

R. CASACION núm.: 4681/2017

Ponente: Excmo. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver
Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 1550/2018

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D.^a Celsa Pico Lorenzo

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 26 de octubre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado bajo el número RCA 4681/2017, interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación de la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia 185/2017, de fecha 6 de junio de 2017 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria que estimó el recurso contencioso-administrativo promovido contra la resolución de 17 de mayo de 2016 de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Cantabria por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 5 de abril de 2016 por la que se denegaba la devolución de ingresos indebidos.

Ha sido parte recurrida
representada por la procuradora de los tribunales doña

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento contencioso-administrativo número 191/2016, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, dictó sentencia el 6 de junio de 2017, cuyo fallo dice literalmente:

*«Estimamos el recurso contencioso-administrativo promovido por
., contra la Resolución de fecha
17 de mayo de 2016 de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la
Seguridad Social de Cantabria por la que se desestima el recurso de alzada
interpuesto contra la resolución de 5 de abril de 2016 por la que se denegaba
la devolución de ingresos indebidos que la actora había presentado el día 18
de febrero de 2016, siendo parte apelada la Tesorería General de la Seguridad
Social, anulando la resolución impugnada y ordenando la devolución de la
cantidad de 70.888,71 € más los intereses legales y sin imposición de costas.»*

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó el Letrado de la Administración de la Seguridad Social recurso de casación, que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria tuvo por preparado mediante Auto de 1 de septiembre de 2017 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó Auto el 9 de marzo de 2018, cuya parte dispositiva dice literalmente:

«Primero.- Admitir a trámite el recurso de casación preparado por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, contra la sentencia núm. 185/2017, de 6 de junio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, dictada en los autos del procedimiento ordinario núm. 191/2016.

Segundo.- Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente:

Si antes de la reforma de la regla tercera, del apartado dos, de la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, efectuada por la disposición final octava de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016, las empresas encuadradas en el correspondiente código CNAE de los incluidos en el Cuadro I, que cuenten con trabajadores que desempeñen funciones incluidas en el Cuadro II (en el presente caso, conductores de vehículos de transporte de mercancías con capacidad de carga superior a 3,5 tm) debían cotizar por contingencias profesionales y accidentes de trabajo por el tipo correspondiente al Cuadro II o por la tarifa correspondiente del Cuadro I por razón de la actividad principal de la empresa.

Y si, en el caso de que la cotización procedente fuera la correspondiente a la actividad de la empresa conforme al Cuadro I, resulta procedente -y en qué términos- una solicitud dirigida a la TGSS reclamando como indebidos los ingresos efectuados con exceso de cotización.

Tercero.- Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, y la nueva redacción dada por la disposición final octava de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016.

Cuarto.- Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Quinto.- Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada en este auto.

Sexto.- Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.»

CUARTO.- Admitido el recurso, por diligencia de ordenación de 20 de marzo de 2018, se concede a la parte recurrente un plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición, lo que efectuó el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación de la Tesorería General de la Seguridad Social por escrito de fecha 4 de mayo de 2018, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO: *«tenga por presentado este escrito y por interpuesto Recurso de Casación en el procedimiento de referencia sirviéndose dictar sentencia por la que, con estimación del mismo, case y anule la sentencia recurrida a través del pronunciamiento solicitado.»*

QUINTO.- Por providencia de 22 de mayo de 2018. Se acuerda dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida a fin de que, en el plazo de treinta días, pueda oponerse al recurso, lo que efectuó la representación procesal de _____ en escrito presentado el 14 de junio de 2018, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO: *«que tenga por presentado este escrito y por IMPUGNADO EL RECURSO DE CASACIÓN formalizado por la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia 185/2017 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de fecha 6 de junio de 2017, dictando en definitiva sentencia desestimatoria del recurso.»*

SEXTO.- De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por providencia de 27 de julio de 2018 se señala este recurso para votación y fallo el día 16 de octubre de 2018, fecha en que tuvo lugar el acto, continuándose posteriormente la deliberación para votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Los términos del litigio y la sentencia de instancia.*

El Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, interpone recurso de casación 4681/2017 contra la sentencia estimatoria núm. 185/2017, de 6 de junio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, dictada en los autos del procedimiento ordinario núm. 191/2016 formulado por _____ contra Resolución de 17 de mayo de 2016 de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Cantabria que desestima el recurso de alzada contra resolución de 5 de abril anterior denegando la petición de devolución de ingresos indebidos presentada el 18 de febrero de 2016.

Identifica la sentencia (completa en cendoj ROJ: STSJ 570/2017 – ECLI:ES:TSJCANT:2017:570) en su PRIMER fundamento el contenido de las resoluciones impugnadas mientras en el SEGUNDO refleja la pretensión ejercitada así como la oposición de la administración.

Dedica el TERCERO a reproducir el contenido de la sentencia dictada en el procedimiento 237/2016 que, en esencia, sienta que es a partir del cambio de redacción de la DA 4 de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre que se produce la vinculación al tipo de cotización más alto cuando este es diferente en la ocupación del trabajador y en la actividad de la empresa.

En el CUARTO insiste en la posición anterior indicando que las Salas de la Audiencia Nacional y del TSJ de Castilla y León, Burgos, siguen idéntico criterio.

SEGUNDO.- *Preparación del recurso de casación y admisión.*

Mediante auto de 19 de marzo de 2018 de la Sección Primera de esta Sala se admitió a trámite el recurso de casación preparado por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, contra la sentencia núm. 185/2017, de 6 de junio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, dictada en los autos del procedimiento ordinario núm. 191/2016, precisando que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente:

«Si antes de la reforma de la regla tercera, del apartado dos, de la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, efectuada por la disposición final octava de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016, las empresas encuadradas en el correspondiente código CNAE de los incluidos en el Cuadro I, que cuenten con trabajadores que desempeñen funciones incluidas en el Cuadro II (en el presente caso, conductores de vehículos de transporte de mercancías con capacidad de carga superior a 3,5 tm) debían cotizar por contingencias profesionales y accidentes de trabajo por el tipo correspondiente al Cuadro II o por la tarifa correspondiente del Cuadro I por razón de la actividad principal de la empresa.

Y si, en el caso de que la cotización procedente fuera la correspondiente a la actividad de la empresa conforme al Cuadro I, resulta procedente –y en qué términos– una solicitud dirigida a la TGSS reclamando como indebidos los ingresos efectuados con exceso de cotización.»

TERCERO.- *La interposición del recurso de casación por el Letrado de la Administración de la Seguridad.*

Alega que la sentencia se basa en una interpretación literal de ambas redacciones. La nueva redacción establece la consecuencia jurídica cuando diverjan el tipo correspondiente a la ocupación del trabajador y el tipo propio

de la actividad de la empresa. La antigua redacción establece la consecuencia jurídica cuando la ocupación del trabajador sea la que difiera de la actividad de la empresa sin que sea el tipo de cotización el elemento diferenciador.

Aduce que la sentencia parte de que ambas redacciones en cuestión son distintas en cuanto a su finalidad, pero defiende que no es así. Ha de tenerse en cuenta que en la nueva redacción a las ocupaciones del Cuadro II se les asocia un tipo de cotización, pero en la anterior redacción la situación era idéntica, es decir, ocupaciones distintas en el Cuadro II asociadas a tipos distintos a los del Cuadro I.

Mantiene que la intención de la norma es la misma en ambas versiones.

Reconoce que es mejorable la redacción anterior, pero eso es lo que ha hecho la nueva normativa aclarando una cuestión que había dado lugar a pronunciamientos como el de instancia, pero también a los que siguen la tesis de la Seguridad Social. Dentro de estos últimos cita –en armonía con los escritos de preparación- la Sentencia del T.S.J. de Galicia de 26 de enero de 2017.

Defiende que tanto antes de 1 de enero de 2016 como después con la nueva redacción de la D.A. Ley 42/2006, si el trabajador se encuentra en alguna de las ocupaciones o situaciones del Cuadro II, se aplica el tipo de cotización de este Cuadro y no el tipo del Cuadro I correspondiente a la actividad de la empresa.

Por ello concluye que ~~en~~ particular, y en general cualquier empresa encuadrada en el código CNAE 494 “Transporte de mercancía por carretera y servicios de mudanza” incluida en el Cuadro I, que cuente con trabajadores que desempeñen funciones incluidas en el Cuadro II (en el caso conductores de vehículos de transporte de mercancías con capacidad de carga superior a 3,5 tm) deben cotizar por el

tope más alto (6-70% correspondiente al Cuadro II) y no por la tarifa 3,70% correspondiente al Cuadro I.

Finalmente interesa que se estime el recurso y esta Sala diga que *"Antes de la reforma de la regla tercera, del apartado dos, de la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, efectuada por la disposición final octava de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016, las empresas encuadradas en el código CNAE 494 "Transporte de mercancías por carretera y servicios de mudanza" incluidas en el Cuadro I, que cuenten con trabajadores que desempeñen funciones incluidas en el Cuadro II (en el caso, conductores de vehículos de transporte de mercancías con capacidad de carga superior a 3,5tm) deben cotizar por contingencias profesionales y accidentes de trabajo por el tipo más alto (tarifa 6,70% correspondiente al Cuadro II y no por la tarifa 3,70% correspondiente al Cuadro I)."*

CUARTO.- *La oposición del recurrido.*

Muestra su oposición la sociedad recurrida reiterando lo prolijamente expuesto en la demanda inicial sobre inexistencia de error gramatical alguno en el texto legal inicial.

Expone que el legislador ha pretendido evitar la defraudación por infracotización asignando cotizaciones en razón de la actividad económica, CNAE, por lo que si la actividad empresarial, como es el caso, es el transporte de mercancías por carretera, la del trabajador, conductor no difiere debiendo ser el correspondiente al CNAE de la misma.

Invoca la STS de 18 de noviembre de 2008, recurso de casación 6843/2005 reproducido en sentencias posteriores de la Audiencia Nacional, 17 de junio de 2015, TSJ de Madrid, 16 de julio de 2014, TSJ de Galicia 23 de octubre de 2014, etc.

En consecuencia, pide la desestimación del recurso de casación.

QUINTO.- *Análisis normativo. Ocupación. Actividad económica.*

El término “ocupación” como sinónimo de trabajo no tiene una definición legal. Si establece el Estatuto de los Trabajadores, art. 4.2. a) actual RDL 2/2015, de 23 de octubre, el derecho a la ocupación efectiva en las relaciones de trabajo. Por tanto, el trabajo efectivo constituye la esencia de la relación de trabajo.

La Clasificación Nacional de Actividades Económicas 2009 aprobadas por RD 475/2007, de 13 de abril responde al cumplimiento del Reglamento CE 1893/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, que establece la clasificación europea de actividades económicas a fin de garantizar la comparabilidad de la información ofrecida por las estadísticas. Dice el Preámbulo del Real Decreto que la realidad económica cambia gradualmente pudiendo hacer necesarios ligeros cambios en la estructura de la CNAE 2009.

Queda claro, pues, que mientras la “ocupación” constituye el trabajo efectivo del trabajador como esencia de la relación de trabajo, la actividad empresarial responde a clasificaciones de actividades económicas en la que los distintos trabajadores de una empresa pueden desarrollar funciones o tareas diferentes.

SEXTO.- *Análisis normativo. Bases y tipos de cotización en la Ley General de la Seguridad Social.*

La pregunta sometida a nuestra consideración residencia el debate en preceptos de dos Leyes de Presupuestos Generales del Estado, mas omite la normativa sobre Seguridad Social de que parten aquellas. Su examen es necesario para resolver la cuestión ya que las leyes de Presupuestos Generales del Estado se han limitado a introducir los tipos de cotización aplicables en los diferentes periodos.

* El artículo 19 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 se refiere a las bases y tipos de cotización en los siguientes términos: «1. Las bases y tipos de cotización a la Seguridad Social y por los conceptos que se recauden conjuntamente con las cuotas de la Seguridad Social serán los que establezca cada año la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

2. Las bases de cotización a la Seguridad Social, en cada uno de sus regímenes, tendrán como tope máximo las cuantías fijadas para cada año por la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado y como tope mínimo las cuantías del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, incrementadas en un sexto, salvo disposición expresa en contrario.

3. Sin perjuicio de lo indicado en el apartado 1, la cotización correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se realizará mediante la aplicación de los tipos de cotización establecidos para cada actividad económica, ocupación o situación en la tarifa de primas establecidas legalmente. Las primas correspondientes tendrán a todos los efectos la condición de cuotas de la Seguridad Social.

La base de cotización para la contingencia de desempleo, en todos los regímenes de la Seguridad Social que tengan cubierta la misma, será la correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.»

* Mas parco era el precedente art. 16 del texto refundido aprobado por RDL 1/94, de 20 de junio al decir: «1. Las bases y tipos de cotización a la Seguridad Social serán los que establezca cada año la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

2. Las bases de cotización a la Seguridad Social, en cada uno de sus Regímenes, tendrán como tope mínimo las cuantías del salario mínimo

interprofesional vigente en cada momento, incrementadas en un sexto, salvo disposición expresa en contrario.»

Sin embargo lo esencial era su remisión a la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

* Mientras respecto al tipo de cotización el art. 107 establecía: «1. El tipo de cotización tendrá carácter único para todo el ámbito de protección de este Régimen General. Su establecimiento y su distribución, para determinar las aportaciones respectivas del empresario y trabajador obligados a cotizar, se efectuarán en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

2. El tipo de cotización se reducirá en el porcentaje o porcentajes correspondientes a aquellas situaciones y contingencias que no queden comprendidas en la acción protectora que se determine de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 114 de esta Ley, para quienes sean asimilados a trabajadores por cuenta ajena, así como para otros supuestos establecidos legal o reglamentariamente.»

* Y el art. 108 sobre cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: «1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, la cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se efectuará con sujeción a primas, que podrán ser diferentes para las distintas actividades, industrias y tareas. A tal efecto, legalmente se fijará la correspondiente tarifa de porcentajes aplicables para determinar las primas. Para el cálculo de las mencionadas tarifas se computará el coste de las prestaciones y las exigencias de los servicios preventivos y rehabilitadores.»

De las disposiciones legales en materia de Seguridad Social, más arriba reflejadas, se colige que la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales atiende no solo a la actividad empresarial sino también a la concreta ocupación o tarea del trabajador asalariado.

Partimos de que el tipo de cotización responde a las exigencias financieras derivadas del sistema de reparto por lo que se calcula tomando en cuenta las previsibles prestaciones a financiar por la Seguridad Social.

Tiene una naturaleza finalista al tomar en consideración las prestaciones por accidentes de trabajo y las exigencias de servicios preventivos y rehabilitadores.

Por ello parece plausible que cuanto mayor sea el riesgo profesional en un trabajador por cuenta ajena mayor será el tipo de cotización del empresario. Así lo ha querido el legislador para proteger al trabajador en función de la potencial peligrosidad de la actividad u ocupación.

SÉPTIMO.- *Análisis normativo. Tipos de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en el Reglamento general sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social.*

El Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento general sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social ha sido modificado en su art. 11, y tipos de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en distintas ocasiones desde su inicial entrada en vigor.

La redacción inicial hacía mención a la industria o clase de trabajo lo que no fue objeto de alteración alguna hasta el Real Decreto 328/2009, de 13 de marzo. Este último estableció que la cotización se efectuará *“mediante la aplicación de los tipos de cotización que correspondan a las actividades económicas de empresas y trabajadores y a las ocupaciones o situaciones de estos últimos, conforme a la tarifa de primas vigente”*.

Hubo una modificación del precepto por mor del Real Decreto Ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter

económico y social mas no se alteró el inciso citado. Tampoco mediante el RD 1596/2011, de 4 de noviembre por el que se desarrolla la disposición adicional quincuagésima tercera de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por el RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en relación con la extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar.

La normativa reglamentaria muestra una evolución en el uso de los términos mas resultan equiparables.

Así tarea, clase de trabajo y ocupación debemos entenderlos como sinónimos .

Cabe concluir que la consideración de la particularidad del puesto de trabajo respecto a la actividad empresarial para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales ha sido siempre tenida en cuenta no solo por la norma básica legal de la Seguridad Social sino también por su desarrollo reglamentario.

Por tanto, el riesgo asumido por el trabajador en su tarea, clase de trabajo u ocupación es una cuestión esencial en la normativa a efectos de la cotización independientemente de la actividad económica empresarial.

Por eso el Cuadro II en los tipos aplicables a ocupaciones y situaciones en todas las actividades prevé desde ocupaciones de bajo riesgo (personal en trabajos exclusivos de oficina, representantes de comercio, con cotización total de 1.00 en el primer caso y 2,00 en el segundo) a actividades de mayor riesgo como personal de oficios en instalaciones y reparaciones en edificios, obras y trabajos de construcción en general, conductores de vehículo automóvil de transporte de mercancías que tenga una capacidad de carga útil superior a 3,5 TM, en cuyo caso en ambas situaciones cotizarán 6,70 . En medio de esas ocupaciones y situaciones en todas las actividades económicas se encuentra el personal de limpieza en general, limpieza de edificios y de todo tipo de

establecimientos, limpieza de calles, más vigilantes, guardas, guardas jurados y personal de seguridad cotizan 3,60.

OCTAVO.- *Las disposiciones controvertidas. La Disposición final octava de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 que modifica la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007. La Disposición final décima séptima de la Ley 3/2012, de 28 de diciembre.*

* La Disposición final octava de la Ley 48/2015 modifica la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007. Con efectos de 1 de enero de 2016 y vigencia indefinida, se modifica la regla Tercera del apartado Dos de la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, en la redacción dada por la disposición final décima novena de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, que queda redactada como sigue:

«Tercera. No obstante lo indicado en la regla anterior, cuando la ocupación desempeñada por el trabajador por cuenta ajena se corresponda con alguna de las enumeradas en el Cuadro II, el tipo de cotización aplicable será el previsto en dicho cuadro para la ocupación de que se trate, en tanto que el tipo correspondiente a tal ocupación difiera del que corresponda en razón de la actividad de la empresa.»

* La Regla Tercera del apartado Dos de la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007 decía: *«No obstante lo indicado en la regla anterior, cuando la ocupación desempeñada por el trabajador por cuenta ajena, o la situación en que éste se halle, se correspondan con alguna de las enumeradas en el Cuadro II, el tipo de cotización aplicable será el previsto en dicho Cuadro para la ocupación o situación de que se trate, en tanto que ésta difiera del que corresponda en razón de la actividad de la empresa.»*

La problemática radica en si la incorporación del pronombre "ésta" en 2015 altera por completo lo anteriormente regulado desde 2006.

* Mas ya la Disposición Final Décima séptima de la Ley 3/2012, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013 había dicho que *"Con efectos de 1 de enero de 2013 y vigencia indefinida, se modifica la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, en la redacción dada por la disposición final octava de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, que queda redactada como sigue:*

Segunda. Para la determinación del tipo de cotización aplicable en función a lo establecido en la tarifa contenida en esta disposición se tomará como referencia lo previsto en su Cuadro I para identificar el tipo asignado en el mismo en razón de la actividad económica principal desarrollada por la empresa o por el trabajador por cuenta propia o autónomo, conforme a la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE-2009), aprobada por Real Decreto 475/2007, de 13 de abril, y a los códigos que en la misma se contienen en relación con cada actividad.

Tercera. No obstante lo indicado en la regla anterior, cuando la ocupación desempeñada por el trabajador por cuenta ajena, o la situación en que éste se halle, se correspondan con alguna de las enumeradas en el Cuadro II, el tipo de cotización aplicable será el previsto en dicho Cuadro para la ocupación o situación de que se trate, en tanto que ésta difiera del que corresponda en razón de la actividad de la empresa."

NOVENO.- *El juicio de la Sala. Prevalencia de la ocupación del trabajador (aquí conductor de vehículo automóvil de transporte de mercancías que tenga una capacidad de carga útil superior a 3,5 TM) sobre la actividad de la empresa (transporte de mercancías por carretera y servicios de mudanza). Estimación del recurso de casación y desestimación del recurso contencioso administrativo.*

Se ha producido un significativo cambio respecto al sistema anterior de epígrafes, al que se refería nuestra Sentencia de 18 de noviembre de 2008, recurso casación 6843/2005, esgrimida por la empresa recurrida, para invocar la aplicación preferente del concepto actividad.

No está de más recordar que en su fundamento tercero se hizo mención a la STS de 26 de octubre de 1995, recurso de apelación 11108/91 respecto a que no es exclusivamente la interpretación literal de los epígrafes la que fundamenta la doctrina sino el criterio teleológico el que debía determinar el sentido y alcance de los epígrafes de la entonces vigente Tarifa del RD 2930/1979, de 29 de diciembre. Se respetaba, por tanto, el criterio de interpretación fijado en el art. 3.1. del Código Civil ya asumido en la STS de 6 de julio de 1994 que cita aquella primera.

No ha cambiado el fin de las normas de Seguridad Social (interpretación teleológica) en cuanto a que un trabajo por cuenta ajena de mayor riesgo conlleva la necesidad de mayor cotización a la Seguridad Social para atender las pertinentes prestaciones por accidentes de trabajo al establecerlo así la legislación desde antes de la modificación llevada a cabo en 29 de octubre de 2015.

Una interpretación literal conduce al absurdo de dejar desprotegido al trabajador en un ámbito tan sensible como el de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Notoriamente, no son parcas en el ámbito controvertido, el de transporte de mercancías en camiones de gran tonelaje. No se trata solo de que la actividad empresarial sea la del transporte por carretera sino de la concreta ocupación.

Se observa que se tomó en cuenta a efectos de su inclusión en el cuadro II los conductores de vehículos de transporte de mercancías con carga útil superior a 3,5 TM, es decir los de mayor tonelaje, a los que el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres exige mayor capacitación

profesional art. 33.2. La propia normativa sobre transportes distingue a unos profesionales de otros por lo que el sistema de cotización de una empresa de transportes responda al criterio general y a uno específico por razón del volumen de carga del camión no resulta una novedad introducida en 2015

Prospera, pues, el recurso de casación anulando la sentencia de Cantabria y se desestima el recurso contencioso administrativo que pretendía la devolución de ingresos de cuotas de Seguridad Social reputadas indebidas por el solicitante.

DÉCIMO.- *La doctrina de la Sala.*

El Letrado de la Seguridad Social al preparar el recurso de casación no se ha limitado a mostrar su discrepancia con la interpretación llevada a cabo por la Sala de Cantabria sino que también ha formulado petición de doctrina que se acepta en razón de lo más arriba expuesto.

Por tanto se fija doctrina diciendo: *"Antes de la reforma de la regla tercera, del apartado dos, de la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, efectuada por la disposición final octava de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016, las empresas encuadradas en el código CNAE 494 "Transporte de mercancías por carretera y servicios de mudanza" incluidas en el Cuadro I, que cuenten con trabajadores que desempeñen funciones incluidas en el Cuadro II (en el caso, conductores de vehículos de transporte de mercancías con capacidad de carga superior a 3,5tm) deben cotizar por contingencias profesionales y accidentes de trabajo por el tipo más alto (tarifa 6,70% correspondiente al Cuadro II y no por la tarifa 3,70% correspondiente al Cuadro I)."*

UNDÉCIMO.- *Costas.*



Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

