

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID**

Sentencia 361/2019, de 30 de mayo de 2019

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 139/2018

SUMARIO:

RETA. Encuadramiento. Empresa que bajo la forma de cooperativa de trabajo asociado tiene como objeto de su actividad únicamente la facturación del trabajo por cuenta propia desarrollado por otros a cambio de una comisión. Alta de oficio en el RETA de dichos trabajadores por parte de la TGSS, si bien inicialmente se habían dado de alta en el Régimen General por ser esta la forma prevista en los estatutos de la cooperativa. Cobro efectivo del trabajo desempeñado por parte del trabajador. Alegación de los trabajadores en el sentido de que no deben ser considerados como trabajadores autónomos al no alcanzar sus ingresos el SMI en el año natural. El nivel de retribuciones es un mero indicador (no determinante), y no es el único, pues hay otros factores que pueden confirmar la habitualidad, tales como el reconocimiento expreso o tácito del propio sujeto afectado. Tal criterio retributivo tiene sentido y utilidad cuando se dispone el alta de oficio respecto de quien no está dado de alta en el sistema en régimen alguno y donde la carga de la prueba la tiene la administración actuante que podrá considerar indicador relevante al nivel de ingresos. En cambio, tal criterio retributivo no es preciso cuando el propio sujeto afectado de forma expresa cuenta con alta voluntaria y conforme en otro régimen distinto, como es el Régimen General, lo que encierra su admisión de que su labor es estable y habitual, y merecedora de protección social (ello sin perjuicio de que tal alta en el Régimen General no sea la procedente, sino como es el caso, en el RETA). En suma, la superación del umbral del salario mínimo percibido en el año natural es un indicador de habitualidad pero es irrelevante cuando la actividad desarrollada con ese carácter consta por actos propios concluyentes y por activa intervención ofreciendo sus servicios en el mercado.

PRECEPTOS:

RDLeg 8/2015 (TRLGSS), art. 14.1.

Decreto 2530/1970 (RETA), art. 2.1.

Ley 20/2007 (Estatuto del Trabajo Autónomo), arts. 1.1 y 24.

PONENTE:

Doña Fátima Arana Azpitarte.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33009710

NIG: 28.079.00.3-2018/0003979

Procedimiento Ordinario 139/2018

Demandante: D./Dña. Millán

PROCURADOR D./Dña. JORGE CASTELLO GASCO

Demandado: TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS)

LETRADO DE LA TESORERÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

SENTENCIA nº361/2019

Ilmo. Sr. Presidente:

Don Gustavo Lescure Ceñal

Ilmos. Sres. Magistrados:

Doña Fátima Arana Azpitarte

Don Rafael Estévez Pendás

En la ciudad de Madrid, a 30 de mayo del año 2019 , visto por la Sala el recurso arriba referido, interpuesto por la representación procesal de D. Millán contra resolución de la Dirección Provincial de Madrid de la Tesorería General de la Seguridad Social de fecha 23 de noviembre de 2017, por la que se desestima el recurso de alzada formulado contra resolución de 25 de julio de 2017, de la Administración de la Tesorería General de la Seguridad Social nº 24 de Madrid, por la que se procedió de oficio a su alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

Es ponente de esta Sentencia la Ilma. Sra. Doña Fátima Arana Azpitarte , que expresa el parecer de la Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Se interpuso este Recurso contencioso-administrativo formalizándose demanda por la recurrente en la que terminaba suplicando una Sentencia estimatoria del recurso con base a los hechos y fundamentos de derecho contenidos en la demanda.

Segundo.

El demandado contestó a la demanda exponiendo lo que estimó oportuno, solicitando la desestimación del recurso.

Tercero.

Despachado por las partes el trámite de conclusiones, quedaron los autos para deliberación, votación y fallo, que tuvo lugar el día 8 de mayo del año 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La representación procesal de D. Millán interpone el presente recurso contencioso administrativo contra resolución de la Dirección Provincial de Madrid de la Tesorería General de la Seguridad Social de fecha 23 de noviembre de 2017, por la que se desestima el recurso de alzada formulado contra resolución de 25 de julio de 2017, de la Administración de la Tesorería General de la Seguridad Social nº 24 de Madrid, por la que se procedió a su alta de oficio en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, por el periodo de 1/12/2015 a 31/12/2015

y posterior alta desde el 01/08/2016, al haberse comprobado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la actividad por cuenta propia del trabajador de referencia.

Segundo.

Solicita el recurrente en su demanda se dicte Sentencia estimatoria por la que se declare la nulidad /anulabilidad de la Resolución recurrida con fundamento en los siguientes motivos de impugnación :

1º.- Indefensión por falta de motivación de la resolución de 25 de julio de 2017, de la Administración de la Tesorería General de la Seguridad Social nº 24 de Madrid, por la que se procedió de oficio a su alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, Resolución que alega carece de fundamentación alguna vulnerando lo dispuesto en el art 35 de la Ley 39/2015 PACAP , lo que le ha producido indefensión desconociendo en base a qué se procedió a darle de alta en el RETA , lo que comportaría la nulidad radical del acto impugnado; se considera que el apoyo en el resultado de la Inspección Provincial de Valencia no subsana la deficiencia de motivación ya que tales informes no hacen referencia alguna a su actividad.

2º.- Total ausencia de procedimiento previo , por cuanto que la Resolución recurrida se dictó vulnerando el procedimiento previsto , lo que alega ha de implicar la nulidad o anulabilidad de éste , al no habersele permitido presentar alegaciones ni concedido trámite de audiencia vulnerando lo dispuesto en el art 76 de la Ley 39/2015 , y el art.82 de la misma. Se aduce la vulneración del art.56.2 del R.D.84/1996 por el que se aprobó el Reglamento General sobre Inscripciones de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos, adjuntándose acuerdo de la TGSS de Cádiz de 15 de noviembre de 2017 que ,tras iniciar procedimiento de alta de oficio en el RETA a otro miembro de la Cooperativa y a la vista de las alegaciones, resolvió dejar sin efecto las altas/bajas anulándolas por defectos formales, así como una resolución de la TGSS de la Rioja en que se retrotrae el procedimiento.

3º.- Notificación insuficiente de la Resolución recurrida por vulneración del art.40.2 de la Ley 39/2015 al no indicar si la resolución ponía fin a la vía administrativa y recursos precedentes.

4º.- Sobre el fondo del recurso alega que se ha producido una errónea apreciación de los hechos sobre los que se sustenta el alta de oficio , que la TGSS pretende su alta durante el mes de diciembre de 2015 , mientras que por parte de la Inspección , no se ha solicitado la cuota de dicho mes habiendo considerado el periodo de inicio de la supuesta actividad en agosto de 2016 , oponiéndose a que pueda ser considerado un trabajador autónomo ya que para ello se requiere habitualidad , estableciendo la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencia de 29 de octubre de 1997) que el criterio del montante de la retribución para apreciar el requisito de la habitualidad está ligado a que dicha retribución supere el salario mínimo interprofesional en un año natural , sin que en los años 2015,2016 y 2017 lo haya superado en cómputo anual.

5º.- Aun acudiendo al acta de liquidación 282017009712743, y a los supuestos informes sobre los que la TGSS ha procedido a darle de alta en el RETA , alega que no hacen ninguna referencia a su actividad sino a la de la Cooperativa , no existiendo presunción de veracidad de las actas ya que en este caso el alta de oficio no se basa en un acta de infracción o de liquidación , sino en meros informes de la Inspección que considera no están suficientemente motivados.

6º.- Incompetencia de la Inspección de Valencia por no poder levantar Actas de inspección fuera de su territorio, siendo así que el recurrente reside y ha prestado servicios en la Comunidad Autónoma de Madrid, lo que alega comportaría la vulneración del art.47.1 b de la Ley 39/2015 .

7º.- No existe resolución o sentencia firme que declaren la ilicitud de la Cooperativa Fidelis Factu, de manera que su descalificación, que podría ser por errores materiales, no comporta que el modelo de negocio sea ilícito; que forma parte de Fidelis Factu Sociedad Cooperativa y como asociado a dicha Cooperativa de Trabajo Asociado se encuentra encuadrado dentro del Régimen General de la Seguridad Social y ello en base al contrato de adhesión firmado por ambas partes , en base a los Estatutos de la propia Cooperativa y de acuerdo con el art 14.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGSS.

En el escrito de conclusiones el recurrente solicitó como cuestión previa la suspensión del presente recurso por prejudicialidad al seguirse ante esta misma Sala y Sección el PO. 116/2018 a instancia de Fidelis Factu S.Coop sobre la adecuación o no a la legalidad de la cooperativa. Suspensión que no procede sea concedida al no haber en el ámbito contencioso-administrativo apreciar cuestiones prejudiciales homogéneas pues la suspensión del procedimiento por prejudicialidad civil, prevista en el art.43 LEC , no es supletoriamente aplicable a la jurisdicción contencioso-administrativa (STS de 28 de junio de 2005 , en interés de ley, rec.6/2004),

por lo demás, son Resoluciones administrativas distintas la recurrida en el PO 116/2018 y la presente, y las altas de oficio presentes no están basadas en el resultado definitivo del procedimiento que se lleve a cabo con respecto a Fidelis Factu ni sobre su descalificación, sino en una actuación propia de la TGSS en base a las competencias que tiene atribuidas para emitir estos actos y que considera que de los hechos constatados en el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a que posteriormente nos referiremos, concurren en el recurrente los requisitos legalmente establecidos para estar de alta en el RETA.

Por la Administración de la Seguridad Social se insta la confirmación de las resoluciones recurridas por los argumentos de su escrito de contestación a la demanda que se dan por reproducidos.

Tercero.

Dicho lo anterior, no puede prosperar la pretensión de nulidad por falta de motivación de la resolución de 25 de julio de 2017, por cuanto que el recurrente ha tenido pleno conocimiento de las razones o motivos que han llevado a la Administración a proceder a su alta y baja de oficio en el RETA, por lo que en sede administrativa y jurisdiccional ha podido ejercitar con plenitud su derecho de defensa, no existiendo, en consecuencia, indefensión alguna. A ello debe añadirse que la resolución de la Administración nº 24 de Madrid, si bien es escueta, no se puede decir que carezca de motivación, ya que expone las razones que sirvieron de justificación y de fundamento a la decisión jurídica contenida en el acto, incorporando la motivación in aliunde pues se refiere a los hechos constatados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En consecuencia, no cabe confundir la brevedad y concisión de términos de los actos administrativos resolutorios con la falta de motivación, ni es necesario exponer los motivos de la decisión cuando están presupuestos en la misma, bastando para estimar cumplido ese requisito con que, aún sumariamente, se indique de forma inequívoca el fundamento de la resolución. En verdad, la motivación del acto administrativo no depende del grado de suficiencia considerado necesario por los particulares interesados, sino que basta con que se pueda conocer con la mayor certeza posible la verdadera voluntad del órgano actuante para que se entienda suficientemente motivado. En suma, la motivación escueta o sucinta de todo acto administrativo, si es suficientemente indicativa, no equivale a ausencia de motivación ni acarrea su nulidad, pues la sucinta referencia motivadora no requiere una exhaustiva y completa referencia fáctica y jurídica del proceso conformador de la voluntad administrativa.

Tal perfecto conocimiento y ausencia de indefensión se ponen de manifiesto en el contenido del recurso de alzada formulado por el recurrente que, al mismo tiempo que alega la falta de motivación de la resolución de la Administración nº 24 de Madrid, manifiesta conocer la actuación de la Inspección Provincial de Valencia y el acta de liquidación, escrito en que realiza todas las alegaciones y esgrime todos los motivos que considera oportunos para su defensa, al igual que en la demanda, resultando de la prueba aportada en periodo probatorio, a instancias del recurrente, por la Dirección Provincial de Valencia de la TGSS y por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Valencia, que, efectivamente, con anterioridad a la formulación del recurso de alzada el recurrente conocía el acta de liquidación y el extensísimo y detallado informe realizado por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Valencia en relación a Fidelis Factu S.Coop, su funcionamiento, los hechos constatados por el inspector, la documentación examinada y la propia situación del recurrente, según la documentación aportada por Factoo en comparecencia ante la Inspección, por lo que no consta haya padecido indefensión alguna ni que desconociera los motivos por los que se procedió a darle de alta en el RETA, siendo así que, además, la Resolución de la Dirección Provincial de Madrid de la Tesorería General de la Seguridad Social de fecha 23 de noviembre de 2017, por la que se desestima el recurso de alzada formulado contra la resolución de 25 de julio de 2017, aparece extensa y perfectamente motivada dando respuesta además a las alegaciones realizadas por el recurrente en el recurso de alzada.

Cuarto.

La solicitada nulidad de las Resoluciones administrativas impugnadas por haberse prescindido de los trámites legalmente establecidos para el procedimiento, en concreto del trámite de audiencia y/o presentación de prueba antes de cursarse el alta y la baja de oficio, tampoco puede prosperar.

Con carácter general debemos destacar que el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, preveía en su artículo 13, para todos los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, que los actos de afiliación, altas y bajas puedan ser realizados de

oficio por los correspondientes organismos de la Seguridad Social -función atribuida a la Tesorería General de la Seguridad Social-, cuando las personas o entidades a quienes incumben tales obligaciones no las cumplieren.

En el mismo sentido los arts. 16.1 y 139 de la LGSS de 2015 y el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, dispone en su artículo 3.1 : "Corresponden a la Tesorería General de la Seguridad Social las funciones de ... ejecución y control directos de la gestión en orden a la inscripción de empresas, apertura de cuentas de cotización, formalización de la cobertura para la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en los términos establecidos en el presente 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.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de la función inspectora de la actuación de las empresas y demás sujetos responsables y de los trabajadores y beneficiarios respecto de las materias reguladas en este Reglamento, que se ejerce a través de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la cual además emitirá los informes que, en relación con las funciones atribuidas a la Tesorería General de la Seguridad Social, le sean solicitados por la misma".

El mismo Reglamento General regula la afiliación de oficio en su artículo 26 , el cual dispone: "1. La afiliación podrá efectuarse de oficio por las Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administraciones de la misma cuando, por consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de los datos obrantes en las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social o por cualquier otro procedimiento, se compruebe el incumplimiento de la obligación de solicitar la afiliación por parte de los trabajadores o empresarios a los que incumba tal obligación.

2. Cuando la afiliación de oficio no sea consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración de la misma dará cuenta a aquélla al objeto de las comprobaciones y demás efectos que procedan".

Y el artículo 29.1.3º del citado Reglamento General previene, con respecto a las altas y bajas de los trabajadores: "El incumplimiento de las obligaciones de comunicar el ingreso o cese de los trabajadores por parte de las empresas o, en su caso, de los trabajadores obligados dará lugar a que sus altas o bajas puedan ser efectuadas de oficio por la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración de la misma competente, de acuerdo con lo previsto para la afiliación en los artículos 26 y 33 de este Reglamento ".

De la anterior reglamentación se infiere que corresponde a la Tesorería General de la Seguridad Social promover el alta y baja de los trabajadores cuando compruebe el incumplimiento de tal obligación, comprobación que puede ser consecuencia, de los datos obrantes en las entidades gestoras o servicios comunes de la Seguridad Social o de una actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como es el caso. No se establece, por tanto, procedimiento específico para proceder a aquella alta , en que deba darse trámite de audiencia al interesado, sino que, comprobadas aquellas circunstancias, la Tesorería ha de proceder a verificar el alta.

En cualquier caso, en el presente caso la recurrente no ha padecido indefensión alguna (requisito indispensable para apreciar la anulabilidad por defectos de forma) por cuanto que ha podido alegar y aportar las pruebas que ha considerado oportunas tanto en el recurso de alzada formulado en vía administrativa como en el presente recurso contencioso administrativo.

El hecho de que en resoluciones de la TGSS aisladas se haya dispuesto la retroacción de actuaciones en casos similares es irrelevante máxime cuando aquí no se ejerce una simple pretensión de retroacción del procedimiento, sino una pretensión declarativa de la invalidez del acto impugnado, lo que nos lleva a abordar el fondo litigioso, especialmente cuando antes hemos descartado toda indefensión y por tanto no puede prosperar este motivo impugnatorio. No hay vulneración de acto propio alguno cuando se trata de distintos procedimientos seguidos ante distinto sujeto y bajo distinta perspectiva alegatoria y pretensiones.

Tampoco ha existido ninguna notificación insuficiente de la Resolución recurrida que expresa con total claridad que era susceptible de recurso contencioso administrativo en el plazo de dos meses ante esta Sala .

Quinto.

Por lo que al fondo del recurso se refiere, el alta de oficio en el RETA del recurrente se ha producido como consecuencia de una actuación de la Inspección Provincial de Valencia que, como decimos, fue perfectamente conocida por el recurrente y que ha sido aportada en periodo probatorio, de ella resulta que la Inspección ha consultado la base de datos informatizados y registros de la TGSS, ha visitado el centro de trabajo de Fidelis Factu, ha examinado la documentación social y contable aportada por Fidelis Factu a requerimiento de los actuantes tras comparecer en sede inspectora, ha tenido en cuenta la documentación remitida por registros públicos, la comparecencia en sede inspectora de socios constituyentes con aporte de documentación y toma de declaración, así como la comparecencia de los "socios trabajadores" con aporte de documentación y toma de declaración y ha concluido, por las razones expuestas en su extensísimo informe, que Fidelis Factoo Sociedad Cooperativa, es una empresa instrumental, cuya actividad ilícita - desde la vertiente de la relación jurídica de seguridad social- se concreta en la simulación de situaciones de trabajo dependiente (bajo la forma de socios trabajadores) con la finalidad de tramitar periodos de alta en el Régimen General de la Seguridad Social de trabajadores que, en realidad, son trabajadores por cuenta propia, posibilitando así el incumplimiento por parte de estos "socios trabajadores" de las obligaciones de alta y cotización al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, destacando que los periodos de alta de los "socios trabajadores" no tienen correspondencia con el tiempo utilizado para la ejecución del trabajo, siendo el primero menor, que las cuotas ingresadas a la Seguridad Social por Factoo por tales "socios trabajadores" han corrido realmente a cargo de tales "socios trabajadores" vía descuento en la "liquidación a asociado" quedando aún libre de beneficio para Factoo una comisión, que Factoo no proporciona a los profesionales "puestos de trabajo" porque no los tiene ya que no produce ningún bien ni presta ningún servicio a terceros, aunque los facture en sustitución de quien si los presta, tampoco "organiza en común la producción de bienes o servicios para terceros", sino que cada profesional organiza individualmente la prestación de servicios a su cliente, Factoo no cuenta con equipos técnicos, ni maquinaria, ni instalaciones, ni centro de trabajo, ni con infraestructura alguna para la ejecución de los trabajos por los que factura, no proporciona puestos de trabajo a sus socios (razón última de las cooperativas de trabajo asociado, siendo su actividad contraria a la regulación legal y a la función social prevista para tales cooperativas en el art 80 de la Ley 27/99) la vida laboral de Factoo pone de manifiesto que desde el inicio de su alta inicial en marzo de 2015 y en los dos años que lleva ha tenido en alta a más de 5.000 afiliados distintos, si bien cada socio trabajador se ha mantenido de alta por múltiples espacios muy breves de tiempo, lo que supone una vinculación anómala ya que los socios trabajadores de una Cooperativa de Trabajo Asociado deben de incorporarse en la prestación de trabajo a la misma con carácter en principio indefinido; el informe de la Inspección constata asimismo que la mayoría de los trabajadores que prestaban servicios en las instalaciones de la empresa estaban de alta en otra empresa (Data España) y que cuando se giró la visita de inspección al centro de trabajo no había ni un solo trabajador con vocación de estabilidad en la empresa, no estando ninguno de los tres socios fundadores de la cooperativa, incluido su administrador único, de alta en la seguridad social por su condición de socios de la cooperativa, siendo la actividad desarrollada en el centro de trabajo y domicilio social de Factoo de gestión para tramitar las altas y bajas, facturar, contabilidad, publicidad, mantenimiento técnico e informático de la página web de Factoo, actividad que ni siquiera era realizada por los socios cooperativistas ni por trabajadores de Factoo, sino por Data España; la Cooperativa no ha convocado las correspondientes asambleas para regirse por un Consejo Rector - pese a tener más de diez socios -, los supuestos socios trabajadores no concurren al nombramiento de los órganos societarios, tales socios no participan en la actividad de la cooperativa, no existe actividad cooperativizada alguna, concluyendo la Inspección en que nos encontramos ante un fenómeno simulatorio, la simulación de las relaciones societarias que determinan la inclusión en el Régimen general de los ficticios "socios trabajadores" y la indebida tramitación del alta en el RGSS de unos profesionales para facilitar el incumplimiento por parte de éstos de sus obligaciones fiscales y de seguridad social.

En relación al recurrente el informe de la Inspección examina la documentación aportada por Factoo en su comparecencia en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en fecha 17 de mayo de 2017, comprobando que ejerce la actividad profesional de "Otras actividades sanitarias", recogiendo el volumen total de liquidaciones recibidas de Factoo en los años 2015 y 2016, los movimientos de alta y baja en el código de cotización de Factoo y la facturación y correspondiente liquidación al "asociado" emitidas por Factoo y aportadas por ésta a las actuaciones que se califica de incompleta por cuanto que no coinciden las cuantías declaradas en el Modelo 190, considerando que el recurrente debe de estar incluido en el campo de aplicación del RETA al menos durante los periodos diciembre 2015 y agosto 2016 a fecha, sin haber solicitado en tiempo y forma el alta en el mismo, generando con esta omisión el impago de la cotización correspondiente.

Pues bien, hemos de partir de que el ordenamiento jurídico otorga presunción de certeza a los hechos reseñados en los informes emitidos por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en los supuestos concretos a que se refiere la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, consecuentes a comprobaciones efectuadas por la misma, sin perjuicio de su contradicción por los interesados en la forma que determinen las normas procedimentales aplicables (artículo 53.2 del Real Decreto Legislativo 5/2.000, de 4 de Agosto que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social; en el mismo sentido se pronuncia la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 42/1.997, de 14 de Noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social). La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Diciembre de 2.009 , con cita de la anterior de 8 de Mayo de 2.000, recuerda que la presunción de veracidad atribuida a las Actas de Inspección Laboral se encuentra en la imparcialidad y especialización, que en principio, debe reconocerse al Inspector actuante; presunción de certeza perfectamente compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución), ya que los citados preceptos se limitan a atribuir a tales actas el carácter de prueba de cargo, dejando abierta la posibilidad de practicar prueba en contrario. Ahora bien, respecto de la presunción de certeza o veracidad de los hechos descritos e informados por el inspector laboral, la doctrina jurisprudencial tiene declarado reiteradamente que ha de limitarse solo a los hechos que por su objetividad hubiera percibido directamente el inspector, o a aquellos inmediatamente deducibles de los primeros o acreditados en virtud de medios de prueba referidos en la propia acta de inspección, sin que se reconozca la inicial infalibilidad o veracidad a las simples apreciaciones globales, juicios de valor o calificaciones jurídicas, si bien, la presunción de que se trata, por su misma naturaleza "iuris tantum", cede y decae cuando se aportan pruebas acreditativas de la falta de correspondencia entre lo consignado en el acta y la realidad de los hechos. Por tanto, la presunción de certeza despliega la carga de la prueba al administrado, de modo que es este quien debe acreditar con las pruebas precisas que no se ajustan a la realidad los hechos descritos por la inspección.

Por lo demás, el hecho de que no se trate de un Acta de infracción o liquidación, pero sí de un caso de "informes emitidos por la Inspección de Trabajo y la Seguridad Social como consecuencia de comprobaciones efectuadas por la misma" no es óbice para que se beneficie específicamente de la presunción otorgada por el art.23 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de ITSS . En este sentido es tajante lo dicho por la STS de 9 de julio de 2015 (rec.3623/2013) sobre el peso de los informes de la Inspección: " Ciertamente la disposición adicional cuarta de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social , regula la presunción de certeza de las comprobaciones inspectoras. Ahora bien, en esta disposición se regula no sólo la presunción de certeza de las actas , sino también de los informes .

Así es, los hechos constatados en actas por funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, " tendrán presunción de certeza ", sin perjuicio de la pruebas que en defensa de sus derechos aporten los interesados. Ahora bien, esta presunción se extiende a los informes, cuando en el párrafo segundo del apartado 2 de dicha disposición adicional cuarta, se indica que " el mismo valor probatorio se atribuye a los hechos reseñados en informes emitidos por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en los supuestos a que se refieren los números 5, 6, 7, 8 y 11 del artículo 7 de la presente Ley , consecuentes a comprobaciones efectuadas por la misma". Repárese que en el caso examinado se promueve un procedimiento de oficio para la afiliación y alta y bajas de los trabajadores en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, a que se refiere el artículo 7.5 de la citada Ley 42/1997 .

Acorde con este marco normativo, debemos adelantar que la sentencia ha de ser casada en la medida en que sitúa en el mismo nivel la necesidad de prueba de lo alegado por la Administración y de lo señalado por el recurrente, cuando no es así. Las circunstancias verificadas en el informe, tras la visita de la inspección, gozan de una presunción de certeza, atendida la tradicional dificultad probatoria que se presenta cuando se abordan incumplimientos laborales. Lo que significa que corresponde a la recurrente acreditar los hechos en los que funde la impugnación de los hechos allí constatados, si se quiere desvirtuar la presunción citada que, desde luego, admite prueba en contrario. "

En el caso presente, frente a los hechos señalados en el informe de la Inspección y a sus lógicas y coherentes conclusiones y sobre la fuerza probatoria o de convicción del citado Informe no existe objeción seria por parte del recurrente , más allá de alegar que se pretende su alta en el mes de diciembre de 2015 pese a que la Inspección no ha solicitado la cuota de dicho mes, que no debe de ser considerado como trabajador autónomo a efectos de su inclusión en el RETA al no alcanzar sus ingresos el salario mínimo interprofesional y que no se ha analizado su situación concreta conteniendo el informe de la Inspección de trabajo meras apreciaciones subjetivas del Inspector.

Al respecto hemos de señalar que ya hemos expresado que la actuación de la TGSS es independiente de la de la Inspección de Trabajo por lo que es irrelevante que esta última le haya o no reclamado la cuota de autónomos del mes de diciembre de 2015; que el informe de la Inspección de Trabajo no solo se refiere a Fidelis Factu sino que también analiza la concreta situación del recurrente del que se dice ha ejercido la actividad profesional de " Otras actividades sanitarias", recogiendo el volumen total de liquidaciones recibidas de Factoo y la facturación y correspondiente liquidación al "asociado" emitidas por Factoo y aportadas por ésta a las actuaciones ,actividad que se concluye ha realizado el recurrente por cuenta propia y no como supuesto socio trabajador de Factoo, ya que en realidad ésta no organiza en común la producción de bienes y servicios para tercero sino que cada profesional- y por lo tanto el recurrente- organiza individualmente la prestación de servicios para su cliente, no contando Factoo con equipos técnicos, ni maquinaria, ni instalaciones, ni centro de trabajo, ni con infraestructura alguna para la ejecución de los trabajos para los que factura, y demás circunstancias puestas de manifiesto en el informe de la inspección que parcialmente hemos transcrito con anterioridad, de las que resulta que es el recurrente quien tiene la relación con el cliente facturado, por lo que el fondo de comercio de la actividad es del recurrente no de Factoo , es el recurrente quien soporta el riesgo de su actividad y el pago del servicio prestado a su cliente, quien organiza individualmente la prestación de servicios para su cliente y asume los gastos necesarios para el ejercicio de su actividad , corriendo también de su cuenta la totalidad de la cotización a la seguridad social (cuota obrera y cuota patronal) , que es ingresada por Factoo pero le es descontada de las liquidaciones, hechos que no han sido desvirtuados en momento alguno por el recurrente.

En suma, se considera probado del informe de la inspección de la Seguridad social, y la Sala considera ajustada a derecho tal resultado, que el recurrente no era un trabajador por cuenta de la Cooperativa (Fidelis Factu, Sda.Coop) sino un trabajador por cuenta propia incluido en el campo de aplicación del RETA en los periodos a que se refieren las Resoluciones recurridas, sin haber solicitado el alta ni cotización en el RETA, con infracción de la legislación de la Seguridad Social.

Sexto.

Alega el recurrente que no debe de ser considerado como trabajador autónomo a efectos de su inclusión en el RETA al no alcanzar sus ingresos el salario mínimo interprofesional en el año natural.

El concepto de trabajador por cuenta propia o autónomo se encuentra contenido en el artículo segundo del Decreto 2530/1970, de 20 de Agosto , que lo define como " aquel que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ella a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otra persona". En el mismo sentido el artículo 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo , dispone que " la presente Ley será de aplicación a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena", estableciendo el artículo 24 que " la afiliación al sistema de la Seguridad Social es obligatoria para los trabajadores autónomos o por cuenta propia y única para su vida profesional, sin perjuicio de las altas y bajas en los distintos regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, así como las demás variaciones que puedan producirse con posterioridad a la afiliación".

De la normativa expuesta se deduce que para conceptuar al trabajador por cuenta propia o autónomo, hay que fijarse en la nota de habitualidad, entendida, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 2 de Diciembre de 1988 , " no como mera periodicidad, sino en el sentido de que el trabajo personal y directo debe ser cotidianamente la principal actividad productiva que desempeñe el trabajador".

Es cierto que la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 29 de Octubre de 1997 (rec. 406/1997), analiza el significado del requisito de habitualidad que el artículo 2.1 del D. 2530/1970 establece para el encuadramiento y afiliación al régimen especial de trabajadores autónomos, y tras señalar que la normativa en la materia no precisa el alcance del requisito de la habitualidad de la actividad económica que se exige al trabajador para su inclusión en el RETA, lo que ha de ser suplido por la jurisprudencia, llega a la conclusión de que el criterio de la cuantía de la retribución es un criterio apto para apreciar el requisito de la habitualidad, y dicho lo anterior, la superación del umbral del salario mínimo percibido en un año natural es un indicador adecuado de la habitualidad. En efecto la mencionada sentencia afirma que " como ha señalado la jurisprudencia contenciosa administrativa (Sentencias del Tribunal Supremo de 21-12-1987 y 2-12-1988), tal requisito (el de la habitualidad)

hace referencia a una práctica de la actividad profesional desarrollada no esporádicamente sino con una cierta frecuencia o continuidad. A la hora de precisar ese factor de frecuencia o habitualidad puede parecer más exacto recurrir, en principio, a módulos temporales que, a módulos retributivos, pero las dificultades virtualmente insuperables de concreción y de prueba de las unidades temporales determinantes de la habitualidad han inclinado a los órganos jurisdiccionales a aceptar también como indicio de habitualidad el montante de la retribución. Este recurso al criterio de la cuantía de la remuneración, que por razones obvias resulta de más fácil cómputo y verificación que el tiempo de dedicación, es utilizable, además, teniendo en cuenta el dato de la experiencia de que en las actividades de los trabajadores autónomos o por cuenta propia el montante de la retribución guarda normalmente una correlación estrecha con el tiempo de trabajo invertido. A la afirmación anterior debe añadirse que la superación del umbral del salario mínimo percibido en un año natural puede ser un indicador adecuado de habitualidad."

Ahora bien, tal como expresa la Sentencia dictada en fecha 25 de febrero de 2019, Recurso: 389/2018, por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en un asunto igual al presente y en el que cita asimismo una Sentencia dictada por esta misma Sala y Sección "... es cierto que la jurisprudencia y la inspección cuando dispone el alta de oficio en el RETA, que suele tomarse como referencia el nivel de retribuciones como indicador para presumir la habitualidad. Ahora bien, dejemos claro, que se trata de un indicador (no determinante), y que no es el único, pues hay otros factores que pueden confirmar esa habitualidad, tales como el reconocimiento expreso o tácito del propio sujeto afectado.

Como se ha precisado por la STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2018 (rec.322/2017): "El criterio del montante de la retribución a que se refieren las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo citadas por el recurrente y en que básicamente fundamenta su recurso, entendemos que es un indicativo de la habitualidad pero no necesariamente el único ni excluyente de otros criterios, ya que el montante de los ingresos no determina nunca la inclusión o exclusión en el RETA, no cabiendo la baja en el RETA por pérdidas o por tener ingresos inferiores al salario mínimo, siendo lo que las Sentencias expresan que la superación del salario mínimo anual en la retribución "puede ser un indicador adecuado de habitualidad", "puede revelar en su aplicación al trabajo por cuenta propia, una cierta permanencia y continuidad...". En definitiva, nada impide la valoración global y circunstanciada, sin necesidad de estar ligado a la fuerza probatoria exclusiva y determinante o excluyente del solitario dato retributivo.

En suma, tal criterio retributivo tiene sentido y utilidad cuando se dispone el alta de oficio respecto de quien no está dado de alta en el sistema en régimen alguno y donde la carga de la prueba la tiene la administración actuante que podrá considerar indicador relevante el nivel de ingresos. En cambio, tal criterio retributivo no es preciso cuando el propio sujeto afectado de forma expresa cuenta con alta voluntaria y conforme en otro régimen distinto, como es el Régimen General de la Seguridad Social, lo que encierra su admisión de que su labor es estable y habitual, y merecedora de protección social (ello sin perjuicio de que tal alta en el Régimen General no sea la procedente, sino como es el caso, en el RETA).

6.3 Por eso, el planteamiento impugnatorio del recurrente aferrándose al nivel de ingresos del ejercicio afectado es errado ya que el art.2.1 del Decreto 2530/1970 presume la condición de trabajador autónomo en quien realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, sin que pueda aceptarse la tesis que parece esgrimir la recurrente de que una empresa estará dentro o fuera de la condición de autónomo a resultas del balance de ingresos recibidos en cada año, sino que ha de estarse a la vocación y condiciones de habitualidad objetiva de su labor. Como ha afirmado la STSJ de Andalucía de 28 de septiembre de 2017, rec.782/2016: "De otra parte, lo que prevén tanto el artículo 1.1 de la Ley 20/2007 como el artículo 2.1 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, es que la actividad económica se realice "a título lucrativo", tal es nuestro caso, lo cuál es independiente de que la misma tenga beneficios o pérdidas a lo largo de los sucesivos ejercicios contables."

Así, en el presente caso los propios actos de la recurrente integrándose formalmente en una cooperativa, bajo la cobertura aceptada del régimen general de la Seguridad Social, y facturando por servicios que ofrece desde su especialización a clientes del mercado (con mayor o menor fruto), demuestra la concurrencia del presupuesto de actividad habitual, personal y directa. En suma, la superación del umbral del salario mínimo percibido en el año natural es un indicador de habitualidad pero es irrelevante cuando la actividad desarrollada con ese carácter consta por actos propios concluyentes y por activa intervención ofreciendo sus servicios en el mercado. Es más, basta examinar el dato de la facturación de cargo para comprobar que se trata de servicios

prestados y retribuidos, que además han sido ofertados bajo el manto o apariencia de una Cooperativa con establecimiento abierto al público".

Pues bien, tal razonamiento es perfectamente trasladable al caso presente, en que el recurrente insiste en su condición de socio trabajador de una Cooperativa de trabajo asociado durante el periodo examinado, y su pertenencia a la misma, habiendo suscrito un contrato de adhesión con la misma en fecha 9 de diciembre de 2015 que le admitió como socio trabajador de la Cooperativa con un periodo de prueba de 18 meses, pasado el cual se convertía en socio de pleno derecho y habiendo estado de alta en el Régimen General conforme a lo establecido en el art 14 de la Ley General de la Seguridad Social de 2015, según el cual: " 1. Los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado disfrutarán de los beneficios de la Seguridad Social, pudiendo optar la cooperativa entre las modalidades siguientes:

a) Como asimilados a trabajadores por cuenta ajena. Dichas cooperativas quedarán integradas en el Régimen General o en alguno de los regímenes especiales de la Seguridad Social, según proceda, de acuerdo con su actividad.

b) Como trabajadores autónomos en el régimen especial correspondiente.

Las cooperativas ejercerán la opción en sus estatutos, y solo podrán modificarla en los supuestos y condiciones que el Gobierno establezca" .

Séptimo.

El recurrente alega finalmente la Incompetencia de la inspección de Valencia por no poder levantar Actas de inspección fuera de su territorio, siendo así que el recurrente reside y ha prestado servicios en la Comunidad Autónoma de Madrid, lo que alega comportaría la vulneración del art.47.1 b de la Ley 39/2015 .

El motivo tampoco puede prosperar. No cabe aducir que la Inspección de Valencia fuere incompetente por razón del territorio ya que su actuación de comprobación se efectúa respecto de una empresa, Fidelis Factu, Sociedad Cooperativa, que tiene sede en Valencia, informe que expone su visión del lugar, descripción, actividad allí desarrollada, ausencia de socios fundadores, y realiza un análisis de estatutos, personal, relaciones con los trabajadores o cooperativistas, y otros extremos y si además realiza informe de un trabajador relacionado con dicha empresa, persona física que no tiene por definición domicilio social ni sede probada de su actividad, es evidente que tal informe es jurídicamente válido en cuanto emitido por órgano competente sobre actividad en su campo territorial.

El motivo de impugnación séptimo y último relativo a que no existe resolución o sentencia firme que declaren la ilicitud de la Cooperativa Fidelis Factu, de manera que su descalificación, que podría ser por errores materiales, no comporta que el modelo de negocio sea ilícito y que forma parte de Fidelis Factu Sociedad Cooperativa y como asociado a dicha Cooperativa de Trabajo Asociado se encuentra encuadrado dentro del Régimen General de la Seguridad Social y ello en base al contrato de adhesión firmado por ambas partes , en base a los Estatutos de la propia Cooperativa y de acuerdo con el art 14.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGSS , entendemos ha sido contestado y resuelto en los fundamentos de derecho precedentes en sentido desestimatorio .

Por todo lo expuesto, hemos de desestimar íntegramente el recurso.

Octavo.

De conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional 29/1.998 , procede la imposición de las costas procesales a la parte actora por la total desestimación de su recurso, si bien como permite el apartado cuarto del mismo precepto (disposición final tercera.5 de la Ley Orgánica 7/2.015, de 21 de Julio , sobre modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial), se limita su cuantía a la suma de 800 € (más I.V.A.).

VISTOS los preceptos legales citados, y los demás de concordante y general aplicación.

FALLAMOS

Que DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo de D. Millán , y confirmamos las resoluciones de la Tesorería General de la Seguridad Social reseñadas en el encabezamiento de esta sentencia, con expresa imposición de las costas procesales a la parte recurrente en los términos establecidos en el último fundamento jurídico.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá presentarse ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa , con justificación del interés casacional objetivo que presente; previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2608-0000- 93- 0139-18 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo "concepto" del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso- Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta expediente 2608-0000-93-0139-18 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.