y asignación del número de la Seguridad Social a los ciudadanos.

Artículo 7. El alta en los Regímenes del sistema de la Seguridad Social

1. Mediante el acto administrativo de alta, la Tesorería General de la Seguridad Social reconoce a la persona que inicia una actividad o se encuentra en una situación conexas con la misma, su condición de comprendida en el campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social que proceda en función de la naturaleza de dicha actividad o situación, con los derechos y obligaciones correspondientes.

Artículo 29. Formas de promover las altas y bajas de los trabajadores

1. Las altas y bajas de los trabajadores en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda se solicitarán a nombre de cada trabajador y se promoverán ante la Tesorería General de la Seguridad Social en cualquiera de las formas previstas para la afiliación en el artículo 23 de este Reglamento...

Artículo 32. Forma, lugar y plazo de las solicitudes de altas, bajas y variaciones de datos

1. Las solicitudes para el alta de los trabajadores, bien solas, si se tratare de altas sucesivas, o bien juntamente con las solicitudes de afiliación, si se tratare de altas iniciales, deberán ir dirigidas a la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administraciones de la misma en la provincia en que esté domiciliada la empresa a la que preste sus servicios el trabajador por cuenta ajena o asimilado o en la que radique el establecimiento o, en su defecto, tenga su domicilio el trabajador por cuenta propia.

Las solicitudes para la baja y variaciones de datos de trabajadores deberán dirigirse a la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración de la misma en que aquéllos hayan sido dados de alta.

la actuación inspectora y que fueron notificados a la TGSS para que esta procediera de oficio. Esto, en principio, conllevaría también la anulación de los actos de encuadramiento.

IV

Delimitación competencial entre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Jurisdicción Social para conocer de la materia de Seguridad Social

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial regula en los apartados 4 y 5 de su artículo 9 y en sus artículos 24 y 25 una distribución competencial entre el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y el orden social de la materia propia de Seguridad Social.⁹

En concreto, el artículo 9.5 de la LOPJ atiende como criterio delimitador de la competencia a que la pretensión verse sobre una materia propia de la Seguridad Social, más que a la naturaleza de los sujetos que intervienen en la litis. Pero se produce la circunstancia de que las reclamaciones en materia de Seguridad Social, cuyo conocimiento está atribuido generalmente a la Jurisdicción Social, son resueltas por las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social que son administraciones públicas sujetas al derecho administrativo y, por tanto, también susceptibles de ser enjuiciadas por el orden contencioso-administrativo según el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ).

Como vemos, la distribución competencial para conocer de las pretensiones en materia de Seguridad Social, particularmente del enjuiciamiento de los actos de encuadramiento, no está ni mucho menos definida en esta Ley Orgánica. Por una parte se atiende a un criterio material (que el objeto de la litis sea una materia propia de la Seguridad Social) para atribuir la competencia a la Jurisdicción Social. Por otra se considera un criterio

8. "Artículo 20. Actuación de oficio.

1. Cuando, por los datos obrantes en la Tesorería General de la Seguridad Social, por los existentes en las entidades gestoras de la misma o como consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o por cualquier otro procedimiento, dicha Tesorería General tuviese conocimiento del incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos precedentes por parte del empresario, la misma procederá de oficio a realizar las actuaciones correspondientes para la inscripción de la empresa, la formalización de la protección frente a las contingencias profesionales o para la toma de razón de las circunstancias a que se refiere el apartado 3 del artículo 5 de este Reglamento y dará cuenta al empresario de su actuación a los efectos procedentes."

formal (que intervengan en la litis Administraciones públicas) para atribuir la competencia al orden contencioso-administrativo.

A esta confluencia de distintos criterios delimitadores se añade la dificultad de que ni la Ley General de la Seguridad Social ni el resto de nuestra legislación positiva recoge un concepto claro y preciso de Seguridad Social. Por tanto, ha de ser el legislador ordinario el que determine el conocimiento por uno u otro de los órdenes jurisdiccionales de las reclamaciones que se planteen en este impreciso ámbito. Veremos cómo se ha optado por una distribución competencial entre ambos órdenes jurisdiccionales que genera distintos problemas.¹⁰

El legislador ordinario efectúa la distribución competencial en el artículo 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS).¹¹ En principio, de este artículo parece extraerse una delimitación competencial tanto formal como material para atraer al orden social el enjuiciamiento de todas las materias propias de la Seguridad Social puesto que le atribuye competencia en materia prestacional y la letra s) podría amparar el resto de pretensiones en esta materia en base al criterio de atribución competencial basado tanto en la materia como en el sujeto que conoce de la pretensión.

Sin embargo, en el artículo 3 de la LRJS excluye parte de las materias propias de la Seguridad Social, entre ellas al encuadramiento, del conocimiento de esta jurisdicción. Y en la regulación que ofrece la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la

9. Artículo 9.

4. Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo...

5. Los del orden jurisdiccional social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral.

Artículo 24.

En el orden contencioso-administrativo será competente, en todo caso, la jurisdicción española cuando la pretensión que se deduzca se refiera a disposiciones de carácter general o a actos de las Administraciones Públicas españolas. Asimismo conocerá de las que se deduzcan en relación con actos de los poderes públicos españoles, de acuerdo con lo que dispongan las leyes.

Artículo 25.

En el orden social, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes:

3.º En materia de pretensiones de Seguridad Social frente a entidades españolas o que tengan domicilio, agencia, delegación o cualquier otra representación en España.

10. LASAOSA IRIGOYEN, E., «La extensión de la Jurisdicción Social en materia de Seguridad Social en el presente», en REDT, núm. 159, julio-septiembre 2013, pág. 155.

Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante LJCA) se establece en su artículo 1 que “Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo...”, lo que podría avalar una atribución competencial genérica a este orden jurisdiccional de las pretensiones esgrimidas frente a las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social.

Además, en su artículo 4 regula la posibilidad de conocimiento prejudicial de los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo.¹³

Parece ser que es solamente la exclusión competencial que efectúa el artículo 3 de la LRJS la que supone la excepción a la atribución general de las materias propias de la Seguridad Social a la Jurisdicción Social aunque la previsión competencial genérica del artículo 1 de la LJCA permitiría que fuera también la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la que conociera del conjunto de estas cuestiones y no solo de las expresamente indicadas en el artículo 3 de la LRJS.

El antecedente de esta exclusión del enjuiciamiento de los actos de encuadramiento de la Jurisdicción Social se encuentra en la reforma del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril,

11. Artículo 2. Ámbito del orden jurisdiccional social.

Los órganos jurisdiccionales del orden social, por aplicación de lo establecido en el artículo anterior, conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan:

o) En materia de prestaciones de Seguridad Social, incluidas la protección por desempleo y la protección por cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia, así como sobre la imputación de responsabilidades a empresarios o terceros respecto de las prestaciones de Seguridad Social en los casos legalmente establecidos. Igualmente las cuestiones litigiosas relativas a la valoración, reconocimiento y calificación del grado de discapacidad, así como sobre las prestaciones derivadas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, teniendo a todos los efectos de esta Ley la misma consideración que las relativas a las prestaciones y los beneficiarios de la Seguridad Social

s) En impugnación de actos de las Administraciones públicas, sujetos a derecho administrativo y que pongan fin a la vía administrativa, dictadas en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia de Seguridad Social, distintas de las comprendidas en el apartado o) de este artículo, incluyendo las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en esta materia y con excepción de las especificadas en la letra f) del artículo 3.

12. “Artículo 3. Materias excluidas.

No conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social:

f) De las impugnaciones de los actos administrativos en materia de Seguridad Social relativos a inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores, así como en materia de liquidación de cuotas, actas de liquidación y actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas y con respecto a los actos de gestión recaudatoria, incluidas las resoluciones dictadas en esta materia por su respectiva entidad gestora, en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta con las cuotas de Seguridad Social y, en general, los demás actos administrativos conexos a los anteriores dictados por la Tesorería General de la Seguridad Social; así como de los actos administrativos sobre asistencia y protección social públicas en materias que no se encuentren comprendidas en las letras o) y s) del artículo 2.”

por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, que atribuyó la competencia de la impugnación de los actos de encuadramiento a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa dando al artículo 3 de la Ley de Procedimiento Laboral un redacción que pasaría a la vigente LRJS.

Esta distribución competencial divide la materia propia de Seguridad Social distinguiendo por una parte los actos de encuadramiento, cotización y recaudación, enjuiciados por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, del resto de cuestiones que tienen una relación más directa e inmediata con las prestaciones del Sistema. La TGSS tiene atribuida la competencia respecto a los primeros mientras que el Instituto Nacional de la Seguridad Social reconoce la mayoría de las prestaciones del Sistema. En ambos casos, sin perjuicio de las competencias de las otras entidades gestoras y organismos autónomos que intervienen en la gestión de las prestaciones y colaboran con la TGSS.

Como hemos visto al analizar la LOPJ, no existe un fundamento consistente para esta distribución competencial que ha hecho el legislador ordinario. Según dicha ley, podría atribuirse el conocimiento de todas estas cuestiones al orden social adoptando un criterio delimitador de índole material, atendiendo al contenido de los actos enjuiciados sin que ello implique contradicción alguna con dicha Ley Orgánica ni con la Constitución Española. Se trata, por tanto, de una cuestión de política legislativa.

Parece ser que el legislador ordinario ha optado por esta distribución competencial partiendo de razones poco concluyentes. Se ha querido residenciar ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa las pretensiones ejercitadas respecto a los actos de encuadramiento, cotización y recaudación atendiendo a que son actos administrativos emanados de una Administración pública, en este caso la Tesorería General de la Seguridad Social y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y sujetos al derecho administrativo.

Específicamente en el preámbulo del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por

13. “Artículo 4.1. La competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se extiende al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter constitucional y penal y lo dispuesto en los Tratados internacionales.

2. La decisión que se pronuncie no producirá efectos fuera del proceso en que se dicte y no vinculará al orden jurisdiccional correspondiente.

el que se aprueba el Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, se destaca que “tanto los actos recaudatorios como los actos liquidatorios se presentan como actos derivados o producidos por una Administración pública, que actúa en uso de potestades directamente derivadas de la soberanía estatal y aplicando normas pertenecientes al llamado Derecho Público Laboral y Social, puesto que de dichas potestades deriva lo mismo la facultad de liquidar las deudas públicas como la de llevar a efecto su recaudación...” para justificar así su enjuiciamiento por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Pero idéntica naturaleza tienen los actos de gestión de prestaciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante INSS) cuya impugnación se residencia ante la Jurisdicción Social. También son actos administrativos, emanados de una Administración pública con personalidad jurídica propia y diferenciada, y sujetos al Derecho Administrativo.

Igualmente se ha aludido al carácter sustitutivo de las rentas salariales que tendrían las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social para justificar la mencionada distribución competencial, lo que avalaría de alguna manera la incardinación de las pretensiones formuladas al respecto ante la Jurisdicción Social.

En cualquier caso, no cabe la menor duda de que todas estas materias forman parte de la Seguridad Social, con independencia de que puedan tener un carácter instrumental y de que la competencia esté atribuida a la TGSS o al INSS. Y también está claro que toda esta normativa tiene un contenido propio del derecho administrativo dado el carácter público de nuestro Sistema de la Seguridad que se deriva del artículo 41 de la Constitución, de su regulación por normas imperativas y de derecho necesario y de su gestión por parte de entidades gestoras y servicios comunes que tienen naturaleza de Administraciones públicas.

Estas distinciones entre actos instrumentales en materia de Seguridad Social y actos prestacionales son más propias de ámbitos académicos y doctrinales que del funcionamiento práctico del Sistema, sin que exista razón jurídica consistente que justifique este reparto entre jurisdicciones con la consiguiente problemática propia de estas zonas grises de delimitación competencial. La principal prueba de este aserto es que la distribución competencial entre uno y otro orden jurisdiccional ha variado con el tiempo. Originalmente estas diferencias obedecían a la descentralización funcional de la

gestión de las prestaciones mientras que los actos recaudatorios quedaron retenidos por los respectivos ministerios. Posteriormente también se produjo la descentralización funcional de estos otros actos instrumentales junto con los de encuadramiento pero se mantuvo la escisión entre órdenes jurisdiccionales. La jurisprudencia nunca ha conseguido establecer una distinción nítida entre ambos órdenes sobre la materia de Seguridad Social que tiene una naturaleza única y que desde esta perspectiva procesal consideramos artificialmente escindida sin razones sólidas para ello.

Y es que la gestión de las prestaciones está condicionada previamente por los actos de encuadramiento en el Sistema y también por lo que se haya cotizado. Y la responsabilidad prestacional del empresario puede conllevar el ejercicio de las competencias recaudatorias de la TGSS previa determinación del capital-coste que le pueda ser exigido. Y en el supuesto de que se produzca la imposición de un recargo de prestaciones, se producirá la intervención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social en unos procedimientos complejos destinados a determinar dicha responsabilidad, cuantificarla y exigir las oportunas cantidades en que se hayan cifrado las consecuencias de los incumplimientos empresariales, de conformidad con lo regulado en el artículo 164 de la Ley General de la Seguridad Social.

V

Competencia objetiva de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer del enjuiciamiento de los actos de encuadramiento

Tras la atribución a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del conocimiento de las pretensiones ejercitadas contra la TGSS por sus actos de encuadramiento, se suscitaron importantes dudas y contradicciones en relación a la competencia objetiva para conocer de estas acciones.

Tras la entrada en vigor de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, que residenció el conocimiento de estas pretensiones ante el orden contencioso-administrativo, los diferentes Juzgados y Tribunales han procedido con una asombrosa disparidad para afirmar o denegar su competencia objetiva que, realmente, corresponde a las Salas de lo Contencioso-

Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia. Y en los Juzgados también había divergencias muy notables en cuanto a su tramitación por el procedimiento ordinario o abreviado así como sobre la posibilidad de recurso de apelación frente a sus sentencias.

La Dirección del Servicio Jurídico de la Seguridad Social emitió un criterio de actuación para que los Letrados de la Administración de la Seguridad Social impugnaran la competencia del resto de órganos judiciales para conocer de los actos de encuadramiento. Así, hemos contribuido a poner fin a la falta de uniformidad de los pronunciamientos de los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo sobre su competencia para conocer de los recursos interpuestos contra las resoluciones dictadas sobre encuadramiento de trabajadores.

La fundamentación jurídica de esta atribución competencial atiende a que corresponde a las direcciones provinciales de la TGSS pronunciarse sobre los actos de encuadramiento por mor de lo dispuesto en los artículos 12.2, 17.2, 20.2, 26 y 33 del RD 84/1996, y se sustenta en lo siguiente:

El artículo 8.3 párr.1º de la LJCA establece como regla general que los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo conocen “en única o primera instancia de los recursos que se deduzcan frente a disposiciones y actos de la Administración periférica del Estado”.

El párrafo 2º del citado precepto determina una excepción a esta regla general, atribuyendo a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento en única o primera instancia de los recursos interpuestos contra “los actos de cuantía superior a 60.000 euros dictados por la Administración periférica del Estado y los organismos públicos estatales cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional”.

Este precepto debe ponerse en relación con el art. 10.1. m) de la citada Ley que contempla una clausula residual al atribuir competencia a las Salas para conocer en única instancia de “cualesquiera otras actuaciones administrativas no atribuidas expresamente a la competencia de otros órganos de este orden jurisdiccional”.

El art. 42.2 párr. 2º de la LJCA señala a efectos de determinar la cuantía del recurso:

“También se reputarán de cuantía indeterminada los recursos interpuestos contra actos, en materia de Seguridad Social, que tengan por objeto la inscripción de empresas (...) afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores”.

Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que los recursos interpuestos contra actos emanados de la Administración periférica del Estado, cuando tengan cuantía indeterminada, deben recibir el mismo tratamiento competencial que el establecido para los de cuantía superior a 60.000 euros. Esto supone que el conocimiento de los recursos deducidos contra estos actos no esté atribuido a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo (art. 8.3. párr.2º) sino a los Tribunales Superiores de Justicia al amparo de lo dispuesto en el art. 10.1.m) de la citada Ley.¹⁴

El problema de determinación de la cuantía de los recursos es clave para dilucidar las competencias de los órganos jurisdiccionales, siendo la interpretación del artículo 42.2 LJCA fundamental para fijar la cuantía de los recursos o en su caso considerarla indeterminada. El Tribunal Supremo se ha pronunciado en relación con la competencia para conocer de estos recursos señalando que estamos ante un asunto de cuantía indeterminada si las altas o bajas no están vinculadas a un acta de liquidación o infracción, por lo que su conocimiento compete a la correspondiente Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia.¹⁵

VI

El procedimiento de oficio

La Jurisdicción Contencioso-Administrativa es la que conoce de la impugnación de los actos de encuadramiento. Sin embargo, como hemos visto, la mayoría de estos actos son declarativos de la existencia de relaciones laborales o actividades profesionales que, en principio, han de ser valoradas por el juzgador. El artículo 4 de la LJCA permite que los Juzgados y Tribunales de este orden conozcan de manera prejudicial sobre estas relacio-

¹⁴. En este sentido cabe citar, entre otros, los Autos del Tribunal Supremo de 20 de octubre (RJ 2000\9813), de 27 de noviembre de 2000 (RJ 2001\111) y 19 de octubre de 2001 (RJ 2002\689).

¹⁵. Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2006, Rec. 44/2005 (RJ\2007\358), de 10 de enero de 2007, Rec. 13/2006 (RJ \2007\324) y 1 de junio de 2010, Rec. 3518/2008 (RJ\2010\5461).

nes, *a priori* atribuidas a la Jurisdicción Social como especializada en la materia, por mor del artículo 9.5 de la LOPJ y los artículos 1 y 2 de la LRJS.

Sin embargo, a pesar de esta posibilidad general de conocimiento prejudicial que se deriva del artículo 4 de la LJCA, en el artículo 148 d) de la LRJS en relación con el artículo 19 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, 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 (B.O.E. de 3 de junio de 1998), se ha configurado un procedimiento de oficio dotado de características peculiares.¹⁶

A pesar de los términos de la redacción de estos artículos, la jurisprudencia ha establecido la obligatoriedad de promover este procedimiento cuando se impugna un acta de infracción o de liquidación de cuotas y se cuestiona la naturaleza laboral de la relación jurídica sobre la que versa la actuación inspectora.¹⁷ Por tanto, será el correspondiente órgano jurisdiccional social el que se pronuncie sobre la posible existencia de una relación laboral.

Al mismo tiempo, la competencia para conocer de la impugnación de las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social está atribuida a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en los supuestos en que tienen dimensión recaudatoria. El Tribunal Supremo, mediante el Auto de 24 de septiembre de 2014 (RJ 2014\4690) que resuelve

16. Artículo 148 LRJS. Ámbito de aplicación

El proceso podrá iniciarse de oficio como consecuencia:

d) De las comunicaciones de la autoridad laboral cuando cualquier acta de infracción o de liquidación levantada por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, relativa a las materias de Seguridad Social excluidas del conocimiento del orden social en la letra f) del artículo 3, haya sido impugnada por el sujeto responsable con base en alegaciones y pruebas que, a juicio de la autoridad laboral, puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora.

A la demanda de oficio a la que se refiere el párrafo anterior, la autoridad laboral acompañará copia del expediente administrativo. La admisión de la demanda producirá la suspensión del expediente administrativo. A este proceso de oficio le serán aplicables las reglas de las letras a) y d) del apartado 2 del artículo 150. Cuando se entienda que las alegaciones o actuación del sujeto responsable pretenden la dilación de la actuación administrativa, el órgano judicial impondrá la multa que señalan los apartados 4 del artículo 75 y 3 del artículo 97, así como cuando tal conducta la efectuara el empresario, deberá abonar también los honorarios de los abogados y graduados sociales de la parte contraria que hubieren intervenido, dentro de los límites establecidos para la instancia, suplicación y casación. La sentencia firme se comunicará a la autoridad laboral y vinculará en los extremos en ella resueltos a la autoridad laboral y a los órganos de la jurisdicción contencioso - administrativa ante los que se impugne el acta de infracción o de liquidación.

Artículo 19. RD 928/1998.

1. Cuando el acta de infracción haya sido impugnada por el sujeto responsable con base en argumentos y pruebas que razonablemente puedan desvirtuar la naturaleza jurídica de la relación objeto de la propuesta inspectora, el Inspector de Trabajo y Seguridad Social podrá proponer al respectivo Jefe de la Inspección Provincial o el órgano competente de la Comunidad Autónoma que se formalice demanda de oficio ante la Jurisdicción de lo Social que, de formalizarse, motivará la suspensión de la práctica del acta con notificación al interesado.

un conflicto negativo de competencia, ha clarificado la distribución competencial recordando que “el nuevo régimen competencial surgido de la Ley 36/2011 de 10 de octubre, modifica el ámbito de conocimiento del orden jurisdiccional social, que se amplía y clarifica respecto a la normativa anterior, pretendiendo, según señala la Exposición de Motivos de dicha norma, que se concentre ante la jurisdicción social, por su mayor especialización, el conocimiento de todas aquellas materias que, de forma directa o por esencial conexión, puedan calificarse como sociales. La mayor nitidez del contorno competencial de la jurisdicción requería de una expansión para unificar el conocimiento de los conflictos y pretensiones que se produzcan en el ámbito laboral, sindical o en el de la Seguridad Social. Manteniendo, sin embargo, la competencia del orden contencioso-administrativo con respecto a determinados actos administrativos en materia de seguridad social más directamente vinculados con la recaudación de las cuotas y demás recursos de la misma y la actuación de la Tesorería General de la Seguridad Social”.

De acuerdo con esta argumentación, continua razonando que “se atribuye, con carácter general, a la jurisdicción social el conocimiento de aquellas impugnaciones relacionadas con el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral y, por lo que ahora nos ocupa, también el conocimiento de los asuntos relacionados con el régimen sancionador de la Seguridad Social, con las excepciones contenidas en el la letra f) del artículo 3 de dicha norma.” Destaca que estas últimas excepciones deben ser interpretadas con carácter restrictivo y concluye que las actas de infracción vinculadas a incumplimientos en materia de encuadramiento son conocidas por el orden social salvo que conlleven liquidaciones de cuotas en cuyo caso serán enjuiciadas por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Sentado el principio general de que las actas de liquidación y las de infracción vinculadas a estas son enjuiciadas por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el artículo 148 d) de la LRJS establece que el pronunciamiento sobre si existe, o no, la relación laboral sobre la que se basa le corresponde a la Jurisdicción Social.

17. Así se ha pronunciado la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en su Sentencia núm. 1061/2000 de 26 octubre (JUR 2001\45375); la Sala de lo C-A del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en su Sentencia núm. 669/2001 de 3 mayo (RJCA 2001\757); la Sala de lo C-A del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en su Sentencia núm. 25/2007 de 19 enero (JUR 2008\63214); y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 julio 2004 (RJ 2004\6360).

Por tanto, se configura este procedimiento que obligatoriamente debe promover la autoridad laboral como una especie de cuestión prejudicial devolutiva excluyente según la cual será el correspondiente órgano jurisdiccional social el que determine si existe, o no, la relación laboral y su fallo condicionará la decisión que ulteriormente se adopte en el orden contencioso-administrativo. De esta forma, la autoridad administrativa podrá resolver, en base a ello, si procede, o no, la liquidación y la sanción.

Está legitimado para promover este procedimiento quien vaya a imponer las sanciones, es decir, quien va a resolver el procedimiento sancionador y no el órgano instructor. Así se ha considerado que la autoridad laboral a que se refiere el artículo 148 d) de la LRJS es la Tesorería General de la Seguridad Social. A pesar de las dudas suscitadas inicialmente, el Tribunal Supremo lo dejó bien claro en su sentencia de la Sala de lo Social núm. 183/2017, de 7 de marzo (JUR/2017/69858).

Es una figura realmente singular en nuestro ordenamiento jurídico que, a pesar de su denominación, no es propiamente un procedimiento de oficio puesto que es la autoridad laboral la obligada a iniciarlo mediante una comunicación. La obligatoriedad de presentar esta comunicación ante la autoridad judicial y esperar su pronunciamiento implica importantes restricciones para las competencias de la TGSS desde el punto de vista sancionador y liquidador por el efecto suspensivo de este procedimiento.

El artículo 148 d) conlleva, por tanto, que las posibilidades de conocimiento de forma prejudicial de los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo, ex artículo 4 de la LJCA, estarán parcialmente limitadas cuando se inicie el procedimiento de oficio. Además de imponérseles con carácter vinculante la decisión adoptada por otra jurisdicción diferente.

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conserva la posibilidad de pronunciarse de forma prejudicial sobre la relación laboral cuando no se cuestionen las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o cuando estas no se levanten.

El inicio del procedimiento de oficio suspende el procedimiento recaudatorio pero no la obligación que tiene la TGSS de acordar el alta de oficio tan pronto reciba las comunicaciones correspondientes de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Así, el alta se acordará inmediatamente mientras que el procedimiento recaudatorio queda suspendido.¹⁸

Con este mecanismo procesal se pretenden evitar decisiones contradictorias de los distintos órdenes jurisdiccionales que podrían venir motivadas por la existencia de zonas de conflicto entre las Jurisdicción Contencioso-Administrativa y Social, siguiendo así el criterio sentado por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 62/1984, de 21 de mayo (RTC 1984, 62) y 158/1985, de 26 de noviembre (RTC 1985, 158), al afirmar que, “siendo cierto que la independencia judicial puede comportar un importante handicap para la resolución de estas contradicciones, sería deseable que el legislador introdujera mecanismos que permitieran su solución dentro de la jurisdicción ordinaria”. Su eficacia es limitada puesto que su objeto está circunscrito con carácter exclusivo a determinar si existe, o no, relación laboral sin poder valorar la concurrencia de una actividad por cuenta propia ni cualesquiera otras cuestiones, como pueden ser las posibles irregularidades del procedimiento administrativo sancionador, ni la existencia de infracciones o la responsabilidad de la empresa ni las eventuales sanciones a imponer.¹⁹

Ahora bien, la regulación actual de los artículos 3 f) y 148 d) de la LRJS y el artículo 4 de la LJCA no atiende a las consecuencias procesales que para la Jurisdicción Contencioso-Administrativa tiene el procedimiento de oficio ante la Jurisdicción Social. En el procedimiento ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se cuestiona la actuación administrativa de la TGSS (altas de oficio) mientras que el procedimiento de oficio se circunscribe al análisis de la existencia, o no, de relación laboral. No obstante, el presupuesto fáctico de la laboralidad condiciona de forma inexorable la oportunidad de las altas, sin que sean admisibles resoluciones judiciales contradictorias al respecto.

Sin embargo, el alta se materializa dado que no existe previsión legal alguna de suspensión de las altas practicadas de oficio mientras se tramita el procedimiento de oficio que la TGSS está obligada a iniciar.

Así, mientras se discute sobre la existencia, o no, de la relación laboral, hay un alta acordada por la TGSS que presupone la existencia de dicha relación y se devengan cuotas por parte del beneficiario del Sistema que serán objeto de la oportuna actuación

18. Sentencia 207/2013, de 25 de septiembre, del TSJ de La Rioja, (RJCA\2014\400).

19. Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 16 de mayo de 2018 (rec. 3976/2016); 7 de marzo de 2017 (rec. 3476/2015); 1 de marzo de 2017 (rec. 3519/2015); 18 de julio de 2011 (rec. 133/2010); 15 de noviembre de 2006 (rec. 3331/2005); 25 de octubre de 2005 (rec. 3078/2004); 21 de octubre de 2004 (rec. 4567/2003); y 3 de marzo de 2004 (rec. 4683/2002).

recaudatoria. Esta alta es susceptible de ser impugnada ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Parece ser que, en este caso, el Tribunal Superior de Justicia que conozca de dicha impugnación se vería privado de la posibilidad de valorar la existencia de dicha relación laboral a efectos prejudiciales al amparo del artículo 4 de la LJCA, al haber operado el mecanismo de la cuestión prejudicial devolutiva excluyente que resulta del citado artículo 148 de la LRJS. No obstante, existe algún pronunciamiento judicial que entra a valorar la laboralidad de la actividad subyacente haciendo inútil el mecanismo del artículo 148 LRJS y abriendo el paso a posibles sentencias contradictorias.²⁰

Además, al paralizarse la actuación recaudatoria como consecuencia de la impugnación de dichas actas, se incentiva a los infractores a alegar sistemáticamente la no laboralidad de su actividad. El efecto que esta suspensión provoca no es indiferente para la Seguridad Social. Por una parte se interrumpe esta actuación recaudatoria y se limitan las posibilidades de hacer efectiva la deuda contraída con el Sistema. Sería más deseable que se permitiera continuar el procedimiento recaudatorio puesto que la TGSS no tendría dificultad alguna para devolver los ingresos indebidos en el caso de que se declare que no hay relación laboral. Sin embargo, es más problemático hacer efectiva dicha deuda contra un empresario incumplidor tras la finalización del procedimiento de oficio. Además, las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social están dotadas de presunción de certeza y veracidad en tanto que son levantadas por funcionarios especializados en el ejercicio de sus competencias (artículo 23 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social) y dicha presunción parece ser cuestionada con la suspensión automática de la eficacia de estas actas por las simples alegaciones de los sujetos investigados. Sin olvidar que la impugnación de las actas cuyo enjuiciamiento está residenciado en la Jurisdicción Social no suspende el procedimiento recaudatorio, lo que implica un trato diferente que carece de lógica alguna.

Asimismo, esta suspensión contraviene el principio general de ejecutividad de los actos administrativos que se desprende de los artículos 38 y 39 de la Ley del Procedimiento

²⁰. Sentencia nº 886/2019 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 25 de marzo de 2019, contra la que se preparó recurso de casación por la TGSS que fue inadmitido por el Tribunal Supremo por falta de interés casacional objetivo (JUR 2019\241202).

Administrativo Común de las Administraciones Públicas (Ley 39/2015).

Este mecanismo implica privilegiar a los incumplidores. Resulta paradójico que, sin embargo, el artículo 307 ter 4) de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal permita continuar procedimientos recaudatorios a pesar de estar en curso procedimientos de naturaleza penal sin importar las graves consecuencias que pueden acarrear.

Por otra parte, al tramitarse el alta de forma inmediata, sin esperar al resultado del procedimiento de oficio, se da la circunstancia de que estos incumplidores están protegidos por el Sistema sin materializar ningún pago por los periodos pasados trabajados mientras que se les pueden reconocer prestaciones del Sistema de una cuantía económica muy relevante. En ciertas actuaciones inspectoras que afectan a miles de trabajadores las consecuencias económicas negativas para la Seguridad Social pueden ser muy importantes ante la eventualidad de que un número tan grande de presuntos trabajadores puedan percibir prestaciones del Sistema y que tiempo después se declare la no laboralidad de la actividad inspeccionada, con lo que habría que iniciar expedientes para exigir el reintegro de las prestaciones percibidas que tendrían un éxito muy dudoso. También habría que proceder a devolver las cuotas que se pudieran haber ingresado desde la tramitación del alta en adelante.

Ítem más, este procedimiento de oficio puede ser totalmente inefectivo si los trabajadores se adelantan a la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y promueven un procedimiento por despido o por reclamación de cantidad ante un Juzgado de lo Social. Las conclusiones que se adopten por dicho órgano respecto a la existencia, o no, de relación laboral en un procedimiento en el que no ha intervenido la TGSS vincularán a ésta.

El efecto que se produciría en estos casos sería similar a los supuestos que luego se analizarán, en los que se considera el alta en la Seguridad Social como una mera obligación del empleador que los trabajadores pueden exigir de los empresarios en procedimientos judiciales en los que la TGSS ni siquiera es parte. Aunque en el procedimiento de oficio la vinculación para la TGSS normalmente solo estará referida a la existencia, o no, de la relación laboral y no a otras consecuencias concretas del encuadramiento, como sí ocurre en aquellos procedimientos en que las pretensiones de alta se asimilan a las de personal.

A pesar de que los artículos 31 y 34 de la LRJS parecen prever la posibilidad de que se acumulen los procedimientos por despido, existen pronunciamientos judiciales que determinan que estos no se suspenderán por comenzar el procedimiento de oficio.²¹

En definitiva, el procedimiento de oficio ante la Jurisdicción Social regulado en el artículo 148 d) LRJS limita los efectos recaudatorios que normalmente se derivan de los actos de encuadramiento y es susceptible de conllevar gravosas consecuencias para el Sistema de la Seguridad Social sin aportar la seguridad jurídica que pretende.

VII

Limitaciones a la revisión de oficio de los actos de encuadramiento

La doctrina jurisprudencial en la materia arranca con tres sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 8 de julio de 2014, dictadas en los recursos de casación 3416/2012 (RJ 2014\3588), 2628/2012 (RJ 2014\3658) y 3450/2012 (RJ 2014\4257), sobre la impugnación de resoluciones del Instituto Social de la Marina por alta indebida y cambio de encuadramiento de estibadores portuarios del Régimen Especial del Mar al Régimen General.

El Tribunal Supremo analiza el planteamiento del recurrente que sostiene que la entidad gestora no ha seguido el procedimiento legalmente establecido para la revisión de los actos de la Seguridad Social. Las sentencias parten de que la revisión de estos actos no se rige por el artículo 103 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, entonces vigente, sino por su legislación específica, conforme ordena la Disposición Adicional 6ª de la Ley 30/1992 (hoy Disposición Adicional 1ª 2 b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) y considera que esta normativa específica aplicable es el artículo 145 Ley de Procedimiento laboral entonces vigente (actual artículo 146 de la LRJS) y los artículos 54 y siguientes del RD 84/1996.

El Tribunal Supremo parte en estas sentencias de la premisa de que los actos de encua-

21. V.g.: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 22 de julio de 2014 (Cendoj STSJPV 2540/2014).

dramiento amplían el patrimonio o la esfera jurídica de sus destinatarios y son, por tanto, actos declarativos de derechos o favorables al administrado y, en consecuencia, no son susceptibles de revisión de oficio por las entidades gestoras o servicios comunes de la Seguridad Social conforme a lo previsto en los artículos 55 y siguientes del RD 84/1996, de 26 de enero, debiendo instarse su revisión conforme al artículo 146 de la LRJS.²² De este modo la Sala considera que la regla general es que la revisión de los actos declarativos de derechos de la Seguridad Social, entre los que incluye a los actos administrativos de encuadramiento, no puede llevarse a cabo por vía administrativa sino que habrá de ser instada en vía jurisdiccional presentando la oportuna demanda ante el Juzgado de lo Social competente (pese a que su impugnación es competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), salvo que se trate de una mera rectificación de errores de hecho, materiales y aritméticos o que la revisión venga ocasionada por omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario. A estas sentencias les han seguido otras del Tribunal Supremo sobre la revisión de oficio de los actos de encuadramiento efectuada por la TGSS.²³

Nos mostramos disconformes con este planteamiento y negamos que los actos de encuadramiento sean declarativos de derecho, como afirma el Tribunal Supremo. Entendemos que son actos meramente instrumentales por las siguientes razones:

- El encuadramiento es, ante todo, una obligación legalmente establecida para empresarios y trabajadores que conlleva el deber de cotizar.
- Solamente son el título habilitante para ser potencial fuente de futuros derechos si se cumplen los presupuestos establecidos en la ley. Sí que son declarativas de derechos las ulteriores resoluciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de las restantes entidades gestoras cuando reconocen prestaciones a los protegidos por el Sistema.
- La redacción literal del artículo 55.2 del RD 84/1996 que utiliza el pronombre posesivo “sus” para referirse a los actos de encuadramiento mientras que cuando se refiere a los actos declarativos de derecho utiliza el pronombre “los”.²⁴ Esto es así porque este precepto se está refiriendo a dos actuaciones distintas realizadas por dos entidades diferentes, sin posibilidad de interferencia entre las mismas.
- El artículo 3 del RD 84/1996 se refiere a la afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores como funciones atribuidas a la TGSS y en este mismo sentido

el RD 1314/1984 de 20 de junio, por el que se regula la estructura y competencias de la TGSS, enumera en su artículo 1.1 las competencias de este servicio común entre las que se incluyen en su letra a) la inscripción de empresas y la afiliación, altas y bajas de los trabajadores. A continuación menciona todas y cada una de las funciones propias de la TGSS entre las que no figura el reconocimiento de prestaciones del Sistema que, como regla general, corresponde al INSS, tal y como resulta del RD 2583/1996 de 13 de diciembre, que regula la estructura orgánica y funciones de esta entidad gestora. En definitiva, lo que el artículo 55.2 del RD 84/1996 determina es que la revisión que la TGSS pueda efectuar de sus propios actos no podrá afectar a las prestaciones reconocidas a los beneficiarios de la Seguridad Social en su perjuicio. En consecuencia, si la revisión efectuada por la TGSS pudiera suponer una mejora en la prestación del beneficiario procedería a reconocerle el aumento correspondiente en la cuantía de su prestación mediante el pertinente acto administrativo. Pero si, por el contrario, la revisión efectuada por la TGSS pudiera comportar un posterior perjuicio para el beneficiario, el INSS no podría disminuir su cuantía sino que tendría que acudir ante la Jurisdicción Social demandando al beneficiario del derecho reconocido.

- No procede aplicar el artículo 146 de la LRJS a la revisión de los actos de encuadramiento. Este mecanismo legal está previsto para las entidades gestoras de las prestaciones pero no para la TGSS que es uno de los servicios comunes del Sistema. La TGSS se rige por lo regulado en el artículo 55.1 del RD 84/1996 que le permite “adop-

22. Artículo 146. Revisión de actos declarativos de derechos.

1. Las Entidades, órganos u Organismos gestores, o el Fondo de Garantía Salarial no podrán revisar por sí mismos sus actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios, debiendo, en su caso, solicitar la revisión ante el Juzgado de lo Social competente, mediante la oportuna demanda que se dirigirá contra el beneficiario del derecho reconocido.

2. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior:

a) La rectificación de errores materiales o de hecho y los aritméticos, así como las revisiones motivadas por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario, así como la reclamación de las cantidades que, en su caso, se hubieran percibido indebidamente por tal motivo.

b) Las revisiones de los actos en materia de protección por desempleo, y por cese de actividad de los trabajadores autónomos, siempre que se efectúen dentro del plazo máximo de un año desde la resolución administrativa o del órgano gestor que no hubiere sido impugnada, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 147.

c) La revisión de los actos de reconocimiento del derecho a una prestación de muerte y supervivencia, motivada por la condena al beneficiario, mediante sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas, cuando la víctima fuera el sujeto causante de la prestación, que podrá efectuarse en cualquier momento, así como la reclamación de las cantidades que, en su caso, hubiera percibido por tal concepto.

3. La acción de revisión a la que se refiere el apartado uno prescribirá a los cuatro años.

4. La sentencia que declare la revisión del acto impugnado será inmediatamente ejecutiva.

23. Sentencias de 11 de octubre de 2016 (RJ 2016\5352) y 29 de enero de 2019 (RJ 2019\373).

tar las medidas y realizar los actos necesarios para su adecuación a las normas establecidas, incluida la revisión de oficio de sus propios actos”. Hay que atender a la ubicación sistemática del artículo 146 de la LRJS dentro del Capítulo VI, del Título II, del Libro Segundo, cuyo encabezamiento es “De las prestaciones de la Seguridad Social”.

De esto se deduce que solamente pueden calificarse como actos declarativos de derecho en materia de Seguridad Social los relativos a las prestaciones cuya revisión en perjuicio de los derechos reconocidos deberá practicarse mediante demanda ante la Jurisdicción Social, por mor de lo regulado en el artículo 146 de la LRJS que no sería aplicable a los actos de encuadramiento. Una aplicación indebida que, a mayor abundamiento, contradice la exclusión de los actos de encuadramiento del conocimiento de la Jurisdicción Social, según lo regulado en el artículo 3 f) de dicha LRJS.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo ha hecho caso omiso de estas objeciones, antes alegadas por el Instituto Social de la Marina, y se ha consolidado la doctrina jurisprudencial de considerar a estos actos como declarativos de derechos con la consiguiente restricción de las competencias de actuación de oficio de la TGSS.

Por si fuera poco, diversos Tribunales Superiores de Justicia están realizando una interpretación expansiva de este artículo 146 de la LRJS y no admiten que la simulación absoluta de relaciones laborales se pueda incardinar en las excepciones a la necesaria interposición de demanda que se regulan en dicho artículo, cercenando todavía más las posibilidades de actuación de oficio de la TGSS.

A pesar de esta doctrina jurisprudencial, en el Servicio Jurídico Delegado Central de la TGSS seguimos invocando la existencia de interés casacional objetivo en nuestros recursos, al amparo de lo señalado en el Auto del Tribunal Supremo 189/2017, de 3 de mayo de 2017: “si la jurisprudencia está formada, el interés casacional objetivo del recurso preparado existiría únicamente si fuera necesario matizarla, precisarla o concretarla para realidades jurídicas diferentes a las ya contempladas en esa jurisprudencia”.

24. Artículo 55. Facultades de revisión: límites. Rectificación de errores.

2. 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 es que, establecida la doctrina jurisprudencial de que los actos de encuadramiento son declarativos de derechos y no pueden ser revisados de oficio por la Administración, es preciso acotar adecuadamente en qué supuestos la TGSS puede actuar de oficio en aquellos casos en que se constatan omisiones o inexactitudes en las solicitudes y demás declaraciones de los beneficiarios, por mor de la habilitación normativa conferida por el artículo 146.2 a) de la LRJS y por el artículo 55.2 del RD 84/1996. Esto es, si estos artículos deben ser interpretados restrictivamente, en un sentido formalista, atendiendo exclusivamente a los elementos documentales proporcionados a la TGSS por los administrados o también es posible valorar la realidad fáctica subyacente para entender que no hay mayor inexactitud que pretender inducir a error a la Administración aparentando una relación laboral inexistente. Es decir, si la propia inexistencia de la relación laboral presupone ontológicamente la meritada inexactitud que avalaría la revisión de oficio.

Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, la primera acepción del término “omisión” es la “abstención de hacer o decir”. Por su parte, la “inexactitud” es definida como “falta de exactitud” y como “dicho o hecho inexacto o falso”. A sensu contrario, la Real Academia Española de la Lengua entiende por exactitud la “cualidad de exacto”, y por “exacto”, en su cuarta acepción, considera lo que es “rigurosamente cierto o correcto”.

La segunda acepción que el Diccionario otorga al término “simulación” es la siguiente: “alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdadero de un acto o contrato”. Consideramos que el concepto de simulación se puede subsumir en los términos “omisiones” o “inexactitudes” puesto que la apariencia de una relación laboral inexistente presupone ontológicamente tanto la omisión como la inexactitud. Conlleva de forma apodíctica la omisión en cuanto que la simulación de una relación laboral implica insoslayablemente obviar la comunicación de las circunstancias más relevantes que atañen a la vinculación existente entre el supuesto trabajador y la empresa para ocultar su naturaleza no laboral. Asimismo, la simulación implica la inexactitud puesto que necesariamente denota la falsedad de aquellas circunstancias que se comunican con la intención de aparentar una relación laboral que no se corresponde con la realidad. En este sentido se han pronunciado algunos Tribunales Superiores de Justicia.²⁵ Y es que la simulación de la relación laboral conlleva la creación de una apariencia jurídica que encubre la ausencia del presupuesto básico para la incardinación en el Sistema de la

Seguridad Social, a saber, la existencia de un trabajo por cuenta ajena. En estos casos, por tanto, no estamos ante una cuestión de calificación jurídica, sino de constatación de hechos que siempre podrán ser combatidos y desvirtuados en el procedimiento administrativo o judicial mediante la impugnación de la resolución administrativa. Lo contrario supondría dejar vacías de contenido las previsiones normativas atinentes a las excepciones a la necesidad de interponer demanda, amén de suponer, en supuestos de situaciones ficticias y de fraude comprobadas, que la Administración no pueda adecuar los actos de encuadramiento a la realidad constatada en tanto se obtiene un pronunciamiento de un Juzgado de lo Social.

Por tanto, a pesar de que existe una doctrina jurisprudencial que considera a los actos de encuadramiento como declarativos de derechos y que reserva a la Jurisdicción Social la calificación jurídica de la relación que une a las partes a los efectos de su incardinación en el Sistema, esta reserva quiebra cuando es manifiesto que dicha relación es inexistente. No tiene sentido reservar a la Jurisdicción Social la calificación jurídica de una relación cuando la misma no existe por haberse simulado. En estos supuestos la actuación de oficio de la TGSS encuentra su amparo en las excepciones previstas expresamente en el artículo 146. 2 a) de la LRJS y el artículo 55 del Real Decreto 84/1996 de 26 de enero.

La obligación de acudir necesariamente a la interposición de una demanda social supone dejar sin efecto los artículos 54 y 55 del Real Decreto 84/1996 y el artículo 16.4 de la Ley General de la Seguridad Social, y esta privación de las facultades de actuación de la TGSS aboca a este servicio común a emprender acciones judiciales cada vez que tenga que cumplir con su obligación normativamente establecida de mantener una adecuada correlación entre la realidad fáctica y el encuadramiento en el Sistema de la Seguridad Social (artículo 17.1 de la Ley General de la Seguridad Social). La imposibilidad de hacer servir las facultades de revisión que se regulan en los citados artículos implica una evidente pérdida de agilidad para conseguir rápidamente que los actos de encuadramien-

25. La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el fundamento de derecho tercero de su Sentencia nº 72/2017 de 27 de febrero, dictada en el recurso contencioso-administrativo P.O. 290/2015, (JUR 2017\118878) reconoce que “dado el informe de la Inspección de Trabajo sobre la concurrencia de simulación laboral del que parte la actuación de la Tesorería General de la Seguridad Social, nos pudiéramos encontrar ante la segunda de las referidas excepciones a la regla general que exige acudir a la jurisdicción social para la revisión de los actos declarativos de derechos de la Seguridad Social.”

También podemos invocar la Sentencia núm. 26/2019 de 15 enero de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada (RJCA 2019\695): “Dentro del término "inexactitudes" debe incluirse el supuesto en el que, en virtud de una investigación de la Inspección de Trabajo, se constata que nos encontramos ante una simulación de relación laboral...”

to sean acordes con la realidad porque el procedimiento judicial que tendría que tramitarse, según el artículo 146 de la LRJS, conlleva una dilación evidente que puede ocasionar una demora en la regularización de meses e incluso años. Como estableció la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 noviembre 2005 (RJ 2006\6078) al analizar el interés actual y directo de los administrados para accionar contra los efectos de las altas, negando que esta acción sea declarativa:

“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.”

Y el correlato de este interés de los administrados es la obligación de la TGSS de adecuar la situación administrativa a la real, como señaló de manera nítida el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) en su Sentencia núm. 1066/2009 de 29 diciembre (JUR 2010\115590):

“Dicha revisión de su encuadramiento la debe llevar a cabo de oficio la propia Administración, pues la situación administrativa de los trabajadores debe responder a la realidad (art. 7 del RD 84/1996, 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), y para ello, la legislación le impone deberes y facultades, de inspección, de comprobación, de modificación de oficio e incluso de revisión de oficio de sus propios actos (también de encuadramiento).

... la normativa obliga a la Administración a velar de forma permanente por la correspondencia entre la situación administrativa y la real, confiriéndole potestades y prerrogativas para corregir las disfunciones.”

El interés de los particulares necesariamente se verá afectado por esta imposibilidad de reacción inmediata de la TGSS para adecuar la situación administrativa a la realidad. Además hemos de tener presente que esto conlleva el aumento exponencial de los procedimientos tramitados ante los Juzgados de lo Social y la distorsión de su actividad, con la afectación de los intereses generales del conjunto de la población que padecerá en primer término los mayores retrasos de la Administración de Justicia.

Esta circunstancia resulta evidente si se atiende al número de movimientos o periodos de alta de trabajadores anulados por la TGSS en los últimos años por no corresponder a una actividad real y que han sido debidamente certificados ante el Tribunal Supremo:

Año 2018: 7.499

Año 2019: 5.987

Año 2020: 4.709

Así, el corolario de esta interpretación expansiva del artículo 146 de la LRJS es que todas estas anulaciones de altas por simulación tendrían que realizarse mediante demandas ante los Juzgados de lo Social, con el consiguiente incremento de la litigiosidad en 18.195 procedimientos judiciales solo en tres años, únicamente en lo que respecta al ámbito de revisiones motivadas por simulaciones laborales.

Esto puede acarrear graves consecuencias para el Sistema de Seguridad Social al mantenerse el alta en tanto no finaliza un procedimiento judicial que puede dilatarse largo tiempo, permitiéndose así que los defraudadores puedan acceder indebidamente a sus prestaciones.

Desgraciadamente la semana pasada nos fue notificada la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo nº 1172/2021, de 27 de septiembre, que desestima nuestro recurso de casación en el que efectuábamos los alegatos más arriba referidos. Esta sentencia reproduce la doctrina jurisprudencial de que los actos de encuadramiento son declarativos de derecho, considera que no es necesario matizar dicha doctrina y afirma que en la expresión “omisiones o inexactitudes en las declaraciones de los beneficiarios” no cabe considerar incluido el supuesto de “simulación” de la propia relación laboral.

Como acabamos de exponer, esta consideración de los actos de encuadramiento como declarativos de derechos resulta gravemente dañosa para los intereses de la TGSS y todavía lo es más con este rechazo a la matización pretendida y la confirmación de la interpretación expansiva que algunos Tribunales Superiores de Justicia están dando al artículo 146 de la LRJS.

VIII

Problemática suscitada por el encuadramiento de los funcionarios interinos del Ministerio de Justicia

El personal interino al servicio de la Administración de Justicia fue integrado en el Régimen General de la Seguridad Social en virtud de la Disposición Transitoria del Real Decreto 960/1990, de 13 de julio (B.O.E. de 25 de julio de 1990). La integración produjo sus efectos desde el 1 de agosto de 1990, fecha de entrada en vigor de este Real Decreto, si bien éste contiene una disposición transitoria a tenor de la cual el personal interino incorporado a la Mutuality General Judicial (cuya acción protectora comprende sustancialmente la asistencia sanitaria, la incapacidad temporal y la protección familiar) pero no al Régimen de Clases Pasivas (con cargo al cual se causa el derecho a las pensiones), pudiese cotizar por los periodos de servicios previos a aquella fecha, a los efectos de que los mismos pudieran computarse a efectos del reconocimiento de las pensiones de jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia en el Régimen General.

En desarrollo de esta previsión transitoria se aprobó la Orden de 18 de junio de 1992 (B.O.E. de 25 de junio de 1992). Esta disposición otorgaba al colectivo un plazo de dos meses, que se inició el 26 de junio de 1992, al objeto de que pudieran solicitar la acreditación como cotizados de los periodos de actividad comprendidos entre el 30 de junio de 1978, (fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/78, de 7 de junio, que regulaba la Seguridad Social de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia) y el 31 de julio de 1990. A tal efecto, el funcionario interino debía abonar la cuota correspondiente al trabajador y el Ministerio de Justicia asumir la de la empresa e ingresar el total de la cotización.

Conforme los integrantes del colectivo iban alcanzando la edad de jubilación, presentaban reclamaciones administrativas ante el INSS y ulteriores demandas para que se computaran los periodos de servicios previos al 1 de agosto de 1990 por funcionarios interinos (por lo general jueces y fiscales sustitutos) que no se habían acogido a la previsión de la Orden de 18 de junio de 1992. Los pronunciamientos judiciales resultaron abrumadoramente contrarios a las pretensiones de los demandantes. Todas las Salas de lo Social de los distintos Tribunales Superiores de Justicia coincidieron en negar efectos a un periodo no cotizado por causa imputable al propio interesado que,

pudiendo solicitar el cómputo de los periodos trabajados como interino para la Administración de Justicia y abonar las cantidades correspondientes por cotizaciones, no hicieron ni una cosa ni la otra.

La respuesta adversa a sus pretensiones por parte de la Jurisdicción Social motivó el recurso de los interinos a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, postulando el reconocimiento retroactivo de la afiliación y el alta en el Régimen General, no a partir del 1 de agosto de 1990 sino desde el inicio de la actividad laboral, invocando la discriminación que resultaría, en caso contrario, para los funcionarios interinos de la Administración de Justicia respecto al resto de interinos.

Obtuvieron las Sentencias de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2015 (RJCA 2015\866) y 19 de noviembre de 2015 (RJCA 2015\1061) que les reconoció este derecho y fueron seguidas de otras de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo cuyo alcance se multiplicó mediante incidentes de extensión de efectos.

A pesar de no ser parte en estos procedimientos, la TGSS resultó afectada por estas resoluciones judiciales para cuya ejecución la Subdirección General de Recursos Económicos del Ministerio de Justicia presentó diversas solicitudes para la inclusión de periodos de alta en la vida laboral de los funcionarios interinos. Esto se debió a que dichas acciones fueron tramitadas como reclamaciones de personal de los funcionarios contra su empleador, el Ministerio de Justicia. Actualmente se están tramitando diversos procedimientos que parten de la misma consideración aunque se suele emplazar en ellos a la TGSS como parte interesada.

Sin embargo, el alta en los diferentes regímenes de Seguridad Social no es una cuestión de personal que atañe a las relaciones entre empleador y empleado. Por el contrario, es una materia propia y específica de la Seguridad Social, competencia única y exclusiva de la TGSS, ajena a las cuestiones de personal que atañen a las relaciones de las empresas (o de las diferentes Administraciones públicas en el caso de los funcionarios) con sus trabajadores en la ordenación de sus recursos humanos y a las facultades empresariales que dimanen de esta capacidad organizativa. Estos supuestos no versan sobre el ejercicio de alguna de las competencias que pudieran corresponder al empleador (en este caso el Ministerio de Justicia) en la gestión de su personal. Son decisiones sobre actos de encuadramiento en el Sistema de la Seguridad Social que suponen el ejercicio de competencias administrativas atribuidas en exclusiva por el

ordenamiento jurídico a la TGSS, distintas de la gestión de recursos humanos ínsita en el ámbito de responsabilidad de las empresas y de las diferentes Administraciones públicas.

El acto administrativo por el que se acuerda el alta tiene una naturaleza totalmente disímil a las decisiones empresariales sobre la gestión de su personal puesto que supone el encuadramiento de un trabajador en alguno de los regímenes que componen el Sistema de la Seguridad Social, reconociendo la relación de Seguridad Social, lo que determina un estatus jurídico singular, acreedor potencial de importantes efectos jurídicos y económicos cuyo control no puede escapar a la decisión y valoración que el ordenamiento jurídico atribuye a la TGSS. Y es este servicio común el que tiene normativamente atribuida en exclusiva la facultad de acordar los actos de encuadramiento y de verificar que los mismos se adecuan a la legalidad y a las circunstancias fácticas que les sirven de soporte. También es el encargado de determinar los efectos de dichos actos que van a condicionar ulteriores consecuencias de gran transcendencia. Y es que los actos de encuadramiento son los títulos habilitantes para la aplicación de todos los derechos y obligaciones del Sistema de la Seguridad Social con todo lo que esto conlleva. Considerar que esto es una cuestión de personal implica dejar en manos de los trabajadores y de los empleadores unas competencias administrativas de suma importancia.

Todo ello sin perjuicio de las obligaciones que competen a los empleadores de tramitar el alta de sus trabajadores ante la TGSS y de su condición de interesados en aquellos procedimientos judiciales que tengan por objeto la impugnación de los actos de encuadramiento. Pero esta obligación del empleador, en este caso el Ministerio de Justicia, no implica que se pueda ejercitar una acción autónoma, distinta y dotada de sustantividad propia respecto a la que se esgrima ante la TGSS cuando su objeto forma parte del ámbito competencial de este servicio común. Admitir esto implicaría la eventualidad, que ya se ha materializado en diversas ocasiones, de que los trabajadores reclamen su alta en el Sistema a sus empleadores como cuestiones de personal, sin que la TGSS ni siquiera tenga conocimiento de esta pretensión y, sin embargo, luego resulte compelida por el contenido del fallo judicial recaído sobre un acto de encuadramiento de su competencia sobre el que no tuvo ocasión de pronunciarse. La TGSS padeció en ciertos procedimientos una total indefensión porque fue privada de su derecho a pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de los actos administrativos de

encuadramiento que a ella le corresponde dictar. En estos casos este servicio común fue convertido en un simple ejecutor de resoluciones judiciales que tenían por objeto sus actos de encuadramiento y que fueron dictadas sin que ni siquiera se le oyera en el procedimiento. Consideración que no se compadece en absoluto con la regulación de las competencias de la TGSS en los artículos antedichos del RD 84/1996, ni tampoco con las facultades de actuación de oficio que le otorgan sus artículos 20, 26 y 29, y que supone dejar en manos de los trabajadores y de los empresarios potestades administrativas de gran relevancia. Resulta paradójico que la Ley 52/2003 atribuyera el enjuiciamiento de los actos de encuadramiento a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por su naturaleza de actos administrativos para que después, desde esta misma jurisdicción, se desvirtúe su naturaleza intrínseca.

Los trabajadores, en este caso los funcionarios interinos, ante la falta de respuesta favorable de su empleador para cursar su alta en el Régimen General de la Seguridad Social, deben acudir a la TGSS y solicitar su alta por los periodos pretendidos. Deben acudir a la Administración que tiene la competencia en la materia y no a su empleador (el Ministerio de Justicia) que no la tiene. Y esto al amparo de lo regulado en el artículo 29.2 del RD 84/1996.²⁶

Además, si se permite que los trabajadores esgriman sus pretensiones de encuadramiento en el Sistema de la Seguridad Social ante sus empleadores o ante la TGSS, o ante ambos acumuladamente, la competencia para conocer de las demandas presentadas contra su denegación será distinta y dependerá de la decisión del accionante. Entendemos que de esta manera se cuestiona el principio de que la Jurisdicción es improrrogable, consagrado en el artículo 9.6 de la LOPJ y en el artículo 5 de la LJCA porque se presentarían estas dos posibilidades:

26. Artículo 29 Formas de promover las altas y bajas de los trabajadores

1. Las altas y bajas de los trabajadores en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda se solicitarán a nombre de cada trabajador y se promoverán ante la Tesorería General de la Seguridad Social en cualquiera de las formas previstas para la afiliación en el artículo 23 de este Reglamento.

1.º Con independencia de la obligación de solicitar la afiliación al sistema de la Seguridad Social de los trabajadores no afiliados al mismo que hayan de ingresar o ingresen a su servicio, los empresarios estarán obligados a comunicar la iniciación o, en su caso, el cese de la prestación de servicios de los trabajadores en su empresa para que sean dados, respectivamente, de alta o de baja en el Régimen en que figuran incluidos en función de la actividad de aquella, en los términos y condiciones establecidos en este Reglamento.

2.º En caso de incumplimiento por parte de los empresarios de las obligaciones indicadas en el apartado anterior, los trabajadores por cuenta ajena podrán instar directamente de la Tesorería General de la Seguridad Social su alta o su baja, según proceda, en el Régimen del encuadramiento.

- a) Reclamación ejercitada ante el empleador para que tramite su alta en la Seguridad Social. La competencia para conocer de la impugnación judicial de su negativa estaría atribuida a la Jurisdicción Social en el caso de trabajadores al servicio de empresas, por mor del artículo 6.1 de la LRJS. En el caso de los funcionarios del Ministerio de Justicia la competencia está atribuida a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por el artículo 1.3 a) de la LJCA. El
- b) Reclamación ejercitada frente a la TGSS para que tramite su alta en la Seguridad Social. Ante la disconformidad con la resolución administrativa dictada por la correspondiente dirección provincial, según el artículo 33 del RD 84/1996 de 26 de enero, la competencia para revisar la actuación administrativa está atribuida a los distintos Tribunales Superiores de Justicia, tal y como explicamos en el apartado V de esta disertación.

En ambos casos la pretensión que ejercita la actora es la misma, la tramitación del alta en el Régimen General de la Seguridad Social, y esto implica el ejercicio de una única acción en materia de Seguridad Social. A la TGSS le compete conocer de la pretensión ejercitada sin perjuicio de que, a efectos litisconsorciales, el Ministerio de Justicia o el correspondiente empleador deba ser llamado a la causa como interesado.

Existe el riesgo cierto de que se generalice esta noción del encuadramiento en el Sistema de la Seguridad Social como una cuestión de personal que ya ha sido aceptada por la Audiencia Nacional en algunos de sus pronunciamientos. El Servicio Jurídico Delegado Central en la TGSS ha preparado dos recursos de casación en esta materia (están pendientes de su admisión a trámite) frente a sentencias de la Audiencia Nacional.²⁷ Las consecuencias no podrían ser más perniciosas para el conjunto del Sistema de la Seguridad Social porque las importantes competencias que la TGSS tiene normativamente atribuidas con carácter exclusivo devendrían delicuescentes. El papel de este servicio común se convertiría en ancilar respecto a lo que pudieran acordar en cada caso empresarios y trabajadores y se transmutaría en un conminado y ciego ejecutor de lo resuelto en procedimientos en los que ni siquiera ha sido parte. No tememos

²⁷. Sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de septiembre de 2020 (apelación 19/2020; RJCA 2020\1411) y la Sentencia de idéntica Sección y Sala 200/2019, de 20 de junio (apelación 7/2019).

caer en el síndrome de Casandra al advertir que si esta concepción jurídica se consolida, se producirán efectos sociales, jurídicos y económicos tan perniciosos como perversos.

IX

Conclusiones

La TGSS es uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta el Sistema de la Seguridad Social y es insoslayable preservar las competencias que tiene normativamente atribuidas para garantizar el mandato que se desprende del artículo 41 de nuestra Constitución, según el cual los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos.

Las atribuciones de la TGSS en materia de encuadramiento se resienten por las distorsiones e incertidumbres provocadas por la inadecuada distribución competencial del enjuiciamiento de sus actos entre los diversos órdenes jurisdiccionales y la eventualidad de pronunciamientos judiciales contradictorios. Afortunadamente se han clarificado cuestiones como la competencia objetiva para enjuiciar los actos de encuadramiento que corresponde a los Tribunales Superiores de Justicia.

Estos últimos años también se están restringiendo las competencias de la TGSS para revisar de oficio sus actos de afiliación y alta, abocando a este servicio común a interponer demandas ante la Jurisdicción Social, por aplicación del cauce procedimental del artículo 146 de la LRJS, al que, además, se le da una interpretación expansiva, limitando al máximo las excepciones a la obligatoriedad de demandar previstas en su apartado segundo.

Asimismo, a través del procedimiento de oficio, de iniciación preceptiva cuando los incumplidores impugnen las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social excluidas del conocimiento de la Jurisdicción Social negando la laboralidad de las actividades inspeccionadas, se suspenden los procedimientos recaudatorios de la Seguridad Social pero no la obligación de tramitar las altas de los trabajadores. Estos quedan así amparados por el Sistema, con el potencial de disfrutar de su acción protectora al mismo tiempo que se paraliza el ingreso de las aportaciones debidas al mismo por trabajos anteriores, resultando afectada su sostenibilidad financiera. Este

procedimiento de oficio no impide que los empresarios y los trabajadores puedan recurrir al subterfugio fraudulento de promover una acción ante la Jurisdicción Social, por despido o por reclamación de cantidad, ante la inminencia de una actuación inspectora y obtener una sentencia que niegue la laboralidad de su relación, sin intervención alguna en dichas actuaciones de la TGSS que, a pesar de ello, resultará vinculada por el fallo.

Ítem más, se socavan las competencias de este servicio común por ciertos pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo que consideran las demandas de alta en la Seguridad Social presentadas por funcionarios interinos contra el Ministerio de Justicia como reclamaciones en materia de personal, desconociendo profundamente la naturaleza de los actos de encuadramiento. Los recursos preparados ante el Tribunal Supremo nos permiten mantener la esperanza de que se coarte esta noción jurídica cuyo corolario lógico es que el conjunto de los trabajadores de nuestro país puedan optar por tramitar su encuadramiento en el Sistema demandando a sus empleadores en procedimientos en los que la TGSS no sería parte.

Concluimos expresando nuestro deseo de que, *de lege ferenda*, se vuelva a la situación anterior a la reforma de la Ley 52/2003 y que el control de los actos de encuadramiento se residencie nuevamente en la Jurisdicción Social. También apostamos por la desaparición del anómalo procedimiento de oficio que tantas distorsiones ocasiona y tan pocos beneficios procura para un adecuado control de la legalidad y funcionamiento de nuestro Sistema de la Seguridad Social.

Todo sea para la mejor salvaguarda de las competencias de la Tesorería General de la Seguridad Social, tan necesarias para garantizar un sistema público de pensiones basado en la solidaridad entre todos los españoles que es un elemento fundamental de nuestro Estado social y democrático de derecho del que nos enorgullecemos y a cuyo servicio estamos.

Muchas gracias.